



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

B. III. 5

6224/15869
13329690X



LUTENSE



Digitized by Google

7. A. N^o 28.
U e d e r

D
53143

Römisches Obligationenrecht

insbesondere über die Lehre von den

Innominatcontracten und dem jus poenitendi.

D r e i

civilistische Abhandlungen

von

Dr. E d u a r d G a n z.

H. E. Hoffmeister
1922

H.-E. Hoffmeister
Kammergerichtsrat
Berlin-Friedenau
Ringstraße 48

Heidelberg
bei Mohr und Winter
1819.

-224-



135 | 5134

1900
1900

H. E. Hoffmann
Königsberg
Berlin-Neubau
Königsberg 12

Dem
Staatskanzler seines Vaterlandes
Seiner Durchlaucht
dem Herrn Fürsten
Carl August von Hardenberg
dem Freunde und Beschützer der Wissens-
schaften

widmet diese Schrift

in tiefster Ehrfurcht

Der Verfasser.

Im väterlichen Hause wurde mir von meiner frühesten Kindheit an der Name Ihrer Durchlaucht als der Gegenstand der höchsten Verehrung und Liebe genannt. In dieser Verehrung, in dieser Liebe, kann ich mich herangewachsen nennen, und wenn ich auch späterhin, unabhängig davon, im eignen freien Bewußtseyn, dieselben Gesinnungen hegen mußte, so ist mir doch eine alte Erbschaft zu lieb geworden, als daß ich ihrer nicht Erwähnung thun sollte. Ich fühle mich dieser Ehrfurcht wegen gedrungen, Ihrer Durchlaucht meinen ersten bedeuts-

tenderen schriftstellerischen Versuch darzubringen, und sollte auch vielleicht der vorgesezte Name Ihrer Durchlaucht das Einzige seyn, was diese Schrift auszeichnet, so wird die zu grosse Kühnheit hoffentlich in den persönlichen Beweggründen des Verfassers, so wie in Höchstero Nachsicht und Güte einen Fürsprecher finden.

In tiefster Ehrfurcht bin ich

Ihrer Durchlaucht

ganz unterthänigster
Dr. Eduard Gans.

V o r r e d e .

Der Verfasser übergiebt hiermit dem Publicum drei Abhandlungen, die eben so wohl drei Capitel einer einzigen Abhandlung hätten genannt werden können. Der Grund dieser seltsamen Benennung ist ganz einfach. Wer von einzelnen Abschnitten spricht, hat sich zugleich in diesem Namen die Aufgabe der Einheit gesetzt, die er lösen muß. Der Verfasser, obgleich der Einheit seiner hier niedergelegten Ansichten sich bewußt, wollte dennoch keine Ansprüche erregt haben, von deren Befriedigung viele am Ende sich nicht überzeugt halten dürften. Er hat daher zwar in dem Sinne zu schreiben gesucht, als habe er es nur mit der fortgesetzten Betrachtung eines und desselben Gegenstandes zu thun. Sollte dieses Bemühen aber für fruchtlos gehalten werden müssen, so hat die äussere Ankündigung ja auch nicht die nur von dem Verfasser an sich selbst gemachte Anforderung versprochen.

Die ungemaine Verwirrung, die unzähligen Widersprüche, die in der bisherigen Darstellung der Lehre von den Innominatcontracten herrschten, und die

dem Verfasser sogleich im Anfange seines juristischen Studiums auffallen mußten, veranlaßten ihn zugleich, sich näher mit diesem Theile des Römischen Rechts bekannt zu machen. Er mußte nun bald bemerken, daß die Ursachen des falschen Auffassens der ganzen Lehre nicht sowohl in dem engen Kreise derselben selbst, als vielmehr in dem ganzen bisherigen Systeme des Obligationenrechts begründet seien, und daß man daher für das Ganze einen neuen Standpunct auffinden müsse, ehe man den rechten Gesichtspunct für die einzelnen Lehren aufzustellen wagen könne. So wurde denn die Beschäftigung mit dem Römischen Obligationenrecht eine Hauptbeschäftigung des Verfassers und die Resultate dieses Studiums hat er in gegenwärtiger Schrift niederzulegen versucht.

So wenig befriedigend und vollständig diese Resultate auch an sich sind, so sehr sich der Verfasser überzeugt hält, daß sie nur der erste rohe Anfang künftiger Untersuchungen genannt zu werden verdienen, so sehr hat er dennoch, was er bis jetzt zu ergründen glaubte, eben seiner künftigen weiteren Forschungen wegen, dem Publikum mittheilen zu müssen gedacht. Der einzelne Mann bleibt, so redlich er das Wahre wollen mag, dennoch immer in seinen Ansichten einseitig und befangen; er bedarf durchaus des Kampfes, des Widerstandes von Aussen, damit die reine, ungetrübte Wahrheit sich ihm

erschließen könne. In diesem Sinne hat der Verfasser, mit einem weitläufigeren Systeme des Römischen Obligationenrechts beschäftigt, diejenigen Grundzüge, worüber er mit sich selbst einig geworden war, in einigen Abhandlungen darstellen zu dürfen geglaubt, damit der unbefangene rücksichtslose Beurtheiler, auf den er rechnet, ihn frühzeitig vor den Irrgängen und Klippen warnen möge, an denen er, seiner eignen Führung überlassen, vielleicht unbedingt scheitern möchte.

Was nun die Anordnung des Ganzen betrifft, so hat der Verfasser in der ersten Abhandlung seine Ansicht, daß ein System des Römischen Obligationenrechts durchaus nur auf der Grundverschiedenheit der Klagen beruhen könne, auszuführen gesucht. Daran hat er die Darstellung der beiden Hauptsysteme der Klagen, der *actiones stricti juris* und *bonae fidei* gereiht. Sind diese Systeme gleich, wie er glaubt, in dem was sie besonders characterisirt, genau von einander im Ganzen, so wie im Einzelnen, geschieden worden, so lag Vollständigkeit auf der anderen Seite keinesweges in seinem Plan. Ist er auch hin und wieder ins Einzelne eingegangen, so geschah dies nur meistens deswegen, weil er die allgemeine Ansicht, die er aufstellte, dadurch mehr befestigen zu können glaubte. Lücken, die daher gewiß sehr häufig vorkommen dürften, bittet er nach diesem Geständnisse zu beurtheilen.

Die zweite Abhandlung, die von den anderen Obligationen auffer dem Systeme des strictum jus und der bona fides handelt, darf in jeder Hinsicht nur eine Skizze genannt werden. Wenn der Verfasser auch die Begriffe von actio utilis, actio in factum, actio arbitraria ein wenig ausführlicher in Verhältniß zu den anderen Gegenständen dargestellt hat, so soll das Ganze, in seiner jetzigen Gestalt, dennoch nur ein Grundriß seyn von dem, was, wenn ihm Ruffe bleibt, seine nächste zu bearbeitende Aufgabe seyn wird.

Die dritte Abhandlung, über Innominatcontracte und jus poenitendi endlich, soll nur, wie die Probe eines Rechenexempels, den Nutzen des bis jetzt aufgestellten Systems darthun. Aus den unzähligen Widersprüchen, von denen diese Lehre nach den alten Ansichten nothwendigerweise voll seyn muß, aus der einfachen und natürlichen Lösung, die sich von selbst, wenn man nur den Standpunct anders nehmen will, darbietet, wird nun auch zugleich das sichtbar werden können, ob der fürs Obligationenrecht aufgestellte Gesichtspunct überhaupt ein richtiger oder falscher gewesen sey. Es war diese Lehre das Erste, von dem der Verfasser zu seiner Untersuchung ausging. Alles Andere sollte eigentlich nur der Ergründung dieser einzelnen Lehre zum Mittel dienen, und so wird sie denn auch natürlich das Letzte seyn, auf das er zurückkömmt, und woran er alles

Vorangegangene erproben kann. Zugleich rechtfertigt das bis jetzt Gesagte nun auch den Titel der ganzen Schrift überhaupt. Soll dieser kurz den Inhalt eines Buches andeuten, so mußte die ganze Ueberschrift der dritten Abhandlung als der eigentliche Endzweck, mit in denselben aufgenommen werden.

Lediglich auf Quellenstudium beschränkt, konnte der Verfasser auf die Masse juristischer Litteratur sehr wenig Rücksicht nehmen. Es war ihm mehr darum zu thun, einen eignen Weg ungestört zu gehen, als sich links und rechts in eine Menge von Streitfragen einzulassen, die dennoch der Wissenschaft meistens nicht zum Heile gereichen. Doch hat er das, was einige besseren älteren und neueren juristischen Schriftsteller ihm darboten, nicht unbenutzt gelassen, und diejenige Controversen, die zu sehr auf seinem Wege lagen, um nicht beachtet werden zu müssen, sind auch von ihm nicht unberührt geblieben. Dagegen wird es ihm hoffentlich keiner seiner Leser übel aufnehmen wollen, daß er sich nicht nur auf das bloße Citiren der Belegstellen beschränkte, sondern die wichtigeren abdrucken ließ. Es geschieht gar häufig, daß citirte Stellen nicht aufgeschlagen werden, und übrigens hat oft der Beweisführer in den Belegstellen Vieles herauszuheben, worauf der Leser beim Durchlesen der Stellen selbst vielleicht nicht aufmerksam gewesen wäre.

Es haben sich in diese Schrift, vorzüglich aber in den ersten Bogen derselben, ohne Schuld des Verfassers, viele Druckfehler eingeschlichen, die, da sie nicht sinnenstehend sind, der gütige Leser wohl verzeihen wird. So viel es möglich oder nöthig ist, sollen sie am Ende der Schrift verzeichnet werden.

Wenn übrigens der Verfasser schon im Anfange bemerkt hat, daß die Hoffnung auf lehrreiche Bemerkungen unpartheiischer Männer ein Hauptgrund des jetzigen Erscheinens dieser Schrift ist, so braucht er wohl nicht noch einmal hinzuzusetzen, wie begierig er einer belehrenden, und wissenschaftlich rücksichtslosen Critik entgegenstehe. Nur der Wahrheit huldigend, soll es ihm eine wahre Freude seyn, wenn er aus voller Ueberzeugung das hier Niedergelegte gegen Besseres vertauschen kann, und wenn Männer, denen ein Urtheil darüber zusteht, in dieser Schrift nur einen kleinen Beitrag zur Erweiterung der Wissenschaft finden werden, so sind die Wünsche des Verfassers vollkommen erreicht.

Heidelberg im September 1819.

Erste Abhandlung.

Ein System des römischen Obligationenrechts muß hauptsächlich auf den Unterschied der actiones stricti juris und bonae fidei gebaut seyn.

§. 1.

Die meisten derjenigen, welche bis jetzt ein System des Römischen Obligationenrechts aufgestellt haben, sind in seinen Grundzügen dem Institutionensysteme treu geblieben. Nach diesem ist ihnen stets die Eintheilung in Contracte, Delicte, Quasicontracte und Quasidelicte, und die der Contracte wiederum in Real-, Verbal-, Consensual- und Litteralcontracte, als die dem Genius des Römischen Rechts am meisten gemäße, und daher zu befolgende erschienen. Diese Eintheilung ist aber lediglich auf die Entstehungsgründe, auf die Arten der Eingehung der Obligationen gebaut, das heißt auf lauter äußere Merkmale, die für die Kenntniß des Obligationenrechts selbst von keinem bedeutenden Werthe sind. Zu Gaius Zeiten nun, wo dieses Institutionensystem erdacht wurde, (denn bei den übrigen römischen Juristen kommt es seltener vor) mochte eine Anordnung der Art nicht allein kein Bedenken haben, sondern auch sehr nützlich seyn: die lebendige Anschauung des noch bestehenden Processes, die im steten Andenken ge-

bliebene Geschichte der Klagen, machte es nicht notwendig, hiernach die Lehre vom Obligationenrechte zu classificiren. Man konnte heterogen herangewachsene Institute zusammen thun, hatten sie nur in der äußeren Anschauung etwas Aehnliches: man brauchte bei einer Eintheilung nicht zu befürchten, daß sie verwirren möchte, denn von ihr hing ja das Verständniß des Rechtes im Ganzen nicht ab; kurz: die Ansprüche, die man an dieselbe machte, waren mehr, daß sie so viel als möglich umfassend sey, als daß sie die zu scheidenden Theile wahrhaft characterisire.

Ich glaube gerade nicht zu viel zu wagen, wenn ich behaupte, ein großer Theil der Mißverständnisse im Obligationenrechte sey durch das Anschließen an dieses Institutionensystem hervorgegangen; denn man blieb bei uns nicht dabei stehen, es als etwas Formelles und Aeußeres zu betrachten: aus dem Nebeneinanderstehen mancher Lehren im Systeme, das lediglich auf äußerer Aehnlichkeit beruhte, schloß man weiter auf eine Aehnlichkeit des Wesens und der Wirkungen dieser Lehren selbst, und so thürmten sich Irrthümer auf Irrthümer, die ohne diese Anordnung niemals entstanden wären. So stehen z. B. in unserm Institutionensysteme *mutuum commodatum, depositum und pignus* in friedlicher Verbrüderung neben einander¹⁾. Alle 4 Obligationen haben das miteinander gemein, daß sie durch das Hingeben einer Sache entstehen. Weiter haben sie aber durchaus keinen einzigen gemeinsamen Berührungspunkt. Während aus dem *mutuum* eine *condictio* entsteht, die auf

1) Im Westgothischen Gajus lib. 2. t. 9. §. 2. ist nur das *mutuum* allein als *obligatio, quae re contrahitur* aufgeführt.

das dare eines certums geht, sind die andern 3 Contracte bonae fidei obligationes, und das gegenseitige Interesse der Contrahenten ist es, was bei ihnen in Frage kömmt. So sehr ließ aber die Stellung neben einander den generischen Unterschied vergessen; so sehr dachte man sie in ihrem Wesen sich gleich, daß ja schon oft von vielen Seiten die merkwürdige und eine höchste Unkenntniß des Rechts voraussetzende Frage gemacht worden ist, warum es keine actio mutui contraria gebe. Daß auch ferner die ganze Lehre von den Innominatcontracten fast einzig und allein aus dieser Zusammenstellung herzuleiten ist, wird die folgende Darstellung beweisen.

Nur ein Versuch ist, so viel ich weiß, bis jetzt gemacht worden, diesem Institutionensystem ein andres an die Stelle zu setzen, und von der Classificirung der Obligationen nach ihren Entstehungsgründen abzugehen. Heise hat nämlich in seinem Grundrisse²⁾ zuerst in so fern die Bahn zu brechen gesucht, als er es für besser hielt, die einzelnen Obligationen nach ihrem Inhalt und Gegenstande zusammen zu stellen³⁾. So verdienstlich nun auch ein solches Beispiel an sich ist, so wenig dürfte dennoch nur die Idee, die der Anordnung selbst zu Grunde liegt, den Forderungen der Wissenschaft entsprechen können; denn nicht auf die charakteristischen Unterschiede der einzelnen Obligationen im Römischen Recht ist bei dieser Eintheilung Rücksicht genommen worden, sondern nach einer sogenannten Natur der Sache wurde

2) Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts v. A. Heise, 3te Ausgabe. Heidelberg 1819. S. 66 — 128.

3) Grundriß in der Vorrede Seite X.

mit eigener gesetzgeberischer Machtvollkommenheit jeder einzelnen nach ihrem vermeintlichen Inhalt ihre Stellung im System angewiesen. So wenig sich aber mit Heiße darüber rechten läßt, weil er ja selbst gesteht, es sey seine Absicht gewesen, von den acht römischen Begriffen abzugehen, und seine Darstellung mehr nach den Bedürfnissen des heutigen Rechtes einzurichten, so sehr hat man übrigens dabei Gelegenheit, die ganze Existenz einer Wissenschaft des heutigen römischen Rechtes zu beklagen, deren charakteristischer Grundzug darin besteht, römische Begriffe zu verstümmeln und zu vernichten, und auf Begriffe, a priori entsprossen, römische positive Folgerungen wiederum zu verpflanzen. Meiner Ansicht nach ist jede Eintheilung im Römischen Rechte schlechtweg verwerflich, die nicht auf den innersten Eigentümlichkeiten und historischen Thatachen des Römischen Rechtes beruht, und wenn wir die Ordnung der Institutionen hinsichtlich des Obligationenrechtes getadelt haben, weil sie, gegründet auf äußerlichen Merkmalen, durchaus Verwirrung und Mißverständnisse herbeiführen muß, so darf diejenige dennoch, die wir an deren Stelle setzen wollen, wiederum nur aus den historischen Eigenheiten des Römischen Rechtes hervorgehen, wie man, ohne Rücksicht auf Geschichte zu nehmen, zu einem Verständniß des justinianischen Rechtes gelangen will, ist mir wahrlich unbegreiflich, und wenn jetzt — wo Savigny nicht allein durch das, was er für einzelne Lehren gethan hat, sondern vielmehr durch die formale Richtung, die er dem Studium unserer Wissenschaft gegeben, den Standpunkt aufgestellt hat, von dem allein aus ein weiteres Fortschreiten möglich ist, — Hugo, in seiner neuesten Rechtsgeichte⁴⁾, noch den Satz wiederholen konnte, daß von der Rechtsgeschichte früh

4) Hugo's Rechtsgeichte 6. Auflage. S. 26.

daß anwendbare Römische Recht nichts zu erwarten sey, so ist dies eine traurige und seltsame Erscheinung zugleich.

Es ist eine bekannte Streitfrage der Juristen, zu welchem Theile des Rechtes die Obligationen gehörten, ob sie zu dem jus rerum oder zu den Actionen zu ziehen seyen⁵⁾. Diese Controverse muß, wie so viele andere, verschwinden, wenn man sie näher beleuchtet. Daß nämlich die Obligationen wie die Actionen selbst zu den unkörperlichen Sachen gehören, hat wohl noch niemand bezweifeln wollen⁶⁾: eine andere Frage aber ist es: wo sie in einem Rechtssystem ihren Platz finden müsse, das im Sachenrecht überhaupt nur das Recht der unmittelbaren Einwirkung auf die Sachen selbst abhandeln kann. Geht man von diesem Gesichtspunkt aus, so sind die Obligationen nicht allein zu den Actionen zu stellen, sondern beide sind im Grunde identisch. Denn wenn auch gleich Klagen nichts sind, als Mittel, sein Recht überhaupt geltend zu machen, und sie also in so fern sich über alle Theile des Rechtes gleichmäßig erstrecken, so sind sie doch im Systeme mit demjenigen Theil enger zusammen zu stellen, der überhaupt nur erst in der Klage seine praktische Bedeutung findet. Dies ist hier deutlicher auseinander zu setzen: Rechte der Personen an Sachen (absolute Vermögensrechte) sind nämlich denkbar, ohne daß man dabei augenblicklich an eine Klage erinnert wird. Ich kann in unmittelbarer juristischer Beziehung mit meinem Eigenthume gedacht werden; es kann viel Juristisches von meiner Einwirkung auf meine Sache ausgesagt werden, ohne daß des Rechts zu vindiciren Erwähnung zu geschehen

5) Thibaut Versuche 2. Bd. S. 1—25. — Hugo civilist. Magazin 3. Bd. S. 1 — 50.

6) §. 2. J. de reb. corp. et incorp. (2. 2).

braucht; ja es könnte ein Eigenthum gedacht werden ohne vindicationsrecht überhaupt*), das im Grund als eine vom Eigenthum selbst wiederum abge sonderte Befugniß erscheint?). Anders verhält es sich mit den Obligationen, mit den relativen Vermögensrechten. Da diese nichts anders sind, als das Recht positive oder negative Handlungen von bestimmten verpflichteten Personen fordern zu können, so dürfte man wohl auch sagen, es lassen sich diese Rechte als Theile unsers Vermögens denken, ohne daß wir sie gerade im Augenblick durch Klagen verfolgen. Würde aber die Möglichkeit zu Klagen gänzlich fehlen, so würden wir diese Vermögensrechte überhaupt so gut als nicht besitzen, das heißt mit andern Worten: jede obligatio wird erst ein Vermögensrecht durch die Befugniß sie geltend zu machen, oder die obligatio findet erst in der actio ihre praktische Bedeutung. Dies ist auch im Ganzen die Ansicht der Römer überhaupt:

PAULUS libro 2 Inst.

L. 3. de Oblig. e. Act. (44. 7).

Obligationum substantia non in eo consistit ut corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Theoph. ad Inst. de obl. l. 3. 13.

ὁ γὰρ περὶ ἐνωχῶν διαλεγόμενος ἡρέμα καὶ ἀνάπαι-
 θήτως περὶ ἀγωγῶν διαλέγεται: μητέρες γὰρ τῶν
 ἀγωγῶν αἰ ἐνοχαι.

*) So früher das bonitarische Eigenthum.

7) Daß übrigens die Römer die vindicationen, wie Mühlenbruch in der Lehre v. d. Cession S. 10. zu behaupten scheint, gleich den Obligationen behandelt hätten, ist völlig ungegründet.

Deswegen finden wir, daß in unsern Rechtsquellen die Worte obligatio, actio, iudicium, ganz gleichbedeutend gebraucht werden;

ULPIANUS l. 4. ad Edictum.

l. 7. §. 4. de pactis (2. 14).

Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem⁸⁾.

Mandare, praestare, exhibere actiones, ist der Kunstausdruck für das Ueberlassen einer Obligation⁹⁾: wie denn der Titel, der ex professo davon handelt, de hereditate vel actione vendita heist¹⁾.

Ist es aber nun einmal gewiß, daß die Obligationen erst ihre praktische Bedeutung in den Klagen finden, liegt hierin ihre Hauptwirkung als Vermögensrecht, so wird der verschiedene Charakter der Klagen auch von selbst die Hauptverschiedenheit der Obligationen angeben müssen, und wenn das eine Eintheilung überhaupt auszeichnet, daß sie von dem Charakteristischen der Sache hergenommen ist, so wird eine Haupteintheilung der Obligationen nach den wesentlichen Grundzügen der Klagen dieser Forderung entsprechen müssen. Die Eintheilung der Klagen nun in actiones stricti juris und bonae fidei ist eine, wenn auch nicht alle Obligationen umfassende, doch eine solche, die die hier eben gemachten Ansprüche, daß sie die Hauptverschiedenheit der einzelnen Obligationen in ihren Wirkungen ausgeben soll, vollkommen befriedigt. Diese Eintheilung der Klagen nun hängt ganz genau mit der ersten Eintheilung

8) L. 10. de act. emti (19. 1).

9) Mühlenthal Cession Seite 9.

1) In so fern auch Exceptionen oft allein die Wirkung von Oblig. sind, kann man sagen: das Obligationenrecht besteht in der Lehre von den Actionen und Exceptionen.

zusammen, die Justinian uns von den Obligationen selbst giebt:

§. 1. J. de obligationibus (3. 14).

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certo jure civili comprobatae sunt.

Die Obligationen, sagt er, kommen entweder aus dem Civilrecht oder aus dem prätorischen Rechte; die ersteren, (mit denen wir es hier allein zu thun haben) sind entweder rein solche, die aus den Gesetzen hervorgehen (legibus constitutae oder legitimae), oder solche, die vom Civilrechte bestätigt sind (certo jure civili comprobatae oder juris gentium), oder wie Theophilus sie unterscheidet *αι απο νομίμων και πολιτικων αιτιων εχουσιτην γενεσιν*²⁾. Dieser Eintheilung nun der Obligationen selbst entspricht vollkommen die oben angegebene Eintheilung der Klagen in actiones stricti juris und bonae fidei. Alle Obligationes, quae legibus constitutae sunt, bringen auch actiones stricti juris hervor, die meisten der Obligationen juris gentium aber sind mit bonae fidei actionibus verknüpft. So finden wir denn immer die bona fides, das bonum et aequum der lex entgegengesetzt:

CICERO oratoriae partitiones Cap. 28.

Nam omnia, quae de jure civili aut de aequo et bono disceptantur.

CICERO de officiis lib. 3. cap. 15.

et sine lege judiciis in quibus additur ex bona fide.

2) Theophilus ad §. 3. J. de act. (4. 6).

§. 2.

Aus den Verschiedenheiten der Klagen also soll eine neue Grundeintheilung der Obligationen hergeleitet werden. Aber diese Eintheilung der Klagen steht in der engsten Verbindung mit einer Haupteintheilung der Obligationen selbst. Der Unterschied zwischen actiones stricti juris und bonae fidei wird zwar nicht das ganze Obligationenrecht umfassen können, aber dennoch eine höchst brauchbare weite Grundeintheilung abgeben. Hier nur kommt es zuvörderst darauf an, daß der Charakter der beiden Arten von Klagen in einer so scharfen Begrenzung, als nur irgend möglich ist, auseinander gesetzt werde.

Durch das ganze Römische Recht läuft ein formales und ein materielles Rechtsprincip; ein System des strengen Gesetzes und der aus ihm hervorgehenden Form, und auf der andern Seite ein Billigkeitssystem, ohne strenge Begrenzung. In dem einen liegt angedeutet das unwandelbare feste formelle, durch nichts als sich selbst zerstörbare Rechtsprincip, in dem andern aber das modificirbare, materielle, von Umständen abhängende, das keine bestimmtere Norm hat, als der vorliegende Fall sie angiebt, während die andere Gattung so typisch ist, daß der einzelne Fall gar keinen Einfluß auf sie üben kann. Also sind beide Systeme in ihren strengsten Verschiedenheiten auseinandergehalten zu charakterisiren; aber beide nebeneinander gestellt, müssen bald einen gegenseitigen Einfluß auf sich üben. Das formale Recht wird einermassen erschüttert werden durch Rücksicht auf materielle Verschiedenheit, die sich bei ihm eindringt; die Billigkeit würde zu sehr in ein unseliges Schwanken gerathen, wenn sie sich nicht auch eine, wenn auch weitere Gränze setzte. So verhält es sich auch mit dem Römischen Rechte. Theils durch die Natur der Sache selbst, theils

durch das unzeitige Pfuschen vieler Kaiser wurden die anfänglich streng gewahrten Gränzen zwischen beiden Systemen allmählig verwischt, viele Folgerungen aber blieben stehen, und so gehört denn ein feiner historischer Tastsinn dazu, um die ursprünglichen Gränzen herauszufühlen, ohne die ein Verständniß unmöglich wird.

So viel sie nun das Obligationenrecht, das uns hier allein angeht, betreffen, sollen diese Systeme sich so streng, wie nur immer möglich, einander gegenüber gestellt werden.

Das Gesetz (*lex*), aus dem die *actiones stricti juris* entspringen, ist seinem Wesen nach fest bestimmt und unwandelbar. Aus allem diesem folgt aber, daß es ebenfalls stets nur einseitig seyn kann; was nämlich das Gesetz vermag, ist eine Handlung zu gebieten, zu verbieten und zu bestrafen, wenn dagegen gefehlt ist.

MODESTINUS libro 2. regularum l. 7. de legibus 1. 3.

Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.

Hat also z. B. jemand eine obligatio aus einem Gesetz erworben, so heißt das nichts anders, als er ist berechtigt worden, etwas zu fordern, und der andere verpflichtet, etwas zu leisten. Wäre der Verpflichtete auch zu fordern berechtigt, so könnte dies nur aus einem andern Gesetz, oder in einem andern Falle desselben Gesetzes geschehen. Obligationen, die gegenseitige Verhältnisse begründen, wie die Societät, wo einer berechtigt und verpflichtet zugleich ist, können zwar vom Gesetze bestätigt seyn, aber nicht im römischen Sinn aus dem Gesetze kommen, das nur einzig und allein die feste unabänderliche Form kennt, und nur vom Obligiren und Obligirtseyn handelt.

Aus dem bestimmten Charakter des Gesetzes aber geht ebenfalls hervor, daß jede daraus entstehende obligatio stets

auf das dare eines certums gerichtet seyn müsse. Alle Handlungen nämlich, die gefordert werden können, bestehen entweder in einem dare, in der Eigenthumsübertragung eines Gegenstandes, oder in einem facere, in jeder andern Handlung ausser dem bestimmten dare. Würde nun eine lex selbst ein facere auslegen, so würde sie vermöge ihrer dreifachen Natur zugleich die Strafe hinzufügen, wenn dieses nicht geschehen. Jedesmal also, wenn wegen Nichtleistung aus dem Gesetze geklagt würde, könnte diese Klage doch nur in dem Fordern der bestimmten Strafe bestehen. Da jede Strafe aber, weil sie selbst der äussere Maassstab der Nichterfüllung seyn soll, auch in dem bestehen muß, was vermöge seiner Natur nicht weiter geschätzt werden kann, in einer pecunia certa, so ist der Satz aus dem innersten Wesen der lex gerechtfertigt, daß jede Klage aus dem Gesetze auf das dare eines certums gerichtet seyn müsse. Dem Gesetze aber gleich zu achten ist jede Formel, mit deren Existenz überhaupt gesetzliche Kraft verbunden ist³⁾. In diesem Sinn hat ein Testament und eine stipulatio die Bedeutung eines Gesetzes⁴⁾. So wenig nämlich, wie es bei einem Gesetze darauf ankömmt, zu fragen, warum es eingeführt sey, sondern einzig und allein, ob es existire, eben so wenig kann bei einer vom Gesetze bestätigten Form davon die Rede seyn, was sie zu wege gebracht, sondern nur, ob

3) L. 6. §. de pactis (2. 14). Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiem lege vel senatusconsulto adjuvatur.

4) L. 1. de hered. pet. 1. 5. 31. Hereditas ad nos pertinet aut vetere jure aut novo; vetere e lege duodecim tabularum, vel ex testamento quod jure factum est.

ſie wirklich beſtehe. Was der Grund z. B. ſey, der eine Stipulation hervorgerufen, ob Schuld oder Schenkung, kann für die Behandlung derſelben in ihrem eigenthümlichſten Verſtande gar nicht in Betracht kommen, ſondern nur, ob die Formel richtig gefaßt worden, d. h. z. B. ob von beiden Seiten gehörig geſprochen worden, oder nicht Dinge verſprochen wurden, die vermöge ihrer Natur nicht ſtipulirt werden können. Materielle Verſchiedenheiten dürfen hier gar nicht berückſichtigt werden: die Forderung aus der Stipulation braucht durch weiter nichts begründet zu ſeyn, als dadurch, daß eine Stipulation vorhanden iſt.

QUINCTILIANUS inst. orat. libro 4. Cap. 2.

Accidit aliquando alteri, et saepius actori causae, vel quia satis est proponere, vel quia sic magis expedit. Satis est dixisse certam rem tam pecuniam peto ex stipulatione legatum peto ex testamento. Diversae partis expositio est cur ea non deheantur.

Daraus aber, daß bei dieſen formellen Geſchäften nur auf das Zeichen, gar nicht aber auf das, weſmegen es beſteht, Rückſicht genommen werden darf, folgt auch von ſelbſt, daß vom dolus bei stricti juris negotiis nur in ſo fern die Rede ſeyn kann, als er wiederum in einer eigenen geſetzlichen Form verpönt iſt; denn der dolus bezieht ſich immer nur auf die materiellen Gründe, die das formelle Geſchäft zu Wege brachten: dieſe ſollen ja aber überhaupt nicht berückſichtigt werden. Bezöge er ſich auf die Form ſelbſt, ſo würde dieſe ipſo jure ſchon anſichören gültig zu ſeyn. Daß nun dieſes nicht immer in ſtrenger Conſequenz gewahrt worden iſt, habe ich ſchon oben geſagt. Nach und nach wurden materielle Einreden gegen formelle Geſchäfte zugelassen. Der Kaiſer Marcus Aurelius geſtattete auch bei stricti juris negotiis die Compensation in Geſtalt einer

doli mali exceptio⁵⁾, die überhaupt nun immer jeder Stipulation, die z. B. ohne causa war, entgegen gerichtet werden konnte, etwa mit derselben Inconsequenz, wie Particularrechte wohl zuweilen gegen unser Wechselgeschäft, dessen Wesen auch nur im Zeichen besteht, die Exceptio non numeratae pecuniae zulassen.

Aber daraus, daß diese formellen Geschäfte einzig und allein ihr Wesen in der Formel haben, daß sie nur auf das dare eines certums gerichtet sind, folgt noch ein anderer Satz: Mit der Klage aus dem formellen Geschäfte muß man genau immer das, was man fordert, erhalten, oder durchaus gar nichts. Jede Form ist entweder ganz richtig oder ganz falsch, ein Mittel Ding kann es ihrer Natur nach nicht geben. Ist sie ganz richtig, nun so muß man alles erhalten, was sie enthält (denn ein theilweises Erhalten würde eine halbe Richtigkeit zulassen); ist sie falsch, nun so erhält man gar nichts; daher auch im Römischen Rechte das feststeht, daß, wer aus stricti juris negotiis mehr fordert, als ihm gebührt, sey es re tempore loco, causa, den Proceß schlechtweg verlieren muß (causa cadit).

5) §. 35. J. de action. 14, 61. Sed et in stricti juris iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Die Verfasser der Institutionen verkennen diese Inconsequenz keineswegs: §. 1. J. de exc. (4. 13). Verbi gratia si metu coactus, aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti! quod non debueros promittere palam est jure civili te obligatum esse et actio, qua intentitur dare te oportere efficax est, sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali aut in factum, composita ad impugnandam actionem. Eben so der folgende §. 2.

CICERO de inventione lib. 2. cap. 19.

Ita jus civile habemus constitutum ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit.

QUINCTILIANUS Declamationes 260.

Sit tolerabile formula errare et in petitione pecuniae non uti jure concesso.

QUINCTILIANUS inst. orat. lib. 3. cap. 8.

In omnibus fere causis in quibus excidisse quis formula dicitur hae sunt quaestiones an huic, an cum hoc an hac lege an apud hunc an hoc tempore liceat agere.

Idem l. 7. cap. 3.

Est etiam periculosum cum si uno verbo sit erratum tota causa cecidisse videamur.

Daher kommt es denn auch, daß wenn eine obligatio stricti juris nicht gänzlich getilgt ist, mit der actio statt des Restes das Ganze gefordert werden muß. Derjenige Theil der Formel, welcher die intentio enthält, heißt in den actionibus stricti juris, da diese nur petitiones certi enthalten, si paret dare oportere.

Bisher ist von den actionibus stricti juris in so fern gesprochen worden, als sie ex lege entstehen, oder aus denjenigen formellen Geschäften, die der lex gleich zu achten sind. An diese reihen sich aber nun auch andere Klagen an, die, wenn sie auch nicht aus formellen Geschäften entspringen, dennoch dieselbe Wirkung hervorbringen; ich meine nämlich diejenigen, welche eine pecuniae numeratio zum Grund haben. Gehört auch die obligatio ex pecuniae numeratione keineswegs dem strengen Sivilrecht an, sondern vielmehr dem juri naturali; wohin auch das mutuum von Justinian gerechnet wird,

§. 2. cf. J. 1. 2. (de jure naturali).

Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus

introduciti sunt, ut emtio et venditio, locatio et conductio, societas depositum mutuum et alii innumerabiles.

so haben doch die Klagen daraus einen und denselben Zweck, wie die actiones stricti juris; sie gehen nämlich auf das dare eines certums, nur aus dem einfachern Grunde, weil dies certum bei dem Verpflichteten ohne hinlängliche Ursache ist. Doch hiervon wird erst besser unten die Rede seyn.

So viel von den actionibus stricti juris im Allgemeinen. Ihre wesentlichste Grundeigenthümlichkeit ist die, daß sie alle auf das dare eines certums gerichtet seyn müssen, und daß sie ihrer innersten Natur nach nur einseitig seyn können, d. h., daß bei ihnen nur von einem Obligirten des einen Theils, und von einem Obligirten des andern die Rede ist, niemals aber von einem Verhältnisse, woraus einer zugleich obligire und obligirt sey, oder, wie man es besser ausdrückt, sie sind in der römischen Kunstsprache nicht *ultra citroque*, und es kann bei ihnen kein *contrarium iudicium* statt finden⁶⁾.

Diesen actionibus stricti juris nun sind jetzt die actiones bonae fidei gegenüber zu stellen. So wie die ersten nur entstehen können aus der *lex*, aus dem dem Gesetze gleichen formellen Geschäft und aus dem *Factum* des Habens ohne Grund (*re*), so wie die ersten Klagen daher nur immer einseitig seyn müssen, weil die Thatfache, die der Klage zu Grunde liegt, nur auf der einen Seite ist, und wenn sie auf der andern Seite sich auch befände, wiederum aus

6) L. 19. de verb. sign. (50. 16). Et actum quidem generale verbum esse sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione. Contractum autem *ultra citroque* obligationem, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, veluti emptionem venditionem locationem conductionem.

einem andern Geschäfte wäre, so entstehen die letzteren, die *actiones bonae fidei*, aus den unendliche Verzweigungen und Verschiedenheiten zulassenden, und ihrer Natur immer gegenseitigen Verträgen?) und andern nicht aus Verträgen herkommenden, aber immer zweiseitigen Geschäften des Lebens. Im Ganzen nämlich hat das Römische Recht die consequente Ansicht, daß das Gesetz, welches sich einzelne gegenseitig aus autonomischer Befugniß gegen sich selbst auflegen (*pactum*), gar nicht die Kraft eines Gesetzes haben könne, wenn es nicht in derjenigen Form geschehen ist, die als solche schon Gesetz wird (*stipulatio, expensilatio*) oder durch die Thatsache des Habens ohne Grund, wo es fast so angesehen wird, als gehöre das ohne Grund Hingeebene noch dem Zurückfordernden. Bei dieser allgemeinen Ansicht aber erfordern es die häufigsten Geschäfte des gemeinen Lebens dennoch, daß das Gesetz sie unter seinen Schutz nehme und Klagen aus ihnen entspringen lasse. So entstehen aus dem Kauf, aus der Miethe, aus der Geschäftsführung der Societät und so weiter Klagen vom Civilrechte bestätigt. Damit nun kein unselbiges Schwanken eintreten könne, wodurch am Ende jedes *pactum* gelten dürfte, werden diese einzelnen Lebensgeschäfte auf bestimmte Begriffe zurückgeführt, und jedem sein Bezirk angewiesen werden müssen. Aber dies läßt sich nimmer genau und auf das äusserste abmessen. Kein Lebensgeschäft gleicht dem andern ganz und die mate-

7) Es ist zwar wahr, daß die *stipulatio*, die *expensilatio*, auch auf einem Vertrag, auf einem gegenseitigen Wollen, beruhe. Dies ist aber Nebensache. Das Wollen bringt zwar die *stipulatio* zuwege, und ist einigermaßen Bestandtheil der Form; ist die *stipulatio* aber einmal da, so wird auf das Wollen weiter als normirendes nicht mehr Rücksicht genommen, und nur das Zeichen gilt.

rielle Verschiedenheit und Mannigfaltigkeit läßt sich schwerlich berechnen. So entsteht denn bei diesen bonae fidei negotiis der Rechtsatz: daß sie ex pacto ihre Gränze überschreiten dürften, ohne aber aus ihrem Begriffe gänzlich zu treten.

PAULUS lib. 5. quaestionum;

l. 5. §. 4. de praescr. verbis (19. 5).

Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere ⁸).

So wie aber bei den actionibus stricti juris die Form, aus der sie entspringen, die einzige Norm der Klage ist, so ist es hier das gegenseitige Geschäft, d. h., die Art und Weise, wie rechtliche Leute sich in solchen Geschäften zu betheiligen pflegen (bona fides). Diese ist aber nicht allein verschieden nach den Bedingungen und Eigenthümlichkeiten einer jeden besondern Gattung von Geschäften, sondern sie ist auch eine andere fast in jedem einzelnen Fall, indem besondere Verabredung, besondere Umstände gar oft das ändern können, was im Allgemeinen vielleicht festzusetzen gewesen wäre. Daraus, daß nun alle bonae fidei negotia auf unendlichen Individualitäten beruhen, folgt von selbst, daß mit der Klage aus solchen Geschäften niemals etwas Bestimmtes gefordert werden könne; denn der Richter hat ja erst das Factische des einzelnen Falles zu berücksichtigen und nach ihm das Ganze zu beurtheilen: weil aber ferner alle diese Geschäfte geschlossene gegenseitige Verhältnisse bilden, die jeden der Theilnehmer zugleich berechtigen und verpflichten, so kommen Exceptionen von selbst hier in Anschlag, oder es findet auch für die Ansprüche des andern Theils ein contrarium iudicium statt. Aus allem dem

8) L. 24. Dep. egreditur ea res depositi notissimos terminos. l. 7. §. 5. de pactis (2. 14).

geht hervor, daß niemals in der Klage bestimmt ausgedrückt werden könne, was der Kläger verlange, d. h., daß sie im Gegensatze der *actiones stricti juris* nie auf das *dare* eines *certum* gehen könne. Das Ziel der *actiones bonae fidei* ist daher immer das *incertum* und in so fern heißt der Theil der Formel der die *intentio* enthält, bei ihnen: *si paret dare facere oportere*. Das *incertum* ist aber das, was der Richter nach Berücksichtigung jedes einzelnen Falles zuerkennen wird, d. h., das Interesse eines jeden einzelnen Theils (*id quod interest*).

CICERO pro Roscio Comoedo.

Quis unquam ad arbitrum quantum petiit, tantum abstulit? nemo. Quantum enim aequius esse sibi dari petiit.

§. 30. J. de action. (4. 6).

In bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat.

Wir wollen nun mit wenigen Worten wiederholen, was in diesem Paragraphen ausführlicher dargestellt worden ist: Das innerste Wesen der *obligationes stricti juris* ist Einseitigkeit. Sie entstehen aus lauter einseitigen Thatsachen, aus dem Gesetze, den formellen, dem Gesetze gleichzuachtenden Geschäften und dem Factum des Habens ohne Grund. Deswegen kann aus solchen *obligationes* nur eine Klage, aber keine *exceptio* entspringen; deswegen müssen diese Klagen schlechtweg auf das *dare* eines *certum* gerichtet seyn: endlich aber ist nur die Möglichkeit vorhanden, alles, was gefordert wird, oder gar nichts, durch diese Klagen zu erlangen.

Im Gegensatze der *actiones stricti juris* aber beruhen die *bonae fidei* judicia auf eben so vieler materieller Verschiedenheit, als jene formale Gleichheit zur Norm haben.

Hier ist alles gegenseitig, jeder vorliegende Fall ist ein anderer und alleinige Norm dessen, was geleistet werden soll: darum kann hier weder vom dare noch vom certum die Rede seyn; ein incertum wird mit der Klage gefordert: dieses incertum aber ist das immer variirende Interesse (id quod interest).

Es bleibt jetzt nur noch übrig, das bisher Entwickelte mit vollständigen Beweisesstellen zu belegen. Dazu werden aber am besten solche Stellen der Alten gewählt werden müssen, wo die actiones stricti juris und bonae fidei ebenfalls, wie hier geschehen ist, in ihrer Grundverschiedenheit sich gegenüber gestellt sind.

CICERO pro Roscio Comoedo Cap. 4.

Judicium est pecuniae certae, arbitrium⁹⁾ incertae. Ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus. Ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus consequamur. Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio: directum asperum simplex. Si paret H-S 1000 dari oportere. Hic nisi planum facit H-S mille ad libellam sibi deberi causam perdit. Quid est in arbitrio? mite moderatum. Quantum aequius melius id dari. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur.

Eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas?
Eidem et infinitam largitionem remittebas et eun-

9) Die bonae fidei iudicia werden bei Cicero meistens arbitria genannt.

dem in angustissimam formulam sponsionis con-
cludebas?

CICERO de officiis lib. 3. cap. 17.

Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse Judicis statuere (praesertim cum in plerisque essent judicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret.

TOPICA cap. 17.

In omnibus igitur iis judiciis in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier, inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quid aequius melius parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi, quid socium socio, quid eum, qui mandasset eumve, cui mandatum esset, alterum alteri praestari oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt,

SENECA de beneficiis lib. 3. cap. 7.

Quaecunque in cognitionem, id est in iudicium cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam Judici. Ideo videtur melior conditio causae bonae, si ad arbitrium mittetur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat terminos ponit: hujus libera, et nulla adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest et ad-
jicere, et sententiam suam non prout lex aut Ju-

stitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit regere¹⁾).

§. 3.

Nachdem wir nun im vorigen Paragraphen das Wesen der actiones stricti juris und bonae fidei im Allgemeinen auseinander gesetzt haben, soll in diesem zuvörderst von den einzelnen Klagen der ersten Gattung die Rede seyn. Früher muß aber nothwendig die Bemerkung vorausgeschickt werden, daß weil diese Darstellung überhaupt keinen Anspruch darauf macht, ein vollständiges System durchzuführen, sondern nur die Grundzüge eines solchen andeuten soll, eine vollkommene und lückenlose Aufzählung aller hierher gehörigen Klagen gänzlich auffer dem Zwecke derselben liegt. Vorzüglich gilt diese Bemerkung aber für diejenigen Klagen, die unmittelbar ex lege entspringen, weil man von diesen nur einige anzugeben braucht, um dem Zwecke dieser Schrift hinlänglich zu genügen. Was die übrigen Klagen betrifft, so wird eine ziemliche Vollständigkeit zum Verständniß ungleich passender und nothwendiger erscheinen können.

1) Eben so Theoph. ad J. 3. 22. Nam in caeteris quidem obligationibus unus dumtaxat obligatur, et unus alterum sibi obligat, veluti in obligatione quae re contrahitur, is qui dedit obligat; is, qui accepit, obligatur. In ea, quae verbis constituitur stipulator obligat, promissor obligatur. In ea, quae litteris fit, obligatur, qui scripsit, obligat is, in quem scriptura dirigitur. At vero in hac obligatione, quae consensu contrahitur, uterque utrique obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, quum in verborum obligationibus alter stipuletur, et obliget, alter promittat et obligetur.

Es ist oben weitläufiger entwickelt worden, wie die *actiones stricti juris* sich immer nur auf das *dare* eines *certum* bezögen, im Gegensatz der *bonae fidei judicia*, die allein auf das Interesse, auf das *incertum*, gehen können. Damit sind aber beide Arten von Klagen zugleich benannt. Nach der Sprache des Justinianischen Rechts nämlich heißen Klagen, die bloß auf ein *dare* gehen, *condictiones*, alle andern persönlichen Klagen dagegen im engern Sinn *actiones*. Daraus folgt nun streng, daß alle *actiones stricti juris condictiones* seyn müssen, keine *actio bonae fidei* aber eine *condictio* seyn kann, weil bei ihnen die Formel weiter geht, und das *facere* mit einschließt.

§. 15. J. de actionibus (4. 6).

nunc vero abusive dicimus *condictionem* actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere²).

Wenn es aber ferner in dem Wesen der *bonae fidei negotia* liegt, daß die Klagen nach der ihnen zu Grunde liegenden materiellen Verschiedenheit verschieden seyn müssen, weil ja das Interesse immer durch den eigenthümlichen Cha-

-
- 2) Daß viele Klagen der Art, die ihrer Natur nach nichts anders als *condictiones* sind, häufig nicht so, sondern vielmehr *actiones* genannt werden, vorzüglich wenn ihre *causa* hinzugefügt ist, wie z. B. oft *actio ex stipulatu* gesagt wird, thut hier zur Sache nichts. Sie sind nichts desto weniger wahre *condictiones*. Es rührt vielmehr daher, weil der Name *condictio* für die *petitiones certi* erst später entstanden ist (*nunc abusive dicimus*). Cicero sagt immer noch *certi petitio*, wenn gleich das Wort *condictio* schon bei den *legis actionibus* vorkommt. Hugo's Rechtsgeschichte 6te Auflage S. 187. Vorzugsweise wird *condictio* von den Klagen gebraucht, die aus dem Haben ohne Grund entspringen.

rafter der verschiedenen Geschäfte bestimmt wird; wenn es daher dem zu Folge verschiedene actiones bonae fidei geben muß, worin mit der einen mehr, mit der andern weniger erlangt wird, so liegt es auf der andern Seite in dem ganzen Begriffe des strictum jus, daß es überhaupt nur eine conditio geben könne: denn hier kann ja nur immer eins und dasselbe gefordert werden, nämlich das, was irgend eine vorhandene Form zu fordern berechtigt. Noch deutlicher aber können wir uns so ausdrücken: die bonae fidei negotia äußern ihre verschiedene Wirkksamkeit auf das zu erlangende selbst; das Interesse aus dem Kaufe wird ein andres seyn, wie das aus der Mieth. Ist aber auch die Form verschieden, die bei den obligationibus stricti juris zu fordern berechtigt, so hat diese auf das zu erlangende überall keinen Einfluß; daher die Klagen, die hieraus entspringen, nur verschieden sind in ihrem Grunde, aber vollkommen gleich in ihrer Wirkung. Sollen aber nun einmal die Klagen nur nach ihrem materiellen Inhalte gesondert werden, so folgt hieraus der ganz consequente Satz, daß es nur eine actio stricti juris, eine conditio geben könne. Diese Ansicht aber haben die Römer; sie kennen nur eine conditio, aber viele verschiedenartige Gründe, die sie hervorbringen, im Gegensatze der Neuern, die eben so viele verschiedene Conditionen kennen, als es Ursachen derselben giebt. Die Römischen Juristen drücken sich stets schlechtweg so aus: conditio competit; unabhängig aber davon fügen sie bisweilen die Ursache hinzu: videlicet ex causa furtiva³). Dies erklärt aber nun vollkommen, warum Justinian in den Institutionen die stricti juris actiones nicht wie die bonae fidei aufzählt, weil es nach der ächt Römischen

3) L. 29. D. de cont. emt. (18. 1).

sehen Ansicht überhaupt nur eine actio stricti juris giebt⁴⁾; daß dies aber einzig und allein die Römische Ansicht gewesen sey, läßt sich auch durch deutliche Beweise darthun. So erklären die Römer die *condictio indebiti* und die, welche *ex mutuo* kömmt, für eine und dieselbe Klage.

GAJUS lib. 3. Aursorum.

l. 5. §. 3. de O. et A. (44. 7).

Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis obligatur quidem, quasi ex mutuatione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus⁵⁾.

Eben so soll die, welche *ex stipulatu* kömmt, mit der, welche *ex mutuo* entsteht, eine und dieselbe seyn.

ULPIANUS libro sing. Pandectarum.

L. 24. de reb. cred. (12. 1).

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet; sed illa *condictitia* actione id persequi debet, perquam certum petitur.

PAULUS libro 3. quaestionum.

l. 126. §. 2. in f. de V. O. (45. 1).

Nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur: sed una verhorum.

Auch mag die Ueberschrift des Titels: *de rebus creditis*, wohl der sprechendste Beweis für die Einheit der *condictiones* seyn. Er lautet also: *de rebus creditis, si certum petetur et de condictione*.

Aus der Ansicht der Neuern hat aber, nebst vielen andern, auch zugleich die merkwürdige Controverse entstehen

4) So sagt auch MARCIAN in l. 5. §. 4. de in litem jurando in actione stricti iudicii.

5) §. 1. J. quib. mod. re. l. 3. 15.

müssen, was der Unterschied sey zwischen *condictio ob turpem* und *ob injustam causam*, welcher Streit am Ende auf die grammatische Bedeutung von *turpe* und *injustum* hinausläuft⁶).

Es giebt also nur eine *actio stricti juris* (*condictio*) dem Wesen und der Wirkung nach, viele aber, wenn man auf die verschiedenen Ursachen der Klagen sieht. Hätten wir nun die verschiedenen Gründe aufgezählt, so würden wir damit zugleich alle *actiones stricti juris* angegeben haben; nun ist oben die *lex*, in so fern sie eine *obligatio* begründet, als der erste Entstehungsgrund der *Conditionen* (so sollen die *actiones stricti juris* von nun an immer genannt werden) bezeichnet worden. Jede *obligatio*, die aus einer *lex* entsteht, muß, vermöge ihrer bestimmten Natur, auf das *dare* eines *certum* gehen, und die daraus entspringende *actio* ist also natürlich eine *condictio*.

De conditione ex lege (tit. Dig. 13. 2).

PAULUS libro 2. ad Plautium.

Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Gehört das Gesetz nämlich, aus dem die Klage entspringt, den früheren Zeiten der Römischen Republik an, so führt die letztere niemals den Namen *condictio*; denn die ausschließliche Bezeichnung mit dem Worte *condictio* für diejenigen Klagen, die auf ein reines *dare* gehen, ist ja, wie schon oben (S. 22) bemerkt worden, neueren Ursprungs. Es konnte also jede *actio ex lege* erst von der Zeit an vorzugsweise

6) Zum Theile die richtige Ansicht, wenn auch durch viele Nebenstellungen verwirrt, hat CUJAC. in Com. ad Tit. de reb. cred. (ed. Neap. tom. 7. p. 650).

condictio heißen, worin man angefangen hatte, dieses Wort nicht in dem anfänglichen Sinn einer jeden *actio in personam*, sondern abusive für eine Klage auf ein *dare*, *oppotere*, zu gebrauchen, und so mag wohl erst durch diese Voraussetzung das *lege nova* in der oben angeführten Stelle des Paulus seine recht schickliche Bedeutung erhalten haben. In diesem Sinne nun sind alle diejenigen Klagen, welche aus Obligationen entspringen, die im Zwölftafelgesetze begründet sind, *condictiones*, wenn sie auch diesen Namen nicht führen können. Alle Pönalklagen z. B., die aus dem Civilrecht hervorgehen, und auf das Entrichten einer bestimmten, nicht arbiträren Strafe gerichtet sind, gehören hierher. Die *actio de ligno juncto*, die *actio injuriarum ex lege Cornelia*, die *actio furti* selbst, sind also wahre *Conditiones* wenn auch die letzte im Gegensatz der *rei persecutorischen* Klage immer *actio furti* heißt. Da hier weitläufiger davon nicht gesprochen werden kann, so mag das vorläufig kein kleiner Beweis seyn, daß in l. 1. rer. am. (25. 2.) gesagt wird, die *actio rer. am.* sey statt der *actio furti* eingeführt, die *actio rerum amotarum* aber, wie unten näher gezeigt werden wird, eine wahre *condictio* ist. Auch die Klage, welche aus der *lex Aquilia*, wegen eines *damnum injuria datum*, entspringt, und auf das *dare* der bestimmten *aestimatio* nach dem höchsten Marktpreise des ganzen Jahres geht, ist nach dem Vorausgeschickten, obgleich sie wegen der schon angegebenen Gründe immer fast *actio legis Aquiliae* heißt, nichts mehr und nichts weniger, als eine *condictio*. Daß sie nämlich auf das *dare* eines *certum*, nach vorhergegangener genauer *aestimatio rei*, geht, zeigen die Worte des Gesetzes: *Quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*. Es läßt sich aber auch für diese Klage, aus einer

Stelle des Ulpian, buchstäblich beweisen, daß sie eine *condictio* sey.

L. 9. §. 1. de reb. creditis (12. 1).

Competit haec actio (es ist hier nämlich von der *condictio certi* die Rede) et ex lege Aquilia.

Ferner ist das ein starker Beweis, daß dieselbe nichts, als eine *condictio* sey, daß Ulpian l. 2. §. 3. de privatis delictis (47. 1.) die Frage aufwirft: Quaesitum est, si *condictus* fuerit ex causa furtiva an nihilominus lege Aquilia agi possit. Das heißt aber mit andern Worten: wenn aus einer causa *condictio* worden, kann es auch noch aus einer andern geschehen? Die Antwort ist die: hier könne es statt finden, weil die aestimatio der lex Aquilia eine andre sey, als die der *condictio furtiva*. Darüber mehr unten (§. 4). Höchst wahrscheinlich wurde aber schon vor Augustus Zeiten jede Klage, die aus einer obligatio, welche eine lex begründet hatte, entsprungen war, *condictio ex lege* genannt. Es beweist dies die Klage, welche die lex Julia de adulteriis coerendis gegen den falschen Ankläger eines Slaven wegen des doppelten Wertes desselben einführte. Diese Klage wird nämlich *condictio ex lege* (sc. Julia) genannt.

MARCELLUS libro 2. de judiciis publicis. (48. 1).

L. 28. ad leg. Juliam de adulteriis coerendis.

Quod ex his causis debetur, per *conditionem* quae ex lege descendit petitur.

So viel Klagen nun auf das dare eines certum durch eine lex eingeführt sind, eben so viele *conditiones ex lege* wird es geben müssen. Sie alle hier aufzuzählen wäre unnöthig, vorzüglich da viele von ihnen rein processualisch sind. So kommt in §. 24. I. de action. eine *condictio* auf das Vierfache gegen die executores litium vor, die mehr Sporteln, als ihnen gebührten, einzogen u. s. w. Die Klage,

welche Justinian aus dem Versprechen der Schenkung in der l. 35. C. de don. gab, ist also eine *condictio ex lege*, wie man sie auch bisher ganz richtig also genannt hat. Es versteht sich nun aber wohl von selbst, daß jegliche Form des Gesetzes hinreichend ist, eine *condictio* zu begründen, und daß es keineswegs darauf ankommt, ob es ein *plebiscitum* sey, ein *Senatusconsultum* oder eine *constitutio* des Kaisers.

ULPIANUS lib. 26. ad Edictum,

L. 9. de reb. cred. (12. 1).

Sed si ex senatusconsulto agetur, competit haec actio (sc. *condictio certi*).

THEOPH. ad § 24. J. de act. (4. 6).

Τὸν γὰρ ex lege *Kondiktivon* ἀνάγκη ἐκ Διατάξεως τηρεῖσθαι συμβαίνει?).

So viel von den *Conditionen*, in so fern sie eine *lex* überhaupt zum Entstehungsgrund haben. Oben sind aber noch mehrere Gründe angegeben worden, die *Conditionen* hervorbringen könnten: das dem Gesetze gleichzuachtende formelle Geschäft und die Thatsache des Habens ohne Grund; und von diesen wird nun hier die Rede seyn müssen. Fragen wir nämlich, wie viel es solcher vom Gesetze bestätigter Formen gegeben habe, aus denen man auf ein *dare*, *oportere* hätte klagen können, so kommt uns zur Beantwortung dieser Frage eine classische Stelle des Cicero gar sehr zu statten.

CICERO pro Roscio Comoedo cap. 5.

Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat, reliquum est, ut

7) Non enim dubium est, quin ex constitutione *condictio ex lege* nascatur.

stipulatum se esse dicat: praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio.

Pecunia petita est certa: haec pecunia necesse est aut data, aut expensilata, aut stipulata sit.

Auf dreierlei Weise also, meint Cicero, kann nur eine petitio certi statt finden, entweder aus einer pecuniae datio, einer Stipulation, oder aus einer litterarum obligatio. Sehen wir nun von diesen dreien Gründen einer petitio certi die pecuniae numeratio als nicht zu den formellen Geschäften gehörend, bis auf eine nähere Erörterung bei Seite, so bleibt uns für diese aus der eben angeführten Stelle des Cicero nur noch die Stipulation und Expensilation⁸⁾ übrig. Daß nun diese beiden formellen Geschäfte petitiones certi, Klagen auf ein dare oportere, oder, wie sie im neuern Rechte heißen, conditiones, begründen, kann auch durch Stellen unseres Corpus juris erwiesen werden.

MODESTINUS lib. 5. Pandectarum.

L. 103. de verb. oblig. (45. 1).

Liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi, nec aestimatio ejus praestari potest, non magis, quam si quis dari stipulatus fuerit mortuum hominem aut fundum hostium.

PAULUS libro 6. ad Sabinum.

L. 19. de serv. praed. rust. (8. 3).

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum inutilis est stipulatio quia nec dari ei

8) Unter den verschiedenen Meinungen halte ich nämlich die für die richtige, welche die Hausbücher (codices expensi und accepti) als die wahre Form des alten Vitteralcontractis erkennt.

potest. Sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt.

Die Klage aber, welche, nachdem die alte *expensilatio* ganz erloschen ist, aus der noch im Justinianischen Rechte bedingt erscheinenden *litterarum obligatio* gegeben wird, nennen die Institutionen ebenfalls *condictio*.

T. 22. J. lib. 3. (de litt. obl.).

Sic fit, ut et hodie, dum quaeri non potest scriptura obligetur, et ex ea nascatur *condictio*, cessante sc. verb. obligatione.

So begründen also *verborum* und *litterarum obligatio* als zwei gesetzliche Formen, eine Klage auf ein *dare*, *condictiones*. Es fragt sich aber weiter: hat Cicero jede mögliche gesetzliche Form angegeben, aus der eine *condictio* entstehen könne? und diese Frage werden wir mit Nein beantworten müssen. Cicero spricht nämlich nur von den Fällen, die in der von ihm zu behandelnden Sache allein möglicher Weise vorkommen konnten. Die Worte: *praeterea enim non reperio*, können nicht auf das gesammte Recht, sondern nur auf die speciellen Umstände der Sache, die Cicero vertheidigt, bezogen werden. Ein Hauptfall aber, der mit der Sache des *Noscius Comodus* ganz und gar nicht in Verbindung stand, wurde auch von ihm deswegen nicht erwähnt, ich meine die *actio ex testamento*, die aber nichts mehr und nichts weniger, als eine reine *condictio certi* ist. Dies soll nun hier bewiesen werden:

Im ältern Röm. Rechte gab es bekanntlich zwei Hauptarten der Legate, das *legatum vindicationis* und das *legatum damnationis*. Das *legatum vindicationis* brachte gar keine *obligatio* hervor, sondern gleich ein *dominium*. Der Legatar konnte die Sachen vom Erben vindiciren, als seyen sie sein Eigenthum. Das *legatum damnationis* hin-

gegen begründete eine obligatio stricti juris, das heißt, es war eine Form mehr, aus der eine Condictio entstehen konnte. Wie das legatum vindicationis ohne Tradition oder irgend eine andere Uebertragung (wie die Neueren erbaulich sagen: per transitum legalem) ein dingliches Recht begründete, so entstand, ohne daß der Erbe oder der Legatar, also die Theile, mitgewirkt hatten, aus dem legatum damnationis eine obligatio stricti juris zwischen ihnen, ganz der Stipulation ähnlich, mit der die Befugniß aus dem Testamente zu fordern, beständig deswegen auch in unsern Quellen zusammen gestellt wird.

POMPONIUS libro 9. Epistolarum.

L. 46. de leg. I. (30).

Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

ULPIANUS libro 21. ad Sabinum.

L. 39. §. 1. eodem.

Ipsius quoque rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione.

POMPONIUS libro 7. ex Plautio.

L. 50. de O. et A. (44. 7).

Quod quis aliquo anno dare promittit, aut dare damnatur.

POMPONIUS libro 9. ad Sabinum.

L. 23. de V. Q. (45. 1).

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas.

PAULUS libro 26. ad Edictum.

L. 6. de in litem jurando (12. 3).

Alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari.

ULPIANUS libro 28. ad Edictum.

L. 27. de solut. (46. 3).

Etiā circa stipulationem, et ex testamento actionem.

POMPONIUS lib. 9. Epistolarum.

L. 92. de sol. (46. 3).

Si mihi alienum servum dari promiseris, aut testamento dare jussus fueris⁹⁾.

und eine schon angeführte Stelle des

QUINCTILIANUS inst. or. lib. 4. cap. 2.

Satis est dixisse certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento.

Aus diesen Stellen geht nun die Analogie, so wie die praktisch gleiche Wirkung des legatum damnationis und der Stipulation deutlich hervor: aber auch, was nun eigentlich nicht mehr näher erwiesen zu werden brauchte, daß die actio ex testamento nichts als eine condictio ist, kann man dennoch durch mehrere Stellen vollkommen darthun.

JULIANUS libro 33. Digestorum.

L. 82. §. 1. in f. (de leg. I. 30).

Recte ex testamento petam eam mihi dare oportere.

§. 35. J. (de actionibus 4. 6).

Aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderis, quod ex stipulatu debetur.

ULPIANUS libro 26. ad Edictum.

L. 9. de reb. cred. (12. 1).

Competit haec actio (sc. certi condictio) etiam ex legati causa.

9) Cf. §. 35. J. de act. — l. 18. de O. et A. (44. 7).

PAULUS libro 3 quaestionum.

L. 9. D. (12. 5. de cond. ob turpem causam).
Si rem locatam tibi, vel venditam a te vel mandatah, ut redderes pecuniam acceperis, habebis tecum ex locato, vel vendito vel mandati actionem; quod si ut id quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit idque et Pomponius scribit.

Daß nun aber die Klage actio ex testamento fast immer heißt, kann nicht befremden; auch die condictio certi aus der stipulatio heißt fast immer actio ex stipulatu¹⁰⁾ und ist doch nichts desto weniger eine condictio¹⁾. Wie schon oben bemerkt worden ist, kömmt der Name condictio, als ein beständiger, fast nur für diejenigen Klagen vor, die aus einer pecuniae numeratio oder rei datio entspringen; die andern conditiones werden, wahrscheinlich weil ihre causae im strengen jus civile begründet, und sie daher früherer Ursprungs sind, actiones mit dem Zusatze des Grundes (actio ex stipulatu, ex testamento, ex lege Aquilia) genannt. Indem Justinian aber den Unterschied zwischen legatum vindicationis und damnationis aufhob, und aus jedem Legat eine vindicatio und actio ex testamento gestattete, beging er in der That eine große Inconsequenz, indem es nun ausser dem Falle der condictio furtiva doch noch eine Condictio giebt, die mit der Vindicatio zusammentritt; was in den Institutionen fast für einen Unsinn erklärt wird.

10) L. 57. de solut. (46. 3). L. 88. §. 6. D. de V. O. (45. 1).
L. 42. D. pro socio (17. 2) l. 14. C. de pactis, l. 28. D. de action. empti (19. 1).

1) L. 24. de reb. cred. (12. 1).

Wir hätten nun drei vom Geseze bestätigte Formen kennen gelernt, aus denen eine Klage auf ein dare, eine *condictio*, entspringt, *stipulatio*, *expensilatio*, *testamentum*; und mit diesen wird wohl die Classe der *obligationes legitimae* überhaupt geschlossen werden können. Einiger Ausnahmen indessen muß durchaus hier an diesem Platz Erwähnung geschehen, weil diese mit der Lehre von der *Stipulation* auf das innigste verbunden sind, sollten sie auch lediglich dem älteren Recht angehören. Eine *dos* nämlich konnte zur Zeit der classischen Juristen auf zweierlei Weise bestellt werden: man durfte sie entweder wie jede gewöhnliche *donatio* dem Mann einhändigen; oder sie auch durch die Form einer gewöhnlichen *Stipulation* versprechen. Gab die Frau die *dos* aber selbst, oder was wohl dasselbe ist, sollte sie ihr Schuldner oder ihr nächster *Ugnat* geben, so hielt man weder *datio* noch *stipulatio* für unumgänglich nothwendig zur Begründung derselben, sondern die hier genannten drei Personen waren schon durch ein andres wenigser förmliches Versprechen (*dotis dictio*) gebunden. Die Form eines solchen Versprechens, ohne feierliche *interrogatio*, ist uns in einer interessanten Stelle des *Terenz* aufbewahrt.

Andria Act. V. Sc. 4. v. 46.

— — — Ch. Dos, Pamphile, est
talenta quindecim. Pa. Accipio²⁾).

Aus einer solchen *dotis dictio* nun müßte der, welchem versprochen worden war, eben so gut eine *condictio certi*

2) GAJI Inst. lib. 2. tit. 7. §. 3. — ULPIANI fragm. tit. 6. §. 1. tit. 11. §. 20. l. ult. C. TH. de inc. nuptiis, l. ult. C THEOD. de dot. CICERO pro Flacco cap. 35. PLINIUS lib. 2. ep. 4. JAC. GOTHOF. Comm. ad l. ult. Cod. Theod. de dotibus SCHULT. Jurispr. p. 154.

erhalten, als sey wirklich die dos durch Stipulation bestellt gewesen; denn das bloße dicere der Mitgift soll ja gerade eben so viel, wie das promittere bewirken, d. h. aber, ohne sponsio wird hier eine *condictio* begründet. In so fern kann man also, will man auf das ältere Recht sehen, die *dotis dictio* als eine vierte gesetzliche Form den drei oben genannten zur Seite setzen. Indem aber Theodosius der zweite durch eine eigene Verordnung³⁾ die Bestellung der dos durch *stipulatio* für unnöthig, und jede beliebige Form des Ausdrucks für hinreichend erklärte, that er weiter nichts, als daß er die *dotis dictio*, die bisher bloß auf drei Personen beschränkt geblieben war, auf jeden ohne Unterschied ausdehnte. Die Klage aber, die jetzt aus einem jeglichen Mitgiftsversprechen entsteht, ist eine *condictio ex lege*, so, daß die *dotis dictio*, als besondere obligatio, gar nicht mehr in Betracht kömmt.

Auffer der *dotis dictio* giebt es aber noch eine Ausnahme im alten Rechte, wodurch, ohne der feierlichen Stipulationsformel zu bedürfen, eine obligatio begründet wurde: hatte der *libertus* nämlich seinem Herrn Geschenke oder Dienstleistungen versprochen, und dieses Versprechen beschworen, so war er wie aus einer *stipulatio* zur Leistung verbunden.

GAJI Inst. lib. 2. tit. 9. §. 4.

Item et alio casu uno loquente et sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio. id est si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit⁴⁾.

3) L. ult. C. Theod. de dot. (3. 13). L. 6. C. de dot. prom. (3. 11).

4) L. ult. D. de lib. causa. l. 37, D. de oper. lib. l. 34. D. de jurej,

Hier bewirkt der Eid, was sonst nur eine Stipulation hätte hervorbringen können, und in so fern kann man wirklich eine fünfte feierliche Form des alten Rechts annehmen, aus der eine Klage auf ein dare, eine *condictio* entstand: den Eid des *Libertus*.

Hätten wir nun dergestalt alle formellen und einseitigen *obligationes* aufgezählt, so bleibt uns, um alle Entstehungsgründe der *condictiones* zu erschöpfen, nur noch die zahlreiche, aber unter einen Begriff zu fassende Classe der Klagen auf ein dare übrig, die aus der Thatsache einer *pecuniae numeratio* oder des sonstigen Habens ohne Grund zum Eigenthum hervorgehen. Es konnte dieser letzte Entstehungsgrund oben nur oberflächlich berührt werden, und die weitere Ausführung mußte schicklicher diesem Plage vorbehalten bleiben. Ist es nämlich auch an sich wahr, daß nur aus dem Geseze und aus den wie Geseze zu behandelnden formellen Geschäften eine *condictio* eigentlich entstehen könnte, so muß doch hinsichtlich derjenigen *obligationes* bald eine Ausnahme entstehen, die durch das Haben ohne Grund zum Eigenthum begründet werden. So wie nämlich abgesehen von jedem Obligationenverhältnisse durch eine immer im alten Rechte von den *Actionen* getrennte *lis vindiciarum* jeder sein Eigenthum verfolgen konnte; eben so mußte bald, wenn Eigenthum übergegangen war, ohne daß ein Grund zu dessen immerwährender oder einstweiliger Entäußerung sich vorfand, eine Klage auf dessen Zurückgabe entspringen, die, wenn auch aus einer *obligatio* hervorgehend, im Grunde nichts war, als ein Surrogat der *rei vindicatio*. Ueberhaupt muß es bemerkt werden, daß bei *Conditionen* dieselben Grundsätze über *culpa* und *mora*, wie bei der dinglichen Klage obwalten, und *condictio* und *vindicatio* gar oft zusammen gestellt werden. So sagt *PAULUS* in l. 6. D. de rei vind. (6, 1): *Si vestimenta nostra esse*

vel dari oportere nobis petamus. So ULPIAN in l. 14. de reb. cred. (12. 1) totiens conditio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset. Das heißt aber mit andern Worten: dann wird eine Klage conditio genannt, so bald sie statt findet, wo Eigenthum überging, und man also nicht mehr vindiciren kann. Es entsteht aber dergestalt das sonderbare Verhältniß, daß während auf der einen Seite der Grund der Klage im bono et aequo beruht, in dem Ungeziemenden nämlich, etwas zu behalten, was man eigentlich ohne wahre Ursache hat, die Wirkung der Klage dem jus strictum angehört, weil das zu Fordernde, indem es aus einem bestimmten Hingeben hervorgeht, auch seiner Natur nach schon fest und bestimmt ist⁵). Die Klagen nun, die aus der Thatsache des Hingebens zum Eigenthum entspringen, sind es vorzüglich, die mit dem Kunstausdrucke conditiones am häufigsten bezeichnet werden; selten werden sie actiones genannt⁶). Der Grund ist schon oben angegeben worden. Späteren Ursprungs, weil sie ihrem Grunde nach juris gentium sind, fallen sie wahrscheinlich nicht lange vor der Zeit, wo der Name conditio allgemeiner wurde für diejenigen Klagen, die auf ein dare oportere gerichtet sind, während die andern Klagen auf ein dare, die schon früher nach ihrem Grunde bezeichnet wurden, diesen Namen nicht wohl mehr änderten; daß nun aber der Grund dieser conditiones ex numeratione im jure naturali gegründet gewesen sey, läßt

5) Im Ganzen hat diese zwiefache Natur der conditiones ex numeratione schon angegeben JOANNES D'AVEZAN in Meermann Thesaurus tomus IV. p. 43.

6) Pr. I. quib. re (3. 15) l. 24. pr. de act. emti steht indebiti actio.

sich leicht erweisen. Hinsichtlich des *mutuum* sagt es uns eine schon oben angeführte Institutionenstelle⁷⁾; für die andern *Conditionen* lassen sich aber viele *Pandectenstellen* anführen. So für die *sine causa* l. 50. de jure dotium, wo es heißt: *illud ex bona fide est et negotio convenit, ut fundus quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur*; für die *condictio causa data causa non secuta*, l. 65. §. 4. de cond. indebiti, welche die Worte enthält: *Quod ad rem datur ex bono et aequo habet repetitionem*, und endlich für die *condictio indebiti* die folgende l. 66. de cond. ind., die also lautet: *haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, oder l. 15. de cond. ind., wo es heißt, indebiti soluti condictio naturalis est*. Eben so leicht läßt es sich aber auf der andern Seite beweisen, daß alle *condictiones ex numeratione* von den Römern, die nicht sowohl auf die Entstehung, als vielmehr auf die endliche Wirkung der Klagen sahen, zu den *actionibus stricti juris* gezählt worden seyen. So wird die *numeratio* stets mit der *stipulatio*, als einem ihr analogen Geschäfte, zusammen gestellt.

ULPIANUS libro 26. ad Edictum.

L. 7. D. de reb. cred. (12. 1).

Omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae et ideo et *condictiones*.

ULPIANUS libro 26. ad Edictum.

L. 9. D. de reb. cred. (12. 1).

Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi *condictio* competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis, sive conjunctim.

7) §. 2. l. de jure naturali (1. 2).

ULPIANUS libro 9. ad Edictum.

L. 19. de verb. sign (50. 16).

Et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur: ut in stipulatione vel numeratione⁸).

Daß aber überall, wo obligationes re et verbis zusammen stehen, nur unter re die numeratio oder das sonstige Haben ohne Grund zum Eigenthum gemeint ist, d. h. jede Handlung, woraus eine conditio entsteht, nicht aber auch zugleich diejenigen Contracte, die Gajus mit dazu rechnet, als da sind pignus depositum commodatum, beweist sowohl die eben angeführte l. 19. de verb. sign., wo das re hinterher mit dem Worte numeratio erklärt wird, wie auch, daß ja die 3 eben genannten Contracte mit der Stipulation überall keine Ähnlichkeit haben. Ich glaube sogar aus diesen häufigen Zusammenstellungen von re und verbis den Schluß ziehen zu können, daß von den Römischen Juristen, ausser Gajus, diese 3 Contracte gar nicht unter die qui re fiunt gerechnet worden sind.

Ausser den eben zum Ueberflusse gegebenen Beweisen ist es aber auch schon von selbst strenger Beleg dafür, daß die Römer die conditiones ex numeratione, wie alle anderen, zu den stricti juris actionibus rechneten, daß oben dargethan wurde, es gebe nur eine conditio überhaupt, wie denn auch in l. 24. de reb. cred die Klage aus der Stipulation und dem mutuum ein und dieselbe genannt wird. Von dem ganzen zwiefachen Verhältnisse der conditiones ex numeratione aber, dem Grund und der Wirkung nach, spre-

8) Noch mehr Belege findet man in l. 2. §. 4. ad S. C. Vel-lejanum. §. 17. l. de act. (4. 6), wo es heißt: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor.

den zwei sehr interessante Stellen des Tryphoninus und Marcianus, die hier deswegen nicht übergangen werden dürfen,

TRYPHONINUS lib. 7. Disputationum,

L. 64. de cond. ind. (12. 6).

Ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.

MARCIANUS libro 3. regularum,

L. 25. in f. de act. rer. amot. (25. 2).

Nam jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident,

Höchst wahrscheinlich konnten daher auch Peregrinen ex numeratione eine conditio haben, da sie sie sicherlich ex stipulatione expensilatione⁹⁾ testamento nicht haben durften. Vielleicht giebt uns hierüber der schlichst erwartete Gajus nähern Aufschluß.

Es bedarf aber nun nach der bisherigen Ausführung keiner weiteren Rechtfertigung des oben aufgestellten Satzes, daß alle conditiones ex numeratione oder datione unter einen Begriff zu fassen seyen; denn da oben bewiesen worden ist, es gäbe nur eine conditio, und die Gesetze dies ausdrücklich hinsichtlich der conditio ex mutuo und indebiti aussprechen¹⁰⁾, so können die verschiedenen Ursachen der Conditionen nicht eben so viel Classen abge-

9) Nach Hugo's Rechtsgeschichte, 6. Auflage S. 597., spricht Gajus auch von eigenen litterarum obligationibus der Peregrinen.

10) Dies sagen hinsichtlich der andern Conditionen l. 18. u. l. 32. de reb. cred.

ben, da sie alle wiederum im Grundbegriffe der datio enthalten sind. Es ist nämlich ganz einerlei, ob ich etwas zum Darleihen hingegeben habe, d. h. in der Absicht, daß es mir zurück erstattet werde, oder ob das, was mir eigentlich gehören sollte, sich sonst ohne Ursache in den Händen eines andern befindet, bestehe nun diese Richtursache in falschen Voraussetzungen des Hingegebenen (causa non secuta, indebiti) oder in schlechten Handlungen des Empfangenden (turpis causa, causa furtiva) oder endlich, sey sie durch keinen von beiden entstanden (sine causa). Im Augenblicke, wo die conditio ex mutuo dem Klagen den zusteht, hat ja eigentlich die Ursache aufgehört, weswegen der Beklagte die geforderte Sache besitzt, und in so fern ist sie im Grunde nicht mehr noch weniger, als eine wahre conditio sine causa, d. h. sie fällt, wie alle andere Conditionen, ex datione in den großen Kreis zurück, der sie alle umfaßt: ein Haben ohne Grund. Sehr deutlich sprechen dies folgende Stellen aus:

JAVOLENUS libro 1. ex Plautio.

L. 10, in f, de cond. causa data, causa non secuta. (12. 4).

Quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit.

PAULUS libro 3, ad Sabinum,

L. 14. eodem,

Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit. Sed ipse dominus tenetur, ut Julianus scribit. Quod si dominus ratum non habuisset, etiam si debita pecunia soluta fuisset ab ipso procuratore repetetur; non enim quasi indebitum datum repetetur; sed quasi ob rem

datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente, vel quod furtum faceret pecuniae procurator, cum quo non tantum furti agi sed etiam condici ei posse.

Es kann aber hier zum erstenmal durch ein praktisches Beispiel erläutert werden, zu welchen Falschheiten überhaupt die Haupteintheilung in Contracte und die Nichtbeobachtung des Wesentlichsten im Obligationenrechte, der Klage, führt. Es bringt die dadurch entstehende Sonderung, des mutuum zum Beispiel, von den andern Conditionen die Idee mit sich, jede conditio sey eine andere Klage, und wenn man am Ende mit Glück¹⁾ und vielen andern von conditiones, die bonae fidei wären, zu erzählen weiß, so ist dies nur eine letzte Potenz des Ergebnisses jener verworfenen Systematisirung. Die Systematiker glauben ferner genug gethan zu haben, wenn sie nur auf das Materielle gesehen, und bedenken nicht, daß im Römischen Recht allein die Kenntniß der formellen Gleichartigkeit zu einem Verständniß führen kann. So stellt Heise sämmtliche conditiones, mit Ausnahme der aus dem mutuo mit dem deposito und dem interdicto de precario zusammen²⁾. Umdglichen können aber dreierlei aus eben so viel verschiedenen Quellen hervorgehende obligationes ohne bedeutenden Nachtheil für das Verständniß der Lehren nebeneinander stehen. Daß bei uns der formelle Unterschied aufgehört hat, und die Wirkungen der Klagen so ziemlich dieselben sind, ist eine Entschuldigung, die wahrlich wenig dazu beitragen wird, das Römische Recht ins rechte Licht zu setzen. Mir bleibt es unerhört, ja unbegreiflich, wie man einer Wissenschaft ihre Grundlage entziehen will, und dennoch alle Folgerungen

1) Glück's Commentar, 13ter Band Seite 260.

2) Heise's Grundriß, 3. Auflage Seite 102. u. f.

auf fremde Grundlagen pflanzten möchte, worauf sie nicht passen. Höchstens kann man dies einer schlechten, bodenlosen und doch feichten Praxis verzeihen, nicht aber dem Studium und den Lehrern der Wissenschaft. Zu den Condictio-
nen, die aus einem Inhaben ohne Grund also entspringen, gehört die ex mutuo, die causa data, causa non secuta, ob turpem causam, indebiti, furtiva. Jedoch muß hier der Vollständigkeit wegen noch einer Klage Erwähnung geschehen. Stiehlt nämlich die Frau dem Manne während der Ehe Sachen, so verbietet es nach Römischer Ansicht das zarte Lebensverhältniß, das zwischen ihnen obwaltet, sie mit der actio furti zu belangen, auch wenn die Ehe an-
hörte, ja, nach der Meinung mancher Römischen Juristen begehrt sie nicht einmal ein furtum³⁾. Deswegen kann aber nicht allein nicht die actio furti, sondern nicht einmal eine conditio furtiva gegen sie statt finden; denn diese müßte dann aus einer Ursache entspringen, die gar nicht vorhanden ist, wenigstens doch gar nicht erwähnt werden dürfte. Da aber auf der andern Seite der bestohlene Mann wieder zu dem Seinigen kommen muß, so ist deswegen eine eigne actio rerum amotarum eingeführt, die den Namen furtum zwar nicht enthält, aber dennoch in allen ihren Wirkungen, in ihrem ganzen Wesen, eine wahre conditio furtiva ist, zu der sie sich ungefähr verhält, wie die actio in factum gegen den Patron zu der actio de dolo. Alles, was mit der conditio furtiva erlangt werden kann, bewirkt auch diese Klage.

3) L. 1. Rer. amot. (25. 2). Quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret.

4) L. 1. eodem quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere. Es gilt übrigens auch umgekehrt vom Manne gegen die Frau, L. 7. eodem.

PAULUS libro 7. ad Sabinum.

L. 6. §. 4. h. t.

Item heres mulieris ex hac causa tenebitur sicut conditionis nomine ex causa furtiva.

In so fern wird sie mit Recht selbst von Gajus *condictio* genannt.

GAJUS libro 4. ad Edictum provinciale.

L. 26. h. t.

Rerum amotarum actio *condictio* est.

Es möchten aber vielleicht dem hier aufgestellten Satze, daß die *actio rerum amotarum* die *condictio furtiva* gleichsam ersetze, einige Stellen des Ulpian zu widersprechen scheinen, worin dem ersten Anscheine nach die *condictio furtiva* als concurrirend mit der *actio rerum amotarum* erscheint. Deswegen ist eine Erregese dieser Stellen unumgänglich nothwendig, damit auch der kleinste Zweifel hierüber verschwinde.

ULPIANUS libro 30. ad Edictum.

L. 17. §. 2. h. t.

Non solum eas res, quae extant in rerum amotarum iudicium venire, Julianus ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt: Simili modo etiam certi condici eas posse ait.

Aus den letzten Worten dieser Stelle nun könnte man, betrachtet man sie oberflächlich, das Resultat ziehen wollen, als sey auch die *condictio furtiva* neben der *actio rer. am.* zulässig, und also im Grunde die letztere ganz überflüssig. Die Glosse⁵⁾ und Cujacius⁶⁾, so wie die Exegetiker nach ihnen, sind mit der Erklärung bald fertig. Da sie unhisto-

5) Glossa ad leg. 17. §. 2. h. t.

6) CUJACIUS ad tit. 1. de reb. cred. (ed. Neap. tom. 7. p. 639).

risch und ohne alle Begründung neben den andern Con-
 dictionen noch eine *condictio certi generalis* annehmen,
 so macht ihnen dieses Fragment keine besondere Schwierig-
 keit; es soll nach ihnen hier ihre *condictio certi genera-*
lis gemeint seyn, und damit ist alles gerechtfertigt. Da es
 aber das Resultat der bisherigen Darstellung gewesen ist,
 alle *condictiones* auf ihre einfache historische Grundlage zu-
 rückzuführen, da bewiesen worden ist, es gebe nur eine ein-
 zige *condictio certi* überhaupt der Wirkung nach, und nur
 dem Grunde nach mehrere, so fällt die räthselhafte Lehre
 von der *condictio certi generalis* (das hiesse nämlich nach
 unserer Ansicht eine *condictio* ohne Grund) in ihr eigenes
 Nichts zurück, und wir müssen nun für die obige Stelle
 zu einer reineren Wortexegese unsere Zuflucht nehmen. Ulpian
 referirt nämlich nicht, daß Julian gesagt habe, es
 fände neben der *actio rerum amotarum* zugleich eine *con-*
dictio certi (*sc. furtiva*) statt, wie man die Worte *simili*
modo etiam certi condici eas posse ait verstehen könnte,
 sondern auf das Vorhergehende sich beziehend, wo angebeu-
 tet wurde, auch wenn die Sache aufgehört habe, sich in
rerum natura zu befinden, könne doch die *actio rerum*
amotarum der *aestimatio* wegen statt finden, sollen nun
 diese letzten Worte sagen: Auf ähnliche Weise sey es ja auch
 bei der *condictio furtiva*, daß die *aestimatio* *condicit*
 werden könne⁷⁾. Zu dieser Erklärung passen auch die Wors-
 te: *simili modo* ungemein besser, ja ich möchte sagen, ein-
 zig und allein, und es soll hier nur wie in andern Stel-

7) L. 5. de cond. furt. (13. 1). *In re furtiva condictio ipso-
 rum corporum competit, sed utrum tandiu, quamdiu ex-
 tent, an vero et si desierint esse in rebus humanis — Si
 non obtulit durat condictio aestimationis.*

(en⁸) auf die Gleichheit der Wirkung der *condictio furtiva*, und *actio rerum amotarum* aufmerksam gemacht werden. Aber noch eine andere Stelle Ulpian's bedarf nothwendig einer Erläuterung.

ULPIANUS libro 5. Regularum.

L, 24. D. h, t.

Ob res amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales, tam *vindicatio*, quam *condictio viro adversus mulierem* competit, et in potestate est, qua velit actione uti.

Die Glosse ist hier wiederum gleich mit ihrer *condictio certi generalis* bei der Hand. Es wird aber auch hier eine einfachere Erklärung genügen können. Ulpian versteht nämlich unter *condictio* nichts anderes, als die *actio rerum amotarum* selbst, die ja Gajus in l. 26. geradezu für eine *condictio* erklärt. Daß dies so seyn müsse, folgt nothwendig daraus, weil Ulpian doch sonst wohl noch der *actio rerum amotarum* in derselben Stelle Erwähnung gethan hätte, da von ihr eigentlich *ex professo* gesprochen werden sollte; aber das *tam vindicatio, quam condictio* schließt fast jede andere Klage aus, und so sind wir denn sogar genöthigt zu sagen, unter *condictio* sey die *actio rerum amotarum* schlechtweg zu verstehen, was bei der Stellung beider Klagen neben einander um so weniger bedenklich ist. Daß übrigens die *actio rerum amotarum* in ihrem Verhältnisse zur *condictio furtiva* nichts als eine *actio in factum* ist, wird bis zur Darstellung dieser Klagen überhaupt um so mehr zu bemerken nothwendig seyn, als sie hier deswegen zum grossen Theile weisläufiger, wie es sonst im Plane dieser Schrift läge, behandelt worden ist.

8) L. 21. §. 5. D. h.

Es bleibt uns jetzt nur noch zum Schlusse dieses Paragraphen die Summe alles dessen mit wenigen Worten zu wiederholen übrig, was in demselben weitläufiger ausgeführt worden ist. Alle actiones stricti juris beziehen sich nur auf das dare eius certum, und in so fern sind die conditiones vollkommen gleichbedeutend mit denselben. Aber es liegt in dem Wesen der Conditionen, daß sie nur vielfach seyn können ihrem Grunde nach, eins dagegen in ihren Wirkungen. Die Entstehungsgründe der Conditionen zerfallen aber in drei Hauptclassen: Gesetz, Formel und Thatsache des Habens ohne Grund. Zu der ersten gehört die lex Aquilia, so wie jede Klage überhaupt, die aus einer vom-Gesetze begründeten obligatio entsteht. Von der zweiten haben wir drei Arten anführen können: stipulatio, litterarum obligatio, testamentum; nebenher konnte auch die dotis dictio und der Schenkungseid des Libertus dazu gerechnet werden. Die Conditionen ferner, die ex re herkommen, sie mögen nun ex mutuo causa data, causa non secuta, sine causa, ob turpem causam oder furtiva heißen, zerfallen, wenn man analytisch zu Werke geht, alle in den einen Hauptbegriff eines Habens ohne Grund. Diese sind es nun, die am häufigsten conditiones genannt werden, und bei ihnen ist das vorzüglich merkwürdig, daß ihre causa juris gentium ist, während sie ihrer Wirkung nach stricti juris sind, und von den Römern dahin gezählt werden. Zuletzt mußte aber noch anhangsweise von der actio in factum der conditio furtiva gesprochen werden, von der actio rerum amotarum nämlich, und von ihrem Verhältniß zur conditio furtiva überhaupt. Hiermit kann die Abhandlung über die einzelnen actiones stricti juris für den gegenwärtigen Zweck als geschlossen betrachtet werden.

Ohne daß es aber eines näheren Eingehens in die Meinung der Juristen bedurfte, die mit der Classe in der

ganzen Lehre von den Conditionen im Finstern⁹⁾ neben den andern noch zugleich die schon oben erwähnte *condictio certi generalis* aus der l. g. de rebus creditis annehmen, ist vielmehr, wie ich glaube, diese rein fabelhafte Klage, die wie alle andere Conditionen auch ihren guten Grund hat, nämlich in der Unkunde der ganzen Lehre überhaupt, durch den Gang der bisherigen Darstellung schon von selbst beseitigt worden. Die genaue Exegese der l. g. de reb. cred. übrigens kann erst mit Erfolg unten gegeben werden. So wie aber in dem jetzigen Paragraphen von der *condictio certi* im Allgemeinen, und von ihren Gründen insbesondere gesprochen worden, so bleibt nun für den folgenden die Lehre von der *condictio triticaria* und *incerti* abzuhandeln übrig.

§. 4.

Dieselbe einseitige Ansicht, die wir nun schon oft im vorigen Paragraphen zu rügen hatten, die nämlich, daß es eben so viele *conditiones* gebe, als in der That nur Gründe einer einzigen *condictio* vorhanden sind, finden wir nun auch hier in der Lehre von der *condictio triticaria* und *incerti* durchgängig wieder. Bei allen Conditionen überhaupt an eine materielle Verschiedenheit denkend (wie die Absicht, das ganze Römische Recht mit Hinwegsetzung des Formellen zu materialisiren überhaupt vorherrschend zu seyn scheint), erscheinen die beiden eben genannten Conditionen als eben so viele neue Klagen neben

9) Deswegen konnte auch das, was Unterholzner über Conditionen, (Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Th. 1. Seite 250. u. f.) neulich zu Tage förderte, mit Stillschweigen übergangen werden.

den anderen Brüdern bei einer grossen Masse von Juristen¹⁾. Aber auch die meisten unter denen, welche von einer gesunden Ansicht ausgehend, die *condictio triticiaria*, von der wir hier zuerst allein sprechen wollen, nicht für eine eigne Klage erklären, sondern in ihrem unrömischen Ausdrucke meinen, sie sey *adjectitiae qualitatis*, verbinden einen so falschen Begriff damit, daß wir ihn hier im All^mgemeinen zu rügen nicht umhin können. Sie meinen nämlich, es sey die *condictio triticiaria* dann eingetreten, wenn aus einer *obligatio dandi* nicht auf die Sache selbst, sondern auf den nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Werth geklagt worden sey²⁾. Das Schwankende und Halbwahre, das nothwendigerweise in allen diesen vagen Aeusserungen liegen muß, die nicht aus einer reinen historischen Grundlage des ganzen Römischen Obligationenrechts hervorgehen, läßt sich auch hier wiederum nicht verkennen. Nachdem man weder vorher gesucht hat, das System der *actiones bonae fidei* und das *Conditionensystem* von einander nach strengen Principien zu sondern, noch getrennt von einander in seinen Grundverschiedenheiten unvermischt aufzustellen, will man dennoch der *condictio triticiaria* einen Platz anweisen, den sie aber leider schon durch andre Kla-

1) ROBERTUS in Cujasii oper. tom. X. p. 149. — BOEHMER de action. Sectio II. cap. V. §. 46. und Wachendorf de cond. trit. Cap. 2. §. 7. halten die cond. trit. für eine Klage, die auf das Interesse gegangen wäre, wenn die *actio ex stipulatu* nicht hätte stattfinden können. Sie bemerken nicht, daß es in l. 1. ht. heisst: *sive jus stipulatus quis sit*. Also hierbei hätte keine *actio ex stipulatu* statt gefunden?

2) Glück's Commentar Th. 13. §. 262. VORT. Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 2.

gen befehlt findet. Dies nöthigt dann zu der gewaltsamen Operation, daß man fingiren muß, es habe manchen Klagen an nöthigen Requisiteu gefehlt, nämlich den Werth statt der Sache zu erlangen, um so noch durch eine Art von Manöver die sonst hülflose *condictio triticaria* in Reihe und Glied zu bringen. Zu welchen Inconsequenzen und Widersprüchen dies aber Gelegenheit geben muß, soll nur durch ein Paar Beispiele gezeigt werden: Glück meint unter anderem es habe die *condictio triticaria* auch bei *bonae fidei negotiis* statt gefunden³⁾ und während er ihr an einem Orte nur allein eine *adjectitia qualitas* zugesetzt⁴⁾, (was in einem gewissen Sinne genommen nicht falsch wäre), meint er doch wieder an einem anderen Orte bemerken zu müssen, daß sie mit allen anderen *Conditionen*, ja sogar mit der *condictio furtiva concurrir*⁵⁾.

Wir haben die jetzige Darstellung nur an das anzuknüpfen, was schon im vorigen Paragraphen bewiesen worden ist: Alle *actiones stricti juris* (*conditiones*) gehen nothwendigerweise auf das *dare eines certum*. Dies macht, daß es überhaupt nur eine *condictio* geben kann. Aber das *certum*, das gefordert wird, muß der Natur der Dinge gemäß höchst verschieden seyn. Käme also etwas darauf an, die *Conditionen* nach den verschiedenen Gegenständen, die gefordert werden, verschiedentlich zu benennen, so würde es im Grund eben so viele *Conditionen* geben, als sich körperliche Dinge im *Commercium* der Menschen befänden. Es wären alsdann die *Conditionen* eins in ihrem Wesen, verschieden aber in ihrem Grund, und eben so ver-

3) Glück a. a. D. Seite 260.

4) Glück a. a. D. S. 262.

5) Glück a. a. D. S. 268.

schieden nach den zu erlangenden Gegenständen. So aber die actiones stricti juris nach ihren Gegenständen verschiedentlich zu classificiren, wäre ein wahrer Unsinn. Wie der Begriff des Kaufs derselbe bleibt, es mag ein Haus oder ein Landgut der Gegenstand desselben seyn, so ist es auch wahrlich gleichgültig für den Begriff der Conditionen, ob Del oder Wein condicirt werde. Dennoch leidet das hier Aufgestellte hinsichtlich der Conditionen, aus der Natur aller Dinge selbst, eine bedeutende Ausnahme. Im menschlichen Verkehre nämlich lassen sich zwei Gattungen von körperlichen Dingen generisch von einander unterscheiden. Sie verhalten sich, wie das Maas zu dem zu Messenden, wie das, was keinen Werth ausser sich selbst hat, zu dem noch eines fremden Maasstabes Bedürftenden. Um kurz zu seyn, überall, wo der Begriff des Geldes einheimisch geworden ist, wird das eintreten müssen, daß Geld das letzte wird, worin sich alle Dinge gleichsam auflösen, während alle andere Sachen zu einander in gar keinem Verhältnisse stehen. Geld ist das Gemeinschaftliche, Alles Verbindende, es findet nur seine Erledigung in sich selbst, während alles Andere sie noch im Gelde suchen muß.

JAVOLENUS libro 10. Epistolarum.

L. 42. de fid. et mand. (46. 1).

Si ita fidejussorem accepero. Quod ego decem credidi de ea pecunia mille modios tritici⁶⁾ fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor; quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest. Quia non ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecu-

6) Hier ist als Römische Grundansicht auch das triticum, als Repräsentant alles dessen, was nicht Geld ist, der pecunia entgegen gesetzt.

nia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est.

PAULUS lib. 33. ad Edictum.

L. 1. de contr. emt. (18. 1).

(Pecunia) usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.

ULPIANUS lib. 30. ad Edictum.

L. 3. de in litem jurando.

Cum certa sit nummorum aestimatio.

Selbst diejenigen Dinge also, quae pondere numero mensura constant, (oder wie sie die Neueren schlecht nennen: fungibilen Sachen) ahmen hierin die Natur des Geldes keinesweges nach, und wenn sie auch mehr als alle anderen Dinge aus sich selbst ersetzt werden können, so müssen sie doch, weil hier schon von verschiedener Güte u. s. w. die Rede seyn kann, am Ende wiederum, wie die nicht vertretbaren Dinge in Geld ihre Erledigung finden.

Besteht aber einmal eine so grosse Verschiedenheit in der Natur der Dinge selbst, so wird nun hinsichtlich derselben das wegfällen müssen, was wir oben im Allgemeinen einen Unsinn genannt haben, nämlich die Conditionen nach den verschiedenen Gegenständen zu sondern. So wie es nämlich wichtig ist, trotz der einen Natur der Conditionen, zu fragen, aus welchem Grunde sie entstanden seyen, weil dieser Grund zur Entscheidung der Vorfrage nothwendig ist, ob überhaupt condicirt werden könne, so wichtig wird nun wieder auf der anderen Seite eine Eintheilung werden müssen, die das berücksichtigt, was möglicher Weise erlangt werden kann: ob man nämlich das Geforderte selbst durch die Klage erhält, oder zuweilen das Aequivalent des Eingeklagten. Weil in dem einen Falle Bestimmungen für das Aequivalent eintreten müssen, die in dem anderen möglicherweise gar nicht vorkommen können,

so wird die Zweifelhelt einer solchen Eintheilung um so unumgänglich notwendiger werden. So viel von dem Wesen und dem eigenthümlichen Werth einer solchen Eintheilung überhaupt. Was nun die Benennung betrifft, so wird der Name für die eine Classe keine Schwierigkeit machen können. Da sie überhaupt nur aus einer Species, aus Geld, besteht, so wird keiner darüber rechten wollen, daß die *condictio* auf Geld, die auf eine *pecunia certa* (si certum petetur?) heiße; aber dem Gelde gegenüber stehen alle anderen Dinge, und hier macht die Benennung schon grössere Schwierigkeit. Wie aber ein Name niemals von vielen vereinigten Einzelheiten hergenommen werden kann, sondern nur von einer einzigen, die alsdann gleichsam als Repräsentant der anderen auftritt, so auch hier. Diejenige Sache, die am häufigsten im Verkehre vorkommt, wird alsdann auch natürlicherweise den Namen für alle übrigen hergeben müssen. Es ist daher eine müßige Frage, warum die *condictio* auf alle anderen Dinge, im Gegensatze der auf eine *pecunia certa*, *condictio triticiaria* bei den Römern geheissen habe. Wäre Del derjenige Handelsartikel gewesen, der im Römischen Verkehre am häufigsten vorgekommen wäre, so würde man vielleicht mit eben so schlechtem Grund heute zu fragen haben; warum es eine *condictio olearia* gebe. So aber wissen wir mit grosser Bestimmtheit, daß Rom von jeher an Getraide Mangel litt; Sicilien war seine Weizenkammer, und Weizen war wahrscheinlich von jeher der Gegenstand vieler Leihverträge, vieler Testamente, vieler Stipulationen gewesen; weil das, was man am dringendsten braucht immer am meisten allen Verkehre bedingt. So

7) L. 1. pr. de cond. trit. (13. 3). Eine *pecunia certa* kann in so fern *κατεξοχη* certum genannt werden, weil es immer absolut ein solches ist.

dictionen, die doch auch eine Eintheilung begründen, ganz getrennt von dieser Klage aufführt, und dadurch alle *causae* ohne Ausnahme sich auf dieselbe beziehen läßt (*nisi ex causis, ex quibus potest*).

So viel von der Bedeutung und dem Platze, der der *condictio triticiana* im Allgemeinen im System einzuräumen ist. Es bleibt nun aber noch vieles zu erläutern übrig, was sonst mit dem, was früher aufgestellt worden ist, im Widerstreite begriffen zu seyn scheinen würde. Wenn nämlich oben gesagt wurde, es sey das innerste Wesen der *actiones stricti juris*, daß sie auf das *dare* eines *certum* gingen; wenn endlich hieraus abgeleitet wurde, es könne durchaus mit der Klage nicht mehr und nicht weniger erlangt werden, als das, was überhaupt gefordert worden sey, so scheint es wenigstens im ersten Augenblicke kein kleiner Widerspruch zu seyn, wenn auf der andern Seite, wiederum behauptet wird, man müsse sich dennoch in den meisten Fällen mit etwas ganz Andreem, als mit dem, was eingeklagt wurde, (der *aestimatio*) begnügen. Ein kleiner Mittelsatz wird indessen hinreichend seyn, das scheinbar Widerstreitende augenblicklich zu beseitigen. So wie nach der obigen Ausführung eine *pecunia certa*, weil sie keinen Maaßstab außer sich hat, im Grunde das einzige unbedingte *certum* ist, so liegt sie auch bei den Römern, wie das schon aus ihrer Natur folgt, (damit ich mich so ausdrücke) im Hintergrund aller andern Dinge. Es ist in sofern die *aestimatio*, das *pretium rei*, nicht etwas Anderes, als die geforderte Sache, sondern so congruent mit derselben, daß sie im Grunde nur ihr letzter Endpunkt ist, sie nur unter einer andern Form darstellt. Es läßt sich mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit behaupten, daß im älteren Römischen Rechte niemals eine *obligatio* auf das *dare* eines *certum* außer Geld eingegangen worden sey, wo man

nicht zugleich die aestimatio, im Falle, daß das andere certum nicht zu bekommen sey, bestimmt hätte. Entstand die obligatio ex lege, nun so war in jedem Fall entweder eine poena angegeben, die die aestimatio ersetzte, oder sie ging, wie die condictio, aus der lex Aquilia, so bald die Bedingnisse des Gesetzes eingetreten waren, auf die von demselben festgesetzte aestimatio ganz allein. Entstand die obligatio aus Stipulationen, aus Testamenten, nun so zeigten die so häufig dabei vorkommenden Fälle einer obligatio alternativa, die häufigen Strafbestimmungen endlich, wie sich die Römer die aestimatio nicht etwa als etwas von der eingeforderten Sache Verschiedenes, sondern als ihr Aequivalent, als sie selbst genau darstellend, gedacht haben. Wie aber Etymologie und Wortbedeutung überall als das sicherste Beweismittel angesehen werden können, so auch hier. Weil eine pecunia certa im Grunde der letzte Endpunkt aller Dinge ist, müssen alle Dinge am Ende auch unter dem Begriffe pecunia enthalten seyn. Also bei den Römern. Bei ihnen heißt pecunia nicht allein baares Geld, sondern alle Dinge, welche in bonis seyn können, werden unter diesem Namen begriffen.

ULPIANUS libro 49. ad Sabinum.

L. 173. de V. S. (50, 16).

Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur; verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora; nam corpora quoque pecuniae adpellatione contineri, nemo est qui ambiget.

CELSIUS libro 18. Dig.

L. 88. eodem.

Tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest; sic dicimus centies aureo-

Nicht also, weil die causa furtiva irgend etwas anderes ist, als jede andere causa, sondern weil hier von selbst eine mora eintritt, die dort erst wirklich statt haben muß, müssen die Grundsätze der aestimatio bei der condictio furtiva verändert seyn.

Was hier nun consequent aus einem Princip hergeleitet worden ist, soll durch eine Reihe von Stellen bewiesen werden; da sie gerade so räsonnirend zu Werke gehen, wie es hier geschehen ist, so wird es einer weitläufigen Erzelese nicht mehr bedürfen.

ULPIANUS libro 28. ad Edictum.

L. 3. §. 2. Commodati vel contra 13. 6.

In hac actione sicut in caeteris bonae fidei iudiciis similiter in litem jurabitur, et rei iudicandae tempus quanti res sit observatur, quamvis in strictilitis contestatae tempus spectetur.

GAJUS libro 9. ad Edictum provinciale.

L. 4. de cond. triticiaria (13. 3).

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat petita sit, veluti vinum oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit. Si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur.

JULIANUS libro 4. ex Mincio.

L. 22. D. de reb. creditis (12. 1).

Vinum, quod mutuum datum erat per iudicem petitum est. Quaesitum est cujus temporis aestimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset. Si non, quanti tunc cum petitum esset.

CÆLsus libro 5 Digestorum.

L. 11. de re jud. (42. 1).

Si Kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post Kalendas accepto iudicio, tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea Kalendis id fieri; ex eo enim tempore quid quid aestimatur, quod novissimo solvi poterit¹⁾).

JULIANUS libro 88. Digest.

L. 59. de V. O. (45. 1).

Quotiens in diem vel sub conditione oleum, quis stipulatur ejus aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest, alioquin alias rei captio erit²⁾).

So wenig es auch nun in dem Zwecke dieser Abhandlung liegt, einzelne für Nebepunkte sich aufwerfende Antinomien zu beseitigen, da es vielmehr nur Hauptabsicht ist, die Grundzüge eines neuen Systems aufzustellen, so ist doch folgende scheinbar widersprechende Stelle zu wichtig für das Ganze überhaupt, als daß sie nicht auch hier berücksichtigt werden müßte.

-
- 1) Die Worte: quod novissime solvi poterit, deuten ganz genau darauf hin, daß die aestimatio nothwendiger Weise die des Forderungstages seyn müsse.
 - 2) Diese letzten Worte: tunc enim ab eo peti potest, geben oben von mir aufgestellten Grund kurz an, warum die aestimatio die des bestimmten Forderungstages seyn müsse, noch mehr aber der Nachsatz: alioquin alias rei captio erit. Conf. l. 22. D. de oblig. et act. 437. mand.

ULPIANUS libro 27. ad Edictum.

L. 3. de cond. trit. (13. 3).

In hac actione si quaeratur res quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum.

Diese Stelle scheint nun alles bisher Aufgestellte und consequent aus einem Princip Abgeleitete mit einem Schlage niederwerfen zu wollen, indem sie in anscheinbar directem Widerspruche mit so vielen Anderen die Zeit der condemnatio als die Aestimationszeit festsetzt. Vielleicht ist über keine Stelle im corpus juris von den verschiedenen Auslegern so viel gefaselt worden, als gerade über diese. Alle diese Auslegungen haben aber zum Theil einen und denselben Grund, daß man von der ganzen Lehre keine recht feste Anschauung hatte, und doch einzelne Theile erklären wollte. Pacius³⁾ und Cocceji⁴⁾ z. B. sind bald mit der Schwierigkeit fertig. Da das eben ein Unterschied zwischen bon. fid. und stricti juris judic. ist, daß bei den ersten die Zeit der res judicata vorzugsweise berücksichtigt wird, so muß natürlicherweise die *condictio triticaria* in der widerstreitenden l. 3. von *bonae fidei negotiis* sprechen und alles ist gelöst. Der große Cujacius⁵⁾, erhalten zwar über solche, eine Unkenntniß der ganzen Lehre voraussetzende Erklärungen, weiß sich dennoch nicht anders zu helfen, als daß er die erst weiter unten in der Stelle berücksichtigte *mora* sich sogleich von Anfang an über das ganze Fragment erstrecken läßt, und nun annehmen muß, die Sache sey zur Zeit der *condemnatio* am meisten werth

3) Enantiophanon Cent. III. Qu. 72.

4) COCCEJI jus contro. h. t. qu. 2.

5) Comm. ad tit. de V. O. l. 39. (tom. 1. p. 1207).

gewesen. Das Gezwungene dieser Erklärung leuchtet sogleich ein, wenn man die Stelle genau liest, und erst in der letzten Hälfte den Fall der mora gleichsam der andern Hälfte entgegengesetzt findet. Barclay und Merillins⁶⁾ stellen die zwar zum Theil richtige Meinung auf, die angeführte Stelle Ulpian's spreche im Gegensatz aller anderen von einer Species, bekümmern sich aber nicht viel darum, diese Meinung aus Principien zu begründen, und Glück endlich nimmt die beiden Erklärungen: daß man unterscheiden müsse, ob von einem genus oder einer species die Rede sey, und daß man ferner unterscheiden müsse, ob die *condictio triticaria bonae fidei* oder *stricti juris* sey, zu gleicher Zeit an⁷⁾.

Es soll wiederum versucht werden, den oben aufgestellten Principien vollkommen getreu auch diese Stelle mit allen übrigen in eine vollkommene Harmonie zu setzen. Wenn einige Ausleger sich bemüht haben, sie dadurch zu vereinigen, daß sie den Satz aufstellen, es spreche das Fragment Ulpian's von einer species, alle andre aber von einem genus, so ist dies so allgemein genommen vollkommen falsch. Es ist auch nicht der mindeste Grund vorhanden, einen Unterschied zwischen genus und species, hinsichtlich der Zeit der aestimatio der Sache annehmen zu wollen. Das Princip, daß man nicht mehr erhalten darf, als man fordert, gilt für beide ganz gleich, und es erscheint diese Distinction in solcher Gestalt nur als ein gewöhnlicher Nothbehelf der Juristen⁸⁾: aber dennoch liegt in dieser Distinction, recht verstanden, viel Wahres, und hier gerade der Schlüssel zur Auflösung. Muß ich nämlich eine Sache auch so erhalten,

6) OTTO thes. tom. 3. p. 870 et 678.

7) Glück's Comm. 15. Band. S. 283. — 290.

8) Daher auch Gajus am Ende d. l. 4. h. t. allgemein sagt: *quod et de caeteris rebus iuris est.*

wie sie am Forderungstage gewesen ist, so folgt dennoch von selbst, daß das, was vom tempus iudicii accepti an hinzukömmt, wie fructus partus und jede andere Accession, nicht dem Beklagten gehören kann⁹⁾, sondern vielmehr dem Kläger.

PAPINIANUS libro 6. quaestionum.

L. 2. de usuris (22. 1).

Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur. Cujus opinionis ratio redditur, quoniam, quale est cum petitur tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.

Darf also auch die aestimatio der Sache selbst nur die der Litiscontestation seyn, so können doch bis zur res iudicata noch immer Accessionen hinzu kommen, die auch aestimirt werden müssen. In so fern kann man füglich behaupten, der Endpunkt aller aestimatio der Sache cum causa überhaupt ist erst die Zeit der condemnatio, weil man nicht wissen kann, was bis dahin dazu kömmt (verius est, quod Servius ait condemnationis tempus spectandum). Da aber die Möglichkeit von Accessionen nur bei einer species begründet ist, so kann man in dieser Hinsicht recht gut mit den Juristen sagen, aber dennoch nicht in ihrem Sinne, man müsse hier species und genus von einander unterscheiden. Ulpian konnte also mit großem Recht in der l. 3. h. t. annehmen, es sey die Zeit der Condemnation zu be-

9) L. 31. de reb. cred. (12. 1). Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset puto hoc nos jure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.

rücksichtigen, indem er dabei lediglich die noch hinzukommende causa im Sinn hatte, und ohne auf der anderen Seite zu läugnen, daß die aestimatio der Sache selbst dennoch die des iudicii accepti bleibe. Nun aber erhält auch erst der, mit dem Anfange der Stelle in der innigsten Verbindung stehende, Nachsatz: „si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus“ seine wahre und eigentliche Bedeutung; denn wenn es möglich ist, daß bis zur condemnation noch immer Accessionen hinzukommen können, so hört diese Möglichkeit vollkommen auf, zur Zeit des Unterganges der Sache, und deswegen findet sich hier das tempus mortis dem tempus condemnationis entgegengesetzt.

Nachdem wir nun die L. 3. de cond. triticiaria in vollkommene Uebereinstimmung mit den übrigen Fragmenten, die von der aestimatio bei stricti juris iudiciis handeln, gebracht zu haben glauben, bleibt uns nichts übrig, als das, was oben hinsichtlich der mora und der daraus folgenden veränderten aestimatio bei der conditio furtiva aufgestellt worden ist, durch Fragmente der Juristen zu belegen.

ULPIANUS l. 27. ad Edictum.

L. 3. i. f. de cond. trit. (13. 3).

In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro 20, habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit, et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

ULPIANUS libro 27. ad Edictum.

L. 8. §. 1. de cond. furt. 13. 1.

Si ex causa furtiva res condicatur cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur: Placet tamen id tempus, spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dan-

do non liberatur; semper enim moram fur facere videtur.

Daß nun nicht etwa die causa furtiva an sich, sondern durchaus die mora, die zufällig aus dieser causa hervorgeht, Schuld an der veränderten aestimatio bei dieser conditio überhaupt ist, beweist noch eine andere Stelle Ulpian's, die sonst widersprechend erscheinen müßte.

ULPIANUS libro 43. ad Edictum.

L. 2. §. 3. D. de privatis delictis (47. 1).

Namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anni plurimi fuit, conditio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus.

In dieser Stelle nun stellt Ulpian den Satz auf, daß die aestimatio bei der conditio furtiva im Gegensatze der ex lege Aquilia, wie jede andere conditio, die der Zeit der Litiscontestation sey. Soll nun dieses Fragment nicht in die rectem Widerspruche mit der oben angeführten l. 8. §. 1. de cond. furtiva stehen, so muß wohl die hier aufgestellte und aus der innersten Natur der Conditionen ebenfalls abzuleitende Ansicht die richtige seyn. Dem Principe nach nämlich ist, hinsichtlich der aestimatio, die conditio furtiva wie jede andere conditio zu behandeln. Dieses Princip nun deutet l. 2. §. 3. de privatis delictis an. Weil aber immer eine mora vorhanden ist, muß der höchste Werth der ganzen Zwischenzeit gegeben werden, und davon handelt l. 8. §. 1. de cond. furt.

Wenn das Gesetz übrigens schon von selbst den Zeitpunkt der aestimatio bestimmt hat, so fällt freilich die Regel weg, es müsse die Schätzung der Litiscontestationszeit statt finden. Dann ist vielmehr nicht so wohl ein anderes certum gefordert, das, weil es selbst nicht gegeben werden kann, erst aestimirt werden muß, sondern die aestimatio ist das

vom Gesetze bestimmte ursprüngliche certum, das eben so zu betrachten ist, als wenn eine poena aus demselben eingefordert würde, So z. B. bestimmt die lex Aquilia, daß der höchste Preis des letzten Jahres, oder der letzten 30 Tage, gefordert werden könne. Hier ist nun nicht das getödtete oder beschädigte Object das ursprüngliche certum, sondern die im Gesetze angeordnete aestimatio ist es vielmehr selber, in so fern aber, weil sie im Grunde mehr beträgt, als die gewöhnliche aestimatio der Sache, zugleich eine Art von poena, weshalb auch die actio legis Aquiliae zu den Poenalklagen gerechnet wird¹). Wenn übrigens nicht sowohl die Worte des Gesetzes, als vielmehr die Interpretation der Römischen Juristen die Schätzung des Schadens nicht auf das bloße Object beschränkten, sondern auf das damnum, das der Beschädigte noch mittelbar erlitt, so muß dies hier, da wir gerade von der lex Aquilia sprechen, noch hinzugefügt werden.

§. 10. I. de lege Aquilia (4. 3).

Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, secundum ea, quae diximus, sed eo amplius, quidquid praeterea peremto eo corpore, damni vobis illatum fuerit; veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum, ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit; nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat.

Es kann dieser mittelbare Schaden gleichsam als eine negative causa, daß heißt, als eine causa, die durch die

1) §. 9. J. h. t. qua ratione creditum est poenalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris.

Schuld des Beklagten nicht statt fand, angesehen werden, und in so fern ist es durchaus nichts vollkommen Heterogenes, daß die aestimatio über die Sache selbst hinaus gehe, da es sich ja eben so in dem Falle verhält, wo Accessionen zur Sache selbst hinzukommen. Es bleibt dieses jedoch immer einer von den Eingriffen, die das Billigkeitsprincip (hier die Interpretation) in das strenge Recht, wie dies schon oben allgemein gesagt worden ist, stets gemacht hat, indem dasselbe den materiellen Begriff des dolus und der culpa auch in das formelle Recht immer mehr und mehr hineinzuziehen suchte. Aus diesem Billigkeitsprincip ist es nun ebenfalls zu erklären, daß, wie in der lex Aquilia, auch bei der *condictio furtiva* der mittelbare Schaden aestimirt werden soll²⁾; ohne daß bei beiden jedoch das Interesse irgend berücksichtigt wird, in dem Sinne, wie wir dasselbe weiter unten kennen lernen werden.

PAULUS libro 2. ad Plautium.

L. 33. ad leg. Aqu. (9. 2).

Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto (veluti si filium tuum

-
- 2) Dadurch nur, daß die Lehre von dem *id quod interest*, von der bei den b. f. negotiis zu handeln ist, durchaus mit der Lehre von der *rei aestimatio* vermischt und gemeinschaftlich behandelt worden ist, konnte die Controverse entstehen, ob Affectionen zu schätzen seyen. Diese Frage ist leicht zu beantworten: bei *stricti juris iudiciis*, wo bloß die objective *rei aestimatio* vorkommt, freilich nicht; denn Affectionen sind ja *subjectio*. Darauf geht L. 33. ad leg. Aquil. Bei *bon. fid. neg.* ist aber eben die Affection das eigentliche, was beurtheilt wird. Darauf L. 54. mand.

naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret. In lege enim Aquilia damnum consequimur; et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.

Aus diesem Fragmente geht hervor, daß bei der lex Aquilia, wie bei allen stricti juris judiciis nur der objective Schaden, die gewöhnliche rei aestimatio, ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des klagenden Subjects (affectus, id quod interest) geschätzt wird, im Gegensatz der bonae fidei actionum, wo dies letztere lediglich berücksichtigt werden darf. Wird daher auch sowohl von der actio legis Aquiliae, als von der conditio furtiva mehreremale gesagt, daß hierbei die aestimatio ejus quod interest statt habe,

L. 21 §. 2. ad leg. Aqu:

Sed utrum corpus ejus solum aestimemus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc jure utimur, ut ejus quod interest fiat aestimatio.

L. 3. de cond: furtiva.

Si condicatur servus ex causa furtiva id venire in conditionem certum est, quod intersit agentis.

so ist dies nicht etwa so zu verstehen, als werde hier das Interesse, wie bei bon. fid. actiones berücksichtigt, sondern es bezieht sich solches auf die doppelte Bedeutung des quod interest, indem dies Wort manchmal nur, wie hier, die erweiterte aestimatio, welche auch den mittelbaren Schaden und die causas umfaßt, also diejenige aestimatio quae agentis interest, im Gegensatz der bloßen aestimatio corporis bedeutet, manchmal aber im Gegensatz aller objectiven Schätzung überhaupt, rein die subjectiven

Ansprüche des Klägers, anzeigen will (id quod interest), wie dies bei b. f. negotiis der Fall ist⁴⁾.

So viel von der aestimatio bei stricti juris judiciis rücksichtlich der Zeit und des Umfanges der Schätzung. Noch bleibt uns aber, wegen des Ortes der aestimatio, einiges zu bemerken übrig. Da der Ort nämlich eben so wie die Zeit die aestimatio verändern kann, bei stricti juris actionibus aber durchaus das certum der Gegenstand der Forderung ist, so müssen rücksichtlich des Ortes dieselben Bestimmungen gelten, die wir schon in Bezug auf die Zeit als gültig aufgestellt haben. Man darf nicht mehr erhalten als man for-

4) Vorläufig mag hier durch einige Stellen diese doppelte Bedeutung erwiesen werden. Während l. 198. de V. S. das quanti ea res est dem id quod interest gegenüberstellt, „haec verba, quanti eam rem paret esse, non ad quod interest sed ad rei aestimationem referuntur,“ sagt dennoch l. 3. §. 11. uti possi: (43 17). In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. Quanti res est sic accepimus, quanti unius cujusque interest possessionem retinere. Und l. 68. de rei vind. (6. 1): Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quominus possit, non pluris, quam, quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit condemnandus est. Das id quod interest im Allgemeinen bezieht sich schlechterdinge nicht auf eine Sache; es ist rein subjectiv. In so fern steht es der aestimatio, der objectiven Schätzung gegen über: dem quanti ea res est oder esse paret (l. 179. d. V. 6.): aber die aestimatio selbst kann von doppelter Natur seyn, entweder die reine aestimatio corporis lediglich enthalten, oder die Nebendinge mit einschließen, und in so fern auch eine aestimatio ejus quod interest seyn, wie bei der lex Aquilia und der condictio furtiva. Diese ausgebehnte aestimatio bedeuten vorzugeweise die Worte: quanti ea res est.

bert. Ist also ein bestimmter Zahlungsort festgesetzt worden, so könnte man nur hier fordern⁵⁾; man bekommt also auch nur die aestimatio des bestimmten Ortes. Ist kein besonderer Zahlungsort genannt worden, so treten die allgemeinen processualischen Bestimmungen wegen des competenten Forums überhaupt ein. Man wird in diesem Fall also nur die aestimatio des Ortes erhalten können, an den man fordern kann, oder wenn man dies an mehreren könnte, an dem man wirklich geklagt hat. Davon aber reden folgende Stellen:

GAJUS libro 9. ad Ed. prov.

L. 4. i. f. D. de cond. trit. (13. 3).

Idemque juris (nachdem er nämlich früher von der aestimatio der Zeit gesprochen) in loco esse; ut primum aestimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur.

IULIANUS libro 4. ex Mincio.

L. 22. i. f. de. reb. cred. (12. 1).

Interrogavi cujus loci pretium sequi oporteat? Respondit si convenisset ut certo loco redderetur quanti eo loco esset; si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum.

Hier wird nun zugleich der passendste Ort sein, etwas einzuschreiben, woraus die Neueren nach der gewohnten Weise wiederum eine eigene conditio schufen, die sie die conditio de eo quod certo loco nannten. Wie nämlich eben dargethan worden ist, konnte man in stricti-juris-judiciis, wenn ein Zahlungsort bestimmt war, schlechterdings an keinem anderen klagen; es wäre dies durchaus eine plus pe-

5) Darum ist es eine plus petitio, wenn Jemand alio loco fordert.

titio gewesen. Diese Strenge des formellen Rechts könnte aber in jeder Hinsicht für die Gläubiger nachtheilig werden. Der Schuldner dürfte jetzt nur absichtlich oder zufällig nie den Ort betreten, an dem allein geklagt werden konnte, und der Gläubiger war um die Geltendmachung seines Rechtes gebracht. Wie war aber diesem Uebelstand abzuhelfen? So war das formelle Recht nicht zu umgehen, daß man rücksichtlich des Ortes eine Ausnahme hätte machen können; dies würde das ganze Wesen des *strictum jus* untergraben haben. Auf der anderen Seite konnte man aber den Gläubiger nicht ohne Rechtshilfe lassen. Die Römer wußten sich auf eine consequente Weise herauszuziehen. Eine *condictio onnre*, ohne das ganze Römische Rechtsgebäude umzuwerfen, dem Gläubiger an einem anderen Orte nicht gegeben werden; eben so wenig aber eine *bonae fidei actio*; denn diese fordert als Grundlage ein besonderes sich auf die *bona fides* stützendes Lebensgeschäft. Man gab dem Gläubiger daher für jeden anderen als den bestimmten Zahlungsort eine *utilis actio*⁶⁾, die nun, weil sie im *arbitrio iudicis* ihren einzigen Grund hatte, eine *actio arbitraria* war, und zu der Classe von Klagen gehörte, deren Charakter erst unten im Kurzen angegeben werden kann. Der Gegenstand der Klage war nun kein *certum* mehr, sondern der *iudex* erwog nach Gutbefinden das Verhältniß des eigentlichen Zahlungsortes zu dem Orte, wo geklagt wurde, und berücksichtigte das Interesse beider Partheien. Verlor der Beklagte ohne seine Schuld durch den Ortswechsel, so erhielt der Kläger um so viel weniger: verlor dagegen der Kläger, weil nicht an dem gehörigen Orte geklagt worden war, so konnte er sogar mehr, als er nach strengem Rechte zu fordern hatte, bekommen; kurz

6) L. 1. i. f. de eo quod certo loco (13. 4) ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare.

und gut, der ganze Charakter des früheren Obligationenverhältnisses war verändert; es war aus einer obligatio certa eine incerta geworden⁸). Dies ist hinreichend, um zugleich die Meinung der meisten Juristen widerlegt zu haben, die von einer *condictio de eo quod certo loco* sprechen⁸). Denn da eine *actio stricti juris* niemals auf dem *arbitrium* des Richters beruhen kann, so folgt von selbst, daß die hier eben erwähnte Klage keine *condictio* seyn könne; eben so wenig aber ein Zusatz einer gewöhnlichen *condictio certi*, die sich überhaupt mit dem, was hier erlangt werden soll, gar nicht verträgt. Der nun, welchem es nicht genügen sollte, daß wir uns hier auf das früher Bewiesene berufen haben, um darzuthun, eine *actio arbitraria* könne unmöglich eine *condictio* seyn, wird wohl folgende speciellere Belege nicht verwerfen können. Während alle vorhergehenden Titel die Ueberschrift *de condictione* mit Hinzufügung der *causa* haben, führt der Titel, der von unserm Gegenstand handelt, die einfache *Inscription*: *de eo quod certo loco dari apponet*. Ferner wird in dem ganzen Titel niemals das Wort *condicere* oder *petere* von unserer Klage gebraucht, sondern immer nur von dem *arbitrio judicis* dabei gesprochen; überdies fehlt der ganze Charakter der *Conditionen*, die auf ein *dare oportere* gehen, während hier der *judex* bestimmt, was der *actor* erhalten solle; ja was noch mehr ist, die Hauptstellen unseres Titels sind aus *Ulpian's* 27tem und *Gajus* 9tem Buch *ad Edictum*, aus

7) L. 2. pr. de eo quod certo loco (13. 4).

3) NOODT ad Dig. Com. h. t. p. 305. und Glück, 13r Bd. §. 301. — 360. sprechen so bestimmt von einer *condictio de eo quod certo loco*, als sey sie also in den *Pandecten* genannt, ohne sich um die müßige Frage zu bekümmern, ob es eine solche überhaupt giebt.

denselben Büchern, die auch hauptsächlich in dem unmittelbar vorangehenden Titel de conditione triticiaria excerptirt sind; und sie scheinen sich nur an dasjenige zu reihen, was schon in diesem Titel über den locus solutionis gesagt worden ist. Weil nun aber Justinian diese Stellen durch eine besondere Ueberschrift von einander trennte, um von der actio arbitraria in einem eigenen Titel zu sprechen, ist diese mit einemmale, ohne daß man die Grundlagen der Lehre weiter dabei berücksichtigte, durch die Machtvollkommenheit der Juristen zu einer conditio erhoben worden, was man weder rechtfertigen konnte, noch zu rechtfertigen sich eben große Mühe gab.

Nach der bisherigen Ausführung versteht es sich nun wohl von selbst, daß diese actio arbitraria in allen den Fällen statt findet, wo, weil ein Ort festgesetzt wurde, eine conditio an einem anderen nicht gegeben werden könnte, wäre die causa der conditio auch welche sie wolle. Sind daher auch Stipulationen die am häufigsten vorkommenden Gründe der conditiones, von denen daher auch in unserem Titel am meisten gehandelt wird, so findet sie doch eben so gut beim mutuum und testamentum statt.

PAULUS libro 28. ad Edictum.

L. 5. h. 1.

Si heres a testatore jussus sit, certo loco quid dare, arbitraria actio competit.

POMPONIUS libro 22. ad Sabinum.

L. 6. h. 1.

aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.

Daß aber wiederum nur allein bei actionibus stricti juris der Nothstand einer utilis arbitraria actio eintreten kann, folgt ebenfalls von selbst. Bei bonae fidei judiciis schadet eine plus petitio durchaus nicht, auch liegt

es ja schon in dem Wesen dieser Klagen von selbst, daß nach dem arbitrio judicis das Interesse bestimmt werde, und nicht die Uebereinkunft allein das Bindende, sondern diese selbst der bona fides und dem Gutachten des Richters untergeordnet sey.

PAULUS libro 28. ad Edictum.

L. 7. h. t.

In bonae fidei judiciis, etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid prestetur, ex empto vel vendito, vel depositi actio competit non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit; hac actione utendum erit.

Nachdem nun in diesem Paragraphen die eigentliche Bedeutung der *condictio triticiana* ihre Stellung im Systeme, so wie das Wesen der *aestimatio* bei den *stricti juris judiciis* auseinandergesetzt worden, bleibt nur noch der Schlussstein für die ganze Lehre der *obligationes stricti iuris* überhaupt zu setzen übrig, die Erörterung nämlich der Lehre von der *condictio incerti*. Wir haben dieselbe genau an das früher schon Ausgeführte anzuknüpfen. Das Object aller *obligationes stricti juris* muß nothwendigerweise ein *certum* seyn. Wenn nun aber auch eine *pecunia certa*, ihrer Natur zu Folge, das einzige unvergängliche *certum* ist, so hören alle anderen körperlichen Dinge darum nicht auf, ebenfalls *res certae* zu seyn; denn sie können ja immer entweder selbst gegeben werden, oder nach einer bestimmten Schätzung in Geld ihre Erledigung erhalten. Nicht also, daß etwas gerade *baares Geld* sey, sondern daß es sich am Ende, sey es auch was es sey, in Geld genau auflösen könne, macht das Wesen eines *certum* aus. Um aber dergestalt vom Gelde nöthigenfalls genau gedeckt werden zu können (dieser mathematische Ausdruck ist wohl hier der bezeichnendste) ist es unumgänglich nothwendig, daß die Grenzen des

in Geld am Ende zu verwandelnden Gegenstandes mit Bestimmtheit angegeben werden, weil ja sonst nicht allein Deducung, sondern auch jede Vergleichung mit einer pecunia certa (aestimatio) unmöglich wird. Damit also eine obligatio certa begründet werde, kommt es schlechterdings darauf an, daß beim Eingehen der obligatio das Object derselben in seinem Umfange vollkommen gekannt werde, denn sonst wäre eine Schätzung durchaus unmöglich; es kommt aber ferner darauf an, daß es überhaupt einen objectiven Werth, einen Marktpreis habe, denn sonst wäre eine aestimatio wohl physisch möglich, aber nicht ausführbar. So sind wir denn allmählig auf den Begriff des incertum gekommen, der der ganzen Lehre, von der hier zu handeln ist, nothwendigerweise als Grundbegriff untergelegt werden muß. Be ruht nämlich der Begriff des certum darauf, daß es ein bestimmtes, in seinem Umfange genau gekanntes, körperliches Ding sey, daß es aber auch als solches einen allgemeinen objectiven Werth im menschlichen Verkehr habe, ohne alle Rücksicht auf die Subjectivität des Klägers oder Beklagten, so ergiebt sich das, was wir unter incertum zu verstehen haben, nun von selbst; es ist gerade das Gegentheil vom certum, also alles, was dieses nicht umfaßt, d. h. entweder ein körperliches Ding, das an sich wohl im Verkehr ist, und einen objectiven Werth hätte, aber ohne daß dessen Umfang genau angegeben wurde, oder auch ein Ding, dessen Umfang zwar nicht unbestimmt gelassen ist, das aber nicht zugleich einen objectiven allgemeinen Werth hat, sondern sich mehr auf die Subjectivität der Partheien selbst gründet⁹⁾. Alle Beispiele, welche uns die Römischen Juris

9) L. 74. D. de V. O. (45. 1). Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit. l. 73. h. t. Ubi autem non apparet, quid quale, quantumque est

ffen von rehus incertis bringen, sind unter diese zwei Rubriken zu fassen, die wiederum das mit einander gemein haben, daß die Unmöglichkeit der äusseren aestimatio bei beiden gleich vorherrschend ist. So ist Wein, Getreide, Del, an sich allerdings ein certum; aber es kann Wein, Getreide, Del, von verschiedener Güte geben, und nur das Hinzufügen der Qualität bestimmt erst genau den Umfang, macht eine aestimatio überhaupt möglich. Deswegen sind diese Dinge, wenn auch im menschlichen Verkehr, und für einen Marktpreis überhaupt empfänglich, dennoch wegen der vielfachen Abstufungen, die sie hinsichtlich ihrer Qualität erdulden können, wenn diese nicht hinzugefügt ist, eben so gut ein incertum, als wenn sie gar keinen objectiven Werth hätten.

ULPIANUS libro 22. ad Edictum.

L. 75. de V. O. (45. 1).

Ergo si qui fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter, sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur; incertum deducit in obligationem.

§. 2. Usque adeo, ut si quis ita stipulatus sit; tritici Africi boni modio centum, vini Campani boni amphoras centum? incertum videatur stipulari, quia bono melius inveniri potest, quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa, cum id, quod bono melius est, ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gra-

in stipulatione, incertam esse stipulatione dicendum est.
 — L. 6. de reb. cred. (12. 2). Certum est cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur.

dum bonitatis habet, quae res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit.

So viel von diesen rebus incertis, die zwar einen objectiven Werth an sich haben, der aber dadurch hinwegfällt, daß der Umfang zufällig oder absichtlich nicht angegeben worden ist. Wir haben nun von der andern Art des incertum zu reden, von der nämlich, die in ihrem äusseren Umfange zwar erkennbar und bestimmt ist, der es aber überhaupt entweder an einer Empfänglichkeit für objective Schätzung fehlt, weil sie nicht im allgemeinen Verkehre der Menschen ist, oder bei deren Schätzung dennoch immer zugleich auf die Individualität des Verpflichteten oder Berechtigten Rücksicht genommen werden muß, die sich also nicht rein nach dem Marktpreise richten kann. Jedes Factum ausser einem dare wird nun zu dieser Classe gehören müssen; denn Alles, was gegeben werden kann, ist auch ohne Berücksichtigung der Personen des Gebers und Empfängers, nach allgemeinem Werthe zu schätzen. In so fern kann es ein certum seyn, das eben zu seinem Begriffe eine Nichtbeachtung aller Subjectivität durchaus erfordert. Jedes andere Factum aber, wo nicht eine Sache gleichsam als Vermittelndes und Alles auf sich Beziehendes zwischen den Partheien steht, hat nur seine eigentliche Consistenz und Eigenthümlichkeit in der besonderen Natur des Leistens, und dessen, dem geleistet werden soll, so wie in dem Verhältnisse zwischen beiden. Von einer allgemeinen Schätzbarkeit kann also hier nicht die Rede seyn; das zu leistende Factum wäre ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers und Schuldners durchaus ein ganz anderes, oder hätte vielleicht gar keinen Werth, weswegen diese Personen allein in Frage kommen, aber deswegen auch zugleich alle obligationes in faciendo zu obligationibus incertis machen. Eben so ist aber auch ein jedes Recht, das geleistet werden soll, ein incertum; denn ein Recht kann

nicht, wie eine Sache, einer allgemeinen Schätzung unterliegen; es bezieht sich immer mehr oder weniger auf die Individualität des dadurch berechnigt werdenden, die dabei besonders berücksichtigt werden muß. Deswegen ist die stipulatio eines ususfructus, sey dieser auch noch so bestimmt, einer Servitut, kenne man den Umfang auch noch so genau, wie die eines jeden andern factum, eine stipulatio incerta; denn ein ususfructus ist mehr oder weniger werth, je nachdem der Berechnigte älter oder jünger ist: eine Servitut kann eigentlich erst geschätzt werden, wenn man das besondere Verhältniß des herrschenden Gutes beachtet.

L. 75. de V. O. (45. 1).

§. 3. Fundi certi, si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse; hoc enim magis jure utimur.

§. 7. Qui id, quod in faciendo, aut non faciendo stipulatur. incertum stipulari videtur; in faciendo veluti fossam fodiri, domum aedificari, vacuam possessionem tradi: in non faciendo, veluti per te non fieri, quominus mihi per fundum tuum ire agere liceat, per te non fieri, quominus mihi hominem Erotem habere liceat.

Wir müssen aber in unseren Betrachtungen über das incertum noch weiter gehen, als hier geschehen ist; haben wir die nämlich eine obligatio incerta genannt, wo die aestimatio litis zum Theil oder ganz von der Subjectivität des Berechnigten abhängt, so werden wir aus gleichen Gründen das ein incertum zu heißen genöthigt seyn, wo das Object der Leistung in der Willkühr des Verpflichteten steht, d. h. wo er zwischen mehreren Gegenständen, wovon jeder die obligatio tilgen könnte, die Wahl hat; denn liegt es im Begriff einer obligatio certa, das man genau erhält, was man fordert, so muß es umgekehrt ein incertum seyn, wenn man

zwar fordern kann, aber nicht weiß, was man erhält. Jede obligatio alternativa also, wo die Wahl bei dem Verpflichteten ist, muß ihrer innersten Natur zufolge eine incerta seyn. Daß es im Grunde res certae sind, die den Gegenstand derselben ausmachen, kann hierin nichts ändern: denn eben das Schwanken, welche res certa Gegenstand der obligatio sey, bildet das incertum derselben. Dies enthält aber folgende Stelle:

L. 75. D. de V. O. (45. 1).

§. 8. Qui illud aut illud stipulatur, veluti decem, vel hominem Stichum, utrum certum an incertum deducat in obligationem non immerito quaeritur; nam et res certae designantur, et utra earum potius praestandum sit in incerto est. Sed utcunque is, qui sibi electionem constituit, adjectis his verbis, utrum ego velim potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere sibi dari oportere; qui vero sibi electionem non constituit incertum stipulatur.

So viel von dem Begriffe des incertum im Allgemeinen. In wie fern aber nun von einem incertum überhaupt bei actiones stricti juris die Rede seyn kann, deren Wesen wir ja gerade in der steten Beziehung auf ein certum gesetzt haben, das muß hier näher entwickelt werden, wenn wir nicht im Widerspruche mit dem vorher Aufgestellten zu seyn scheinen wollen. Nur ein certum allein kann der Gegenstand einer obligatio stricti juris seyn, das heißt aber mit anderen Worten, es kann diese obligatio einzig und allein in dando bestehen. Schließt aber nur allein die nothwendige Beziehung eines jeden anderen Factums, außer dem dare, auf die Individualität der Parthei die obligationes in faciendo von dem Bereiche des strengen Rechts aus, so ist das entgegen-

stehende Hinderniß da gehoben, wo diese Subjectivität nicht mehr in Betracht kömmt, das heißt, wo sie aus ihrem unbestimmten Wesen im voraus heraustretend, in allgemeyn gültigem Maassstab angeht, wie der Gegenstand der obligatio (das Factum) sich zu ihr verhalte, oder mit anderen Worten, was ihr dasselbe werth sey. Um deutlicher zu seyn, sobald auch ein Factum Gegenstand einer obligatio stricti juris ist, die Berücksichtigung der subjectiven Ansprüche (das Interesse) aber dadurch ausgeschlossen wird, daß man bei Eingehung der obligatio angeht, welches certum, d. h. welche poena im Nichterfüllungsfalle gegeben werden solle, ist zu gleicher Zeit alles beseitigt, was der Möglichkeit, daß auch eine obligatio stricti juris in faciendo bestehen dürfe, entgegenstehen könne; das Factum ist dann zwar Object der obligatio, aber die poena kann einzig und allein gefordert werden. Die obligatio ist daher eine certa und besteht, wie jede andere, in dando.

Diese Grundlage nun aller actiones stricti juris, welche die Römer stets im Auge behielten, daß dieselben, in ihrem endlichen Resultate nämlich, immer eine petitio certi enthalten müßten, ließ es wohl im älteren Römischen Rechte niemals zu, daß ein Factum Gegenstand einer obligatio des strengen Rechts wurde, ohne daß zugleich eine bestimmte poena hinzugefügt worden sey. Es ergiebt sich dies nicht allein aus den oben angeführten Stellen des Cicero, wo er mit Bestimmtheit von dem Wesen der actiones stricti juris also spricht: *judicium est pecuniae certae*, sondern auch aus manchen Stellen unserer Compilation ist dies ziemlich genau zu erweisen. Bei allen prätorischen Stipulationen, in *judicio sisti, rem ratam dominum habere*, wie aus den Titeln, die davon handeln, erschen werden kann, ist eine *poenae adjectio* nicht allein das Gewöhnliche, sondern fast das allein Uebliche. Ja man kann sogar aus Pandektenfragmenten

darthun, daß sich die älteren Römischen Juristen die Hinzufügung eines Strafquantums, als ganz unzertrennlich von einer obligatio stricti juris in faciendo, gedacht haben.

VENULEJUS lib. 1. Stipulationum.

L. 137. §. 7. D. de V. O. (45. 1).

Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait, sic subjici poenam; si ita factum non erit: at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo; si adversus factum non erit, et cum alia fieri, alia non fieri, conjuncte stipulemur, sic comprehendendum: si non feceris; si quid adversus ea feceris.

PAULUS libro 2. ad Edictum.

L. 68. D. eodem

Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio.

ULPIANUS lib. 13. ad Edictum.

L. 71. D. eodem.

Cum quid, ut fiat, stipulemur, poenam sic recte concipiemus, si ita factum non erit; cum quid ne fiat, sic; si adversus id factum sit.

Eben so läßt es sich aus einigen Pandektenfragmenten erweisen, daß diejenigen Stipulationen, welche in mehreren oben angeführten Stellen Ulpian's für stipulationes incertae erklärt werden, z. B. wenn ein fundus sine appellatione, oder triticum ohne Hinzufügung der Dualität stipulirt wurde, von anderen älteren Juristen geradezu für stipulationes inutiles gehalten werden, woraus man denn wohl mit ziemlicher Gewißheit den Schluß ziehen kann, daß ein incertum im älteren Römischen Recht, als Gegenstand einer obligatio stricti juris, überhaupt nicht gedacht werden konnte.

MARCELLUS libro 3. Digestorum.

L. 94. de V. O. (45. 1).

Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quaestio est non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis, certae quantitatis, id habebitur pro expresso; alioquin, si cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur.

PAPINIANUS libro 2. quaestionum.

L. 115. pr. de V. O. (45. 1).

Ita stipulatus sum te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta Aureos dare spondes? si dies in stipulatione, per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio, non secus ac si, quod pondere numero, mensura continetur sine adiectione ponderis, numeri, mensurae, stipulatus essem, vel insulam aedificari, non demonstrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine.

Was hier Papinian für eine nichtrige Stipulation erklärt, das nennt Ulpian l. 75. §. 1. eine stipulatio incerta, und eben so Javolenus l. 106. de V. O. (45. 1). Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat unum fundum, sine ulla nota demonstrationis, stipuletur, incertum stipulatur.

Vorzüglich scheint, unter den älteren Juristen, Labeo sehr dagegen gewesen zu seyn, daß ein incertum Gegenstand einer obligatio stricti juris werde, denn nicht allein sagte er in der oben angeführten Stelle, es sey usitatus und elegantius eine poena in der von ihm angegebenen Form hinzuzufügen, sondern Venulejus erzählt uns von ihm in einer andern Stelle, bei Gelegenheit einer stipulatio de ratihabitione, Labeo habe dafür gehalten, man müsse eine certa aestimatio hinzufügen. Es ist dies nämlich l. 8. §. 2. in fine ratam rem (46. 8.), wo es also heißt: Sed Labeo

certainam summam comprehendendam existimabat, quia libertatis ad infinitum extenderetur.

Es leidet nach der bisherigen Auseinandersetzung wohl nun keinen Zweifel mehr, daß, ohne Hinzufügung eines Strafquantums, ein Factum Gegenstand einer obligatio stricti juris im älteren Rechte nicht füglich seyn konnte. War aber das nun überhaupt nach und nach Sitte geworden, daß Facta häufig zum Objecte der Stipulationen, der Legate, und anderer Obligationen dienten, so mochte es wohl allmählig geschehen, daß die Hinzufügung einer poena sehr oft in Vergessenheit gerieth. Würde nun auch nach den älteren Rechtsansichten eine stipulatio z. B. deswegen inutilis gewesen seyn, so sträubte sich dennoch ein gewisses Billigkeitsgefühl, die sonst formell ganz gültige Stipulation, weil das Strafquantum vergessen war, für ungültig zu erklären. Es ist oben gesagt worden, wie das System des strengen Rechts, und der Billigkeit neben einander gestellt, stets auf einander eingewirkt, und sich gegenseitig modificirt haben. Wir sind nun an derjenigen Stelle angelangt, wo diese Einwirkung des letzteren auf das erste am meisten sichtbar werden kann. Statt daß man eine stipulatio incerta für ungültig hätte erklären sollen, nahm man vielmehr seine Zuflucht zu einem ganz andern Systeme. Man beurtheilte das stipulirte Factum nicht nach objectivem, sondern nach einem subjectiven Maßstabe. Was bei obligationes stricti juris gar nicht berücksichtigt werden sollte, das Interesse, kam nun hier in Betracht; kurz, wo die conditio certi nicht gegeben werden konnte gab man eine conditio incerti¹⁾. Die condic-

1) Es mag hier dennoch die Bemerkung nicht vorenthalten werden, daß selbst noch Justinian gern das incertum bei Stipulationen vermeiden möchte, und gar sehr bitet, man möchte eine poena hinzufügen. §. 7. I. no.

tio incerti ist also eine Anomalie des ganzen Systems des formellen Obligationenrechts überhaupt; es ist diejenige Gränze desselben, wo es mit dem jus gentium zusammentrifft, oder vielmehr ganz in dasselbe hinüberläuft.

Ehe wir nun aber angeben können, wie sich die *condictio incerti* hinsichtlich der Berechnung des Interesses von den *bonae fidei negotiis* unterscheidet, da immer noch ein merklicher Unterschied zwischen ihnen statt finden muß, ist dies wohl der schicklichste Ort, von dem Verhältnisse der *condictio incerti* zur *condictio triticiaria*, so wie von den Gründen der *condictio incerti* insbesondere zu sprechen.

Zwei Ansichten sind hinsichtlich des Verhältnisses der *condictio triticiaria* zur *condictio incerti* die vorzugsweise herrschenden. Der Theil der Juristen nämlich, welcher die *condictio triticiaria* für eine eigne zu Erlangung der aestimatio, (was bei ihnen mit Interesse gleichbedeutend ist) eingeführte Klage betrachtet, weiß nun freilich nicht, was er noch mit einer besonderen *condictio incerti* machen sollte: denn für die *condictio triticiaria* war ja kaum mit Mühe noch ein Plätzchen aufzufinden; *condictio triticiaria* und *incerti* ist ihm also etwas vollkommen Gleichbedeutendes^{a)}. Ein anderer Theil mag sich aber hierbei nicht beruhigen. Er sieht, wie die *condictio triticiaria*

solum res in stipulatam deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri, et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. Eben so l. 11 D. 46. 5. S. auch meine Abh. Das ädilitische Edict leidet keine Ausdehnung, in *Wenzler Archiv*, 2. Bd, 1. Heft, S. 114.

a) Glück's Comm. 13. Bd. Seite 267.

auch *res certae* umfaßt; ihm deuten ferner die verschiedenen Ausdrücke *condictio incerti* und *triticiana* auch auf verschiedenartige Dinge hin, und so giebt es denn nach dieser Theile der Juristen, hinsichtlich des Gegenstandes, drei verschiedene *Conditionen*: *condictio certi*, *incerti*, und *triticiana*³⁾. Aber beide Meinungen sind gleich falsch. Wie immer, könnte man sagen, sind hier die verschiedenen *argumenta divisionis* wiederum nicht beachtet worden. Es wurde nämlich oben ausgeführt, daß die *condictio triticiana* alle Dinge, die nicht eine *pecunia numerata* wären, umfasse. In so fern ist sie aber nicht der *condictio certi* (denn das ist sie ja zum Theile selbst) sondern der *condictio si certum* (i. e. *pecunia certa*) *petetur* entgegen zu setzen⁴⁾. Können nun *facta* oder *res incertae* überhaupt nach veränderten Rechtsansichten Gegenstand der *obligationes stricti juris* seyn, so folgt von selbst, daß die *condictio*, mit der dieselben gefordert werden, eine *condictio triticiana* seyn müsse; denn diese umfaßt ja alle Gegenstände, die nicht Geld sind. Deswegen werden auch die *res incertae*, als zu den Objecten der *condictio triticiana* gehörend, aufgezählt⁵⁾.

Dadurch also, daß *res incertae* Gegenstände der *actiones stricti juris* späterhin geworden sind, konnte die binomische Eintheilung in *condictio si certum petetur*, und *triticiana* nicht geändert werden. Die *res incertae* vermehren

3) Unterholzner in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 1. S. 252.

4) L. 1. pr. de cond. trit. (13. 3).

5) L. 1. pr. in f. eodem. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus etsi vectigalis sit, sine jus stipulatus, sit, vel servitutum utrorumque praediorum. So soll man auch eine *possessio* mit der *condictio triticiana* fordern können. L. 2, de cond. trit.

nun bloß die Objecte der *condictio triticiana*, oder mit anderen Worten: die *condictio incerti* muß immer eine *condictio triticiana* seyn. Aber etwas ganz anderes ist es, ob man nach den Objecten überhaupt einteilt, oder nach der verschiedenartigen aestimatio dieser Objecte. Es war zwar nothwendig, die Einteilung in *condictio si certum petetur* und *triticiana* aufzustellen, weil zwischen den Dingen, die eine aestimatio dulden, und denen, die sich selbst messen, ein Unterschied zu machen war; aber da eine aestimatio überhaupt nur das genaue Aequivalent für ein anderes certum ist, so treten die Dinge, die eine aestimatio nöthig haben, aus ihrer Natur keineswegs heraus. Sie sind eben so gut *res certae*, wie die *pecunia numerata*, und die *condictio triticiana*, die sie einfordert, ist eine *condictio certi*. Sobald aber *res incertae* ebenfalls im späteren Rechte Gegenstände der *condictio triticiana* werden, tritt hinsichtlich dieser eine ganze andere Schätzung ein. Sie werden nicht nach einem objectiven Marktpreise geschätzt, sondern die Subjectivität der Contrahenten wird allein berücksichtigt. Dadurch stellen sich die *res incertae* aber nicht allein der *pecunia numerata*, sondern auch allen anderen Mitobjecten der *condictio triticiana* gegenüber, und diejenige *condictio triticiana*, die anomalisch dergestalt auf das Interesse geht, heißt *condictio incerti*.

Es giebt also überhaupt eine dreifache Einteilung der *Conditionen*. Sie sind verschieden nach ihrem Grunde, verschieden nach ihrem Object, (in so fern sie auf eine *pecunia numerata* gehen oder nicht,) und wieder eben so verschieden, je nachdem sie bestimmt auf ein certum gerichtet sind oder nicht. Die Einteilung in *condictio certi* und *incerti* ist also eine ganz andere, als die, in *si certum petetur* und *triticiana*, und nun erklärt es sich mit einemmale, warum die Gegenstände, die viele Pandektenfragmente mit der *con-*

dictio incerti einfordern lassen⁶⁾, zugleich auch Objecte der conditio triticiaria sind, warum diese aber eben so gut res certae umfaßt, auf die doch nach unzweideutigen Stellen nur mit der conditio certi geklagt werden kann⁷⁾. Zugleich kann das aber nun nicht mehr auffallen, daß der Name conditio triticiaria, nur zweimal im corpus juris vorkommt, weil, nachdem eine conditio incerti aufgefunden war, die Eintheilung in conditio si certum petetur und conditio triticiaria weit unpraktischer wurde.

Soviel von dem Verhältnisse der conditio incerti zur conditio triticiaria. Es bleibt uns nun zuvörderst noch übrig, von den Gründen der conditio incerti so kurz wie möglich zu sprechen. Es ist oben weitläufig auseinander gesetzt worden, wie es überhaupt nur eine conditio gebe, wie aber diese ihren Gründen nach verschieden seyn könne. Daß nach späterem Rechte diese conditio, hinsichtlich ihrer Wirkung, so verändert ist, daß sie nun auch auf ein incertum geht, kann auf die Gründe der conditio keinen Einfluß haben; sie werden dadurch weder vermehrt noch vermindert, und der Satz wird daher consequent aufgestellt werden müssen: Alles, was Grund einer conditio certi ist, ist zu gleicher Zeit Grund einer conditio incerti. So wie aus einer Stipulation, aus einem Testament, ein incertum gefordert werden kann, also auch aus einem Haben ohne Grund, sey dieser Nichtgrund ein indebitum, eine causa non secuta oder ein Anderer. Die actio incerti ex stipulatu, die actio incerti ex testamento, und die conditio incerti, die aus einem Haben ohne Grund hervorgeht, ist daher eben so gut

6) L. 55. D. 8. 2., l. 5. D. 7. 5., l. 12. D. 12. 1.

7) Pr. I. de V. O. (3. 16.) ex qua duae proficiscuntur actiones tam conditio certi si certa sit stipulatio, etc.

ein und dieselbe Klage, als die *condictio certi* aus diesen verschiedenen Gründen es war. Daß diese ersten Klagen *actiones* die anderen aber *condictiones* meistens genannt werden, kann hier eben so wenig, wie im Fall einer *condictio certi* etwas ausmachen, wo ja dasselbe statt findet. Ich brauche mich daher nur deshalb schon auf das oben Angeführte zu berufen⁸⁾. Ein speziellerer Beweis, daß es nur ein und dieselbe Klage ist, liegt aber vielleicht für diesen Fall zunächst hierin, daß die Klage oft *actio incerti* schlechtweg, oft aber *actio incerti* mit Hinzufügung des Grundes genannt wird. So von der Stipulation.

PAPINIANUS libro 27. Quaestionum.

L. 4. D. de usur. 22. 1.

Si stipulatus sis rem dari vacuumque possessionem tradi: fructus, postea captos, actione incerti. ex stipulatu, propter inferiora verba, consecuturum te ratio suadet.

ULPIANUS libro 47. ad Sabinum.

L. 3. si quis in jus (2. 5).

Cum quis in iudicio sisti promiserit, neque ad-

8) Wie sehr die Römer *condicere* und *agere* verwechseln, beweisen diese nicht auf einander folgenden Stellen: L. 2. §. 3. de don. (39. 5). *Aliud juris erit si pecuniam, quam me tibi debere existimabam jussu tuo sponderim ei, cui donare volebas. Exceptione enim doli mali tueri me potero, et praeterea incerti conditione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.* Und gleich darauf §. 4. *Item, si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere promisero, petentem doli mali exceptione summovebo, et amplius incerti agendo cum stipulatore, consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.*

jecerit poenam¹⁾ si status non esset, incerti cum eo agendum esse, in id quod interest verissimum est²⁾.

Deßgleichen von der obligatio ex testamento :

POMPONIUS libro 6. ad Sabinum.

L. 3. §. 6. D. de liber. leg. (34. 5).

Ideo, si heres negotiorum gestorum egisset, agens procurator ex testamento incerti, doli mali exceptione excludi potest.

ULPIANUS libro 5. Disputationum.

L. 75. §. 4. D. de leg. 1. (30).

Proinde si Stichum legaverit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, incerti acti o legatario adversus heredem competit³⁾.

So wie aber auch, wenn ein certum Gegenstand der obligatio ist, die Klagen aus dem Testament und der Stipulation meistens ihren Namen, actiones ex stipulatu oder ex testamento, behalten, diejenige aber, die durch ein Haben ohne Grund entstehen, vorzugsweise condictiones genannt werden; also auch bei dem incertum. Die actio incerti, die re entspringt, wird immer conditio incerti genannt, mag die causa seyn, welche sie wolle. Doch verdient das eine Bemerkung, daß fast niemals bei der conditio incerti, so wie dies doch oft bei der conditio certi zu geschehen pflegt, die causa hinzugefügt wird.

So von der cond. incerti caus. dat. caus. n. sec.

1) Zuerst wird also erwartet, es sey eine poena hinzugefügt.

2) Eben so l. 27. §. ult. D. de rec. qui arbitr.

3) Eben so l. 8. D. de usufructu earum rerum. L. 59. §. 1. de jure dotium.

L. 4. h. t.

Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici, condici posse ei, qui accepto sit liberatus.

Von der cond. incerti indebiti:

L. 22. §. 1. h. t.

Cum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi. Incerti condicam, ut iter mihi concedatur.

Von der conditio incerti sine causa:

L. 3. h. t.

Qui sine causa obligantur incerti condicione consequi possunt ut liberentur.

Was die conditio incerti furtiva betrifft:

L. 12. §. 2. h. t.

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, incerti condicione acturum, si ea subrepta est⁴⁾.

Nachdem aber dergestalt von den Gründen der conditio incerti gesprochen worden ist, bleibt noch zum Schlusse der Darstellung der ganzen Lehre von den obligationes stricti juris, auf die Verschiedenheit aufmerksam zu machen übrig, die in dem Wesen des Interesses bei diesen, im Gegensatze der actiones bonae fidei, statt findet. Wir haben oben auszuführen gesucht, wie es überhaupt eine Anomalie sey, daß

4) Man vergleiche noch l. 2. §. 5. de donation. (39. 5). L. 12.

l. 31. de cond. ind. (12. 1). L. 46. in ¶. de jure dot. 23. 3). L. 8. de act. emti (19. 1). L. 12. de Nov. (46. 2). L. 3. Cod. de postulando (2. 6). Daß es übrigens keine conditio incerti ex mutuo geben könne, versteht sich von selbst, da ja das Wesen des mutuum in dem Hingeben von bestimmten Dingen, quae pondere numero mensura constant, besteht.

bei obligationibus stricti juris von Interesse gesprochen werden könne, und wie die *condictio incerti* derjenige Punkt wäre, wo das *strictum jus* sich zu dem unbestimmten Billigkeitssystem hinüberneige. Aus diesem Hinüberneigen entsteht aber noch keine völlige Gleichheit. Dadurch daß man aus einem stipulirten *Factum* eine Klage gestattet, und diese Klage nur, weil ein *Factum* immer in der Subjectivität der Contrahenten begründet ist, auf das Interesse gehen kann, folgt noch nicht, daß die Berechnung des Interesses dieselbe, wie bei *bonae fidei negotiis* seyn müsse. Da vielmehr alle sonstigen Voraussetzungen der *actiones stricti juris*, bis auf die Anomalie mit dem *incertum*, bleiben, so werden sie nothwendigerweise auf die Berechnung des *incertum* selbst wirken müssen. Bei den *bonae fidei negotiis* ist das Interesse (das *incertum*) nicht Surrogat, sondern eigenthümliches und selbstständiges Object der *obligatio*. Es ist bei ihnen, was das *certum* in den *stricti juris negotiis*. Zugleich sind aber diese Geschäfte vollkommen zweiseitig. Nicht Einer fordert hier bloß, während der Andere das Beforderte giebt, sondern beide fordern, sollte es auch der Beklagte nicht immer durch ein *contrarium iudicium*, sondern nur durch *Exceptionen* thun. Das Object der *obligatio* liegt also in dem Zusammentreffen der Ansprüche beider Partheien, und deswegen ist es ein *incertum*, ein unbekanntes *x*, ein Drittes, das außer dem Kreise des Gegebenen liegt. Das *officium iudicis* hat das *Facit* auszumitteln und das *incertum* wiederum in ein *certum* zu verwandeln. Es liegt also das, was man Interesse bei *actiones bonae fidei* nennt, nicht sowohl in einseitigen Ansprüchen des Klägers, sondern es ist das Resultat aus diesen, und aus den zugleich mit abgewogenen Ansprüchen des Beklagten⁵). Bei den *actio-*

5) So Ulpian in l. 2. pr. de eo, quod certo loco (13. 4).

nibus stricti juris in ihrem strengen Begriffe, wo nur ein certum Gegenstand derselben seyn kann, kommt es aber zunächst nur allein auf die Handlung des Fordernden, die Klage, an. Was diese angeht muß auch das Urtheil im Ganzen zusprechen, und das officium judicis kommt also hier nur zur Berücksichtigung der formellen Richtigkeit in Betracht⁶⁾. Denn wenn auch bisweilen statt des ursprünglichen certum die aestimatio gegeben wird, so ergibt sich diese so sehr von selbst, daß für die Willkür des judex hier gar kein Spielraum offen bleibt. Aber selbst nachdem im späteren Recht anomalische Bestimmungen, hinsichtlich des Systems des strengen Rechts, Eingang gefunden, und Facta der Gegenstand der obligationes stricti juris ebenfalls werden können, wird die Natur derselben keinesweges gänzlich verändert. Nur weil Facta keinen Marktpreis haben, und sich immer mehr oder weniger auf die Subjectivität des Berechtigten beziehen, muß bei jener Schätzung auf dieselbe Rücksicht genommen werden. Diese subjective Schätzung ist also nur ein Surrogat der hier nicht möglichen objectiven; aber, weil auch hier das Resultat ungewiß ist, heißt die obligatio eine incerta, und die Klage eine *condictio incerti*.

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei. Quod si rei interest minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est, aut si actoris, majoris pecuniae fiat. Daß hier von einer actio arbitraria die Rede ist, macht für den Begriff des Interesses nichts aus.

6) Zur Anschauung des Unterschiedes ist folgende Stelle recht geeignet: l. 24. in m. 16. 3. Et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.

Stellen wir nun das Wesen des Interesses bei *bonae fidei*, und *stricti juris actionibus* neben einander, so wird sich der bedeutende Unterschied schon von selbst ergeben. Bei jenen ist das Interesse das Ergebniß aus den gemeinschaftlichen Ansprüchen der Partheien, bei diesen bedeutet es nur die einseitigen Forderungen des Klägers; bei jenen ist es Object des *judicii* selbst, bei diesen nur Surrogat einer nicht möglichen objectiven Schätzung. Daraus einzig und allein muß nun aber schon die Verschiedenheit der Berechnungsart folgen, so wie die innig damit verknüpfte Verschiedenheit des Beweises. Ist das Interesse das Resultat zweiseitiger Ansprüche; ist zu gleicher Zeit die *bona fides* bei der Partheien der Maaßstab des Interesses, so ist durchaus ein Dritter ausserhalb der Partheien notwendig, der den Gegenstand des Streites ausmittele, und jeder zuspreche, was ihr gebührt. Das Dritte nun ist das *officium judicis*, oder was in manchen Fällen seine Stelle vertritt, das *jusjurandum in litem*. Dieser Eid nämlich ist nichts, als ein Ausfluß der richterlichen Willkühr, die so, wie sie, das Interesse selbst bestimmen könnte, nun eben so gut dasselbe in manchen Fällen der Selbstbestimmung einer der Parteien überlassen kann. Daraus erklärt sich aber die ganze Natur des *jurisjurandi in litem*. Ist er Ausfluß des *officii judicis*, so muß er auch demselben unterworfen seyn. Daher kann der Richter, selbst wenn geschworen worden, in ein geringeres Quantum verurtheilen⁷⁾; daher kann er selbst ein Quantum vorschreiben, bis wie weit geschworen werden dürfe⁸⁾.

7) L. 5. §. 2. de in lit. jurando (12. 3). — L. 15. p. V. de dolo.

8) L. 5. §. 1 eodem. L. 15. §. 9. Quod si aut clam: Sed quod interfuit, aut per jusjurandum, quod in litem actor juraverit, aut si jurare non possit, judicis officio aestimandum est.

Ganz anders verhält es sich aber bei dem Interesse in stricti juris judiciis. Dadurch daß ein Factum Gegenstand derselben ist, bleiben sie gerade so einseitig, als wenn dieser ein certum wäre. Nur auf die subjectiven Ansprüche des Berechtigten wird ausnahmsweise Rücksicht genommen. Daraus aber, daß actiones stricti juris, auch wenn sie ein incertum zum Gegenstand haben, immer einseitig bleiben, folgt nun nothwendig dieses: ein officium judicis tritt auch bei den obligationibus stricti juris incertis niemals ein; und was sich nun von selbst ergibt, ein jusjurandum in litem kann der Natur der Sache zu Folge, als ein Ausfluß des officium judicis, bei stricti juris judiciis nicht stattfinden.

PAULUS libro 26. ad Edictum.

Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur non solet in litem jurari⁹⁾.

Wird das Interesse aber bei stricti iuris actiones, die auf ein incertum gehen, weder durch das officium judicis, noch durch ein jusjurandum in litem ausgemittelt, so wird es durchaus von dem Kläger durch gewöhnliche Beweismittel dargethan werden müssen, und hierin unterscheidet es sich nun auf eine auffallende Weise von den bonae fidei negotiis.

VENULEJUS libro 8. Actionum.

L. 11. de stipul. praetoriis (46. 5).

In ejusmodi stipulationibus, quae quanti res est, promissionem habent, commodius est certam sum-

9) Daß zum Behuf der aestimatio eines certum, wenn dieses selbst nicht mehr vorhanden ist, das jusjurandum in litem als einzige Nothhülfe bei stricti juris negotiis ebenfalls gebraucht wird, kann hier wohl nichts ausmachen. l. 5. §. 4. h. t. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem jurandum est.

nam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.

So viel von dem Beweise des Interesses. Aber auch die Berechnung des *incertum* muß in den beiden verschiedenen Systemen eine ganz verschiedene seyn; denn sogar abgesehen davon, daß die heterogene Art des Beweises in den beiden Systemen schon von dem bedeutendsten Einfluß auf das Wesen des zu erlangenden Interesses selbst ist, so fließt doch die besondere Verschiedenheit noch aus einer eignen Quelle. Ist nämlich das Interesse eigentliches Object der obligatio, wie bei *bon. fid. neg.*, so folgt von selbst, daß das ganze Interesse, das heißt die ganze Subjectivität der Partheien, in Anschlag gebracht werden müsse, oder mit andern Worten, da das Subjective eigentlich das ist, was ursprünglich in Betracht kommt, so wäre es widersinnig, wenn man die eigenthümlichste Subjectivität, Affectionen, nicht berücksichtigen wollte. Anders verhält es sich mit dem Interesse bei *stricti juris obligationes*. Hier ist es nur Surrogat einer nicht möglichen objectiven Schätzung; das schuldige Factum bleibt immer Object der obligatio, und nur in so fern die Subjectivität des Berechtigten zu dessen aestimatio nothwendig ist, kann sie hier in Betracht kommen. Das Subjective im *strictum jus* ist also immer gleichsam noch an das Objective hingewiesen, und deswegen kann es nicht in seiner ganzen Eigenthümlichkeit hervortreten, weil sonst ja wiederum das Objective ganz verschwinden würde. Beide ergänzt sich hier und hilft sich gemeinschaftlich aus, während im Billigkeitssysteme bloß das eine hervortritt. Daraus folgt aber, daß auf die äußerste Gränze jeglicher Individualität, Affectionen, beim *incertum* des *strictum jus* keine Rücksicht genommen werden kann, weil diese ja den Hinblick auf das Objective oder Gemeingültige vollkommen

ausschließen würden. So ist denn auch der Satz aus der innersten Natur beider Systeme gerechtfertigt, daß nur bei bonae fidei negotiis auf die Affectionen Rücksicht genommen werden kann.

PAPINIANUS libro 27. Quaestionum.

L. 54. mand. (17. 1).

Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus, ut venditor, et affectus ratione mandati agetur. Finge filium naturalem vel fratrem esse; placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.

So viel von dem, aus dem Wesen der beiden Systeme selbst hergeleiteten, Unterschiede, zwischen dem incertum bei bonae fidei und stricti juris judiciis. Es ist aber nun auch der letzte Punkt erledigt, der in der Darstellung des Systems des formellen Rechts erörtert werden sollte, und ehe wir nun im folgenden Paragraphen zu der kürzeren Betrachtung der bonae fidei judicia übergehen, bleibt uns nichts mehr übrig, als mit wenigen Worten die Summe des in diesem Paragraphen Abgehandelten, Behufs einer besseren Uebersicht, noch einmal anzugeben:

Nachdem zuvörderst von der falschen Ansicht derer gesprochen worden ist, die die *condictio triticaria* für eine eigene Klage halten, wurde vielmehr gezeigt, wie dieselbe nur ein Theil einer anderen Eintheilung der *Conditionen*, nach den Gegenständen, ausmache. Hieran konnte sich die Lehre von der *aestimatio* bei stricti juris judiciis selbst reihen. Sie ist nur Aequivalent der Sache selbst; daher die *aestimatio* der *Litiscontestation*, und im Fall einer *mora*, des *tempus morae*, geküsst werden muß. Ist ein Zahlungsort be-

stimmt worden, so kann an keinem andern durch eine *condictio*, sondern nur, mit einer *utilis actio arbitraria*, auf das Interesse geklagt werden. Der Schlüsselstein endlich des ganzen Systems des *strictum jus* ist die *condictio incerti*. Hier neigt sich das strenge Recht zum Billigkeitssystem hinüber; aber wenn auch das Interesse hier in Betracht kommt, so ist doch, hinsichtlich des Beweises sowohl, als der minderen Subjectivität, ein bedeutender Unterschied zwischen dem System des *strictum jus* und der *bona fides* bemerkbar.

§. 5.

Das Wesen der *bonae fidei negotia* ist im Allgemeinen (S. 15. u. folg.), so wie an mehreren Orten dieser Schrift im Gegensatz der *actiones stricti juris* schon so oft dargestellt worden, daß eine Wiederholung hier vielleicht unnütz erscheinen möchte. Wenn wir aber bei den *stricti juris iudiciis* mühsam aus den Quellen, was etwa dazu zu rechnen sey, hervorsuchen mußten, so sind wir bei den *bonae fidei actionibus* dieser Mühe überhoben. Nicht allein eine schon oben angeführte Stelle Cicero's, so wie viele Fragmente der Pandekten und Constitutionen des Codex, machen uns mit ihnen bekannt, sondern auch eine interessante Institutionenstelle hat sie uns in ihrer Gesamtheit aufbewahrt.

§. 28. I. de actionibus (4. 6).

Bonae fidei sunt haec, ex empto, vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio.

Wenn aber die letzte Klage als eine *vindicatio* gar nicht

zu dem Kreis unserer Betrachtung gehört, so ist noch außerdem aus dem alten Rechte die *actio dotis* oder *rei uxoriae* hinzuzufügen, welche Justinian sonderbar genug in eine *actio ex stipulatu* verwandelte, indem er in höchster Unbestimmtheit beide Systeme vermischend, dieser *stipulatio de dote* alle Eigenschaften der *actio rei uxoriae* beilegte, und sie in so fern zu einer *actio bon. fidei* erhob. Es soll diese Stipulation auch nun aus der blossen *obligatio dotis*, wie die *actio rei uxoriae*, von selbst eintreten, ohne daß die Form der Stipulation wirklich vorangegangen sey¹⁾, und wir haben in diesem Verfahren zugleich den besten Beweis, wie zu Justinians Zeiten der streng geschiedene Begriff der beiden Systeme nicht allein nicht gewahrt, sondern nicht einmal mehr verstanden worden ist²⁾.

Es ist oben (§. 15. u. fg.) gesagt worden, daß im Grunde nur die aus dem strengen Civilrecht hervorgehenden *obligationes* als gültig zu betrachten seyen, daß Gesetze aus autonomischer Befugniß sich selbst aufgelegt, (*pacta*) keine Verbindlichkeit hätten, daß aber das Gesetz manche Geschäfte des gemeinen Lebens schütze, und Klagen aus ihnen entspringen lasse. Diese Geschäfte könnten, der materiellen Verschiedenheit jedes einzelnen Falles halber, zwar nicht in ganz genaue und engen Grenzen eingeschlossen werden; damit aber das durch am Ende nicht jedes *pactum* gelte, dürfe das vom Civilrechte bestätigte dennoch seine bestimmtesten Grenzen nicht überschreiten. So können vom *depositum* gegen seinen Begriff Zinsen entrichtet werden³⁾; so kann ausgemacht wer-

1) §. 29. I. de action. (4. 6).

2) Man braucht nur die I. un. C. de rei uxoriae actione (5. 13.) durchzulesen, um dies augenblicklich zu bemerken..

3) L. 24. dep. Si tamen ab initio de usuris praestandis convent, lex contractus servabitur.

den, daß der Depositar culpa, daß der Commodatar nur dolus prästire; aber ein Depositum, ein Commodat um Lohn, würde den ganzen Begriff mit einemale zerstören. Wenn daher an mehreren Orten die conventio als der Hauptseikel eines bonae fidei negotium genannt wird, so ist es nur mit der Einschränkung zu verstehen, daß die äußersten Grenzen des Begriffs eines jeden Geschäftes unverfehrt bleiben. **Co**

AUCTOR ad Herennium 2. 13.

Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex conventu.

ULPIANUS lib. 30. ad Edictum.

L. 1. §. 6. dep. (16. 3).

Si convenit ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio. contractus enim legem ex conventionem accipiunt.

PAULUS lib. 5. quaestionum.

L. 5. §. 4. de praescr. verbis (19. 5).

Et potest mandatum etiam ex pacto naturam suam excedere ⁴⁾.

4) Es wird hier vielleicht die Bemerkung keineswegs überflüssig seyn, daß die Römer den Ausdruck contractus vorzugsweise bloß von bon. fid. negotiis gebrauchten. Die stipulatio, expensilatio, das mutuum, ist ihnen kein Contract, möchten sie hin und wieder auch allgemein so genannt werden. Der Grund ist wohl dieser: ein Contract setzt immer Zweiseitigkeit voraus, aber nicht bloß darin, daß zwei Personen zugegen sind, sondern daß sie gleichen Theil am Geschäft haben, was bei stricti juris negotiis nie der Fall ist. Folgende Stellen müssen deswegen bemerkt werden: l. 19. de V. S. Actum quidem generale verbum esse. sive verbis, sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione. Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci

So wie aber pacta nicht klagbar werden durch eine gewisse Heiligkeit, die man etwa Verträgen beilegt, sondern weil die in ihnen eingeschlossenen Geschäfte des gemeinen Lebens eines Schutzes der Gesetze bedürfen, so folgt auch von selbst, daß andere Geschäfte, die nicht durch Vertrag entstanden sind, ebenfalls einen solchen Schutz genießten können. Ist dies aber einmal der Fall, so muß nun von selbst wiederum das Zwecklose derjenigen Eintheilung sichtbar werden, die eine Hauptverschiedenheit darin finden will, ob ein vom Civilrechte bestätigtes Geschäft ein Contract sey oder nicht. Hängt davon rücksichtlich der Klage gar nichts ab, ob ein Geschäft durch Pactum entstanden sey oder nicht, sondern kommt es lediglich darauf an, ob das Civilrecht eine Klage gestattet habe, und ist diese Klage auch anderen Geschäften, die nicht im Pactum ihren Entstehungsgrund haben, zu Theil geworden, so wird vielmehr wiederum in der Verschiedenheit der Wirkung, als in dem ja fast nichts sagenden Eingehungsgrunde des Geschäfts eine Hauptsonderung gesucht werden müssen. So wenig also, wie in der Darstellung des Systems des strengen Rechts darauf Rücksicht genommen wurde, ob eine *condictio* ihren Grund in einem Contract hatte oder nicht, ja nicht einmal, ob ein Delict die Ursache sey; so wenig wir deswegen die *condictio ex mutuo* von der *condictio indebiti*, oder die *ex stipulatu* von der *ex testamento* getrennt haben, eben so wenig kann auch hier wiederum die von uns gleich im Anfange verworfene Eintheilung eine Hauptabtheilung im Systeme begründen. Zwar

συναλλαγµα vocant, veluti emtionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem. So l. 31. dep. Bonae fides, quae in contractibus exigitur. U. l. 4. C. de oblig. et act. (4. 10). Bonam fidem in contractibus considerari aequum est.

läßt es sich nicht läugnen, daß im Gegensatze der *actiones stricti juris*, wo der Grund fast gar keine verschiedene Wirkung hervorbringt, bei *bonae fidei iudiciis* dieser Grund des Geschäfts nicht so unbedeutend sey; es geht dies schon zum Theil aus dem oben Gesagten hervor, daß durch *Pactum* hin und wieder die Grenzen des Geschäfts erweitert oder eingeschränkt werden könnten; immer kann dies doch aber nur eine Unterabtheilung motiviren⁵⁾; durchgreifend, aus dem Wesen der Geschäfte selbst hervorgehend, ist sie nicht. Es läßt sich nicht einsehen, weswegen die *actio mandati*, die *actio negotiorum gestorum*, die *actio tutelae*, die alle einen und denselben Zweck haben, mit denen auf gleiche Weise eines und dasselbe (*id quod interest*) erlangt wird, wegen der unbedeutenden Verschiedenheit ihrer Eingangsgründe von einander getrennt, und in besondere Classen gebracht werden sollen. Zu gleicher Zeit sind wir aber dadurch den widersinnigen Begriffen von *Quasicontracten* und *Quasidelicten*, die weder *Contracte* noch *Delicte* sind, ausgewichen, Begriffe, die erst Justinians Zeitalter, um eine vermeintliche Rundung im System hervorzubringen, vollkommen ausbildete, während *Gajus*, dem es weniger darum zu thun seyn konnte, die Armuth seiner Anordnung zu bedecken, wider von *variis causarum figuris* spricht⁶⁾.

Heben wir aber im Ganzen für unsere weitere Betrachtung die Eintheilung in *Contracte* und *Quasicontracte* auf, so folgt von selbst, daß auch von der Verschiedenheit der Eintheilung nach den einzelnen Entstehungsgründen der *Contracte* selbst nicht weiter die Rede seyn kann. Ob ein *Contract*

5) Von einer solchen wird auch unten mehr die Rede seyn.

6) Doch kommen die Ausdrücke *quasi ex contractu* und *quasi ex maleficio* auch bei *Gajus* vor.

re oder consensu entsteht, das wird uns eben so gleich seyn können, wie ob überhaupt ein vom Gesetze bestätigtes Geschäft des gemetnen Lebens ein Contract sey oder nicht. Hierzu kömmt aber noch eine andere Betrachtung: die ganze Eintheilung in contractus, qui re aut consensu contrahuntur ist eine vollkommene Verunglückte. Nicht allein (was schon S. 2. bemerkt wurde), daß die Gemeinschaft mit dem mutuum für die anderen drei Contracte zu den größten Mißverständnissen führen muß, macht sie zu einer vollkommen verfehlten, sondern commodatum, depositum und pignus sind keine wahrhafte Realcontracte. Sehen wir zuerst auf das commodatum und depositum, so liegt einzig und allein in der Absicht, unentgeltlich zu leihen, oder niederzulegen, das Hauptkriterium beider Contracte. Daß erst dann etwas Bindendes, eine obligatio, eintritt, wenn die Sache hingegeben wurde, ist so etwas rein Factisches und Zufälliges, daß eine Hauptverschiedenheit daran wahrlich nicht zu knüpfen ist. Würde ein Kauf, ein Miethsverhältniß, der Natur der Sache gemäß, nicht schon früher anfangen können, ehe der Miether definit, oder dem Käufer tradirt wurde, so könnte man mit demselben Rechte sagen, emptio, locatio, sind Realcontracte. Das, was hier gesagt worden ist, kann aber noch deutlicher gemacht werden. Wenn die zum Commodat oder zum Depositum hingeebene Sache längst dem Eigenthümer zurückgestellt worden, braucht darum dennoch die obligatio depositi und com nodati nicht aufgehoben zu seyn: sie kann erst jetzt recht in Wirksamkeit treten, und eine Klage zu Wege bringen¹⁾: ja, da die Klage auf das Interesse geht, also oft weit

1) L. 3. §. 1. comm.: si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita (quae deterior facia redditur), nisi quod interest praestetur. So kann auch depositi geklagt werden, wenn einer ohne Erlaubniß die

mehr, als die Sache werth ist, in sich aufnimmt, so ist die Existenz der Sache selbst, ward einmal die obligatio eingegangen, für das Wesen derselben von gar keiner Bedeutung. Vergleicht man damit das neben dem commodatum und depositum in Systeme stehende mutuum, so wird man bald die Verschiedenheit gewahr werden. Dieser Contract ist ein wahrer Realcontract, denn das Hingeben einer Sache ist es, was den Hauptbegriff derselben ausmacht. Der Contract fängt nicht allein damit an, sondern sein ganzes Wesen geht nicht über die gegebene Sache hinaus, und wäre sie einmal gehörig zurückgestellt worden, so würde auf ein ferneres Interesse nicht weiter gesehen werden können. Der Unterschied läßt sich aber noch weiter verfolgen: wer eine Sache giebt, ohne die Absicht sie zu leihen, würde keine actio commodati haben; also die Absicht zu commodiren, nicht die hingebene Sache, macht hier den Begriff aus. Wer aber eine fungibile Sache hingiebt ohne die Absicht, sie zum mutuum zu machen, würde dennoch dieselbe Klage, wie aus dem mutuum, eine condictio, haben, weil sich hier alles einzig und allein um das Gegebene wendet²⁾.

Wenn aber das Commodatum und depositum, wenn auch nicht ihrem Wesen nach, doch wenigstens den zufälligen Entstehungsgründen zufolge, Realcontracte sind, so läßt sich vom contractus pignoris nicht einmal dies letztere sagen;

bei ihm deponirten tabulas testamenti liest. Hier handelt es sich gewiß nicht um die Sache. L. 1. §. 48. h. t.

2) L. 32. de reb. creditis (12. 1). Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi; (hoc enim nisi inter consentientes fieri non

denn die pignoris obligatio entsteht nicht allein durch das Hingeben eines Faustpfandes: der debitor kann die Sache behalten, und es ist dennoch durch nuda conventio dieselbe obligatio begründet, und eine actio pignoratitia findet eben so wohl statt. Zwar ist es die gemeine Meinung, der contractus pignoris könne nur re entstehen, das pactum hypothecae aber sey eine prätorische Neuerung, auch läßt sich dieselbe wohl durch eine dafür sprechende Stelle vertheidigen.

PAULUS lib. 3. ad Edictum.

L. 17. §. 2. de pactis (2. 14).

De pignore jure honorario nascitur pacto actio. Bedenkt man aber, daß der Prätor ja eine actio Serviana oder hypothecaria einführte, welche dem hypothecarischen Pfandgläubiger zusteht³), so könnte man vielleicht geneigt seyn, die eben angeführte Stelle einzig und allein auf die dingliche Klage zu beziehen, und wollte man auch endlich zugeben, es sey ein späterer prätorischer Zusatz gewesen, daß der Begriff eines pignus auch ohne Uebergabe vorhanden seyn könne, so ist doch, zu den Zeiten der ältesten classischen Juristen, pignus und hypotheca schon so in einen Begriff zusammengeschmolzen, daß man überhaupt sagen muß, die obligatio pignoris ist gar nichts anderes, als ein reiner Consensualcontract. Man sehe nur gleich die erste Stelle im Titel de pignorat. actione.

potest), sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit eam, mihi a te reddi bonum et aequum est. Es war mir äußerst erfreulich, bei einem unserer geistreichsten neueren Schriftsteller, ebenfalls diese Ansicht angedeutet zu sehen. Mühlensbruch, Lehre von der Cession S. 75. Note 11. sagt: „Kein anderer Realcontract (wie das mutuum) entsteht so eigentlich durch die res.

3) §. 7. Inst. de actionibus (4. 6).

ULPIANUS lib. 11. ad Sabinum.

L. 1. h. t.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est ut aurum obligetur, non aes, quia in hoc non consenserint.

So

POMPONIUS lib. 35. ad Sabinum.

L. 8. §. 5. h. t.

Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt⁴⁾.

Aus diesen Fragmenten nun, vielmehr aber noch daraus, daß pignus und hypotheca immer als in den Wirkungen gleichbedeutend neben einander stehen, daß die Römischen Juristen häufig sich so ausdrücken, es seyen diese beiden Begriffe nur durch den Schall der Worte verschieden⁵⁾, und daß dem zufolge häufig pignus für hypotheca gesagt wird, und um-

4) Eben so auch GAIUS in l. 4. de pignoribus: Contrahitur hypotheca per pactum conventum — — nec ad rem pertinet quibus fit verbis, sicuti est in his obligationibus, quae consensu contrahuntur; et ideo et sine scriptura, si convenit, ut hypotheca fit, et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Das Wort pactum conventum kann nicht auffallen; es wird auch l. 71. pro Socio von einem pactum conventum societatis gesprochen.

5) L. 6. §. 1. de pignor. (20, 1). §. 7. I. de act. (4. 6).

gekehrt, läßt sich wohl der consequente Schluß ziehen, der *contractus pignoris* sey, wie er sich nämlich im *Pandecten* recht gestaltet, ein reiner *Consensualcontract*; wir müssen aber bei dieser Gelegenheit noch einmal wiederholen, was schon in einer früheren Stelle dieser Schrift angedeutet worden ist, daß alle anderen Römischen Juristen, außer *Gajus*, niemals *commodatum*, *depositum* und *pignus* als *Realcontracte* aufstellen, und daß sie *obligationes ex re* bloß diejenigen nennen, woraus eine *condictio* entspringt.

PAULUS lib. 3. ad Edictum.

L. 17. §. 1. de pactis (2. 14).

Si tibi decem dem, et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem; re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit,

Haben wir aber dergestalt die bisherigen Eintheilungen der *bon. fid. negotia* entweder für unwesentlich, oder fehlerhaft erklärt, so fragt es sich, welche andere Eintheilung, die mehr aus dem Wesen der Geschäfte hergenommen sey, wir an deren Stelle zu setzen hätten. Es sind diese Geschäfte zwar alle verschieden hinsichtlich ihres Begriffes, und der bei jedem einzelnen obwaltenden Sitten; und Gewohnheiten; da aber der Character der *bona fides* ihnen allen eigen ist, so haben sie, abgesehen von dieser Verschiedenheit im Einzelnen, (die doch keine Eintheilung begründen könnte) im Allgemeinen ein und dieselbe Wirkung, und von dieser Seite lassen sie sich also wohl schwerlich unter besondere Rubriken bringen. Zugleich haben wir aber auch *Zweiseitigkeit*, und eine vom Objecte abstrahirte *Subjectivität* für eine Grundlage derselben erklärt, und hier möchte vielleicht das Mehr oder Minder eine Eintheilung begründen. Im Ganzen lassen sich nämlich 2 Arten von *Zweiseitigkeit* in einem *Obligationenverhältnisse* denken; die erste, wo der eine der *Contrahenten* bloß

als Kläger, der andere aber als Beklagter auftritt, und auf dem Wege der *Exception* seine Ansprüche geltend macht; die zweite Art, wo beide Theilhaber der *obligatio* zugleich Kläger und Beklagte seyn können, das heißt, wo beiden aus der *obligatio* eine *actio* entsteht. Unstreitig liegt in der zweiten Art ein größerer Grad von *Zweiseitigkeit*, indem beide Theilnehmer gleich thätigen Antheil nur alsdann an der *obligatio* zu haben scheinen. Nun bringt es die Natur einiger Geschäfte mit sich, daß man bei ihnen durchaus nicht sagen könnte, auf welchen der beiden *Contrahenten* es am meisten ankomme; beide spielen vielmehr eine gleich wichtige Rolle; auf beide muß gleiche Rücksicht genommen werden. So läßt sich bei der *emptio*, *venditio*, bei der *locatio*, *conductio*, bei der *societas* schwerlich eine Hauptperson unter den Theilhabern unterscheiden. Bei diesen Geschäften wird nun aber auch zugleich der Fall eintreten müssen, daß man die beiden Theilhaber vollkommen gleich begünstige, das heißt, daß man beiden eine *actio* gestatte. Dadurch wird das Geschäft ein vollkommen *zweiseitiges*, ja, man könnte vielleicht nicht ohne Ungrund sagen, es werden zwei Geschäfte aus einem einzigen; wie denn die Römer auch oft *emptio* und *venditio* als besondere Geschäfte neben einander stellen, und die *actio empti* und *venditi*, als zwei ganz von einander verschiedene Klagen, betrachten.

Aber es gibt wiederum andere Geschäfte des gemelnen Lebens, wo man beim ersten Blicke bemerken kann, daß es nur auf einen der *Contrahenten* vorzüglich ankomme, und daß der ganze Charakter der bestehenden *obligatio* diesem einen ein größeres Feld von möglichen Ansprüchen bereite. So wird beim *commodatum* und *depositum*, der *commodans* und *deponens* weit mehr zu berücksichtigen seyn, als der *commodatarius* und *depositarius*. Bei solchen Ges

schäften aber kann es anfangs zu genügen scheinen, daß man dem bedeutenderen Theil eine Klage, dem geringeren Theil aber Exceptionen gestattet. Wenn es sich aber späterhin wohl öfters gefunden hat, daß einzelne Exceptionen zu machen vergessen worden, so wird auch hier nach und nach das Bedürfniß eintreten, im Falle vergessener Einreden, dem Beklagten, aus dem zweiseitigen Geschäft, eine Klage zu gestatten. So bilden sich denn am Ende auch für solche Geschäfte Klagen, die aber weniger bedeutend, als die dem größeren Theilnehmer zustehenden, *actiones contrariae* genannt werden.

So war die Bildungsgeschichte der *actiones contrariae* im Römischen Recht. Alle gehören sie dem späteren Recht an, meistens der prätorischen Jurisdiction, alle sind sie aus Exceptionen hervorgegangen, weil ein Bedürfniß nach ihnen fühlbar wurde; endlich sind sie, ausgenommen bei wenigen Geschäften, höchst unbedeutend, und nur nebenbei abzuhandeln. Doch, was hier gesagt worden ist, wird nun näher zu erweisen seyn.

Zu den Zeiten der classischen Juristen, sind alle diejenigen Klagen, die eine minder vollkommene Zweiseitigkeit haben, mit *actiones contrariae* versehen. Nicht also zu den Zeiten des Cicero. In einer schon oben angeführten Stelle desselben (*de officiis lib. 3. cap. 17*) fügt er, nachdem er mehrere *bonae fidei negotia* hergezählt hat, folgende Worte hinzu: *praesertim cum in plerisque essent judicia contraria*, ein Beweis, wie die Einführung dieser Klagen zu Cicero's Zeiten noch nicht bei allen *obligationes bonae fidei* für nothwendig befunden worden. Aber es lassen sich auch noch andere Beweise dafür anführen. Von der *actio tutelae contraria* wird namentlich gesagt, daß sie erst vom

Prätor eingeführt worden sey⁶⁾. Ferner läßt es sich deutlich darthun, daß sie sammt und sonders aus Exceptionen hervor gegangen sind. So wird zum Beispiel in mehreren Stellen der Satz aufgestellt, daß ein *contrarium iudicium* erst dann statt fände, wenn die *exceptio compensationis* vergessen worden wäre. Zugleich wird aber gesagt: habe der Richter die *exceptio compensationis* verworfen, so sey dies auch für die *actio contraria* eine *res iudicata* geworden, d. h., es könne dieselbe nun nicht mehr angestellt werden⁷⁾. Dies ist aber wohl ein starker Beleg für unsere Meinung, daß die *actiones contrariae* ganz und gar aus den Exceptionen hervorgingen, ja im Grunde nicht

6) L. 1. de *contraria tutelae* (27. 4). *Contrariam tutelae actionem Praetor proposuit, induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent.*

7) L. 8. §. 2. De *negot. gest.* (3. 5). *Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a iudice: potest contrario iudicio agi: Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones: verius est, quasi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est.* Richter indessen für die Geschichte der *contraria iudicia* ist noch L. 13. §. 4. *commodati* (13. 6). *Quod autem contrario iudicio consequi quis potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur potest salvum habere iure pensionis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod in vicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensionis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est, dicemus necessariam esse contrariam actionem.* Man vergleiche noch L. 7. §. 1. de *compens.* (11. 2).

viel mehr sind, als Exceptionen, die späterhin die selbstständige Gestalt einer actio angenommen haben.

Aus dem bisher Gesagten muß aber nothwendiger Weise noch etwas folgen. Sind actiones contrariae überhaupt nur vergessene Exceptionen, so können sie, wie es sich von selbst versteht, nicht statt finden, wo gar keine Exceptionen möglich waren. Dies ist aber überhaupt der Fall, wenn ein directum iudicium gar nicht gegeben wurde. Hieraus rechtfertigt sich nun mit einem Male der Satz des alten Rechts, daß wenn eine actio directa nicht angestellt wurde, im Allgemeinen eine actio contraria unmöglich ist. Aber auch gegen diesen Satz mußte sich ein allmählig fühlbar gewordenes Bedürfnis sträuben: der minder bedeutende Theilhaber wollte dennoch gesichert seyn, wegen möglicher Ansprüche, sollte auch der andere nicht über Verletzung zu klagen haben, und so mußte nach und nach die actio contraria ihre Entstehung als exceptio immer mehr und mehr verläugnen; das heißt es durfte ihr länger die Möglichkeit, auch ohne directum iudicium selbstständig zu wirken, nicht vorenthalten bleiben. So finden wir sie im Rechte der Pandecten. Daß aber also ihre Bildungsgeschichte gewesen sey, daß sie Anfangs, ohne daß ein directum iudicium vorhanden war, nicht angestellt werden konnte, scheinen mehrere Stellen deutlich zu beweisen.

PAULUS lib. 29. ad Edictum.

L. 17. §. 1. Commod. (13. 6).

Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et caeterae, quae dicuntur contrariae.

ULPIANUS lib. 26. ad Edictum.

L. 1 §. 8. de contraria Tutelae et utili actione (27. 4).

Hanc actionem dandam placet, etsi tutelae iudicio non agatur.

Daß sich in diesen Fragmenten die Römischen Juristen ausdrücklich die Mühe geben, zu versichern, es könne auch eine actio contraria selbstständig ohne directum iudicium statt finden, beweiset wohl gar sehr das oben Aufgestellte. Wäre es nicht trivial, etwas zu sagen, was sich eigentlich von selbst versteht, läge nicht die historische Thatsache im Hintergrunde, daß es sonst nicht so gewesen sey, und auch vermöge des Ursprungs der actiones contrariae bei ihnen nicht so seyn konnte? So angesehen werden aber diese kleinen Fragmente allerdings bedeutend, sie geben uns gleichsam den Schluß der Bildungsgeschichte der actiones contrariae, indem sie zu gleicher Zeit den Gegensatz mit denjenigen bonae fidei negotiis, die zwei selbstständige Klagen haben, schärfer ins Licht setzen.

Wenn auch nämlich dadurch, daß actiones contrariae ohne directum iudicium im späteren Rechte bestehen können, für die minder vollkommenen zweiseitigen Geschäfte eine Art von gleichmäßiger Selbstständigkeit für beide Contrahenten erlangt ist, so sind sie doch an sich so unbedeutend, so hängen sie doch noch immer so sehr mit den Exceptionen gegen das directum iudicium zusammen, daß nicht ein Unterschied zwischen denjenigen Geschäften begründet seyn sollte, die sich gleichsam zu einer Zweiheit gestaltet haben, und denen, wo doch der eine Theil immer der mehr vorherrschende bleibt. Wenn die Römer daher Beispiele von Geschäften anführen wollen, die ultro citroque sind, so sprechen sie immer nur von den im vollen Maasse zweiseitigen. So referirt Ulpian im Namen Labeos, in der schon oft angeführten l. 19. D. de V. S. (50. 16). Contractum antem ultro citroque obligationem, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant; veluti emptionem, venditionem, locationem, con-

ductionem, societatem. Unter den hier angeführten Beispielen finden sich lauter vollkommen zweiseitige Geschäfte, und es ist, gewiß nicht ohne Absicht, kein einziges von denen hergenommen, die ein bloßes *contrarium iudicium* haben.

Wollen wir nun überhaupt eine Eintheilung der *bonae fidei negotia* auf diesen Unterschied begründen, der auch materiel durch seinen Einfluß auf die verschiedene Prästas- tion der culpa (was aber hier nicht weiter aneinandergesetz werden kann) von ungemeiner Bedeutung ist, so haben wir zuvörderst, zum Behufe der gehörigen Classificirung der verschiedenen Klagen, den §. 28. I. de action. (4. 6.) durchzugehen. Zur Klasse der minder zweiseitigen *obligationes* werden folgende gehören: die *obligatio negotiorum gestorum*, *mandati*, *depositi*, *tutela*, *commodati*, *pignoris*, zu den vollkommen zweiseitigen dagegen *emptio*, *venditio*, *locatio*, *conductio*, *societas*, die *actiones praescriptis verbis*, die *bonae fidei* sind, und endlich die beiden Theilungsklagen, *familiae erciscundae*, und *communi dividundo*¹⁾,

Aber diese alleinige Eintheilung wird schwerlich hinreichend seyn, sollen die eben genannten verschiedenen Geschäfte in allen ihren charakteristischen Besonderheiten von einander gehalten werden. Gehören die beiden ebengenannten Theilungsklagen auch hinsichtlich der Zweiseitigkeit mehr, wie jede andere *obligatio* zu der letzteren Classe, denn bei ihnen kann ja kaum unterschieden werden, wer Kläger und wer Beklagte

1) Die *actio finium regundorum* ist in den Institutionen nicht mit aufgezählt: sie hat zwar gleiche Wirkungen mit den beiden anderen, ist aber eine *actio arbitraria*, und als solche wird unten mehr von ihr die Rede seyn.

ter ist²⁾), so stehen sie, zufolge einer andern Rücksicht, wiederum mit allen bonae fidei negotiis auſſer ihnen im Gegensatz. Es ist nämlich auſſer der Zweiseitigkeit auch das als ein wesentliches Merkmal der bonae fidei negotia angegeben worden, daß sie eine rein subjective Natur hätten, d. h., daß Objecte, abgesehen von den theilhabenden Individuen, eigentlich gar nicht in Betracht kommen. Selbst diejenigen obligationes, die durch eine Sache zu entstehen anfangen, wie das depositum und commodatum, machen hier, wie oben gezeigt worden, ganz und gar keine Ausnahme. Dennoch muß eine solche, zwar nicht ganz, aber doch theilweise, von den Theilungsklagen behauptet werden. Es ist eine Sache, um die sich hauptsächlich die ganze obligatio wendet, ja der ganz entschiedene Unterschied zwischen der actio pro socio und dem iudicium communi dividundo liegt darin, daß das letztere nothwendiger Weise immer eine Sache erfordert, über die gestritten werde, die erstere aber von Sachen vollkommen abstrahirt³⁾. Wäre nun aber eine Sache allein, abgesehen von aller Subjectivität (vom Interesse) Gegenstand dieser Klagen, so würden sie unmöglich bonae fidei iudicia bilden können, sie würden vielmehr lediglich zu den vindicationen gerechnet werden müssen. Dies ist aber nicht der Fall: Wie bei jedem andern bonae fidei iudicium ist auch hier die Subjectivität der Theilha-

2) L. 10 finium regund. L. 3. comm. dividundo. Sie heißen ja deswegen iudicia duplicia.

3) L. 1. Communi dividundo iudicium Ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.

ber, das Interesse, der Hauptcharacter der Klage; eine Sache ist zwar hier zum Theil der notwendige Repräsentant des Interesses, aber deswegen sind personales praestationes keinesweges ausgeschlossen. Wie bei jedem andern bonae fidei negotium kommen sie vielmehr auch hier hauptsächlich in Betracht; ferner wird auf pacta adjuncta, wie bei jeder andern bonae fidei obligatio, Rücksicht genommen.

ULPIANUS libro 19 ad Edictum.

L. 4. §. 3. Comm. dividundo (10. 3).

Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio ita etiam praestationes veniunt, et ideo, si quis impensas fecerit, consequatur.

PAULUS libro 3. ad Plautium.

L. 14. §. 1. eodem.

Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam si communi dividundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possim considerandum est? Quod quidem magis puto quia bonae fidei iudicium est communi dividundo.

ULPIANUS libro 19. ad Edictum.

L. 22. §. 4. fam. ercisc. (10. 2).

Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones.

ULPIANUS libro 20. ad Sabinum.

L. 3. §. 1. comm. dividundo (10. 3).

Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et familiae erciscundae, et communi dividundo iudex servare debet.

Gehören aber auch die Theilungsklagen dadurch, daß aus personales praestationes Rücksicht genommen wird, ihrem Charakter nach, vollkommen zu den bonae fidei negotiis, so ist doch auf der andern Seite nicht zu läugnen, daß sie sich von allen andern unterscheiden, weil Sachen vorzugsweise bei ihnen in Betracht kommen. Auf das Objectiv hingewiesen, müssen sie natürlich einen geringern Grad von Subjectivität, als alle anderen Geschäfte des gemeinen Lebens haben, und so läßt sich eine zweite Eintheilung, welche die judicia divisoria, als minder subjective, von allen anderen bonae fidei judiciis scheidet, vollkommen rechtfertigen.

Wir hätten also zwei Eintheilungen der bonae fidei obligationes aufgefunden, eine, welche den größern oder geringern Grad von Zweifeltigkeit berücksichtigt, und diejenigen, welche bloße judicia contraria enthalten, von den anderen, die zwei Klagen hervorbringen, trennt, und eine andere wiederum, bei der das mehr oder minder Subjective in Betracht kommt, und der zu Folge die zwei judicia divisoria allen anderen bonae fidei obligationibus gegenüber gestellt werden. Es bleibt uns nach Aufstellung dieser Eintheilungen überhaupt nur noch übrig, Einiges über die Wirkung der bonae fidei negotia, über das Interesse, hinzuzusetzen.

Schon oben ist beiläufig darauf aufmerksam gemacht worden, wie das die Lehre vom Interesse in ungemeine Dunkelheit gehüllt hat, daß man sie mit der von der rei aestimatio durcheinander zu werfen sich nicht scheute. So wenig wie es aber der Zweck dieser Schrift gestattet, vom Interesse mit Ausführlichkeit zu sprechen, so sehr werden einige Grundbemerken hier recht an ihrem Platze seyn. Es mußte schon früher (§. 17.) bemerkt werden, daß, wie bei stricti juris judiciis das Gesetz, die Formel, das ohne Grund Ge-

gebene, alleinige Norm der obligatio sey: also die bona fides bei den Geschäften des Lebens. Aber wie jene Norm fest und bestimmt ist, so ist diese ungewiß und unbestimmt; wie jene alles durch sich ist, so erlangt diese erst Festigkeit durch das officium judicis; kurz, der Satz ist unbestritten, was bei stricti juris judiciis durch ausdrückliche Bezeichnung seine Consistenz erhält, kann bei einer bonae fidei obligatio erst durch den judex dieselbe erlangen.

PAULUS lib. 9 ad Edictum.

L. 7. de negot. gestis (3. 5).

Quia tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

Die Norm aber, welche der judex bei bonae fidei negotiis zu befolgen hat (die bona fides) erheischt die höchste Billigkeit, sowohl im Allgemeinen als im Besonderen; im Allgemeinen, in so fern alles, was überhaupt gegen des Princip der Rechtlichkeit ist, nicht geduldet wird ⁴⁾, im Besonderen, indem die Eigenthümlichkeit und Individualität eines jeden Geschäfts speziell in Betracht kommt ⁵⁾. Der judex hat also solchergestalt auf dolus, culpa, mora, besonders Rücksicht zu nehmen, er hat Rücksicht zu nehmen auf das, was in dem Begriff eines jeden Geschäfts nach Gewohnheit und Sitte zu liegen,

4) L. 31. Dep. (16. 3) Bona fides, quae in contractibus (jede obligatio heißt nach l. 20. de judiciis Contract) exigitur, acquitatem summam desiderat. L. 4 §. 9. de action. emti dolum malum, quem semper abesse oportet in judicio emti quod bonae fidei sit.

5) L. 31. §. 19. D. de aed. ed. (21. 1.) ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire

was man überhaupt dabei zu beobachten pflegt, und je nachdem mehr oder minder gegen die bona fides gefehlt worden ist, hat er in mehr oder weniger zu verurtheilen. Der *judex* hat aber bei dieser Untersuchung nicht bloß auf eine, sondern auf beide Partheien zugleich zu sehen, so, daß oft der *dolus*, die *culpa*, die *mora* der einen Parthei durch die der anderen compensirt werden kann, und in so fern Keiner gegen den Anderen verurtheilt wird. Oefters aber wird es auch geschehen, daß *dolus*, *culpa*, *mora*, nur auf einer Seite oder mehr auf der einen, als auf der anderen Seite ist, und eine *condemnatio* wird alldann mäßlich werden. Das Resultat dieser Verurtheilung ist aber die Bestimmung des Interesses, das heißt, die Festsetzung dessenigen, was nach Berücksichtigung der Verhältnisse beider Partheien, von der einen der anderen zu leisten ist.

Es geht aber nun wohl aus dem bis jetzt Ausgeführten schon deutlich hervor, wie vergeblich alle Bemühungen der Juristen haben seyn müssen, die durchaus ein Prinzip für das Interesse auffinden wollten. Wäre der Begriff des Interesses richtig gefaßt worden, daß es nämlich das unbekannte *X* sey, welches nach der gegenseitigen Abwägung der Verhältnisse beider Partheien erst zu einem bestimmten Quantum würde, so hätte man unmöglich nach einem Principe des Interesses fragen können. Es hieß dies ungefähr eben so viel, als alle Verzweigungen menschlicher Geschäfte, alle möglichen Abstufungen des *dolus*, der *culpa* und der *mora* berechnen, kurz, factische Verhältnisse auf juristischen Grundlagen, erbauen zu wollen. So wenig sich aber ein Prinzip anstellen läßt für die Verschiedenheit der Fälle und der dabei obwaltenden Verhältnisse, so wenig auch für das, was sich nach dieser Verschiedenheit richtet; ja, man möchte geneigt seyn zu sagen, es zeige der Versuch, Grundsätze für das Interesse bei *bonae fidei negotiis* anzustellen, von un-

geherrter Inconsequenz, da man ja auf der andern Seite annimmt, der iudex habe in jedem einzelnen Falle, wie es ihm gut dünkte, urtheilen können⁶), Aber die Römer mußten auch, (wie es leider oft der Fall ist) von solchen Versuchen der Neueren, Prinzipien für das Interesse zu finden, nichts. Sie sagen deutlich heraus, die Untersuchung über das Interesse sey eine rein factische und keinesweges juristisch, d. h. aber eben so viel, wie, Grundsätze für das Interesse sind überhaupt undenkbar.

PAULUS lib. 5. ad Sabinum

L. 24. de reg. juris (50. 17).

Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit.

Der Raum und Zweck dieser Schrift gestattet es zwar nicht, alle einzelnen Fälle, die von dem Interesse handeln, durchzugehen und an ihnen das hier Gesagte anschaulich zu machen. So viel wird nun aber schon durch sich selbst klar seyn, daß unser Grundsatz, es gäbe überhaupt keinen Grundsatz für das Interesse, zugleich alle Widersprüche hebt, die man zwischen den einzelnen Fragmenten natürlicherweise finden mußte, sobald man darauf ausging, eine Einheit in ihnen zu suchen. Es gestaltet sich nun vielmehr die Lehre von dem Interesse bei bonae fidei negotiis nach ihren Hauptmomenten also: die Berücksichtigung des Interesses ist die Berücksichtigung der höchsten Subjectivität der Contrahenten nach der Norm der bona fides überhaupt. In so fern kommen affectiones durchaus in Anschlag⁷). Aber dies ist nur der höchste Punkt

6) Es heißt ja ausdrücklich in l. 40. de iud. (5. 1.): Non quidquid iudicis potestati permittitur, id subicitur juris necessitati.

7) L. 54. mand. in l. 13. ratam rem haberi, heißt es: in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrare potui.

der Computation. Denn da nicht allein die Affectionen der einen, sondern auch der anderen Parthei in Betracht kommen, so wird es gar oft gechehen, daß sie sich gegenseitig neutralisiren und aufheben, noch öfter aber, daß nach gehöriger Abwägung für die eine der Partheien ein residuum übrig bleibt, und dies bildet denn das Interesse des vorliegenden Falles. Wird daher auch in l. 1, de action. empti im Allgemeinen gesagt, mit der actio ex empto erlange man id quod interest, so ist das id quod interest nach Verschiedenheit der Fälle doch gar sehr verschieden. Ist der venditor in dolo, so wird man mehr erlangen, wie, wenn dies nicht der Fall ist⁸⁾: hiaweilen wird das Interesse bei bonae fidei negotiis darin bestehen, daß aller mögliche Gewinn, hiaweilen, daß nur der objective Schaden geleistet werde. Oft wird das Interesse die bloße mandatio actionum⁹⁾, oft bloß die Zurückstattung des etwa Gegebenen enthalten: zuweilen wird nur das Quantum, um das die eine Parthei reicher geworden ist, in Anschlag kommen¹⁾, und eben so oft wird gerade das, was versprochen ist, als der bona fides angemessen, geleistet werden müssen²⁾. Alle möglichen Abstufungen des Leistens gehören in das Gebiet des Interesses, und ohne daß

8) L. 18. de action. empti. Julianus libro 15. inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto.

9) L. 21. §. 3. de neg. gest. (3. 5). L. 1. §. 11. dep. (16, 3). L. 13. de pign. act. (13. 7).

1) Li 6. §. 3. de neg. gest (3. 5). 7

2) L. 11. §. 1. D. de act. empt. (19. 1) Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit. — Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere.

je ein ädilisches Edict existirt hätte, würde der judex bei Gelegenheit der blossen actio empti, in die redhibitio verdammen können.

ULPIANUS lib 32. ad Edictum.

L. 11. §. 2. de act. empti (19. 1).

Redhibitionem quoque contineri empti iudicio, et Laeo et Sabinus putant, et nos probamus⁵).

Weil aber bei bonae fidei negotiis die reine Billigkeit im Anschlag kömmt, so wird auch darauf Rücksicht genommen, ob die Partheien reich oder arm sind, und dies mag wohl der größte Beweis für den Satz seyn, daß es keinen Grundsatz des Interesses überhaupt geben könne.

AFRICANUS lib. 8. quaestionum.

L. 44. de act. empti (19 1).

Cum forte idem mediocrium facultatum sit, et non ultra duplum periculum subire cum oportet.

4) Ich kenne keine Stelle im Corpus juris, die, wie die folgende, so ganz im Stande wäre, das hier vom Interesse Ausgeführte vollkommen zu beweisen. Diese Stelle zeigt das Wechselnde der Computation nach den verschiedenen Verhältnissen so genau, daß ich sie ganz hierher setze; es ist l. 57. de contr. empt. (18. 1). Domum emi cum eam, et ego et venditor, combustam ignoraremus, Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse, quamvis arca maneat, pecuniamque solutam condici posse, ajunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut si quidem amplior pars domus exusta est, non compellatur emptor perficere emtionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitrata habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum ab hujus praestatione liberetur.

Wie aber am Ende der Abhandlung über die *actiones stricti juris* auf die Hinneigung aufmerksam gemacht werden mußte, die das strenge formelle System nach dem Billigkeitssysteme macht, so wird auch umgekehrt hier von der Begrenzung die Rede seyn können, die oft dem Systeme der *bona fides* vermittelt des *strictum jus* wird. Man könnte viele Beispiele von Fällen anführen, wo das Interesse im Voraus bei *bonae fidei negotiis* bestimmt wird; ja *Stipulationen* scheinen in dieser Absicht neben *bonae fidei actiones* gar nicht selten gewesen zu seyn: ich will mich aber hier darauf beschränken, auf das ädilitische Edict mit seinen Klagen auf einen ziemlich bestimmten Punkt des Interesses, so wie auf die *duplae stipulatio*, als feste Beschränkung der sonst weiteren *Evictionsleistung* hinzuweisen. Die *Redhibition* des ädilitischen Edicts, die Verpflichtung zur *Evictionsleistung*, lag zwar schon immer in der *actio emti*, unter den vielen Abstufungen des Interesses enthalten. Aber eine bestimmte Klage auf *Redhibition*, auf das *Quantum* der *Evictionsleistung* gab es nicht, und wollte man die Bestimmungen

§ 1. *Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantumque pars aedificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emptori quod interest restituere.* §. 2. *Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat, et, hic enim oportet et venditionem stare, et omne pretium, ab emptore venditori, si non depensum est, solvi; vel, si solutum sit, non repeti.* §. 3. *Quod si uterque sciebat, et emptor et venditor domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.*

deßhalb der Willkür des officium judicis entziehen, so mußte man das strictum jus durchaus zu Hülfe rufen. Es kann aber, wie natürlich, diese Einführung der duplae stipulatio nur eine elective Concurrenz der beiden Systeme begründen, so, daß es nach wie vor dem Käufer, der lieber das ungewisse Interesse erlangen will, frei stehen muß, sich durch die actio emti an das officium judicis zu wenden.

Die Ergebnisse des in diesem Paragraphen Ausgeführten sind nun folgende: Die bisherige Eintheilung der bonae fidei negotia in Contracte und Quasicontracte ist weder umfassend noch charakteristisch; eben so wenig die der Contracte in reales und consensuales; ja die für Realcontracte Ausgegebenen können nicht einmal in der That als solche gelten. Man muß vielmehr neue Eintheilungen aus dem Wesen der bonae fidei negotia selbst herholen: in so fern sind die bloß mit einem judicium contrarium versehenen obligationes von denen zu trennen, die zwei selbstständige Klagen hervorbringen; ferner sind die Theilungsklagen, als für minder große Subjectivität empfänglich, allen anderen bonae fidei negotiis entgegenzusetzen. Indem aber am Ende einige Bemerkungen über das Interesse hinzugefügt werden mußten, konnte da aus der Natur des Interesses selbst der Beweis geführt werden, daß dasselbe rein factisch sey, und kein juristisches Prinzip haben könne. Aller möglichen Abstufungen fähig, sind ihm endlich mit Hülfe des strictum jus manche Schranken gesetzt worden, wie dies an der Lehre vom abilitischen Edict und der Evictionsleistung gezeigt worden ist.

§. 6.

Es ist in den vier letzten Paragraphen von den obligationes stricti juris und bonae fidei einzeln gesprochen

worden: in diesem sollen sie, so kurz wie möglich, in ihrer Concurrenz dargestellt werden.

Daß manche Thatfachen im menschlichen Verkehre sich also gestalten, daß sie unter den verschiedenen Begriff mehrerer Lebensgeschäfte zu bringen sind, ist wohl an sich so klar, daß es keiner weiteren Auseinandersetzung bedarf. Gebe ich Jemanden eine Sache mit dem Auftrage, sie zu einem Andern zu bringen, im Falle dieser sie aber nicht annehmen sollte, sie zu bewahren, so ist in jedem Falle sowohl eine *actio depositi* als *mandati* begründet¹). Auf eine ähnliche Weise kann die *actio negotiorum gestorum* oft mit der *actio mandati*²), so wie fast immer die *actio pro socio* mit der *actio communi dividundo concurriren*³). Aber es ist uns hier nicht um die Concurrenz der verschiedenen *bonae fidei negotia* zu thun, sondern vielmehr, wie sich das Zusammentreffen der *obligationes* des strengen Rechts mit denen, die aus dem Billigkeitssystem herrühren äußert. So gut nämlich, wie verschiedene *bonae fidei obligationes* concurriren können, ist es auch denkbar, daß wegen desselben Gegenstandes eine *actio stricti juris* und *bonae fidei* zugleich entspringen. Wer etwas kauft, ist keinesweges verhindert, sich im Nichtablieferungsfall eine bestimmte Strafe durch *Stipulation* versprechen zu lassen; der Erbe, dem im Testamente befohlen worden ist, etwas zu verkaufen, kann sowohl mit der *actio ex emto*, als mit der *actio ex testamento* belangt werden⁴).

1) L. 1. §. 12. *depositi* (16. 3).

2) L. 3. §. 11. *neg. gest.* (3. 5).

3) L. 17. *pro socio.* (17. 2).

4) L. 5. *de action. emti* (19. 1). *Si heres testamento quid vendere damnatus sit, et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emtionis propria sunt, vel ex emto vel ex testamento cum eo agi poterit.*

So kann, wenn der Pfandgläubiger, der Depositär, der Commodatar, der Miether, die ihm anvertraute Sache beschädigt, sowohl mit den actiones ex contractu, als auch mit der actio legis Aquiliae geklagt werden⁵). Begeht der Commodatar einen Diebstahl an der ihm geliehenen Sache, so steht so wohl die actio furti als die actio commodati dem Eigenthümer zu⁶). Eben so verhält es sich mit den Conditionen, die aus einem Haben ohne Grund entspringen. Ereignet es sich zufällig, daß ein certum ohne Grund bei dem Eigenthümer ist, daß aber dies Haben ohne Grund durch ein bonae fidei negotium entstand, so sind aus beiden Systemen Klagen begründet, die actio bonae fidei auf das Interesse, und die conditio auf das Zurückfordern des certum. Besteht nun vielleicht zufällig das Interesse in dem vorliegenden Falle in der Zurückgabe des ohne Grund habenden certum, so geht die actio bonae fidei sowohl, wie die conditio, auf denselben Gegenstand, und die Aufstellung der einen Klage schließt die andere aus.

ULPIANUS lib. 32. ad Edictum.

L. 11. §: 6. D. de action. empti (19. 1).

Ego illud quaero si anulus datus sit arrhae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re, anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit? Et Julianus diceret, ex empto agi posset, certe etiam condici poterit, qui

5) L. 13. §. 1. Comm. (13. 6). L. 43. loc. (19. 2). L. 18. ad leg. Aquilianam. (4. 2).

6) L. 71. pr. de furtis (47. 2).

jam sine causa apud venditorem est
annulus?).

Es kann aber auch oft das Interesse mehr enthalten, als die Zurückgabe des bestimmten certum. In diesem Falle wird, wenn auch das certum durch eine *condictio* bereits eingefordert worden ist, das residuum des Interesses noch mit einer *actio bonae fidei* erlangt werden müssen: denn da die beiden Arten von Klagen aus zwei ganz verschiedenen Systemen entspringen, so beschränkt die eine die andere in keiner Hinsicht. Jede geht ihren eigenen Gang, und nur wenn zufällig durch Anstellung der einen Klage der Grund der anderen vollkommen gehoben ist, kann man sagen, daß die andere hinweg falle.

ULPIANUS libro 20. ad Edictum.

L. 41. pro socio (17 2).

Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum ejus interfuit.

Idem lib. 17. ad Sabinum.

L. 42. eodem.

Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo, hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata.

Idem lib. 30. ad Sabinum.

L. 47. eodem.

Sed si ex causa furtiva condixero cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit.

Es können also *Conditionen*, sie mögen aus dem Gesetz, aus dem formellen Geschäft, aus einem Haben ohne Grund, ent-

7) L. 22. 23. 24. l. 41. §. 1. l. 62. D. de contr. emptione 18. l. 1. 2. D. de cond. sine causa (12. 7).

springen, zufällig mit allen actiones bonae fidei concurrirren. Dies ist von der certi conditio ganz allgemein in einer Hauptstelle ausgedrückt, die um so mehr hier anzuführen ist, als sie häufig zu den größten Mißverständnissen Veranlassung gegeben hat.

ULPIANUS lib. 26. ad Edictum.

L. 9. de reb. cred. (12. 1).

Certi conditio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio, caeterum si in diem sit vel sub conditionem obligatio ante diem vel conditionem non potero agere. §. 1. Competit haec actio etiam ex legati causa, et ex lege Aquilia: sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicetur: sed si ex Senatusconsulto agetur competit haec actio.

Aus allem bis jetzt schon Ausgeführten folgt das richtige Verständniß dieser Stelle von selbst. Ulpian sagt im Eingange derselben: Sobald eine Klage ausdrücklich auf ein certum geht, so heißt dieselbe certi conditio, sey der Grund, welcher er wolle, wenn es nur ein solcher ist, aus dem überhaupt ein certum gefordert werden kann, (competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur), also auch aus einem Contract. Nun, fährt er fort, braucht ein solcher Grund nicht allein durch einen contractus certus, wie das mutuum, die stipulatio, die expensilatio, zu entstehen, sondern auch oft kann sich aus einem contractus incertus, d. h. bonae fidei, eine Ursache zum condiciren eines certum ergeben⁸). Sive ex

8) So entsteht in der oben angeführten Stelle, wo die arrha durch die c. d. o. n. s. zurückgefordert wird, die condic-

certo contracto petatur, sive ex incerto⁹⁾, licet enim nobis ex omni contractu certum condicere. Aber die *condictio certi* braucht nicht bloß bei Gelegenheit eines Contractes zu entspringen, sie findet aus irgend einer andern causa auch beim Legat, ja sogar bei Delicten statt, (competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia, sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicatur etc.). Durch diese Erklärung der vorliegenden Stelle ist nun ein grosser Theil der in dieser Abhandlung aufgestellten Sätze noch mehr gerechtfertigt. Es giebt nur eine *certi condictio*; diese kann aber bei Gelegenheit jeder obligatio statt finden, wo überhaupt nur ein certum gefordert wird. Aber auch eine obligatio incerta an sich, kann eine *condictio certi* zu Wege bringen, weil ja, wie eben auseinandergesetzt worden ist, das System des *strictum jus* und der *bona fides* sehr häufig mit einander concurriren. Wenn übrigens aus dem eben erklärten Fragmente, von der Glosse, Cujacius und allen übrigen Juristen eine eigene *condictio certi generalis* neben den andern *Conditionen* hergeleitet worden ist, so ist diese Meinung schon an einem früheren Orte (S. 48.) dieser Schrift sowohl, als auch,

tio bei Gelegenheit des Kaufcontractes, also ex contractu incerto.

- 9) Gewöhnlich meinen die Juristen, unter *contractus incertus* sey das zu verstehen, was die Römern *Innominatecontracte* zu nennen pflegen. Unterholzner in d. Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. 1. Band, Seite 252. so, daß Cujacius und de Reteres sich sehr elegant auszudrücken glauben, wenn sie immer statt *contractus innominati*, *contractus incerti* setzen. Keinem ist es aber noch eingefallen, zu beweisen, daß *contractus incertus* wirklich das sey, was sie unter *Innominatecontracte* verstehen.

wie ich glaube, durch den ganzen Gang unserer Darstellung hinlänglich widerlegt worden.

Aber nicht allein die certi conditio, sondern auch die conditio incerti, kann mit bonae fidei actiones sehr oft in Concurrnz kommen. So wie nämlich, bei Gelegenheit eines bonae fidei negotium, sich zufällig ein certum sine causa bei dem zu Belangenden finden kann, so wird auch oft zufällig, wenn mit einer Contractsklage auf das Interesse geklagt werden könnte, sich der Fall also stellen, daß zugleich ein incertum sine causa bei dem Beklagten ist. Alsdann wird aus einem von den beiden Systemen, nach beliebiger Wahl, auf das Interesse geklagt werden können, nach angelegter Klage aus dem einen System aber, die aus dem anderen wegfallen müssen. In folgender Stelle ist ein Beispiel der Art zu finden.

MARCIANUS lib. 3. Regularum.

L. 35. D. de servitut. praed. urb. (8. 2).

Si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur¹⁾

So dürfte sowohl die conditio certi, als incerti, aus welcher causa es auch seyn mag; mit den actiones bonae fidei concurriren. Aus der Verkennung der Concurrnz dieser Klagen jedoch ist die fabelhafte Lehre von dem jus poenitendi bei den so genannten Innominatcontracten entstanden, wie dies aber erst aus der dritten Abhandlung vollkommen klar werden kann.

1) L. 3. de action. empti (19. 1).

§. 7.

Wir sind nun auf den Punkt gekommen, wo wir von dem Zweck und den Ergebnissen dieser ganzen Abhandlung zu sprechen, und somit die Ueberschrift derselben zu rechtefertigen haben. Schon im Eingange dieser Schrift mußte als Grundlage alles Folgenden, der Satz aufgestellt werden, daß das Wesen der obligatio in seiner practischen Bedeutung mit der actio vollkommen identisch sey; da es aber auch obligationes im weiteren Sinne giebt, die bloß als exceptiones wirken, so durfte man mit Recht sagen, es zerfalle das ganze Obligationenrecht in die doppelte Lehre von den Actionen und Exceptionen. Von den letzteren konnte, zu Folge des Planes dieser Schrift, hier nicht gesprochen werden; sie bleiben vielmehr einer baldigen näheren Erörterung an einem anderen Orte vorbehalten. Aber die Actionen, als die bei weitem wichtigere Hälfte des Obligationenrechts, als das Characteristische desselben, mußte auch allein fähig seyn, eine durchgreifende Eintheilung zu geben. Als solche haben wir die in actiones stricti juris und bonae fidei kennen gelernt. Es sind diese beiden Arten von Klagen, in ihrer Allgemeinheit, in ihren einzelnen Grundverschiedenheiten, dargestellt worden. In wie fern sie nun die Hauptbasis des ganzen Systems des Obligationenrechts machen, das bleibt uns hier noch auszuführen übrig.

Da das ganze Wesen der obligatio darin besteht, daß ein Berechtigter einen ihm zu einer Handlung Verpflichteten zur Leistung dieser Handlung anhalten kann, so muß auch auf das, was man erlangt, mehr, als auf den Grund, warum man erlangt, Rücksicht genommen werden. Das, was man erlangt, wird aber durch die Art der Klage, warum man es erlangt, durch den Entstehungsgrund der Obligation angegeben. Ob ich eine *condictio ex mutuo*, oder

ex stipulatu anstelle, ist gleichgültig für das Resultat der obligatio, und deswegen sind diese obligationes unter einem Begriff zu bringen; verschiedene Ergebnisse bieten sich aber dar, wenn ich ex mutuo, oder ex commodato klage, und darum sind diese obligationes sorgsam von einander zu scheiden.

Die Eintheilung aber in Contracte, Delicte, Quasicontracte, und Quasidelicte, ist nicht allein als Haupteintheilung unerheblich, sie giebt nicht allein zu grossen Mißverständnissen die Veranlassung, sondern sie hat überdies einen sehr geringen Umfang. Wenn man auch mit Recht sagen könnte, es ließe sich dem Begriffe von variis causarum figuris, wie ihn Gajus nennt, jedelmögliche obligatio unterordnen, so ist das Allumfassende dieser Eintheilung wohl der sprechendste Beweis ihrer Armuth selbst. Auch wird von allen Conditionen ex re, nur die condictio indebiti, so wie von den Theilungsklagen nur die actio communi dividundo, in diesen großen Begriff aufgenommen²). Nebst diesen Gründen bietet sich aber noch ein Hauptgrund, die schon oft getadelte Eintheilung des Gajus gänzlich zu verwerfen, dar. Bei weitem der größte Theil der Obligationen nämlich, wird nach den Klagen und nicht nach den Entstehungsgründen genannt. Den unzähligen actionibus in factum, den actionibus arbitrariis ex jure civili, den Interdicten, liegt eben so gut eine obligatio, wie den Contractsklagen, zu Grunde. Dennoch hört man bei den Römischen Juristen niemals von einer obligatio de dolo, von einer obligatio ad exhibendum, von einer obligatio, quod metus causa, sprechen, sondern diese obligationes werden gleich energisch (wie alle anderen im Grunde auch) nach ihrer

²) L. 5. §. 5. [D. de O. et A. (44. 7). — §. 1. I. 3. 15. §. 3. §. 6. L (3. 28).

Wirkung, nach der actio, genannt. Classificirt man nun einen grossen Theil der obligationes nach den Entstehungsgründen, so entsteht der unerhörte Widerspruch, daß man dennoch den bei weitem größeren Theil des Obligationenrechts nach den Klagen benennen muß, oder man müßte denn, wie Heise, Alles durcheinander werfen, und in der anscheinend materiellen Ähnlichkeit Trost und Einheit zugleich suchen.

Schon der mißliche Umstand allein also, daß ein Theil des Obligationenrechts nach den Entstehungsgründen, ein anderer nach den Klagen, benannt werden müßte, dürfte, nebst allen anderen Ursachen, eine Gesamteinteilung nach den Klagen rechtfertigen. Da aber die Eintheilung in actiones stricti juris und bonae fidei die Haupteinteilung aller Klagen ist, die nicht Vindicatzen sind, da ferner der, das Verständniß des ganzen Römischen Obligationenrechts bedingende Unterschied zwischen certum und incertum, durch diese beiden Arten von Klagen angegeben wird, so steht die Ansicht, die hier durchzuführen gesucht worden ist, ein System des Römischen Obligationenrechts auf den Unterschied von bonae fidei und stricti juris actiones begründen zu wollen, als eine sich von selbst rechtfertigende da.

Das ganze Römische Obligationenrecht zerfällt also, meiner Grundansicht nach, in die Lehre von den Actionen und Exceptionen. Die Grundeinteilung der Actionen ist die, in das Conditionensystem und in die actiones juris gentium oder bonae fidei. Die verschiedenen Unterabtheilungen der beiden Systeme aber sind im Laufe dieser Darstellung angegeben worden. Ihrem Entstehungsgrunde nach sind die conditiones entweder conditiones ex lege, ex formula, oder ex re, ihrem Gegenstande nach entweder conditio si certum petetur, oder conditio triticiaria, und endlich, nach dem mit der Klage zu Erlangenden, conditio

oerti, oder incerti. Die actiones bonae fidei dagegen sind entweder vollkommen oder minder zweifelhafte, vollkommen oder minder subjective, gewesen. Wenn aber nun auch die Eintheilung in Contracte und Delicte, als Grundabtheilung des ganzen Obligationenrechts, verworfen worden ist, so kann man dennoch nicht läugnen, daß sie als Untereintheilung, auch bei unserer Anordnung, einen Platz finden muß. Manche practische Resultate sind nämlich auch aus der Zufälligkeit herzuleiten, ob der Entstehungsgrund einer obligatio ein Contract, ein Delict, oder keines von beiden sey, wie denn die durch diesen Unterschied begründete Lehre von dem Uebergange der Klagen auf die Erben schon an sich allein von Bedeutung ist.

Sind nun aber auch das System des strictum jus und der bona fides die beiden Grundsäulen des Obligationenrechts, so giebt es dennoch eine große Menge von andern Klagen, und ihnen entsprechenden obligationes, die, theilweise aus dem Civilrechte, meistens aber aus der prätorischen Jurisdiction entstehend, die beiden Systeme, wo sie unvollkommen sind, gleichsam ergänzen sollen. Alle diese Klagen können unter dem gemeinsamen Begriffe von subsidiarischen Klagen gefaßt, und als ein bedeutender Auszug, gleichsam den beiden Systemen hinzugefügt werden. Von ihnen wird in der folgenden Abhandlung, so kurz wie möglich, die Rede seyn. Besteht aber demnach die ganze Lehre von dem größeren Theile des Obligationenrechts der Klagen, aus dem Systeme der actiones stricti juris, dem Systeme der judicia bonae fidei, und den unter dem gemeinsamen Begriffe von actiones subsidiariae zu fassenden Hilfsklagen, so ist nun noch diesem reinen Obligationenrechte ein angewandtes gegenüberzustellen, das heißt, die ganz gewöhnlichen obligationes können, auf specielle Verhältnisse angewandt, eine veränderte Gestalt erhal-

ten, und solche Klagen daraus entstehen, welche die Neueren mit einem römischen, schon einmal in dieser Schrift gebräuchlichen Worte, *actiones adjectitiae qualitatis* nennen. Zu diesem angewandten Obligationenrechte, gehört die *actio de peculio*, *quod jussu*, *de in rem verso*, *tributoria*, *exercitoria*, und *insitioria*, so wie auch alle Noxalklagen überhaupt.

So gestaltet sich denn ein System des Römischen Obligationenrechts, ganz einfach und natürlich, aus den Wirkungen der *obligatio*, der Klage. Eine Schlußbemerkung darf aber hier, so sehr sie sich auch von selbst versteht, nicht vorenthalten bleiben. Indem wir die Lehre von den Entstehungsgründen der *obligationes*, die Lehre von den Contracten und Delicten, als eine solche verworfen haben, die ein gutes System des Römischen Obligationenrechts begründen könnte, muß auch für uns zu gleicher Zeit die ganze Lehre von den klagbaren *pactis*, seyen diese nun sogenannte *pacta praetoria* oder *legitima*, hinwegfallen. Hat nämlich ein Gesetz aus einem *pactum* seine Klage ertheilt, wie Justinian aus dem *pactum* der Schenkung, so ist ja eine *obligatio* begründet, nicht weil ein *pactum* vorhanden ist, sondern weil das Gesetz eine Klage daraus gestattet. Es könnte die Bedingniß dieser Klage eben so gut ein Delict, oder auch eine andere Thatsache seyn. So lange aber im Römischen Rechte der Satz allgemein feststeht, daß ein *pactum* als solches keine Gültigkeit hat, so lange bleibt es eine Absurdität, ein *pactum legitimum* deswegen für klagbar zu halten, weil es ein *pactum* ist. Wie oben also auch schon bemerkt werden konnte, stellen wir die aus *pactis legitimis* hervorgehenden Klagen, ohne Berücksichtigung des Entstehungsgrundes, im System zu den *conditiones ex lege*. Auf gleiche Weise muß aber mit den *pactis praetoriis* ver-

fahren werden. Da auch hier der Grund der Klagbarkeit die prätorische Bestätigung ist, so gehören sie im Systeme dahin, wo von den prätorischen Hilfsklagen überhaupt gehandelt wird.

Zweite Abhandlung.

Ueber die obligationes, welche nicht stricti juris
und bonae fidei sind.

§. 8.

So sehr diejenigen obligationes, welche zum Systeme des strictum jus und der bona fides gehören, die bei weitem wichtigsten sind, so wenig wird doch das ganze Obligationenrecht damit ausgefüllt. Vielmehr giebt es ausser diesen eine Menge von Verhältnissen zwischen Personen, wo das Bedürfnis einer Klage fühlbar wurde, wo man diese ertheilte, und dadurch eine obligatio begründet war. Es haben diese Klagen zum Theil ihre Quelle im Civilrechte; die meisten aber sind aus der prätorischen Jurisdiction geflossen. Höchst verschieden unter sich selbst, sind sie nur im Gegensatze zu den beiden, in der vorigen Abhandlung auseinander gesetzten Systemen eins, und wenn sich auch einzelne in der Folge unter einen Begriff werden bringen lassen, so hat man die Gesamtheit am besten bezeichnet, wenn man sie diejenigen obligationes nennt, die weder bonae fidei, noch stricti juris sind. Sind aber die beiden Systeme des strictum jus und der bona fides die beiden Grundpfeiler des Obligationenrechts, denen gegenüber die anderen Klagen in ihrer Einzelheit nur als ausfüllende da stehen, so ist für dieselben ein doppelter Standpunkt denkbar. Es kann das Bedürfnis dieser Klagen nämlich fühlbar geworden seyn

durch die positive Existenz der beiden Systeme, so daß man vielleicht sonst an eine neue Klage nicht gedacht hätte, oder es kann auch, unabhängig von denselben, die Klage aus reinen materiellen Forderungen hervorgegangen, und gerade umgekehrt also deswegen gegeben worden seyn, weil eine Klage aus den beiden Systemen für das sichtbar gewordene Bedürfnis nicht vorhanden war. Damit ich mich deutlicher ausdrücke: Klagen außerhalb dem Kreise der stricti juris und bonae fidei actiones können nur gedacht werden, als Erweiterungen dieses Kreises, oder als überhaupt mit demselben in gar keiner Berührung. Dies führt uns aber zuvörderst zu dem Begriff und dem Unterschiede von actiones utiles und in factum, von denen nun hier im Kurzen die Rede seyn soll.

I. Es giebt vielleicht Nichts im Römischen Rechte, was schwerer zu enträthseln sey, als der Unterschied zwischen actiones utiles und in factum. Sehr häufig werden diese Ausdrücke von den Römischen Juristen vermischt in derselben Bedeutung gebraucht, in sehr vielen anderen Fällen streng von einander geschieden; keine einzige Stelle aber giebt es, wo das, was unter beiden gemeint sey, deutlich und genau erklärt werde¹⁾. Daß Beides nicht eins seyn könne, darauf deutet die Verschiedenheit des Ausdrucks; daß Beides aber oft die zufälligen Attribute einer und derselben Klage sind, das beweist wohl hinlänglich der Umstand, daß dieselbe Klage gar häufig actio utilis und in factum zugleich genannt wird. Wie oft muß uns aber auch hier Wort-

1) Wer kennt nicht die schöne Definition Ulpian's: in factum actio dicitur, qualis est (exempli gratia) actio quae datur patrono adversus libertum, a quo contra Edictum Praetoris in jus vocatus est.

In diesem Gegensatz von *actio inanis* hat das *actio utilis* noch seine ursprüngliche Wortbedeutung rein erhalten; es will so viel sagen als, die Klage ist mit Nutzen an gestellt, und wird nicht unwirksam seyn. Nun ist aber die weitere technische Bedeutung nur eine Folge der Wortbedeu tung selbst, ja wir können den technischen Sinn erst dann verstehen, wenn wir vom Wortsinn aus zu ihm gelangen. Jede Klage hat, so wie jeder Rechtsatz überhaupt, ihren bestimmten und festen Begriff, ihren Kreis, aus dem sie sich nicht hinaus bewegen darf; innerhalb dieses Kreises wird sie wirksam an gestellt, das heißt, sie ist eine *actio utilis*: ausserhalb ihres Kreises aber, d. h., wenn die Be dingnisse der Klage fehlen, ist ihre Anstellung unnütz; sie bleibt eine *actio inanis*. Zuweilen kann es aber kommen, daß das Bedürfniß einer Klage, die nur unter gewissen Be dingnissen gegeben ist, auch wenn ein Theil dieser Beding nisse fehlt, fühlbar wird. Hier hat die Existenz eines posi tiven Rechtsatzes das bewirkt, daß man wünscht, es möge derselbe auch ausserhalb seines Kreises erweitert werden. Wird ein solcher vergrößerter Gesichtspunkt indessen dennoch nicht an erkannt, so wird die Klage, wenn die Bedingungen ih rer Anstellung fehlen, immer eine *actio inanis* bleiben. Doch kann auch oft das Umgekehrte eintreten; es kann er laubt werden, daß eine Klage an gestellt werde, wenn auch ihre Bedingungen nicht ganz vorhanden sind. Hier wird die Klage offenbar auch in der gewöhnlichen Wortbedeutung aus einer *actio inanis*, die sie sonst gewesen wäre, eine *actio utilis*, und nun sind wir auf dem eigentlichen Punkte an gelangt, wo sich der technische Sinn von dem Wortsinne

Vellej. (16. 1). L. 8. de cond. ob turp. caus. (12. 5).
 L. 39. de don. i. vir. et ux. (24. 1). L. 6. L. 38. de dolo
 (4. 3).

trennt. In der Wortbedeutung nämlich ist die actio, wo alle Bedingungen der Anstellung vorhanden sind (die actio directa), eben so gut eine utilis, wie die unvollkommene nachgebildete Klage, (die actio utilis im technischen Sinn); aber so wie alles am Ende nach seiner besonderen Eigenthümlichkeit bezeichnet wird, so auch hier. Daß die eigentliche Klage, der keine einzige Bedingung fehlt, eine actio utilis sey, ist nichts Charakteristisches, es ist ihre Wirksamkeit schon hinlänglich damit angedeutet, wenn man sagt: daß sie die eigentliche Klage, die actio directa sey. Dahingegen ist es für die nachgebildete Klage, die eigentlich eine actio inanis seyn sollte, charakteristisch, daß sie dennoch gilt, obgleich ihr alle Bedingungen zum Gelten fehlen; sie muß also actio utilis *Κατεξοχην* genannt werden, weil ihre Wirksamkeit das eigentlich Bezeichnende ist, da die actio directa vielmehr schon hinlänglich characterisirt ist, daß man sagt: es sind alle Bedingungen ihres Anstellens vorhanden: So genommen unterscheidet sich die technische Bedeutung von der Wortbedeutung im Allgemeinen nur dadurch, daß der Wortsinn *Κατεξοχην* ausgesprochen, den technischen Sinn ausmacht, und wenn Mühlbruch meint, es ließe sich der technische Begriff aus dem Wortbegriffe keineswegs erklären, so glauben wir gezeigt zu haben, daß beide Begriffe nicht gar weit von einander abstehen. Aber es lassen sich auch, abgesehen von der inneren Wahrscheinlichkeit und Ungezwungenheit dieser Herleitung, äußere Beweise dafür anführen. Bezöge sich der Name actio utilis auf die veränderte Klagformel, oder auf den dies utilis, so würde der Gegensatz schwerlich actio directa heißen können, der vielmehr anzeigt, daß die Worte sich gar nicht gegenüber stehen sollen, sondern daß jede Gattung nach dem sie besonders Charakterisirenden bezeichnet wird. Aber noch ein stärkerer Beweis ist wohl folgender: das Bedürf-

niß einer nachzubildenden Klage kann da eintreten, wo noch einige formelle Bedingnisse der actio directa vorhanden sind, oder auch da, wo alles formelle Criterium der eigentlichen Klage geschwunden ist, wo aber eine dem positiven Rechtsatz ähnliche materielle Lage der Dinge eine Klage fordert. Für diese beiden möglichen Arten einer actio utilis ist nun die verschiedene Benennung äusserst entscheidend für unsere Herleitung. Die actio utilis, wo noch formelle Bedingnisse der actio directa vorhanden sind, wird meistens actio utilis mit dem Zusatze der Klage, der sie nachgebildet ist, genannt, um gleichsam anzudeuten, sie sey noch nicht von allen Forderungen der actio directa entblößt, und darin, daß sie utilis sey, bestehe nicht ihr alleiniger Charakteristisches. So verhält es sich, z. B., mit der actio utilis legis Aquiliae 7). Ist aber durchaus kein formelles Bedingniß der eigentlichen Klage in der actio utilis mehr vorhanden, ist sie aus rein materiellen Forderungen hervorgegangen, so besteht ihr Charakter bloß in der ausnahmsweisen Wirksamkeit; sie kann in keinem Punkt auf die actio directa hingewiesen werden, weil sie im Grunde keine eigentliche actio directa hat, und deswegen heißt eine solche Klage actio utilis schlechtweg, wie zum Beispiel die Klage so genannt wird, die man in dem Fall ertheilt, wo eine conditio auf einen bestimmten Ort geht, und deswegen an einem andern ganz wegfällt. Ein solches rein materielles Bedürfniß ist in folgender Stelle ausgedrückt:

PAULUS libro 2. sententiarum.

L. 24. de tutelae et ration. (27. 3).

7) So auch utilis aquae, pluviae, arcendae actio in l. 22. §. 1. h. t. (29. 3). So utilis familiae erciscundae iudicium l. 2. §. 1. h. t. (15. 2). So utilis pigneratitia l. 13. de cond. ind. (12. 6).

Posthumus tutor datus, non nato posthumus, neque tutelae, quia nullus pupillus est, neque pro tutore, quia nulla significatio est, neque negotiorum gestorum iudicio tenetur, quia administrasse negotia eius qui natus non esset non videtur, et ideo utilis in cum actio dabitur.

So sind wir also, von der Wortbedeutung ausgehend, auf die technische Bedeutung der actio utilis gekommen, und jetzt läßt sich erst eigentlich bestimmen, was unter actio utilis überhaupt zu verstehen sey. Oft fordert nämlich das Bedürfnis, daß eine Klage auch dann ertheilt werde, wenn die Bedingungen einer bestehenden nicht ganz vorhanden sind, oder wenn auch alle Bedingungen fehlen, und nur die materielle Lage ähnlich ist. Eine solche Klage heißt mit Rücksicht ihrer eigentlichen formellen Unwirksamkeit actio utilis *Καταχρηστική*.

Hiermit ist nun die Gränze der actio utilis fest bestimmt. Sie erfordert immer eine bestehende Klage, die sie nach ihrer Analogie hervorgernsen habe, seyen nun wirklich einige formellen Bedingungen der actio directa vorhanden, oder sey das Bedürfnis rein materiel gewesen; daraus aber, daß die actiones utiles nur so heißen, um anzudeuten, daß sie einem positiven Rechtsatz ihr Daseyn zu verdanken haben, daß also eine jede so heißt, die eine andere zum Muster hatte, mag diese in rem⁸⁾ oder in personam seyn, folgt von selbst, wie seltsam diejenigen handeln, die sie für eine eigne Art von Klagen halten, da sie an sich gar verschieden seyn können, und nur darin, daß sie Musterklagen vor sich haben, eins sind⁹⁾. Doch dies kann erst vollkommen klar durch die folgende Darstellung werden.

8) So ist die actio publiciana eine wahre actio utilis.

9) Deswegen heißt es auch von den actiones utiles, ad exem-

Wir haben nämlich nun von dem Begriffe der *actio utilis* zu dem der *actio in factum* überzugehen, und sodann den Unterschied zwischen beiden Begriffen festzusetzen. Wo die Anzahl gegebener Klagen klein und geschlossen ist, da kann es gar häufig kommen, daß man ein Bedürfnis nach einem Rechtsmittel verspürt, sich aber unter den vorhandenen vergebens darnach umsieht, entweder, weil der vorliegende Fall nicht genau zu dem mit einer Klage versehenen, oder ganz und gar nicht dazu paßt. Läßt nun dennoch das Billigkeitsgefühl eine Klage in diesem Falle gestatten, so ist diese nicht sowohl aus einem allgemeinen Begriffe gestossen, sondern vielmehr Ergebnis des Moments, der vorliegenden Thatsache, und nach dieser ist sie demnach zu benennen. Der Name *actio in factum* drückt daher sehr charakteristisch aus, daß es die Klage für einen Fall sey, der sich unter keinen allgemeinen Begriff habe bringen lassen, und daß es gerade der besondere Fall sey, der die Klage hervorgerufen habe.

PAPINIANUS libro 8. Quaestionum.

L. 1. de praescr. verbis (19. 5).

Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis, et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur.

Ereignen sich nachher auch Fälle gleicher Art und wird die anfangs speciell ertheilte Klage dadurch auch wiederum zu einer allgemeinen, so bleibt sie dennoch immer eine *actio in factum*, weil sich dieser Name lediglich auf die Art und Weise bezieht, wie dieselbe entstanden ist. Ist aber eine *actio in factum* schlechterdings jede Klage, die da gegeben

plum, exemplo ad similitudinem veluti, quasi (sc. directae actionis).

wird, wo keine andere aus allgemeinen Begriffen ausreichen würde, so ist der Umfang der actiones in factum überhaupt von selbst damit angegeben. Es sind sowohl diejenigen Klagen, die ertheilt werden, weil gar kein Gesetz ein Rechtsmittel gestattete, als auch, weil der vorliegende Fall in den Kreis des Gestatteten nicht ganz hineingehört; denn beide Fälle sind ja unter dem Begriff eines nicht vorhandenen Rechtsmittels enthalten. Aber nebst dem Umfange der actiones in factum ist nun auch zugleich ihr Verhältniß zu den actiones utiles angegeben. War eine actio utilis, ohne Rücksicht auf die Art der Klage, jedes Rechtsmittel, das ad analogiam eines anderen gebildet worden ist, so fällt sie nothwendigerweise in den Kreis der actiones in factum, der ja alle Fälle umfaßt, wo keine eigentliche Klage da ist. Jede actio utilis ist demnach eine actio in factum¹⁾; aber nicht so umgekehrt. Da gar viele actiones in factum nicht dem Bestehen, sondern vielmehr dem Mangel an einem positiven Rechtsatz ihr Daseyn zu verdanken haben, so werden die meisten actiones in factum deswegen nicht zugleich actiones utiles seyn.

Das bis jetzt hinsichtlich des Unterschiedes zwischen actiones utiles und in factum Ausgeführte, beruht nun auf folgenden Hauptsätzen. Actio utilis ist ohne weitere Rücksicht jede Klage, die durch eine bestehende erzeugt wurde, es ist daher diese Bezeichnung für das System von gar keinem Werthe, da das Wesen der Klage selbst durch diese Benennung nicht weiter angegeben ist; actio in factum aber ist jede Klage, die aus Billigkeit da gegeben wird, wo keine andere ist, oder ausreicht, und diese Klagen müssen

1) So ist die actio rerum amotarum zugleich eine actio in factum und utilis der condictio furtiva.

allerdings einer besonderen Prüfung unterworfen werden. Daß nun zufällig actiones in factum, ihrem Begriff zufolge, auch zugleich oft actiones utiles seyn müssen, ist eben so wenig erheblich, als daß actiones stricti juris auch sehr oft actiones poenales seyn können. Darum wird es aber Keinem einfallen zu behaupten, eine actio poenalis und stricti juris sey dasselbe, oder sich viel Mühe zu geben, den Unterschied zwischen beiden ausfindig zu machen.

Was hier vom Unterschiede zwischen actiones in factum und utiles gesagt worden ist, bleibt nun zu beweisen übrig. Sollten sich auch nicht viele allgemeine Aeußerungen dafür anführen lassen, so werden einzelne Fälle vielleicht desto hinreichender seyn, das Dargestellte zu erläutern. Schon oben ist eine Stelle mitgetheilt worden, die im Wesentlichen enthielt, daß actiones in factum dann statt fänden, wenn judicia prodita, und vulgares actiones nicht vorhanden seyen (c e s s a n t i b u s). Nun heißt es aber von den actiones utiles:

ULPIANUS libro 2 Disputationum.

L. 21. de praescr. verb. (19. 5).

Quotiens deficit actio vel exceptio utilis actio vel exceptio est.

Aus den beiden Worten cessare und deficere allein läßt sich nun schon die hier gegebene Ansicht rechtfertigen. Deficere (so viel als ungefähr das deutsche ausgehen), setzt immer eine positive Klage voraus, deren Bedingnisse für den vorliegenden Fall nicht vorhanden sind, cessare aber umfaßt beides, ein Deficere sowohl, als ein Niemals vorhanden gewesen seyn, und darum wird das eine characteristisch von den actiones utiles, das andere von den actiones in factum ausgesagt. Wenn aber ferner die actio directa nur der actio utilis entgegen gesetzt werden kann, so folgt es aus unserer Ansicht, daß der Ausdruck actio vul-

• **Ueb. obligationes die nicht bon. fid. u. str. jur. sind. 147**

gari, der oben der actio in factum gegenüber gestellt wurde, auch mit der actio utilis zugleich im Gegenätze stehe, und daß sowohl von der actio in factum, als von der actio utilis ausgesagt werden könne: sie sey ad exemplum einer anderen errichtet, was denn auch häufig gefunden wird²⁾).

Als ein Hauptbeispiel einer actio in factum, die zufällig zu gleicher Zeit eine actio utilis ist, läßt sich aber wohl vorzüglich die actio praescriptis anführen, die auch in einer Stelle des Eodex actio utilis genannt wird.

Imp. ALEXANDER A. Pomponio.

L. 6. in f. G. de trans. (2. 4).

Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit, aut si omissa verborum obligatio est utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

Wenn daher Mühlenbruch³⁾ bei seiner Ansicht, die actiones utiles seyen eine eigne Art von Klagen, und im Principe vollkommen von den actiones in factum zu unterscheiden, in dieser Stelle große Schwierigkeiten finden muß, und sich nicht anders zu helfen weiß, als daß er meint, „die Form ihres Anbringens werde (oft) so bezeichnet, wie die der eigentlichen actiones praescriptis verbis,“ so sieht man das Gezwungene dieser Erklärung von selbst ein. Unserer Ansicht zu Folge müssen die actiones praescriptis verbis, als nachgebildete Klagen, actio-

2) So heißt es in fr. 46. de her. inst. (28. 5.) sed nec filio vulgarem competituram: verum utilem; und in l. 53. ad leg. Aqu. (9. 2.) datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio. So wird l. 6. D. 18. 5. von einer actio proxima emti in factum gesprochen.

3) Lehre von der Cession. S. 123.

nes in factum und utiles zugleich seyn, und so bedarf denn die obige Stelle keiner weiteren hypothetischen Erläuterung. Ganz entscheidend für die hier niedergelegte Meinung aber, daß die actiones in factum sowohl die nachgebildeten Klagen, als die unabhängig von den bestehenden gebildeten enthalten, ist die folgende Stelle.

POMPONIUS libro 39. ad Quintum Mutium.

L 11. de praescr. verbis (19. 5).

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest, quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum, accommodatas legi Aquiliae: idque utilitas hujus legis exigit.

Dies Fragment hat einen ganz einfachen Sinn: mit wenigen Worten sagt es das oben weitläufiger Ausgeführte, nämlich actiones in factum werden nicht bloß gegeben, wenn gar keine Klage da ist, sondern auch, wenn eine Klage, die für einen ähnlichen Fall passen würde, nicht ausreicht, das heißt aber mit andern Worten, eine actio in factum kann auch oft eine actio utilis seyn⁴).

An dieses Gesetz selbst schließt sich nun eine bekannte Streitfrage an, von welcher, so wenig sie nach dem bisher

4, Die Erklärung, die hier der sonst so scharfsinnige Mühlenbruch a. a. D. versucht, möchte ich wiederum ein wenig geschräut nennen. Wenn er aber eben daselbst sagt: „es werde dadurch erklärt, daß dieser Klage, außer der Beziehung auf den Grund des Gesetzes, wodurch sie eigentlich zur utilis wird, auch noch ein in dem Römischen Recht anerkanntes Princip der Billigkeit zum Grunde liegt,“ so scheint er sich hierin unbewußt unserer Ansicht zu nähern.

Ausgeführten ferner erwähnt zu werden brauchte, dennoch in wenigen Worten die Rede seyn soll, da sie unsere Ansicht noch mehr bestätigen hilft. Es wird diese Frage gewöhnlich so gestellt: ob die actio in factum ex lege Aquilia von der actio utilis legis Aquiliae verschieden sey? Aus dem so eben aufgestellten Grundsatz folgt ohne weiters die Antwort von selbst: Jede actio utilis ist immer eine actio in factum, und dem zu Folge wird es die actio utilis legis Aquiliae ebenfalls seyn. Daher bedienen sich die Römischen Juristen beider Benennungen für denselben Begriff.

§. 16. I. de lege Aquilia (4. 3).

Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti, si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumpere-
retur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur; aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis actio in eum datur.

Wegen derselben Fälle wird an anderen Orten eine actio in factum gegeben.

NERATIUS libro 1. Membranarum.

L. 53. ad leg. Aq. (9. 2).

Boves alienos in angustum locum coegisti, eoque effectum est, ut dejicerentur. Datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.

ULPIANUS libro 18. ad Edictum.

Si quis hominem fame necaverit in factum actione teneri Neratius ait⁵).

5) L. 4. de servo corr. (11. 3). L. 29. §. 7. ad leg. Aq. (9. 2).

Haſſe⁶⁾ iſt daher von Mühlenbruch⁷⁾ ſehr mit Unrecht getadelt worden, weil er keinen Unterſchied zwiſchen actio in factum und utilis legis Aquiliae annimmt, und wenn der letztere die nicht verkennbare gleiche Bedeutung, welche die Römischen Juristen, bald mit der actio utilis legis Aquiliae und bald mit der actio in factum, verbinden, dadurch zu erklären ſucht, die actio utilis ſey, ohne eine actio in factum zu ſeyn, oft ſo gethan worden⁸⁾, ſo haben wir von dem Gezwungenen dieſer Anſicht ſchon oben geſprochen. Das einzige Erhebliche, was alle Anhänger der Meinung von der Verſchiedenheit der actiones in factum und utiles, und mit ihnen auch wiederum Mühlenbruch⁹⁾ für dieſelbe vorbringen, iſt das Ende des Inſtitutionentitels de lege Aquilia, wo es heißt:

sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit; sed alio modo alicui damnum contigerit; quum non sufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

Es iſt nicht zu läugnen, daß hier von einer actio in factum geſprochen wird, die verſchieden von der actio utilis legis Aquiliae iſt. Dieſe Stelle dient aber nur dazu, die von uns mitgetheilte Anſicht förmlich zu beſtätigen. Jede actio utilis iſt eine actio in factum, und alſo auch die actio utilis legis Aquiliae; deßwegen werden auch für die-

6) Culpa d. R. R. Seite 32.

7) Cession Seite 124.

8) U. a. D. C. 123.

9) U. a. D. C. 124.

felbe Klage beide Benennungen gesetzt. Nicht jede actio in factum aber ist zugleich eine actio utilis, und von einer solchen spricht die eben angeführte Institutionenstelle. Es können ja Fälle von Beschädigungen vorkommen, wo nicht die geringste Ähnlichkeit mit der lex Aquilia mehr vorhanden ist, wie der vornehmlich, wenn gar keine körperliche Verletzung statt fand. Hier wird aus allgemeinen Billigkeitsgrundsätzen, und weil keine Klage vorhanden war, eine actio in factum gegeben werden müssen, die aber, weil sie gar keiner Hinweisung auf ein bestehendes Gesetz ihr Daseyn zu verdanken hat, nicht zugleich actio utilis ist. Wer würde nun den logischen Fehlschluß nicht alsobald einsehen, wenn man dieser Institutionenstelle wegen behaupten wollte, die actio utilis legis Aquiliae wäre nicht auch zugleich eine actio in factum¹⁾.

Aber actio in factum und utilis wird dieselbe Klage nicht bloß abwechselnd genannt, je nachdem von ihrer verschiedenen Eigenschaften die Rede seyn soll; oft werden auch beide Benennungen zugleich gefunden; es wird nämlich bisweilen gesagt, wo keine directa actio zusteht, da solle eine utilis actio gegeben werden, und diese utilis actio wird, ihrem Wesen nach, eine actio in factum genannt. Dies ist aber wohl der sprechendste Beweis für unsere Ansicht. So heißt es in l. 26. §. 3. in f. de pactis dot. (23. 4).

„licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.“

1) Eine ähnliche Vermischung der Ausdrücke actio in factum und utilis ist bei der actio ad exhibendum sichtbar. So heißt es l. 9. §. 4. in f. h. t. vis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.

Wird dagegen in l. 7. §. 1. de religiosis (11. 7). gesagt:
 „Adversum eum, qui in alterius arcam lapideam,
 „in qua adhuc mortuus non erat conditus, mortu-
 „um intulerit utilem actionem in factum
 „Proconsul dat, quia non proprie vel in sepul-
 „chrum, vel in locum alterius, intulisse dici
 „potest,“

So ist hier von einer weiteren Ausdehnung der actio in factum die Rede, von einer actio in factum utilis der actio in factum, und diese Stelle hätte wohl für das, was Mühlenbruch (a. a. O. S. 124) meint, einen besseren Beweis abgegeben, als l. 26. §. 3 de pact. dot.

II. So viel von dem Unterschiede der actiones in factum und utiles. Es geht aus der Untersuchung darüber das Resultat hervor, daß die Benennung actio utilis für die systematische Darstellung von gar keinem Werth ist, und daß es nur darauf ankomme, ob eine Klage actio in factum sey. Damit aber, daß der Begriff von actiones in factum an sich gegeben wurde, ist überhaupt noch nichts geschehen; man muß ja noch überdies wissen, wie weit die Sphäre der actiones vulgares reiche, um das aufferhalb derselben Liegende zu erkennen. So weit nun die judicia prodita das Obligationenrecht betreffen, enthalten die beiden oben dargestellten Systeme des strictum jus und der bona fides die meisten actiones vulgares. Es wäre aber unhistorisch, wenn man alle Klagen, die aus Obligationen entspringen, welche nicht innerhalb des Kreises dieser beiden Systeme liegen, actiones in factum nennen wollte. Sind auch alle prätorischen Klagen schlechtweg so zu bezeichnen, so ist dasselbe doch nicht von allen anderen Civilklagen zu sagen. Sehr viele von diesen bilden eigne, mit Namen versehene judicia, worauf es doch hier allein ankommt, da der Name actio in factum ja nur sagen will, es sey die Klage

unter keinen allgemeinen Begriff zu bringen, das heißt, sie habe keinen Namen. Diejenigen judicia des Civilrechts, welche ausserhalb der beiden Systeme niemals actiones in factum genannt werden; sind nun vorzüglich folgende drei:

- 1) Die actio ad exhibendum, eine Vorbereitungs-klage der rei vindicatio, mit der sie in allen Momenten consequent übereinstimmt, weshalb sie oft fälschlich, als wären viele verschiedene einzelne Klagen unter diesem Collectivnamen enthalten, dargestellt wird²⁾.
- 2) Das arbitrium aquae pluviae arcendae. Wenn Jemand, der nicht dazu berechtigt ist, ein Werk anlegt, wodurch der gewöhnliche Fall des Regenwassers zum Schaden eines benachbarten Feldes verändert wird, so steht dem Eigenthümer des Feldes gegen den Eigenthümer des Werkes diese Klage zu. Das officium judicis besteht bei diesem arbitrium darin, daß in die Zerstörung des Werkes, und in den Ersatz des nach der Litiscontestation wirklich³⁾ geschehenen objectiven Schadens verurtheilt wird⁴⁾.
- 3) Das arbitrium finium regundorum. Die dritte von den Theilungsklagen, wegen Gränzstreitigkeiten. Daß sie nicht, wie die beiden anderen, zu den actiones bonae fidei gehört, ist ganz natürlich. Das was bei dem iudicium communi dividundo, und familiae eriscundae den Charakter der bona fides ausmacht, nämlich das heiliggehaltene Communions-, oder Societätsverhältniß, fehlt eben bei dieser dritten Theilungsklage; ja es ist Bedingniß ihrer Anstellung, daß gar keine Communio statt finden darf.

2) Thibauts Pandekten-system §. 578.

3) L. 6. §. 8. h. t.

4) L. 6. §. 6. l. 14. §. 2. h. t.

PAULUS libro 23. ad Edictum.

L. 4. §. 6. h. t.

Qui comunem fundum habent, inter se non condemnantur; neque enim inter ipsos accipi videtur iudicium.

§. 7. Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an finium regundorum iudicium accipere possumus? Et scribit Pomponius non posse nos accipere, quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus: sed unius loco habemur.

Dies ist der Grund, warum die actio finium regundorum gar keine actio bonae fidei seyn kann, und wenn sie auch in vielen Dingen mit den beiden andern Theilungsklagen übereinstimmt, so ist ihre Abweichung von denselben schon hinlänglich in der Inscription des Codextitels angedeutet (communia utriusque iudicii, tam familiae erciscundae, quam communi dividundo 3. 38). Wie alle andern iudicia aber, ausser den bonae fidei actiones, wo ein officium iudicis statt findet, ist sie eine actio arbitraria, und insbesondere gehört sie zu der Classe derselben, wo die eigentliche condemnatio erst im Fall einer contumacia erfolgt.

L. 4. §. 4. h. t.

Sed si quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel aedificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur.

Die übrigen Klagen des Civilrechts nun, ausser den drei jetzt angeführten, die nicht bonae fidei und stricti juris sind, heißen alle sammt und sonders actiones in factum. Zur Unterscheidung von den actiones in factum praetoriae aber,

führen sie meistens den Zusatz⁵⁾ civilis, oder auch praescriptis verbis. Deswegen sind aber nicht alle actiones praescriptis verbis, actiones in factum. Mag dies auch ursprünglich so gewesen seyn, wie sich noch Spuren davon in l. 1. §. 1. de rerum permutatione (19, 4.) zeigen, so werden diejenigen doch, welche späterhin in den Kreis der bonae fidei negotia aufgenommen wurden, wie z. B. die actio praescriptis verbis ex permutatione, und die ex aestimato nicht mehr so genannt, und das mit großem Rechte, weil nun, indem sie eine bestimmte und weite Begriffssphäre erhielten, ihr Charakter als actio in factum verschwunden war. Während die, die nicht bonae fidei sind, immer actiones in factum, id est praescriptis heißen, findet man die, welche aus bonae fidei negotiis entspringen, nur nach dem Namen des Geschäftes selbst benannt. So heißt es in l. 1. pr. de aestimatoria, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem und in §. 28. I. de action. praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ex qua ex permutatione competit. Wir kommen noch unten hierauf wieder zurück.

Sämtliche actiones in factum civiles nun sind auch helfende Klagen, wo der Begriff eines bonae fidei iudicium sich nicht ganz vorfindet, und in so fern, wie dies auch oben gezeigt worden ist, alle zugleich actiones utiles⁶⁾.

5) L. 1. §. 2. h. t. (19. 51). Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit sed non exhibita fide, in factum civilis subijcitur actio, und l. 2. nam cum deficient vulgaria, atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum.

6) Hiermit ist die Meinung Mühtenbruchs, a. a. O. S. 128., als seyen alle actiones utiles prätorische Klagen, von selbst widerlegt,

Dies Ausfüllen einer Lücke, wo der Begriff einer bonae fidei actio nicht ausreicht, erstreckt sich aber über alle zu diesem Systeme gehörigen Klagen. Die actio utilis arbitraria de eo, quod certo loco, ob gleich ebenfalls eine actio in factum civilis, heißt nicht praescriptis verbis, weil sie nicht den bonae fidei actiones, sondern den stricti juris nachhilft. So wird von einer actio praescriptis verbis, die die actio commodati ersetzt, in l. 13. §. 2. commod. (13 6), von einer anderen, die statt der actio depositi statt findet, in l. 1. §. 9. dep. (16. 3), von solchen endlich, die für die actio emti, locati, mandati seyn sollen, in der l. 3. de praescr. verbis (19. 5.) gesprochen; eine actio praescriptis verbis, für die actio pro socio und communi dividundo findet sich in l. 23. communi dividundo (10. 3). Daß diese Klagen actiones utiles genannt werden, geht nicht allein aus der schon angeführten l. 6. C. de transactionibus (2. 4.) hervor, sondern auch aus l. 4. de rescind. vend. (18. 5.), wo es von der actio praescriptis verbis heißt, sie sey proxima emti in factum.

Die actiones in factum civiles oder praescriptis verbis sind, was ihre Wirkungen betrifft, sammt und sonders arbitrariae, und als solche werden sie unten bei der kurzen Darstellung dieser Klagen vorkommen.

III. Es ist oben bemerkt worden, daß alle prätorischen Hilfsklagen, wenn sie auch einen eignen Namen führten, nichts desto weniger actiones in factum seyen, im Gegensatz der Civillagen, die nicht mehr so genannt würden, sobald sie ein eignes mit einem Namen versehenes iudicium bildeten. Dieser Satz verdient eine Rechtfertigung. Sie ist aber schon von selbst ganz in dem Wesen der prätorischen Jurisdiction enthalten. Denn das ganze jus prae-

torium ist ein Lücken ausfüllendes Hülferecht?), und man würde sich vielleicht gar nicht unpragmatisch ausdrücken, wenn man sagte, das ganze prätorische Recht sey ein jus in factum. Jede prätorische Klage ist durch das augenblickliche Bedürfniß entstanden, weil keine Civillklage da war, und wenn viele auch nachher, weil sie häufiger gebraucht wurden, eine Begriffssphäre, und mit diesem einen eignen Namen erhielten, so verändert sich ihr Wesen, als actio in factum, dem Ursprunge nach nicht, es fehlt aber auch nicht an weiteren Beweisen für diese Behauptung. Die actio de effusis et dejectis wird in l. 1. §. 4. h. t. dennoch eine actio in factum genannt, eben so die actio de recepto, und die leichte Weise, mit der sich die actio de dolo in gewissen Fällen in eine actio in factum zum Scheine metamorphosiren kann, und dennoch, bis auf die Infamie, dieselben Wirkungen hat, möchte auch dafür sprechend seyn⁸⁾.

Was nun die einzelnen actiones in factum praetoriae betrifft, so wäre es unnütz, ja unmöglich, sie alle herzurechnen; es giebt ihrer eben so viele, als es überhaupt Fälle giebt, wo das Billigkeitsprincip eine Klage erheischt; etwas so rein Materielles aber, läßt sich in seinen verschiedenartigen unendlichen Combinationen, gar nicht nach seinem ganzen Inhalte darstellen. Nur die, welche nach und nach eine eigne Begriffssphäre sich gebildet haben, können vorzugs-

7) L. 7. §. 1. de justitia et jure (1, 1). Jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

8) Schon die Worte selbst, die l. 11. de dolo malo (3. 5.) dafür gebraucht werden, zeigen das: Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.

weise herausgehoben werden. So viel sie das Obligationenrecht angehen, sind besonders folgende wichtig 9).

A. Von denen, welche kein Delict zum Grunde haben.

- 1) Die actio de constituta pecunia. 2) Die actio funeraria. 3) Die actio in factum wegen nicht bestellter cautio damni infecti. 4) Die actio de recepto, und endlich 5) die actio rei judicatae.

B. Ein Delict haben zur Grundlage:

- 1) Die actio vi bonorum raptorum. 2) Die actio injuriarum aestimatoria. 3) Die actio de dolo. 4) Die actio quod metus causa. 5) Die actio in factum contra calumniatores. 6) Die actio servi corrupti. 7) Die actio de effusis et dejectis. 8) Die actio de positis et suspensis. 9) Die actio in factum ob alienationem judicii mutandi causa factam. 10) Die actio in factum furti adversus nautas, caupones stabularios. 11) Die actio de sepulchro violato. 12) Eine Menge Pönalklagen endlich, die sich auf das Nichterscheinen im Gerichte, oder auf das Verhindern zum Erscheinen beziehen. 13) Die actio si mentor falsum modum dixerit, und die actio in factum, si iudex litem suam fecerit.

IV. Wir haben nun zuletzt in der Darstellung der Klagen, welche nicht zu den Systemen des strictum jus

9) Sehr gut hat Zimmer n, System der Röm. Moralklagen, S. 291 — 302. den Unterschied zwischen der actio de recepto, und der actio in factum adversus nautas dargestellt, und gezeigt, daß die letzte nur auf einem Quasidelict beruhen solle, und auch allein nur von Gajus und Justinian gemeint sey; die erste aber eigentlich eine Contractklage sey, und sich lediglich auf das receptum stütze, während dieses Bedingniß bei der Delictklage gar nicht nothwendig ist.

und der bona fides gehören, noch von den Wirkungen derselben zu sprechen, das heißt, von dem, was durch dieselben erlangt wird. Machten diese Wirkungen selbst den charakteristischen Unterschied zwischen den beiden Systemen aus, ob nämlich ein certum oder ein incertum der Gegenstand der actio sey, so ist es zwar nicht also bei den Klagen außerhalb denselben; denn da diese nicht aus einem Grundprincip entstanden, sondern nach und nach einzeln herangewachsen sind, so hatte demnach jede ihre eigene Sphäre für sich. Da es aber in der Natur der Dinge begründet ist, daß man entweder erlange, was man fordere (d. h. ein certum fordere) oder nicht, (d. h. daß es vom arbitrium des judex abhängt), so wird auch in den obligationes, die nicht zu den beiden Systemen gehören, die Eintheilung (sollte sie auch nicht den ganzen Charakter bedingen) gemacht werden können, daß sie entweder obligationes certae, oder incertae seyen. Alle actiones in factum, die auf eine bestimmte poena, oder eine genaue festgesetzte objective Schätzung (aestimatio) gehen, sind obligationes certae. Zu diesen gehören ferner diejenigen actiones, welche den actiones stricti juris ähnlich nachgebildet sind, und daher dieselbe Wirkung haben, wie z. B. die actio de constituta pecunia ¹⁾.

1) Daß die actio de constituta pecunia vollkommen der conditio ex stipulatu nachgebildet ist, beweist wohl am besten daß, wenn an einem bestimmten Orte zu zahlen constituirte wurde, die Klage an einem anderen, nach Beispiel der arbiträren Klage, gegeben werden soll. l. 16. §. 1. h. t. (13. 5). Sed et certo loco et tempore constituere quis potest: nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est; sed exemplo arbitrariae actionis: ubique potest.

Alle Klagen nun, die nicht *obligationes certae* enthalten, hängen vom *arbitrio* des *judex* ab, und so wären wir denn auf den Begriff der *actiones arbitrariae* gekommen; *actio arbitraria* heißt nämlich im Römischen Rechte jede Klage, die nicht zu den *bonae fidei iudiciis* gehört, aber dennoch in *arbitrio iudicis* ihre Erledigung sucht. In der That aber läßt sich auch kein passenderer Namen für die Gesammtmasse der verschiedensten Klagen prätorischen und civilrechtlichen Ursprungs auffinden, als gerade dieser. Die *actiones bonae fidei* sind eben so gut *arbitrariae*, als die eigentlich sogenannten. Da aber das *arbitrium iudicis* in der *bona fides*, d. h., in der jedem Lebensgeschäfte speciellen und herkömmlich eignen rechtlichen Gewohnheit, eine Norm, und in so fern eine Gränze findet, in die sich selbst sein *arbitrium* flügen muß, so benennt man diese Klagen charakteristischer nach der *bona fides*, als nach dem untergeordneten *arbitrium*. Die *actiones arbitrariae* zwar haben auch eine Norm, die generelle Rechtslichkeit könnte man sie wohl technisch nennen, das *bonum et aequum*, weshalb diese Klagen auch bisweilen *actiones ex hono et aequo* genannt werden²⁾. Da dieses *bonum et aequum* aber das gränzenlos weite Feld der Billigkeit enthält, so fällt es im Grunde mit dem *arbitrium iudicis*, von der auch das *bonum et aequum* vermuthet wird, in eins zusammen, und daher heißen diese Klagen besser *arbitrariae*. Daß aber das *bonum et aequum* ein weiteres Feld, als die *bona fides* darbietet, sagt wohl deutlich folgende Stelle.

ULPIANUS libro 25. ad Edictum.

L. 14. §. 13. de religiosis (11. 7).

Nonne aequum est mihi funerariam competere?
Et generaliter puto iudicem justum non me-

2) L. 14, §. 6. de religiosis (11. 7).

ram negotiorum gestorum actionem imitari; sed solutius aequitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget.

Die actiones bonae fidei, obgleich in ihrer einzelnen Begriffssphäre höchst verschieden, haben doch eine gemeinsame Grundlage: die aus ihrem Wesen hervorgehende Zweifeltigkeit, die Norm der bona fides, nach der sich der arbiter zu richten hat, so wie die gemeinsame Quelle, aus der sie alle entsprungen sind. Nicht so bei den actiones arbitrarie. Meistens actiones in factum, und für einen vorliegenden Fall gegeben, tragen sie, bis auf wenige, den vollkommenen Character der Einseitigkeit an sich, und es ist überhaupt kein allgemeiner Begriff, bis auf den, daß sie vom arbitrio iudicis abhängen, für dieselbe aufzufinden. Dennoch giebt es viele actiones arbitrarie, die von den anderen abgefordert zusammengestellt sind, und gleichsam einen gemeinsamen Character haben.

Es ist nämlich der wesentliche Unterschied der vindicationen von den Obligationen, daß bei den ersten zwei Personen sich gar nicht nothwendig gegenüberstehen. Jeder sucht seine Sache, wo er sie findet, und der Besitzer ist nur der zufällige Repräsentant der Sache, indem er behauptet, der Andere hätte kein Recht, dieselbe zu suchen. Es ist ein reiner Streit zwischen Person und Sache, die nothwendig aber eine Person zu ihrem Beschützer haben muß. Hat nun dergestalt ein Besitzer sich zum Vertheidiger der Sache aufgeworfen, und ist dieselbe durch seine Schuld aus seinem Gewahrsam gekommen (si dolo desit possidere), oder ist er durch seine Schuld im ungerechten Besitz überhaupt (malae fidei possessor), und ist so etwas vernachlässigt worden, so geht der Anspruch von der Sache auf die vertheidigende bestimmte Person über. Ohne daß dieses Verhältniß

dadurch je als obligatio betrachtet wird³⁾, hat nun in ihrer Wirkung und Fixirung die rei vindicatio eine Obligationennatur angenommen, aber immer nur subsidiarisch, wenn das rein sachliche Verhältniß nicht ausreicht. Das officium judicis hat also bei den Vindicationen zu bestimmen, daß die Sache restituirt werde, widrigenfalls aber den Werth durch ein jusjurandum in litem, sine ulla taxatio⁴⁾, in infinitum geschworen, bestimmen zu lassen⁴⁾. Dadurch nun, daß diese alternative Wahl in die Hand des judex gesetzt ist, sind alle Vindicationen actiones arbitrarie⁵⁾.

Nun giebt es aber eine Menge von Obligationen, die factisch, durch ihren zufälligen Inhalt, Ähnlichkeit mit der rei vindicatio haben, weil sie, zum Theil um sie vorzubereiten, zum Theil aber, um sie zu ersetzen, gegeben wurden. Zu den ersten gehört z. B. die actio ad exhibendum⁶⁾, zu den letztern die actio finium regundorum⁷⁾, und die actio, quod metus causa. Sind aber diese Obligationen nur Behufs der Vindication da, so sind sie auch zu gleicher Zeit unnütz und vermieden, sobald die rei vindicatio selbst eintreten kann. Exhibirt daher der Beklagte, so daß nun vindicirt werden darf; läßt der, der eine durch Furcht erpreßte Sache besitzt, dieselbe vindiciren⁸⁾, oder, was dasselbe ist, restituirt er sie⁹⁾, so hört das ganze persönliche Verhältniß

3) Wie Mühlenbruch a. a. D. C. 10. zu meinen scheint.

4) L. 68. de R. V. (6. 1).

5) §. 31. J. de Act. (4. 6).

6) L. 1. D. ad exh. (10. 4.).

7) L. 1. finium reg. (10. 1.).

8) L. 9. §. 4. §. 6. quod metus (4. 2).

9) L. 14. §. 3. in f. h. t.

von selbst auf, und die obligatio ist erloschen. So wie also, im Nothfall, die vindicatio die Wirkung einer Obligation erhält, so fangen diese Obligationen gleich damit an, im Anfang eine eigentliche Vindicationennatur zu erhalten, und ihr Charakter als actiones arbitrariae wird demnach derselbe, wie bei den wirklichen Vindicationen seyn¹⁾).

Diesen zufälligen Inhalt einiger Obligationen nun, daß durch eine allgemeine Handlung, wie z. B. durch Erhibiren und Restituiren, die ganze obligatio an sich aufhört, haben viele Juristen oft für das Grundwesen der obligationes arbitrariae überhaupt gehalten, und den Begriff derselben nun so gestellt, als beruhe dieser auf dem nothwendigen Vorkommen einer contumacia. Diese irrige Meinung wurde zum Theil durch ein Nichtverstehen des §. 31. I. de action. hervorgebracht, wo man viele angeführte Beispiele von actiones arbitrariae, die zufällig aus der Classe der eben beschriebenen Obligationen genommen waren, für das Princip aller actiones arbitrariae im Allgemeinen hielt, und sich dadurch nicht abwendig machen ließ, daß die mit aufgezählte actio arbitraria de eo quod certo loco diesen Charakter nicht theilt²⁾).

Daß dieser gedoppelte Charakter aber nur durch den zufälligen Inhalt einzelner Obligationen bewirkt wird, und nicht das Wesen der actiones arbitrariae ausmacht, be-

- 1) Weil diese obligationes aber für die Vindication da sind, folgt es nothwendig, daß sie zugleich Obligationen seyen, die an sich gegen Jedermann statt haben müssen, bei wem auch die Vindication statt finden dürfte. Der Name actio in rem scripta kommt aber, so viel ich weiß, nur einmal in den Pandekten vor l. 9. §. 8. D. quod metus (4.2).
- 2) Manche theilen den Begriff, oder haben mit Rücksicht auf die actio de eo quod certo loco zwei Begriffe dafür, wie Lhibaut System §. 89.

weist wohl am besten die *actio de dolo*, die zuweisen, wenn das Restituiren einer Sache in Frage kömmt, den Charakter der eben beschriebenen Obligationen hat, wenn dies aber nicht ist, rein auf das Interesse geht, und in beiden Fällen doch wohl eine *actio arbitraria* ist 3). Eben so beweist dieses die *actio de eo quod certo loco*, so wie die *actio funeraria*, die beide Arbitrarklagen, dennoch durch ihren zufälligen Inhalt, weder von einer *contumacia*, noch von einem Restituiren, als Vorbeugungsmittel, etwas wissen. Daß aber bei denjenigen Klagen, wo von einem Restituiren die Rede seyn kann, dies das Erste ist, wovon man spricht, mag wohl auch, abgesehen von dem Verhältniß aller dieser Klagen zur *vindicatio* ganz natürlich seyn. Denn das *bonum et aequum*, das allen zu Grunde liegt, erfordert mit Recht zuerst, daß, wo möglich, jede Ursache einer Klage vermieden werde.

Actiones arbitrariae sind also alle Klagen, die nicht *bonae fidei* sind und vom arbitrio des *judex* abhängen; ein grosser Theil dieser Klagen, mit den *Vindicationen* verwandt, hat die Eigenschaft, daß durch das Exhibiren oder Restituiren einer Sache das ganze Verfahren von selbst gehoben wird. Aber deswegen giebt es noch viele andere Arbitrarklagen, die diesen Character keinesweges theilen; jede *actio arbitraria* hat vielmehr ihren eignen Kreis; so die *actio aquae pluviae arcendae*; die *actio de eo quod certo loco*; die *actio funeraria*, die *actiones praescriptis verbis*, die nicht *bonae fidei* sind, und unter den *Delictsklagen* die *actio injuriarum*, und die *actio de sepulchro violato*, so wie die *actio in factum si judex litem suam fecerit* 4). In den Endworten des §. 31. I. de action. (4.

3) L. 18. de dolo malo (4. 3.).

4) L. 11. §. 1. de injuriis (47. 10). *Injuriarum actio ex bono*

6.) ist dieser weitere Begriff der *actiones arbitrariae* enthalten, wovon die im Anfang aufgezählte Art nur einen Theil ausmacht:

In his enim actionibus, et caeteris similibus permittitur judici ex hono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

V. Außer den mit *actiones* verbundenen Obligationen giebt es eine Menge anderer, wo die Wirkung, wenn auch im neueren Rechte wesentlich dieselbe, nicht *actio*, sondern *interdictum* heißt⁵⁾. In Fällen, wo Rechte gestört, oder das Restituiren und Exhibiren einer Sache nothwendig war, konnte bisweilen der Weg eines *judicium* zu lange währen und nachtheilig seyn, vorzüglich wenn der Beklagte nichts gegen die Thatsache einzuwenden hätte. Deswegen schritt hier der Prätor selbst ein (*veto, exhibeas, restituas*). Leugnete aber der Beklagte, oder hatte er *Exceptiones* vorzubringen, so wurde, wie immer, ein *judex* gegeben. So waren denn die *Interdicte* im Grunde nur in der Form von den *actiones* verschieden, aber sie dürfen nicht allein deswegen nicht von einander getrennt werden, sondern auch wegen der Gleichheit ihrer Wirkung. Wie der einen Classe der *actiones arbitrariae*, so liegt auch der *obligatio* bei ihnen eine allgemeine Thatsache zu Grunde. Auch sie sind entweder *restitutorisch*,

et aequo est. L. 1. l. 10. de sep. viol. (47. 12). Dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est. L. ult. de extraord. cogn. (50. 13).

5) In Ermanglung eigener Untersuchung gebe ich hier nur kurz die Resultate dessen, was Haubold, Zeitschrift für gesch. Rechtsw. 3. Bd. S. 368 u. fg. so wie Savigny Besiz 3e Aufl. S. 400 u. fg. vortreflich ausgeführt haben.

exhibitorisch, oder was noch allgemeiner ist, prohibitorisch. Deswegen sind sie auch obligationes, aber gegen Jedermann, und viele von ihnen helfen ebenfalls die vindication vorbereiten. Wie bei der einen Classe der Arbiträrklagen besteht also das officium judicis auch bei ihnen darin, erst die allgemeinere Thatsache anzubefehlen, und im Falle der contumacia die Wirkungen der obligatio eintreten zu lassen.

ULPIANUS libro 62. ad Edictum.

L. 1. §. 3. de interdictis.

Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt⁶⁾.

Durch den Untergang des ganzen ordo judiciorum haben auch die Interdicta ihre formelle Bedeutung ganz verloren; sie sind jetzt wie actiones in factum ex causa interdictorum anzusehen⁷⁾, die in ihrer Wirkung den restitutorischen und exhibitorischen Arbiträrklagen vollkommen gleich

6) Ich möchte der Art, wie Savigny Besitz, S. 32., diese Stelle übersezt, nicht beipflichten. Bezöge sie sich nur auf einige Interdicta, so wäre, wie ich glaube, ein quaedam hinter licet durchaus nothwendig. Das in rem bezieht sich aber nur auf die Allgemeinheit der restitutorischen, exhibitorischen und prohibitorischen Klagen überhaupt. In so fern sind die actio ad exhibendum und quod metus causa ebenfalls in rem conceptae, und auch die possessorischen Interdicta machen nun keine Ausnahme. Die Stelle wäre daher, wie mich dünkt, wohl so zu verstehen: Scheinen die Interdicta gleich, ihrer allgemeinen Tendenz wegen, keine obligationes zu seyn, welche alle ihr Grundwesen in der persönlichen Beschränkung finden sollen, so gehören sie dennoch in ihrer endlichen Wirkung dazu (vi tamen ipsa personalia sunt), weil sich das Allgemeine am Ende in dem factum einer bestimmten Person auflöst.

7) §. ult. I. de interdictis (4. 15).

sind. Dennoch müssen sie, des gleichen geschichtlichen Ursprungs wegen, ganz abgesondert im Systeme behandelt, und nicht mit den anderen Klagen, wie die neueren Systematiker es thun, materiell vermischt werden. In Justinians Zeiten war ja das Unpraktische der Verschiedenheit der Interdicta von den Actionen so gut, wie bei uns fühlbar, und dennoch trennt er beide sorgfältig von einander.

Hier ist nun noch Einiges über den Besitz hinzuzufügen. Der Besitz als Factum kann in einem Rechtssysteme gar keinen Platz finden. Dadurch aber, daß er Klagen zu seinem Schutz erhält, entsteht eine förmliche obligatio possessionis, wenn er gestört ist. Nach unserer Ansicht müssen die Obligationen überhaupt nach den Klagen classificirt werden, also erhält der Besitz eine Stelle bei seiner Wirkung, den Interdicten. Diese von Savigny⁸⁾ trefflich durchgeführte Meinung ist in so fern eine consequente Folge unserer, das ganze Obligationenrecht umfassenden Ansicht, und was Mühlensbruch⁹⁾ dagegen aus dem Worte dominium possessionis hat herleiten wollen, scheint sie uns schwerlich entkräften zu können. Es scheint uns nicht einmal nöthig, den Obligationencharakter des Besitzes auf das Unrechtmäßige der Gewalt überhaupt zu gründen, da es ja gar gut denkbar ist, daß das Factum des Besitzes schon dadurch zum Recht auf den Besitz wird, weil ein Anderer, der dieses Factum nicht für sich hat, als Gegner auftritt, im Gegensatze des Eigenthums, wo ein Recht begründet ist, auch ohne daß man einen Gegner sieht. Da wir übrigens die Eintheilung in obligationes ex contractu, und ex maleficio nicht für eine Haupteintheilung anerkens

8) Besitz S. 30 — 39.

9) Cession S. 6.

nen können, so ist dies für unser System von keiner praktischen Bedeutung.

VI. Außer den mit Klagen versehenen obligationes giebt es noch einige, die zwar nicht wirkliche actiones, aber dennoch einen andern wirksamen Schutz haben. Das Factum braucht nur dem Prätor angezeigt zu werden, so hilft er schon ohne eigentliche Klage von selbst, wenn nur die Bedingungen des Gesuches vorhanden sind. Zu dieser Classe von Obligationen gehört die operis novi nunciatio, alle Fälle, wo man Caution fordern kann, also die cautio damni infecti, alle missiones in bona, und die restitutio in integrum. Eben so gehört dahin die obligatio, seine Kinder nach Verhältniß seines Vermögens zu dotiren, weil der Proconsul sonst dazu zwingt¹⁾, so wie alle extraordinariae cognitiones überhaupt. Sehr gut hat schon Haubold²⁾ viele der hier aufgezählten Obligationen an das Ende seines Systems des Obligationenrechts gestellt, namentlich die restitutio in integrum, denn so wenig wie das Erbrecht von den Erwerbungsarten der Sachen gesondert werden kann, eben so wenig kann man die restitutio in integrum von den hier eben aufgezählten Obligationen trennen; sie gehört in jedem Betracht dazu, und ihr einen Platz ausserhalb des Systems anzuweisen, halte ich wenigstens für sehr unsystematisch.

1) L. 19. de jure dotium (23. 3).

2) Institution. hist. - dogm., p. 345. seqq.

Dritte Abhandlung.

Ueber die fabelhafte Lehre von den Innominatcontracten, und dem jus poenitendi.

§. 9.

In den vorigen zwei Abhandlungen haben wir es versucht, die Grundzüge eines Systems des Obligationenrechts, nach den Hauptwirkungen desselben, den Klagen, aufzustellen. Wenn wir aber auch glauben, daß schon durch die bisherige Darstellung mancher Rechtsbegriff, der durch die übliche Anordnung dunkel bleiben mußte, klarer geworden ist, so sind wir doch noch im Ganzen den Beweis, wegen des Nutzens, das dieses, in sich zugleich wahre System für das Verständniß des Ganzen überhaupt habe, zu führen schuldig. Dieser Beweis kann nun in der vorliegenden Abhandlung gegeben werden, indem eine, bis jetzt durch das alte System verkannte Lehre, auf ihren wahren Gesichtspunkt, mit Hülfe des schon bis jetzt Ausgeführten, zurückgebracht werden soll. Wie ein altes Erbschaftstück, ist diese Lehre von den Glossatoren durch die Schriften aller Juristen, bis auf unsere Zeit gegangen, in ihren Grundzügen unangefochten, und nur in Kleinigkeiten bisweilen bestritten, zum größten Beweis, wie schädlich es sey, das Römische Recht aus einem materiellen Standpunct überhaupt zu betrachten.

Auffer den benannten Contracten, so lautet die Sage, sollte eigentlich ein jedes pactum ein pactum nudum seyn, d. h. keine Klage hervorbringen. Ist aber von der einen Seite eine Leistung erfolgt, heißt es weiter, so ändert sich die Lage der Dinge; der geleistet hat, kann mit der actio praescriptis verhis nun klagen, daß der Andere erfülle. Diese Contracte heißen Innominatcontracte; denn es ist zwar kein nomen contractus, aber eine causa vorhanden. Hiermit ist das Ausgezeichnete dieses Falles aber noch gar nicht zu Ende. Was bei allen anderen Contracten niemals der Fall ist, daß der eine Contrahent willkürlich zurücktreten könne, das findet hier statt. Es hat Jeder, der geleistet hat, die Wahl, ob er das Versprochene, oder seine eigne Leistung wieder einfordern will, und dieses für eine Sonderbarkeit gehaltene Recht hat man denn mit einem eignen Namen jus poenitendi benannt. An Erklärungen dieser vermeintlichen Sonderbarkeit hat es denn auch nicht gefehlt, und es wird auch noch unten von mehreren die Rede seyn. Da nun aber ferner diese Contracte durch eine geschehene Leistung entstehen, und da es nur Verbal-, Litteral-, Consensual- und Realcontracte giebt, so mußten sie natürlich diesen letzten zugetheilt werden, die dem zu Folge in benannte und unbenannte Realcontracte zerfallen. Von diesen letzteren giebt es aber vier: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

Wir wollen, ehe wir an eine eigne Ausführung gehen, eine kurze Critik der eben mit wenigen Worten dargestellten, von allen Juristen angenommenen Lehre vorangehen lassen. Die Vorwürfe nämlich, die wir dieser ganzen Lehre zu machen haben, lassen sich auf folgende zurückbringen: daß die Römer Innominatcontracte weder dem Namen nach, noch was daraus folgt, dem Begriffe nach, gekannt haben; daß die vier dafür angeführten Formen Generalformen für alle

Verträge überhaupt sind; daß die Stellung dieser Obligationen zu den Realcontracten ein Widerspruch in sich selbst ist, und daß endlich vom Begriff eines jus poenitendi im Sinne der Neueren im Römischen Recht auch nicht eine Spur gefunden wird.

Daß der Name *contractus innominati* niemals im *corpus juris* vorkömmt, geben alle Anhänger dieser Lehre zu. Es würde dies auch vielleicht gar nichts zur Sache machen, wenn sich nur irgend ein anderer dafür finden ließe; denn wie oft hat man nicht Namen geschaffen, wo schon sehr gute da waren, wie *beneficium competentiae* statt *condemnatio*, *in quantum facere possunt*, oder *ius ad rem* statt *obligatio*. Zwar haben *Cujacius*, *de Res. res*¹⁾, und nach ihnen viele Andere, aus dem bisweilen²⁾ vorkommenden Ausdrucke *contractus incerti* die ächt Römische Bezeichnung für das unclassische *contractus innominati* hernehmen wollen, und sie glaubten dafür schon einen hinlänglichen Beweis darin zu finden, daß die *actio praescriptis verbis* bisweilen *actio incerti* heißt. Die Leichtfertigkeit, mit der dieses von ihnen geglaubt, und Anderen nachgeglaubt worden, ist unbegreiflich. Jeder Contract, wo die *actio*, die daraus hervorgeht, auf das Interesse, auf das *incertum* geht, ist ein *contractus incertus*; so wie jede *actio*, mit der ein *incertum* erlangt wird, eine *actio incerti*. So wird die *actio ad exhibendum* eine *actio incerti* genannt.

LABEO libro 6. Posteriorum a Javoleno epistomatorum.

L. 33. dep. (16. 3).

1) Meermann's Thesaurus Tom. 6. p. 103. et seqq.

2) L. 9. pr. de rebus creditis (12. 1.), L. 1. §. 6. de const. pec. (13. 5.), l. 18. pr. de accept. (46. 4!).

Posse dixi cum eo apud quem deposita esset incerti agere, id est, ad exhibendum.

Also heißt die actio aus der Stipulation, wenn sie ein Factum enthält, und die Stipulation ist doch sicherlich nicht ein contractus incertus im Sinne der Juristen; aber indem man sich einen Begriff willkürlich schuf, suchte man nach dem ersten besten Namen, der eine Aehnlichkeit damit zu haben schien, und legte in diesen hinein, was man a priori erdacht hatte. Sieht es aber demnach keinen Namen für den Begriff eines contractus innominatus in allen unsern Quellen, wie sollten nicht gegen die Existenz eines solchen Begriffes selbst gegründete Zweifel entstehen, da es wohl wahr ist, daß ein Begriff da seyn kann ohne ein Wort dafür, da es aber keinesweges wahrscheinlich ist, daß in einer positiven Wissenschaft ein wichtiger Begriff ohne Bezeichnung gelassen seyn wird. Wir können jedoch noch weiter gehen: die Innominatcontracte, das sagen alle Vertheidiger der Lehre, wären nuda pacta (d. h. keine Contracte), wenn nicht eine actio praescriptis verbis daraus gegeben wäre. Nach der Meinung eben dieser Juristen aber, und nach unzweideutigen Stellen findet die actio praescriptis verbis auch da statt, wo ganz und gar nicht behauptet wird, daß Innominatcontracte existiren³⁾. So beim precarium, das im Grunde mehr donatio als obligatio ist⁴⁾. Hat ferner der Vater der Tochter eine Erbschaft geschenkt, so kann sie mit der actio praescriptis verbis auf Bezahlung der Erbschaftsschulden belangt werden⁵⁾; Keiner hat

3) de Rete § a. a. D.

4) L. 14 de precario (43. 26.). Thibaut System §. 292. macht auch hieraus consequenter einen Innominatcontract.

5) L. 28. e don. (39. 5).

aber noch die donatio sub modo für einen Innominatcontract erklärt. So findet man die actio praescriptis verbis als Hilfsklage der actio familiae erciscundae⁶⁾ und der communi dividundo⁷⁾, welche beide Klagen keine Contractsklagen sind. Daß nun die actio praescriptis verbis, die nicht bei Innominatcontracten statt findet, eine andere sey, wie die bei denselben, hat noch Niemand behaupten wollen. So sind wir aber nun zu einem unauflöblichen Dilemma gekommen. Fällt die actio praescriptis verbis nämlich nicht einzig und allein mit dem Begriffe der Innominatcontracte zusammen, wie etwa die actio emti mit dem der emtio, so muß dieser Begriff nothwendig einen größern Umfang haben. Daraus folgt aber eben so nothwendig, daß die Innominatcontracte, weil sie sich nicht zu der actio praescriptis verbis, wie ein Contract zu seiner ausschließlichen Klage verhalten, entweder dem allgemeineren Begriffe der Gegenstände der actio praescriptis verbis weichen, oder abgesehen von dieser letzteren eine eigne selbstständige Begriffssphäre für sich haben müssen. Wenn nun oben behauptet worden ist, Innominatcontracte seyen nur solche durch die actio praescriptis verbis, hier aber gesagt wird, sie müßten auch, abgesehen davon, eine eigne Begriffssphäre haben, so ist wohl durch einen richtigen logischen Schluß der Widerspruch der bisherigen Meinung vollkommen dargethan.

Wir wären also nun so weit gekommen, daß wir in der ganzen Lehre ein unauflöbliches Dilemma nachgewiesen hätten, müssen aber mit der Critik noch weiter fortfahren. Es ist oben bewiesen worden, wie das System des Gajus

6) L. 18. §. 2. h. t.

7) L. 23. comm. div. (10. 3.).

und Justinian von den übrigen Römischen Juristen keinesweges in seiner ganzen Gestalt und Ausdehnung befolgt worden ist. Auch sind die Institutionen die einzige Quelle dieses unseres Systems. Es hätte also nothwendig ein so wichtiger Theil der Contracte, hätten ihn die Römer gekannt, da seinen Platz finden müssen, wo von allen übrigen Theilen gar deutlich die Rede ist. Zur Verwunderung aller Juristen aber sind die Innominatcontracte in den Institutionen ganz übergangen, und nur, bei Gelegenheit des Kaufs und der Miethe, von der *actio praescriptis verhis* die Rede (was denn, weil die Institutionen von *actiones in factum* überhaupt gar nicht reden, ganz natürlich ist). Diese Schwierigkeit nun, statt im Augenblicke gegen die Lehre selbst einzunehmen, und tiefere Forschungen zu veranlassen, wurde bald leider gehoben, und im Bewußtseyn wahrscheinlich, wie schwer ihnen die ganze Lehre selbst wurde, haben viele mit Hahn⁸⁾ durch die Erklärung genügende Auskunft zu geben geglaubt: Justinian habe die schwierige Lehre Anfängern voreuthalten wollen. Doch es mag auch das noch hingehen; Justinian kann diese Lehre entweder vergessen haben, oder, aus unbekanntem Gründen, sie seinem Systeme nicht haben einverleiben wollen. So müssen wir denn die Lücke ausfüllen. Jetzt aber geht erst die rechte Schwierigkeit an. Da sie weder Consensual- noch Verbal- und Litteralcontracte seyn können, so bleiben uns nur die Realcontracte übrig, zu denen man sie allenfalls stellen dürfte. Hier tritt nun ein großes Hinderniß entgegen. Die Innominatcontracte beginnen zum Theile mit einem Factum, aber ein Realcontract, wo der Entstehungsgrund keine *res* ist, blieb, wie ich glaube, dem Römischen Juristen stets ein fremder Begriff. Ferner werden die *actiones*

8) HAHNII Dissert. de contract. innom.

praescriptis verbis aus den sogenannten Innominatcontracten actiones similes actionibus emti, locati, mandati, genannt, und so wären wir denn am Ende zu Realcontracten gekommen, die mit den Consensualcontracten völlig zusammentreffen.

Während alle andere Contracte mit Namen versehen sind, entbehren die Innominatcontracte diese Wohlthat. Nur in vier generelle Formen lassen sie sich überhaupt bringen: do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias, Frägt man nach den Quellen dieser vermeintlichen Benennungen für Innominatcontracte, so wird l. 5. de praescr. verbis (19. 5.) und l. 7. §. 2. de pactis (2. 14.) angeführt. Was steht nun in der ersten Stelle, die bei weitem das Hauptfragment ist? etwa, daß diese 4 Formen die Formen für Innominatcontracte wären? Keinesweges. Vielmehr wird von einem do, ut des, das zugleich eine emtio, von einem do, ut facias, das zugleich eine locatio, und von einem facio, ut facias, das zugleich ein mandatum ist, gesprochen, so wie von denselben Formen, die unter diese Begriffe nicht gehören, und wo des wegen eine actio praescriptis verbis ertheilt wird. Ueber die Bedeutung dieser Formen kann aber wohl auch keinen Augenblick ein Zweifel obwalten. Jede Handlung besteht, wie schon oft gesagt worden, entweder in dando, oder in faciendo. Eine zweiseitige Handlung kann daher nur in der so viel als möglichen Versehung dieser beiden Bestandtheile bestehen, und so sind denn diese 4 Formen die möglichen Formen einer jeden zweiseitigen Handlung überhaupt. Paulus wollte in der angeführten Stelle im Allgemeinen darthun, wann die actio praescr. verbis die anderen Contractsklagen ersetze; er stellt also, wie natürlich, die möglichen Formen für jede Zweiseitigkeit überhaupt auf, und zeigt, wann diese Form mit einem donae, fidei negotium zusammenfalle oder nicht. Der größte

Beweis dafür ist wohl der, daß er bei dem *facio ut des* sich keines bestehenden damit zusammenfallenden Contractes erinnert, und daher auch keine *actio praescriptis verbis* ertheilt. Das *facio ut des* kann also auch nicht einmal ein *Innominatcontract* seyn im Sinne der Neueren. Wollte aber Paulus, wie die Juristen meinen, die Formen für *Innominatcontracte* aufzählen, so bleibt es wunderbar, warum er auch das *facio ut des* mit herrechnet, das doch gar kein *Innominatcontract* ist. Sollte nicht das Mitaufzählen des *facio ut des* gar deutlich darthun, daß er nur zum Verwurstseyn bringen wollte, in wie fern bestehende Contracte mit dem allgemeinen Schema für *Zweiseitigkeit* zusammenfielen oder nicht, und daß er daher, der Vollständigkeit wegen, auch keinen einzigen möglichen Fall dieser Tabelle auslassen durfte. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, verliert auch ein, in neueren Zeiten wieder von Reichhelm⁹⁾ angeregter Streitpunkt, ob es nicht eigentlich nur zwei *Innominatcontracte* gebe, jede Bedeutung.

Aber die *Innominatcontracte* haben noch eine andere Eigenthümlichkeit. Bei keinem anderen Geschäfte kann der Contrahent einseitig und willkürlich davon abgehen, d. h., Neue ist nicht erlaubt, oder wenigstens nicht wirksam: die *Innominatcontracte* dagegen haben das Sonderbare an sich, daß der, welcher geleistet hat, die Wahl hat, ob er auf Erfüllung der Leistung klagen, oder auch, ob er durch Zurückforderung des von seiner Seite Geleisteten den Contract ungeschehen machen will. Vom *jus poenitendi* kann erst *ex professo* im folgenden Paragraphen die Rede seyn, hier mögen vorerst einige kleine kritische Bemerkungen ge-

9) „Versuch eines Beweises, daß der Römer nur zwei Arten unbenannter Contracte kannte, *do, ut des, und do, ut facias.*“

nügen. Das jus poenitendi geht nicht bei allen Innominatcontracten an; beim facio, ut des, beim facio, ut facias, ist eine conditio unmöglich. Dies beweist doch aber wohl, daß das s. g. jus poenitendi nicht Wesen der Innominatcontracte, oder eine Eigenthümlichkeit derselben als solcher, sondern nur ein zufälliges Zusammentreffen mit gewissen Innominatcontracten ist; also etwas ganz ausserhalb derselben Liegendes: es giebt also unbenannte Realecontracte, wo das einzige Reale, eine Klage auf Zurückgabe der res, nicht statt findet, d. h. wo es überhaupt um gar keine res zu thun ist. Auf einen ähnlichen Widerspruch in sich selbst stossen wir aber auf der anderen Seite. Jede conditio causa data causa non secuta setzt voraus, daß ein ausdrücklich oder tacite bedungenes Factum, oder eine datio nicht statt gefunden habe. In so fern ist das ut des, ut facias, Form für die conditio caus. d. c. n. s. überhaupt. Daraus folgt nun nothwendig, daß die conditio c. d. c. n. s. eine eigentliche Contractsklage seyn müsse, d. h. eine eigne Klage aus Innominatcontracten, und da diese conditio im Grunde die Seite der Poenitz ausmacht, so folgt wiederum daraus der Satz, daß die ganze conditio c. d. c. n. s. im Grunde auf der Sonderbarkeit eines jus poenitendi beruht.

So weit unsere Critik. Daß diese ganze Lehre nun, wie sie bis jetzt dargestellt worden ist, ein Gewirre von Widersprüchen und sogleich in die Augen fallenden Falschheiten darbiere, wird schon, ohne daß eine neue Darstellung dessen, wie es sich wirklich damit verhält, gegeben worden ist, aus derselben allein sichtbar werden können. Wir müssen es nun aber versuchen, aus eignen Mitteln die vorhandenen Baumaterialien zu einem neuen Gebäude umzuwandeln.

Es ist schon oben im Allgemeinen von der Natur der actio praescriptis verbis gesprochen worden. Liegt nämlich

ein Geschäft vor, das unter den Begriff eines der bestimmten bonae fidei negotia, wegen einiger Mängel, nicht ganz passen will, so wird statt der bonae fidei actio eine actio praescriptis verbis ertheilt. Ob dieses bonae fidei negotium aber ein Contract sey oder nicht, darauf kömmt es liberall nicht an, da ja auch, wie oben gezeigt worden ist, der actio communi dividundo sowohl, wie der actio familiae erciscundae, eine solche aushelfende actio praescriptis verbis beigeleitet wird¹⁾. Die actio praescriptis verbis ist also eine actio utilis, weil sie einem bestehenden Rechte analog nachgebildet ist, eine actio in factum, weil sie ihr Daseyn einer einzelnen vorliegenden Thatfache, und nicht einer bestimmten weitem Begriffsphäre verdankt, eine actio incerti, weil, wie mit vielen anderen Klagen nur ein incertum mit derselben gefordert werden kann, eine actio civilis, weil sie sich dadurch auszeichnet, daß sie nicht, wie alle anderen actiones in factum, ihren Ursprung in der Jurisdiction des Prators zu suchen hat, und endlich heißt sie wohl darum actio praescriptis verbis, weil die Darstellung des zweiseitigen vorliegenden Geschäfts nicht durch einen technischen Kunstausdruck, sondern durch besondere Bezeichnung der Thatfache in umschreibenden Worten

- 1) Die actiones praescriptis verbis sind aber nur actiones utiles der bonae fidei negotia, und keines iudicii stricti juris. Weil die Bedingungen einer Stipulation, eines mutuum fehlen, kann keine actio praescriptis verbis gegeben werden. Dies folgt zwar schon aus der Natur der Sache, ganz deutlich aber auch aus l. 24. de praescr. verbis (19. 5), wo, um die Wohlthatheit einer actio praescriptis verbis zu begründen, gesagt wird, es sey nicht sowohl eine foenerata pecunia, als ein quasi mandatum vorhanden.

geschehen mußte. Dies führt uns aber zu einer kleinen historischen Betrachtung über die *actio praescriptis verbis* hin.

Es ist überhaupt schwer über das Alter der einzelnen Klagen, so wichtig eine solche Bestimmung auch für das Verständniß des ganzen Rechts wäre, irgend etwas Sicheres aufzustellen. Dasselbe gilt auch von der *actio praescriptis verbis* im Einzelnen. Doch läßt sich durch Critik wohl so viel beweisen, daß sie nicht einer gar sehr frühen Periode ihr Daseyn verdankt. So ist es gewiß, daß die *actio praescriptis verbis* durchaus jünger seyn muß, als das *interdictum de precario*. Es heißt nämlich in mehreren Stellen, daß *interdictum de precario* sey deswegen nöthig geworden, weil keine Civilklage für den Fall eines *precarium* vorhanden gewesen sey.

PAULUS libro 13. ad Sabinum.

L. 14. de precario (43. 26).

Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio.

ULPIANUS libro 29. ad Sabinum.

L. 12. §. 1. de furtis (47. 2).

Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est.

Auf der andern Seite wird aber das *precarium* ein *negotium* genannt, welches *simile comodat* (s²),

2) L. 1. §. 2. de precario (43. 26). *Et est simile comodat, nam et qui comodat rem, sic comodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re comodata permittat.*

und, wie überall in solchen Fällen eine *actio praescriptis verbis* ertheilt wird, so auch hier.

PAULI recept. sententiae l. 5. t. 6. §. 10.

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis, quod precario habet restituat, namque et civilis actio hujus rei sicut commodati competit eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque injuriam pati non debet³).

Es folgt nun aus diesen sich entgegenstehenden Fragmenten nothwendig der Satz, daß zur Zeit, als das *interdictum de precario* eingeführt wurde, ausschließende Klagen für diejenigen Fälle, wo die Bedingungen einer bestimmten *actio bonae fidei* nicht ganz statt fanden (*actiones praescriptis verbis*), noch nicht üblich waren, daß aber späterhin, als man auch die *actio praescriptis verbis* dafür hatte, nun die alte Klage natürlich ebenfalls bleiben mußte. Es folgt dieses noch deutlicher aus den Worten des Paulus „merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset,“ welche Worte durchaus auf die alten jetzt nicht mehr statt findenden *Deneggründe* hinweisen sollen.

So gewiß nun auch dieser Satz zu seyn scheint, so wenig ist damit für unseren Zweck gewonnen, denn da wir weder das Alter des *interdicti de precario* wissen, noch wann die *actio praescriptis verbis* auch hier gegeben wurde, so kann dies sehr wenig dazu beitragen, die Entstehungsperiode der *actio praescriptis verbis* ausmitteln zu helfen.

So gewiß es aber auch ist, daß zu Julianus Zeiten die *actio praescriptis verbis* schon mit dem *interdicto de precario* concurrirte⁴), so gewiß fast läßt es sich zeigen,

3) L. 2. §. 2. l. 19. §. 2. de precario (43. 26).

4) L. 19. §. 2. de precario (43. 26).

daß das erste Entstehen dieser Klagen nicht weit über die Zeiten des Labeo, ja, wie ich glaube, nicht einmal über diesen Juristen hinausreicht. Sollte das auch keinen hinlänglichen Beweis dafür abgeben können, was doch fast für einen solchen zu halten ist, daß der ganze Begriff der permutatio noch unter den Schülern des Labeo nicht anerkannt gesondert bestand, sondern daß man den Kreis der emtio, venditio dahin ausdehnen wollte⁵⁾, so werden mehrere Fälle der Art, die häufig vorkommen, wohl dazu beitragen können, dasselbe wahrscheinlicher zu machen. Es ist schon hinlänglich aus der Beschreibung des Pomponius bekannt, daß Labeo, wenn auch in seinen politischen Ansichten strenger dem alten Hergebrachten anhängend, als sein Gegner Capito, dennoch in seinem juristischen Wirken freier dachte, und daß aus der Fülle seiner Gelehrsamkeit in so fern manche Abweichung vom alten Rechte, manche Neuerung hervorging, während Capito in juristischer Hinsicht stets als Anhänger des Alten erwies⁶⁾. Zu den Zeiten des Augustus nun mochte das Bedürfnis es wohl sehr häufig zur Sprache bringen, ob die längst eingeführten bonae fidei negotia wohl über ihren strengen Begriff zu erweitern seien, oder nicht. Diese Frage kam gewiß bei allen bonae fidei negotiis zugleich vor, am häufigsten aber bei dem tagtäglich vorkommenden Geschäfte der emtio venditio. Capito und seine Schüler bleiben beim Alten, bei den einmal hergebrachten Klagen, und suchten lieber in etwas abweichenden Fällen, den Begriff derjenigen Klage, welche schon da war, zu erweitern und dieselbe demzufolge anzu-

5) L. 1. de contr. emt. (18. 1). §. 2. I. de emt. et vend. (3. 241).

6) L. 2. §. 47. de orig. jur. (1. 2).

wenden, als daß sie einen neuen Ausweg gesucht hätten. So geschah es bei dem Falle der *permutatio*. Labeo dagegen und seine Schüler gingen von diesem Ausdehnen der bestehenden Klagen ab, und ertheilten lieber, *ad analogiam* der vorhandenen Klagen, eigne *actiones in factum civiles*. Diese durch die Juristen unbestritten eingeführten Klagen sind also insofern Produkte Labeo's und seiner nächsten Schüler.

Daß nämlich die ganze Streitfrage, ob überhaupt die *actiones bonae fidei* über ihren Begriff auszudehnen seyen, oder ob eine *actio praescriptis verbis* zu ertheilen wäre, zu Labeo's Zeiten eben im Gange gewesen, und von ihm, wie oben bemerkt wurde, entschieden worden ist, läßt sich durch manche Stelle erweisen. So sagt Ulpian in l. 20. de praescr. verb. (19. 5.): *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris, et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio?* Und nun setzt er erst als Entscheidung hinzu: *et puto verius esse praescriptis verbis agendum.* So referirt derselbe Ulpian in l. 19 eodem vom Labeo, hinsichtlich eines nicht ganz unter den reinen Begriff des Kaufs fallenden Geschäfts: *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem, ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est, ita agere ut Labeo ait praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.* So citirt Papinian den Labeo in l. 1. eodem, daß dieser gemeint habe, es sey, wo der Begriff eines *bonae fidei negotium* nicht ganz vorhanden sey, mit einer *actio in factum civilis* auszuhelfen. „*Domino mercium in magi-*

strum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit; und endlich haben wir noch mehrere Stellen in demselben Titel, wo Labeo über die Klage, die in solchen Fällen zusteht, nicht einmal entschieden hat?).

Verfolgen wir aber die Bildungsgeschichte der actio praescriptis verbis weiter, so muß es uns bald sichtbar werden, daß noch lange nach den Zeiten des Labeo diese Klage ganz und gar nicht allgemein von allen Juristen angenommen wurde, daß vielmehr die Anzahl derjenigen, die die bonae fidei actiones über ihren Begriff lieber ausdehnen wollten, noch sehr groß, und daß vorzüglich die Gegner des Labeo, die Sabinianer, sich gar zu ungern zu dieser Klage bekauften. Es lassen sich hierzu mehrere Belege anführen. Ulpian verwirft folgendermassen in l. 17. §. 5, h. t. eine Ansicht des Sabinus: „Si quis sponsionis causa anulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabiniani opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat.“ Daß es nicht etwa die Meinung des Sabinus gewesen sey, die condictio furtiva und actio furti concurrirten hier mit der actio praescriptis verbis, beweiset wohl mit Zuverlässigkeit, daß Ulpian das sonst von ihm immer gebrauchte etiam hier nicht setzt, da er sonst unfehlbar gesagt haben würde, qui etiam condici et furti agi ex hac causa putat. Sabinus wollte aber wohl vielmehr eine actio praescriptis verbis nicht zulassen, und suchte einen Grund zu einer condictio furtiva, wo kein solcher zu finden war.

7) L. 17. §. 1. l. 20. §. 2. de praeser. verbis (19. §).

Aber noch lange nach dem Eabinus findet man es als herrschende Ansicht vieler berühmten Juristen, lieber die actiones bonae fidei über ihren Begriff auszudehnen, als eine actio praescriptis verbis zuzulassen. So erzählt uns Ulpian vom Visianus, einem unter Hadrian lebenden Juristen⁸⁾, in l. 17 pr. h. t. „Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse.“ Ulpian aber setzt hinzu „sed est tutius praescriptis verbis agere.“ Auf eine ähnliche Weise referirt uns Ulpian vom Mela, einem wahrscheinlich auch unter Hadrian lebenden Juristen, Folgendes in l. 20. §. 1. h. t. „Item apud Melam quaeritur: Si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent, emereres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatas intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? et ait Mela interesse, utrum emptio jam erat contracta, an futura, ut si facta pretium petatur, si futura merces petatur;“ und nun fährt Ulpian mit der gewöhnlichen Bemerkung fort: „Sed non exprimit de actionibus. Puto autem si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, Si vero nondum perfecta esset actionem talem, qualem adversus desultorem dari.“ Das war aber hier eine actio praescriptis verbis⁹⁾.

8) ALB. GENTILIS Lect. et Epist. lib. 3. cap. 4.

9) Selbst Justin scheint noch nicht in allen Fällen, wo man späterhin eine actio praescriptis verbis ertheilte, eine solche ge eben zu haben. Dies beweist wohl l. 7 §. 2. de pactis (2. 14), wo er vom Maurician getadelt wird, weil er im Fall einer bestimmten Coetion eine actio in

Die Zeit zwischen Augustus und Hadrian scheint überhaupt die Zeit der allmählichen Ausbildung der *actio praescriptis verbis* gewesen zu seyn. Zu denjenigen Juristen, die in dieser Zwischenzeit diese Klage aufsezt beförderten, und daher in der Geschichte derselben vorzüglich genannt werden müssen, gehört Titus Aristo, ein unter Trajan lebender Jurist, der von dem jüngeren Plinius¹⁾ gar sehr gelobt wird, und von dem wir zwar keine Fragmente in den Pandekten haben, der aber häufig von den Römischen Juristen ehrenvoll, und als bedeutende Auctorität erwähnt wird. Aristo scheint überhaupt, wie aus vielen Stellen hervorgehet, eigne Untersuchungen über die Gränzen der *donatio* und *obligatio* angestellt zu haben, und so natürlich auf die Fälle der *actio praescriptis verbis* gekommen zu seyn, die er denn genau, vorzüglich wo sie mit einer *donatio* zusammen zu kommen scheinen, prüft²⁾. Wir werden noch unten hierauf zurückkommen. Die Römischen Juristen berufen sich häufig auf ihn, ob eine *actio incerti civilis* gegeben werden könne, oder nicht; und so scheint

factum praetoria gab, wo er wegen Aehnlichkeit der Thatsache mit der Miethen eine *actio civilis in factum* hätte geben können. Wenn Paulus denselben Fall in l. 5. §. 2. D. 19. 5. anders erzählt, so scheint es nach diesem gerechten Tadel modificirt worden zu seyn.

1) PLINII ep. I. 22. VIII. 14.

2) Nicht allein Ulpian beruft sich auf ihn in l. 7. §. 2. de pactis (2. 14.) und l. 14. §. 3. de praescr. verb. (19. 5); sondern auch Pomponius in l. 16. eodem (nullam juris civilem actionem esse, Aristo ait). Daß Aristo aber über die Gränzen der *obligatio* wichtige Untersuchungen angestellt, geht deutlich aus l. 18. de don. (39. 5.) hervor, wo er allein als Auctorität angeführt wird.

denn nach ihm die *actio praescriptis verbis* vollkommen in Gang gebracht worden zu seyn, wenn auch dieser letztere Name vielleicht erst in seiner Allgemeinheit nach des Pomponius Zeiten zum Vorschein kam. Die früheren Juristen, wie Proculus³⁾, Neratius⁴⁾, ja sogar noch Julianus, sagen weit öfter *actio in factum* schlechtweg oder höchstens *actio in factum civilis* und *civili intentione incerti agendum est*, und das häufige Unhängel: *id est praescriptis verbis*, scheint zu oft gar sehr deutlich ein Zusatz der referirenden späteren Juristen, oder der revidirenden Commentatoren zu seyn.

So ist denn in der Periode des Gajus, Papinianus, Ulpianus und Paulus die *actio praescriptis verbis* unterschiedene aushelfende Klage aller *actiones bonae fidei* ohne Unterschied, und wenn die Römischen Juristen einen Fall untersucht haben, und ihm den Begriff eines *bonae fidei iudicium* nicht unterschieben können, so setzen sie gewöhnlich hinzu: *sed tutius erit, praescriptis verbis dari actionem*⁵⁾, oder sie sagen: *Sed puto verius esse praescriptis verbis agendum*⁶⁾, oder, wenn sie gar sehr zweifeln, ob nicht dennoch eine *bonae fidei actio* ausreichen mögte, so entscheiden sie endlich: *aut certe actionem incerti civilem reddendam*.

ULPIANUS libro 32. ad Edictum,

L. 23. i. f. comm. div. (10. 3).

Et puto magis communi dividundo iudicium, quam ex conducto locum habere. Quae

3) L. 12. de praescr. verb. (19. 5).

4) L. 6. h. t.

5) L. 5. §. 4. in f. de praescr. verb. (19. 5).

6) L. 19. 1, 20. h. t.

enim locatio est cum merces non intercesserit?
aut certe actionem incerti civilem red-
dendam.

Wir sind aber nun, zufolge unserer historischen Betrachtung, auf dem Punkt angelangt, wo sich unser hier aufgestelltes System, in seinen Resultaten dem der Gegner gegenübergestellt, über das, was es nützt oder nicht, ausweisen kann und muß. Wir gingen vom Anfang an von dem Begriffe der Klage aus, als demjenigen, der zugleich die Existenz der obligatio allein bedingt; demzufolge durften wir die bonae fidei negotia nicht in Contracte und Nichtcontracte theilen, sondern nur nach dem Characteristischen der Klagen. Hier bewährt sich nun der Nutzen unserer Eintheilung von selbst. Die actio praescriptis verbis ist eine Hilfsklage aller actiones bonae fidei ohne Ausnahme. Diejenige actio praescriptis verbis, die also actio utilis einer Contractsklage ist, wird nun von uns nicht besonders ausgezeichnet werden dürfen, da es ja die actiones bonae fidei ex contractu selbst nicht waren, und die actio in factum civilis dagegen, die etwa statt der actio communi dividundo, familiae erciscundae, negotiorum gestororum ertheilt wird, ist nicht, wie dies die Gegner thun, als bloße actio praescriptis verbis zurückzuweisen, denn sie wirkt eben so, wie die actio incerti civilis ex contractu. Die anderen Juristen hingegen, welche die Obligationen nach ihrer Contracts- oder Nichtcontractseigenschaft messen, sind nun genöthigt, auch bei den actiones praescriptis verbis diesen Unterschied anzunehmen, und so kommen sie denn auf das von den Römern ungekante und bloß deswegen unbekannte Monstrum der Innominatcontracte, während sie die anderen actiones praescriptis verbis, die nicht aus Contracten entspringen, gar nicht beachten können und dürfen.

Entsteht eine obligatio aus dem vereinigten Willen mehrerer, so ist dies allerdings ein Contract. In so fern ist die actio praescriptis verbis sicherlich bisweilen Contractsfälle, und in so fern giebt es Innominatcontracte; denn an den Namen ist nichts gelegen. Aber es kommt nicht darauf an, ob wir, sondern ob die Römer sie zu den Contracten rechneten, und das werden wir verneinen müssen. Warum rechnet man nicht auch das receptum, die constituta pecunia, die obligatio dotis, und endlich die vielen Fälle, wo eine actio in factum praetoria ex contractu kommt, zu den Contracten? Man könnte dies mit eben so großem Rechte, wie bei den Innominatcontracten, thun. Weil sie aber nicht im Römischen Institutionensystem stehen, so werden sie unter dem Namen der pacta praetoria, oder legitima in eigne Rubriken gestellt. Stehen aber die Innominatcontracte im Institutionensystem? Nein. Erwähnen ihrer die Römischen Juristen als Contracte? Nein. Aber dennoch sind es wahrhaft ächte Realcontracte, und über ihre Legitimität werden alle Compendien die gebührende Nachweisung geben.

Hier wird man mir ganz bestimmt l. 7. §. 2. de pactis (2 14.) entgegenhalten zu können glauben, dieses Generalfragment für die sogenannten Innominatcontracte als Beweis, daß die Römer dieselbe dennoch gekannt hätten. Ulpian, nachdem er nämlich in §. 4. desselben Fragments beiläufig sagt: die contractus iuris gentium hätten alle ihren eignen Namen, und indem er zu den nudis pactis übergehen will, sagt hierzu:

„Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristoteles Celso respondit esse obligationem: ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συναλλαγμα, id est contractum esse, et hinc nasci

civilem obligationem. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum, ut Panphilum manumittas, manumisisti: evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a Praetore dandam, ille ait civilem incerti actionem id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristoteles *συναλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio.“

In dieser Stelle hat man nun die Lehre von den Innominatcontracten, als integrierenden Theil des Römischen Systems, so deutlich finden wollen, daß, so viel ich weiß, Zweifel dagegen niemals erhoben worden sind. Alle Contracte, sagt man (und dies will man in dieser Stelle finden), haben zwei Bestandtheile, nomen und causa; die causa soll das reale dare oder facere seyn, wodurch die Handlung des Anderen bedingt wird. Fehlt nun auch das nomen, fährt man fort, ist aber nur die causa da, so hört das pactum auf ein nudum pactum zu seyn, und hat als Innominatcontract völlige Gültigkeit. Aber daß das Wort causa diese Bedeutung habe, ist noch von Niemand erwiesen worden. Das Wort causa bezieht sich gar nicht auf das, was von der einen Seite geistet worden ist, sondern auf das, was von der anderen geschehen soll. Man sagt do ob causam, condictio causa non secuta, aber ad eine causa contractus, die in dem Einseitig geschehen liegen soll, haben die Römer wohl niemals gedacht. Der Sinn der Worte sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristoteles Celso respondit, esse obligationem ist ganz kurz der: Ist auch der Begriff eines der oben genannten Contracte nicht ganz vorhanden (sed si in alium contractum res non transeat), ist aber eine causa da, d. h. ist wegen einer künftigen Leistung (hierauf ist durchaus der Ton zu legen) etwas gegeben worden, oder mit

anderen Worten, ist ein zweiseitiges Geschäft sichtbar, dann, sagt Aristo, ist auch mit gutem Grunde zu behaupten, es finde eine obligatio statt⁷⁾. Diese Zweiseitigkeit ist alleinige Bedingung der obligatio civilis, denn sonst wäre ja das Geschäft keinem bonae fidei negotium ähnlich. Von dieser alleinigen Bedingung der Zweiseitigkeit sprechend, fährt er deswegen auch fort: „ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συναλλαγμα id est contractum esse et hinc nasci civilem obligationem. Wie wir aber aus einer schon oft angeführten Stelle der l. 19. de verb. signif. (50. 16.) wissen, heißt συναλλαγμα eine obligatio die ultro citroque, d. h. zweiseitig ist, und so wird denn auch hier wiederum, als der strengste Beweis des von uns Behaupteten, an die Natur des συναλλαγμα, d. h. an das einem bonae fidei negotium ähnliche zweiseitige Geschäft die Bedingung der actio praescriptis verbis, und in so fern eines gültigen pactum geknüpft. Daß nun das von der einen Seite Geleistete nicht die actio praescriptis verbis bewirke, sondern vielmehr die zweiseitige Uebereinkunft, daß der Andere leiste, beweisen noch viele anderen Stellen. So läßt Papinian in der l. 8. de praesc. verb. von der lex contractus, oder von der certa lex Alles abhängen. Er sagt „si tamen lex contractus non lateret praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur. So sagt Ulpian in der l. 15. eodem: Quod si solutum

7) Wie oben erwiesen worden ist, beschäftigte sich Aristo mit Untersuchungen über die Grenzen der obligatio und ihren Unterschied von der donatio. Hier nun ist ein solcher Fall, wo Aristo, weil die datio bloß ob causam war, behauptet, es sey eine obligatio vorhanden.

quidem nihil sit, sed pactia intercessit ob indicium, hoc est, ut, si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. Nicht also in der That sache des Gebens liegt das Bedingende, das negotium des pacti, sondern in der bedungenen zweiseitigen Handlung, in dem συναλλαγμα, welches nun Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotium bewirkt und zu Folge dieser Aehnlichkeit eine actio praescriptis verbis hervorbringt, wie aus l. 5. de praescr. verbis ja deutlich zu sehen ist. Da es aber nicht zu läugnen ist, daß oft, wenn ex professo von einem sogenannten Innominatcontracte gesprochen wird, das frühere Leisten des einen Theils erwähnt wird, so verdient dies hier eine nähere Erläuterung. Die actio praescriptis verbis, wie wir dies aus ihrer Bildungsgeschichte gesehen haben, wird überall da ertheilt, wo der Begriff eines bonae fidei negotium nicht ganz da ist. Es kann dieses also auch bei einem blossen pactum erfolgen, wenn das pactum nur irgend Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotium hat. Die Charakteristik der Fälle aber, wann ein pactum einem bonae fidei negotium nahe komme, läßt sich nicht genau angeben. Will man daher eine Theorie für die Fälle, wo die actio praescriptis verbis eintritt, aufstellen, so muß man sich an die bestimmteren halten. Dies sind aber diejenigen, wo der eine Theil des pactum, die Leistung von der einen Seite, schon statt fand; denn diese haben immer Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotium. Darum sprechen die Römer von einem dedi ut des, dedi ut facias; doch das Gegeben haben, das Gethan haben thut als solches nichts zur Sache, und so ist denn die Form

in l. 5. de praescriptis verbis ja nicht *dedi ut des etc.* sondern *do ut des, do ut facias, facio ut facias*, und Paulus knüpft an diese *pacta* schon die Bedingung der *actio praescriptis verbis*, (in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur).

Der größte Beweis aber, daß *causa* nicht das früher Geleistete bedeute, daß also nicht in dieser Leistung der Grund der *actio praescriptis verbis* liege, sondern vielmehr im *συναλλαγμα*, in der Zweiseitigkeit, in der Ähnlichkeit mit einem *bonae fidei negotium*, mag wohl der Fall des *facio ut des* seyn. Wachte die geschene Leistung den Hebel der sogenannten *Innominatcontracte* aus, warum giebt Paulus in l. 5. §. 3. h. t. keine *actio praescriptis verbis*, da er ja im Falle des *facio ut facias* unbedingt eine solche ertheilt. Nach unserer Ansicht ist der Grund ganz einfach, er findet in diesem Augenblick in dem eben selbst angegebenen Schema keine Ähnlichkeit mit einem *bonae fidei negotium*, und deswegen muß er eine *actio de dolo* ertheilen. Aber wie sieht derselbe Umstand nach der Ansicht der Gegner aus, nach denen das Schema die Hauptsache und gleichsam Name für das Geschäft selbst ist? Ist hier nicht eine recht vollständige sogenannte *causa contractus* vorhanden? wird nicht noch dazu ganz deutlich gesagt, *et posteaquam feci, cessas dare*, und dennoch keine *actio praescriptis verbis*? Wie ist das zu erklären? Sollte also in der Formel *facio ut des* das *Contractbeschwörende* nicht liegen? Und ist diese Formel nichts, womit haben sich die Brüder, *do ut des, do ut facias, facio ut facias* als bessere ausgewiesen? doch Paulus kann sich wohl geirrt haben.

Und Paulus hat so allgemein gesprochen auch Unrecht, vorausgesetzt, daß er überhaupt allgemein sprechen wollte. Dies zeigt aber mehr noch, als irgend etwas, den Unwerth

der Formel überhaupt; es kann auch Fälle geben (woran Paulus nicht gleich dachte), wo auch das facio, at des einem bonae fidei negotium ähnlich ist, und dann wird eine actio praescriptis verbis ertheilt. So sagt Ulpian in l. 3. §. 4. de cond. c. d. c. n. §. (12. 4): Quinimo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictio- nem⁸). Dieser Fall nun hat grosse Ähnlichkeit mit einer locatio conductio, und nur die Handlung des Manumittirens ist keine solche, quae locari solet. Deswegen ertheilt nun aber auch Ulpian hier eine Klage, wo Paulus, das berücksichtigend, daß dieser Theil des Schema's am allerwenigsten vielleicht mit dem Fall eines bonae fidei negotium zusammentrifft, eine solche allgemein und oberflächlich versagt. Dies führt uns nun aber zu einigen Bemerkungen über die Concurrentz und das Verhältniß der actio de dolo zur actio praescriptis verbis, die durchaus an dieser Stelle gemacht werden müssen.

Die actio de dolo als actio subsidiaria wird nur da gegeben, wo kein anderes Rechtsmittel vorhanden ist⁹), mag dies eine actio civilis oder honoraria seyn. Wenn aber auch eine jede actio honoraria als solche schon eine actio in factum ist, so haben doch viele von diesen nach und nach eine eigne Begriffssphäre erhalten, so daß sie aus dem Kreise der actiones in factum treten. Nur von solchen actionibus honorariis kann es füglich gesagt werden, daß sie der actio de dolo vorangehen, nicht von einer jeden actio in factum. Denn da die actio de dolo selbst nichts

8) Condictio wird hier im allgemeinen Sinne für actio genommen.

9) L. 1. §. 4. de dolo malo (4. 3).

ist, als eine *actio in factum* für den Fall des *dolus*, so würde sie ja durchaus niemals eintreten können, würde sie auch da nicht ertheilt, wo eine *actio in factum* statt finden könnte, da eine solche in jedem Falle gegeben wird, wo die Billigkeit es erheischt, also auch bestimmt in dem Fall eines *dolus*. Der Satz folgt also schlechweg aus der Natur der Sache, daß die *actio de dolo* zwar eine subsidiäre Klage, daß aber die *actio in factum praetoria* eine noch subsidiärere ist, wovon das schon kein kleiner Beweis seyn mag, daß ja die Klage, die da gegeben wird, wo die *actio de dolo* wegen Respectsverhältnissen wegfällt, *actio in factum* heißt¹⁾. Folgende Stelle giebt aber noch einen stärkeren Beleg zu dem Satze, daß die *actio in factum* der *actio de dolo* nicht vorangeht.

ULPIANUS libro 41. ad Sabinum.

L. 14. pr. de praesc. verbis (19. 5).

Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione. Sed si sine causa id fecisset in factum, si dolo, de dolo tenetur.

So viel von dem Verhältnisse der *actio de dolo* zur *actio in factum praetoria*. Wir haben nun ihr Verhältniß zur *actio in factum civilis* auszumitteln. Als die *actio praescriptis verbis* in Gang kam, war die *actio de dolo* längst vorhanden, und in vielen Fällen, wo man späterhin eine *actio incerti civilis* hatte ertheilen können, blieb vorher nichts übrig, als im Fall eines *dolus* zu einer *actio de dolo* zu weichen. Dadurch mußte sich nun, auch nachdem die *actio praescriptis verbis* längst eingeführt war, ein Rangstreit zwischen beiden Klagen erheben: die *actio de dolo* war älter, schon oft ertheilt in den Fällen, wofür nun

1) L. 11. de dolo malo (4. 3).

erst eine neue Klage eintreten sollte, zugleich war die neue Klage eine actio in factum, und ihr daher untergeordnet; für die actio praescriptis verbis hingegen konnte das wohl sprechen, daß sie eigentlich actio utilis der bonae fidei negotia, und daher statt jener da war, daß aber auch die actio de dolo eine ungern ertheilte infamirende Klage ist. Die Römischen Juristen scheinen in ihren Ansichten über diesen Punct getheilt gewesen zu seyn, und die Punkte auf beiden Seiten gewichtig gefunden zu haben; dennoch neigen sie sich fast einstimmig dahin, daß sie im Fall eines dolus lieber eine actio de dolo als eine actio praescriptis verbis ertheilen. Ulpian scheint zwar, seiner eignen Ansicht nach, für die actio praescriptis verbis gewesen zu seyn, wie dies aus der oben angeführten l. 15. de praescr. verb. (19. 5.) hervorgeht, wo er in dem Falle, daß jemand flüchtige Sklaven entdeckt hat und anzeigt, den dafür bedungenen Lohn aber nicht erhält, eine actio praescriptis verbis ertheilen will. Dennoch huldigt er aber auch hier der herrschenden Ansicht, und so setzt er denn nachgebend in derselben eben angeführten Stelle hinzu: nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur²⁾. Pomponius³⁾ aber und vor allen Paulus erklären sich für die Meinung des Julian, der nur im Fall eines Nichtdolus die actio in factum civilis, im Fall eines dolus aber die actio de dolo ertheilt, und in so fern die actio de dolo in dasselbe Verhältniß zur actio in factum civilis, wie zur actio in factum praetoria steht.

2) In einer andern Stelle, l. 34. de dolo malo (4. 3.), die aber aus demselben Buch ad Sabinum ist, erklärt sich Ulpian geradezu für die actio de dolo, und sagt: nulla alia, quam de dolo malo actio locum habebit.

3) L. 16. in f. de praescr. verb. (19. 5.).

PAULUS libro 5. Quaestionum.

L. 5. §. 2. de praesc. verb. (19. 5).

Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem.

So weit von dem Verhältnisse der actio de dolo zur actio in factum civilis. Es bleibt aber nun noch zum Schlusse des Paragraphen eine Hauptbemerkung zu machen übrig. Wir haben oben die Lehre von den Innominatcontracten als solche verworfen, und dennoch eingestanden, daß in l. 7. §. 2. de pactis Ulpian von Verträgen spricht, aus denen eine actio praescriptis verbis entsteht. Sollte dies kein Widerspruch seyn, und ist es nicht ganz gleichgültig, ob diese Contracte von den Neueren Innominatcontracte genannt werden, oder nicht? Indem die Römer im Titel de pactis von den gültigen Verträgen sprechen, müssen sie natürlich nach Aufzählung der bonae fidei negotia auch darauf kommen, daß wo eine actio praescriptis verbis ex pacto entspringt, ja ebenfalls ein Contract begründet sey. Aber diese beiläufige, richtige, und auch von uns schon oben anerkannte Aeußerung Ulpian's, macht diese Contracte noch nicht zu einem Theil eines ganz anderen Systems, des Institutionensystems; es beweist dies nur um so mehr, daß das System der Juristen auffer Gajus ganz von der Haupteintheilung nach Contracten und Delicten abstrahirt und lediglich, worauf diese ganze Darstellung hinaus soll, ein Klagensystem ist; es beweist aber auch zugleich, daß das Contract- und Delictsystem der Institutionen ein enges und nichtsagendes ist, weil, was man auch thun wollte, die sogenannten Innominatcontracte keinen Platz darin finden würden.

Es ist diese Untersuchung nun aber zur Bekämpfung der Lehre vom jus poenitendi reif geworden, womit im nächsten Paragraphen zugleich diese Schrift beschlossen werden soll.

§. 10.

Wie dies schon oben in der kurzen Darstellung der Sage von den Innominatcontracten vorgekommen ist, soll bei diesen sich die wunderliche, außerordentliche, und schwer zu erklärende Begebenheit zutragen, daß vollkommen anomalisch von dem übrigen Contractensystem, einseitiges Abgehen des einen Contrahenten möglich werde, während ja bei allen andern Contracten der gegenseitige Willen bei der Auflösung erforderlich sey. Man hat dieses sonderbare Recht technisch jus poenitendi genannt. Es zu erklären haben sich nun viele Juristen gar sehr angelegen seyn lassen. Diese Bemühungen einen Irrsatz zu erklären, ohne daß man nur gefragt hätte: besteht denn wirklich dieser Satz? oder wie besteht er? und ist es denn überhaupt anomalisch, daß er besteht? der geringe Scharfsinn endlich, mit dem man diesen Satz wirklich im Römischen Recht aufzufinden glaubte, die Leichtgläubigkeit, mit der er vom Vater auf den Sohn, und vom Lehrer auf den Schüler sieben volle Jahrhunderte überging, sie sind das betäubende Zeichen, wie in unserer Wissenschaft mehr als in jeder andern Nachbeterei des Hergebrachten, ohne durchgreifend eigene Prüfung, das ihr eigenthümlich inwohnende fast unverstilgbare Contagium ist. Mehrere Erklärungen dieses sogenannten jus poenitendi sind wunderlicher, als das Recht selbst. Schilter¹⁾ will einer gewissen libertas Quiritaria diesen sonderbaren Umstand zuschreiben.

1) SCHILTER Exercit. nr. 24.

Langsdorf²⁾ erkennt den Lehrsatz für wahr an, meint aber es sey ja nichts Ausgezeichnetes, da auch der deponens, der mandans; der socius, einseitig vom Contract abgehen könne, und viele andere endlich³⁾ halten das Ganze deswegen für äusserst natürlich, weil ja nach ihnen die Leistung von der einen Seite alles bedinge, dadurch aber (und hier liegt der Fehlschluß) bloß der Leister berechtigt, und der, dem geleistet worden, bloß verpflichtet würde. Daraus, daß die Leistung (wir wollen einen Augenblick annehmen es sey so) den Vertrag zu einem gültigen macht, folgt ja noch keinesweges, daß der Leister irgend ein Recht mehr erlange; es folgt nur, daß nun hinsichtlich des Vertrags alles eintritt, was ohne die Leistung nicht eingetreten wäre, d. h., daß der Vertrag an sich ein gültiger ist, und daß demzufolge keiner einseitig abgehen kann; es folgt also gerade das Entgegengesetzte, was jene aus eben derselben Prämisse erweisen wollen, oder mit anderen Worten, jene haben nicht eingesehen, daß ein Unterschied sey zwischen der bedingenden Leistung und dem bedingenden Leister⁴⁾, oder mit noch anderen Worten, daß ja, da jedes pactum wenigstens eine exceptio wirkt, die exceptio pacti dem zurückfordernden Leister entgegenstehen müsse.

Wir müssen, Behufs unserer ferneren Analyse, ein wenig von weither ausholen. Das Wesen der donatio besteht im freiwilligen Leisten einer Sache zum Besten eines Anderen ohne Rücksicht auf Entgeltung. Sie ist also vor dem Geber gar nicht da, hört nach dem Geben zu existiren auf, und ihre ganze juris

2) Hugo's Magazin, B. 1. S. 4. Nr. 18.

3) Thibaut's Pandekten. §. 165.

4) Beim Depositum u. S. ist der eine Contrahent das Bedingende.

stische Lebensdauer besteht während des Gebens (in dando). Daraus erklären sich alle Phänomene der Schenkung. Evictionleistung ist nicht möglich, denn nach dem Geben ist ja gar keine Spur von ihr mehr vorhanden, eine Klage auf das zu Schenkende ist nicht möglich, denn vor dem Geben existirt ja Nichts. Daß eine in eine Stipulation gehüllte Schenkung dies nicht entkräftet, folgt von selbst, denn hier ist nicht die Schenkung, sondern die Form der Stipulation das Bindende. Aber auch Justinian hat durch seine Verordnung diesen streng juristisch consequenten Satz nicht aufheben können, denn es folgt nun weiter nichts, als daß jedes Schenkungsversprechen, kraft des Gesetzes, Wirkungen der Stipulation hat. Eine donatio kann demnach immer als solche nur in dando bestehen⁵⁾.

Ist das nun zugleich das Wesen einer zweiseitigen obligatio, daß der Eine leisten wolle, aber auch in Hoffnung der Leistung des Anderen, so ergiebt sich der Unterschied von donatio und obligatio von selbst. Die donatio hat gar nichts Obligatorisches, und nur die rückwärtslose einseitige Leistung bildet ihr Wesen. Die obligatio erfordert gar nicht, daß wirklich geleistet werde, aber daß gegenseitig geleistet werden solle. Wie aber zwei Gattungen sich vermischt beiden ähnliche Geschöpfe hervorbringen, so läßt sich auch ein Zwitterprodukt der ineinander geflossenen obligatio und donatio im Römischen Rechte nimmermehr verkennen. Es ist nämlich denkbar, daß jemand rücksichtslos schenkt, und ohne Entgeltung zu verlangen, aber dennoch an sein Geben

5) Der Ausspruch in l. 9. §. 3. de don. (39. 5.) „Donari non potest, nisi, quod ejus fit cui donatur“ drückt das oben Gesagte kurz aus, und ist so anzusehen wohl nicht so trivial, als Savigny Zeitschrift f. gesch. Rtsw. Bd. 4. Heft 1. es meint.

die Bedingung einer kleinen Gegenleistung knüpft, so aber daß die Geringsfügigkeit dieser Gegenleistung kaum gegen das Gegebene in Betracht kömmt. Wer nun bloß die Thatsache des Gebens berücksichtigt, die bedungene Leistung aber nicht, wird hier sagen, es ist eine Schenkung vorhanden. Wer dagegen mehr das Gegenseitige beachtet und abwägt, wird behaupten, hier existire eine obligatio. Je nachdem man also, so zu sagen, auf die Schenkung, oder auf den modus den *Don* legt, wird die *donatio sub modo* entweder *donatio* oder *obligatio* seyn. Dies ist sehr gut enthalten in folgenden Stelle.

ULPIANUS libro 71. ad Edictum,

L. 18. pr. de don. (39. 5).

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.

Es fragt sich nun aber weiter: welche obligatio concurrirt gleichsam im Fall einer *donatio sub modo* mit der *donatio*, oder welche obligatio ist vorhanden, wenn man das Ganze nicht als *donatio* betrachten will? Hier ergiebt sich eine doppelte Lösung der ganzen Aufgabe von selbst. Legt man, wie ich mich schon einmal ausgedrückt habe, den *Don* aufs Gegebene, so daß man alles Andere davon abhängen läßt, so fängt eine obligatio überhaupt erst dann an, wenn der bedungene modus nicht erfüllt wird, d. h., es ist nun wegen eines Habens ohne Grund eine obligatio, ob *causam datorum*, eine *condictio c. d. c. n. s.* vorhanden. Dieser obligatio liegt kein pactum zu Grunde, und sie beginnt erst im Augenblicke, wo der Habende *sine causa* zu haben anfängt. Aber abgesehen von der *datio* überhaupt, und der daraus entspringenden obligatio, läßt sich die *donatio sub modo* noch unter einem andern Gesichtspuncte

fassen, dem nämlich der absoluten Zweiseitigkeit; es kann zu gleicher Zeit die donatio sub modo, sieht man abstrahirend von der datio auf das bloße pactum, ein solches Geschäft seyn, das als solches Ähnlichkeit mit einem bonae fidei negotium hat, und daher eine actio praescriptis verbis zu Wege bringt. Diese letztere actio entspringt aus einem pactum, das nicht ganz unter den Begriff eines bonae fidei negotium zu bringen ist, wobei aber das, daß das Geschäft zugleich eine donatio sub modo ist, gar nicht in Betracht kommt.

Wir sind nun unserer Hauptanalyse näher gerückt. Ist nämlich bei einer datio sub modo der modus so stark, daß er der datio an Wichtigkeit gleich kommt, so verschwindet der Begriff einer Schenkung vollkommen und es kann dann nur von einem obligatorischen Verhältnisse die Rede seyn. Aber, wie oben bei der donatio sub modo, müssen nun bei der datio ob causam wiederum zwei ganz verschiedenartige Obligationen concurriren, die sich nun aber auch, vornehmlich durch ihre verschiedene Anfangszeit, als gesondert darthun. Gebe ich nämlich ob causam, so ist das Ganze von der einen Seite betrachtet kein pactum, sondern nur eine einseitige Handlung des Hingebens. Wird die causa nicht erfüllt, so tritt nun eine wiederum einseitige obligatio des Zurückforderns, eine condictio, ein, und das ganze Geschäft ist beendet. Aber von einer anderen Seite kann das Ganze auch betrachtet werden als Vertrag, wobei das gar nicht in Anschlag kommt, daß Einer gegeben hat, und der Andere noch nicht, sondern nur das berücksichtigt werden muß, ob Ähnlichkeit mit einem bonae fidei negotium da ist, in welchem Fall eine actio praescriptis ertheilt wird, die aber nicht, wie die condictio, erst zusteht, wenn nicht erfüllt wurde, sondern alsobald, wenn der dem bonae fidei negotium ähnliche Vertrag geschlossen ist.

So ist denn der Schlüssel der Innominatcontracte und des sogenannten *jus poenitendi* mit einemmal aufgefunden. Zwei verschiedene obligationes, die *obligatio incerti civilis*, und die *obligatio ob causam datorum*, können mit einander, wie dies auch andere obligationes thun, concurriren. In dem Schema *do ut des, do ut facias*, liegt diese Concurrrenz schon zugleich enthalten; es ist die Concurrrenz einer *actio bonae fidei* oder *arbitraria* mit einer *actio stricti juris*, einer *actio*, die *ex pacto* kömmt, mit einer anderen, die durch die Thatsache eines Habens ohne Grund, also einseitig, entsteht. So wenig, wie man aber von dem, der aus einem Geschäfte zugleich eine *actio mandati* und *depositi* hätte, sagen würde, er übe ein *jus poenitendi*, wenn er die, die er von beiden für gut findet, erwählt, sondern vielmehr ein *jus eligendi*, so auch hier. Daß durch die Anstellung der einen Klage die andere wegfallen muß, folgt von selbst, weil ja nun das Interesse überhaupt aufhört. Auch wer mit der *actio mandati* klagt, und das Interesse erlangt, würde aus demselben Geschäfte nicht mehr die *actio depositi* anstellen können. Zu gleicher Zeit fällt aber nun das weg, was man von Anomalie des sogenannten *jus poenitendi* rücksichtlich der anderen sogenannten benannten Contracte gefaselt hat. Wie oben (§. 6.) auseinander gesetzt wurde, können auch *bonae fidei actiones* sehr gut mit *Conditionen* concurriren. So kann z. B. in dem Falle, daß wegen eines Kaufs eine *arrha* gegeben ist, auf Rückgabe dieser *arrha* nach beendigtem Kaufe mit der *actio ex emto* geklagt werden, aber nichts desto weniger auch mit der *condictio causa data, causa non secuta*⁶⁾; denn es ist ja zugleich eine *datio ob causam* vorhanden. Dasselbe findet nun bei den

6) L. 11. §. 6. de action. emti (19. 1).

sogenannten Innominatcontracten statt. Eine obligatio incerti civilis, ähnlich einem bonae fidei negotium, concurrirt mit einer obligatio ob causam datorum in einem Factum, und wie oben, im Fall einer arrha, ex emto sowohl, als auch ob dationem geklagt werden kann, so hier nicht allein aus dem pactum, sondern auch aus dem Haben ohne Grund. Indem man aber zwei obligationes in eine zusammen zu geben sich nicht scheuete, indem man das, was sich nur allein formell erklären läßt, aus einem materiellen Standpuncte betrachtete, mußte man auch natürlich zu der Sonderbarkeit gelangen, die actio praescriptis verbis auf einer geschehenen Leistung beruhen zu lassen, und wiederum umgekehrt, die condictio, causa data non secuta, wenn sie mit Recht angestellt wurde, ein jus poenitendi zu nennen.

Ich glaube, der Gang unserer ganzen Darstellung, das Einfache und in die Augen Fallende der Lösung selbst, könnte wohl als hinreichender Beweis des eben Ausgeführten gelten; es fehlt uns aber nicht an specielleren Belegen, und diese sollen hier erfolgen. Daß den Römern die sogenannten Innominatcontracte der Neueren nur zwei concurrirende obligationes sind, wird wohl unumstößlich dadurch bewiesen, daß beide Obligationen ja an zwei ganz verschiedenen Orten vorgetragen werden, und daß in dem Titel, wo von der condictio causa data, causa non secuta, die Rede ist, auch nicht einmal der actio praescriptis verbis Erwähnung geschieht, obgleich sie in allen den Fällen, die dort Gegenstand der Betrachtung sind, aus einem anderen Gesichtspunct hätte gegeben werden müssen?). So erwähnt Ulpian.

7) Vorzüglich ist dies in der l. ult. de c. d. c. n. s. der Fall. Die obligatio incerti civilis wird gar nicht erwähnt, als existire sie nicht, und nur von einer obligatio ob rem dati re non secuta gesprochen.

in der l. 7. §. 2. de pactis, wo er von der actio incerti civilis spricht, der conditio c. d. c. n. s. bei den Fällen des do ut des und do ut facias auf keine Weise, und Paulus spricht zwar in der l. 5. de praescriptis verbis von der Concurrenz der beiden Obligationen, aber mit folgenden gewichtigen Worten, womit er zugleich die Verschiedenheit der causa der beiden Klagen andeutet: „in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acciperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere, vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datam, re non secuta. Ferner kann uns ein argumentum ab absurdo hier gute Dienste leisten. Da die conditio c. d. c. n. s. nicht immer mit der actio praescriptis verbis concurrirt, und diese nicht immer mit jener, so müßten wir, um Innominatcontracte zu construiren, bei denen beide Klagen Contractsklagendienste vertreten, annehmen, eine Art der conditio c. d. c. n. s. sondere sich ab von dem übrigen Theile der Klage, begeben sich mit einer eben so abgesonderten actio praescriptis verbis zusammen, und bilde nun in Gemeinschaft mit diesen die Innominate contracte, oder man müßte denn umgekehrt annehmen wollen, die Innominatcontracte seyen Contracte durch sich, und ohne daß die Klage sie dazu mache. Auch das mag wohl noch zuletzt als Beweis gegen die Einheit der Innominate contracte auftreten können, daß ja die actio praescriptis verbis und conditio, wie schon oben gesagt worden ist, einen ganz verschiedenen Anfangszeitpunct haben, und daß die actio praescriptis verbis vielleicht verjährt seyn kann, wenn die andere obligatio, ob causam datorum, erst beginnt.

Wir sind also in unserer Analyse nun so weit gekommen, daß wir die sogenannten Innominate contracte in zwei

ganz heterogene obligationes zerlegt hätten, wovon die eine stricti juris ist und ganz allein real, die andere aber entweder bonae fidei, oder arbitraria, und durchaus das, was das ihr entsprechende bon. fidei negotium ebenfalls seyn würde. Jede dieser verschiedenen Obligationen hat ihre verschiedenen Zwecke und Bedingungen. Die Frage, was man aus dem pacto erlange, geht ganz allein die obligatio incerti civilis an; die Frage, wann ob causam non secutam zurückgefordert werden könne, betrifft ganz allein die obligatio ob causam datorum. Hiermit wäre im Grund unsere Hauptuntersuchung geschlossen; da aber die herrschenden falschen Vorstellungen auch hier noch nicht ihr Spiel zu treiben aufhören, so müssen wir uns noch zuletzt auf eine Hauptberichtigung einlassen.

Es wird nämlich behauptet (und das soll die eigentlichsste Eigenthümlichkeit der sogenannten Innominatecontracte im Grund ausmachen), daß nicht allein wegen schuldvoller Nichterfüllung, sondern auch ob meram poenitentiam, wegen blosser Sinnesänderung, zurückgefordert werden könne. Nach unserer eben aufgestellten Ansicht geht die Zurückforderung lediglich die obligatio ob causam datorum allein an; es würde also der Satz, wenn er wirklich bestehen sollte, sich nun so stellen: Gebe ich Etwas ob causam, so brauche ich überhaupt die Möglichkeit, daß die causa erst später eintreten kann, nicht zu berücksichtigen; ich kann sogleich zurückfordern, kurz, es ist so gut, als wenn ich gar nicht ob causam gegeben hätte. Zu diesem innern Widerspruche führt nun die consequent durchgeführte Ansicht; und während man so zwei Zurückforderungen, wegen schuldvoller Nichterfüllung, und ob meram poenitentiam, annahm, beachtete man gar nicht, daß ja die eine in der anderen nothwendiger Weise enthalten sey, oder die andere vielmehr ganz ausschliessen müsse.

Es giebt vielleicht keine Behauptung im Römischen Rechte, die den Juristen weniger Ehre machen kann, als gerade diese. Sie zeigt auf eine unwiderlegbare Weise, wie man sich gar zu gern an die oberflächliche Bedeutung der Worte hielt, wie man seine a priori vorgefaßten Meinungen in diese Worte hineinlegte und jeden tiefern Blick zu meiden schien. Die Beweise der Juristen sind in l. 3. §. 2. 3. und in l. 5. pr. de cond. c. d. c. n. s. enthalten. Wir wollen die erste Stelle hier mittheilen.

ULPIANUS libro 26. ad Edictum.

L. 3. §. 2. 3. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4).

Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis possum condicere, aut si me poeniteat condicere possum.

§. 3. Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit condici poterit.

Es wird in dieser Stelle gesagt, daß wenn ich jemanden Geld gegeben habe, um einen Sklaven zu manumittiren, ich mit der Zurückforderung warten müsse, bis die festgesetzte oder zum Manumittiren mögliche Zeit vorüber sey. Gesähäbe es nicht, so könnte ich dann erst condiciren, es sey denn, ich bereuete die ganze Sache; denn alsdann trete die *condictio* alsobald ein. Daß wer nur sieht, was gerade in die Augen fällt, hier die *mera poenitentia* der *Innominatcontracte* finden könnte, mag keine Verwunderung erregen; daß aber so viele treffliche Männer viele Jahrhunderte hindurch dies nachsagten, ist wirklich einzig in seiner Art.

Wie nämlich oben weitläufiger ausgeführt worden ist, treten die *condictiones ex re* alsdann ein, wenn jemand *sine causa* etwas vom andern zum Eigenthume zu haben anfängt. So tritt die *condictio c. d. c. n. s.* ein, wenn

ob causam etwas gegeben worden ist, und diese causa entweder nicht eintritt, oder wegfällt (causa finita) oder anders eintritt. Alsdann hat der Besizende im Grunde sine causa, und deswegen muß er zurückgeben. Dies ist überhaupt der obere Grundsatz. Da aber das Ganze aus dem Gesichtspunkte des bonum und aequum betrachtet wird, so muß nothwendigerweise Folgendes eintreten. Nur dann, wenn der, welcher erfüllen soll, schuld daran ist, daß die causa nicht eingetreten, wird es angesehen als sey die causa weggefallen, und die obligatio ob causam datorum tritt ein⁸⁾. Ist er nicht schuld, und würde er verlieren, wenn zurückgefordert würde, so hat er ja nicht sine causa, und deswegen kann nicht condicirt werden. Aber auch wenn er nicht schuld an der nicht eingetretenen causa ist, aber dennoch durch die datio ob causam gewinnt, was er sonst nicht gewonnen haben würde, so hat er sine causa, und es kann condicirt werden⁹⁾. Eben so müssen hinsichtlich der Zeit Bestimmungen eintreten. Gebe ich ob causam, so kann man nicht eher sagen, die causa ist non secuta, als bis die Möglichkeit des Eintretens da war, oder es müßte denn eine bestimmte Zeit, innerhalb welcher eintreten soll, festgesetzt seyn. Dann ist die Möglichkeit gleichsam früher in bestimmte Gränzen gebracht worden, und es richtet sich Alles nach der festgesetzten Zeit. Früher tritt aber gar keine obligatio ob causam datorum ein, und eine conditio wird daher unmöglich. Von beiden Fällen spricht Paulus in folgender Stelle:

L. 5. §. 2. de praesc. verb. (19. 5).

Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta, ut servum manumittas, sive certum tem-

8) L. 3. §. 3. in f. h. t.

9) L. 5. pr. §. 3. 4. h. t.

pus adjectum sit, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non sit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest.

Wann kann nun, im Widerspruche mit dieser deutlichen Stelle, nach den obigen Fragmenten auch dann condicirt werden, wenn der, welcher Geld zum Manumittiren gegeben hat, das Ganze bereuet? Ist das nicht dem oben aufgestellten Satze schnurstraks zuwider, wo es heißt, die obligatio ob causam datorum trete dann erst ein, wenn die Möglichkeit der Erfüllung auch vorhanden gewesen sey? Dies bedarf nun einer historischen Erklärung:

Der Kaiser Marcus Aurelius verordnete in einer Constitution, die wir zwar nicht mehr besitzen, die aber oft angeführt wird, daß wenn jemand einen Sklaven unter der Bedingung verkauft habe, der Käufer solle ihn manumittiren, und dieser die festgesetzte Zeit, oder die, worin es möglicher Weise geschehen konnte, ohne Manumission vorüber streichen ließ, der Sklave ipso jure ohne Form der Manumission frei seyn sollte.

Imp. ALEXANDER. A. Entychiano liberto.

L. 2. C. si mancipium ita (4. 57).

Si ea lege Orestes servum suum, sed naturalem filium venumdedit, ut emptor eum manumitteret, quamvis non est manumissus, ex constitutione divorum Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum liber est¹⁾.

Dieselbe Constitution, ursprünglich auf den Kauf beschränkt, wurde bald nachher auch darauf ausgedehnt, wenn jemand

1) L. 4. C. eodem. L. 1.1.3. 1.4. D. qui sine manum. ad libert. 40. 8.

Geld für das Manumittiren empfangen habe²). Aber diese Constitution enthielt nun noch etwas Anderes. Daß Freiseyn ipso jure war in derselben dadurch bedingt, daß der Verkäufer, oder der Geld Behuf des Manumittirens hergegeben hatte, vor der feierlichen Manumission bei seinem Willen blieb, oder was dasselbe ist, es war ihm in der Constitution frei gestellt, bis zur feierlichen Manumission sagen zu können, er wolle nicht, daß der Slave frei werde, also zu pönitiren.

L. 3. qui sine manum. (40. 8).

Eum qui ita veniit, ut intra tempus manumitteretur, cum dies praestandae libertatis venerit, vivente venditore et perseverante in eadem voluntate: perinde haberi ac si ab eo, a quo debuit manumitti, manumissus esset.

L. 3. de serv. exp. (18. 7).

Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus liber fit; si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseveret, heredis voluntatem non esse exquirendam.

L. 5. §. 1. in f. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4).

Plane si non manumiserit, constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum poenituerat eum, qui in hoc dedit.

Der Grund dieser Freiheit, seinen Willen zu ändern, ist leicht aufzufinden. Der, welcher manumittiren sollte, war meistens gar nicht dabei interessirt, ob es geschehe oder nicht; es war häufig ein Mandat, und das Geld war nur zur Bestreitung der Kosten, oder zur Entschädigung gegeben. So ist es also gar nicht auffallend, daß die constitutio dem

²) L. 35. §. 1. de liberali causa (40. 12).

mandans erlaubte, von dem, was er aufgetragen hatte, willkürlich abzugehen³⁾). Nun erklären sich aber die anscheinend widersprechenden Stellen, die die *condictio* wegen bloßer Neue zulassen, von selbst. Die *obligatio ob causam datorum* ist eine rein formelle *obligatio*; sie tritt ein, wenn jemand *sine causa* zu haben anfängt. Die materiellen Rechtsätze, die diesen Nichtgrund zu Wege bringen, liegen gar nicht in dem Kreise derselben, und gehen sie durchaus nichts an. Habe ich z. B., um die mir im Testamente gemachte Bedingung zu erfüllen, gegeben, und schlage ich nachher die Erbschaft aus, so kann ich zurückfordern, weil jener *sine causa* zu haben anfängt⁴⁾). Der Rechtsatz, ob ich ausschlagen kann oder nicht, muß unabhängig und in sich begründet seyn; zur *obligatio ob causam datorum* gehört er aber als ein materieller nicht; denn hier gilt bloß die Rücksicht, ob der Habende nun *sine causa* hat. So auch in unserem Falle. Gebe ich Jemanden Geld, daß er den Stichus manumittiren solle, so tritt die *condictio* als solche erst ein, wenn die Möglichkeit des Manumittirens vorhanden war; denn alsdann hat der, der die Manumission übernahm, erst *sine causa*. Existirt nun aber nebenbei ein anderweitiges Gesetz, daß der, der die Manumission auftrug, sie, bis sie wirklich in aller Form erfolgte, verhindern könnte, so tritt für diesen Fall durch das materielle Gesetz noch etwas Anderes ein. Hat der, welcher die Manumission auftrug, von der Freiheit des Widerrufs Gebrauch gemacht, so hat nun in diesem Augenblicke schon der, welcher manumittiren sollte, *sine causa*, und die Möglichkeit des Eintretens der *causa* braucht, da ja dieselbe

3) So spricht l. 5. §. 2. cit. von einem reinen Mandat.

4) l. 1. §. 1. h. t.

schon durch einen andern Umstand wegfiel, nicht erst abgewartet zu werden. So wie das Abwarten der Möglichkeit der Manumission beschränkt werden kann durch eine festgesetzte bestimmte Zeit, so ist sie gar nicht erforderlich, wenn eine andere causa eintritt, die die ganze Sache von selbst hebt, denn die *condictio c. d. c. n. s.* ist ja eine rein formelle Klage, und was der Grund der *causa non secuta* sey, ob die schon vorhandene Möglichkeit zu manumittiren, oder die Freiheit, die der Andere hat, die ganze Manumission rückgängig zu machen, kann für ihre Anstellung höchst gleichgültig seyn.

Dieses allein vorausgesetzt ist die ganze Fassung der l. 3. §. 2. 3. h. t. nun höchst richtig und sinnig. Ulpian sagt: *Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis possum condicere, aut si me poeniteat condicere possum, d. h. nämlich nichts Anderes, als die condictio kann in diesem Fall auf zweierlei Weise begründet werden: an sich dadurch, daß die Möglichkeit des Manumittirens vorübergestrichen ist, oder dadurch, daß der ganze Grund des Habens überhaupt aufhört, durch Widerruf der Manumission; und dies sagt denn auch der folgende Paragraph: „Quid si ita dedi ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat“ (dies ist nämlich ein ganz ausserhalb liegendes Factum).*

Daß dies anderweitig erwiesene historische Factum eben erklärten Stellen zu Grunde liegt, läßt sich aber auch noch specieller darthun. Julianus, der zu einer Zeit lebte (unter Hadrian), wo die *constitutio* des Kaisers Marcus noch nicht existirte, weiß auch von der in diesen Stellen enthaltenen Freiheit zu poenitiren noch nichts, und von demselben Falle sprechend, läßt er nur die *condictio* im Falle der vorübergegangenen Möglichkeit zu manumittiren zu.

IULIANUS libro 10. Digestorum.

L. 19. pr. in f. de reb. cred. (12. 1.).

Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendentibus esset, an id futurum esset, cessabit obligatio. Cum vero certum esse coepisset, futurum id non esse, obligabitur, qui accepisset, veluti si Titio decem dederit, ut Stichum intra Kalendas manumitteret, ante Kalendas nullam actionem habebo, post Kalendas ita demum agere poterit, si manumissus non fuerit⁵⁾.

So ist denn die so viel gerühmte Pönitz, bei Innominatcontracten nur aus Mißverständnis der Conditionenlehre und ihrer Grundlage, so wie aus dem Uebertragen eines speciellen Falles auf alle möglichen Fälle entstanden. Was durch eine einfache historische Lösung in seine natürlichen Bestandtheile und Fugen zurückgeht, wird durch Unkenntnis und Nachberei zu einem sogenannten anomalistischen Ungeheuer, und Zeit und Kräfte werden vergeudet, um wissenschaftliche Aufserordentlichkeiten zu erklären durch eine Kistkammer von Hypothesen, wo man die einfache Vorfrage machen sollte, ob nicht alles in der Ordnung ist. Von diesem Satz ist die Lehre von den Innominatcontracten und dem jus poeni-

5) Auch noch auf J. 5. pr. h. t. pflegt man sich zu berufen, vorzüglich auf die Worte: sed cum liceat poenitere ei; das Ganze spricht aber von der Concurrentz eines Mandats mit der cond. ob caus. dat. Auch hier beruht die Anstellung der conditio ganz einfach auf dem Satz, es darf keiner sine causa vom anderen etwas haben, sollte er auch nicht Schuld an der Nichterfüllung seyn. Daher muß er den Gewinn herausgeben, aber Schaden braucht er nicht zu leiden.

tendi ein lebendiger Beweis, und wer weiß, ob sie, wenn auch hier zu Grabe geläutet, mit dem Alter von sieben Jahrhunderten unzufrieden, nicht recht bald in einer Recension oder sonst irgendwo ihren jüngsten Tag wieder findet, so wie diese Schrift ihren Tartarus oder ihre Hölle, was gleich ist.

Verbesserungen.

- Seite 3. Z. 1., S. 11. Z. 1. u. Z. 9. v. u., S. 13. Z. 9.
u. S. 15. Z. 6. st. certums l. certum
- S. 4. in der 8ten Zeile st. frú l. für
- S. 6. Z. 3. v. u. st. ενωχων l. ενοχων
- S. 11. Not. 3. Z. 2., v. u. st. quotiem l. quotiens
- S. 12. Z. 15. st. cretam l. creditam
- S. 13. Z. 1. st. oxceptio l. exceptio
- S. 13. Not. 5. Z. 5. v. u. st. iutenitur l. intenditur.
- S. 15. Not. 6. Z. 3. v. u. st. συναλαμια l. συναλλαγμα.
- S. 16. Z. 3. ist hinter Natur „nach“ zu setzen.
- S. 33. Z. 12. v. u. st. andere l. anderen
- S. 41. Z. 7. st. Hingeebenen l. Hingebenden
- S. 65. Z. 2. v. u. st. maxisme l. maxime
- S. 79. Z. 2. v. u. st. das l. daß
- S. 94. Not. 7. muß „L. 15. p. V. de dolo“ wegbleiben.
- — — 8. Z. 4. v. u. st. si l. vi
- S. 105. Z. 11. st. pacto l. ex pacto
- S. 142. Not. 7. Z. 4. v. u. müssen die Commata wegfallen.
- S. 155. Z. 19. st. et ex l. et ea

250



