Handbuch

des

im Königreiche Sachsen

geltenden

Civilrechts.

Dritter Theil.

Des dritten Buches erste Abtheilung.

Leipzig,
im Schwickertschen Verlage
1807.

Vorrede.

Das Publikum empfängt hier die Fortsetzung des vom Herrn Appellationsrathe D. Curtius angefangenen Handbuches des in Churſachsen geltenden Privatrechts.

Die Ursachen, welche die Erscheinung derſelben so lange verzögert haben, waren die Entfernung des Herrn Appellationsrathes von Leipzig und die Geschäfte seines Amtes, welche ihm die nöthige Muße raubten, und ihn endlich sogar nöthigten, die Beendigung seines Werkes einer fremden Hand zu überlaſſen. Der Verfaſſer dieſer Fortsetzung hat ſich nun zwar bemüht, ſoviel als möglich nach eben dem Plane und mit eben der Zweckmäßigkeit zu arbeiten, welche den Vorzug der erſten beyden Bücher ausmachen: allein er fürchtet, daß man demungeachtet die Verſchiedenheit nur zu ſehr bemerken wird. Nachſichtige Beurtheiler werden indeſſen die Schwierigkeit berückſichtigen, welche es überhaupt hat, eine fremde Arbeit fortzuſetzen, und welche er insbeſondre bey der Lehre vom perſönlichen Sachenrechte, der umfaſſend-

sten und reichhaltigsten im ganzen Civilrechte, überwinden mußte.

Die jetzt erscheinende erste Abtheilung des dritten Buchs enthält die allgemeinen Grundsätze und Lehren des persönlichen Sachenrechts, die unmittelbaren Verbindlichkeiten und den Anfang der Materie von Verträgen. Die, sobald es thunlich ist, nachfolgende zweyte Abtheilung wird die übrigen Verträge und die Lehre von der Aufhebung der persönlichen Sachenrechte in sich begreifen.

D. Stephan Carl Richter,
Beysitzer des Consistorii und Mitglied des Rathes zu Leipzig.

Inhalt des dritten Theils.

Drittes Buch.

Vom persönlichen Sachenrechte.

Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil.

Erstes Capitel.

Von dem Begriffe und den Eintheilungen der persönlichen Sachenrechte und Verbindlichkeiten.

§. 1120.

Das persönliche Sachenrecht (ius ad rem) ist die Befugniß, eine bestimmte, dazu verbundene Person rechtlich zu nöthigen, daß sie etwas thue, gebe oder unterlasse. Persönliche Verbindlichkeit hingegen ist die rechtliche Nothwendigkeit, dasjenige zu leisten, was der Berechtigte vermöge seines Rechtes fordern kann [a]). Der, dem die Verbindlichkeit obliegt, heißt Schuldner [b]); der, welchem das persönliche Sachenrecht zusteht, Gläubiger [c]).

a) siehe §. 396. A. F. J. Thibaut Diss. de genuina iuris personarum et rerum indole veroque huius diuisionis pretio. Kil. 1796. Dessen Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2ter Bd. Jena, 1801. S. 1. Dessen Pandektenrecht. 1ter Bd. §. 51. Feuerbach Abh. über actio in rem und actio in personam; in Dessen civilist. Versuchen. Th. I. Gießen, 1803. S.

263. Glück Commentar über die Pandekten. 2ter Th. §. 175. b. 178.

b) l. 108. D. de verb. sign.

c) l. 10. 11. 12. D. de verb. sign. l. 2. §. 3. D. de rebus cred. l. 42. §. 1. D. de oblig. et act.

§. 1121.

Jede Verbindlichkeit wird durch ein Gesetz begründet, welches ein positives, oder ein Vernunftgesetz seyn kann. Die aus den Letzten entspringenden Verbindlichkeiten heißen im weiteren Sinne natürliche; diejenigen, welche aus positiven Gesetzen herrühren, bürgerliche. Alle im Naturrechte gegründeten Zwangsrechte und Verbindlichkeiten haben in der Regel auch im Staate ihre volle Wirksamkeit (obligationes mixtae), wenn nicht die bürgerlichen Gesetze dieselbe eingeschränkt oder aufgehoben haben. Sind sie aller Wirksamkeit beraubt (obligationes naturales iure ciuili reprobatae), so können nicht nur keine rechtlichen Ansprüche daraus erhoben werden, sondern es kann auch dasjenige, was irriger Weise zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit gegeben worden ist, wieder zurückverlangt werden. Bloße Einschränkungen der natürlichen Verbindlichkeit hingegen entziehen denselben nicht mehr von ihrer Wirksamkeit als das bürgerliche Gesetz ausdrückt. Wenn daher blos verordnet ist, daß wegen einer Verbindlichkeit keine Klage angestellt werden könne, so kann doch der Gläubiger sein Recht als Ausflucht geltend machen, und daher der Schuldner dasjenige nicht zurückfordern, was er wegen dieser Verbindlichkeit wissendlich oder aus Irrthum bezahlt hat (oblig. natur. iure ciuili tantum non

confirmatae). Solche Verbindlichkeiten endlich, die, dem Naturrechte unbekannt, blos durch bürgerliche Gesetze eingeführt sind (obligationes mere ciuiles), bringen zwar die vom Staate gestatteten Zwangsmittel gegen den Schuldner hervor; allein es ist diesem in den Fällen, wo die natürliche Billigkeit mit den bürgerlichen Gesetzen im Widerspruche steht, mehrentheils gestattet, sich durch Ausflüchte oder besondre Klagen zu vertheidigen a).

a) A. D. Weber system. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindl. 4te Ausg. Schwerin u. Wismar, 1805. §. 42. Glück a. a. O. 1ter Bd. §. 26. Cocceji ius controu. L. II. T. 14. Qu. 39. Gottfr. Strauß D. de oblig. mere ciuili. Ien. 1673. u. 1693.

§. 1122.

Die Gesetze verordnen nun, entweder daß jemand einer andern Person zu etwas verpflichtet seyn solle, sobald er sich in einem gewissen Rechtsverhältnisse zu derselben befindet; oder sie verordnen, daß er zu etwas verpflichtet seyn solle, wenn er durch eine verbindende Handlung sich dem Gesetze unterworfen hat. In jenem Falle ist also der nächste Grund der Verbindlichkeit das Gesetz, in diesem die Handlung des Schuldners, und daher heißen jene unmittelbare, diese mittelbare Verbindlichkeiten. Die Handlungen, aus welchen die letztern entspringen, sind theils erlaubte, theils unerlaubte, oder Verbrechen, woraus die Verbindlichkeit zur Erduldung einer Strafe und zum Ersatze des verursachten Schadens entsteht; die erlaubten Handlungen aber bestehen theils in Verträgen, theils in einseitigen Versprechen. Endlich giebt es

auch einseitige erlaubte Handlungen, wodurch der Handelnde einem Andern eine Verbindlichkeit auferlegt, gleich als ob dieser mit ihm contrahirt hätte. Da jedoch der eigentliche Grund dieser Verbindlichkeiten nicht, wie bey den mittelbaren, in einer Handlung des Schuldners liegt, sondern im Gesetze, so werden wir von denselben bey der Lehre von den unmittelbaren Verbindlichkeiten handeln [a]).

a) Weber v. der natürl. Verbindl. §. 32. flg.

§. 1123.

In Absicht auf den Gegenstand theilt man die Verbindlichkeiten vornehmlich ein, 1) in Verbindlichkeiten das Eigenthum einer Sache auf einen andern zu übertragen (obl. dandi) [a]), und Verbindlichkeiten zu andern Handlungen, die keine Uebertragung des Eigenthums bezwecken (obl. faciendi) [b]); diese aber wieder in Verbindlichkeiten einem andern etwas zu restituiren und in Verpflichtung zu persönlichen Dienstleistungen. 2) In theilbare und untheilbare, je nachdem, wenn die Verbindlichkeit mehrern Schuldnern zugleich obliegt, die Erfüllung entweder von jedem zu seinem Antheile, oder von einem allein gefordert werden kann [c]). 3) In Haupt- und Nebenverbindlichkeiten, wovon jene den eigentlichen Zweck des unternommenen Geschäfts ausmachen, diese aber entweder vom Schuldner selbst durch widerrechtliche Handlungen (dolus; culpa; mora) oder durch Nebenverträge contrahirt; oder von einer dritten Person in Beziehung auf eine schon vorhandene gültige Ver-

bindlichkeit eines Andern übernommen werden, wie z. B. Bürgschaften.

a) l. 75. §. vlt. D. de verb. obl. §. 14. Inst. de act.
b) l. 175. D. de verb. sign. Scipio Gentilis tr. de oblig. diuiduis et indiuiduis. Argent. 1669. cap. 1.
c) Gentilis a. a. O.

Zweytes Capitel.

Von den Erfordernissen zur Begründung persönlicher Sachenrechte und Verbindlichkeiten.

§. 1124.

In Ansehung dessen, was zur Begründung einer persönlichen Verbindlichkeit und eines derselben entsprechenden Rechts erfordert wird, muß man zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verbindlichkeiten unterscheiden. I. Die unmittelbaren Verbindlichkeiten beruhen nämlich entweder auf einem persönlichen bürgerlichen Rechtszustande (status), mit welchem sie durch die Gesetze verbunden sind, wie die Verbindlichkeiten der Ehegatten gegen einander, der Aeltern gegen die Kinder, der Bürger gegen den Staat u. s. w.; von diesen ist, in soweit sie in das Privatrecht gehören, im ersten Buche gehandelt worden; oder auf einem Rechtsverhältnisse, welches durch ein factisches Ereigniß, jedoch nicht vom Schuldner selbst, herbeygeführt worden ist. Dieß entsteht theils durch die Handlung eines Andern, durch welche unser Vermögen vergrößert oder erhalten wird, so daß wir uns durch seinen Verlust bereichern würden, wenn keine Verbindlichkeit zum Ersatze vorhanden wäre; dahin gehört z. B. die

versio in rem, condictio indebiti, Lex Rhodia u. s. w.; theils aus dem Besitze einer Sache, an welcher einem Andern ein blos persönliches Interesse zusteht und kein dingliches Recht (wie die actio ad exhibendum, oder actio quod metus caussa); oder von welcher er in Zukunft Schaden leiden könnte (cautio de damno infecto u. s. w.). Zur Begründung einer unmittelbaren Verbindlichkeit wird daher nichts als das Daseyn eines solchen Rechtsverhältnisses erfordert und es können deshalb dergleichen Verbindlichkeiten auch solchen Personen obliegen, welche zur Uebernahme mittelbarer Verbindlichkeiten durch Willenserklärungen unfähig sind [a]).

a) l. 46. D. de oblig. et act. Weber a. a. O. §. 71. S. 269. fig. s. unten §. 1195.

§. 1125.

II. Die mittelbaren Verbindlichkeiten erfordern zu ihrer Entstehung eine Handlung des Schuldners, welche so beschaffen ist, daß daraus eine Verbindlichkeit erwachsen kann. Hiezu gehört aber 1) persönliche Fähigkeit sich im Allgemeinen und im Besondern auf die vom Schuldner beabsichtigte Art verbindlich zu machen; 2) freyer Wille und Absicht eine Verbindlichkeit einzugehn; 3) ein Gegenstand, worüber Rechte und Verbindlichkeiten zugestanden werden können; 4) Beobachtung der durch die Gesetze vorgeschriebenen Form des Geschäftes.

1) Fähigkeit zur Uebernahme von Verbindlichkeiten.

§. 1126.

Ungeachtet im Zweifel jeder Mensch für fähig gehalten wird, Verbindlichkeiten zu übernehmen, so giebt es doch verschiedene Ausnahmen theils von solchen, die natürlich oder bürgerlich überhaupt unfähig sind, sich verbindlich zu machen, theils von solchen, die nur zu gewissen Arten von Verbindlichkeiten um ihres eignen Bestens oder um des öffentlichen Wohles willen für unfähig erklärt sind. A. Zu denen, welche gänzlich unfähig sind gehören: a) Unmündige (§. 344.) [a]). b) Rasende und Wahnsinnige (§. 382.) [b]) c) Erklärte Verschwender (§. 385.). Wenn diese Personen ohne Einwilligung ihrer Vormünder eine ihr Vermögen betreffende Verbindlichkeit übernehmen, so ist diese völlig ungültig, und sie können sogar dasjenige, was sie zur Erfüllung derselben weggegeben haben, wieder zurückfordern [c]). d) Mündige Frauenzimmer können solche Handlungen, zu welchen die Einwilligung ihrer Curatoren nöthig ist, ohne dieselbe auf keine verbindliche Weise vollziehen und daraus nicht belangt werden (§. 368 fgde.). e) Sehr betrunkene und heftig erzürnte Personen können durch Erklärungen, welche sie in diesem Zustande wegen der Uebernahme von Verbindlichkeiten thun, nicht rechtlich verpflichtet werden, wenn sie nicht nach Endigung desselben dabey beharren [d]). Was endlich Gesellschaften und moralische Personen

anlangt, so können diese allerdings nicht blos durch Verwendungen in ihren Nutzen, sondern auch durch Willenserklärungen verbunden werden; es ist jedoch hiezu die Erklärung einzelner Mitglieder, wenn ihnen nicht auf legale Weise von der Gesellschaft dazu Auftrag ertheilt worden ist, nicht hinreichend; vielmehr ist bey solchen, die eine vom Staate genehmigte Regierungsverfassung haben, wenigstens die Einwilligung der Vorsteher, bey andern Gesellschaften aber die Einwilligung des größern Theiles der Mitglieder dazu erforderlich c).

a) Weber a. a. O. §. 66.

b) Vorm. Ordn. Cap. 24. §. 4. 5. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 429. Auch Taubstumme, die sich nicht durch verständliche Zeichen ausdrücken können, sind den Blödsinnigen gleich zu achten. Vorm. Ordn. a. a. O. §. 6. Blinden und Gebrechlichen wird hingegen nur auf ihr Verlangen ein Vormund bestellt, u. daher sind sie auch, wenn sie noch keinen bekommen haben, aus ihren Handlungen verbunden. Ebendas. §. 6. 7. s. Th. I. §. 383.

c) l. 29. D. de cond. indeb. Weber a. a. O. §. 71. 72. 73.

d) Cap. 14. X. de vita et honestate clericor. can. 7. c. 15. qu. 1. Leyser Sp. 248. Heinr. Bodinus D. de iure circa ebrietatem. Hal. 1697. l. 48. D. de reg. i. Thibaut Pandekt. §. 124. Anderer Meynung ist Glück a. a. O. IV. §. 288 S. 54.

e) l. 160. §. 1. D. de reg. iur. Decis. 16. v. J. 1661. Mand. v. J. 1713. C. A. I. 1829. Landr. B. II. Art. 55. l. 27. de rebus cred. Rind Quaest. for. III. c. 43. Wernher P. V. Obs. 11. Thibaut §. 202.

§. 1127.

B. Andre Personen sind zwar nicht ganz unfähig Verbindlichkeiten zu übernehmen, aber doch von gewissen Arten von Geschäften ausgeschlossen, und können daher die Verbindlichkeiten, welche sich hierauf beziehen,

nicht übernehmen. Diese Verbote zielen zum Theil blos auf das Interesse der Personen selbst ab, weil sie leicht durch dergleichen Geschäfte Schaden leiden könnten, oder auch ein Dritter dabey Gefahr laufen würde, zum Theil auf das allgemeine Beste. Zur ersten Art gehören z. B. die Gesetze, welche den Weibern die Uebernahme von Bürgschaften untersagen, das SCtum Macedonianum u. a. zur zweyten Art die Gesetze, welche den Soldaten das Schuldenmachen, den Geistlichen die Ausstellung von Wechselbriefen untersagen und dgl. Von diesen besondern Einschränkungen wird bey den einzelnen Verbindlichkeiten selbst die Rede seyn.

§. 1128.

Da alle direct verbietende oder gebietende Gesetze den Unterthanen die Nothwendigkeit ihnen Folge zu leisten auferlegen, und das, was gegen dieselben unternommen wird, an sich selbst ungültig ist; so können auch diejenigen, welchen die Uebernahme von Verbindlichkeiten durch die Gesetze untersagt ist, weder durch Verzichtleistung und Lossagung von denselben, noch durch Umgehung des wörtlichen Inhaltes vom Gesetze ihren denselben zuwiderlaufenden Verbindlichkeiten in der Regel einige Wirksamkeit beylegen [a]). Zuweilen gestatten jedoch die Gesetze bey solchen speciellen Verboten die Renunciation oder eydliche Bestärkung, oder geben der Unterobrigkeit die Befugniß durch ihre Confirmation und Consens solche nichtige Verbindlichkeiten wirksam zu machen, wie im speciellen Theile zu zeigen ist. Wo aber jemand überhaupt

unfähig ist sich verbindlich zu machen, da äußern auch diese Bestärkungsmittel keine Wirkung, und eine von dergleichen Personen übernommne Verbindlichkeit kann nur dadurch, daß sie sich nach Beendigung ihrer Unfähigkeit von Neuem dazu bekennen, Gültigkeit erlangen. Ungeachtet übrigens die Unfähigkeit eines Menschen zu verbindenden Handlungen nicht präsumirt wird, so wird doch, wenn sie einmal erwiesen ist, ihre Fortdauer so lange vermuthet, bis das Gegentheil dargethan worden ist. (§. 62.)

a) l. 5. C. de legibus. l. 38. Dig. l. 6. C. de pactis. l. 45. §. 1. D. de reg. iur. Weber a. a. O. §. 74. Glück Comment. Bd. I. §. 140. S. 107.

2) Freyer Wille und Absicht eine Verbindlichkeit einzugehen.

§. 1129.

Weil außer dem Falle eines Verbrechens niemand wider seinen Willen seiner Rechte oder seiner natürlichen Freyheit beraubt werden kann, so kann auch nur derjenige zur Erfüllung einer mittelbaren Verbindlichkeit angehalten werden, welcher freywillig und absichtlich sich derselben unterzogen hat. Was nun A. die Absicht sich verbindlich zu machen anlangt, so ist hierüber Folgendes zu merken: 1) durch eine blos zufällige und nicht in der Absicht einem Andern ein Recht zuzugestehn unternommene Handlung oder Willenserklärung kann keine Verbindlichkeit begründet werden, wenn nicht durch dieselbe die Rechte eines Andern unbefugter Weise verletzt worden sind a). 2) Eine blos im Scherze geschehene Handlung oder Zusage kann

eben so wenig diese Wirkung haben, wenn nicht die Absicht jemand zu betrügen dabey zum Grunde liegt [b]). 3) Wenn ein Vertrag blos zum Scheine geschlossen worden ist, so können die Contrahenten die Erfüllung desselben nicht verlangen [c]); doch muß der, welcher behauptet, daß das Geschäft nicht im Ernste abgeschlossen worden sey, den Beweis hievon führen, weil nicht vermuthet werden kann, daß jemand eine verbindende Handlung ohne Absicht und blos im Scherze vornehme [d]). Ist aber 4) unter dem Scheingeschäfte ein andres erlaubtes Geschäft verborgen und nicht etwa zu Umgehung der Gesetze nur eine andre Form gebraucht worden, um eine unerlaubte Verbindlichkeit zu bemänteln, so muß auf das, was wirklich beabsichtigt worden ist, gesehen und dieses erfüllt werden, ohne Rücksicht auf das Scheingeschäft [e]); ist dieß verschleyerte Geschäft aber unerlaubt, so ist weder dieses, noch das zum Schein gebrauchte gültig [f]). 5) Sollte hingegen ein Geschäft blos darum simulirt worden seyn, um einen Dritten zu hintergehen, so erlangt Letzterer das Recht wegen des durch diesen Betrug verursachten Schadens Ersatz zu fordern [g]).

a) l. 3. §. 1. l. 54. 55. D. de oblig. et act. l. 153. D. de reg. iur. l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. 6. D. de adquir. l. omitt. poſſeſſ. l. 21. C. de transact.

b) l. 3. §. vlt. D. de obl. et act. l. 3. D. de ſeruo corrupto. l. 3. §. 3. D. de iniuriis. Joachim Hoppe (reſp. A. Stryck) Diſſ. de ioco. Hal. 1713. cap. 1. §. 29. cap. 3. Aus diesem Grunde sind auch Verbindlichkeiten unwirksam, deren Erfüllung in die Willkühr des Schuldners gestellt, oder welche unter einer affirmativen unmöglichen Bedingung versprochen ist, l. 31. D. de obl. et act. l. 17. 46. §. vlt. l. 108. §. 1. D. de verb. obl.

c) l. 55. D. de contr. emt. l. 54. D. de obl. et act. l. 21. C. de transact.

d) l. 2. 3. 18. §. 1. D. de probat. Glück a. a. O. IV. §. 302. S. 186.

e) Tit. Cod. Plus valere quod agitur. Gottfr. Nicol. Ittig D. an plus valeat. quod est in veritate quam quod est in opinione vel contra. Lipsi. 1685. Georg Schubarth D. de contractu simulato. Ien. 1692.

f) l. 5. §. 5. l. 7. §. 6. l. 32. §. 24. 25. 26. l. 52. D. de donat. inter V. et V. l. 29. 30. D. de legibus. l. 3. §. 3. D. de Scto Maced.

g) l. 49. D. de act. emt. Leyser Sp. 42. med. 5.

§. 1130.

B. Freyer Wille im juristischen Sinne ist alsdann vorhanden, wenn jemand, der an sich fähig ist nach selbstgewählten Vernunftgründen zu handeln, weder durch Furcht und Zwang, noch durch Irrthum oder Betrug gehindert wird, so zu handeln, wie es seine Vernunft in Beziehung auf die wirkliche Beschaffenheit äußerer Verhältnisse für das Beste erkennt. Es ist daher von diesen Hindernissen des freyen Willens das Nöthige zu erwähnen.

a) Furcht und Zwang.

§. 1131.

Furcht und Zwang können hier nur in sofern in Betrachtung kommen, als sie jemanden veranlaßen sich unfreywillig einer Verbindlichkeit zu unterziehen oder eines Rechtes zu begeben (vis impulsiua). Jede hiedurch bewirkte Uebernahme einer Verbindlichkeit oder Lossagung von einem Rechte ist ungültig [a]). Es wird jedoch dabey vorausgesetzt, daß 1) ein wirkliches, nicht blos eingebildetes Uebel auf eine widerrechtliche Weise gedroht, oder 2) eine physische Gewalt ange-

wendet worden sey, welcher von Seiten des Gezwungenen kein Widerstand geleistet werden kann [b]). 3) Es ist daher zwar bey Beurtheilung solcher Fälle stets auf die besondern Verhältnisse der Personen, welche ein Geschäft wegen Furcht oder Zwang anfechten wollen, Rücksicht zu nehmen [c]); doch kann in der Regel die bloße Scheu oder Furcht vor Personen höhern Alters oder Standes, wenn nicht zugleich zu befürchten ist, daß sie die ihnen zu Gebote stehende Gewalt mißbrauchen werden [d]), oder die Bedrohung mit Beleidigungen als ein Grund hiezu nicht angesehen werden [e]). 4) Furcht und Zwang müssen die Uebernahme der Verbindlichkeit oder die Entsagung unmittelbar bewirkt und der Gezwungene sich nicht späterhin, nachdem Furcht und Zwang aufgehört hatten, freywillig von Neuem dazu anheischig gemacht haben [f]). 5) Es muß durch die erzwungene Erklärung ein wirklicher Verlust am Vermögen bewirkt worden seyn. Wenn daher der Gläubiger seinen Schuldner mit erlaubten und rechtmäßigen Zwangsmitteln bedroht, um von diesem die Bezahlung seiner Schuld zu erlangen, so kann diese keinesweges als ungültig geschehen zurückverlangt werden [g]), obwohl der Gläubiger, wenn er sich selbst hat durch Anwendung von Zwangsmitteln Recht verschaffen wollen, deshalb bestraft werden kann [h]).

a) l. 1. 2. 5. D. quod metus caussa. l. 116. pr. D. de reg. iur. Hommel Obs. 777.

b) l. 184. D. de reg. iur. l. 6. D. quod metus caussa. l. 9. C. de his quae vi. Ob übrigens Furcht und Zwang an der Person des Beeinträchtigten selbst, oder an seinen nahen Angehörigen ist ausgeübt worden, gilt gleich, l. 8. §. 3. D. quod metus caussa. §. 2. Inst. de iniuriis.

c) l. 3. D. ex quibus cauſſis maiores 25 annis. Hofacker princ. iur. ciu. I. §. 207.

d) l. 6. l. vlt. C. de his, quae vi. l. 2. l. 23. §. 1. D. quod metus cauſſa. Berger Oec. iur. L. III. T. 15. th. 9. n. 1. l. 4. §. vlt. D. de doli mali et metus exc.

e) l. 7. 9. pr. D. quod metus cauſſa. l. 10. C. de his, quae vi. Thibaut Pandekt. §. 133.

f) l. 2. l. 4. C. de his, quae vi.

g) l. 12. §. 2. l. 14. pr. D. quod metus cauſſa. Schilter praxis iuris Rom. Exerc. XI. §. 12. — So oft die Bedrohung in der Absicht geschieht, um jemand zur Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit zu vermögen, die ihm vorher nicht oblag (Concuſſion), so oft ist Letztere ungültig, wenn auch das gedrohte Uebel an sich rechtmäßig wäre, z. B. Anklage wegen eines begangnen Verbrechens, l. 7. §. 1. l. 8. D. quod metus cauſſa. l. 2. D. de concuſſione. Hommel Obſ. 795. Erhard Handb. des Churf. peinl. Rechts. I. S. 310. Cocceji ius controu. L. IV. Tit. 2. Qu. 8. Juſtus Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge. Gött. 1797. Th. I. S. 17.

h) l. 12. §. 2. l. 13. D. quod metus cauſſa.

§. 1132.

Was die Rechtsmittel gegen ein erzwungenes Geschäft anlangt, so kann 1) derjenige, der eine künftig zu erfüllende Verbindlichkeit wegen Furcht oder Zwang übernommen hat, entweder warten bis gegen ihn auf die Erfüllung geklagt wird, und sich dann durch die Ausflucht der Furcht oder des Zwanges schützen [a]), welche jedoch, im Falle executiue geklagt worden, in continenti liquid seyn muß [b]); oder vorher selbst auf Annullirung des erzwungnen Geschäfts und der ausgestellten Schuldbekenntnisse klagen [c]). 2) Wenn er hingegen die Verbindlichkeit schon erfüllt und deshalb eine Sache veräußert oder ein Recht aufgegeben hat, so kann er sich derselben Klagen noch bedienen, welche ihm vorher wegen seines Rechts zu-

ſtanden und durch Real- und Perſonalklagen die Sache zurückfordern [d]), wenn der Beklagte aber ſich auf die Abtretung des Rechts bezieht, mittelſt der Replik die Unſtatthaftigkeit dieſes Einwandes zeigen [e]). Außerdem kann er auch durch die actio quod metus cauſſa die Zurückgabe oder den Erſatz der abgedrungnen Sache nebſt allem Zubehör, den erhobnen Nutzungen und verurſachten Schäden [f]), von denen, welche den Zwang ausgeübt oder wiſſendlich daran Theil genommen haben [g]), ihren Erben, ſoweit die Erbſchaft zureicht [h]), und ſelbſt von einem dritten Beſitzer, der die Sache bona fide hat [i]), verlangen; doch ſind die poſſeſſores b. f. nur ſo lange als ſie die Sache oder den daraus gezognen Gewinn noch beſitzen, zum Erſatze verbunden, ſie müßten denn die Sache nachher abſichtlich, um ſie dem Eigenthümer zu entziehen, veräußert haben [k]); da hingegen poſſeſſores malae fidei auch nach dem zufälligen Untergange der Sache noch den Erſatz leiſten müſſen [l]). Dieſe Klage dauert übrigens heut zu Tage, da ſie nicht mehr auf eine Strafe, ſondern nur auf Erſatz geht, 31 J. 6 W. 3 T. von der Zeit an gerechnet, wo Furcht und Zwang aufgehört hatten, und geklagt werden konnte [m]). Endlich kann auch die exceptio metus bey einer erzwungenen Veräußerung zuweilen angewendet werden, wenn nämlich der wahre Eigenthümer die Sache zurückerhalten hat und der, welcher durch das erzwungne Geſchäft ein Recht darauf zu haben vermeynt, ſie von ihm vindiciren will [n]).

a) l. 9. §. 3. D. quod metus cauſſa. l. 4. §. 33. D. de doli mali et metus exc.

b) Decis. 15. v. J. 1661. C. A. I. 301. Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 8.

c) l. 9. §. 3. D. quod metus cauſſa. l. 2. C. de his, quae vi. l. 3. C. de cond. ind.

d) l. 9. §. 4. 7. l. 21. §. 4. 6. D. quod metus cauſſa. l. 7. D. de cond. ob turp. cauſſam. l. 116. D. de reg. iur. Selbſt die vorher beſtellt geweſenen Pfänder und Bürgen können wieder in Anſpruch genommen werden, l. 10. l. 11. D. quod metus cauſſ. Vergl. Gerh. Noodt de form. emendandi doli mali, cap. 16. in Eius Oper. I. p. 381. Glück Comment. V. §. 448. S 494. Das beſondere Reſtitutionsgeſuch wegen verlorner perſönlicher Klagen iſt h. z. T. eben ſo, wie der Röm. Unterſchied zwiſchen act. directis und vtilibus bey Realklagen in dieſem Falle unnöthig.

e) Glück a. a. O. S. 497. Thibaut a. a. O. §. 1191.

f) Der Nutzen dieſer Klage beſteht theils darin, daß ſie keinen Beweis des Eigenthumes fordert, theils darin, daß ſie auf Erſatz des Schadens geht, wenn auch die Sache verloren, oder ihr Beſitzer unbekannt iſt; indem ſie blos auf dem facto des Zwangs beruht. Vgl. Glück a. a. O. S. 507. Höpfners Comment. über die Inſtit. §. 1006. — Sie geht, da die Privatſtrafen und Pönalklagen, wo ſie nicht ausdrücklich beſtätigt worden, h. z. T. außer Gebrauch ſind. (Arg. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 16. §. 3. Böhmer de action. Sect. I. cap. 2. §. 11. E. G. Schmidt Commentar über d. Lehrb. von Klagen. 1ter Bd. §. 44. Joh. Gottfr. Mößler von gerichtl. Klagen u. Einreden. Erfurt, 1798. Th. I. S. 91. 97.) nicht mehr auf Bezahlung des drey- oder vierfachen Werthes, wie im Röm. Rechte, ſondern auf Erſatz des geſammten Verluſts und entzognen Gewinnes. Nic. Heinr. Gundling lib. ſing. de efficientia vis et metus. Hal. 1711. cap. 6. Thomaſius Diſſ. de vſu act. poenal. iuris Rom. in foris Germ. cap. 3. §. 14. Schaumburg Einleit. zum Sächſ. R. P. III. Sect. III. Ex. 5. §. 28. Struve Exerc. ad Pand. VII. §. 60. Glück a. a. O. S. 505. Höpfner a. a. O. §. 1135. Thibaut §. 1191. 1192. Ludw. Gottfr. Madihn princ. iur. ciu. T. I. §. 139. — Doch ſind Leyſer Sp. 56. med. 1. Berger Oec. L. III. Tit. 15. th. 9. Menken Pand. Lib. 44. Tit. 7. §. 29. Wernher P. III. Obſ. 24. der Meynung, daß auch h. z. T. auf das triplum oder quadruplum geklagt

werden könne. — In Ansehung der zu erstattenden Nutzungen dient auch hier die 2te Decis. v. J. 1746. zur Richtschnur. S. oben II. §. 471.

g) Mehrere, die den Zwang gemeinschaftlich ausgeübt haben, sind in solidum verbunden; doch befreyt die Zahlung des Einen die übrigen, l. 14. §. 15. l. 15. D. eod.

h) Angez. Decis. 86. et cap. 5. X. de raptor. Schmidt Comment. V. §. 1287. Glück a. a. O. S. 500.

i) l. 14. §. 3. D. qu. met. c. Glück a. a. O. p. 499.

k) l. 14. §. 5. l. 18. D. quod metus c. l. 27. §. 3. D. de rei vind.

l) l. 14. §. 5. 11. D. qu. met. c. Doch können sie sich durch den Beweis befreyen, daß die Sache auch beym Kläger würde untergegangen seyn, l. 14. §. 11. D. eod. l. 40. D. de hered. petit. Vergl. Chr. Gottl. Biener (resp. Prasse) Diss. hist. iuris ciu. de restitutt. in integr. Lipsi. 1779. cap. 6.

m) Wehrn a. a. O. S. 52. not. 84. a. E. Schon im Röm. Rechte war die Klage, wo sie blos auf Entschädigung gieng, eine actio perpetua, l. 14. §. 1. l. 19. l. 21. §. 1. D. qu. metus c. l. 1. D. de diu. temporal. praescr. l. vlt. C. de temporar. in integr. rest. Glück a. a. O. S. 439.

n) l. 5. C. de except. l. 4. §. 33. D. de doli mali et metus exc.

b) Irrthum.

§. 1133.

Irrthum und Unwissenheit kann nur dann die Nichtigkeit einer Verbindlichkeit bewirken, wenn der, welcher den Irrthum vorschützt, sich nicht durch seine eigne Schuld in demselben befindet. Wer mithin die wahre Beschaffenheit der Sachen und Verhältnisse durch Anwendung einer gewöhnlichen, mäßigen Sorgfalt hätte wissen können, und demohngeachtet verabsäumt hat, sie kennen zu lernen, der muß den Schaden, der für ihn aus seiner Unwissenheit entsteht, tragen [a]). Der Irrthum betrift nun

entweder allgemeine Rechtsvorschriften und Gesetze (ignorantia s. error iuris), oder bloße Thatsachen (ignor. s. error facti). Bey beyden liegt jene Regel zum Grunde: A) Da nämlich jeder Einwohner eines Staates die in demselben geltenden Rechte wissen soll und kann, so wird der Irrthum über dieselben a) denjenigen, welche auf eine von den Gesetzen nicht gebilligte Weise Rechte und Vortheile erwerben wollen, stets nachtheilig, und sie können daher aus einem ihnen deshalb geleisteten gesetzwidrigen Versprechen keine Forderung begründen [b]). b) Wenn hingegen jemand aus einem Rechtsirrthume eine Verbindlichkeit übernommen hat, so kann er zwar α) so lange er sie noch nicht wirklich erfüllt hat, sich gegen die an ihn deshalb gemachten Ansprüche, durch das Anführen seines Irrthumes schützen [c]); wenn er aber β) schon die Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet hat, so kann er nichts zurückverlangen [d]). Wenn endlich c) jemand sich aus Rechtsirrthum eines Befugnisses begeben hat, wodurch er α) einen erst zu erwerbenden Vortheil verliert, z. B. die Annahme einer Erbschaft, so trägt er ebenfalls den Schaden von seiner Unwissenheit [e]); β) entsagt er aber dem Rechte auf etwas, was schon sein ist, so kann er sich von der geforderten Erfüllung seiner Lossagung und von der wirklichen Uebereignung der Sache durch die Ausflucht des Irrthums befreyen, das schon Uebergebene aber nicht zurückfordern.

a) l. 203. D. de reg. iur. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. l. 9. §. 2. D. de iuris et facti ign. l. 3. §. 1. l. 6. eod. l. 9. C. eod. l. 15. §. 1. D. de contr. emt. l. 15. D. de iur. l. 15. C

de reseind. vend. Thibaut Pandektenrecht, §. 127. l. 19. D. de Scto. Maced.

b) l. 7. et 8. D. de iur. et facti ign. l. 11. C. eod. Glück Comment. IV. §. 297. S. 143. flg. Schilter Exerc. ad Pand. XXIV. §. 33.

c) l. 1. l. 7. C. h. t. l. 8. l. 9. pr. D. eod. l. 3. pr. D. de Scto. Maced.

d) l. 10. C. l. 9. §. vlt. D. h. t. Thibaut a. a. O. §. 24. Glück IV. §. 297. S. 145.

e) l. 2. C. h. t. l. 3. eod.

f) l. 7. l. 10. C. h. t.

§. 1134.

Dieses leidet jedoch eine Ausnahme, wenn 1) Unmündige oder Personen, die die Rechte der Unmündigen genießen, aus Rechtsirrthum eine Handlung unternommen haben, wodurch sie einen Verlust erleiden oder einen Vortheil einbüßen würden, indem sie dagegen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand erlangen können [a]; 2) wenn derjenige, der sich im Irrthume befunden hat, erweisen kann, daß er die Gesetze und Rechtssätze, von denen die Rede ist, auch bey gehöriger Sorgfalt nicht habe wissen können. Dieß würde besonders der Fall seyn A. in Ansehung solcher Rechtssätze, die aus nicht öffentlich bekannt gemachten Gesetzen ihren Ursprung haben und nicht durch die bloße Vernunft erkannt werden können [b]; B. bey Statuten und Privilegien, wenn nicht der Irrende Mitglied der Gemeinheit ist, in welcher die Statuten gelten, oder sich sonst in Verhältnissen befindet, wo er diese besondern Rechte hätte wissen können und sollen [c]. C. Wenn endlich Personen, von welchen man keine genaue Kenntniß der Rechte erwarten kann, und welche bey dem ihnen nachtheiligen Geschäfte keine Gelegenheit gehabt haben, sich bey erfahr-

nen Leuten Raths zu erholen [d]), aus Rechtsirrthum etwas von ihrem Vermögen veräußert haben, so können sie dasselbe wieder zurückfordern.

a) l. 9. pr. l. 10. D. l. 2. l. 11. C. de iur. et f. ign.

b) Glück Comment. Th. I. §. 25. S. 166. Der Grund, warum die ignorantia iuris in der Regel nachtheilig seyn muß, ist nach l. 2. D. h. t. quia ius finitum et possit esse et debeat. Vergl. auch l. 12. C. h. t. Die Unwissenheit über Gesetze, die die Unterthanen nicht wissen können, darf ihnen folglich nicht zugerechnet werden. Wäre daher z. B. irgend eine Rechtsmaterie durch Rescripte an die Dikasterien auf eine neue Art entschieden worden, und es hätte nun jemand ein hiedurch für ungültig erklärtes Geschäft eingegangen und Zahlung geleistet; so würde ihm die Zurückforderung des Gegebenen, und selbst die Wiedereinsetzung in vorigen Stand gegen eine geleistete Verzicht auf ein Recht nicht verweigert werden können, da er eigentlich gar nicht in iure, sondern in facto irrt.

c) Wernher P. V. Suppl. ad Obs. 50. Lauterbach colleg. Pand. L. XXII. Tit. 6. §. 12.

d) Das Römische Recht ertheilet das priuilegium ignorantiae iuris, außer den Unmündigen, noch den Soldaten, l. 9. §. 1. D. l. 1. C. de iur. et f. ign. den Frauenzimmern, l. 9. pr. D. l. 11. et 13. C. eod. und Landleuten, l. vlt. C. de testam. l. 2. §. 1. D. si quis in ius voc. non. — Bey den Soldaten ist es nach l. 9. §. 1. D. h. t. ein wahres priuilegium dieses Standes, das, wie andre in der Römischen Staatsverfassung gegründete Privilegien, bey uns keine Anwendung leidet, wie es denn auch schon durch die Römischen Gesetze auf die Fälle beschränkt zu seyn scheint, wo noch keine Zahlung geleistet worden ist, l. 1. C. de iur. et facti ign. In Ansehung der übrigen beruht es blos auf Billigkeit, weil man von Personen dieser Art, wenn sie unberathen sind, keine genaue Kenntniß der Gesetze erwarten darf. Doch ist dieß nicht so weit auszudehnen, daß ihnen auch ein Vortheil, den sie aus Unwissenheit sich haben entgehen lassen, wieder hergestellt werden könnte, l. 13. C. h. t. Daß auch wirklich diese Röm. Gesetze noch in Anwendung seyen, sagt Stiehler prakt Handb. S. 53. Schilter princ. iur. Rom. Exerc. 24. §. 34. u. Struck vlus

mod. L. XXII. Tit. 6. welcher bemerkt, daß man h. z. T. in diesem Punkte billiger Weise noch nachsichtiger seyn sollte, als die Römer es waren.

§. 1135.

B) Der Irrthum über Thatsachen kann ebenfalls nur, wenn er unverschuldet ist, dazu dienen, um einen Schaden, den sich jemand durch denselben zugezogen hat, abzuwenden [a]). Daher kann a) der Schaden aus einem Irrthume über eigene Handlungen und Verhältnisse oder Thatsachen, die den Handelnden selbst betreffen, in der Regel nicht abgewendet werden [b]), wenn der Irrende nicht im Stande ist, besondere Ursachen anzuführen, weshalb er ohne seine Schuld sich darüber geirrt habe [c]). b) Ein Irrthum über die Handlungen eines Andern, oder Verhältnisse, die den Handelnden nicht selbst angehen, wird hingegen nicht zugerechnet, wenn nicht entweder die zu einem Geschäfte erforderliche Sorgfalt es nöthig gemacht hat, sich darum zu bekümmern, und zugleich Gelegenheit vorhanden gewesen ist, sie zu erfahren [d]), oder eine Sache öffentlich bekannt gemacht worden ist [e]); es müßte denn dargethan werden können, daß im letztern Falle der Irrende dennoch keine Kenntniß davon habe erlangen können, oder daß er befugt gewesen, eine specielle an ihn gerichtete Bekanntmachung zu erwarten [f]).

a) l. 8. l. 2. 3. 6. 9. §. 2. D. de iur. et f. ign.

b) l. 7. D. ad Sct. Vellei. l. 25. pr. D. de adopt. Wenn z. B. jemand eine ihm zugehörige Sache wohlfeil verkauft, weil er ihren Werth nicht kennt, so kann er den Kauf wegen seines Irrthums nicht anfechten, l. 15. C. de rescind. vend. Daher wird auch der, welcher in einer Einlassung auf die Klage eigne facta nicht zu wis-

sen behauptet, ohne besondere Gründe zu seiner Entschuldigung anzuführen, deren für geständig und überführet geachtet. Rind Quaest. for. T. II. cap. 23.

c) Hommel Rhapf. Obf. 900. Crell Diff. de ignorantia facti proprii interdum innocua. Viteb. 1731.

d) l. 19. pr. l. 132. D de diu. reg. iur. l. 6. D. de iur. et f. ign. l. 19. D. de Scto Maced.

e) Daß wenigstens in Ansehung der gerichtlichen öffentlichen Bekanntmachung die sonst gültige Entschuldigung des Nichtwissens wegfalle, und vielmehr jeder verbunden sey, sich darum zu bekümmern, lehren die Verordnungen wegen der Edictalcitationen. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 41. §. 2. u. Mandat v. 13. Nov. 1779. §. 4. in der 2ten Fortf. d. C. A. I. 372. nach welchen die, welche der Bekanntmachung nicht Folge leisten, der angedrohte Nachtheil trift. Daß aber auch die Bekanntmachungen von Privatpersonen zuweilen die Wirkung haben, daß man sich mit dem Nichtwissen der bekannt gemachten Umstände nicht entschuldigen könne, sieht man aus l. 11. §. 2. 3. 4. D. de inftit. act. u. l. 47. pr. D. de peculio.

f) In einem solchen Falle kann selbst die schon zufällig erlangte Kenntniß von der Sache demjenigen nicht nachtheilig werden, der die zu Erhaltung seiner Rechte nöthigen Maaßregeln unterläßt. So kann z. B. dem, welcher zur Publication eines Urthels nicht citirt worden ist, der Ablauf der 10tägigen Frist nichts schaden, wenn er auch gewußt hätte, daß ein Urthel habe publicirt werden sollen. Dasselbe gilt bey der Litisdenunciation, welche ausdrücklich gefordert werden muß, obgleich der Denunciat schon vom Evictionsprocesse Wissenschaft hat. Stryck vfus mod. Lib. XXI. Tit. 11. §. 16.

§. 1136.

Wenn nun insbesondre bey übernommnen Verbindlichkeiten von einem unverschuldeten Irrthume als Ursache ihrer Ungültigkeit die Rede ist, so muß man folgende Fälle unterscheiden: 1) Wenn beyde mit einander contrahirende Partheyen sich irren, d. h. wenn keiner der Contrahenten weiß, was der andre meynt, so kommt es darauf an, ob der Irrthum et-

was Wesentliches bey dem Geschäfte betrift oder nicht. A) Ein solcher wesentlicher Irrthum ist es a) in Ansehung der Sache, worüber sie paciſciren, wenn jeder eine andre Species in Gedanken hat [a]), wenn sie über eine Sache contrahiren, die nicht mehr existirt [b]), wenn sie bey derselben rechtliche oder natürliche Eigenschaften voraussetzen, welche sie nicht hat, und eben um dieſer Eigenschaften willen contrahiren [c]). b) Wenn jeder eine andre Art von Rechten oder Verbindlichkeiten zu erhalten glaubt, als der andre beabsichtigt; z. B. wenn der Eine die Sache zu kaufen denkt, indeß sie der andre ihm nur vermiethen will [d]). In allen diesen Fällen mangelt es an einer Uebereinkunft, und die zugestandnen Rechte und Verbindlichkeiten können daher keine Wirkung haben [dd]). c) Betrift der Irrthum den für die Sache zu gebenden Preiß, so ist der Vertrag ungültig, wenn der, welcher dafür etwas geben oder thun will, geglaubt hat, es sey ihm mehr versprochen, als geschehn ist; hat er aber geglaubt, es sey ihm weniger versprochen, und doch dafür den Vertrag abgeschlossen und vollzogen, so kann die Gültigkeit desſelben nicht angefochten werden [e]). So macht auch d) ein Irrthum über die Bewegungsgründe zur Abschließung eines Vertrags denſelben nicht ungültig [f]), wenn nicht entweder ausdrücklich eine Bedingung oder Absicht genannt worden ist, und diese nicht erfüllt wird [g]); oder wenn der, welcher eine Verbindlichkeit eingeht, irrig geglaubt hat, er sey vorher schon verpflichtet, sie zu übernehmen [h]). e) Den Irrthum über die mitcontrahirende Person anlangend, so ist darauf zu sehen, ob es bey dem Ge-

schäfte hauptsächlich auf persönliche Eigenschaften ankomme oder nicht; in diesem Falle, z. B. bey einem Kaufe u. dergl. hat der Irrthum über die Person keinen Einfluß; in jenem Falle aber, wenn z. B. eine Dienstleistung erwartet wird, zu welcher persönliche Geschicklichkeiten gehören, oder wenn die Verbindlichkeit nur in Rücksicht auf eine gewisse Person übernommen wird, ist diese Verbindlichkeit unwirksam; wenn die mitcontrahirende Person eine ganz andre ist, als man geglaubt hatte, oder wenn ihr die Eigenschaften ganz fehlen, die zu Verrichtung der Handlung nöthig sind i).

a) l. 9. pr. D. de contr. emt. l. 83. §. 1. l. 137. §. 1. D. de verb. obl.

b) l. 57. pr. D. de contr. emt. l. 15. eod.

c) Z. B. wenn eine Sache, die extra commercium ist, als veräußerlich angenommen wird, l. 22. l. 23. l. 34. §. 1. 2. D. de contr. emt. oder wenn die Sache von ganz andrer Substanz ist, als die Contrahenten glauben, l. 9. §. 2. l. 41. §. 1. D. eod. Ist die Sache nicht von ganz andrer Beschaffenheit, sondern nur von geringerer Güte, so bleibt der Vertrag beständig, und die Bedingungen ändern sich blos, l. 14. eod.

d) l. 18. pr. §. 1. D. de rebus cred. l. 9. pr. D. de contr. emt. Vergl. Glück Comment. IV. §. 297. S. 147. flg.

dd) l. 57. D. de obl. et act. l. 116. §. 2. D. de reg. iur. l. 8. C. de iur. et facti ignor. In diesen Fällen wird folglich das, was schon zur Erfüllung des Geschäfts ausgezahlt worden ist, zurückgegeben, ohne daß Entschädigung gefordert werden kann, l. 22. l. 23. D. de contr. emt.

e) l. 52. D. locati. l. 9. pr. D. de contr. emt. l. 1. §. 4. D. de V. O. A. F. J. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2ter Bd. Jena, 1801. S. 111. flg.

f) Thibaut a. a. O. S. 114. flg.

g) l. 58. D. de contr. emt. l. 2. l. 3. 6. 8. C. de cond. ob causam. l. 1. C. de donat. quae sub modo.

h) l. 6. C. de iur. et f. ign. l. vn. C. de errore calc. l. 5. §. 1. D. de act. emt.

i) Thibaut a. a. O. S. 121. Die Unfähigkeit zu verbindenden Handlungen überhaupt gehört nicht hieher, da sie an sich, ohne Rücksicht auf einen Irrthum darüber, das Geschäft ungültig macht.

§. 1137.

B) Ein gegenseitiger unverschuldeter Irrthum über äußerwesentliche Dinge macht die übernommenen Verbindlichkeiten und Rechte nicht ungültig, sondern bewirkt nur, daß die Bedingungen nach der wahren Beschaffenheit der Sache modificirt werden müssen [a]). Wenn 2) nur Einer von den Contrahenten sich im Irrthume befindet, und zwar A. der Schuldner, so muß man zwischen zwey Fällen unterscheiden; wenn nämlich a) derjenige, der die Leistung empfangen soll, weiß, daß ihm etwas Geringeres geleistet wird, als der Promittent glaubt, und die Vollziehung des Geschäfts geschehen läßt, so ist dasselbe gültig, und er muß auch das, was er dagegen versprochen hat, erfüllen [b]). b) Hat er im Gegentheile wissentlich etwas von höherm Werthe angenommen, als der Versprechende schuldig ist, so ist das Geschäft α) im Falle etwas ganz andres gegeben oder geleistet wird, als die Contrahenten beabsichtigten, an sich ungültig; wenn β) zwar nicht etwas ganz andres gegeben wird, der Schuldner aber durch seinen Irrthum bedeutenden Schaden leidet, so kann er wegen des Betrugs, den der Gläubiger durch sein Stillschweigen begeht, entweder das Geschäft rescindiren, oder Entschädigung fordern, je nachdem er durch denselben zu der ihm nachtheiligen Handlung veranlaßt worden ist, oder

nicht [c]). Eben so ist auch B. bey einem Irrthume des Gläubigers zu unterscheiden. Hier ist a) das Geschäft gültig, wenn der Schuldner wissentlich mehr oder etwas Besseres giebt, als jener erwartet [d]); wenn er aber b) weniger giebt, so ist das Geschäft α) ungültig, wenn etwas ganz andres geleistet wird, als der Gläubiger zu fordern hat, oder es wird β) bey einem nicht essentiellen Irrthume, wegen des Betrugs aufgehoben, oder nur auf Entschädigung geklagt [e]). — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß 1) im Falle diejenigen, welche sich Rechte und Verbindlichkeiten zugestehen wollen, nicht in Person, sondern durch Bevollmächtigte handeln, blos auf die Wissenschaft der Vollmachtsgeber zu sehen ist, ausgenommen, wenn die Bevollmächtigten nicht nach einem speciellen Auftrage handeln, sondern nach eignem Gutdünken das Geschäft abzuschließen haben [f]). 2) Der Irrthum muß, wenn er eine Verbindlichkeit ungültig machen soll, die Beschaffenheit der Umstände betreffen, wie sie zu der Zeit waren, wo das Geschäft abgeschlossen wurde. Die nach Abschluß eines Vertrags erfolgte Veränderung derselben kann, wenn sie auch nicht vorherzusehen war, ein Geschäft nicht rescindiren; ausgenommen, wenn es die Gesetze in einzelnen Fällen besonders gestatten, oder wenn durch die erfolgte Veränderung das Geschäft nicht mehr so, wie es verabredet worden, vollzogen werden kann [g]).

a) l. 9. §. 1. l. 10. l. 24. l. 34. pr. l. 40. §. 2. D. de contr. emt. l. 4. §. 1. l. 21. §. 2. l. 42. D. de act. emt. l. 32. D. de verb. obl. Wenn eine Ungewißheit über die mit zu übergebenden Nebenstücke entsteht, so hat der Schuldner in der Regel das Recht, zu bestimmen, was er mit habe

übergeben wollen, l. 34. pr. D. de contr. emt. Glück a. a. O. IV. S. 160. Thibaut Versuche. II. S. 127.

b) Der Grund hievon ist weil er dann auf sein Recht renunciirt hat, l. 57. §. 2. D. de contr. emt. Nimmt er die Leistung des Schlechteren, was ihm gegeben wird, nicht an, so kann er der an ihn gemachten Forderung die Ausflucht des nicht erfüllten Contrakts allerdings entgegensetzen, l. 34. §. 3. eod.

c) l. 11. §. 1. l. 45. D. de contr. emt.

d) l. 52. D. locati. l. 1. §. 4. D. de verb. obl. Doch würde die Ungültigkeit des Geschäfts erfolgen, wenn etwas ganz andres gegeben würde, weil dann kein Consens mehr vorhanden ist, l. 83. §. 2. D. de verb. obl. Thibaut a. a. O. S. 138.

e) l. 11. § 5. D. de act. emt. Thibaut S. 140.

f) l. 13. l. 18. §. 1. D. de contr. emt. l. 51. §. 1. D. de aedilit. edicto. l. 17. D. de liberali cauſſa. l. 12. D. de contr. emt.

g) s. Weber v. d. natürl. Verbindl. §. 90. no. 3. Glück Comment. IV. §. 316. S. 308. Car. Phil. Kopp Diſſ. de clauſula rebus ſic ſtantibus, ſec. ius cum nat. tum civ. Marb. 1750. Leyſer Sp. 40. m. 4. Hommel Obſ. 589. Solche gesetzliche Ausnahmen finden sich besonders bey den Schenkungen und dem Miethcontrakte, l. 8. l. vlt. C. de reuoc. donat. l. 3. C. de loc. cond.

c) Betrug.

§. 1138.

Betrug ist die absichtliche Verbergung oder Entstellung der Wahrheit, um einem andern hiedurch Schaden zuzufügen [a]). In Absicht der Wirkungen, welche er auf das Geschäft hat, wobey er angewendet worden ist, muß man unterscheiden, ob durch denselben der Betrogene veranlaßt worden, ein Geschäft einzugehen, welches er außerdem gar nicht geschlossen haben würde; oder ob durch den Betrug bey einem Geschäfte, welches schon geschlossen war, oder doch ohnedieß auch

würde geschlossen worden seyn, nur andre Bedingungen bewirkt worden sind, z. B. wenn kleineres Maaß gegeben, oder der Käufer zu Bezahlung eines höhern Kaufpreißes verleitet worden und dgl. 1) Im letztern Falle (dolus incidens) kann das Geschäft wegen des Betruges nicht aufgehoben werden, doch muß der Betrügende allen verursachten Schaden ersetzen [b]). 2) Im erstern Falle (dolus dans causam) und zwar A) wenn der eine Contrahent selbst gegen den andern den Betrug verübt hat, ist das Geschäft ungültig, es mag nun in der Uebernahme einer Verbindlichkeit oder in der Verzichtleistung auf ein Recht oder eine Sache bestanden haben [c]). Daher kann der Betrogne a) wenn er seine Zusage noch nicht erfüllt hat, sich entweder durch die Ausflucht des Betrugs vor der an ihn gemachten Forderung schützen, oder selbst eine Klage anstellen, wodurch er die Aufhebung des Geschäftes und Entschädigung verlangt [d]). Ist aber b) das Geschäft bereits vollzogen worden, so steht dem Betrognen gegen denjenigen, welcher den Betrug verübt hat, oder dessen Erben [e]), eine Klage zu, um entweder das Geschäft gegenseitig aufzuheben und Ersatz des verursachten Schadens zu verlangen, oder aber blos Entschädigung zu fordern [f]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß 1) gegen den dritten Besitzer einer wegen Betrugs veräußerten Sache keine Klage Statt findet, wenn er nicht selbst an dem Betruge Theil genommen, oder Erbe dessen, der den Betrug gespielt, geworden ist [g]). 2) Die Schadenklage und die Aufhebung des Contrakts fallen weg, wenn bey einem doppelseitigen Geschäfte beyde Theile einander

betrogen haben [h]), ingleichen wenn der Betrogene den Betrug erfahren und das Geschäft nachher ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat [i]). 3) Wenn bey einer bürgerlichen Rechtssache ein Theil dem andern einen Betrug beymißt, der auf die Hauptsache einen merklichen Einfluß hat, so muß die Obrigkeit, wenn genugsame Anzeigen vorhanden sind, dieses Vergehen zuförderst untersuchen und bestrafen, und mit dem bürgerlichen Processe, oder wenn dieser mehrere Gegenstände betrift, mit dem Theile desselben, worauf der Betrug sich bezieht, bis nach Beendigung der Untersuchung Anstand nehmen [k]).

a) l. 1. §. 2. 3. l. 9. pr. §. 1. D. de dolo malo. **Gerh. Noodt** de forma emend. doli mali. cap. 1. 2. in **Dessen** Operib. Lugd. Bat. 1735. I. p. 353. **Glück** Comment. IV. §. 293. S. 108 V. §. 452.

b) l. 13. §. 4. 5 6. l. 32. l. 49. pr. D. de act. emt. l. 7. pr. D. de dolo malo. **Daniel Nettelbladt** (resp. Reuter) Diss. de doli incidentis et caussam dantis in contractibus effectu. Hal. 1744. in **Dessen** Exercitt. academ. Hal. 1783. **Carpz.** P. II. c. 34 d. 9. **Wernher** P. X. Obs. 284. **Glück** Comment. IV. S. 122. 114. Andrer Meynung sind **Noodt** a. a. O. c. 3. u. 14. ingleichen de iurisdictione et imperio, Lib. I. c. 14. in Operib. T. I. p. 114. 356. 377. **Claproth** von Verträgen. 1ter Th. S. 13. **Jac. Friedr. Ludovici** D. de dominio in contractu dololo non translato. Hal. 1720. §. 40.

c) Im Röm. Rechte waren zwar nur die contractus bonae fidei wegen Betrugs ungültig, die contr. stricti iuris hingegen mußten erst durch die exceptio oder actio doli mali, um welche der Prätor besonders zu bitten war, entkräftet werden, l. 5. C. de inutil. stipul. l. 21. D. soluto matr. dos. l. 84. §. 5 D. de legat. I. Da jedoch dieser Unterschied h. z. T. nicht mehr anwendbar ist. **Nic. Hier. Gundling** D. de vsu pract. action. fir. iur. et bon. fid. cap. II. §. 37. in **Dessen** Exerc. academ. Hal. 1736. p. 826. **Glück** IV. S. 127. so treten hier die Grundsätze des natürl. Rechts ein, nach wel-

chen unstreitig ein durch Betrug bewirktes Geschäft gegen den, welcher den Betrug verübt hat, keine Gültigkeit haben kann

d Ungeachtet bey noch nicht erfüllten Verbindlichkeiten in der Regel die Exception blos Statt findet, so kann doch unstreitig der Betrogne, wenn er ein besondres Interesse hat, auch selbst auf die Annullirung klagen, arg. l. 31. D. l. 3. C. de condict. indeb. l. 7. C. de non numer. pec. Christ. Willy. Wehrn doctr. iuris explicatrix principiorum et cauſſar. damni habita doli mali culpae, moraeque eiusque quod interest ratione praestandi. Lipſ. 1795. p. 47. Glück V. S. 521. oder auch den Betrügenden zu Anstellung seiner Klage gegen ihn provociren. C. G. Biener ſyſtema proc. iudic. P. II. §. 313. — Die Ausflucht muß übrigens, wo executive geklagt worden, in continenti liquid seyn. Deciſ. 2. u. 15. v. J. 1661. Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 8.

e) ſ. oben §. 912. Wehrn a. a. O. §. 38. S. 273. Haben die Erben selbst Theil am Betruge genommen, so sind sie ohne Rücksicht auf den Erbschaftsantritt ex facto proprio in ſolidum verbunden, so wie überhaupt mehrere, die den Betrug zusammen verübt haben, deshalb in ſolidum zum Schadenersatze verpflichtet sind, ohne sich des beneficii diuiſionis bedienen zu können, jedoch so, daß die Zahlung des Einen die Andern befreyt. Leyſer Sp. 112. med. 1. Berger Oec. L. III. T. 14. th. 1. n. 4. Glück V. S. 522.

f) l. 1. 5. C. de reſcind. vend. Da die Ungültigkeit des Geschäftes blos zum Vortheil des Betrogenen dienen soll, damit der Betrüger keinen Vortheil aus seinem Vergehen erlange, l. 134. §. 1. de reg. iur. so muß ihm auch die Wahl freystehn, ob er die völlige Aufhebung oder blos Entschädigung verlangen will, l. 13. l. 27. D. de act. emt. Weſtphal Lehre des gem. Rechts v. Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontr. §. 778. Glück IV. S. 129. V. §. 434. 435. Im Röm. Rechte stehen nun dem Betrognen drey verschiedne Klagen zu: 1) Bey negotiis bon. fid. die Contraktsklage; 2) bey negotiis ſtr. iur. die eigentliche actio doli, und 3) die actio in factum. Die erste und letztere waren perpetuae, die zweyte war, weil sie Infamie zur Folge hatte, nicht nur in Ansehung der Personen eingeschränkt, gegen die sie Statt fand, sondern dauerte auch nur 2 Jahre lang. Da nun

h. z. T. die Infamie als Folge der blosen Civilklage nicht mehr Statt findet, so leugnet Wehrn a. a. O. S. 40. 51. u. 84. den heutigen Gebrauch der actio doli völlig, und es dürfte ihm auch wohl in Ansehung der Klagen, welche zwey Contrahenten unter sich wegen Betrugs anstellen, beyzupflichten seyn; denn hier wird h. z. T. nie die eigentliche actio doli, die selbst nach Röm. Rechte nur subsidiarisch war, angestellt, sondern nur die actio in factum oder ex contractu, welche 31 J. 6 W. u. 3 T. dauern, so wie die exceptio doli. l. 5. §. vlt. D. de exc. doli mali. l. 28. §. 1. l. 29. D. de dolo malo. Böhmer de action. L. II. c. 11. §. 39. Schmidt Comment. über das Lehrb. von Klagen, V. S. 172. Ludovici a. a. O. §. 37. 39. — Allein in den Fällen, wo außer einem Vertrage durch Betrug Schaden zugefügt worden ist, oder wenn ein Dritter den Betrug verübt hat, ist die Klage gegen den Betrügenden blos auf Betrug gegründet, und der actio doli völlig gleich, und kann in sofern auch nach dem Gerichtsbrauche nur binnen 2 Jahren angestellt werden. Hommel Obs. 613. Carpz. P. II. const. 3. def. 4. no. 5. Wernher P. X. Obs. 287. Schilter praxis iur. Rom. Ex. XI. §. 21. Berger Oec. iur. Lib. III. Tit. 15. th. 10. n. 6. 7. Struck vlus mod. Lib. IV. Tit. 3. §. 3. Glück V. §. 455. S. 332.

g) l. 10. C. de rese. vend. u. arg. des Banquer. Mand. v. 7. Jan. 1724. §. 16. C. A. I. 2380. Westphal a. a. O. §. 777. Andrer Meynung sind jedoch Glück IV. §. 296. a. E. Meditat. über versch. Rechtsmat. 7ter Bd. No. 354. Hofacker §. 1758.

h) l. 36. D. de dolo malo. l. 34. §. 3. l. 57. §. vlt. D. de contr. emt. l. 154. pr. D. de reg. iur.

i) l. 2. 4. C. de his, quae vi. l. 145. D. de reg. iur. Carpz. P. II. const. 34. def. 9. Leyser Sp. 516. m. 4.

k) Decis. 88. v. J. 1661. Erhard Handb. d. Churfächs. peinl. Rechts. I. S. 313.

§. 1139.

Wenn B) ein Dritter bey einem Geschäfte, welches andere unter sich abschließen, einen Betrug verübt hat, so ist zu unterscheiden, ob dieser Dritte ein Bevollmächtigter eines der Contrahenten war, oder nicht. a) Ist er Bevollmächtigter von einem derselben

und verübt α) den Betrug gegen seinen eignen Constituenten, so ist das Geschäft, das er auf diese Art mit einem andern abgeschlossen hat, gültig und der Betrogne muß sich an seinen Mandatar halten [a]). Jedoch sind hiebey folgende Ausnahmen: 1) Wenn der Bevollmächtigte ausgeklagt ist, ohne daß der Betrogne den Ersatz seines Schadens hat erlangen können; ingleichen 2) wenn der verursachte Schaden sich nicht bestimmt berechnen und taxiren läßt, und mithin blos durch Aufhebung des geschloßnen Geschäftes reparirt werden kann: so kann der Betrogne die Aufhebung des Geschäfts und Wiedereinsetzung in vorigen Stand verlangen [b]). 3) Eben so ist eine Veräußerung, die ein Bevollmächtigter ohne Auftrag dazu zu haben unternimmt, ungültig, und die Sache kann daher vindicirt werden [c]). 4) Wenn endlich der andre Contrahent am Betruge Theil genommen hat, so hat der Hintergangene die Auswahl, ob er das Geschäft aufheben oder die Vollziehung desselben verlangen will [d]); im letztern Falle aber kann er sich wegen der Entschädigung entweder an den Bevollmächtigten oder an den andern Contrahenten halten, welche beyde in solidum dafür haften [e]). Hat der Bevollmächtigte hingegen β) den Betrug wider den andern Contrahenten verübt, so ist es in Hinsicht des letztern eben so, als ob er von dem Contrahenten selbst wäre hintergangen worden, und er kann sich mithin wegen der Entschädigung an beyde halten, jedoch wenn der Bevollmächtigte nicht Auftrag gehabt hat, betrügerisch zu handeln, an den Constituenten nur in soweit als dieser vom Betruge Nutzen gehabt [f]). Ist b) der

Betrügende nicht als Bevollmächtigter zugegen gewesen, so ist zu sehen, ob durch den Betrug beyde Contrahenten in einen wesentlichen Irrthum versetzt worden sind, oder nicht. In jenem Falle ist wegen des Irrthums das Geschäft ungültig [g]), in diesem hingegen ist es gültig, jedoch muß der durch den Betrug verursachte Schaden ersetzt werden, und es kann deßhalb theils gegen den Betrügenden, theils gegen den andern Contrahenten, wenn dieser Vortheil von dem Betruge haben würde, geklagt werden [h]).

a) l. 11. §. 4. D. de institit. act. l. 5. pr. D. de tributoria act. l. 7. §. 9. l. 18. §. 4. D. de dolo malo. **Gmelin** von den Folgen des Betrugs bey Verträgen; in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen. 2r Bd. S. 161. flg. **Glück** Comment. IV. §. 296. S. 132.

b) l. 7. §. 9. D. de dolo malo. **Kind** Quaeſt. for. I. cap. 32. IV. S. 350. **Wernher** P. I. Obſ. 11.

c) l. 5. pr. §. 4. l. 12. C. mandat. l. 1. §. 3. D. de except. rei vend. **Leyſer** Sp. 221. m. 4.

d) l. 13. §. 27. D. de act. emt.

e) l. 11. §. 4. D. de inſtit. act. §. 1138. nota e.

f) l. 15. §. 2. D. de dolo malo. **Gmelin** a. a. O. **Schmidt** Commentar über das Lehrb. von Klagen. Th. V. S. 169. **Wehrn** a. a. O. §. 5.

g) ſ. §. 1136. **Cocceji** ius controu. L. IV. Tit. 3. qu. 5. **Glück** a. a. O. IV. S. 135.

h) l. 18. §. 3. 4. D. de dolo malo. **Leyſer** Sp. 59. m. 4. Sp. 239. m. 1. 2. **Hommel** Obſ. 400. no. 44. Obſ. 784. **Thibaut** Pandekt. §. 131. **Gmelin** a. a. O.

3) Gegenstand der Verbindlichkeit.

§. 1140.

Dasjenige, wozu der Schuldner ſich verbindet, muß nicht nur an ſich möglich und erlaubt, ſondern auch hinlänglich beſtimmt ſeyn. Wenn dem Gegenſtande eine von dieſen Eigenſchaften mangelt, ſo iſt

die Verbindlichkeit selbst unwirksam [a]); es kann folglich durch dieselbe keine Forderung begründet, und das, was dem Schuldner für die zu leistende Erfüllung im Voraus vom Gläubiger gegeben worden ist, wieder zurückgefordert werden [b]). 1) Für unbedingt unmöglich sind aber vorzüglich solche Verbindlichkeiten zu achten, vermöge deren Handlungen verrichtet werden sollen, die physisch nicht geschehen können, oder die den Gesetzen oder den guten Sitten zuwider laufen; z. B. wenn sich jemand anheischig machte einen Diebstahl oder ein anderes Verbrechen zu begehen; oder wenn Sachen übereignet werden sollen, die nicht existiren, oder dem, welcher sie erhalten soll, schon zugehören und dgl. [c]). Ist eine solche Verbindlichkeit mit Vorwissen des Gläubigers und Schuldners oder aus Irrthum Beyder, eingegangen worden, so kann, weil sie von Anfange an ungültig ist, gegenseitig keine Forderung des Versprochnen oder einer Entschädigung dafür Statt finden; wohl aber dann, A. wenn der Schuldner sich einen Betrug hat zu Schulden kommen lassen [d]) oder B. der Gläubiger wissentlich sich anheischig gemacht hat für das ihm versprochne physisch Unmögliche etwas zu geben, indem er hier, ungeachtet er selbst nichts fordern kann, doch zur Erfüllung seines Versprechens angehalten wird [e]). Wenn hingegen die Verbindlichkeit einen Gegenstand betrift, der nicht an sich selbst unmöglich ist, sondern nur nicht in der Gewalt dessen steht, der sich zur Leistung desselben anheischig gemacht hat, so ist sie an sich gültig [f]), wenn sie nicht wegen Irrthums für nichtig zu achten ist. Ist daher A. die Uebereignung einer Sache

wissentlich versprochen worden, worüber der Schuldner nicht befugt ist zu disponiren, so kann zwar der Dritte, dem die Sache gehört, sie vindiciren, der Gläubiger aber demungeachtet die Erfüllung des Versprechens oder Entschädigung fordern [g]), außer wenn er vorher gewußt hat, daß die Sache einem Dritten zugehöre, und ihm folglich vom Schuldner nicht übereignet werden könne [h]). Ist B. etwas versprochen, was von der Handlung eines Dritten abhängt, so ist die Verbindlichkeit in den Fällen wirksam, so daß bey unterbliebener Erfüllung auch Entschädigung gefordert werden kann, wenn a) der Dritte, dessen Handlung den Gegenstand ausmacht, unter der Gewalt des Promittenten steht, und mithin von diesem rechtmäßiger Weise zu der Handlung genöthigt werden kann; b) oder wenn hauptsächlich die Zuwendung irgend eines Vortheils versprochen worden ist, wobey die Handlung eines Dritten nur als Mittel dienen soll, z. B. die versprochne Zahlung einer Schuld durch einen Dritten, oder wenn gar nicht erwähnt worden ist, daß der Erfolg des Versprechens von einem Dritten abhänge und deßhalb ungewiß sey [i]); oder c) der Versprechende im Voraus etwas dafür angenommen, oder sich zu einer Conventionalstrafe anheischig gemacht hat. Wenn hingegen ausdrücklich versprochen worden ist, daß ein Dritter, der nicht unter der Gewalt des Promittenten steht, etwas thun solle, so ist der Promittent nur verpflichtet, die ihm zu Gebote stehenden erlaubten Mittel anzuwenden, um jenen zu der Handlung zu bewegen, und er ist also auch nur dann zur Entschädigung verbunden, wenn er die Anwendung dieser Mittel unterlassen hat [k]).

Der Dritte selbst, über dessen Eigenthum oder Handlung paciscirt worden ist, hat gegen den Gläubiger keine Verbindlichkeit [1]), wenn er nicht entweder dem Vertrage beygetreten ist [m]), und sich folglich selbst verpflichtet hat, oder Erbe des Promittenten geworden ist [n]).

a) l. 135. 185. D. de reg. iur. l. 8. l. 15. pr. D. de contr. emt. l. 1. C. de dotis promiss. l. 52. D. mandati. l. 94. l. 35. pr. §. 1. l. 115. pr. D. de verb. obl.

b) l. 16. pr. l. 22. 23. 57. pr. D. de contr. emt. l. 1. §. 11. D. de obl. et act. l. 7. D. de verb. obl. l. 9. §. 6. D. de rebus cred. §. 1. 2. 11. Inst. de inut. stipul. l. 6. 7. D. de cond. ob turp. causs.

c) l. 182. D. de reg. iur. l. 34. §. 1. et 3. D. de contr. emt. l. 35. §. 2. l. 57. §. 1. D. eod. Eine solche Verbindlichkeit wird auch dadurch nicht wirksam, daß der Gegenstand später in commercium kommt, l. 34. §. 2. l. 83. §. 5. D. de verb. obl. Daß zu den unmöglichen Gegenständen auch die Uebereignung einer Sache, die dem Empfänger schon gehört, zu rechnen sey, sieht man aus l. 45. pr. D. de reg. iur. l. 16. pr. D. de contr. emt. l. 37. D. de cond. ind. l. 1. §. 10. D. de obl. et act. Den Vertrag über ein zu begehendes Verbrechen anlangend, siehe l. 5. C. de legibus. Weber von der natürl. Verbindl. §. 70. flg. l. 35. pr. §. 1. D. de verb. obl. Dahin gehören auch Verbindlichkeiten, welche darum übernommen werden, damit ein Andrer etwas unterlasse, was ihm schon von den Gesetzen verboten ist, l. 1. §. 2. l. 2. pr. §. 1. D. de cond. ob turp. causs.

d) l. 4. 5. D. de contr. emt. In diesem Falle muß auch der Gläubiger die Gegenverbindlichkeit, die er übernommen hat, erfüllen, l. 34. §. 3. D. eod. Noodt de forma emend. doli mali, cap. 10.

e) l. 6. pr. D. de contr. emt. l. 8. D. de cond. ob turp. caussam. l. 16. pr. D. de contr. emt. l. 37. D. de cond. indeb.

f) Glück Comment. IV. §. 304. l. 28. D. de contr. emt. l. 34. D. de verb. obl.

g) l. 30. §. 1. D. de act. emt. l. 28. D. de contr. emt. l. vlt. C. de commun. rer. alien.

h) l. 30. §. 1. D. de act. emt. l. 18. l. 27. C. de euict. l. vlt. C. de commun. rer. alien.

i) l. 34. D. de verb. obl. Nou. 115. c. 6. Auth. Si quando. C. de conſtit. pec.

k) l. 38. pr. §. 1. 2. D. de verb. obl. Wernher P. X. Obſ. 311. Denn hier weiß der Gläubiger vorher, daß ihm etwas verſprochen wird, welches nicht in der Gewalt des Promittenten ſteht, folglich kann er wegen des mangelnden Effectes eben ſo wenig Entſchädigung fordern, als der, welcher ſich wiſſentlich eine fremde Sache verſprechen läßt.

l) l. 39. D. de negot. geſt. l. 28. D. de contr. emt.

m) l. 20. pr. D. de pign. act. l. 1. u. Auth. Si quando quis. C. de conſt. pecun.

n) l. 22. D. de pign. et hypoth.

§. 1141.

2) Zu unbeſtimmt iſt der Gegenſtand der Verbindlichkeit alsdann, wenn dasjenige, was der Schuldner leiſten ſoll, gar nicht feſtgeſetzt, oder ſo ſehr ſeiner Willkühr überlaſſen iſt, daß er durch die Auswahl des zu Leiſtenden den Zweck der Verbindlichkeit ganz vernichten oder lächerlich machen kann [a]). Die Beſtimmung des Gegenſtandes wird aber hauptſächlich auf folgende Arten bewirkt: A. durch Uebereinkunft zwiſchen dem Gläubiger und Schuldner; B. durch Geſetze oder Herkommen, wie z. B. der Lohn für manche Arbeiten oder der Kaufpreiß für gewiſſe Dinge; hier iſt die Forderung der geſetzlichen Quantität ſogleich begründet, wenn der Vertrag eingegangen worden iſt, ohne etwas beſonderes über dieſen Gegenſtand feſtzuſetzen [b]); C. durch Ermeſſen des Richters bey Geſchäften, die in der Hauptſache zwar abgeſchloſſen, jedoch in Anſehung der genauern Beſtimmung der eigenen Billigkeit des Schuldners über-

lassen worden sind [c]); D. durch Beziehung auf einen andern Gegenstand, wenn ich z. B. soviel Getreide verspreche, als ich auf dem Boden habe [d]), E. oder auf den Ausspruch eines Dritten [e]); in beyden Fällen ist aber nöthig, daß der zur Vergleichung gebrauchte Gegenstand, oder der Dritte, auf dessen Entscheidung compromittirt worden ist, hinlänglich bestimmt sey, auch muß der erwählte arbiter sich wirklich der Entscheidung unterziehen; wenn Eins oder das Andre mangelt, so ist das Geschäft unwirksam, und kein Theil kann Rechte oder Verbindlichkeiten daraus erlangen [f]). Endlich kann F. die Bestimmung des Betrags der Schuld auch von einem künftigen Ereignisse abhängig gemacht werden; indem über Dinge, die jetzt noch nicht existiren, als Früchte und dergl. paciscirt wird. In diesem Falle ist die Verbindlichkeit selbst zwar unbedingt, und mithin das Recht des Gläubigers sofort begründet, allein der Erfolg desselben ist so lange noch ungewiß, bis jenes Ereigniß eingetreten ist. Das, was der Gläubiger alsdann fordern kann, hängt nun aber entweder von einem bloßen Glückszufalle ab (spes), oder es ist nach dem gewöhnlichen Gange der Natur wahrscheinlich, daß etwas existiren werde, nur daß man die Menge und Güte der Dinge nicht vorher weiß, wie z. B. bey Früchten (res speratae); in jenem Falle erhält der Gläubiger zwar alles, was hervorgebracht wird, wäre es auch ein ganz unerwarteter Gewinn; wenn aber im Gegentheil nichts hervorgebracht wird, so kann er nicht nur keine Entschädigung fordern, sondern muß auch das, was er seiner Seits dafür versprochen hat,

bezahlen [g]); im letztern Falle bekommt zwar der Gläubiger soviel oder so wenig als hervorgebracht wird, ohne daß der von ihm zu bezahlende Preiß vermehrt oder vermindert werden könnte, im Falle nicht der Handel nach Maaß und Gewicht der zu überlassenden Früchte geschlossen worden ist; allein wenn gar nichts hervorkommt, so hebt sich das Geschäft wieder auf [h]); doch kann in beyden Fällen vom Schuldner Entschädigung gefordert werden, wenn er Schuld daran ist, daß weniger oder nichts hervorgebracht worden ist [i]).

a) l. 17. l. 94. D. de verb. obl. l. 46. §. 3. eod. l. 7. pr. D. de contr. emt. l. 1. C. de dotis promiss. l. 52. D. mandati. Z. B. wenn fungible Sachen ohne Bestimmung der Quantität versprochen sind, l. 115. pr. D. de verb. obl. l. 94. eod. oder wenn blos ein genus remotum angegeben ist, z. E. ein Thier, ein Immobile u. s. w. Ist ein genus proximum versprochen, z. E. ein Pferd, so ist das Versprechen verbindend, und der Schuldner behält die Auswahl, was für eins er geben will, l. 80. D. de verb. obl. l. 106. eod. Glück Comment. IV. §. 303. S. 188. Ueberhaupt darf es nur nicht in der Willkühr des Schuldners stehen, ob er etwas leisten wolle, das dem Gläubiger brauchbar ist; die Auswahl, was er geben will, kann ihm überlassen werden, sobald sie nicht bis zu jener Willkühr übergeht, l. 2. §. 3. D. de eo, qu. certo loco.

b) Wenn durch das Gesetz der Preiß einer Sache oder Handlung festgesetzt ist, so darf in der Regel zwar weniger, nicht aber mehr genommen werden.

c) l. vlt. C. de dotis promiss. l. 24. pr. D. locat. l. 7. pr. D. de contr. emt. l. 22. §. 1. D. de reg. iur. Alle diese Gesetze lehren, daß wenn der Schuldner sich selbst die genauere Bestimmung seiner Verbindlichkeit vorbehalten habe, dieß eben so anzunehmen sey, als wenn einem arbiter die Entscheidung habe sollen übertragen werden; folglich muß auch h. z. T. eine solche Verbindlichkeit klagbar seyn, und richterliches Ermessen die noch fehlende Bestimmung geben. Nur ist erforderlich, daß der Gegenstand der Schuld in der Hauptsache bestimmt, und

ein Maaßstab vorhanden sey, nach welchem sich der Ausspruch des Richters richten könne. Diesen Maaßstab giebt nun aber theils der Zweck, zu welchem das Versprochene dienen soll, z. B. das Versprechen einer Mitgift, l. vlt. C. de dotis promiss. theils der innere durch Taxation zu eruirende Werth einer Sache, wie bey dem Kaufe oder der Miethe ohne Bestimmung des Preißes oder Lohnes, l. 24. pr. D. locat. l. 7. pr. D. de contr. emt. Wenn kein solcher Bestimmungsgrund vorhanden ist, so ist das Versprechen wegen seiner Unbestimmtheit ohne Wirkung.

d) l. 75. §. 5. D. de verb. obl. l. 7. §. 1. D. de contr. emt.
e) l. 7. pr. D. de contr. emt. l. 76. 77. 78. D. pro socio.
f) l. 75. D. pro socio. l. 25. pr. D. locat. l. vlt. C. de contr. emt. Westphal vom Kauf- und Pachtcontr. §. 148. flg.
g) l. 8. D. de contr. emt. l. 11. §. vlt. l. 12. D. de act. emt. Sam. Stryck Diss. de emtione spei. Hal. 1714. Mudäus ad tit. D. de contr. emt. p. 21. no. 6.
h) l. 39. §. 1. D. de contr. emt. arg. l. 5. D. de tritico vino l. oleo leg. Mudäus a. a. O. no. 4. Glück Comment. IV. §. 303. S. 192. Westphal a. a. O. §. 59. flg.
i) l. 8. pr. D. de contr. emt. l. 12. D. de act. emt.

4) Beobachtung der gesetzlichen Form.

§. 1142.

Wenn die bürgerlichen Gesetze ausdrücklich verordnen, daß eine gewisse Verbindlichkeit nicht anders, als durch Beobachtung einer vorgeschriebenen äußern Form der Willenserklärung hervorgebracht werden solle, so kann auch dieselbe auf keine andre Weise begründet werden. Da jedoch dergleichen Gesetze die natürliche Freyheit beschränken, so lassen sie keine ausdehnende Erklärung zu. Wenn daher die Beobachtung einer Solennität nur dann erst erforderlich ist, wenn die Contrahenten ein gewisses in den Gesetzen bestimmtes Maaß überschreiten, wie z. B. die gericht-

liche Insinuation bey den Schenkungen von mehr als 500 Ducaten, so ist wegen Unterlassung dieser Solennität das Geschäft nur soweit ungültig, als es das gesetzliche Maaß überschreitet, im Uebrigen hingegen wirksam a). Wo übrigens die Gesetze nicht ausdrücklich eine solche Solennität erfordern, da ist es zu Begründung von Rechten und Verbindlichkeiten hinreichend, wenn die bisher beschriebenen allgemeinen Erfordernisse vorhanden sind, und die Modificationen der zuzugestehenden Rechte und Verbindlichkeiten bleiben der Willkühr der Contrahenten überlassen. Von den Fällen übrigens, wo besondre Solennitäten beobachtet werden müssen, ist in der Lehre von den einzelnen Verbindlichkeiten zu handeln.

a) Nach der Rechtsregel: Vtile per. inutile non vitiatur. l. 1. §. 5. D. de verb. obl. C. 37. de reg. iur. X. in 6to.

Drittes Capitel.

Von den Wirkungen der persönlichen Verbindlichkeit auf Seiten des Schuldners.

§. 1143.

Die Wirkung der persönlichen Verbindlichkeiten besteht auf Seiten des Schuldners in der Nothwendigkeit, eben das zu leisten, was der Gläubiger zu fordern berechtigt ist. Was nun hiebey I. die Personen anlangt, von welchen diese Leistung gefordert werden kann, so sind dieß in der Regel blos diejenigen, welchen die Verbindlichkeit wegen unmittelbarer Verordnung der Gesetze, oder wegen einer von ihnen unternommenen verbindenden Handlung für ihre Person obliegt a), und der Gläubiger kann daher auch blos

gegen diese klagbar werden, wenn nicht ein besondrer Grund vorhanden ist, der die Verbindlichkeit auf andere Personen ausdehnt. Dieß ist der Fall 1) bey den Erben des Schuldners, auf welche alle aus dem Vermögen des Schuldners zu erfüllende Verbindlichkeiten übergehen [b]), nicht aber solche, die sich lediglich auf seine Person beziehen, z. B. zu Leistung persönlicher Dienste [c]), oder zur Erduldung einer Strafe [d]). Wenn jedoch dem Erblasser eine Geldstrafe schon rechtskräftig zuerkannt, oder der durch sein Vergehen erlangte Vortheil auf den Erben gekommen ist [e]), oder wenn der Verstorbene bey Leistung persönlicher Dienste seinem Gläubiger Schaden verursacht hat [f]), so sind die Erben sowohl zu Bezahlung der Strafe, als zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Eben so sind 2) Legatare, denen der Erblasser die Erfüllung einer Verbindlichkeit als Bedingung auferlegt, zu derselben verpflichtet, wenn sie durch Annahme des Legates sich der Bedingung unterwerfen; 3) diejenigen, welche durch Verträge fremde Verbindlichkeiten übernehmen, sowie 4) auch die, welche durch Bevollmächtigte oder Geschäftsführer Verbindlichkeiten contrahiren, zur Erfüllung derselben verpflichtet sind, ungeachtet sie nicht persönlich sich dazu anheischig gemacht haben.

a) Titt. C. Ne vxor pro marito und Ne filius pro patre. l. 1. C. quando fiscus vel priuatus.

b) l. 49. D. de obl. et act. l. 2. §. 2. D. de verb. obl. s. Th. II. §. 909.

c) z. B. der Vollmachts- Societäts- oder Dienstcontrakt. Leyser Sp. 41. m. 1. Eben dieß gilt, wenn die Dauer der Verbindlichkeit ausdrücklich auf die Lebenszeit beschränkt ist, l. 52. §. 3. D. de pactis.

d) l. 20. D. de poenis. l. 38. D. de reg. iur.

e) l. vn. C. Ex delictis defunctorum. Wernher P. VII. Obs. 15. Carpz. pract. rerum crimin. p. 226. Mand. v. 27. Jul. 1719. C. A. I. 1902. Const. 12. P. IV. Decis. 86. v. J. 1661.

f) l. 49. D. de obl. et act. Sam. Stryck D. de facto defuncti ab herede non praestando. Francof. 1687.

§. 1144.

Eine Verbindlichkeit kann entweder einem allein, oder mehrern zugleich obliegen. Im letztern Falle ist in der Regel jeder nur einen verhältnißmäßigen Theil derselben zu erfüllen verpflichtet (pro rata) [a]). Zuweilen bewirkt indeß 1) die natürliche oder rechtliche Beschaffenheit der Verbindlichkeit, daß jeder einzelne Schuldner auf das Ganze (in solidum) belangt werden kann (obligatio correalis). Dieß ist hauptsächlich der Fall A. wenn der Gegenstand der Schuld selbst nicht getheilt werden kann, und mithin von Einem allein geleistet werden muß, z. B. Uebereignung einer einzelnen Sache, Bestellung einer versprochnen Servitut [b]), Leistung einer Handlung [c]); u. s. w. B. wenn mehrere zusammen ein Verbrechen oder einen Betrug begangen und sich dadurch zum Schadenersatz und Erleidung einer Strafe verbindlich gemacht haben [d]); C. mehrere zugleich bestellte Vormünder, welche die Vormundschaft ungetheilt verwalten, oder die Geschäfte unter sich ohne Genehmigung des Richters vertheilt haben, müssen für den Schaden, den einer von ihnen verursacht, in solidum haften [e]), so wie auch D. Handlungsgesellschafter für die contrahirten Schulden der Gesellschaft [f]), und E. mehrere, die einen Wechselbrief zugleich unterschrieben haben, jeder für das Ganze haften muß [g]).

Endlich können auch 2) Verbindlichkeiten, die an sich theilbar sind, dadurch zu ungetheilten werden, daß entweder die mehrern Schuldner sich ausdrücklich in solidum verbinden [h]) oder ein Erblasser die Erfüllung einer solchen ihm obgelegenen Verbindlichkeit einem von seinen mehrern Erben allein überträgt [i]).

a) l. 11. §. 1. et 2. l. 12. pr. D. de duobus reis.
b) l. 72. pr. D. de V. O. l. 192. pr. D. de reg. iur. Doch macht hier die Servitut des Nießbrauchs und oneris ferendi eine Ausnahme. Scip. Gentilis de oblig. diuiduis et indiu. cap. 15.
c) l. 192. pr. D. de reg. iur. l. 2. §. 1. l. 85. l. 72. pr. de V. O.
d) l. 11. §. 2. D. ad Aquil.
d) Vorm. O. Cap. XX. §. 1. s. auch oben Th. I. §. 352.
f) Kind Quaest. for. T. I. c. 20. Berger Oec. iur. Lib. III. Tit. 5. th. 32. no. 5.
g) Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 13.
h) l. 11. §. 1. et 2. D. de duob. reis. Die hiebey üblichen Formeln sind: Sie wollen sammt und sonders, oder Einer für alle und Alle für einen zahlen; s. Berger Oec. L. III. Tit. 3. th. 4. n. 3. v. Trützschler Anweis. zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. Erste Hauptabth. 3tes Hauptst. §. 16.
i) l. 9. pr. l. 17. D. de duob. reis. Mehrere Erben haften in der Regel, wenn der Gegenstand der Schuld sich theilen läßt, nur pro rata ihrer Erbtheile, l. 2. §. 1. 2. 3. 4. D. de V. O.

§. 1145.

Wenn einer von den in solidum verbundnen Schuldnern die ganze Verbindlichkeit erfüllt, so erlöschen hiedurch die Ansprüche des Gläubigers gegen die übrigen [a]), so daß wenn noch einer von ihnen aus Irrthum bezahlt hätte, das zu viel Bezahlte als eine Nichtschuld zurückgefordert werden kann [b]). Hingegen hat der, welcher seine Mitschuld-

ner hierdurch von ihrer Verbindlichkeit befreyt, das Recht nachher von jedem zu seinem Antheile die Beyträge zu der Bezahlung einzufordern, kann sich auch vom Gläubiger die Klagen wider dieselben cediren lassen [c]). Der, welcher Zahlung leistet, ist befugt dem Gläubiger eine Gegenforderung mit anzurechnen, welche er, oder einer der übrigen Schuldner an denselben hat [d]). Doch können in den meisten Fällen die Schuldner, welche allein auf die ganze Forderung belangt worden sind, sich der Ausflucht der Theilung bedienen, und mittelst derselben verlangen, daß der Gläubiger von einem jeden Schuldner den Antheil desselben einklage [e]), ausgenommen: Wenn 1) die Schuldner auf diese Rechtswohlthat Verzicht geleistet haben, 2) die übrigen Schuldner abwesend sind, nicht belangt werden können, oder 3) insolvent sind [f]), auch können 4) die Handlungsgesellschafter, wenn sie aus einer gemeinschaftlichen Schuld belangt werden [g]), 5) die mehrern zugleichbestellten Vormünder [h]), 6) diejenigen, welche zusammen durch eine unerlaubte Handlung absichtlich Schaden verursacht haben [i]) und 7) Wechselschuldner [k]) sich derselben nicht bedienen.

a) l. 2. l. 3. §. 1. D. de duob. reis. l. 16. pr. D. de acceptil. Ist aber die Zahlung noch nicht geleistet, so hat der Gläubiger die Auswahl, welchen Schuldner er belangen will; er kann auch die wider einen angestellte Klage liegen lassen und einen 2ten belangen, ohne daß die exceptio litis pendentis opponirt werden könnte. Meditat. zweyer Rechtsgel. 3ter Bd. S. 105.

b) l. 19. §. 4. D. de cond. indeb. l. 20. eod.

c) l. 2. C. de duob. reis. l. 1. §. 13. D. de tutelae et rat. distrah. Vorm. Ordn. Cap. 20. §. 2. l. 62. pr. D. de leg. Falc. Berger Oec. iur. L. III. Tit. 3. th. 4. n. 8.

Carpz. P. II. const. 17. def. 14. Glück Pand. Comment. §. 339. a. E. Meditat. von zwey Rechtsgelehrten über verschiedene Rechtsmaterien. 3ter Bd. Hildesheim, 1789. S. 108. Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 13.

d) Berger a. a. O. not. 5.

e) Auth. Hoc ita C. de duob. reis. Nou. 99. Berger a. a. O. not. 6. Hommel Obs. 288. Glück a. a. O. not. 88. Meditat. zweyer Rechtsgel. 3ter Bd. S. 112.

f) die angez. Auth. Cod.

g) Carpz. P. II. const. 17. def. 12. Berger a. a. O. Wernher P. III. Obs. 79. ist jedoch andrer Meynung; allein daß die erstere durch den Gerichtsgebrauch bestätigt sey, lehrt Rind Quaest. for. T. I. cap. 20.

h) Vorm. Ordn. Cap. 20. §. 1. in der 2ten Forts. des C. A. I. 421.

i) Wernher P. VIII. Obs. 456. Doch ist dieß nicht auf die Untersuchungskosten zu erstrecken, welche die Angeschuldigten nur pro rata bezahlen.

k) Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 13. Leipz. Wechselordnung §. 13.

§. 1146.

Der Schuldner muß II. dem Gläubiger denselben Hauptgegenstand, den dieser zu fordern hat, vollständig und zu gehöriger Zeit mit den Nebengegenständen und Zubehörungen der Hauptsache leisten, und kann wider Willen des Gläubigers weder durch Bezahlung einer andern Sache oder des Interesse sich hievon befreyen [a]), noch auch einen andern als Schuldner sich substituiren [b]), oder jemanden anders als dem Gläubiger Zahlung leisten [c]). Zuweilen steht jedoch dem Schuldner die Auswahl zwischen mehrern Hauptgegenständen der Verbindlichkeit zu, und zwar vornehmlich 1) bey alternativen Verbindlichkeiten, wo dem Schuldner entweder ausdrücklich die Wahl zwischen mehrern Gegenständen vorbehalten ist [a]), oder stillschweigend, indem er nicht eine einzelne be-

stimmte Sache, sondern eine aus mehrern von gleicher Art (genus proximum) zu geben hat e). Der Schuldner hat alsdann die Auswahl zwischen den mehrern bestimmten Gegenständen so lange, als noch mehrere derselben existiren; sind sie aber alle bis auf einen untergegangen, so muß der noch übrige geleistet werden f). Ungeachtet aber im Zweifel, und wenn nichts darüber ausgemacht worden, bey alternativen Verbindlichkeiten die Auswahl dem Schuldner zusteht, so leidet dieß doch eine Ausnahme, wo es ersichtlich ist, daß die Auswahl zum Vortheil des Gläubigers habe dienen sollen, z. B. wenn der Schuldner versprochen hat gewisse Dienste zu leisten, oder im Falle der Gläubiger sie nicht gebrauchen könnte, Geld dafür zu geben g). Die Auswahl steht übrigens auch noch den Erben zu, wenn sie der Erblasser zur Zeit des Todes noch hatte, oder überhaupt die Verbindlichkeit nicht durch den Tod erloschen ist h). Ist aber die Wahl einmal bewirkt und dem andern Theile bekannt gemacht worden, so findet keine Abänderung mehr Statt i). Wenn sich nach geschehener Anerbietung von Seiten des Schuldners, dem die Auswahl zwischen mehrern Gegenständen zusteht, der Gläubiger weigert das Angebotene zu nehmen, und letzteres geht nachher ohne Verwahrlosung des Schuldners unter, so muß der Gläubiger den Verlust tragen, und kann nichts andres dafür verlangen k).

a) l. 2. §. 1. D. de reb. cred. l. 16. C. de solut. Die oblig. faciendi machen hiebey keine Ausnahme. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 39. §. 2. Rind Quaest. for. IV. p. 311. Andrer Meynung ist Hofacker princ. iur. ciu. III. §. 1732. nebst den daselbst angeführten Schriftstellern.

b) l. 1. C. de nouat.
c) l. 12. C. de solut.
d) l. 75. §. 8. l. 76. pr. D. de verb. obl.
e) l. 34. §. 5. D. de contr. emt. l. 105. 106. D. de verb. obl. l. 10. §. 6. D. de iure dot. l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. Auch wenn verschiedne Orte zur Zahlung bestimmt sind, steht im Zweifel dem Schuldner die Auswahl zu, so lange er sich noch nicht in mora befindet, l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. Wehrn a. a. O. §. 66. S. 426. Joh. Ad. Kurrern D. de oblig. alternatiua. Tübing. 1686. Just. Georg Chladenius D. de iure debitoris circa electionem in cauſſis alternatiuis. Viteb. 1725.
f) l. 95. §. 1. D. de solut. l. 34. §. 6. D. de contr. emt.
g) l. 95. pr. D. de solut. l. 93. l. 112. pr. D. de verb. obl. Hommel Obs. 515. Berlich Decis. aur. 103. no. 4. Chladenius a. a. O. §. 11.
h) l. 76. pr. D. de verb. obl.
i) l. 106. 112. pr. l. 138. §. 1. D. de verb. obl. l. 75. D. de reg. iur.
k) l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. l. 105. D. de verb. obl.

§. 1147.

Außerdem steht 2) die Auswahl des zu gebenden Hauptgegenstandes in der Willkühr des Schuldners, wenn bey einem Vertrage ein Reugeld ausgemacht worden ist. Man versteht hierunter eine Summe Geldes oder Geldeswerth, durch deren Auszahlung sich der Schuldner von der ihm obliegenden Verbindlichkeit nach Willkühr befreyen kann. Die Auswahl steht dem Schuldner so lange zu, als noch von keinem Contrahenten mit Einwilligung des andern Theils der Vertrag ganz oder zum Theil erfüllt worden ist a). Hievon ist aber die Conventionalstrafe zu unterscheiden, welche der Schuldner zur Entschädigung des Gläubigers erlegen muß, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, ohne durch Zufall oder den Gläubiger

selbst verhindert zu seyn [b]). Diese wird blos zum Vortheil des Gläubigers ausbedungen, und daher kann sich der Schuldner wider dessen Willen durch Bezahlung derselben nicht befreyen. Ist der Schaden, den der Gläubiger leidet, größer als die Conventionalstrafe beträgt, so ist er befugt noch auf die völlige Entschädigung zu klagen [c]), kann aber auch die ganze Strafe verlangen, wenn gleich sein Schaden etwas weniger betragen sollte; nur darf kein unerlaubter Zinswucher dadurch verdeckt werden [d]). Hat er einmal die Conventionalstrafe oder das Reugeld angenommen, so kann er die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht mehr verlangen [e]).

a) Decis. 16. v. J. 1746. l. 24. D. quando dies legator. Bauers Erl. d. angez. Decis.
b) l. 69. D. de verb. obl. l. 14. C. de pactis. pr. Inst. de emt. vend.
c) l. 41. 42. D. pro socio. l. 28. D. de act. emt. Glück IV. S. 338.
d) l. 38. §. 17. D. de verb. obl. l. 32. pr. D. de receptis. l. 56. pr. D. de euict. Wehrn a. a. O. §. 59. Glück IV. S. 532. s. auch unten §. 1251. not. d.
e) l. 10. fine. D. de eo, quod certo loco. l. 6. §. 2. l. 7. D. de l. commiss.

§. 1148.

Die Nebengegenstände, welche der Schuldner zuweilen mit entrichten muß, haben ihren Grund theils in einer Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners, theils in allgemeinen gesetzlichen Verordnungen. Zu den erstern gehört daher alles, was der Schuldner zugleich mit einer andern Sache, die den Hauptgegenstand seiner Verbindlichkeit ausmacht, mit übergeben muß, entweder als natürliche oder

rechtliche Zubehörungen derselben, oder vermöge besonderer Verträge deshalb; ferner Mahlschätze, Conventionalstrafen und dergl. mehr. Zu den letztern hingegen ist dasjenige zu rechnen, was der Schuldner, ohne daß er es versprochen, zu entrichten verbunden ist, im Falle er die übernommene Hauptverbindlichkeit gar nicht, oder nicht gehörig erfüllt hat, nämlich der Ersatz des verursachten Schadens und Bezahlung von Zinsen. Von diesen beyden Gegenständen ist daher noch hier zu handeln, von jenen aber im speciellen Theile.

I. Vom Schadenersatze.

§. 1149.

Schaden bezeichnet in der weitläuftigsten Bedeutung einen jedweden Nachtheil, der einen Menschen an seiner Person, seiner Ehre, oder an seinem Vermögen betreffen kann [a]). Der Schaden am Vermögen (damnum pecuniarium) [b]) wird theils in Ansehung der wirkenden Ursache, theils in Ansehung dessen, was dadurch verloren wird, verschieden eingetheilt. 1) In Rücksicht dessen, **was jemanden von seinem Vermögen entzogen wird**, ist der Schaden ein damnum positiuum, wirklicher Verlust, oder Entziehung eines Gegenstandes, worauf man bereits ein wohlerworbenes Recht besitzt, und lucrum cessans, oder Entziehung eines noch nicht gewissen zukünftigen Gewinnes. Der Ersatz des Schadens am Vermögen heißt im weitern Sinne Leistung des Interesse (praestatio eius, quod interest) [c]), welches sich daher wieder in Erstattung dessen, was

wirklich entzogen worden ist (quanti res est; quanti eam rem esse paret) [d]), und Leistung des Interesse im engern Sinne, oder Ersatz des entzognen Gewinns, und der übrigen Vortheile, welche der Gläubiger außer den bestimmten Gegenständen der Verbindlichkeit von der Erfüllung derselben erwarten konnte, theilt [e]).

a) Wehrn a. a. O. §. 1. 2. Glück a. a. O. IV. §. 318.
b) l. 5. §. 5. D. de his, qui effuderint.
c) l. 13. pr. D. ratam rem haberi. l. 1. §. 41. D. de vi et vi arm. Hommel Obs. 522. Wehrn §. 50. Glück IV. §. 332. a. E.
d) l. 179. 193. D. de verb sign. l. 4. §. 11. D. de vi bonor. raptor. l. 21. l. 33. pr. D. ad l. Aquil. l. 33. D. locati.
e) Wehrn u. Glück a. a. O.

§. 1150.

A. Da das active Vermögen theils aus den körperlichen Dingen besteht, auf welche uns ein dingliches Recht zusteht, theils aus Forderungen und persönlichen Sachenrechten [a]), so ist auch nicht blos die Einbuße eines dinglichen Rechts, sondern auch die unterbliebene Erfüllung der Verbindlichkeit eines Schuldners für einen wirklichen Verlust zu rechnen. Zum Ersatz desselben gehört daher im Allgemeinen hauptsächlich a) die Sache, welche dem Eigenthümer entzogen worden, oder der Gegenstand, den der Gläubiger zu fordern berechtigt war. Können diese nicht in Natur erstattet werden, so tritt der innere wahre Werth, zu Gelde angeschlagen, an ihre Stelle [b]), welchen die Sache zu der Zeit und an dem Orte, wo sie hätte sollen übergeben werden, hatte [c]); oder im Falle Zeit und Ort unbestimmt

gewesen, der höchste Werth von Zeit der Klage bis zur Hülfsvollstreckung [d]). Auf eine besondre Vorliebe zur Sache, oder auf Gewinn, den der Gläubiger daraus hätte ziehen können, wird in der Regel keine Rücksicht genommen; wenn jedoch die entzogne Sache nicht anders als in Verbindung mit einer andern zu brauchen wäre, so kann auch der verminderte Werth der letztern mit in Anschlag gebracht werden [e]). Bey Kaufwaaren insbesondre kann als wirklicher Verlust nur der Einkaufspreiß in Anschlag gebracht werden [f]). b) Den Verlust, den der Kläger durch die Entziehung jener Sache blos mittelbarer Weise leidet, indem ein Zufall oder eine Nachlässigkeit von seiner Seite dabey mitwirkte, kann er nicht ersetzt verlangen [g]). c) Die Zubehörungen und Accessionen der Hauptsache, welche von der Zeit an hinzugekommen, wo der Gläubiger sie hätte bekommen sollen [h]). Ferner d) die Nutzungen oder Zinsen von der Verfallzeit an [i]), und zwar erstere in allen den Fällen, wo der Inhaber der Sache zur Erhebung der Nutzungen nicht berechtigt war, nach Maaßgabe der 2ten Decision vom J. 1746, wenn er hingegen zur Erhebung derselben befugt gewesen, mittelst ordentlicher Rechnungsablegung [k]), und e) endlich die Proceßkosten [l]).

a) l. 49. 143. D. de verb. sign.

b) l. 68. D. de rei vind. l. 33. pr. D. ad l. Aquil. l. 63. pr. D. ad l. Falcid. Wehrn §. 64. S. 400.

c) l. 2. §. vlt. l. 3. 4. §. 1. l. 6. 7. 9. D. de eo, quod certo loco. l. 22. D. de reb. cred. l. 3. §. 4. D. de act. emt. Jac. Mastertius tractat. illustr. iuris. Lugd. Bat. 1664. p. 301.

d) l. 37. D. mandati. l. vlt. D. de condict. tritic. l. 22.

D. de rebus cred. l. 47. pr. §. 1. D. de leg. 1. Wehrn §. 66. Berger Oec. iur. L. III. Tit. 2. th. 4. n. 10.

e) l. 22. §. 1. l. 23. pr. §. 1. D. ad l. Aquil. l. 10. I. eod. l. 34. D. de aedilit. edicto.

f) l. 2. §. 4. D. de l. Rhodia. Erhard Handb. d. peinl. Rechts. S. 263.

g) l. 21. §. 3. D. de act. emt. l. 29. §. 3. D. ad l. Aquiliam. Ist aber der Schaden eine unmittelbare Folge, so kann der Ersatz gefordert werden, l. 3. D. de in litem iurando. l. 2. §. vlt. D. de eo, quod certo loco.

h) l. 20. 68. D. de rei vind. l. 35. 73. 75. D. de verb. sign. l. 4. §. 1. D. de vsuris.

i) l. 34. 35. 38. §. 7. D. de vsur. l. 35. D. de verb. sign. l. 7. pr. D. de peric. et comm. rei vend. l. 13. §. 10. 11. 20. D. de act. emt.

k) Bauers Erläut. d. Decis. v. J. 1746. Dec. 2. §. 4. flg.

l) Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 36. §. 5. Bergers Decis. summi prou. senatus. no. 420.

§. 1151.

B. Das lucrum cessans steht in der Regel immer mit einem wirklichen Verluste, als Folge desselben, in Verbindung, und enthält die Erstattung des Gewinnes, den der Gläubiger mittelst der Sache hätte verlangen können, die der Schuldner zu leisten verpflichtet war; doch können sich auch Fälle ereignen, wo ein verlorner Gewinn erstattet werden muß, ohne daß zugleich etwas, was schon bereits einen Theil des Vermögens ausmachte, entzogen worden ist [a]). Als entzogner Gewinn ist dasjenige zu betrachten, um wieviel z. B. durch die Sache, die der Schuldner leisten sollte, andre im Vermögen des Gläubigers schon befindliche Dinge besser oder theurer würden geworden seyn, ingleichen das, was der Gläubiger durch den Verkauf hätte gewinnen können u. s. w. [b]). Wer befugt ist, den Ersatz des Gewinnes zu fordern, kann ferner für die verlornen Dinge den Werth verlangen,

den sie insbesondre für ihn, nach seinen individuellen Verhältnissen oder Neigungen und ihrer Verbindung mit andern Dingen besitzen (pretium affectionis) [c]). Doch ist überhaupt zu bemerken, daß 1) der berechnete Gewinn nicht nur an sich möglich und erlaubt [d]), sondern auch wahrscheinlich zu erlangen gewesen seyn muß; ist er von äußern zufälligen Umständen, oder von der Handlung eines Dritten abhängig, welche der Gläubiger von diesem nicht rechtlich fordern konnte, so findet keine Ersatzforderung Statt [e]). 2) Von dem Gewinne ist der Aufwand abzuziehen, der auf die Erhebung hätte müssen verwendet werden [f]). 3) Wenn der Affectionswerth einer Sache gefordert werden soll, so wird vorausgesetzt, daß die Sache eines solchen relativen Werthes an sich fähig sey. Dieß ist aber nie der Fall bey fungiblen Dingen oder bey gangbaren Münzsorten, welche nur nach ihrer Menge und Güte im Ganzen beurtheilt werden können [g]). 4) Der Ersatz des verlornen Gewinns wird weniger in den Rechten begünstigt als der Ersatz eines wirklichen Verlustes [h]), daher wird 5) überhaupt die Anrechnung des lucri cessantis nur dann gestattet, wenn absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit der Schaden verursacht worden ist [i]); und um keine übermäßigen Forderungen zuzulassen, so ist nicht nur 6) überhaupt dasjenige, was als Verlust und entzogner Gewinn angerechnet wird, zuvor vom Richter zu untersuchen und zu ermäßigen [k]), sondern es darf auch 7) bey solchen Forderungen, deren Hauptgegenstand einer gewissen Schätzung fähig ist (res, quae certam habent quantitatem), wie z. B. bey Käufen, bey Miethcontrakten und dergl.

dasjenige, was als entzogne Nutzung, verlorner Gewinn u. s. w. außer dem Hauptgegenstande oder dessen Werthe nach gefordert wird, diesen selbst nicht übersteigen b).

a) Glück Comment. IV. §. 318.

b) l. 23. §. 2. 6. D. ad l. Aquil. l. 68. D. de rei vind. l. 1. pr. D. de act. emt. l. 13. pr. D. ratam haberi. l. vn. C. in fine. de sententiis, quae pro eo, quod interest. l. 2. §. vlt. D. de eo, quod certo loco. Vergl. Glück §. 332.

c) Wehrn a. a. O. S. 405. Joh. Phil. Streit D. de interesse affectionis. Erford. 1709. Bey rebus certae quantitatis s. aestimationis, d. h. bey solchen, deren Werth durch einen Marktpreiß oder gemeine Schätzung bestimmt werden kann, findet kein Affectionswerth Statt, sondern nur bey rebus incertae quantitatis. l. vn. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest. Auch bey diesen muß der Kläger den Grund ihres höheren Werthes angeben, z. B. ihre Seltenheit, ihre Verbindung mit seinen übrigen Sachen, daß er sie von seinen Voraltern ererbt, u. s. w. l. 35. D. de minorib. l. 22. §. 1. D. ad l. Aquil. c. 24. qu. 2. dist. 93. Streit a. a. O. §. 30. Wehrn §. 64. Ueberdem aber tritt alsdann noch richterliche Ermäßigung ein, l. 4. §. 2. l. 5. §. 1. D. de in litem iurando. l. 9. C. Vnde vi. S. auch C. G. Biener systema processus. II. §. 215. not. 4. Wernher P. I. Obs. 11. P. VIII. Obs. 408. Rind Quaest. for. I. p. 151.

d) l. 26. D. de damno infecto. l. 71. §. 1. D. de furtis.

e) l. 29. §. 3. D. ad l. Aquil. l. 23. D. und §. 10. Inst. eod. l. 2. §. vlt. D. de eo, quod certo loco. Berger Oec. L. III. Tit. 3. th. 14. Daher kann von Geldforderungen, z. B. von rückständigem Kaufgelde, nichts als der Betrag der Zinsen gefordert werden, und nicht der Handelsgewinn, den er von diesem Gelde hätte erlangen können, l. vlt. D. de peric. et commodo. Const. 30. im 2ten Theile.

f) Wehrn a. a. O. §. 55. S. 363.

g) l. 3. D. in litem iur. Chr. Thomasius D. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Hal. 1701. Struck vsus mod. L. 12. Tit. 3. §. 2. Wernher P. IV. Obs. 123.

h) l. 33. 41. §. 1. l. 206. D. de reg. iur. Dagegen ist in

Ansehung der Personen kein Unterschied, und es können nicht blos Kaufleute, sondern auch andre das Interesse fordern. Const. 30. P. II. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 14. n. 1. Wehrn a. a. O. §. 57.

i) l. 68. D. de rei vind. l. 2. §. 1. D. de in litem iur. Wernher P. IV. Obs. 151. no. 307. Wehrn a. a. O. S. 405. Glück a. a. O. §. 333. Eine Ausnahme ist bey Vormündern, welche ihren Pflegebefohlnen auch den Gewinn erstatten müssen, den sie ihm culpa leui entzogen haben, l. 7. C. arbitr. tut.

k) l. 4. §. 1. 2. l. 5. §. 2. D. de in litem iur. l. 9. C. Vnde vi. Biener a. a. O. §. 215.

l) l. vn. C. de sententiis, quae pro eo, qu. inter. Carpz. P. II. const. 30. def. 28. Wernher P. VIII. Obs. 1. Wehrn a. a. O. S. 367. Joh. Otto Tabor exerc. academ. de altero tanto vsurario. Gieff. 1686. P. III. art. 13. §. 5. Die Meynung Bergers L. III. Tit. 8. th. 14. n. 2. et 4. und Strycks V. M. XII. 3. §. 10. daß dieß Gesetz nur vom Interesse Eines Jahres zu verstehen, wird durch die Worte desselben nicht bestätigt.

§. 1152.

Da übrigens der Schaden, den jemand erlitten hat, blos auf Thatsachen beruht, welche nicht vermuthet werden können, so muß, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners, Ersatz zu leisten, erwiesen ist, die Quantität des Schadens ebenfalls dargethan werden [a]). Dieß geschieht in der Regel durch gewöhnliche Beweismittel, vornehmlich durch das Urtheil von Sachverständigen, und der Beklagte hat eine Gegenbescheinigung dawider zu führen [b]). In den Fällen aber, wo dem Beklagten die Auslieferung gewisser Dinge, die Edition einer Specification oder der Berechnung über erhobene Nutzungen u. s. w. rechtskräftig auferlegt worden ist, und er nichts desoweniger dem Urthel Folge zu leisten verweigert, steht dem Kläger frey sich zu dem Würderungseyde (iuram.

in litem) zu erbieten und mittelst desselben die Größe seines Schadens zu bestimmen [c]). Zuvor ist jedoch nöthig, daß er die erlittenen Schäden angebe, der Richter dieselben nach Wahrscheinlichkeit und Billigkeit ermäßige, und ihm sodann den Eyd in der Maaße, daß sein Schaden nicht geringer gewesen oder sich wenigstens so hoch belaufen, vorschreibe [d]). Nach Leistung des Eydes aber wird der Schuldner sodann, ohne durch einen Gegenbeweis die erwiesene Quantität des Schadens vermindern zu können, durch gewöhnliche Zwangsmittel zur Bezahlung derselben angehalten [e]).

a) l. 24. D. de reg. iur.

b) l. 63. pr. D. ad l. Falcid. l. 33. D. ad l. Falcid. l. 2. §. 1. D. de in lit. iur. **Wehrn** a. a. O. §. 75. **Biener** a. a. O. §. 213.

c) l. 4. §. vlt. l. 5. §. 3. D. de in litem iur. — ob dolum solum in litem iuratur non etiam ob culpam. l. 68. D. de rei vind. l. 64. pr. D. de iudiciis. **Erl. Proc. O.** Tit. 31. §. 2. **Wernher** P. VIII. Obs. 434. IV. 151. no. 359.

d) **Biener** a. a. O. §. 215. **Hommel** Obs. 522. 642. Dessen teutscher Flavius, l. v. lis. **Carpz.** P. II. const. 30. def. 15. **Leyser** Sp. 250. med. 5. **Mevius** Decis. P. IV. dec. 322. **Wehrn** a. a. O. S. 405. flg. **Stryck** V. M. L. 12. Tit. 3. th. 10. **Pfotenhauer** doctr. processus. §. 467. **Cocceji** tract. de doli culpae et negligentiae praestatione. Heidelb. 1672. Diss. 3. §. 12. **Lucas vom Kampe** D. de iuramento in litem. Traj. ad Rhen. 1741. c. 4.

e) Nach l. 4. §. 3. l. 5. §. 2. D. de in lit. iurando kann auch die Verurtheilung in eine geringere Summe Statt finden. Nach l. 9. C. Vnde vi. u. **Erl. Proc. Ordn.** XXXI. 2. wird der Schuldner in soviel, als geschworen ist, condemnirt. **Biener** a. a. O. §. 215. not. 5.

§. 1153.

2) In Hinsicht der Entstehungsursachen hat man zuerst zwischen einem Schaden zu unterschei-

den, der sich schon ereignet hat, und einem solchen, der blos befürchtet wird. A. Für einen noch nicht geschehenen, aber mit Wahrscheinlichkeit befürchteten Schaden (damnum infectum) kann kein Ersatz, zuweilen aber Sicherstellung wegen künftigen Ersatzes gefordert werden. B. Ein bereits eingetretener Schaden (damnum factum) ereignet sich entweder a) durch einen blosen Zufall, d. h. ein solches Ereigniß, welches nicht vorhergesehn und durch den, den es betrift, nicht abgewendet werden kann (damnum casuale), oder b) durch die Handlung eines Menschen. Diese ist nun α) in der Absicht zu schaden unternommen worden (dolus) β) oder nicht; im letztern Falle aber ereignet sich der Schaden A) entweder durch eine Handlung, wozu der Handelnde vollkommen berechtigt war, durch welche aber ein Anderer etwas einbüßt, ohne daß jener dieß beabsichtigte (damnum indirectum); oder B) durch eine Handlung, wozu der Handelnde nicht berechtigt war, worunter a) damnum iniuria datum und noxale, b) Schaden durch Unterlassung der schuldigen Aufmerksamkeit (culpa), oder endlich c) durch die Verzögerung einer zu erfüllenden Verbindlichkeit (mora) zu rechnen ist.

A. Zufälliger Schaden.

§. 1154.

Als blos zufälliger Schaden (casus merus) im engern Sinne sind besonders Naturereignisse zu betrachten, die nicht vorhergesehen und abgewendet werden können [a]), und in Absicht auf Personen, die mit einander in Vertragsmäßigen Verhältnissen stehen, auch

die Handlung eines Dritten, wodurch ohne Schuld der Contrahenten die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich wird, z. B. der Raub der zu übereignenden Sache [b]); ein Gesetz oder ein Befehl der Obrigkeit, wodurch die Leistung des Versprochenen verboten wird [c]). Den Schaden, den ein bloser Zufall verursacht, trägt in der Regel derjenige, welchem durch denselben ein Recht entzogen wird; es kann daher auch kein Ersatz dafür verlangt werden, wenn nicht irgend jemand durch Unvorsichtigkeit oder böse Absicht den Zufall veranlaßt hat [d]). Diese Regel gilt besonders auch bey Vertragsmäßigen Verhältnissen. Um jedoch hier das Genauere bestimmen zu können, muß man unterscheiden, ob der Gegenstand der Verbindlichkeit eine Handlung oder eine Sache ist.

I. Bey der ersten Art ist wieder ein Unterschied, ob der, welcher die Handlung leisten soll, etwas dafür zu fordern hat, oder nicht. 1) Im letztern Falle, wenn die Handlung unentgeltlich geleistet werden sollte, und durch Zufall verhindert wird, trägt blos der, zu dessen Vortheil sie dienen sollte, den Verlust. 2) Im erstern Falle kommt es darauf an, ob sich der Zufall in der Person dessen ereignet, welcher die Handlung zu leisten hat, oder in der Person dessen, der die Handlung empfangen und eine Vergeltung dafür geben soll. A. Ereignet er sich in der Person dessen, der die Handlung leisten soll, so muß man wieder darauf sehen, ob vor Eintritt des Zufalls die Vergeltung für die Handlung bereits bezahlt gewesen, oder nicht. a) Ist noch nichts gegeben worden, so hebt sich das ganze Geschäft gegenseitig auf [e]); ist b) die bedungene Beloh-

nung im Voraus gegeben worden, so kann dieselbe zurückgefordert werden [f]). Wenn B. derjenige, welchem die Handlung geleistet werden soll, verhindert ist, dieselbe anzunehmen und zu benutzen, so ist der andre, welcher sie zu leisten hat, befugt den Lohn für die Handlung zu behalten, oder noch zu fordern [g]).

a) l. 1. §. 4. D. de oblig. et act. l. 15. §. 2. l. 25. §. 6. D. locati. l. 11. §. 5. D. de minor. l. 2. §. 7. D. de administr. rerum ad ciu. pertin. l. 6. C. de pignerat. act. **Wernher** P. IV. Obs. 214. no. 1. **Glück** a. a. O. IV. §. 325.

b) l. 23. D. de reg. iur. l. 18. pr. commod. §. 2. Inst. quib. modis re contr. obl. §. 3. Inst. de emt. vend. **Wehrn** a. a. O. S. 3.

c) §. 2. Inst. de inut. stip. **Wernher** P. IX. Obs. 158. P. IV. Obs. 89. Obs. 214. no. 77. **Mevius** Dec. 15. P. III.

d) **Glück** IV. S. 369. **Thibaut** Pand. §. 157.

e) l. 15. §. 6. D. locat. l. 185. D. de reg. iur. **Glück** IV. S. 371. **Thibaut** a. a. O. **Weber** von der natürlichen Verbindl. §. 102.

f) l. 10. C. de condict. ob causs. dator. u. l. 3. §. 3. 4. D. de cond. caussa data, verweigern zwar die Repetition völlig, wenn haec caussa, pro qua data est fortuito casu, non est secuta, und das letztere Gesetz sagt sogar, daß die Belohnung noch nachgefordert werden könnte. Allein die übrigen Gesetze sagen unstreitig, daß die Repetition Statt finde, wenn ob caussam etwas gegeben worden, und die Handlung (caussa) nicht erfolgt sey, l. 1. §. 1. D. de cond. ob turp. caussam. l. 19. pr. D. de reb. cred. l. 1. §. 1. 2. D. de cond. sine caussa. l. 5. §. 3. 4. l. 16. D. de cond. caussa data. l. 52. D. de cond. indeb. l. 33. D. locat. und eben so gewiß ist es, daß Vernunft und Billigkeit für die Zurückforderung des Gegebnen sprechen, wenn die Bedingung, weßhalb es gegeben worden, nicht erfüllt wird. **Glück** a. a. O. IV. S. 373. Doch wird hiebey erfordert, daß wirklich eine doppelseitige Verbindlichkeit eingegangen worden sey, und daß mithin unter der Bedingung, daß die Handlung erfolge, der dafür bedungene Lohn gegeben worden sey, oder, wie **Thibaut**

§. 157. unterscheidet, daß der Natur des Geschäfts zufolge der Lohn erst nach erfolgter Leistung hätte können gefordert werden. Wenn daher 1) die Handlung nicht zur Bedingung gemacht worden ist, sondern nur als Gegengefälligkeit für eine simple Schenkung erwartet wird, so kann die Zurückforderung nicht Statt finden. Von solchen Fällen handeln wahrscheinlich die angez. l. 10. C. de cond. ob causs. und l. 3. D. eod. — Vergl. l. 9. C. de donat. l. 5. §. 2. D. de praescr. verbis. 2) Eben so ist, wenn der, welcher das factum leisten sollte, schon Aufwand deswegen gemacht, oder wenn die Anstalten dazu den Zufall herbeyführten, wodurch er an der Leistung verhindert wird, l. 5. pr. §. 3. 4. D. de cond. caussa data. 3) Wenn das im Voraus für das factum Geleistete ohne Schuld des Empfängers nicht mehr existirt. 4) Endlich ist im Röm. Rechte ebenfalls eine Ausnahme, wo die Repetition wegfällt, in Ansehung der Advocaten, die im Voraus ein Honorarium bekommen haben, und dann ohne ihre Schuld an der Führung der Sache verhindert werden, l. 1. §. 10. 11. 12. 13. D. de extraord. cognit. l. 38. §. 1. D. locat. Vergl. mit l. vlt. C. de cond. ob causs. dator. Glück IV. S. 375. not. 36. 5) Wenn die versprochnen Dienste zum Theil geleistet werden, so kann die Zurückforderung in der Regel nur pro rata geschehen, arg. l. 30. §. 1. l. 15. §. 6. 7. D. locat. S. auch Berger Oec. iur. L. II. Tit. 2. th. 29. n. 3. L. III. Tit. 6. th. 6. n. 3. Stryck caut. contr. Sect. III. c. 5. §. 5. Andrer Meynung ist Coeceji ius contr. Lib. II. Tit. 14. qu. 38.

g) l. 19. §. 9. 10. l. 38. pr. D. locat.

§. 1155.

II. Wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit in der Uebergabe einer Sache besteht, so ist zuerst zwischen einer einzelnen Sache (species) und einem genus zu unterscheiden, bey jener aber wieder, ob sie an jemand übereignet, oder ihm zum Gebrauche überlassen, oder ob sie dem Eigenthümer restituirt werden soll: 1) Wenn eine Species A. tradirt wer-

den soll, und zwar a) ohne daß der Empfänger etwas dagegen zu leisten hat, so verliert dieser durch den zufälligen Untergang derselben das Recht, etwas zu fordern [a]). Hat der Empfänger der Sache b) etwas dagegen zu geben oder zu leisten, jedoch α) so, daß das ganze Geschäft noch von einer Bedingung abhängt, so trägt, wenn die Sache vor Existenz der Bedingung ganz untergeht, der Eigenthümer, welcher ihre Uebergabe versprochen hatte, den Verlust; wird sie hingegen durch Zufall blos schlechter, und in diesem Zustande nach Existenz der Bedingung übergeben, so trägt der Empfänger den Schaden hievon, und muß mithin gegen Empfang derselben nichts destoweniger alles, was er dafür versprochen, leisten [b]). Ist das Geschäft aber β) unbedingt abgeschlossen, und kann wegen des zufälligen Unterganges nicht vollzogen werden, so ist zu unterscheiden, ob das, was für die Sache versprochen worden, schon im Voraus ausgezahlt sey, oder nicht: A) Ist es noch nicht ausgezahlt, so hebt sich in der Regel das Geschäft auf [c]), außer bey dem Kaufe, wo der Abkäufer vom Augenblicke des völligen Abschlusses an alle Gefahr trägt, und selbst nach dem zufälligen Untergange noch Zahlung leisten muß [d]). B) Ist bereits bezahlt worden, so kann zwar im Allgemeinen der natürlichen Billigkeit nach das Gegebene zurückgefordert werden, wenn die versprochne Sache vor der Uebergabe untergeht [e]); doch ist eine Ausnahme, wenn a) das, was für die Sache geleistet worden, nur in einem facto bestand, oder das Gegebene wieder abhanden gekommen, ohne bleibenden Nutzen zu gewähren [f]); b) bey dem Kauf- [g])

Tausch- [h]) und Trödelcontrakte; wenn bey letzterm der Empfänger selbst um Ueberlassung der zu verkaufenden Sache gebeten hat [i]). Wenn eine Species B) restituirt werden soll, und durch Zufall untergeht oder schlechter wird, so trägt der Eigenthümer, dem sie zurückzugeben war, den Verlust der Sache [k]), und kann, wenn ihm für die Benutzung derselben ein Lohn oder Miethgeld versprochen war, diesen nur für die Zeit verlangen, wo der andre wirklich die Sache besaß [l]), der Letztere hingegen büßt das Recht ein, die Sache zu benutzen, ohne deßhalb weitere Entschädigung als verhältnißmäßige Kürzung des Lohnes fordern zu können [m]). Ist endlich 2) der Gegenstand keine bestimmte einzelne Sache, sondern A) eine Quantität von Dingen, welche nach Maaß, Zahl oder Gewicht übergeben oder restituirt werden sollen, so befreyt der Untergang einzelner Stücke dieser Gattung den Schuldner nicht [n]), es müßte denn der Handel über einen Vorrath solcher Dinge in Bausch und Bogen geschlossen worden seyn, wo dann der Vorrath selbst als eine Species betrachtet werden muß [o]). Wenn B) einem Schuldner die Auswahl zwischen mehrern Individuen einer Gattung überlassen worden ist, so trägt er allein den Schaden, so lange noch ein Individuum von den mehreren übrig ist; wenn aber auch das letzte untergegangen, so verliert hiedurch auch der Gläubiger das Recht, die Erfüllung des Vertrags zu fordern [p]).

a) l. 23. D. de verb. obl. Wernher P. IV. Obs. 214. no. 67.

b) l. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. l. 72. §. 1. D. de solut.

c) Glück IV. S. 379.
d) l. 4. 5. 6. C. de peric. et comm. rei vend.
e) l. 16. D. de cond. cauſſa data. l. 1. §. 1. D. de cond. ob turp. cauſſ. l. 52. D. de cond. indeb. l. 9. pr. §. 1. D. locat.
f) l. 5. §. 3. D. praeſcr. verb. l. 26. §. 12. l. 65. §. 6. 7. D. de cond. indeb. Lauterbach coll. Pand. Lib. 12. Tit. 4. §. 6.
g) §. 3. Inſt. de emt. et vend. Titt. D. et C. de peric. et commodo rei vend.
h) l. 5. §. 1. D. de praeſcr. verbis.
i) l. 1. §. 1. D. de aeſtimator. l. 17. §. 1. D. de praeſcr. verbis.
k) So z. B. bey dem commodato, depoſito, Pachte; l. 5. §. 4. l. 18. §. 4. D. commodati. l. 1. §. 8. 35. D. depoſiti. l. 1. §. 5. D. de oblig. et action. l. 9. §. 2. 3. 4. D. locati.
l) l. 25. §. 2. l. 30. pr. §. 1. l. 33. D. locati.
m) l. 33. D. locati.
n) l. 42. D. de iure dotium. l. 1. §. 4. D. de oblig. et action. l. 2. pr. §. 1. l. 3. D. de rebus cred.
o) l. 35. §. 5. 6. 7. D. de contr. emt. l. 1. §. 1. 2. D. de peric. et comm. rei vend. l. 2. C. eod.
p) l. 34. §. 6. D. de contr. emt. ſ. oben §. 1146.

§. 1156.

Zuweilen leidet jedoch die Regel, daß der, welcher durch Zufall ein Recht verliert, keinen Erſatz dafür fordern könne, Ausnahmen: 1) Wenn der Schuldner, gegen den das verlorne Recht zuſtändig war, Veranlaſſung zu dem Verluſte gab, entweder durch unterlaßne Sorgfalt bey Aufbewahrung der Sache [a]), oder durch eine Handlung, zu welcher er nicht berechtigt war [b]), oder endlich durch widerrechtlich verzögerte Erfüllung der Verbindlichkeit (mora) [c]). 2) Wenn der Schuldner ſich anheiſchig gemacht hat, auch die Gefahr des Zufalles zu tragen [d]); doch wird ein ſolches Verſprechen, der angenommenen Meynung

nach, nicht auf ganz ungewöhnliche und außerordentliche Unglücksfälle erstreckt, sondern nur auf solche, die sich öfters zu ereignen pflegen e). Den Beweis, daß ein Zufall die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich gemacht habe, muß der führen, welcher sich hiedurch von der Verbindlichkeit etwas zu thun oder zu geben, befreyen will f); ist es aber gewiß, daß ein solches Ereigniß eingetreten sey, und nur dieß noch streitig, ob der Schuldner diesen Zufall veranlaßt habe (casus mixtus) oder nicht, so muß der Gläubiger in der Regel darthun, daß jener die schuldige Sorgfalt unterlassen, und so den Zufall verursacht habe g).

a) l. 5. §. 4. l. 10. pr. D. commodati. l. 23. in f. D. de reg. iur.

b) l. 11. §. 1. 4. D. locati. l. 5. §. 7. l. 18. pr. D. commodati.

c) l. 23. l. 82. §. 1. D. de verb. obl. l. 5. D. de reb. cred. l. 12. §. 3. D. depositi. l. 8. pr. l. 20. D. de cond. furt. l. 2. C. eod.

d) l. 5. §. 2. D. commodati. l. 1. pr. D. de peric. et commodo rei vend. l. 39. D. mandati. l. 1. §. 35. D. depositi. l. 9. §. 2. D. locat. l. 23. D. de reg. iur.

e) arg. l. 64. D. de reg. iur. Wernher P. II. Obs. 420. IV. Obs. 214. no. 82. 83. 84. V. Obs. 98. Carpz. P. II. const. 26. def. 8. Berger Oec. iur. L. III. Tit. 8. th. 3.

f) arg. l. 5. C. de pignerat. act. Wehrn doctr. iuris de damnis. p. 159. Carpz. P. II. const. 26. def. 17. Glück a. a. O. IV. S. 401.

g) Decis. 80. v. J. 1661. Carpz. a. a. O. def. 17. 18. 19. Glück a. a. O. IV. §. 327. b.

B. Absichtlich zugefügter Schaden.

§. 1157.

Wer einem andern absichtlich Schaden zufügt, muß jederzeit denselben ersetzen, er mag mit dem Verletzten in besondern Verhältnissen als Gläubiger und

Schuldner stehen, oder nicht [a]). Hiebey ist aber 1) vorauszusetzen, daß der Handelnde der moralischen Zurechnung fähig sey, und wirklich den Schaden eines andern, nicht blos die erlaubte Abwendung eines Nachtheiles von ihm selbst [b]), beabsichtigt habe. 2) Wer einem Andern eine solche Handlung beymißt, muß dieselbe erweisen [c]). Ist dieß geschehen, so muß 3) nicht nur der, welcher die Handlung verübte, sondern auch jeder andre, der durch dieselbe einen Gewinn erlangt hat, diesen an denjenigen, welcher dadurch Schaden erlitten hat, erstatten [d]), und mehrere, welche an einer solchen Handlung Theil genommen haben, haften in solidum für den Ersatz, ohne die Wohlthat der Theilung zu genießen [e]), jedoch so, daß die Zahlung des Einen die übrigen befreyt [f]). 4) Die Forderung des Schadenersatzes fällt aber weg, A) wenn der Beschädigte, nachdem er die Handlung, wodurch ihm geschadet worden, erfahren, auf die Forderung wissentlich, ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht leistet [g]); B) wenn bey einem Vertrage beyde Theile sich hintergangen und geschadet haben [h]), außer, wenn der Verlust des einen um vieles größer ist, als der des andern [i]). 5) Ein Vertrag, wodurch Contrahenten im Voraus auf den Ersatz des Schadens Verzicht leisten, welchen einer dem andern durch Betrug und absichtlich zufügen könnte, ist unerlaubt und ungültig [k]).

a) l. 59. §. 1. D. mandati. l. 62. D. de aedil. edicto. l. 18. §. vlt. D. de donat. l. 23. l. 78. 134. §. 1. D. de reg. iur. Heinr. Cocceji tr. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio. Heidelb. 1672. Disp. I. Sect. 1. Wehrn a. a. O. §. 4. 5.

b) l. 1. §. 1. 2. D. de dolo malo. l. 51. pr. D. pro socio. l. 55. l. 79. D. de reg. iur. l. 6. §. 6. 7. D. quae in fraudem creditorum.

c) l. 6. 18. §. 1. D. de probat. l. 18. C. eod. l. 7. §. vlt. D. de dolo malo. l. 6. C. eod.

d) l. 38. l. 134. §. 1. l. 44. 152. §. 3. l. 157. §. 2. D. de reg. iur. l. 13. §. 7. D. de act. emt. l. 10. §. 24. D. quae in fraudem credit. l. 17. 18. D. quod met. cauſſa. l. 28. D. de dolo malo. Wer die Sache, an welcher einem andern Anſprüche zuſtehen, in der Abſicht veräußert, um ſie dieſem zu entziehen (qui dolo poſſidere deſiit), muß dennoch für den Schadenerſatz haften, l. 78. 131. 150. 157. §. 1. D. de reg. iur. l. 68. D. de rei vind. ſ. oben Th. II. §. 607.

e) l. 14. §. vlt. l. 16. pr. D. quod met. cauſſa. **Wernher** P. VIII. Obſ. 456. **Leyſer** Sp. 112. med. 1.

f) l. 17. pr. D. de dolo malo. l. 14. §. vlt. l. 15. D. quod met. cauſſa.

g) l. 7. §. 13. 14. 15. D. de pact. l. 27. 145. D. de reg. iur. l. 158. eod.

h) l. 36. D. de dolo malo. l. 3. §. 3. D. de eo, per quem fact. er. quo minus quis in iud. ſiſt. l. 4. §. 13. D. de exc. doli mali. l. 154. pr. D. de reg. iur. l. 39. D. ſoluto matr. dos.

i) **Wehrn** a. a. O. S. 38.

k) l. 27. §. 3. D. de pactis. l. 23. D. de reg. iur. l. 17. pr. D. commodati. l. 1. § 7. D. depoſiti. **Wernher** P. X. Obſ. 285. **Berger** Oec. iur. L. III. Tit. 8. th. 1. **Wehrn** a. a. O. S. 165. — Andrer Meynung iſt **Leyſer** Sp. 516. med. 1. 4. jedoch ohne Grund. Auch l. 7. §. 15. u. l. 27. §. 3. D. de pactis ſtehen nicht entgegen, da der, welcher paciſcirt, ne depoſiti agat, ſein ganzes Recht auf die deponirte Sache aufgiebt, und folglich eigentlich kein dolus in Anſehung derſelben gegen ihn begangen werden kann.

C. Damnum indirectum.

§. 1158.

Aller nicht durch Zufall oder Abſicht verurſachte Schaden beruht entweder auf poſitiven oder negativen Handlungen; bey jenen kommt es darauf an, ob der

Handelnde zu der Handlung berechtigt war, und sie auf gehörige Weise ausübte, oder nicht. Wer ein ihm zuständiges Recht auf erlaubte Weise, und nicht etwa blos in der Absicht, um einem andern zu schaden, ausübt, thut hiedurch niemanden Unrecht, und wenn daher ein Andrer dadurch etwas verliert, so kann er jenen deßhalb nicht in Anspruch nehmen [a]). Dieß setzt also voraus: 1) daß die Handlung ihm weder durch Gesetze oder obrigkeitliche Verordnungen, noch durch Verträge und letzte Willen untersagt sey [b]); 2) daß bey Ausübung dieser erlaubten Handlung die nöthige Vorsicht angewendet worden sey [c]), und er 3) sein Recht nicht blos deßhalb ausgeübt, um einem Andern hiedurch zu schaden, sondern nur deßhalb, um sich den Vortheil, den ihm sein Recht gewährt, zu verschaffen [d]). Leidet nun demungeachtet ein Andrer hierdurch Schaden, so hat er sich entweder selbst einer Unvorsichtigkeit dabey schuldig gemacht, oder der Schaden ist blos zufällig erfolgt; in beyden Fällen aber findet keine Ersatzforderung Statt [e]).

a) l. 151. D. de reg. iur. l. 55. 155. §. 1. eod. l. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei vend. Wehrn a. a. O. S. 15. Glück a. a. O. IV. §. 319.

b) l. 5. §. 1. D. ad l. Aquil. l. 5. §. 7. l. 18. pr. l. 23. D. commodati. l. 40. §. 1. l. 41. 42. D. de aedilitio ed. l. 1. §. 11. D. de aqua et aqua pluu. l. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei vend. l. 6. §. 6. 7. D. quae in fraudem creditor. facta. §. 5. Inst. ad l. Aquil.

c) l. 29. §. 2. 3. 4. 5. l. 31. l. 53. §. 2. D. ad l. Aquil. §. 3. 4. 5. Inst. eod. l. 1. §. 2. D. de his, qui effuderint.

d) l. 1. §. 12. D. de aqua et aquae pluu. l. 1. §. 4. l. 2. pr. D. de peric. et comm. rei vend. arg. l. 144. pr. D. de reg. iur. Da jedoch die Absicht, Schaden zuzufügen, nicht vermuthet werden kann, arg. l. 55. D. de reg. iur.

so muß derjenige, welcher sie dem andern beymißt, den Beweis führen.

a) l. 26. D. de damno infecto. l. 203. D. de reg. iur. u. oben §. 1154.

D. Damnum iniuria datum et noxale.

§. 1159.

Wer hingegen durch Ausübung einer Handlung, zu welcher er nicht befugt ist (qui iniuria fecit i. e. sine iure), einem andern Schaden zufügt, muß denselben völlig ersetzen, wenn er sie auch ohne Absicht zu schaden verübte, und nur ein ganz geringes Versehen sich dabey zu Schulden kommen ließ [a]). Nicht blos der Schaden, der hierdurch jemanden an seiner Person, oder an Dingen, die er schon in seinem Eigenthume und Besitze hat, zugefügt worden ist, sondern auch der Verlust einer Forderung muß ersetzt werden [b]). In Absicht der zu gebrauchenden Rechtsmittel aber muß man unterscheiden, ob jemand durch seine eigne Handlung unmittelbar geschadet, oder ob eine in seinem Vermögen befindliche Sache den Schaden verursacht hat. I. Wenn der Schaden durch ihn selbst zugefügt oder veranlaßt worden ist, so findet die Actio Legis Aquiliae Statt [c]). Diese erfordert 1) daß der Beklagte seines Verstandes mächtig und daher der Zurechnung seiner Handlung fähig sey, weßhalb sie gegen Kinder und Wahnsinnige nicht angestellt werden kann [d]); 2) daß jemand absichtlich oder aus Unachtsamkeit einem andern am Vermögen geschadet hat [e]), ohne daß der Beschädigte selbst durch Unachtsamkeit oder unerlaubte Handlungen sich den Schaden zugezogen hat [f]), oder ein bloser Zufall oder auch eine

völlig erlaubte und rechtmäßige Handlung eines Andern denselben veranlaßt hat [g]); 3) sie geht auf Ersatz des Werthes der verdorbenen oder vernichteten Sache, nebst allem wirklichen dadurch verursachten Verluste, jedoch ohne Rücksicht auf individuelle Vorliebe zu der Sache, und besondern Affectionswerth [h]); 4) wenn der Beklagte die Klage verneint und nachher überführt wird, so muß er zur Strafe der Inficiation das Doppelte des geklagten Verlustes bezahlen [i]); 5) der Ersatz kann übrigens auch von den Erben gefordert werden [k]); wenn aber mehrere gemeinschaftlich den Schaden verursacht haben, so sind dieselben in der Regel nur pro rata verbunden, wenn ihnen nicht ein dolus beygemessen werden kann [l]). Wenn ein Wahnsinniger durch eine widerrechtliche Handlung geschadet hat, so ist zu unterscheiden, ob ein Curator, Verwandter oder sonst jemand vorhanden sey, der die Aufsicht über ihn hätte führen sollen, oder nicht. Im letztern Falle findet keine Klage auf Ersatz Statt, ausgenommen wenn der Wahnsinnige Vortheil von seiner Handlung gehabt hat, soweit dieser hinreicht [m]); in jenem Falle findet eine Klage auf Ersatz des Schadens gegen diejenigen Statt, welche die Aufsicht hätten führen sollen [n]).

a) l. 44. pr. D. ad l. Aquil.

b) l. 18. §. 1. D. commodati. l. 17. 41. pr. l. 42. 43. D. ad l. Aquil.

c) Sie theilt sich ein 1) in act. directam, wenn jemand durch eine körperliche positive Handlung den Schaden an der Sache eines andern zugefügt hat, §. vlt. Inst. l. 51. pr. D. ad l. Aquil. 2) vtilem, wenn entweder jemand nicht durch eine positive Handlung geschadet hat, z. B. wenn er ein fremdes Thier eingesperrt, daß es verhungert, §. vlt. Inst. cit. oder wenn ein freyer Mensch beschädigt worden ist, l. 13. pr. D. eod. 3) act. in fac-

tum, wenn überhaupt ein Schaden durch Veranlassung eines andern sich ereignet hat, weßhalb keine besonders benannte Klage zusteht, l. 11. D. de praescr. verbis. l. 33. §. 1. D. ad l. Aquil. — Da jedoch h. z. T. der Name der Klagen nicht genennt zu werden braucht, so kommt auf diese Eintheilung wenig an, sobald der Klagegrund vorhanden ist, nämlich Beschädigung, welche durch eine unbefugte Handlung eines Andern, nicht durch Zufall oder eigne Schuld veranlaßt worden ist.

d) l. 5. §. 1. 2. D. ad l. Aquil.

e) §. 2. Inst. l. 5. §. 1. D. de l. Aquil. Wegen Beschädigung eines freyen Menschen fand die Klage eigentlich nicht Statt, doch konnte sie vtiliter deßhalb angewendet werden, l. 13. pr. eod. Bey uns findet ebenfalls nach dem 24ten §. des Mand. wider die Selbstrache v. 2. July, 1712. eine besondre Klage wider den Beleidiger und dessen Erben Statt, um das Heilerlohn und Schmerzengeld, ingleichen Entschädigung wegen Versäumnisses und der Hinderung an bisheriger und künftiger Fortsetzung der Nahrung zu erlangen. Von der Größe dieser Entschädigung siehe Erhard Handb. des Churs. peinl. Rechts. I. S. 194. Berger Oec. L. III. Tit. 9. th. 12. n. 7. lqq.

f) l. 4. 5. pr. D. ad l. Aquil. l. 203. D. de reg. iur.

g) §. 3. Inst. de l. Aquil. l. 30. 31. D. eod.

h) Nach dem Röm. Rechte wird bey der Tödtung eines Sklaven oder vierfüßigen Thiers und Heerdenviehs, quanti id in eo anno plurimi fuit; bey andern Verletzungen und Beschädigungen, quanti in diebus triginta proximis res plurimi fuit, ersetzt, l. 2. pr. l. 21. D. §. 14. 15. Inst. de l. Aquil. und Justinian hält die Klage daher §. 9. Inst. eod. für eine Pönalklage, welche nicht gegen die Erben angestellt werden könne, obwohl l. 47. §. 1. u. l. 50. D. pro socio sie blos für eine actio rei persecutoria erklärt, u. §. 19. Inst. de action. selbst sie nur eine actio mixta nennt. H. z. T. fällt die Pönalqualität, in sofern sie nicht ausdrücklich bestätigt worden, weg, und die Klage geht daher nur auf den einfachen Ersatz des Werthes, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte. Chr. Thomasius D. de larua legis Aquiliae detracta actioni de damno dato. Hal. 1703. et 1730. Joh. Gottfr. Schaumburg Einl. z. Sächs. Rechte. S. 1178. Struck vsus mod. Lib. IX. Tit. 2. §. 2.

Lauterbach, colleg. Pand. eod. Tit. §. 24. Hofacker princ. iur. civ. §. 3009. Thibaut Pand. §. 1148. Auf bloßen Affectionswerth und zufälligen Gewinn konnte schon nach Röm. Rechte nicht geklagt werden, l. 33. pr. D. de l. Aquil.

i) Erl. Proc. O. Tit. XVI. §. 3. l. 2. §. 1. D. l. 4. C. ad l. Aquil. Schaumburg a. a. O. bemerkt hiebey richtig, daß diese Röm. Gesetze blos wegen der ausdrücklichen Reception noch anwendbar seyen, und daraus nicht auf die Gültigkeit der übrigen Pönalqualität geschlossen werden könne. Die Strafe findet aber blos Statt, wenn der Beklagte per plenam probationem überführt wird; nicht aber wenn der Kläger ein supplétorium schwört, wo nur der einfache Werth gegeben wird, l. 30. D. de iureiur. Wernher P. IV. Obs. 151. no. 536. Berger a. a. O. th. 11. n. 5. Biener syst. proc. Tom. I. §. 77. Auch wird sie nur dann zuerkannt, wenn der Kläger sie fordert.

k) Mand. wider die Selbstrache v. 2. July, 1712. §. 24. Hofacker a. a. O. §. 3009. Thomasius a. a. O. §. 58. flg.

l) Hofacker a. a. O.

m) Viele Rechtslehrer, z. B. Thomasius a. a. O. §. 62. Wehrn a. a. O. S. 7. Hommel Obs. 567. Menken Dig. l. 47. Tit. 1. §. 14. Joh. Friedr. Aug. Diedemann biga obseru. ad doctr. iuris ciu. de damno et pauperie pertinentium. Lipsi. 1804. Obs. 1. Franz Schömann Handbuch des Civilrechts. 1ter Bd. Giessen und Wetzlar, 1806. S. 198. u. a. gestehen unbedingt eine Klage auf Ersatz des Schadens aus dem Vermögen des Wahnsinnigen zu. Allein das Röm. Recht ist ihnen unstreitig entgegen, l. 5. §. 2. D. ad l. Aquil. verneint die Statthaftigkeit der Aquilischen Klagen, weil Wahnsinnige und Kinder unfähig sind, die Unrechtmäßigkeit ihrer Handlung zu beurtheilen, u. l. 61. D. de adm. et peric. tutor. ingl. l. 60. D. de rei vind. erläutert dieß noch, indem es den Schaden, den ein Wahnsinniger zufügt, eben so betrachtet wissen will, wie einen blos zufälligen. Blos wenn der Wahnsinnige Vortheil gehabt, kann er belangt werden, l. 46. D. de obl. et act. Vergl. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 71. Thibaut Versuche. Th II. S. 210. Glück a. a. O. I. S. 67. Man thut daher den Gesetzen aus Liebe zu einer

scheinbaren Billigkeit offenbar Gewalt an, wenn man in diesem Falle, durch eine actio de pauperie vtilis, wie Diedemann und Schömann a. a. O. oder auf andere Weise eine Ersatzklage geben will. Die actio de pauperie verordnet ganz speciell die Imputation eines fremden facti, aber beym Schaden, den ein furiosus thut, ist kein fremdes, sondern ein eignes factum desselben in Frage, und schon darum fällt alle Analogie der Klage weg. Der Ersatz eines Schadens kann nur von dem gefordert werden, qui iniuria fecit, l. 151. D. de reg. iur. folglich muß der Handelnde fähig seyn, die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen zu beurtheilen, weil er sonst eben so wenig etwas iniuria thut, als ein Thier oder ein herabfallender Stein, wie Ulpian in l. 5. §. 2. ad l. Aquil. u. l. 1. §. 3. D. Si quadrupes paup. sehr richtig bemerkt hat.

n) Durch das Mand. v. 20. Novemb. 1779. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 759. ist es nämlich diesen Personen bey Geld- oder Gefängnißstrafe zur Pflicht gemacht, es der Obrigkeit anzuzeigen, wenn sie selbst nicht im Stande sind, die gehörige Aufsicht zu führen. Thut also der Wahnsinnige unter ihrer Obsicht Schaden, so sind sie allemal schon dadurch in culpa, daß sie ihn nicht in eine öffentliche Verwahrungsanstalt haben bringen lassen. Doch ist dieß nach l. 7. §. 3. 6. l. 11. §. 1. 5. D. ad l. Aquil. nicht die eigentliche actio l. Aquiliae, sondern nur actio in factum, und folglich würde hier auch die poena inficiationis nicht Statt finden.

§. 1160.

Wenn II. eine in fremdem Eigenthume befindliche Sache einem Andern Schaden zufügt, so findet zwar nach dem Naturrechte keine Imputation und mithin auch keine Ersatzforderung Statt, doch legen die Gesetze zuweilen eine unmittelbare Verbindlichkeit zum Ersatze auf, und es ist daher um des Zusammenhanges willen nöthig, diese hier zu erwähnen a). Man muß nämlich unterscheiden, ob eine leblose Sache oder ein Thier den Schaden zufügt.

A. Wenn durch eine leblose Sache geschadet wird, z. B. durch Steine, die von einem Hause herabfallen, so findet in der Regel keine Klage Statt [b]); doch mit folgenden Ausnahmen: 1) wenn jemand die Sache an einem Orte hingestellt hat, wo er sie nicht hätte haben sollen, oder sich sonst beym Gebrauche derselben einer gesetzwidrigen Handlung oder einer Nachlässigkeit schuldig gemacht hat [c]); 2) wenn wegen des künftigen Schadens, den ein schadhaftes Gebäude verursachen könnte, cautio de damno infecto zuvor gefordert worden ist, so kann der Beschädigte auf Ersatz klagen [d]); 3) welches auch dann der Fall ist, wenn der Beschädigte ohne seine Schuld am Gebrauche dieses Rechtsmittels gehindert worden ist [e]); 4) ist endlich eine leblose Sache auf das Grundstück eines andern gefallen, ohne Schuld des Eigenthümers, und hat daselbst Schaden gethan, so kann der Grundbesitzer sie so lange zurückhalten, bis wegen des Ersatzes Richtigkeit getroffen worden ist [f]); ist es hingegen eine Sache ohne Werth, die ihr Eigenthümer derelinquiren will, so kann er ihn durch Strafauflagen anhalten lassen, sie hinwegzuschaffen [g]).

a) Daß die Rechtsmittel propter pauperiem, pastum u. cautionem de damno infecto ihren Grund in einer solchen haben, ergiebt sich sofort, da der, welchem die Verbindlichkeit obliegt, sie durch kein factum hervorgebracht hat; s. auch **Weber** von der natürl. Verbindlichk. §. 34. **C. G. Hübner** progr. observ. ad edict. viarium aedil. curulium. Lipsi. 1798. p. 11. **Glück** Commentar IV. S. 391.

b) l. 5. §. 2. D. ad l. Aquil. l. 4. §. 8. l. 6. 7. §. 1. 2. D. de damno infecto.

c) l. 5. §. 6. sq. D. de his, qui effud. l. 2. pr. §. 6. D. Ne quid in loco publ. **Hommel** Rhapsod. Obs. 705. Dahin

gehört der Schaden von jedem Polizey- oder Statutenwidrigen Baue, z. B. von Priveten, Schweinställen oder Feuereſſen, die näher als 3 Fuß an des Nachbars Mauer gebaut ſind. Landr. B. II. Art. 51.

d) l. 6. 7. 43. pr. D. de damno infecto. Dieſes Rechtsmittels kann ſich jeder bedienen, welcher ein Intereſſe hat, d. h. für ſich Schaden befürchtet, doch kann er, wenn er ſein Intereſſe nicht ſofort darthut, zu Leiſtung des Eydes vor Gefährde angehalten werden, l. 13. §. 3. 13. D. de damno infecto. Wernher P. VII. Obſ. 69. Nach Röm. Rechte mußte der, welcher das Grundſtück in eignem Namen beſitzt, als Eigenthümer, Nießbraucher u. ſ. w. durch Stipulation, l. 13. pr. §. 1. 8. l. 9. §. 4. 5 D. eod. wer es in fremden Namen beſitzt, durch Pfänder oder Bürgen Sicherheit leiſten, l. 9. §. 4. l. 30. D. eod. Lauterbach colleg. Pand. L. 39. Tit. 2. §. 14. 15. Stryck vſus mod. eod. Tit. §. 4. Die Caution wurde nur auf beſtimmte Zeit geleiſtet, konnte aber nach Ablauf derſelben nochmals gefordert werden, l. 7. pr. l. 13. §. vlt. l. 15. pr. D. eod. — H. z. T. iſt zwar dieſes Rechtsmittel ebenfalls noch nöthig, um künftige Schädenanſprüche zu ſichern. Schilter Exerc. ad Pand. 42. §. 38. in f. Beyer ad Pand. h. t. §. 12. Schaumburg Sächſ. R. P. III. S. 771. allein es bedarf weder einer anzuſtellenden Klage, noch einer beſondern Cautionsbeſtellung, ſondern die Obrigkeit befiehlt durch Auflagen die Wiederherſtellung des baufälligen Gebäudes auf Anſuchen deſſen, der ein Intereſſe dabey hat. Berger Oec. L. III. T. 14. th. 3. n. 9. Das Rechtsmittel hat alſo h. z. T. mehr die Natur einer Proteſtation deswegen, daß man ſich den Schaden nicht werde gefallen laſſen. Voet comm. ad Pand. h. t. §. 15.

e) l. 8. 9. pr. D. de damno inf. Daß die Caution wirklich beſtellt worden ſey, war auch nach Röm. Rechte nicht nöthig, wenn nur vor Eintritt des Schadens der Richter um Verfügung gebeten worden, ſo fand ſchon eine actio in factum Statt, l. 15. § 28. et vlt. l. 16. 17. D. h. t. und auch hier glich es einer bloſen Proteſtation.

f) l. 7. §. 2. l. 8. §. 1. 2. 3. D. de damno infecto. l. 8. D. de incendio, ruina, naufr.

g) l. 7. §. 2. D. de damno infecto. Nach dieſem Geſetze kann die Obrigkeit ſogar dem Eigenthümer des ſchad-

haften Gebäudes auflegen, aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

§. 1161.

B. Hat ein im Eigenthume eines andern befindliches Thier entweder auf gewaltsame Weise, durch Beißen, Schlagen und dergl., oder auf eine seiner Natur angemessene Art, hauptsächlich durch Weiden auf fremdem Grund und Boden, geschadet; so ist zu unterscheiden, ob jemand die Veranlassung dazu gegeben oder nicht; a) im erstern Falle aber wieder, ob der Beschädigte selbst, oder ein andrer Schuld gewesen: α) hat der Beschädigte selbst es veranlaßt, daß ihm ein fremdes Thier Schaden zufügt, so findet keine Ersatzforderung Statt [a]); wenn β) ein Andrer es veranlaßt, so muß er unbedingt für den Ersatz des Schadens stehen, ohne sich durch Entfremdung des Thieres von den Ansprüchen befreyen zu können [b]). Dahin gehören besonders die Fälle, wenn jemand absichtlich oder durch eine unvorsichtige Handlung Thiere wild macht und anreitzt [c]); wenn jemand wilde, oder solche Thiere hält, die er entweder nach Polizeyverordnungen gar nicht halten darf, oder die ihrer Natur nach leicht Schaden thun können, ohne im letztern Falle die nöthige Vorsicht dabey zu gebrauchen, z. B. wenn er beißige Hunde nahe an einen Weg hinlegt, oder frey herum laufen läßt [d]); wenn jemand durch sein Vieh fremdes Futter abweiden läßt [e]). Wer von einem fremden Thiere angefallen wird, kann überdem zu seiner Vertheidigung dasselbe tödten, ohne deßhalb Ersatz leisten zu müssen [f]); und wenn fremdes Vieh beym Weiden betroffen wird, das nicht eingefangen und

gepfändet werden kann, so kann man es durch Hunde wegjagen, und wenn es getödtet oder verletzt wird, braucht der Grundeigenthümer ebenfalls keinen Ersatz zu leisten [g]).

a) l. 203. D. de reg. iur. Carpz. pract. rerum crim. P. III. qu. 131. no. 26.

b) l. 1. §. 4. 5. 6. 7. D. Si quadrupes pauper. feciſſe dic. l. 7. §. 6. D. de dolo malo. Landr. B. II. Ar. 62. Ueberdem findet nach Verhältniß der Fälle auch noch Strafe gegen den, welcher die Veranlaſſung gegeben, Statt. Mandat wider das Herumlaufen und die Wuth der Hunde, v. 7. Sept. 1782. §. 4. in der 2ten Fortſ. des C. A. I. 819. Halsger. O. Carls V. Art. 136. Carpz. a. a. O. No. 21 — 25.

c) l. 1. §. 6. D. Si quadrupes pauper.

d) §. 1. Inſt. Si quadrupes paup. l. 40. 41. 42. D. de aedilitio edicto. Landr. B. II. Art. 47. 62. Berger Oec. L. III. T. 14. th. 3. no. 8. Angez. Mand. v. J. 1781. Die im Röm. Rechte aus dem Edikte der Aedilen Statt findenden Pönalklagen fallen jedoch weg, da an ihre Stelle öffentl. Strafen treten.

e) l. 6. C. ad l. Aquil. l. 14. §. vlt. D. de praeſcr. verb. Landr. B. II. Art. 40.

f) Landr. B. II. Art. 62. Struck vſus mod. L. IX. Tit. 1. §. 19.

g) Landr. B. II. Art. 40.

§. 1162.

b) Wenn niemand auf die erwähnte Art die Veranlaſſung gegeben hat, so ſind folgende Fälle zu unterſcheiden: 1) wenn ein zahmgemachtes, oder eingeſperrt geweſenes wildes Thier, deſſen Haltung nicht überhaupt verboten iſt, ohne Schuld des Herrn ſich losreißt, und entflieht, ſo findet keine Klage wider den Herrn wegen des Schadens, den das Thier gethan hat, Statt; der Beſchädigte kann blos das Thier fangen, oder tödten [a]); 2) wenn ein ſonſt zahmes

Thier, z. B. Pferde, Rindvieh und dergl. durch Stoßen, Beißen, Schlagen oder auf andre Weise, außer durch das Abweiden fremden Futters, Schaden thut und der Eigenthümer nimmt es, nachdem er den Schaden erfahren, wieder in seine Behausung auf und behält es daselbst, so findet eine Schadenklage gegen ihn Statt; er kann sich auch nachher, wenn schon die Klage wider ihn angestellt worden ist, durch die Derelliction des Thiers eben so wenig vom Ersatze befreyen, als ihn der Tod des Thieres oder die sonstige Veräußerung desselben dieser Verbindlichkeit entledigt [b]); nimmt er es hingegen nicht wieder auf, so kann der Beschädigte keine Ansprüche an ihn machen, und sich blos an das vom Eigenthümer derelinquirte Thier halten [c]). Diese Schädenklagen stehen aber nicht blos dem Eigenthümer der beschädigten Sache zu, sondern auch andern, welche ein Interesse daran haben, z. B. dem Commodatar, dem Abmiether u. s. w. [d]); ist ein Mensch getödtet oder beschädigt worden, so geht die Klage auch auf Bezahlung des Wehrgeldes, oder des Heilerlohns und Schmerzengeldes [e]); wenn endlich 3) ein Thier auf fremden Grund und Boden unbefugt geweidet hat, so hat der Eigenthümer oder Nutznießer des letztern das Recht, vom Herrn des Viehes den Ersatz des verursachten Schadens zu fordern [f]).

a) pr. Inst. Si quadrupes pauper. l. 1. §. 10. D. eod. A. F. J. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2ter Bd. S. 208. flg. Auch h. z. T. können wilde reißende Thiere, wenn sie Schaden thun, getödtet werden, müssen nachher aber an den, welcher die Jagdgerechtigkeit hat, abgeliefert werden. Mand. v. 8. Nov. 1717. C. A. II. 611. Schaumburg Sächs. Recht. P. II. Exerc. 5. §. 7.

b) Stryck V. M. L. IX. Tit. 1. §. 8.

c) Landr. B. II. Art. 40. Der Unterschied zwischen dem Sächsischen und Röm. Rechte ist der, daß nach letzterm die noxae datio bis zur Litiscontestation Statt fand, wenn auch der Herr das Thier indessen bey sich behalten, nach Sächs. Rechte aber die Entäußerung sogleich geschehen muß, wenn der Herr den Schaden erfährt. Pr. Inst. u. l. 1. pr. D. Si quadrupes pauper. Wernher P. IX. Obs. 56.

d) l. 1. §. vlt. l. 2. pr. D. eod.

e) Stryck a. a. O. §. 7. Landr. B. II. Art. 40.

f) Nämlich durch die actio de pastu. arg. l. 14. §. 3. D. de praescr. verbis. Diese Klage kann nicht blos vom Grundeigenthümer, sondern auch vom Pachter als Eigenthümer der Früchte angestellt werden. Sie wird gegen mehrere, deren Vieh zugleich geweidet hat, pro rata angestellt. Wernher P. I. Obs. 57.

§. 1163.

Zur Sicherung dieses Anspruches dient die **Pfändung** oder das Recht, das Thier, welches bey Zufügung des Schadens betroffen wird, einzufangen und bis der Schaden ersetzt wird, zurückzuhalten [a]). Bey derselben ist aber folgendes zu bemerken: 1) sie darf nur da geschehen, wo das Thier geschadet hat, und das Verfolgen desselben auf fremden Grund und Boden, oder das Wegfangen zu einer andern Zeit ist unerlaubt [b]); 2) die eingefangenen Thiere müssen sofort an die Gerichte des Orts, oder, wenn diese die Annahme verweigern, in das nächste Amt abgeliefert werden [c]); wer dieß unterläßt verliert nicht nur das Retentionsrecht an denselben [d]), sondern wird auch, im Falle er nicht Unterthan der Ortsgerichte ist, um 2 alte Schocke, ist er aber Unterthan derselben, und unterläßt die Ablieferung, in der Absicht, um der Obrigkeit die Cognition zu entziehn, um Geld oder

mit Gefängniß bestraft, und kann sogar nach eingeholtem rechtlichen Erkenntnisse genöthigt werden, seine Besitzungen unter diesen Gerichten zu verkaufen und wegzuziehen [e]); 3) die Thiere müssen beym Pfänden möglichst geschont werden; wenn indessen solche, die schwer zu fangen sind, beym Verfolgen beschädigt oder getödtet werden, so kann kein Ersatz dafür gefordert werden [f]); 4) die Wirkung einer gehörig geschehenen Pfändung ist, daß der Eigenthümer das Pfand nicht eher zurückbekommt, als nachdem er den Schadenersatz [g]) bezahlt, und hiedurch dasselbe wieder eingelöst hat. Unterbleibt die Einlösung so lange bis das Pfand verstanden ist, d. h. bis die Unkosten dem Werthe desselben gleich kommen, so wird es vom Richter verkauft, vom gelösten Gelde der Schadenersatz, Strafe und Kosten bestritten nnd das Uebrige dem Herrn zurückgegeben [i]); wenn nicht soviel einkommt, als hiezu nöthig ist, so kann zwar die Obrigkeit nichts weiter fordern, der Beschädigte aber nichts destoweniger den Ersatz des Schadens noch einklagen [k]).

a) Landr. B. II. Art. 40. 47. Hommel Rhapf. Obf. 584. Schott Inst. iur. Sax. L. II. Sect. 1. §. 27. Heinr. Ernst Seebach D. de pignore noxali. Wittenb. 1706. Zur Begründung des Schädenanspruchs ist die Pfändung nicht nöthig, sondern nur zum leichteren Beweise, daher jener auch dann Statt findet, wenn der Beweis des Schadens durch Zeugen oder sonst geführt werden kann. Landr. B. II. Art. 47. — Daß übrigens die Pfändung auch ein Mittel ist, die Verjährung zu unterbrechen, ist oben §. 562. gesagt worden. Endlich kann sie auch angewendet werden, wenn Menschen, besonders unbekannte, an Feldfrüchten, Holze und dergl. Schaden zufügen. Das ihnen abgenommene Pfand hat denselben Zweck und dieselbe Wirkung. Landr. B. II. Art. 28. und die Glosse zum 27ten Art. a. E.

h) Hommel a. a. O. no. 11. 12.

c) Const. 7. Th. II. Sind die Ober- und Niedergerichte getheilt, so muß das Pfand in die letztern geliefert werden. Hommel a. a. O. no. 14. Berlich concl. pract. P. II. concl. 34. no. 46. In Abwesenheit des Gerichtshalters kann das Pfand den Dorfgerichtspersonen übergeben werden. Winkler zu Bergers Oec. L. II. Tit. 2. th. 26. Hommel a. a. O. no. 16.

d) Berger Oec. L. II. Tit. 2. th. 26. no. 8. Die Klage auf Schadenersatz kann aber dennoch angestellt werden. Hommel a. a. O. no. 14.

e) Const. 8. P. II. Die hier erwähnten 30 Schillingspfennige betragen 2 alte Schock. Const. 37. P. IV.

f) Landr. B. II. Art. 40. Stryck a. a. O. §. 16. Berger a. a. O. n. 9.

g) Landr. B. II. Art. 47. Der Schaden wird durch Wirthschaftsverständige nach dem jetzigen wirklichen Werthe der abgehüteten Feüchte bestimmt, nicht nach dem künftigen, es müßte denn die ganze Aussaat und Erndte verdorben seyn. Berlich a. a. O. no. 63. Stryck a. a. O. no. 12. 13. Doch wird das Pfand auch verabfolgt, wenn Caution wegen des Ersatzes geleistet worden ist. Hommel a. a. O. no. 18. Schott a. a. O. Stryck a. a. O. no. 17. Berlich a. a. O. no. 44.

h) Zu diesen gehören außer dem Futtergelde 1) ein Schillingspfennig oder 16 unserer Pfennige Pfandgeld oder Pfandschilling; 2) Standgeld für jede Nacht, wo das Pfand in den Gerichten gewesen, 4 Gr. und 3) die Gerichtsgebühren. Const. 27. P. II. Carpz. ad h. const. def. 5. Tarordnung v. J. 1764. Tit. 1. no. 38. 39. im fortges. C. A. I. 500. Berlich a. a. O. no. 52. Wernher P. VI. Obs. 438. Hommel a. a. O. no. 19. Winkler ad Berger. L. II. Tit. 2. th. 26. no. 7. Schott a. a. O.

i) Carpz. a. a. O. def. 6. 7. Berlich a. a. O. no. 56. Hommel a. a. O. no. 19. Daniel Moller comm. ad Const. 27. P. II.

k) Schott a. a. O. not. 9. Berlich a. a. O. no. 57. 58. 60. Carpz. a. a. O. def. 6. 7. 8. Landr. B. II. Art. 47. legt zwar allerdings die Verbindlichkeit zum Schadenersatze unbedingt dem Eigenthümer des Viehs auf, wenn auch nicht gepfändet worden ist, und man kann daraus richtig schließen, daß er auch dann, wenn das genommene Pfand nicht hinreicht, zum Ersatze noch verbunden

bleibt. Allein der 40te Art. scheint doch eine Ausnahme zu machen, nämlich wenn jemandes Pferd oder Vieh unter seines Knechtes oder Gesindes Aufsicht Schaden gethan hat. „Wird der Knecht flüchtig, heißt es hier, und werden des Mannes Pferde oder Ochsen in der handhaften That verkümmert, und man kann das mit Zeugen beweisen, so muß der Mann, dem das Vieh und der Wagen gehört, wenn er es nicht in Abrede seyn kann, so hoch bessern, als sein Wagen und Pferde oder ander sein Vieh, das angehalten worden, werth ist, oder er muß es entbehren, und alsdann behält es jener vor seinen Schaden."

E. Damnum culposum.

§. 1164 a).

Culpa oder **Fahrlässigkeit** bezeichnet im weiteren Sinne jede widerrechtliche Handlung, die nicht gerade in der Absicht wider die Gesetze zu handeln und hiedurch jemanden zu schaden unternommen wird, deren Unrechtmäßigkeit aber der Handelnde hätte erkennen können. Sie begreift mithin jede positive oder negative schädliche Thätigkeit im Gegensatze eines blos zufälligen und eines absichtlichen oder dolosen Schadens. Im engern Sinne ist es die unterlassene Abwendung eines vorherzusehenden äußern Umstandes, welcher Schaden bringt [a]). Diese kann nun entweder in Beziehung des eignen Vermögens des Handelnden betrachtet werden, oder in Beziehung auf das Vermögen eines Andern. I. In Absicht auf das eigne Vermögen gilt die allgemeine rechtliche Vermuthung, daß niemand ohne hinreichenden Grund sich ärmer machen oder seine Güter verlieren will (Nemo suum iactare praesumitur) [b]), und daß er daher die nöthige und ihm mögliche Sorgfalt anwende, um den Verlust

und das Verderben seiner Güter abzuwenden (custodia et diligentia) [c]); wenn er aber demungeachtet diese Sorgfalt unterläßt, so hat er den entstandenen Schaden niemand als sich selbst zuzuschreiben, und folglich keine Klage gegen einen andern auf Ersatz, desselben [d]). II. In Rücksicht auf das Vermögen eines andern hingegen ist niemand verpflichtet Schaden und Verlust, der durch äußere Zufälle oder durch andre sich ereignen könnte, davon abzuwenden, wenn ihm nicht durch ein rechtliches Verhältniß zu dem Eigenthümer die Verbindlichkeit, eine solche Aufsicht zu führen, auferlegt worden ist, weil niemand ohne ein solches befugt ist, sich in die Angelegenheiten eines andern zu mischen [e]).

a) l. 25. §. 7. D. locat. l. 68. pr. D. de contr. emt. l. 13. §. 16. D. de act. emt. Thibaut Pand. §. 229. D. Franz Schömann Abh. von der culpa, oder dem Rechte der Entschädigung für Verletzungen durch Versehen; in Dessen Handbuch des Civilrechts. Giessen und Wetzlar, 1806. 1ter Bd. S. 231. — Außerdem siehe über diese Lehre Hugo Donellus comment. iuris ciuilis. L. 16. c. 7. E. F. Pufendorf de culpa. Lemgou. 1748. 8. Wehrn doctr. iuris expl. cap. 3. 4. Heinr. Cocceji tr. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio. Heidelb. 1672. Dessen collationes iuridicae ad Ge. Ad. Struuium. ibid. 1677. Christfried Wächtler ad Vlpiani l. 5. §. 2. commod. et l. 23. de reg. iur. siue de gradibus culpae. Wittenb. 1680. Chr. Thomasius de vsu practico doctrinae difficillimae iuris Rom. de culparum praestatione in contractibus. Hal. 1705. et 1731. — In einem noch weiteren Sinne bezeichnet culpa eine jede imputable Handlung, und begreift sodann auch den dolus in sich; z. B. l. 9. §. 3. D. de minor. 25 annis. l. 25. §. 2. D. ad Sct. Trebell. Wehrn a. a. O. S. 72.

b) l. 25. pr. D. de probat.

c) Die Römer verstehen unter custodia dem wörtlichen

Sinne nach die Sorge für die Aufbewahrung der Sache, daß sie nicht ganz verloren gehe, z. B. gestohlen werde, l. 35. §. 4. D. de contr. emt. l. 1. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. unter diligentia im engern Sinne die Sorge dafür, daß eine Sache in gutem Stande bleibe, l. 5. §. vlt. l. 10. D. commodati. Cocceji tract. cit. Disp. 1. Sect. 2. prop. 13. Schömann a. a. O. Wächtler a. a. O. cap. 1. §. 14.

d) l. 203. D. de reg. iur.

e) l. 36. D. de reg. iur.

§. 1164 b).

Nach Maaßgabe dieser Verhältnisse, die durch die Gesetze unmittelbar oder durch Verträge begründet werden, ist bald mehr, bald weniger Sorgfalt auf das Vermögen eines Andern zu wenden, und daher bekommt auch die Unterlassung dieser Sorgfalt mehrere Grade: 1) der mittlere Grad, nach welchem die übrigen höheren oder niedrigeren zu beurtheilen sind, besteht in der Unterlassung derjenigen Aufmerksamkeit, welche nach der allgemeinen Bildung und Handlungsweise gewöhnlich ein jeder Mensch des Standes, aus welchem der Beklagte ist, auf sein Vermögen zu verwenden pflegt. (Culpa leuis in abstracto oder diligentia, quam bonus paterfamilias suis rebus adhibet) a). 2) Wer die höchste Aufmerksamkeit unterläßt, die ein Mensch auf seine Geschäfte verwenden kann, um entweder den gänzlichen Verlust (custodia) oder das Schlechterwerden eines Theiles vom Vermögen abzuwenden (diligentia sensu angusto), begeht hiedurch ein geringeres Versehen, das nur bey solchen Geschäften zugerechnet werden kann, die ihrer Natur nach eine sehr hohe Aufmerksamkeit erfordern (culpa leuissima) b). 3) Wenn das eingegangene

rechtliche Verhältniß es nöthig macht, fremde Geschäfte eben so, wie eigne zu verwalten, so muß bey Beurtheilung der Nachlässigkeit, auf eben diejenige Sorgfalt gesehen werden, die dieser Mensch auf seine eignen Angelegenheiten wendet (culpa in concreto) c). 4) Wer endlich alle Sorgfalt bey fremden Geschäften unterläßt, und diese völlig vernachlässigt, begeht culpam latam, und muß bey jedwedem Rechtsverhältnisse den dadurch entstandnen Schaden ersetzen d).

a) Der allgemeine Maaßstab bey Beurtheilung der culpa ist das, was ein diligens paterfamilias in gleichen Verhältnissen thun würde, l. 137. §. 2. 3. D. de verb. obl. Es bleibt daher bey jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen, ob der Angeschuldigte dieß gethan oder nicht. Wegen der so sehr verschiednen Verstandesbildung der Menschen in verschiednen Ständen aber muß nothwendig das Bild eines diligens paterfam., mit welchem die Handlungsweise des Beklagten verglichen werden soll, aus der Classe von Menschen hergenommen werden, aus welcher dieser selbst ist; denn es würde höchst ungerecht seyn, wenn man von einem Landmanne, der bey Abschließung eines juristischen Geschäfts ein Versehen begienge, eben die Vorsicht und Klugheit verlangen wollte, wie von einem Rechtsgelehrten; oder bey einem ökonomischen Geschäfte von Letzterm die Erfahrung des Bauern, l. 137. §. 2. cit. Wehrn a. a. O. S. 116.

b) Die Römischen Gesetze brauchen daher für diese Fälle gewöhnlich den Ausdruck: et culpam et diligentiam praestandam esse, l. 5. §. 2. D. commodati. l. 23. D. de reg. iur. Cocceji tr. cit. D. 1. Sect. 2. §. 13. Der Ausdruck culpa leuissima in diesem Sinne und als Gegensatz von c. lata und leuis ist ihnen allerdings fremd, daher mehrere, besonders Donellus a. a. O. u. neuerlich Thibaut Pandekt. §. 232. den ganzen Unterschied leugnen.

c) l. 25. §. 16. D. Fam. herciſc. l. 22. §. 3. D. ad Sct. Trebell. l. 32. D. depoſiti. l. 72. D. pro ſocio. l. 1. pr. D. de tutelae et rat. diſtr. l. 17. pr. D. de iure dotium.

l. 24. §. 5. D. sol. matr. dos. Es wird also hier für die fremden Angelegenheiten bald mehr, bald weniger Aufmerksamkeit erfordert, je nachdem einer gewohnt ist, seine Geschäfte sorgfältig oder nachlässig zu betreiben.

d) Man muß annehmen, daß der, welcher ein ihm anvertrautes Geschäft ganz vernachlässigt, die Absicht hat, dem Eigenthümer desselben zu schaden, und daher setzen die Gesetze die c. latam dem dolo gleich, l. 32. D. depositi. l. 226. D. de verb. sign. Sie ist dann vorhanden, wenn jemand die Vorsicht unterläßt, die alle, auch wenig gebildete und unterrichtete Menschen anzuwenden pflegen, oder non intelligere, quod omnes intelligunt. l. 213. §. 2. D. de verb. sign.

§. 1165 a).

Was nun die Regeln anbelangt, nach welchen sich in Vertragsverhältnissen der Ersatz eines durch Versehen entstandenen Schadens richtet, so lassen sich im Allgemeinen folgende darüber aufstellen: 1) gänzliche Vernachlässigung muß eben so, wie absichtliche Beschädigung, in allen Verträgen ersetzt werden [a]), und es ist sogar unerlaubt auf den Ersatz derselben im Voraus Verzicht zu leisten [b]); 2) positive, widerrechtliche Beschädigung, die auch außer Vertragsmäßigen Verhältnissen ersetzt werden müßte, muß in denselben ebenfalls vergütet werden [c]); 3) in Ansehung des Schadens, welcher aus der unterlassenen Abwendung äußerer, schädlicher Ereignisse entstanden ist, muß man unterscheiden, ob die Contrahenten selbst ausgemacht haben, welche Aufmerksamkeit sie hierauf wenden wollen, oder nicht: A. Ist etwas hierüber bestimmt, so wird der Schaden ersetzt, welcher durch Unterlassung der versprochnen Aufmerksamkeit verursacht worden ist [d]), ausgenommen, daß ein solcher Vertrag nicht auf Erlassung aller Aufmerksamkeit gehen, und daß

dem Ehemanne nicht die schuldige, genauere Sorgfalt für die Dotalgüter erlassen werden kann, wenn er auch für dolum und culpam latam noch zu haften versprache [e]). B. Wenn nichts ausgemacht worden ist, so ist nach der Beschaffenheit des Geschäftes und der daraus zu präsumirenden Absicht der Contrahenten zu unterscheiden: a) wer von einem fremden Geschäfte selbst Vortheil hat, und mithin nicht blos aus Gefälligkeit und zum alleinigen Nutzen des Andern sich demselben unterzieht, hat dafür auch billiger Weise die Sorgfalt darauf zu wenden, welche Leute seiner Art, die weder sehr ängstlich, nach ganz nachlässig sind, auf ihre Geschäfte wenden (culpa leuis in abstracto) [f]); b) wer ohne einen solchen Vortheil davon zu haben, sich der Administration fremder Angelegenheiten, als Procurator, oder negotiorum gestor unterzieht, muß auch für das geringste Versehen haften [g]); ausgenommen, α) wenn er es blos deßhalb thut, weil sich sonst niemand denselben unterziehen will, und um hiedurch vom Eigenthümer einen Verlust abzuwenden, wo er nur die Vorsicht anzuwenden braucht, die er gewöhnlich bey seinen eignen Geschäften anwendet [h]); β) oder wenn er gesetzlich verpflichtet ist die Administration zu übernehmen, wie zur Uebernahme einer Vormundschaft, wo er nur für culpam leuem zu haften verbunden ist [i]); er müßte sich denn im letztern Falle vor andern um die Erlangung derselben bemüht haben [k]).

a) l. 32. D. depositi. l. 213. §. 2. l. 226. D. de verb. sign. l. 23. D. de reg. iur.

b) l. 5. §. 2. D. commodati. l. 1. §. 7. D. depositi. l. 23. D. de reg. iur. Carpz. P. II. const. 11. def. 35. Wächt-

ler a. a. O. cap. 2. §. 17. Glück Comm. IV. §. 324. b. S. 349. Wehrn a. a. O. S. 165.

c) l. 18. §. 1. D. commodati. l. 41. 42. D. ad l. Aquil. Nach diesen Gesetzen hat daher in solchen Fällen auch unter Contrahenten die actio l. Aquil. Statt.

d) l. 23. D. de reg. iur.

e) l. 6. D. de pactis dotalibus. Glück a. a. O. S. 349.

f) l. 5. §. 2. D. commodati. l. 18. pr. eod. l. 1. §. 10. D. depositi. l. 108. §. 12. D. de legat. I. Vergl. mit l. 15. §. 1. D. de contr. emt. l. 6. l. 9. §. 2. D. de iur. et facti ign. Daher ändern sich auch bey Geschäften, die sonst nur culpam latam zulassen, wie beym commodato, diese Regeln, sobald durch den Vertrag auch für den andern ein Vortheil ausgemacht wird, welcher sonst keinen davon hätte.

g) Vom mandato sagt dieß deutlich l. 13. u. 21. C. mandati. Von der negotior. gestione. §. 1. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. l. 2. 6. §. vlt. l. 37. §. 1. D. de negotiis gestis. Wächtler a. a. O. §. 64. Glück IV. S. 353. V. S. 356.

h) §. 1. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. l. 3. §. 9. 10. D. de negotiis gestis. Eben dieß gilt beym deposito, welches unentgeldlich übernommen wird, l. 61. §. 5. l. 14. §. 3. et 17. D. de furtis. l. 1. §. 5. D. de oblig. et action. l. 1. §. 8. D. depositi. wenn er die fremden Sachen nur nicht mehr vernachlässigt, als die seinigen, l. 32. D. depositi. l. 1. §. 5. de oblig. Hat er die Aufbewahrung für Geld übernommen, so haftet er für culpam leuissimam. l. 40. D. locati. l. 1. §. 8. D. depositi. Wehrn a. a. O. §. 34.

i) l. 10. l. 33. pr. D. de administr. et peric. tutor. Zuweilen wird bey dem Vormunde auf culpa leuis in concreto gesehen, l. 13. §. 1. eod.

k) l. 53. §. 3. D. de furtis. Wächtler a. a. O. §. 78.

§. 1165 b).

c) Derjenige, welcher für Belohnung ein Geschäft zu vollziehn übernimmt, zu dem eine gewisse Kunstkenntniß und Geschicklichkeit gehört, die er zu besitzen vorgiebt, muß für allen durch seine Ungeschick-

lichkeit verursachten Schaden stehen [a]); d) wer von einer fremden Sache oder Handlung allein allen Nutzen hat, wie der Commodatar, der Deponent u. s. w. muß auch für das geringste Versehen haften [b]), ausgenommen bey dem precario, wo wegen des ungewissen Besitzes bis zur Zurückforderung des Geliehenen nur culpa lata, nachher aber auch leuissima vertreten werden muß [c]); e) wenn jemand verbunden ist, eine Sache in specie einem andern zu überliefern oder zurückzugeben, wie z. B. der Verkäufer nach Abschluß des Kaufs, der Ahmiether, Pfandgläubiger u. s. w., so muß er für die Aufbewahrung dieser Sache die möglichste Sorgfalt anwenden und allen Schaden ersetzen, wenn sie durch Unterlassung derselben entwendet oder durch Verjährung dem Eigenthümer entzogen wird, wenn er auch gleich für die Erhaltung der Sache in gutem Stande nur zu gewöhnlicher Aufmerksamkeit verpflichtet ist [d]); f) überall, wo von Ersatz eines durch Nachlässigkeit entstandenen Schadens die Rede ist, wird in der Regel die culpa in abstracto angenommen, außer α) wo jemand fremde Geschäfte blos aus Gefälligkeit verwaltet (s. oben sub b. α); β) bey jeder Verwaltung gemeinschaftlicher Güter, sie mag durch Vertrag [e]), oder durch andre Verhältnisse entstanden seyn (communio incidens) [f]); γ) bey Verwaltung der Dotal- und Paraphernalgüter [g]), wo stets auf die Vorsicht Rücksicht genommen wird, mit welcher der Besitzer seine eignen Sachen behandelt und blos dann ein sich ereignender Schaden ersetzt werden muß, wenn er die Sache des andern mehr als seine eignen vernachlässigt.

a) In der Regel wird culpa leuissima hier ersetzt, l. 13. §. 5. l. 25. §. 7. l. 40. D. locati. Dieß scheint auch vom Richter gegolten zu haben, der ex ignorantia iuris schadet, l. 11. C. de iudiciis und l. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. Eine Ausnahme aber war bekanntlich bey dem agrimensor, der nur für culpam latam haftete, l. 1. §. 1. D. Si mensor falsum modum.

b) l. 5. §. 2. et vlt. l. 18. pr. D. commodati. l. 1. §. 4. D. de oblig. et action. Vom mandante und deponente. l. 61. §. 5. D. de furtis.

c) l. 8. §. 3. D. de precario. l. 14. §. 11. D. de furtis.

d) Vom Kaufe, l. 3. l. 2. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. l. 14. §. 1. D. de furtis. Vom Miethcontrakte, l. 40. D. l. 28. C. de loc. cond. §. 5. Inst. eod. l. 48. §. 4. D. de furtis. Vom Societätscontrakte, l. 52. §. 3. D. pro socio. Vom Pfandgläubiger, l. 13. §. 1. l. 14. 15. D. de pignerat. act. l. 19. C. de pignor. et hypoth. §. vlt. Inst. quibus modis re contr. obl. In allen diesen Fällen wird custodia, qualem diligentissimus paeltat paterfam. oder exacta verlangt, aber ausdrücklich die diligentia erlassen, und blos culpa zugerechnet. Man sieht also deutlich, daß auf die Bewahrung der Sache gegen gänzlichen Verlust, so weit er sich vorhersehen und abwenden läßt, wie z. B. Diebstahl, mehr Sorgfalt verwendet werden muß, als auf die Bewahrung der Sache gegen das Schlechterwerden. Die Gesetze haben auch hiebey der Billigkeit gemäß auf die gewöhnliche Handlungsweise Rücksicht genommen, da selbst weniger sorgfältige und vorsichtige Menschen, doch gewöhnlich gegen Entwendung ihrer Sachen die nöthigen Vorsichtsmaaßregeln treffen.

e) l. 72. D. pro socio. §. vlt. Inst. de societate.

f) l. 25. §. 16. D. Fam. herciss.

g) l. 24. §. 5. D. solut. matr. dos. l. 11. C. de pactis conventis. Wehrn a. a. O. §. 34.

§. 1166.

Der Ersatz des Schadens, welchen ein Verstorbener durch Fahrlässigkeit verursacht hat, kann in der Regel auch noch von den Erben desselben in eben der Maaße, wie von dem Verstorbnen, gefordert werden [a]),

wenn nicht Verträge oder Gesetze die Erben von den Ansprüchen wegen geringerer Versehen des Erblassers frey sprechen; welches Letztere bey den Erben der Vormünder und Magistratspersonen der Fall ist [b]). Was den Beweis einer begangenen Fahrlässigkeit anlangt, so kann die Unterlassung der gebührenden Sorgfalt nie vermuthet, sondern muß von dem, welcher sie behauptet, erwiesen werden [c]). Führt daher der Beklagte an, daß der Schaden sich blos durch Zufall ereignet habe, so würde der Kläger darzuthun haben, daß es kein reiner Zufall gewesen, sondern eine Nachlässigkeit des Gegners ihn herbeygeführt habe, und Letzterer daher zum Ersatz des Schadens verpflichtet sey [d]).

a) l. 2. §. 2. D. de verb. obl. l. 1. §. 45. l. 9. D. depositi. l. 35. 36. D. pro socio. **Wehrn** a. a. O. §. 38. flg.
b) l. 1. C. de hered. tutor. l. 4. D. de magistratibus conven. siehe oben §. 365. not. g.
c) Schon die Rechtsregel: Quilibet praesumitur bonus giebt dieß an die Hand. Vergl. übrigens l. 2. 18. §. 1. D. de probat. l. 6. C. de dolo malo. **Carpzov** P. II. const. 11. def. 26. **Wehrn** a. a. O. §. 20. **Wernher** P. I. Obs. 200. **Cocceji** tract. cit. Disp. 3. §. 30.
d) Decis. 80. v. J. 1661. l. 5. C. de pigner. act. l. 9. §. 4. D. locati. **Leyser** Sp. 176. med. 5. **Wernher** P. IV. Obs. 214. **Berger** Oec. L. III. Tit. 8. th. 3. no. 3. **Carpz.** P. II. const. 26. def. 18.

F. Mora.

§. 1167.

Verzug oder mora ist die unrechtmäßige Aufschiebung einer zu leistenden Handlung über die bestimmte Zeit. Sie setzt also voraus, daß 1) sowohl dasjenige, was gethan oder geleistet werden soll, 2)

als auch die Zeit, wenn es zu leisten ist, bestimmt sey, und daß 3) ohne rechtmäßige Ursache jene Leistung über die bestimmte Zeit verzögert worden sey. Der Verzug wird nun entweder in Beziehung auf Vertragsverhältnisse betrachtet, oder nicht. I. Außer Vertragsverhältnissen tritt der Verzug alsdann ein, wenn entweder jemand eine durch die Gesetze ihm auferlegte Verbindlichkeit gegen den Staat, z. B. die Bezahlung von Abgaben u. dergl. nicht zu gehöriger Zeit erfüllt; oder wenn derjenige, welcher sich ohne Rechtstitel im Besitze einer fremden Sache befindet, sich weigert, dieselbe dem Eigenthümer zu überliefern. Jene Verbindlichkeiten gehören mehr in das öffentliche, als in das Privatrecht. Was aber die Zurückgabe einer fremden Sache betrift, so ist zwischen einem possessor bonae fidei und malae fidei zu unterscheiden: 1) Wer eine Sache mala fide in seinen Besitz bringt und behält, ist vom Anfange an in Hinsicht des Eigenthümers in mora, trägt daher auch stets die Gefahr der Sache, ist jedoch nur zu Erstattung der Nutzungen von den letzten drey Jahren vor erhobener Klage verbunden [a]). 2) Wenn hingegen jemand eine Sache bona fide besitzt, so ist er nicht eher gegen den Eigenthümer in mora, als von Zeit der von selbigem wider ihn erhobnen Klage an; doch ist er zu Erstattung der Nutzungen nicht nur von dieser Zeit an, sondern auch vom letzten Jahre zuvor verbunden [b]). II. Unter Personen, welche in Vertragsmäßigen Verhältnissen als Gläubiger und Schuldner gegen einander stehen, kann der Verzug von beyden Theilen begangen werden. In beyden Fällen ist

erforderlich, daß zur Leistung oder Annahme der Zahlung eine Zeit festgesetzt sey. Diese ist nun aber 1) entweder durch Gesetze, Herkommen [c]) oder Verträge im Voraus bestimmt und auf einen gewissen Tag gesetzt worden; oder die Zeit ist 2) vom Anfange an unbestimmt gelassen worden [d]). Im ersten Falle muß der Schuldner nach der Rechtsregel: Dies interpellat pro homine ohne vorgängige Mahnung zur Zahlung bereit seyn, und ist, wenn er dieselbe nicht leistet, von Ablauf der Zeit an in mora [e]). Im letztern Falle aber ist er nicht eher zur Zahlung verpflichtet, als nachdem der Gläubiger ihn dazu aufgefordert hat, und die ihm gegebene Frist völlig abgelaufen ist [f]). Daß die Mahnung gerichtlich geschehe, ist, wenn es nicht besonders ausgemacht worden, nicht erforderlich, sondern es ist auch eine blos außergerichtliche Mahnung hinreichend [g]), wenn sie nur zur Wissenschaft des Schuldners gekommen ist [h]). Kann aber der Gläubiger eine besondere vorhergegangene Mahnung nicht erweisen, so tritt der Verzug des Schuldners erst von Zeit der erhobenen Klage ein, d. h. von dem Tage an, wo ihm die Citation auf die angestellte Klage insinuirt worden ist [i]).

a) l. 8. pr. §. 1. l. 20. D. de condict. furt. l. 2. C. eod. l. 46. pr. D. de furtis. l. 19. D. de vi et vi arm. l. 1. §. 39. depositi. l. vlt. C. de cond. ob turp. cauſſ. Decis. 87. v. J. 1661. Decis. 2. v. J. 1746. Die letztere erklärt und ändert das gemeine Recht nur in Ansehung der Erstattung der Früchte, nicht aber auch der übrigen Folgen der mala fides. Die Gefahr der Sache trägt also auch h. z. T. der malae fidei poſſeſſor vom Anfange an.

b) Decis. 2. v. J. 1746. Eigentlich sollte der, welcher eine Sache bisher bona fide besessen hat, erst von da an

für einen poss. malae fidei geachtet werden, wo der Eigenthümer sein Recht erwiesen, und dieses rechtskräftig anerkannt worden ist, da er nicht eher zur Herausgabe verbunden, folglich auch nicht eher in mora und zu Tragung der Gefahr verbunden ist, l. 24. pr. l. 47. D. de vsuris. l. 40. pr. D. de heredit. pet. l. 63. D. de reg. iur. „Qui sine dolo malo ad iudicium prouocat, non videtur moram facere.“ Wehrn a. a. O. §. 45. Allein die angez. Decis. verordnet zu bestimmt, daß ein jeder Besitzer von Zeit der erhobenen Klage an pro m. f. possessore gehalten werden solle, als daß sich an der Abänderung jener Grundsätze zweifeln ließe.

c) Durch Gesetze und Herkommen ist z. B. bestimmt die Zeit zur Zurückgabe des Heyrathsgutes oder zum Ausleihen der Mündelgelder vom Vormunde, l. 31. §. 2. C. de iure dotium. l. vn. §. 7. C. de rei vxor. act. s. oben §. 333. Ferner beym Kaufe, wo von Uebergabe der Sache an in der Regel der Verzug des Käufers angeht, l. 5. C. de act. emt. Westphal vom Kaufcontracte, §. 533. und bey Kaufmannswaaren 6 Monate nach der Uebergabe. Decis. 15. v. J. 1746.

d) Von den Zeitbestimmungen durch Verträge s. unten im bes. Th. II. Hauptst. 2. Abschn. 1te Abth.

e) l. 13. §. 20. D. de act. emt. l. 12. C. de contr. vel comm. stip. l. 186. D. de reg. iur.

f) l. 88. D. de reg. iur. l. 32. pr. D. de vsuris. Im letztern Falle muß jedoch dem Schuldner von der Aufkündigung an einige Zeit gestattet werden, um Anstalt zur Zahlung zu machen, l. 137. §. 2. 4. D. de verb. obl. l. 73. eod.

g) Nach Röm. Rechte reicht die außergerichtliche Mahnung hin, um den Schuldner in Verzug zu setzen, wenn sie nur an gehörigem Orte und zur gebührenden Zeit geschehen ist, l. 3. pr. l. 32. pr. §. 1. l. 24. §. vlt. D. de vsuris. l. 25. §. 7. D. de hered. petit. l. 17. D. de peric. et comm. rei vend. l. 5. D. de rebus cred. l. 23. D. de verb. obl. l. 4. D. de pignerat. act. und das Sächsische Recht hat dieß nicht geändert, daher auch die Erl. Proc. Ordn. Tit. 39. §. 5. und XLI. §. vlt. verordnet, daß, um unnöthigen Streit zu vermeiden, im Urtheil die Zeit angegeben werden solle, von wo an die Verzugszinsen zu rechnen. Die 15te Const. ined. verordnete zwar, daß bey contract. stricti iuris, namentlich dem

mutuo, das Interesse nicht von Zeit der mora, sondern von der Litiscontestation an gegeben werden solle. Haubold Handb. einiger Churf. Gesetze. S. 141. Allein sie ist nicht in Gerichtsbrauch gekommen, und beruhte überdem auf dem h. z. T. nicht anwendbaren Unterschiede zwischen contr. stricti iuris und bonae fidei. Vergl. übrigens Andr. Flor. Rivinus D. de effectu quasi-interpellationis s. legalis et extraiudicialis. Wittenb. 1750. §. 9. Wernher P. III. Obs. 164. Cocceji D. de mora. Heidelb. 1685. §. 11. 12. Hommel Obs. 109. 137. 140. Berlich decis. aur. 156. no. 15. Berger decis. summi prou. sen. no. 146. Menken Pand. L. 22. Tit. 1. §. 32. Hellfeld iurispr. for. §. 329. Glück Comment. §. 329. Wehrn a. a. O. S. 304. Thibaut Pandekt. §. 87. Hofacker §. 1825.

h) l. 32. §. 1. D. de vsuris. Die Aufkündigung kann jedoch auch dem Generalbevollmächtigten geschehen, l. 23. pr. D. de vsuris.

i) So sind unstreitig die Rechtslehrer zu verstehen, welche unbedingt sagen, daß der Verzug von Zeit der erhobenen Klage anfange. Kind Qu. for. III. c. 70. Berger Oec. L. III. Tit. 8. n. 4. und L. III. Tit. 1. th. 8. n. 3. Wernher P. VII. Obs. 159. Carpz. resp. L. IV. no. 56. Leyser Sp. 249. med. 6.

§. 1168.

Was nun 1) den Verzug des Schuldners anlangt, so tritt dieser ein, wenn er zur bestimmten Zeit seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, ohne einen Rechtsgrund anführen zu können, der ihn entweder blos für jetzt, oder für immer von derselben befreyt a). Die nachtheiligen Wirkungen, welche er für ihn hervorbringt, sind folgende: 1) Er trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und Verderbens vom Gegenstande der Verbindlichkeit b), ausgenommen, A. wenn er die Zahlung blos darum aufschob, weil die Schuld noch nicht liquid war, und er blos den Beweis derselben abwarten wollte c), oder B. wenn er darthun

kann, daß die Sache auch bey dem Gläubiger würde untergegangen seyn, und daß mithin sein Verzug nicht Ursache am Verluste des Gläubigers sey [d]). Die Verbindlichkeit des Schuldners wird mithin durch den Verzug in sofern bleibend (perpetuatur), als der Untergang der Sache, oder die zufällige Verhinderung der Erfüllung ihn nicht mehr vom Ersatze des Werthes zu befreyen vermag [e]). 2) Der Schuldner muß dem Gläubiger die entzogenen Nutzungen des schuldigen Gegenstands [f]), oder, wenn dieser in einer re fungibili besteht, Zinsen von selbigem bezahlen [g]), und die auf den Verzug gesetzte Conventionalstrafe erlegen [h]). 3) Er verliert die ihm vorher zugestandene Befugniß zwischen mehrern Gegenständen, welche er dem Gläubiger geben könnte, zu wählen [i]). 4) Wenn der Gläubiger ihm ebenfalls etwas zu leisten hat, so kann der Schuldner dieß nicht eher von ihm verlangen, als bis er seine Verbindlichkeit erfüllt hat [k]); endlich wird auch 5) zuweilen durch den Verzug das ganze Geschäft aufgehoben, wenn es entweder so ausgemacht worden ist, oder wenn der Gläubiger nachher keinen Nutzen mehr davon erwarten kann [l]).

a) l. 21. D. de vsuris. l. 23. l. 9. §. 1. l. 17. §. 3. l. 22. eod. l. 5. D. de rebus cred. l. 40. in fine. eod. l. 127. D. de verb. obl. l. 88. D. de reg. iur. Dahin gehört auch der Fall, wenn der Schuldner wegen Kriegsunruhen oder andrer Hindernisse die Zahlung nicht mit Sicherheit oder nur mit großer Beschwerde leisten kann. Mevius P. II. dec. 211. no. 2. P. IV. dec. 198. 199. P. VII. dec. 4. no. 1. Hofacker a. a. O. §. 1830.

b) l. 23. 49. pr. l. 91. §. 1. 3. 4. D. de verb. obl. l. 45. D. de oblig. et act. l. 5. D. de rebus cred. l. 8. §. 6. D. de precario.

c) l. 63. D. de reg. iur. l. 24. pr. D. de vsuris. l. 40. pr. D. de heredit. petit. Doch muß er nach Austrag der Sache die Nutzungen oder Zinsen, nach Verschiedenheit der Fälle von der Verfallzeit an, oder nach Maaßgabe der 2ten Decis. v. J. 1746. erstatten, l. 25. §. 7. D. de hered. petit. Cocceji Diss. de mora §. 11.

d) l. 14. §. 1. D. depositi. Wernher P. IV. Obs. 214. no. 91. Es müßte denn der Gläubiger darthun können, daß er die Sache veräußert, und dadurch den Schaden von sich abgewendet haben würde, l. 15. §. vlt. D. de rei vind. l. 5. §. 3. 4. D. de cond. caussa data. Wehrn a. a. O. S. 336. Auch kommt dem, welcher mala fide und auf widerrechtliche Weise den Besitz an sich gebracht hat (fur, praedo), jene Ausnahme nicht zu Statten, l. 20. D. de cond. furtiua. l. 50. pr. D. de furtis. l. 9. C. eod. l. 2. C. de condict. furtiua.

e) l. 91. §. 3. et vlt. D. de verb. oblig.

f) Und zwar in der Regel von der Zeit an, wo der Gläubiger die Sache, von der die Nutzungen herrühren, hätte bekommen sollen. Außer Contraktsverhältnissen aber dient die 2. Decis. v. J. 1746. zur Richtschnur, l. 16. §. 1. D. de rei vind. l. 3. pr. D. de vsuris. l. 8. §. 6. D. de precario. l. 114. D. de verb. obl.

g) l. 17. §. 4. l. 32. §. 2. l. 34. l. 41. pr. D. de vsuris. Wehrn a. a. O. S. 464.

h) l. 77. D. de verb. obl. S. bes. Theil. 2. Hauptst. 2ter Abschn. 1te Abth.

i) l. 95. pr. D. de solut. l. 2. §. 2. 3. D. de eo, quod certo loco.

k) l. 13. §. 8. l. 25. D. de act. emt.

l) l. 6. pr. D. de l. commiss. l. 6. C. de pactis int. emt. et vend. l. 54. §. 1. D. locati. l. 3. C. eod.

§. 1169.

Diese Nachtheile treffen aber, wenn eine Verbindlichkeit mehrern Schuldnern zugleich obliegt, nur denjenigen unter ihnen, welcher für seine Person sich den Verzug hat zu Schulden kommen lassen [a]). Sie fallen gänzlich weg (purgatur mora), 1) wenn der Schuldner es nicht erfahren hat, daß der Gläubiger

seine Bezahlung fordere, in sofern diese erst nach geschehener Aufkündigung zu bewirken war [b]); 2) wenn ihm der Gläubiger eine Prolongation gestattet, von Neuem mit ihm contrahirt, oder sonst ausdrücklich oder stillschweigend seinen Ansprüchen wegen des Verzuges entsaget [c]); 3) wenn die Hauptverbindlichkeit aus irgend einem Grunde erlischt [d]); 4) oder der Schuldner sich entweder zu gebührender Zeit und am bestimmten Orte, oder wenigstens doch noch eher, als dem Gläubiger die Erfüllung der Verbindlichkeit unnütz geworden ist, oder er bereits Klage erhoben hat [e]), zur wirklichen Leistung dessen, was er schuldig ist, erbietet. Wenn hiernächst der Gläubiger ohne rechtliche Ursache die Annahme verweigert, so befindet Letzterer sich im Verzuge, und muß folglich die Gefahr der Sache tragen [f]). Bey einer Geldschuld kann sich indessen der Schuldner nicht anders von der Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, und die Gefahr von der Verringerung des Werthes der Münzen zu tragen, befreyen, als wenn er das schuldige Geld in den Gerichten versiegelt niederlegt [g]). Dieß setzt aber voraus, daß A. dem Gläubiger die ganze Schuld an Capital und Zinsen [h]) in den bestimmten Münzsorten, zu rechter Zeit und am gehörigen Orte in der Absicht, sie wirklich zu bezahlen (realiter), vom Schuldner angeboten werde, und sich dieser folglich noch nicht in mora befinde [i]); B. daß der Gläubiger ohne Grund die Annahme verweigere; C. demnächst auf Ansuchen des Schuldners gerichtlich ad videndum deponi, und um seine Einwendungen dawider vorzubringen citirt werde [k]), und sodann D. wenn er

nicht erscheint, oder seine Einwendungen unerheblich sind, das Geld versiegelt und in den Gerichten niedergelegt werde [l]). Zuweilen kann jedoch die Depositon auch ohne vorgängige Anerbietung und Citation geschehen (depositio extraordinaria), nämlich a) wenn dem Schuldner die Zahlung gerichtlich verboten worden ist [m]); b) wenn das Anerbieten dem Gläubiger nicht mit Sicherheit geschehen kann, z. B. weil er abwesend oder unmündig ist, und keinen Vormund oder Bevollmächtigten hat [n]); c) oder wenn er ganz unbekannt ist [o]); endlich d) bey Wechselschulden, wenn der Inhaber des Wechselbriefs das Geld zur Verfallzeit nicht abholen läßt, in welchem Falle auch die Citation des Gläubigers nicht erforderlich ist, ausgenommen, wenn der Schuldner ein Jude ist [p]). Die Folgen des Verzugs finden zuletzt 5) auch dann nicht Statt, wenn der Schuldner rechtlich befugt ist, die Zahlung zu verweigern oder aufzuschieben [q]). Dahin gehört besonders auch der Fall, wenn ihm durch einen Befehl der competenten Obrigkeit die Zahlung verboten worden ist; dieß befreyt ihn nämlich, wenn er nicht vorher schon sich in mora befand, jederzeit von der Gefahr des Unterganges oder Verderbens; aber von der Verbindlichkeit, Zinsen von einer Geldschuld zu bezahlen, blos dann, wenn er entweder die Schuld gerichtlich deponirt, oder wenigstens gerichtlich versiegeln läßt, oder endlich erweisen kann, daß er das Geld bis zur Aufhebung des Verbotes nicht benutzt habe [r]).

a) l. 32. §. 4. D. de vsuris. l. 173. §. 2. D. de reg. iur. Cocceji D. de mora. §. 21.

b) l. 32. §. 1. D. de vsuris.

c) l. 8. pr. l. 14. pr. l. 15. 31. pr. D. de nouation. l. 72. §. 1. D. de solution. l. 88. D. de reg. iur.

d) Cocceji a. a. O. §. vlt.

e) l. 73. §. vlt. l. 84. D. de verb. obl. Das Anerbieten braucht nur außergerichtlich zu geschehen. Münzmandat v. 31. Jul. 1623. C. A. II. 788. Wernher P. IV. Obs. 109.

f) l. 72. pr. D. de solut. l. 105. D. de verb. obl. l. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei vend. Cocceji a. a. O. §. 18. 31. Berger L. III. Tit. 15. th. 5. n. 3. Hellfeld iurispr. for. §. 330. Glück IV. §. 330. Nach Röm. Rechte bewirkt das außergerichtliche Anbieten von Seiten des Schuldners stets, daß der Gläubiger die Gefahr des Untergangs tragen muß, selbst bey baarem Gelde, l. 72. pr. D. de solution. Daher ist das Sächsische Recht, welches bey Geldschulden hiezu die Deposition erfordert, nicht auf andre Gegenstände auszudehnen. Cocceji a. a. O. §. 32. Stryck V. M. L. 46. Tit. 3. §. 16. Romanus Teller D. de mora creditoris. Lipsi. 1765. Wehrn a. a. O. §. 46. not. 6. S. 298.

g) Münzmand. v. 31. Jul. 1623. C. A. II. 788.

h) Die Deposition eines Theiles der Schuld befreyt den Schuldner nicht. Berger Oec. L. III. Tit. 15. th. 5. n. 4. Mevius P. VIII. dec. 394. n. 5.

i) Münzmand. a. a. O.

k) Vor welchen Gerichten die Deposition geschehen müsse, ist weder in dem Sächsischen noch im Röm. Rechte bestimmt, da die Worte der l. 19. C. de vsuris: Iudex competens nicht hinlänglich bezeichnen, wer darunter gemeynt sey. Wenn indessen ein Ort zur Zahlung bestimmt ist, so muß sie unstreitig an diesem Orte geschehen, l. 9. C. de solut. Rind Quaest. for. III. c. 44. Außerdem kann sie sowohl im foro des Schuldners geschehen, Glück Comment. IV. §. 330. not. 74. Stryck vsus mod. Lib. 46. Tit. 3. th. 17. als auch im foro des Gläubigers. Joh. Aug. Gerstäcker D. de iudiciali nominis depositione. Lipsi. 1796. Just. Claproth primae lineae iurispr. extraiudicialis Sect. II. membr. 1. cap. 2. Tit. 16. §. 133. Thibaut Pand. §. 93.

l) Das bloße Versiegeln des Geldes, so daß es der Schuldner wieder an sich nehme, ist in der Regel nicht hinreichend. Arg. Decis. 27. v. J. 1661. ausge-

nommen bey Mündelgeldern, welche der Vormund nicht sofort ausleihen kann. Vorm. Ordn. Cap 15. §. 7. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 412.

m) Decis. 27. v. J. 1661.

n) l. 7. §. 2. D. de minor. l. 17. §. 3. D. de vsuris.

o) l. 9. §. 1. D. de vsuris. Rind Qu. for. T. II. c. 44.

p) Leipz. Wechselordn. §. 16. C. A. II. 2028.

q) s. §. 1168. not. a.

r) Decis. 27. v. J. 1661. Erläut. Befehl v. 19. Febr. 1721. C. A. I. 1203. Da es wesentlich zum Begriff des Verzugs gehört, daß der Schuldner hätte zahlen können und doch nicht gezahlt habe, so ist derjenige, welchem die Zahlung verboten worden ist, und mithin ohne seine Schuld sie nicht leistet, keinesweges in mora, und kann folglich auch nicht auf das Interesse belangt werden, wenn indessen der Gegenstand der Verbindlichkeit untergegangen ist; l. 167. §. 1. D. de reg. iur. l. 72 pr. D. de solution. Berlich decis. aur. 25. Mevius P. II. dec. 221. no. 5. Leyser Sp. 243. med. 10. 11. Carpz. P. II. const. 30. def. 24. Rom. Teller a. a. O. §. 8. Die 27te Decis. entscheidet hierüber nichts, sondern sagt blos, daß er Zinsen bezahlen solle, wenn er das fremde Geld ferner benutzt. Bey Geldschulden wird indeß wegen der Verordnung des Münzmandats der Schuldner nur durch die Deposition sich von der Gefahr der Devalvirung oder des Verlustes sichern können. — Schott inst. iur. Sax. p. 383. und Schaumburg P. III. Sect. 2. Ex. 11. §. 4. sagen daher unstreitig zu allgemein, daß sich ein solcher Schuldner in mora befinde.

§. 1170.

2) Der Verzug des Gläubigers (mora accipiendi) findet Statt, wenn dieser, nachdem ihm oder seinem Bevollmächtigten [a]) vom Schuldner die ganze verfallene Schuld vollständig und gehörig angeboten, und, in sofern sie in baarem Gelde besteht, gerichtlich deponirt worden ist (§. 1169.), ohne eine rechtliche Ursache die Annahme verweigert. Sie bewirkt, daß der Gläubiger von dieser Zeit an ohne

Unterschied die Gefahr des Untergangs und Verderbens trägt, und der Schuldner von der Verbindlichkeit, die Sache ferner aufzubewahren, befreyt wird [b]); der Schuldner braucht keine Zinsen mehr zu bezahlen und kann dasjenige, was der Gläubiger ihm gegen Empfang der Schuld zu leisten hat, mit Recht fordern [c]). Der Verzug des Gläubigers endigt wieder, wenn er sich zur Annahme bereit erklärt. Verweigert sodann der Schuldner die Zahlung, ohne durch den Untergang der Sache oder eine andre rechtmäßige Ursache daran verhindert zu seyn, so ist er in mora und muß die Nachtheile des Verzuges tragen [d]). Wenn sich endlich beyde Theile zu gleicher Zeit in mora befinden, so hebt sich der Verzug gegen einander auf, der Gläubiger kann daher keine Schädenansprüche an den Schuldner machen, und die Gefahr der Sache fällt auf den, welcher sie nach der Natur des Geschäftes ohnehin tragen muß [e]).

a) l. 34. §. 3. D. de solution. l. 10. §. vlt. l. 11. D. de pactis. Es wird jedoch ein mandatum specialissimum hiezu erfordert. Erl. Proc. Ordn. VII. §. 2.

b) l. 72. pr. D. de solut. l. 1. §. 3. 4. l. 2. pr. l. 17. D. de peric. et comm. rei vend. l. 9. D. soluto matr. dos. Blos absichtliche und positive Beschädigung muß ersetzt werden, wegen welcher die actiones ex l. Aquil. zustehn.

c) l. 11. C. de vsuris.

d) l. 23. §. vlt. l. 24. D. de receptis, qui arbitr. l. 17. D. de peric. et comm. rei vend. Teller a. a. O. §. 10. Glück IV. §. 330.

e) l. 51. pr. D. de act. emt. l. 17. D. de peric. et comm. rei vend. Westphal vom Kauf- und Pachtcontrakte. §. 576.

II. Von den Zinsen.

§. 1171.

Die zweyte Art von Nebengegenständen der Verbindlichkeiten, deren hier Erwähnung zu thun, sind die Zinsen (§. 1148.). Man versteht darunter dasjenige, was dem Eigenthümer einer Quantität von fungibeln Dingen von dem entrichtet werden muß, welchem die Benutzung der fungibeln Dinge entweder vom Eigenthümer überlassen worden ist, oder welcher ihre Benutzung dem Eigenthümer wider seinen Willen entzogen hat [a]). Sie unterscheiden sich vom Schadenersatze und Interesse dadurch, daß 1) ihre Größe gesetzlich bestimmt, das letztere aber unbestimmt ist und blos in facto beruht. Wer daher statt der Schäden landübliche Zinsen fordert, braucht nicht zu beweisen, daß er wirklich soviel eingebüßt habe; wer hingegen seine Schäden vergütet verlangt, muß den Beweis darüber führen [b]). 2) Beyde kommen zwar darin überein, daß sie den Betrag des Hauptstammes nicht übersteigen dürfen [c]); eine Verschiedenheit liegt aber darin, daß bey den Zinsen, zu 5 vom Hundert gerechnet, dieser Fall erst nach 20 Jahren, bey dem Interesse aber auch in kürzerer Zeit eintreten kann [d]).

a) l. 62. pr. D. de rei vind. l. 23. D. de vsuris. Hofacker a. a. O. §. 1832. Thibaut Pand. §. 255.

b) l. 24. D. de reg. iur. Const. 30. im 2ten Th. Torg. Ausschr. v. J. 1583. C. A. I. 143. Modest. Pistoris illustr. quaest. P. III. qu. 108. Rind Quaest. for. III. c. 25. Carl Aug. Gottschalk analecta iuris Saxon. cap. 10. p. 238. Carpz. P. II. const. 30. def. 9. 10. 11. Hommel Obs. 440. Hofacker §. 1448.

c) s. §. 1151. no. 7. u. 1182.

d) Wernher P. III. Obs. 1. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 14. n. 2.

§. 1172.

Die Zinsen müssen in der Regel stets in derselben Art von fungibeln Dingen entrichtet werden, aus welchen der Hauptstamm besteht. Daher muß der Schuldner nicht nur von baarem Gelde die Zinsen in der Münzsorte des Capitales erlegen, sondern auch bey andern fungibeln Dingen, z. B. Getreide und dergl. (wo sie den Namen Aufmaaß führen) sie in gleicher Qualität wie die Hauptschuld entrichten [a]). Doch kann durch Verträge auch festgesetzt werden, daß die Zinsen in andern Sorten gegeben werden können, wenn nur dadurch dem Schuldner nicht mehr abgenommen wird, als die gesetzliche Quantität der Zinsen beträgt und hiedurch ein Wucher entsteht [b]).

a) l. 23. C. de vsuris. Leyser Sp. 243. med. 3. Struben rechtl. Bed. Th. I. no. 168. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 9. no. 2. und th. 10. Wernher P IX. Obs. 187. Hommels teutscher Flavius u. d. W. Aufmas.

b) Mandat v. 21. Oct. 1609. C. A. I. 1056. Hommel Obs. 603. Chr. Gottl. Biener progr. de foenore illicito pro diuersis monetarum generibus recte iudicando. Lipsi. 1805. Leyser a. a. O. Stryck D. de probanda versione crediti. Hal. 1701. c. 1. §. 8. Dessen vsus mod. L. 22. Tit. 1. §. 26.

§. 1173.

Das Recht Zinsen zu fordern entspringt entweder aus einem Vertrage zwischen dem Gläubiger und Schuldner, oder aus den Gesetzen unmittelbar. I) Ueber die Vertragszinsen merke man Folgendes: 1) Ein Vertrag über erlaubte Zinsen ist ohne eine so-

lenne Form für den Schuldner dergestalt verbindend, daß sie der Gläubiger sowohl einzeln, als mit dem Capitale zugleich einklagen kann [a]). 2) Die Verbindlichkeit, Vertragsmäßige Zinsen von einem Darlehn zu entrichten, wird nicht vermuthet [b]); ist sie aber einmal erwiesen, so wird angenommen, daß die Zinsen so lange haben sollen entrichtet werden, bis die Hauptschuld getilgt ist; sie müssen daher auch fortbezahlt werden, wenn das Capital zur Verfallzeit, bis zu welcher die Zinsen versprochen worden sind, nicht abgetragen worden ist [c]). 3) Die unterlassene Forderung der versprochnen Zinsen in der Klage auf Bezahlung des Capitales, oder die Uebergehung derselben im Urthel und die Annahme des Capitales allein ohne Protestation wegen der rückständigen Zinsen ist für den Gläubiger ohne Nachtheil [d]). 4) Wenn hingegen der Gläubiger wissentlich und ohne Protestation drey Jahre lang geringere Zinsen angenommen hat, als ihm versprochen worden sind, so wird präsumirt, daß er auch für die Zukunft die höhern Zinsen erlassen habe [e]). 5) Aus der mehrjährigen und in verschiednen Terminen geschehenen Bezahlung von Zinsen für ein wirklich schuldiges Capital entsteht für den Schuldner die Verbindlichkeit, sie auch ferner zu entrichten, wenn er sich auch dazu nicht ausdrücklich verpflichtet hat [f]); hat er sie hingegen aus Irrthum nur einmal etwa bezahlt, so entsteht keine solche Verbindlichkeit [g]), und das, was er gegeben, wird als abschläuliche Zahlung auf das Capital gerechnet [h]); doch kann er, wenn er nachher ebenfalls aus Irrthum das ganze Capital ohne Abzug bezahlt, das als Zinsen Gegebene nicht zurück-

fordern [i]). 6) Wer hingegen in der irrigen Meinung, daß er ein Capital schuldig sey, dafür Zinsen bezahlt, kann sie zurückfordern [k]), hat er aber mehrere Jahre mit dieser jährlichen Abtragung continuirt, so entsteht die Vermuthung, daß er wirklich ein Capital schuldig sey, so daß der Gläubiger ohne weitern Beweis die Zinsen und das Capital fordern kann, und jener darthun muß, daß er nichts schuldig sey [l]). 7) Uebrigens werden die Zinsen, wenn keine Zahlungszeit bestimmt ist, am Schlusse jeden Jahres, von Contrahirung der Schuld an gerechnet, bezahlt [m]). 8) Kann der Schuldner die Bezahlung der früheren Zinstermine nicht erweisen, so hat er doch die Vermuthung für sich, daß er sie geleistet, wenn er von 3 spätern, auf einander folgenden Terminen die darüber erhaltenen Quittungen produciren kann [n]).

a) Stryck vsus mod. L. 22. Tit. 1. §. 6. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 9. Thibaut Pand. §. 257. Joh. Georg Fichtner D. de pactis vsurar. legitimis. Altorf. 1703. §. 3. Vergl. auch A. D. Weber über die rechtl. Gründe der Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen; in Dessen Versuchen über das Civilrecht. Schwerin u. Wismar, 1801. S. 221.

b) Leyser Sp. 130. med. 3. Sp. 244. med. 1. Thibaut Pand. §. 1092.

c) Berger a. a. O. th. 9. n. 1. Stryck a. a. O. §. 8. Lauterbach coll. Pand. Lib. 22. Tit. 1. §. 16. Carpz. P. II. const. 30. def. 5.

d) l. 1. C. de iudiciis. Wernher P. VI. Obs. 377. Carpzov c. l. def. 13. Kind Quaest. for. I. c. 84. Thibaut a. a. O. §. 266. Hofacker a. a. O. §. 1841. Lauterbach a. a. O. §. 31. Wilh. Ludwell tr. de vsuris, fruct. mora et nautico foenore. Dresd. 1680. pag. 17. Auch durch den Erlaß des Capitales allein erlischt nicht sofort das Recht, die verfallnen Zinsen zu fordern, wenn nicht andre Umstände, z. B. die Vernichtung der

Verschreibung, diese Vermuthung begründen. Wernher P. II. Obs. 488.

e) l. 5. 8. C. de vsuris l. 17. §. 1. D. eod. Berger c. l. th. 10. n. 1. Hommel Obs. 221. Ludwell a. a. O. S. 12. In den Gesetzen ist diese Zeit nicht bestimmt angegeben; aber Berger u. Hommel nehmen arg. l. 1. C. de fideicommiss. 3 Jahre für hinreichend an. Die verschiednen Meynungen anderer Juristen siehe in Verd. Chph. Harpprecht D. de tacito pacto maior. vsurar. remissorio ex solutione minorum praesumto. Tubing. 1703. §. 21. Doch kann diese Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils entkräftet werden, l. 8. C. de vsuris. Hommel a. a. O.

f) l. 6. pr. D. de vsuris. Leyser Sp. 243. med. 7. 8. Thibaut a. a. O. §. 258. Das Gesetz erfordert, daß die Zinsen longo tempore bezahlt worden seyen, und daher nehmen Leyser u. Thibaut eine zehnjährige Zeit als nothwendig an; allein nach der l. 1. C. de fideicomm. scheinen auch hier nur 3 Jahre erforderlich zu seyn.

g) arg. l. 7. C. de vsuris.

h) arg. l. 5. §. 2. D. de solution. Leyser Sp. 244. med. 3.

i) l. 26. pr. D. de cond. indeb. arg. l. 5. §. 2. vers. finem. D. de solut. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. II. S. 152. Andrer Meynung ist A. D. Weber comm. de vsuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione; im angez. Werke. S. 263. flg.

k) l. 26. §. 2. D. de condict. indeb.

l) l. 6. §. 1. D. de vsur. l. 25. pr. D. de probation. Stryck vsus mod. L. 22. Tit. 1. §. 50. Ludwell a. a. O. S. 11. Leyser Sp. 243. m. 8. Friedr. Gottl. Zoller Diss. de praesumt. mutui ex solut. vsurar. petenda. Lipsi. 1776. Auch hiebey erfordern einige Juristen eine 10jährige, andre nur 3jährige Zahlungszeit.

m) Generale, die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Schuldforderungen betreffend, v. 14. December, 1801. §. 3.

n) l. 3. C. de apochis publ. Hommel Obs. 221. Rind Quaest. for. I. p. 352.

§. 1174.

II. Zu den gesetzlichen Zinsen gehören 1) die Verzugszinsen (vsurae morae), welche ein Schuld-

ner, der eine Summe fungibler Dinge zur Verfallzeit nicht bezahlt, und mithin in mora ist, dem Gläubiger entrichten muß. Da sie theils zur Strafe des säumigen Schuldners, theils zur Entschädigung des Gläubigers dienen sollen, so können, was A) ihre Größe anlangt, von Zeit des Verzugs an stets die höchsten erlaubten Zinsen gefordert werden, wenn auch der Schuldner vorher Vertragsmäßig geringere Zinsen bezahlt worden sind; bey Wechselschulden können jedoch hiebey die nachgelassenen sechs pro Cent nur dann gefordert werden, wenn auch vor Eintritt des Verzugs soviel versprochen gewesen ist [a]). B) Sie müssen von Anfange des Verzugs an entrichtet werden; mithin bey Forderungen, die einen gewissen Zahlungstermin haben, von diesem Tage an; bey solchen, deren Zahlung von der Aufkündigung des Gläubigers abhängt, von der hiedurch bestimmten Verfallzeit, oder wenn die Aufkündigung nicht besonders erwiesen werden kann, von erhobener Klage an [b]). Von dem Kaufgelde für erkaufte bewegliche und unbewegliche Sachen müssen in der Regel von der Uebergabe der erkauften Sache an landübliche Verzugszinsen entrichtet werden [c]), ausgenommen a) wenn ein besondrer Zahlungstermin bestimmt [d]), oder b) die Sache auf unbestimmten Credit gegeben worden ist, in welchem Falle auch eine besondere Aufkündigung vorhergehen muß, welche die Zahlungszeit bestimmt [e]); endlich c) bey Kram- und Kaufmannswaaren, wo die Verzugszinsen erst sechs Monate nach der Uebergabe zu laufen anfangen, wenn nicht entweder eine andere Zahlungszeit ausgemacht, oder bereits vor Ablauf

jener sechs Monate Klage erhoben worden ist, wo auch die Zinsen von der Klage an laufen [f]). Die Verzugszinsen können C) ferner von allen schuldigen Capitalen gefordert werden, auch von geschenktem Gelde [g]) und von illiquiden Forderungen [h]).

a) Rind Quaest. for. T. III. c. 25. Eine Ausnahme machen die Defecte, welche Landesherrliche Einnehmer, Beamte, Cassirer und Rechnungsführer verursachen. Von diesen müssen auch vom Schlusse der Rechnung an, in welcher sie sich befinden, Verzugszinsen gegeben werden, jedoch nur drey vom Hundert, weil ihre Cautionen auch nur mit 3 pro Cent verzinset werden. Generale v. 29. Juny, 1780. in der 2ten Forts. d. C. A. II. 1229.

b) s. §. 1168. l. 35. D. de vsuris. Rind a. a. O. III. c. 70. Stryck V. M. L. 22. Tit. 1. §. 7. Bauers Erl. d. Decis. v. J. 1746. Dec. 15. §. 8. Wernher P. VII. Obs. 159. Um unnöthigen Streit zu vermeiden, muß daher im Urthel stets die Zeit bestimmt werden, von wo an die Verzugszinsen zu rechnen sind. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 39. §. 5. ad Tit. 41. §. vlt. Anh. §. 10.

c) l. 2. C. de vsuris. Const. 30. im 2ten Theile. Weber über die rechtl. Gründe der Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen; in Dessen Versuchen. S. 252. Stryck V. M. a. a. O. §. 9. Carpz. iurispr. for. P. II. const. 30. def. 6. und Decis. P. I. dec. 11. Der Käufer kann übrigens vom rückständigen Kaufgelde nie mehr als landübliche Zinsen verlangen, wenn er auch erweislich machen könnte, daß er mit demselben größern Gewinn hätte machen können, l. 19. D. de peric. et comm. rei vend. l. 13. §. 20. 25. D. de act. emt. l. 5. 13. C. eod. Rind Qu. for. T. I. c. 51. Im Gegentheile scheint es nach den Worten der Const. 30. Th. II. „Die Zinsen sollen zuerkannt werden, sonderlich wenn genugsamer Bericht und Anleitung vorhanden, daß das verkaufte Gut an Nutzung jährlich soviel ertragen möge," dem Ermessen des Richters überlassen zu seyn, auch geringere Zinsen zuzuerkennen, wenn erwiesen wird, daß die Nutzungen nicht 5 pro Cent betragen haben.

d) l. 88. D. de reg. iuris. l. 12. C. de contr. et comm. stipul.

e) l. 32. pr. D. de vsuris.

f) Decis. 15. d. J. 1746. Eine außergerichtliche Mahnung bewirkt in diesem Falle für den Schuldner keinen Verzug. Bauers Erl. d. angez. Decis. T. I. S. 187. Kind Qu. for. T. I. c. 51.
g) Kind a. a. O. II. c. 55.
h) Hommel Obs. 234. Wernher P. III. Obs. 122.

§. 1175.

Dagegen muß D) der Gläubiger die Verzugszinsen bey der Bezahlung des Capitales oder in der Klage ausdrücklich fordern, weil ihm wegen derselben nicht so, wie wegen der versprochnen Zinsen, ein besondres Klagerecht zusteht [a]). Hat er daher bey einem Urthel, in welchem die Verzugszinsen ihm nicht mit zuerkannt worden sind, sich beruhiget, oder das Capital allein angenommen, ohne sich seine Rechte wegen der Zinsen vorzubehalten, so kann er nachher keine mehr verlangen [b]). E) die Verbindlichkeit, Verzugszinsen ferner zu bezahlen, erlischt, sobald der Verzug selbst aufhört [c]). Uebrigens ist es F) dem Gläubiger, wenn er durch den Verzug des Schuldners einen größeren wirklichen Verlust erlitten hat, der ihm durch die landüblichen Verzugszinsen nicht ersetzt wird, nachgelassen, den Betrag desselben zu erweisen, und Ersatz dafür zu verlangen. Doch begreift dieser niemals mit den entzognen Gewinn [d]), auch steht es dem Gläubiger nicht frey, nachher, wenn er die größern Schäden nicht erweisen kann, noch Verzugszinsen zu verlangen [e]).

a) Lauterbach coll. Pand. L. 22. Tit. 1. §. 31.
b) l. 13. C. de vsuris. l. 4. C. depositi. l. 49. §. 1. D. de act. emt. Leyser Sp. 243. m. 5. 6. Carpz. P. II. const. 30. def. 12. 47. Wernher P. VI. Obs. 391. Stryck a.

a. O. §. 8. Kind a. a. O. I. c. 84. Gottfr. Heinr. Bauer resp. Vol. II. p. 76.

c) s. §. 1169.

d) l. 19. D. de peric. et comm. rei vend.

e) l. 2. §. vlt. l. 3. D. de eo, quod certo loco. Const. 30. im 2ten Theile. Torg. Ausschr. v. J. 1583. C. A. I. 143. Carpz. P. II. const. 30. def. 8. 9. 10. 11. Hommel Obs. 440. Stryck a. a. O. §. 16. Kind a. a. O. I. c. 51. Hofacker a. a. O. §. 1448. Doch findet diese Schädenforderung wegen rückständigen Kaufgeldes nicht Statt, l. 19. D. de peric. et comm. rei vend. Angez. Const. 30. P. II.

§. 1176.

2) *Vsurae rei iudicatae* werden dem Gläubiger von dem in einem rechtskräftigen Urthel ihm zuerkannten Hauptstamme entrichtet. Sie fangen A) von der Zeit an zu laufen, wo das Urthel wegen des Hauptstammes rechtskräftig worden ist [a]). B) Von den Verzugszinsen unterscheiden sie sich hauptsächlich dadurch, daß sie a) ohne Einschränkung auch über den Betrag des Hauptstammes anwachsen und gefordert werden können [b]); b) daß sie der Gläubiger erhält, wenn er auch nicht darauf geklagt hat [c]) und daß sie c) selbst bey dem Concursprocesse von der für liquid erkannten Forderung mit dem Capitale zugleich bezahlt werden, da hingegen die versprochnen und die Verzugszinsen, außer von hypothekarischen Schulden, wo der Consens zugleich auf die Zinsen mit gerichtet ist, erst nach Befriedigung aller Gläubiger pro rata zugetheilt [d]) und überhaupt nur von den letzten 3 Jahren vor entstandenem Concurse, oder wenn früher Klage erhoben worden, von Zeit der erhobenen Klage an, zuerkannt werden können [e]). C) Auch die vsurae rei iudicatae werden h. z. T. zu fünf vom Hundert

gerechnet [f]). D) Von dem im Urthel mit zuerkannten Zinsen können keine vsurae rei iudicatae gefordert werden [g]), E) so wie auch von rückständigen vsuris rei iudicatae nicht wieder Zinsen zu entrichten sind [h]).

a) Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 50.
b) Hommel Obs. 718. no. 2. Wernher P. VIII. Obs. 309. P. X Obs. 278. Kind Qu. for. III. c. 53.
c) Hommel a. a. O.
d) Erl. Proc. O. a. a. O. Bergers Decis. no. 147.
e) Erl. Proc. O. ad Tit. 41. §. 6.
f) Hommel a. a. O. Stryck vsus mod. L. 22. Tit. 1. §. 15.
g) l. 3. C. de vsuris rei iudic. Hommel a. a. O.
h) Arg. Erl. Proc. O. ad Tit. 50. Menken Pand. L. 22. Tit. 1. §. 14. welche Meynung auch durch den Gerichtsbrauch bewährt wird. Der entgegengesetzten sind, wegen der durch die res iudicata entstandenen Novation, Hommel a. a. O. Friedr. Gottl. Zoller progr. de vsuris rei iudic. Lipsiae 1777.

§. 1177.

Die übrigen Arten der gesetzlichen Zinsen sind: 3) Diejenigen, welche der Erbe in der Regel vom 30sten Tage nach dem Tode des Erblassers an von den ausgesetzten Legaten entrichten muß, wenn er sich auch mit der Auszahlung nicht in mora befindet [a]). 4) Wer als Bevollmächtigter, oder negotiorum gestor zum Vortheile desjenigen, dessen Geschäfte er besorgt, Geld aufgewendet hat, kann dafür landübliche Zinsen verlangen, wenn auch der Letztere nicht im Verzuge ist [b]). 5) Unmündige genießen das Vorrecht, daß ihnen von ausgeliehenen Capitalien und Schulden Zinsen entrichtet werden müssen, wenn auch keine versprochen sind [c]), und daß auch 6) der Vormund ihnen die Gelder, welche er im ersten Jahre der Vormund-

schaft sechs Monate, in den folgenden Jahren zwey Monate lang unbenutzt hat liegen lassen, ohne daß es an Gelegenheit gemangelt hat, sie auszuleihen, selbst landüblich verzinsen muß [d]). Endlich ist 6) ein jeder, welcher fremdes Geld ohne Erlaubniß des Eigenthümers benutzt [e]), oder es wider seinen Willen entweder absichtlich oder aus einem höhern Grade von Nachlässigkeit zurückhält, und ihn selbst hiedurch an der Benutzung verhindert, zur Verzinsung desselben verpflichtet [f]).

a) S. oben Th. II. §. 782.

b) l. 12. §. 9. D. mandati. l. 37. D. de vsuris. Wenn er selbst das Geld zinsbar hiezu erborgt hat, so bekommt er dieselben Zinsen wieder, die er gegeben hat, sonst kann er landübliche verlangen.

c) l. 3. C. in quibus cauſſis in integr. reſt. l. 5. C. de act. emt. z. B. wenn der Unmündige ein unzinsbar ausgeliehenes Capital ererbt hat. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 9. n. 4. Leyser Sp. 244. m. 8. 9.

d) l. 7. §. 3. 11. l. 13. §. 1. l. 15. 12. §. vlt. D. de adm. et peric. tut. l. 3. C. de vsuris pupill. Rind Quaeſt. for. II. c. 56. Wernher P. II. Obſ. 478. siehe auch oben I. §. 353.

e) l. 1. §. 1. D. de vsuris. l. 37. §. 1. D. de negot. geſtis. Deciſ. 27. v. J. 1661. Lauterbach colleg. Pand. L. 22. Tit. 1. §. 19.

f) Leyser Sp. 244. med. 4.

§. 1178.

Was die Größe der versprochnen sowohl, als gesetzlichen Zinsen anlangt, so ist diese in der Regel auf ein Jahr der zwanzigste Theil des Capitales oder fünf vom Hundert, daher auch wenn ohne weitere Bestimmung Zinsen oder landübliche Zinsen versprochen, oder zuerkannt werden, fünf vom Hundert darunter zu verstehen sind [a]). Zuweilen ist jedoch erlaubt, mehr

zu nehmen, und zwar: 1) bey Wechseln und bey Darlehnen, die dem Landesherren oder der Kriegscasse desselben vorgestreckt werden, wo der Gläubiger sich sechs v. H. versprechen lassen kann [b], selbst wenn die Schuld noch überdem durch ein Pfand versichert worden ist [c]. Doch können auch bey Wechseln diese 6 pro Cent nur dann gefordert werden, wenn sie ausdrücklich versprochen worden sind [d]; und bey einer Schuld, die nicht aus einem eigentlichen Wechsel herrührt, sondern nur nach Wechselrecht versprochen worden ist, finden sie gar nicht Statt [e]. 2) Bey Gelde und andern fungibeln Dingen, die unter der Bedingung geliehen worden sind, daß der Gläubiger die Gefahr derselben trage, bis sie an einen gewissen Ort hingebracht worden sind (pecunia traiectitia) [f], ist die Größe der Zinsen nach Maaßgabe der übernommenen Gefahr der Uebereinkunft der Partheyen überlassen [g]. Eben dieß ist 3) der Fall bey der Bodmerey, oder dem Dahrlehn von Geld und andern Dingen, welche einem Schiffer unter der Bedingung gegeben werden, daß er blos dann zur Wiederbezahlung verbunden seyn solle, wenn das Schiff nicht verloren geht, und wieder in den Hafen zurückkommt [h]. 4) Wenn nur auf wenige Tage oder Wochen Geld geliehen wird, ist es ebenfalls erlaubt, etwas mehr, als das gewöhnliche auf ein Jahr berechnete Interesse beträgt, zu nehmen [i]. Endlich sind auch 5) die Prämien bey dem Assecuranzcontrakte und die jährlichen Abzahlungen bey dem Leibrentencontrakte, die jedoch beyde keine eigentlichen Zinsen sind, keinesweges an die gesetzliche Quantität der Letztern gebunden.

a) Const. 30. Th. II. Torg. Ausschr. v. J. 1583. Tit. vom Wucher. C. A. I. 143. Mand. v. J. 1704. C. A. II. 2075. Gesch. Banqu. Mand. v. 20. Dec. 1766. C. A. C. I. 925. An diesen Zinsfuß sind übrigens Kaufleute sowohl, als andre Personen gebunden. Carpzov P. II. const. 30. def. 2.

b) Mand. v. 10. März, 1704. C. A. II. 2075.

c) Reser. v. 17. April, 1747. C. A. C. II. 1131.

d) Wernher P. VI. Obs. 428. P. II. Obs. 417.

e) Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 10. Schott inst. iur. Sax. L. III. c. 1. §. 7.

f) l. 1. 3. 5. D. de nautico foenore. Stryck vsus mod. L. 22. Tit. 2. §. 1. 2.

g) l. 4. §. 1. l. 1. 2. D. de nautico foenore. l. 26. §. 1. C. de vsuris. Das letzte Gesetz erlaubt nur 12 pro Cent, und wiewohl die 106te Novelle dieses änderte, so ward doch durch die 110te Novelle das frühere Recht wieder hergestellt; allein Stryck a. a. O. zeigt, daß h. z. T. auf diese Einschränkung nicht mehr Rücksicht genommen wird. S. Heinr. Bodinus D. de vsuris licitis vltra quincunces. Hal. 1701. p. 46.

h) Stryck a. a. O.

i) Mand. v. J. 1704. C. A. II. 2075. Wernher P. X. Obs. 374.

§. 1179.

Alle Verträge, welche zur Absicht haben, dem Gläubiger zum Nachtheile des Schuldners von der dem Letztern überlassenen Quantität fungibler Dinge einen größern Vortheil zu verschaffen, als ihm durch die erlaubte Verzinsung gewährt wird, sind als Wucher verboten und ungültig, es mag in denselben ausdrücklich eine höhere Verzinsung, als die Gesetze verstatten, ausgemacht worden seyn, oder der unerlaubte Vortheil des Schuldners unter dem Namen eines Geschenkes, Anrechnung von Sachen und Waaren, statt des begehrten Gelddarlehns und dergl. verborgen liegen [a]). Doch ist in Ansehung der Wirkungen

von wucherlichen Verträgen zwischen verschiedenen Arten derselben zu unterscheiden: 1) wer sich außer in den Fällen, wo eine höhere Verzinsung nachgelassen ist (§. 1178), auf ein Jahr mehr, als sechs vom Hundert hat versprechen lassen, oder einen andern wucherlichen Contrakt in der Absicht, einen solchen unrechtmäßigen Vortheil zu erlangen, abgeschlossen hat, wird nicht nur mit den peinlichen Strafen des Wuchers belegt [b]), sondern verliert auch seine ganze Forderung gegen den Schuldner, welche dem Churfürstlichen Fiscus anheim fällt [c]). Der Schuldner, welcher einen wucherlichen Contrakt eingegangen ist, ohne der Obrigkeit davon Anzeige zu thun, wird um den Betrag des vierten Theils der erborgten Summe bestraft, und wenn der Gläubiger seine Forderung etwa einem andern cedirt hat, so wird dieser, wenn er von dem Wucher Wissenschaft gehabt, oder sich dessen sonst theilhaftig gemacht hat, mit denselben Strafen wie der Darleiher belegt, so wie auch diejenigen, welche sich als Unterhändler oder Mäkler haben gebrauchen lassen, oder wissentlich die wucherlichen Verträge anders, als sie wirklich verhandelt worden, zu Papiere gebracht haben, um Geld, oder mit Gefängniß, Zuchthaus oder Vestungsbau bestraft werden. Der Schuldner hingegen oder andre, die dergleichen wucherliche Contrakte denunciren, erhalten den vierten Theil der wirklichen Forderung unter Verschweigung ihres Namens zur Belohnung [d]).

a) Landesordn. v. 12. Nov. 1550. Tit. vom Wucher. C. A. I. 30. Landesordn. v. 1. Oct. 1555. eod. Tit.

ibid. 51. Mand. v. Sonnabend nach Dionysii 1529. und Rescript v. 5. Nov. 1569. ibid. 1045. Mand. v. 21. Oct. 1609. ibid. 1055. Mand. v. 1. Febr. 1614. ibid. 1062. v. 28. April, 1625. ibid. 1123. Banquer. Mand. v. 7. Jan. 1724. ibid. 2374. Gesch. Banqu. Mand. v. 20. Dec. 1766. §. 2. C. A. C. I. 924. In den Mandaten v. J. 1609. und 1614. werden hauptsächlich folgende Arten von wucherlichen Contrakten namhaft gemacht: 1) Wenn ein größeres Capital, als der Schuldner wirklich empfangen hat, oder wenn statt ausgeliehener Münze Gold verschrieben worden ist, und der Gläubiger hiedurch mehr als 5 v. H. gewinnt; 2) wenn wegen einer geringen Versäumniß an der Zahlungszeit eine Conventionalstrafe versprochen, oder damit der Schuldner Aufschub erlange, ein übermäßiges Interesse ohne Liquidation angesetzt, oder die Hauptsumme selbst gesteigert wird; 3) wenn statt Geldes Waaren um einen höhern Preiß, als sie werth sind, oder der Schuldner sie los werden kann, angerechnet werden; 4) das Versprechen eines Geschenkes oder Dienstgeldes an den Gläubiger; 5) ein monatlich oder von einem Markte zum andern zu entrichtendes Aufgeld; 6) wenn eine Summe Geldes unentgeltlich, aber unter der Bedingung geliehen wird, daß der Schuldner nach geschehener Zurückzahlung derselben eine gleiche oder höhere Summe auf lange Zeit und unter harten Bedingungen borge, und wenn er es nicht thut, die vorgegebnen Schäden vergüte; 7) wenn für ein geringes Darlehn ein Pfand von größerm Werthe genommen, und wenn es nicht zu bestimmter Zeit eingelöst wird, dem Gläubiger für verfallen erklärt wird; 8) wenn auf Waaren, besonders auf Getreide, Wein und andre Früchte Geld geliehen, und diese dafür um ein weit Geringeres, als sie werth sind, als Zahlung stipulirt werden. Doch sind diese Verträge nur Beyspielsweise genannt, mithin auch andre in gleicher Absicht geschloßne Contrakte für ungültig zu achten; und es ist deßhalb in dem Mandate v. J. 1625. verboten, die Contrakte anders, als sie wirklich verhandelt worden, niederzuschreiben, und der Obrigkeit zur Bestätigung vorzutragen. S. Stryck vsus mod. L. XXII. Tit. I. §. 20. lq.

b) Siehe Erhards Handbuch des peinlichen Rechts. I. S. 317.

c) Der Schuldner muß nämlich das, was er wirklich erhalten hat, an den Fiscus zahlen. Gesch. Banqu. Mand. a. a. O. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 11. n. 2.
d) Gesch. Banqu. Mand. a. a. O.

§. 1180.

2) Wer, außer in Wechseln und den übrigen ausgenommenen Fällen (§. 1178.), sich von seinem Schuldner sechs vom Hundert hat verschreiben lassen, ohne jedoch den sechsten Zinsthaler wirklich schon erhoben, oder besondre Verschreibungen oder Wechselbriefe darüber genommen zu haben, wird um den vierfachen Werth dessen, was er sich zur Ungebühr hat über die erlaubte Verzinsung versprechen lassen, bestraft. Hat er den sechsten Zinsthaler auch schon wirklich erhoben, oder sich den Betrag desselben besonders verschreiben lassen, so wird er ebenfalls um das Vierfache dessen, was er zur Ungebühr erhalten, bestraft, und der jedesmal zu viel bezahlte sechste Zinsthaler wird vom Capitale abgezogen, doch fallen die übrigen Strafen des Wuchers in beyden Fällen weg [a]). Ein vom Schuldner freywillig und unverlangt dem Gläubiger gegebenes Geschenk [b]) und das bloße Vorausnehmen der erlaubten Zinsen hingegen ist, ungeachtet sie in der Regel nur nach gehabter Benutzung des Capitals vom Schuldner entrichtet werden, weder unerlaubt, noch als eine Art von Wucher zu betrachten [c]).

a) Gesch. Banqu. Mand. v. J. 1766. §. 2. Die Abrechnung des sechsten Zinsthalers kann hauptsächlich auf eine zwiefache Weise geschehen, indem entweder alljährlich derselbe vom Capitale abgezogen wird, wobey sich auch zugleich die für die folgenden Jahre gefälligen Zinsen vermindern; oder indem alles, was auf die ganze

Zeit des Darlehns zuviel bezahlt worden ist, zusammengerechnet, und am Ende auf einmal vom Capitale abgezogen wird. (Denn eine 3te vom Canzler J. C. Roch in Meditt. ad Schaumburgii compend. Digest. in Dessen Spec. compendii pandect. tit. de succession. ab intestato exhib. Ien. 1757. med. 8. p. 53. sqq. aufgestellte Berechnungsart scheint auf keinen gesetzl. Gründen zu beruhen.) Leyser Sp. 245. med. 10. ist der Meynung, daß die erstere für den Gläubiger nachtheiligere Rechnungsweise befolgt werden müsse, wenn der Gläubiger auf das Capital und das Uebermaaß der Zinsen klagt, und ihm exceptio immodici foenoris entgegengesetzt wird; die zweyte aber alsdann, wenn der Schuldner das Capital schon bezahlt hat, und dann condictionem indebiti wegen des 6ten Zinsthalers anstellt. Carl Gottfr. v. Winkler D. de condict. immodici foenoris (in Opuscc. Vol. II. P. I. p. 79.) hält ohne Unterschied die Letztere allein für anwendbar. Indessen scheinen doch selbst die Worte des Banqu. Mandats: Es solle der jedesmal zuviel bezahlte 6te Zinsthaler vom Capitale abgezogen werden, und die Absicht dieses Gesetzes, daß der Gläubiger sich durch seine unerlaubte Handlung nicht bereichern und Vortheil erwerben soll, mehr für die Anwendbarkeit der erstern Rechnungsweise zu sprechen; welche auch A. D. Weber comm. de vsuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione ad l. 26. pr. et §. 1. et 2. D. de cond. indeb. in Dessen Versuchen über das Civilrecht S. 336. durch sehr wichtige Gründe als die richtigere erwiesen hat.

b) Wernher P. VI. Obs. 459.

c) Rind Quaest. for. T. II. c. 57. Gust. Heinr. Mylius D. de anticipatione vsurar. Lipsi. 1734. §. 14. Thibaut §. 265. Andrer Meynung ist Leyser Sp. 243. med. 9.

§. 1181.

Die Zinsen können ferner nur von einem schuldigen Capitale und nicht von verfallenen Zinsen oder zuerkanntem Interesse gefordert werden. (Anatocismus.) Daher ist ein jedes Versprechen des Schuldners, die

rückständigen Zinsen als Capital zu betrachten, oder zu dem Capitale zu schlagen, und davon wieder Zinsen zu entrichten, null und nichtig und wenn dergleichen Zinsen wirklich bezahlt worden sind, so können sie als eine Nichtschuld zurückgefordert werden [a]). Doch leidet dieses eine Ausnahme: 1) wenn die Person des Schuldners sich ändert; hat also der Schuldner wegen der gesammten an Capital und Zinsen abzutragenden Summe sich einen andern als Debitor substituirt, so kann der Gläubiger von diesem die Zinsen der ganzen Summe verlangen; eben so kann auch der Bürge, Bevollmächtigte oder negotiorum gestor, welcher für den Schuldner Capital und Zinsen bezahlt hat, für die ganze bezahlte Summe sich vom Hauptschuldner Zinsen versprechen lassen, auch kann der Gläubiger die erhobenen Zinsen an einen andern Schuldner als Capital zinsbar wieder ausleihen [b]). 2) Wenn ein Vormund von seinem Mündel ein Capital erborgt hat und die Zinsen zur Verfallzeit nicht abträgt, so muß er von denselben wieder Zinsen entrichten [c]). 3) Wenn der Gläubiger seinem Schuldner von der gesammten Summe, die dieser an Capital und Zinsen schuldig ist, einen beträchtlichen Theil erläßt, und dann sich für das übrig Bleibende Zinsen versprechen läßt [d]). Endlich können auch 4) von jährlichen Renten, die nicht als Zinsen, sondern als theilweise Abzahlungen eines Capitales zu betrachten sind, z. B. von den Terminen des Dotalitii, von dem Auszuge der Bauern, oder den jährlich zu bezahlenden Leibrenten, Verzugszinsen gefordert werden; keinesweges aber von wiederkäuflichen Zinsen und andern von einem

wahren oder verschleyerten Darlehn zu entrichtenden Zinszahlungen e).

a) l. 28. D. de vsuris. Leipz. Wechselordnung §. 30. C. A. II. 2036. l. 26. §. 1. D. de cond. ind. Martin Gottlieb Kerstan Diss. de anatocismo iure naturae non prorsus illicito. Lipsi. 1731. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 10. n. 7. Thibaut §. 264. Hofacker §. 1839. flg. Carpz. P. II. const. 30. def. 29—34. Daher kann auch ein Cessionarius, dem ein Capital nebst rückständigen Zinsen cedirt worden ist, blos von der Summe des Capitales Zinsen vom Schuldner fordern. Struck vsus mod. Lib. XVIII. Tit. IV. §. 10.

b) Wernher P. V. Obs. 86. Struben rechtl. Bed. T. I. no. 56. Hofacker §. 1840. Meditat. über verschiedne Rechtsmaterien. 5ter Bd. no. 286. Daher müssen auch Vormünder, wenn sie erhobene Zinsen von den ihren Mündeln gehörigen Capitalien für sich benutzen, Zinsen davon entrichten, l. 58. §. 1. l. 7. §. 12. D. de administr. et per. tutor. Berger a. a. O. n. 9. Hommel Obs. 696. u. 766.

c) Vorm. Ordn. Cap. 15. §. 10. s. auch oben I. §. 354.

d) Wernher P. V. Obs. 6. Berger a. a. O. n. 9. Anderer Meynung ist Joh. Flor. Rivinus Diss. an si certa vsurarum quantitas per transactionem remissa, residuum vsurarum sorti antiquae distinctis terminis soluendum iungatur a tempore morae de tota quantitate vsurae a debitore peti possint. Lipsi. 1716. Doch führt er §. 32. an, daß im Appellationsgerichte nach der Wernherschen Meynung gesprochen worden sey.

e) Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 42. §. 8. Kind Quaest. for. T. II. c. 54.

§. 1182.

Die Zinsen laufen zwar in der Regel fort, wenn sie auch die Größe des Capitales übersteigen, doch ist bey den versprochenen Zinsen, wenn sie so lange rückständig geblieben sind, daß die Summe derselben dem Capitale gleich kommt, erforderlich, daß der Gläubiger den Schuldner gerichtlich an die Abtragung der-

selben mahne. Ist diese Mahnung unterblieben, oder verhindert der Gläubiger die Annahme des Capitales, so hört, wenn im letztern Falle der Schuldner zuvor das Capital nebst Zinsen gehörig deponirt hat, die Verbindlichkeit, das Capital ferner zu verzinsen, auf [a]), und was aus Irrthum vom Schuldner ferner für Zinsen bezahlt worden ist, wird auf das Capital gerechnet, und kann, wenn in der Folge auch dieses ganz bezahlt worden seyn sollte, als eine Nichtschuld zurückgefordert werden [b]). Hingegen laufen die Verzugszinsen, die vsurae rei iudicatae und die übrigen gesetzlichen Zinsen, auch ohne vorgängige Mahnung über das alterum tantum, fort [c]); auch sind piae causae befugt, selbst die versprochenen Zinsen über das alterum tantum zu verlangen, wenn sie gleich ohne gerichtliche Mahnung rückständig geblieben sind [d]).

a) Decis. 29. v. J. 1661. Leyser Sp. 248. Tabor de altero tanto. P. I. art. 1. C. A. Gottschalk de vsuris vltra alter. tant. in Dessen anal. iur. Saxon. Lipsi. 1804. cap. 10. *Baueri* resp. Vol. II. no. 71.

b) l. 26. §. 1. D. de cond. indeb. Carpz. P. II. const. 30. def. 27.

c) Rind Quaest. for. T. II. c. 53. Bauers Erl. d. neuen Decis. T. I. p. 190. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 10. n. 3. 4. 5. Wernher P. VIII. Obs. 309. 433. Hommel Obs. 718. Philippi ad Decis. 29. Obs. 2.

d) Berger a. a. O. n. 5. Rind a. a. O. Philippi ad Decis. 29. Obs. 3.

§. 1183.

Wenn ein Schuldner ein Capital, wovon keine Zinsen versprochen worden sind, auf Verlangen oder mit Bewilligung des Gläubigers vor der Zeit abträgt, wo es gefällig ist, so ist er deßhalb, weil er die Be-

nutzung desselben entbehrt, der Gläubiger sie aber früher erhält, als er sie fordern konnte, berechtigt, auch wider Willen des Gläubigers, soviel vom Capital abzuziehen als die gesetzmäßigen Zinsen bis zu der Zeit, wo es gefällig ist, betragen haben würden [a]). Dieser Abzug — Interusurium oder Rabat — ist also das Entgegengesetzte der Zinsen; denn wie diese dem Gläubiger vom Schuldner für die entzogne Benutzung des Capitales gegeben werden, so wird der Rabat dem Schuldner vom Gläubiger für die früher erhaltne Benutzung des Capitals vergütet; jene werden entrichtet, wenn das Capital nach einer bestimmten Zeit (post diem) gezahlt wird; dieses aber, wenn es der Gläubiger ante diem erhält. Unter den verschiedenen Berechnungsarten des Interusurii ist bey uns die Leibnitzische angenommen [b]), nach welcher das zu 5 v. H. angenommene Interusurium jährlich den 21sten Theil des Capitales ausmacht [c]).

a) l. 24. §. 2. D. soluto matr. dos. l. 1. §. 10. D. ad l. Falc. l. 7. D. de vsuris. Polack matheſis forenſis. 4te Ausg. S. 91. u. 103. Joh. Fried. Unger Beytr. zur math. for. Götting. 1743. 4. S. 1.
b) Reſer. v. 24. Oct. 1724. in der 2ten Fortſ. d. C. A. I. 319. Wernher P. I. Obſ. 191.
c) Polack a. a. O. S. 143. Wernher a. a. O.

Viertes Capitel.

Von den Wirkungen der persönlichen Verbindlichkeiten auf Seiten des Gläubigers.

§. 1184.

In allen den Fällen, wo von Seiten des Schuldners eine wirksame persönliche Verbindlichkeit vorhanden

ist, findet von Seiten desjenigen, an welchen oder zu dessen Vortheil er die Verbindlichkeit erfüllen muß, ein persönliches Sachenrecht Statt. Zur Erwerbung eines solchen sind in der Regel, wenn die Gesetze nicht besondere Ausnahmen bey einzelnen Geschäften machen, alle Menschen fähig, auch diejenigen, welche zur Uebernahme von Verbindlichkeiten unfähig sind, wie z. B. Unmündige oder Wahnsinnige. Doch kann niemanden wider seinen Willen ein Recht aufgenöthiget werden a), und wenn mit der Erwerbung eines Rechtes zugleich die Uebernahme von Verbindlichkeiten verknüpft ist, so werden auch alle die Eigenschaften erfordert, welche zur letztern nöthig sind.

a) l. 19. §. 2. D. de donat. l. 69. D. de reg. iur.

§. 1185.

Das persönliche Sachenrecht kann theils durch Klagen, theils durch Einreden oder Exceptionen geltend gemacht werden. Unter den erstern versteht man das an die Obrigkeit gerichtete Suchen des Gläubigers, daß der Schuldner zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit durch rechtliche Zwangsmittel angehalten werden möge. Sie sind mithin nur dann statthaft, wenn das Gesuch auf ein solches Recht gegründet ist, welches die Gesetze nicht aufgehoben oder der Klagbarkeit beraubt haben (§. 1121.), und müssen hingegen schlechterdings abgewiesen werden, wenn sich aus der Klage selbst ergiebt, daß dem Schuldner keine klagbare Verbindlichkeit obliege. Ausflüchte hingegen bestehen in der Anführung von Thatsachen und Rechtsgründen, durch welche der Be-

klagte sich von den Anforderungen des Gläubigers zu befreyen sucht, entweder deßwegen, weil das Recht des Letztern von Anfange an unstatthaft und nichtig gewesen, oder weil es wieder aufgehoben worden, oder endlich, weil der Gläubiger Verbindlichkeiten gegen den Schuldner hat, welche sich gegen die Verbindlichkeiten des Letztern aufheben oder compensiren. Ein Recht kann also blos im letztern Falle, nämlich zu Bewirkung einer Compensation, als Ausflucht geltend gemacht werden; doch dient es auch hier nicht dazu, um den Kläger zu einer Zahlung anzuhalten, sondern blos, um den Beklagten von den erhobnen Ansprüchen zu befreyen, und im Besitze dessen, was jener von ihm fordert, zu beschützen a).

a) Erl. Proc. O. ad Tit. V. §. 1—3. Danz Grundsf. des ordentl. Processes. 4te Ausg. §. 66. 154. — Der Unterschied zwischen einer actio ipso iure nulla u. ope exceptionis elidenda, welche im Röm. Rechte wegen der üblichen Form des Processes so wichtig war, ist daher h. z. T. bey Anstellung der Klage von keinem Einflusse, da eine jede Klage, die einen Klagegrund enthält und verständlich ist, dem Beklagten zur Beantwortung vorgelegt wird; s. Joh. Sam. Stryck Diss. processum iuris Romani antiquum sistens. Viteb. 1733. cap. IV. no. 6. Georg Michael Heber Diss. de eo, quod interest inter actionem ipso iure nullam et ope exceptionis elidendam. Viteb. 1700.

§. 1186.

Ein persönliches Sachenrecht kann entweder Einem allein, oder mehrern zugleich zustehen. Im letztern Falle wird es zwar in der Regel von jedem zu seinem Antheile ausgeübt, welcher sich, wo keine besondere Uebereinkunft getroffen worden ist, nach der Anzahl der Theilnehmer bestimmt a): doch leidet dieß Aus-

nahmen: 1) wenn die mehrern Inhaber jenes Rechtes zu einer vom Staate anerkannten und bestätigten Gesellschaft vereinigt sind. Die einzelnen Mitglieder haben nämlich an der Ausübung der, der Gesellschaft zustehenden, Rechte keinen Theil, sondern die Gemeinheit übt dieselben durch ihre Vorsteher, oder durch Syndicen aus [b]), und nach Aufhebung oder Erlöschung der Gesellschaft fallen sie insgemein dem Staate als Herrenlos anheim [c]). Gesellschaften, die sich ohne Anerkennung des Staates zu einem erlaubten Zwecke vereinigt haben, werden im Verhältniß zu andern Personen, außer ihrer Gesellschaft nur als Einzelne betrachtet, und müssen folglich die ihnen zuständigen Rechte gemeinschaftlich als litis consortes, oder durch Bevollmächtigte, welche von allen bestellt worden sind, ausüben [d]). 2) Wenn der Gegenstand des Rechtes seiner Natur nach untheilbar ist, so kann ein jeder von den mehreren Theilhabern auf das Ganze klagen, mit Vorbehalt der Ansprüche, welche die übrigen Interessenten wegen ihrer Antheile an ihn zu machen haben [e]). 3) Wenn das Recht selbst so bestellt worden ist, daß ein jeder von den Gläubigern befugt seyn solle, das Ganze zu fordern [f]). (Ius correale — correi credendi s. stipulandi.)

a) l. 11. §. 1. 2. D. de duob. reis l. 29. pr. D. pro soc.

b) l. 1. §. 1. l. 7. §. 1. D. quod cuiusque vniuersit. nomine. l. 6. §. 1. D. de diuisione rerum. l. 10. §. 4. D. de in ius vocando. Thibaut Pandekt. §. 201.

c) Leyser Sp. 559. m. 12. 13. J. H. Böhmer ius eccles. protest. L. III. Tit. 13. §. 54. Zur Zeit der Reformation wurde dieser Grundsatz auch in Sachsen befolgt, Landesordn. v. J. 1543. Tit. vom Ueberlauf der geistl. Güter. C. A. I. 17. — l. 3. D. de colleg. et corpor.

scheint zwar das Gegentheil zu lehren, aber sie spricht, wie schon Leyser a. a. O. bemerkt, nur von collegiis illicitis, welche sich wieder auflösen müssen. Anderer Meynung ist Thibaut §. 201. und allerdings muß nach Verhältniß der Fälle jene Regel öftere Ausnahmen leiden, z. B. wenn der Stifter eines Klosters sich die Befugniß vorbehalten, nach Aufhebung desselben die Güter zurückzufordern.

d) Z. B. Hüfner, Cossäten u. s. w. Erl. Proc. Ordn. Tit. VII. §. 6.

e) l. 2. §. 2. l. 54. 72. pr. D. de verb. obl. l. 6. §. 8. D. comm. diuid. l. 7. §. 4. D. quibus modis pign. Scip. Gentilis de obligat. diuiduis et indiuiduis. cap. 13.

f) pr. §. 1. Inst. de duob. reis. l. 1. §. 44. l. 17. pr. D. depositi. l. 8. D. de leg. I. l. 25. D. de leg. III. Die Worte, aus denen die Bestellung eines Correalrechts sich ergiebt, sind z. B. der Schuldner wolle einem jeden Gläubiger die ganze Summe schuldig seyn; er wolle Einem oder dem Andern Zahlung leisten. Sind die Gläubiger nicht disiunctiue genannt, sondern coniunctiue, so ist kein Correalrecht vorhanden. Berger Oec. L. III. Tit. 3. th. 3. n. 3.

§. 1187.

Die Wirkung eines solchen Correalrechts ist, daß A) jeder Gläubiger die Leistung des ganzen schuldigen Gegenstandes fordern kann, und daß durch die Einem der Gläubiger geleistete Zahlung die Verbindlichkeit des Schuldners auch gegen die übrigen erlischt [a]); hingegen kann sich der Schuldner durch das Erbieten, jedem Gläubiger seinen Antheil auszuzahlen, von den Ansprüchen des einen Gläubigers auf das Ganze nicht befreyen [b]). B) So wie die einzelnen Gläubiger die ganze Schuld einfordern können, so sind sie auch befugt, selbst zum Nachtheil der Uebrigen eine Novation derselben zu bewirken, dem Schuldner den Eyd über die Forderung anzutragen, oder die ganze Schuld aufzuheben [c]). Die bloße Erklärung des einen Gläu-

bigers, daß er für sich nichts fordern wolle, ist den übrigen nicht nachtheilig, und daher können diese demungeachtet das Ganze verlangen [a]); doch wird aus Billigkeit dem Schuldner gestattet, bey der Zahlung soviel abzuziehn, als der Antheil jenes Gläubigers betragen haben würde, außer wenn die Gläubiger nicht als Gesellschafter zu betrachten sind, und daher auch die erhaltene Zahlung nicht unter sich zu theilen brauchen [c]). C) Wenn zur Verfallzeit die Schuld nicht eingefordert wird, so kann sie der Schuldner einem von den Gläubigern anbieten, und sie sodann, wenn dieser die Annahme verweigert, deponiren, wodurch er auch von den Ansprüchen der übrigen Gläubiger befreyt wird [f]). Eben so kann er D) bey der Zahlung eine Gegenforderung compensiren, die er an den Gläubiger zu machen hat, welchem er die Zahlung leistet, so daß dadurch auch gegen die übrigen Gläubiger seine Schuld vermindert wird [g]). E) Derjenige Gläubiger, welcher die Zahlung empfängt, ist in der Regel befugt, alles für sich zu behalten; wenn er aber mit den übrigen Gläubigern in einer Societätsverbindung steht, oder mit ihnen zu theilen versprochen hat, oder wenn sie die Forderung titulo oneroso erworben haben, so ist jeder befugt, einen Verhältnißmäßigen Antheil der von jenem eingenommenen Zahlung zu verlangen [h]).

a) §. 1. Inst de duob. reis. l. 2. 3. §. 1. D. eod. l. 16. D. de leg. II. l. 31. §. 1. D. de nouationibus.

b) l. 16. D. de duob. reis. l. 57. §. 1. D. de solut.

c) l. 31. §. 1. D. de nouat. l. 2. D. de duob. reis. l. 28. pr. D. de iureiur. Wenn die Gläubiger aber als Gesellschafter zu betrachten sind (s. §. 1187. E.) so muß der

Gläubiger, welcher die Schuld zum Nachtheil der Uebrigen aufhebt, Letztere entschädigen. Stryck vsus mod. L. 44, Tit. 2. §. 2.

d) l. 27. pr. D. de pactis. Cocceji ius controu. L. II. Tit. 14. qu. 8. Glück Comment. IV. §. 339. S. 520.

e) Berger Oec. L. III. Tit. 3. th. 3. n. 4. Glück a. a. O.

f) l. 57. §. 1. D. de solution. l. 9. C. eod. l. 19. C. de vsuris.

g) l. 4. 14. pr. C. de compensat. l. 4. D. qui potiores in pignore. Glück a. a. O.

h) l. 62. pr. D. ad l. Falcid. Berger u. Stryck a. a. O. Hellfeld iurispr. for. §. 1906.

§. 1188.

Die persönlichen Rechte können theils durch Vererbung und letzten Willen, theils durch Cessionen oder Abtretung unter den Lebendigen auf Andre vom ersten Erwerber übertragen werden. Auf die Erben des Gläubigers gehen nämlich alle einen Theil des Vermögens ausmachenden Rechte des Verstorbenen über, wenn sie nicht ihrer Natur nach mit dem Tode des letztern erlöschen, wie z. B. der Societätscontrakt. Doch können auch bey solchen Rechten die Erben die bis zum Tode verfallenen Nutzungen fordern. Eine Cession ist ein Vertrag, wodurch der Gläubiger (cedens) ein ihm zuständiges Recht gegen einen Schuldner (debitor cessus) an einen Dritten (cessionarius) abtritt und übereignet, so daß dieser sich aller zur Verfolgung dieses Rechts dienender Mittel zu seinem eignen Vortheil bedienen kann.

§. 1189.

In der Regel können zwar alle dingliche und persönliche Rechte und Klagen, selbst wenn die letztern schon vor dem Richter anhängig gemacht worden sind a),

cedirt werden, wenn nur der Cedent überhaupt befugt ist, über sein Vermögen frey zu disponiren; doch giebt es, außer den durch Verträge oder letzten Willen begründeten Hindernissen, auch mehrere gesetzliche Ausnahmen. So können z. B. persönliche Servituten, oder dingliche Servituten, allein ohne das herrschende Grundstück nicht cedirt werden [b]); eben so wenig blos persönliche Vorrechte oder Klagen, wie das sogenannte Kührrecht, (§. 938.) die querela inofficiosi testamenti, die Klage zur Wiederrufung einer Schenkung wegen Undankbarkeit; Standesvorzüge, oder blos persönliche Privilegien und dergl. [c]). Beziehen sich hingegen gewisse Privilegien auf die Betreibung eines Gewerbes, oder sind sie mit einem Grundbesitze verbunden, so können sie abgetreten werden [d]). Die Cession kann entweder gegen Erstattung des vollen Werthes der Forderung geschehen, oder unentgeltlich. Geschieht sie ganz umsonst, so ist sie wie eine Schenkung anzusehen [e]); wird aber ein Theil des Werthes dafür bezahlt, so muß sie nach den oben (§. 596.) hierüber gegebenen Regeln bewirkt werden. Gerichtlich braucht die Cession nur dann zu geschehen, wenn eine Hypothek mit übertragen werden soll [f]), oder wenn blos ein Theil des Werthes dafür bezahlt wird, und keine von den Ausnahmen vorhanden ist, die die gerichtliche Bestätigung für diesen Fall überflüssig macht (§. 597.)

a) Berger Oec. L. III. Tit. 5. th. 5. n. 22. Carl Gottfr. v. Winkler D. de discrimine inter litis contest. iure vet. et hodierno Sect. III. §. 5. in Dessen Opusc. Vol. I. P. 2. p. 338. Thibaut Pandekt. §. 60.

b) l. 66. D. de iure dotium. l. 11. D. de vsu et habitat.

§. 3. Inst. de vsufructu. Berger Oec. L. II. Tit. 3. th. 3. n. 1. Sam. Stryck D. de iure non cessibili. Hal. 1615. c. 5. §. 15.

c) Stryck a. a. O. cap. 5. Const. 15. im 3ten Th.

d) l. 32. D. de contr. emt. So z. B. das Privilegium einer Apotheke, eines Backhauses u. s. w. Die einzelnen persönlichen Rechte, welche nicht cedirt werden können, werden bey den vorkommenden Fällen erwähnt werden.

e) Daher können z. B. Eheleute sich keine Forderungen umsonst cediren, l. 3. §. 12. l. 5. §. 3. D. de donat inter V. et V.

f) Mand. wider die wucherl. Contrakte, v. 1. Febr. 1614. C. A. I. 1063. Erl. Proc. O. ad Tit. 46. §. 2.

§. 1190.

Der Cedent, welcher die Forderung gegen Erstattung ihres Werthes abtritt, muß bey Bestimmung desselben dasjenige abziehen, was der Schuldner durch Zahlung oder Compensation bereits abgetragen hat, oder das Erhaltene gegen Empfang des vollen Werthes an den Cessionar mit abliefern [a]). Ferner ist er verbunden, für die wirkliche Existenz der cedirten Forderung Gewähr zu leisten, wenn er sie nicht selbst als ungewiß, ob sie existire, angiebt [b]). Findet es sich daher, daß der Schuldner nichts, oder weniger schuldig ist, so muß der Cedent den zur Ungebühr empfangenen Werth herausgeben, und die verursachten Schäden und Kosten ersetzen [c]); ersteren selbst dann, wenn der Cessionar auf die Evictionsforderung sollte Verzicht geleistet haben [d]). Für die Güte der Forderung aber und dafür, daß der Cessionar wirklich zu dem Seinigen gelange, haftet der Cedent nicht, wenn er nicht ausdrücklich dafür Gewähr versprochen, oder einen Betrug sich zu Schulden gebracht hat [e]), und

die Cession unterscheidet sich hiedurch von der bloßen Anweisung oder Assignation, bey welcher der Assignant auch für die Leistung der Bezahlung haften muß [f]).

a) l. 23. §. 1. D. de hered. l. act. vendita.
b) l. 4. 5. 17. 19. D. eod. l. 74. §. 3. D. de euict. **Westphal** vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontrakte. §. 832.
c) l. 5. D. de hered. l. act. vend.
d) **Wernher** P. V. Obs. 213. **Hommel** Rhapf. Obs. 491. **Stryck** vsus mod. P. L. XVIII. Tit. IV. §. 7.
e) l. 4. D. de hered. l. act. vend. l. 74. §. 3. D. de euict. **Wernher** P. X. Obs. 429. **Berger** Oec. L. III. Tit. 5. th. 5. n. 5. **Leyser** Sp. 199. med. 3. **Stryck** caut. contract. Sect. IV. c. 2. §. 7. **Thibaut** Pandekt. §. 162.
f) **Mand.** v. 23. Dec. 1699. §. 3. C. A. II. 2067.

§. 1191.

Der Schuldner darf durch die Cession in keine schlimmere Lage in Hinsicht des Gläubigers versetzt werden, als in welcher er sich vorher befand. Daher ist es A) verboten, eine Forderung an jemanden abzutreten, der in Hinsicht des Schuldners mehr Macht und Gewalt über ihn hat, als der vorige Gläubiger, und deßhalb auch durch unrechtmäßige Mittel denselben zur Zahlung nöthigen könnte [a]); eine gegen dieß Verbot, und in der Absicht, den Schuldner zu drükken, geschehene Cession ist ungültig, und zur Strafe verlieren der Cedent und Cessionar ihre ganze Forderung [b]). B) Schuldforderungen an Unmündige oder andre unter Vormundschaft stehende Personen dürfen ebenfalls bey Verlust der ganzen Forderung nicht an die Vormünder derselben abgetreten werden [c]); auch ist es C) den Advocaten untersagt, Processe an sich zu

handeln [d]). — Hingegen sind die Cessionen von Forderungen wider den Fiscus an die Verwalter desselben [e]), ingleichen Cessionen zwischen Juden und Christen [f]) bey uns erlaubt.

a) l. 1. 2. C. Ne liceat potentiori. Stryck D. de potentiore cessionario. Hal. 1693. cap. 3. §. 22. Philippi ad Decis. 40. Obs. 2. no. 20. Wernher P. I. Obs. 283. P. III. Obs. 209. Leyser Sp. 200.

b) Berger Oec. L. III. Tit. 5. th. 4. n. 2. Stryck a. a. O. cap. IV. §. 13. Die Strafe fällt daher weg, wenn die Cession aus einer nothwendigen Ursache geschehen ist, z. B. an Zahlungsstatt, oder auch durch letzten Willen. Stryck a. a. O. cap. IV. §. 9. Dessen caut. contract. Sect. IV. cap. 2. §. 5. Philippi a. a. O. no. 28.

c) Nov. 72. cap. 5. Vorm. O. Cap. 13. §. 16.

d) Erl. proc. O. ad Tit. 3. §. 1.

e) Rind Quaest. for. T. II. cap. 51.

f) Decisivbefehl v. 5. Nov. 1713. C. A. I. 1189.

§. 1192.

Daß der Schuldner seine Einwilligung zur Cession gebe, ist nicht erforderlich, doch muß ihm dieselbe bekannt gemacht werden, weil er sonst noch dem Cedenten Zahlung leisten, und hierdurch sich von seiner Schuld befreyen kann [a]), so daß der Cessionar sich nachher wegen seiner Befriedigung blos an den Cedenten zu halten berechtigt ist [b]). Ist hingegen die Bekanntmachung geschehen, oder kann sonst erwiesen werden, daß der Schuldner genaue Wissenschaft von der Abtretung gehabt habe, und derselbe zahlt demungeachtet an den Cedenten, so steht es in des Cessionars Willkühr, ob er seinen Regreß an den Cedenten nehmen, oder vom Schuldner die Zahlung fordern will [c]). Zum Beweise der geschehenen Abtretung ist der bloße Besitz der Schuldverschreibung nicht hinrei-

chend, sondern der Cessionar muß ein besondres Bekenntniß des Cedenten über die Abtretung seines Rechtes an den Cessionar, worin zugleich der Rechtsgrund, aus welchem sie geschehen, enthalten ist, beybringen [a]). Doch machen hievon die auf den Inhaber gestellten Staatsobligationen, besonders Kammercreditcassenscheine und landschaftliche Obligationen eine Ausnahme, indem hier der bloße Besitz der Obligation zur Erhebung der Zahlung berechtigt [c]).

a) l. 3. C. de hered. l. act. vend. l. 2. C. de donat. l. 1. C. de nouationibus.

b) l. 3. C. de nouation. Leyser Sp. 199. med. 6. 7.

c) Rind Quaest. for. T. II. c. 50. Berger Oec. L. III. Tit. 5. th. 5. n. 6. Fried. Frieß D. de praeiudicio debitoris ex scientia cessionis. Lipſ. 1699.

d) Berger a. a. O. Wernher P. V. Obſ. 247. Leyser Sp. 201. med. 2. 4.

e) Avertissement, das Kammercreditcassenwesen betr. v. 4. Oct. 1765. §. 4. im fortges. C. A. I. 1332. Mandat, die Vindication dieblich entwendeter landschaftlicher Obligationen betr. v. 22. Febr. 1775. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 339. Bey Privatdocumenten, welche auf Briefsinhabern gestellt sind, scheint allerdings, wenn der Schuldner wegen der ermangelnden Legitimation excipirt, die Production eines Indossaments oder sonstigen Cessionsurkunde erforderlich zu seyn; arg. Erl. Proc. O. Anh. §. 7. 12. C. G. Biener syst. proc. iudiciarii. Ed. 2. Tom. I. p. 68. Stryck caut. contr. Sect. IV. c. 2. §. 18. Berger electa proc. exec. §. 10. Danz Grundſ. des summar. Processes. §. 32. not. a. Indessen zeigt Rind Quaest. for. T. I. c. 29. und T. III. c. 40. daß der Gerichtsbrauch hierüber ungewiß sey, und das Appellationsgericht öfters nach der entgegengesetzten Meynung gesprochen habe.

§. 1193.

Die Wirkung einer richtigen Cession ist, daß der Cessionar in alle Rechte des Cedenten gegen den

Schuldner eintritt, in sofern diese nicht blos persönlich, und der Cession unfähig sind [a]). Er kann sich daher auch an die wegen der Schuld bestellten Pfänder und Bürgen halten, wenn dieselben mit cedirt worden sind [b]); doch kann er die ihm wegen solcher Schuldforderungen, die er selbst erworben hat, zustehenden besondern Vorrechte, z. B. das Vorzugsrecht der Eheweiber wegen ihres Einbringens, nicht auf die durch Cession erhaltenen Forderungen anwenden [c]). Dagegen kann auch der Schuldner dem Cessionar alle wider den Cedenten zuständig gewesenen Ausflüchte entgegenstellen [d]), außer daß bey cedirten oder indossirten Wechseln der Schuldner dem Cessionar nicht die Ausflucht der Compensation mit einer Forderung an den Cedenten oder einen frühern Indossatar, die Ausflucht der Zahlung aber nur dann entgegenstellen kann, wenn das Bezahlte auf dem Wechsel selbst von der schuldigen Summe abgeschrieben ist [e]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Cessionen zwar in der Regel von der Willkühr des Gläubigers abhängen, daß sie aber alsdann doch als nothwendig von ihm gefordert werden können, wenn jemand dem Gläubiger für den Schuldner Zahlung geleistet hat, und zu seiner Sicherheit iura cessa gegen den Schuldner verlangt, oder wenn der Gläubiger selbst die Cession versprochen hat [f]).

a) Berger Oec. L. III. Tit. 5. n. 7.
b) l. 6. 23. pr. D. de hered. l. act. vend.
c) l. 2. pr. D. eod. l. 175. §. 1. l. 177. pr. D. de reg. iur. Leyser Sp. 200. med. 7.
d) Berger a. a. O. no. 10. 11. Leyser Sp. 201. med. 7. Diese Ausflüchte fallen jedoch weg, wenn ihn der

Schuldner noch besonders und ohne Vorbehalt für seinen Gläubiger anerkannt hat. Wernher P. VII. Obs. 182.

e) M and. v. 2. Jan. 1700. C. A. II. 2067.

f) l. 17. 41. §. 1. D. de fideiussor. Die Cession der Klagen muß jedoch vom Gläubiger vor Empfang der Zahlung, oder wenigstens zu gleicher Zeit geschehen, weil durch die Zahlung das Recht des Gläubigers nebst den Klagen erlischt, folglich nachher keine Cession Statt finden kann, l. 76. D. de solut. Wernher P. I. Obs. 172. n. 8.

§. 1194.

Nach der Natur eines Rechtes überhaupt, steht es zwar in der Willkühr des Gläubigers, ob er sich desselben gegen den Schuldner bedienen, oder darauf Verzicht leisten will, wenn er letztern Falls nur die freye Administration seines Vermögens besitzt, oder nicht etwa der Schuldner, wegen einer dem Gläubiger obliegenden Gegenverbindlichkeit ein Interesse daran hat, daß dieser die Leistung des schuldigen Gegenstandes annehme [a]). Wenn aber der Gläubiger weder auf sein Recht Verzicht leistet, noch auch bereit ist, dasselbe zu gehöriger Zeit auszuüben, so sind zwey Fälle zu unterscheiden: 1) wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit anerkennt, und erbötig ist, dieselbe vollkommen und zu gehöriger Zeit zu erfüllen, der Gläubiger aber die Annahme verweigert, oder abwesend ist, so ist Letzterer im Verzuge (mora accipiendi) und es treten die oben §. 1170. hierüber gegebenen Regeln ein. 2) Wenn hingegen der Schuldner das vorgegebene Recht des Gläubigers in Zweifel zieht, oder es zwar zugesteht, jedoch durch Ausflüchte sich dagegen schützen kann, welche er mit der Zeit verlieren

würde, so kann er sich des provocatorischen Processes bedienen, und mittelst desselben den Gläubiger zu Anstellung seiner Klagen auffordern, unter der Bedrohung, daß er sonst, im ersten Falle werde seines Rechts für verlustig geachtet werden (ex l. diffamari.), im zweyten Falle aber die dem Schuldner zustehende Ausflucht zu aller Zeit gegen sich müsse gelten lassen (ex l. si contendat) [b].

a) l. vn. C. Vt nemo inuitus agere. l. 29. C. de pactis. **Thibaut** Pandekt. §. 153.

b) l. Diffamari. 5. C. de ingenuis manumissis. l. Si contendat. 28. D. de fideiussoribus. **Erl. Proc. Ordn.** ad Tit. V. §. 5. **C. G. Biener** syst. processus iudic. T. II. L. IV. cap. 13.

Besonderer Theil.

Erstes Hauptstück.

Von unmittelbaren Verbindlichkeiten.

§. 1195.

Die unmittelbaren Verbindlichkeiten unterscheiden sich von den mittelbaren dadurch, daß der nächste Grund, aus welchem sie entspringen, nicht in einer Handlung des Schuldners liegt (§. 1122. 1124.), sondern in einem Gesetze, welches dieselben entweder in Rücksicht eines persönlichen Rechtszustandes (status), oder aus Billigkeit auferlegt. Diese Billigkeit aber läßt sich auf zwey Regeln zurückbringen: 1) Niemand darf sich durch den Verlust oder Aufwand eines Andern wider dessen Willen bereichern [a]). 2) Jeder ist verbunden, das geschehen zu lassen, was ihm nicht schadet, einem andern aber nützt [b]). Von den unmittelbaren Verbindlichkeiten, welche hieraus herzuleiten sind, werden wir nun einzeln sprechen.

a) Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet. l. 206. D. de reg. iur. l. 14. D. de condict. indebiti. l. 32. D. de rebus cred. Pet. Faber comment. ad tit. D. de regulis iuris. Paris. 1685. ad l. 206. p. 693.

b) Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli. l. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluu. anc. — Aus der erstern Regel dürften folgende Verbindlichkeiten und Klagen herzuleiten seyn: 1) Actio de in rem verso; 2) restitutio indebiti und die dahin gehörigen condictio indebiti, caussa data caussa non secuta, sine caussa und ob turpem caussam; 3) actio ex Lege Rhodia; 4) actio, quod metus caussa, von der jedoch schon oben gehandelt worden ist; 5) cautio de damno infecto; 6) nunciatio noui operis; 7) actio de aqua pluuia

arcenda; 8) negotiorum gestorum; 9) curatio funeris. Aus der zweyten Regel aber: 1) Actio ad exhibendum, und 2) die Wiederherstellung eines Dammes u. dgl. auf fremdem Grund und Boden, nach der l. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluu. arc. — Die Verwaltung einer Vormundschaft, einer gemeinschaftlichen Sache u. dgl. gehört eben so wenig zu den unmittelbaren Verbindlichkeiten, als die actio institoria, exercitoria, tributoria und die andern sogenannten actiones adiectitiae qualitatis, obgleich erstere in den Institutionen zu den Quasicontrakten gerechnet werden, und bey letztern die adiectitia qualitas aus den Gesetzen herrührt. Denn bey jenen ist wirklich ein factum obligatorium des Schuldners vorhanden, und bey der Vormundschaft h. z. T. sogar ein ausdrückliches Versprechen, das Vermögen treulich zu verwalten; bey diesen aber liegt nicht weniger ein factum und eine theils ausdrücklich, nämlich durch die praepositio exercitoris et institoris, theils stillschweigend erklärte Einwilligung des Schuldners zum Grunde. Es wird daher auch von diesen Verbindlichkeiten im zweyten Hauptstücke gehandelt werden.

I. Verwendung in den Nutzen eines Andern. (Versio in rem.)

§. 1196.

Im Allgemeinen erfordert Recht und Billigkeit, daß dasjenige, was zum Nutzen eines Andern dergestalt aufgewendet worden ist, daß sich entweder sein baares Vermögen dadurch unmittelbar vermehrt, oder daß er wenigstens nothwendige Ausgaben, welche er gemacht haben würde, erspart, dem, der den Aufwand gemacht hat, wieder erstattet werde, jedoch in der Regel nur eben soweit, als sich die Vermehrung seines Vermögens oder die gemachte Ersparniß erstreckt [a]), wenn nicht überhaupt die Verwendung in der Absicht geschehen ist, um dem Andern damit ein Geschenk zu machen [b]). So oft daher eine solche

wirkliche Verwendung erwiesen werden kann, ist die actio de in rem verso in der Regel für begründet zu achten, wenn der Beklagte auch eine Person seyn sollte, die unfähig ist, sich durch eigne Handlungen verbindlich zu machen [c]). Die Verwendung kann nun aber besonders auf drey verschiedne Arten geschehen.

a) s. §. 1195. not. a.
b) Dieser animus donandi wird jedoch in der Regel nicht vermuthet, l. 11. 15. C. de negotiis gestis l. 34. D. eod.
c) l. 3. §. 2. D. de in rem verso.

§. 1197.

I) Die directe Klage [a]) findet Statt, wenn Personen, die sich unter fremder Gewalt befinden, nämlich Kinder unter älterlicher Gewalt, Eheweiber [b]) und Dienstboten [c]), Geld oder Geldeswerth aufnehmen, um hiedurch entweder direct das Vermögen des Hausvaters zu vermehren, oder davon Ausgaben zu bestreiten, welche dieser nothwendig hätte machen müssen [d]). Man bemerke hievon Folgendes: 1) wenn die Aufnahme des fremden Geldes wirklich und namentlich zum Besten des Hausvaters geschehen ist, so haftet dieser blos dann, wenn die Verwendung wirklich erfolgt, oder durch einen blosen ungefähren Zufall verhindert worden ist; keinesweges aber, wenn durch die Schuld des Untergebenen die Verwendung unterblieben ist [e]). 2) Ist sie auch nicht namentlich für den Hausvater geschehen, das aufgenommene Geld aber doch wirklich in das Vermögen desselben gekommen, oder zu Ausgaben angewendet worden, die dieser nothwendig hätte machen müssen, z. B. zu Alimenten, Defensionskosten der Ehefrau u. s. w., so

findet die Klage, so weit die Verwendung geschehen, Statt [f]). 3) Ausgaben, die blos zum Vergnügen, oder zur Verschönerung einer Sache dienen, sind für keine wirkliche Verwendung zu achten, außer wenn der Hausvater selbst dergleichen Ausgaben zu machen pflegt, und diese ebenfalls gemacht haben würde [g]).

a) Im Röm. Rechte gehört die actio de in rem verso zu den sogenannten actionibus adiectitiae qualitatis. Hofacker princ. iur. ciu. §. 1798. 1812. und fand wegen der Verwendung Statt, die ein filiusfamilias oder Sklave bewirkt hatte. Allein es scheint hiebey schon mehr auf das Verhältniß, in dem diese Personen zum Vermögen des Hausvaters stehen, als auf ihre persönliche Abhängigkeit gesehen worden zu seyn, und ungeachtet die Letztere h. z. T. nicht mehr in der Maaße Statt findet, wie bey den Römern, so kann man doch wohl die directe Klage auf die Personen erstrecken, welche im §. genannt worden, da bey ihnen, so wie bey Römischen Sklaven die versio in rem Statt findet.

b) Lauterbach colleg. Pand. Lib. 15. Tit. 3. §. 9. und Struck vsus mod. eod. Tit. §. 3. sind jedoch der Meynung, daß wegen der Verwendung durch die Ehefrau nur die actio vtilis Statt finde.

c) Wegen der Waaren, die Dienstboten und Arbeitsleute auf den Namen ihrer Herren ausnehmen, ist ausdrücklich verordnet, daß die versio in rem erwiesen werden müsse, wenn derselbe sich nicht zu dem Empfange bekennt. Mand. v. 21. Dec. 1708. C. A. I. 1764.

d) l. 1. pr. l. 3. §. 1. 2. D. de in rem verso. §. 4. I. quod cum eo, qui in aliena pot.

e) l. 3. §. 7. 8. 9. l. 17. pr. D. de in rem verso. Struck a. a. O. §. 5.

f) l. 7. §. 13. D. de Scto Maced. l. 5. C. eod. l. 10. §. 4. l. 17. §. 1. D. de in rem verso. §. 4. Inst. quod cum eo, qui in aliena pot.

g) §. 4. Inst. cit. l. 3. §. 2. l. 7. §. 3. D. de in rem verso. Wenigstens muß aber der Hausvater gestatten, daß die zur Verschönerung angebrachten Sachen weggenommen werden, l. 3. §. 4. D. eod. Hat er die gekauften Luxusartikel schon consumirt, so ist er unbedingt zur Erstattung des Werths verpflichtet, l. 3. §. 6. eod.

§. 1198.

Angewendet wird diese Klage II) auf den Fall, wenn aus einem Vertrage, den ein unabhängiger Mensch (homo sui iuris) geschlossen hat, ein Dritter reicher worden ist, oder Vortheil erlangt hat [a]), und III) wenn unmittelbar von dem Eigenthümer an einen andern Geld oder Geldeswerth gekommen, ohne daß doch ein Darlehnscontrakt eingegangen worden ist, entweder weil es an der gegenseitigen Einwilligung ermangelte, oder weil der Empfänger an sich unfähig ist, einen solchen Vertrag einzugehn. Der erste Fall tritt z. B. ein, wenn die Vorsteher oder andre Mitglieder einer Stadt oder Gemeinde für letztere ein Darlehn ohne die gesetzlichen Solennitäten geschlossen, jedoch das Geld wirklich zum Nutzen der Gemeinde angewendet haben [b]); oder wenn ein Bevollmächtigter den erhaltnen Auftrag zwar überschritten, und folglich nicht den Vollmachtsgeber, sondern blos sich selbst verpflichtet, gleichwohl aber dem letztern durch das Geschäft wirklichen Nutzen geschaft hat [c]); desgleichen wenn ein Gesellschafter nur in seinem eignen Namen, nicht im Namen der Gesellschaftshandlung contrahirt, jedoch den Vortheil des Geschäfts mit den Compagnons getheilt hat [d]); hier kann aus dem Grunde der geschehenen Verwendung wider die Gemeinde, den Vollmachtsgeber und wider die übrigen Gesellschafter geklagt werden, ob sie gleich nicht selbst mit dem, der das Geld vorgestreckt, contrahirt haben. Ein Beyspiel des zweyten Falles ist es, wenn jemand aus Irrthum mit fremdem Gelde seine Schulden bezahlt; hier kann nämlich der Eigenthümer des Geldes gegen Erstern

aus dem Grunde der Verwendung in den Nutzen desselben klagen, weil dieser wirklich hiedurch sein Vermögen vergrößert hat [e]); ferner wenn ein Minderjähriger, ein Verschwender und dergleichen Personen ein Darlehn aufgenommen, und es ganz oder zum Theil zur wirklichen Vergrößerung oder Verbesserung ihres Vermögens angewendet haben [f]).

a) l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena pot. l. 32. D. de rebus cred. Zunächst ist zwar allemal der aus dem Vertrage verbunden, welcher contrahirt hat; subsidiarisch aber der Dritte, dessen Nutzen durch den Vertrag befördert worden ist. Rind Quaest. for. I. c. 35. Doch ist keinesweges nöthig, daß allezeit jener erst ausgeklagt werde; vielmehr kann die actio de in rem verso direct auch gegen den Letztern angestellt werden, §. vlt. Inst. quod cum eo, qui in aliena pot.

b) l. 27. D. de reb. cred. Decis. 16. v. J. 1661.

c) l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena pot. Hofacker a. a. O. §. 1812.

d) l. 14. D. de in rem verso. l. 82. D. pro socio. Wernher P. VII. Obs. 275. no. 3.

e) arg. l. 9. §. 4. 6. l. 18. §. 1. D. de rebus cred. Hommel Obs. 369.

f) Vormundsch. Ordn. Cap. 13. §. 8. Eben dahin gehört auch ein Darlehn, welches eine Ehefrau ohne des Mannes Consens aufgenommen hat. Resolution v. 1. July, 1723. C. A. I. 2371.

§. 1199.

Bey beyden Fällen wird aber 1) vorausgesetzt, daß der Eigenthümer des verwendeten Geldes nicht die Absicht gehabt habe, das verwendete Geld zu schenken. 2) Es kann nur soviel zurückgefordert werden, als wirklich in das Vermögen des Beklagten verwendet worden ist [a]). Daher muß 3) der Kläger diese Verwendung erweisen [b]). Hiezu ist das blose Bekenntniß desjenigen, der das Geld empfangen

hat, daß er es zum Nutzen eines Dritten annehme und verwenden wolle, allein nicht hinreichend [c]); doch kann, besonders wenn gegen eine Gemeinde geklagt wird, den Vorstehern, die das Geld aufgenommen und verwendet haben, lis denuncirt werden [d]). 4) Von Zeit der erhobenen Klage an müssen stets Zinsen gegeben werden; außerdem kann aber der Kläger auch von Zeit der Verwendung an Zinsen verlangen, wenn die Zwischenperson, durch die die Verwendung geschehen, dergleichen versprochen hat, oder wenn der Beklagte Zinsen, die er einem Andern hätte zahlen müssen, erspart, oder selbst Zinsen von dem verwendeten Gelde gewonnen hat [e]). 5) Ueberhaupt endlich fällt in allen dreyen Fällen die Klage weg, wenn derjenige, in dessen Vermögen die Verwendung geschehen, das Geld an die Zwischenperson erstattet hat, um es dem Eigenthümer wieder zu geben. Ist es von jenem auch untergeschlagen worden, so ist der Erstere doch nicht dafür verantwortlich, ausgenommen, wenn er gewußt, daß jener ein unsicherer und verschwenderischer Mensch sey, und ihm demungeachtet das Geld anvertraut hat [f]).

a) l. 10. §. 4. l. 12. D. de in rem verso. Angez. Resolut. v. J. 1723. Vormundsch. Ordn. a. a. O. Daß nach der geschehenen Verwendung durch Zufall der beabsichtigte Vortheil verloren gegangen ist, hindert die Klage nicht, da dieser Zufall den Eigenthümer des Vermögens als nunmehrigen Herrn der verwendeten Sache trift. l. 3. §. 7. 8. l. 17. pr. D. de in rem verso. Berger Oec. L. III. Tit. 14. th. 2. n. 18.

b) Berger a. a. O. n. 29. Lauterbach a. a. O. §. 3. §. 5. in fine. Inst. quod cum eo, qui in aliena pot.

c) l. 3. §. 9. D. de in rem verso. Rind Quaest. for. III. c. 63. Leyser Sp. 131. med. 9. 10. Eine Ausnahme ist

nach Kind Quaest. for. II. c. 15. p. 108. alsdann vorhanden, wenn von den Vorstehern einer Gemeinde Geld zu einem bestimmten Zwecke, z. B. zu Bezahlung von Contributionen, erborgt worden ist, indem dann die wirkliche Anwendung zu diesem Zwecke nach der Meynung des Appellationsgerichts nicht besonders erwiesen zu werden braucht.

d) Decis. 16. v. J. 1661.

e) l. 10. §. 5. D. de in rem verso. l. 37. §. 1. D. de negotiis gestis. l. 1. §. 1. D. de vsuris.

f) l. 10. §. 6. D. de in rem verso. Stryck vsus mod. h. t. §. 6.

II. Verbindlichkeit zur Zurückgabe eines empfangnen indebiti.

§. 1200.

Wer einem andern etwas übergiebt oder bezahlt, ohne auf irgend eine Weise rechtlich dazu verbunden zu seyn, jedoch in der Meynung er sey dazu verpflichtet, kann mittelst einer persönlichen Klage das Bezahlte zurückfordern, weil sich sonst der Empfänger durch den Schaden des Erstern bereichern würde. Eben so kann auch eine Zahlung wiederrufen werden, die zwar aus einem vorhandenen Rechtsgrunde geschehen ist, jedoch aus einem solchen, wodurch der Empfänger kein bleibendes Recht erhalten hat, oder der in Hinsicht des Empfängers von den Gesetzen nicht gebilligt wird. In dem ersten Falle steht die condictio indebiti zu; im zweyten die condictio sine caussa; caussa data caussa non secuta und condictio ob turpem caussam [a]).

a) Daß die condictio indebiti lediglich auf dem angegebenen Grundsatze der Billigkeit beruhe, und daher unter die unmittelbaren Verbindlichkeiten zu rechnen sey, davon siehe Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 35.

Die condictio c. d. c. n. s. u. condict. sine caussa ruhen auf demselben Grunde, und werden schon von den Alten der cond. indebiti verglichen, l. 65. pr. l. 66. D. de cond. ind. Blos von der cond. ob turp. c. scheint es zweifelhaft, ob sie dahin zu rechnen. Indessen rührt dieselbe doch aus keinem maleficio her, noch weniger aus einer verbindenden Handlung, wodurch sich der Empfänger zur Restitution verpflichtet; mithin dürfte der Grund derselben zunächst im Gesetze zu suchen seyn, und theils deßwegen, theils um des Zusammenhanges willen, kann sie am schicklichsten hier mit abgehandelt werden. Vergl. Lauterbach coll. Pand. XII. IV. 3.

A. Condictio indebiti.

§. 1201.

Eine Nichtschuld, indebitum, heißt im engern Sinne dasjenige, was aus Irrthum an jemanden gezahlt worden ist, gegen welchen der Zahlende gar keine Verbindlichkeit dazu hat; mithin auch eine Zahlung, die der Zahlende zwar schuldig ist, jedoch an einen Andern, als an den Gläubiger leistet [a]). Da durch eine solche Uebergabe das Eigenthum der bezahlten Münzen oder andern Gegenstände auf den Empfänger übergeht, wenn nur der Zahlende befugt ist, zu veräußern [b]), und mithin die Vindicationsklage nicht Statt findet; so kann blos mittelst einer persönlichen Klage der Werth der bezahlten Gegenstände gefordert werden. Die hiezu abzweckende condictio indebiti setzt daher Folgendes voraus: 1) daß eine Zahlung im weiteren Sinne geschehen sey, d. h. eine Handlung, wodurch der Zahlende das active Vermögen des Empfängers vermehrt. Nicht blos die Zahlung von Geld oder Geldeswerth, das dem Zahlenden selbst zugehörte, kann die cond. indebiti veranlassen, sondern

auch die Bezahlung fremden Geldes [c]), Uebertragung des bloßen Besitzes einer Sache oder eines Rechtes [d]), der Erlaß einer Schuld [e]), oder das indebite geschehene Versprechen einer künftig zu leistenden Zahlung [f]).

a) l. 26. §. 3. l. 66. D. de cond. indebiti.
b) arg. l. 29. D. de cond. ind. Daß auch eine ex titulo putatiuo s. erroneo geschehene Uebergabe das Eigenthum überträgt; s. Lauterbach L. 41. Tit. I. §. 55.
c) l. 15. §. 1. D. h. t.
d) l. 22. §. 1. l. 40. §. 1. eod.
e) arg. l. 4. D. de condict. causſa data. l. 115. pr. D. de reg. iur.
f) l. 3. C. de cond. ind. l. 7. C. de non numer. pecunia.

§. 1202.

2) Daß der Zahlende in der irrigen Meynung stehe, er sey zu der Zahlung vollkommen verbunden, oder daß er es wenigstens nicht gewiß gewußt, daß er keine Verbindlichkeit dazu auf sich habe [a]). A) Wer im Gegentheile wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, sollte er auch dabey die Absicht gehabt haben, sie zurückzufordern [b]), von dem nimmt man an, daß er ein Geschenk damit habe machen wollen, und er kann sich daher der cond. indebiti nicht bedienen [c]). B) Eben so wenig kann der, welcher aus einem Rechtsirrthume eine Zahlung leistet, dieselbe zurückfordern [d]); ausgenommen a) Unmündige und die denselben gleich geachteten Personen, die eine Nichtschuld bezahlen [e]); b) Frauenzimmer, welche aus Unkenntniß des Senatusconsulti Velleiani aus einer übernommenen ungültigen Bürgschaft zahlen [f]); c) ein Erbe, welchem der Testator die Verbindlichkeit, wegen der Legate Caution zu bestellen, erlassen hat, und der demungeachtet in der Meynung, daß der Testator hiezu nicht befugt,

sey, Caution leistet [g]). C) Derjenige, welcher sich über eine an ihn gemachte Forderung vergleicht, und um keinen Proceß zu führen, sie ganz oder zum Theil bezahlt, kann nichts zurückfordern, wenn es sich auch nachher ergiebt, daß er gar nichts schuldig gewesen [h]).

a) l. 1. §. 1. l. 7. D. l. 11. C. de cond. indeb. Jak. Mästertius tractatus illustres iur. Lugd. Bat. 1664. p. 329. Eben dieß gilt folglich, wenn der Zahlende zweifelhaft war, und auf den Fall, daß sich die vermeynte Schuld als ein indebitum ergeben sollte, die Zurückforderung vorbehalten hat, l. 2. pr. D. h. t.

b) l. 50. D. h. t.

c) l. 1. §. 1. l. 50. 62. D. h. t. l. 9. pr. C. eod. Blos also ein error facti, wenn er auch ein factum proprium betreffen sollte, l. 22. pr. l. 32. §. 1. D. h. t. eignet sich zur cond. indebiti. Carpz. P. II. c. 28. def. 21. wenn nicht der Irrthum auf einer sehr groben Nachlässigkeit beruht, l. 9. §. 2. D. de iur. et facti ign. l. 15. §. 1. D. de contr. emt. l. 3. D. de cond. ind. l. 25. pr. D. de probation.

d) l. 2. 10. 12. C. de iur. et facti ign. l. 9. C. ad l. Falcid. Mästertius a. a. O. S. 329. Lauterbach a. a. O. L. XII. Tit. 6. §. 18. Menken Pand. eod. Tit. §. 7. Abr. Kästner progr. an condictio indebiti solutione per errorem iuris facta, locum habeat. Lipsi. 1742. Eine Ausnahme ist jedoch dann, wenn jemand aus einem Rechtsirrthume noch nicht wirklich bezahlt, sondern blos zu einer künftigen Leistung sich anheischig gemacht hat, l. 8. D. de iur. et facti ign. u. oben §. 1133.

e) Im Falle der bezahlte Gegenstand noch in Natur existirt, kann er vindicirt werden; ist er aber schon consumirt oder verwendet, so wird die Condiction angestellt, l. 29. D. h. t.

f) l. 9. C. ad Sct. Vellej. l. 40. pr. D. de cond. indeb.

g) l. 1. pr. D. Vt in possess. legator. Ueberhaupt aber gehören hieher die oben §. 1134. erwähnten Ausnahmen.

h) l. 24. 65. §. 1. D. de cond. indeb. l. 2. l. 11. C. eod. Wernher P. II. Obs. 354. Wenn aber deßwegen bezahlt worden, weil der Zahlende irriger Weise glaubt, er habe einen Vergleich geschlossen; oder wenn der Vergleich nicht zu Stande gekommen, so findet die Con-

diction Statt, l. 23. pr. l. 26. §. 10. l. 65. §. 1. D. h. t. — Nach dem Röm. Rechte §. 7. Inst. de obl. quae quasi ex contr. l. 54. D. de cond. ind. l. 4. C. eod. fällt daher die condictio indebiti auch in den Fällen weg, wo lis inficiando crescit, z. B. bey der actio ex l. Aquil. dem depositio miserabili u. dergl. unstreitig, weil man annahm, daß hier Vergleichsweise die Forderung bezahlt werde, um nicht, im Falle sie erwiesen würde, das Duplum zu erlegen. Arn. Vinnius in comment. ad §. 7. Inst. cit. Lauterbach a. a. O. §. 32. Allein da h. z. T. die poena inficiationis nur denjenigen trift, welcher dolose leugnet, und dessen völlig überwiesen wird; Biener syst. proc. T. I. §. 77. folglich ein Beklagter, der wirklich nichts schuldig ist, nicht Ursache hat, aus Furcht vor der poena dupli zu transigiren, und sofort die Forderung zu bezahlen; so kann auch der animus transigendi nicht präsumirt werden, und diese Verordnung des ältern Röm. Rechts, die ohnedem eigentlich durch die l. vlt. C. de cond. ind. schon aufgehoben ist, kann daher nicht mehr für anwendbar geachtet werden. Thibaut Versuche. II. S. 150.

§. 1203.

3) Es muß gar keine Verbindlichkeit zu dieser Zahlung vorhanden gewesen seyn; wenn dem Zahlenden hingegen auch eine blos natürliche, jedoch nicht gänzlich aufgehobene Verbindlichkeit obliegt, so kann er das Gegebene nicht zurückfordern, wenn er aus Irrthum die Zahlung sollte geleistet haben [a]). A) Die Zurückforderung findet folglich Statt, a) wenn von Anfange an gar keine Verbindlichkeit da gewesen ist, entweder weil kein factum obligatorium vorhergegangen, oder weil dieß Anfangs gleich ungültig gewesen. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn die Personen, welche contrahirt haben, gänzlich unfähig gewesen, sich überhaupt oder zu dem beabsichtigten Zwecke verbindlich zu machen [b]); wenn der Gegenstand der Verbind-

lichkeit unmöglich oder zu unbestimmt gewesen [c]); wenn das verbindende factum aus Mangel der zu beobachtenden Solennitäten ungültig und unverbindend gewesen [d]). b) Wenn zwar eine Verbindlichkeit vorhanden gewesen; der Zahlende aber aus Irrthum zu viel, oder etwas ganz anders bezahlt hat [e]); c) oder wenn die bestandene Verbindlichkeit gänzlich getilgt und aufgehoben worden ist [f]). B) Hingegen kann dieselbe nicht gebraucht werden, a) in Fällen, wo eine solche Verbindlichkeit vorhanden ist, aus welcher zwar nicht geklagt werden kann, die aber doch nicht völlig unwirksam gemacht ist (obl. naturalis iure ciuili non confirmata); z. B. wenn ein Sohn unter väterlicher Gewalt gegen das Senatus Macedonianum contrahirte Schulden bezahlt [g]); oder ein Mündel nach erlangter Volljährigkeit eine Forderung, die der gewesene Vormund bey Uebernahme der Vormundschaft zu machen gehabt, aber verschwiegen hat [h]); desgleichen eine Forderung, deren Klage verjährt ist [i]). b) Ferner wenn die Zahlung nicht in der Absicht geschehen, um dadurch eine obliegende Zwangsverbindlichkeit zu tilgen, sondern um ein freywilliges Geschenk oder eine Belohnung damit zu machen, wenn auch die Bewegungsgründe dazu irrig seyn sollten [k]). c) Wenn die Zahlung an eine milde Stiftung geschehen [l]); oder d) wenn eine Ehefrau in der irrigen Meynung, daß sie hiezu verbunden sey, dem Ehemanne etwas als Mitgift bezahlt [m]); e) wenn ein Vater, der eine Schuld seines Sohnes aus dem peculio desselben bezahlen soll, aus Irrthum mehr zahlt, als das Letztere beträgt, und folglich sein eignes Vermögen dazu anwendet [n]).

a) l. 26. §. 4. 7. 9. 12. l. 54. l. 64. D. de cond. ind.

b) s. oben §. 1126. 1127. l. 29. 40. pr. D. de cond. indeb. Haben sie sich jedoch betrügerischer Weise für fähig ausgegeben, so sind sie deßwegen verantwortlich. Vorm. Ordn. Cap. XIII. §. 7.

c) siehe §. 1140. 1141. Hat sich daher jemand anheischig gemacht, einem andern etwas zu geben, unter der Bedingung, daß dieser eine unerlaubte Handlung begehe, so kann er die darüber ausgestellten Schuldbekenntnisse condiciren. Doch ist dieß unnöthig, wenn sich aus dem Schuldbekenntnisse selbst die gemachte unstatthafte Bedingung ergiebt, weil dann keine Klage daraus angestellt werden kann, l. 1. l. 5. C. de cond. ob turp. causs. Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 15. Franzkius comment. in tit. D. de cond. ob turp. causs. no. 13.

d) l. 2. §. 1. l. 3. 4. D. de cond. ind. Ist die Verbindlichkeit nur zum Theil ungültig, wie z. B. eine Schenkung über 500 Ducaten, welche nicht insinuirt worden ist, so findet die Zurückforderung nur in Ansehung des Theiles, welcher ungültig ist, Statt, l. 34. pr. Auth. Item a priuatis. §. 1. 2. l. 36. pr. §. 3. C. de donat. l. 21. §. 1. D. eod. Glück Comment. I. S. 101.

e) l. 10. C. l. 19. §. 3. l. 22. §. 1. l. 26. §. 4. 5. 6. 13. l. 32. §. 3. D. de cond. ind.

f) l. 26. §. 3. 7. l. 40. pr. §. 2. l. 2. §. 1. l. 3. D. de cond. ind. Eben dahin gehört der Fall, wenn der Gläubiger zur Strafe seines ganzen Rechtes gegen den Schuldner nicht blos der Befugniß, eine Klage anzustellen, beraubt ist; z. B. wenn ein Vormund sich Forderungen wider den Mündel cediren läßt, Nou. 72. c. 5. oder wenn ein Gläubiger sein Recht an einen Mächtigern cedirt, l. 1. 2. C. Ne liceat potentiori.

g) l. 40. pr. D. de cond. indebiti. l. 7. §. vlt. D. de Scto Maced.

h) Nou. 72. cap. 4.

i) Weber von der natürl. Verbindl. §. 92. Die Gesetze rechnen dahin auch den Fall, wenn jemand durch ein irriges Urtheil von einer wirklichen Verbindlichkeit losgesprochen worden ist, und nachher demohngeachtet zahlt, l. 28. D. de cond. ind. l. 60. pr. eod.

k) l. 52. 65. §. 2. D. de cond. ind. l. 18. pr. D. de reb. cred. l. 3. 34. §. 1. D. de donat. l. 6. 7. C. de cond. ob cauſſam. Glück Comment. Th. I. §. 26. S. 173. Doch

wäre wohl eine Ausnahme, wenn bey einem solchen Geschenke ein Irrthum in der Person obwaltete, arg. l. 4. C. de heredib. inst. s. oben §. 1136. Daher wird dasjenige, was man einem Armen als Geschenk giebt, nie können zurückgefordert werden; wäre es ihm aber als Schuld bezahlt worden, so könnte wegen Irrthums die Condiction Statt haben. Der Grund liegt nicht darin, daß man moralisch verpflichtet ist, die Armen zu unterstützen, sondern darin, daß man hat ein Geschenk machen wollen. Vergl. Weber von der natürl. Verbindl. §. 49. 100.

l) §. 7. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. Wernher P. I. Obs. 159. Der entgegengesetzten Meynung ist Joh. Christ. Salig D. larua pietatis detracta piis cautis quoad condict. indebiti. Hal. 1722.

m) l. 32. §. 2. D. de cond. ind.

n) l. 11. D. de cond. indeb.

§. 1204.

4) Zur Anstellung der condictio indebiti ist ferner erforderlich, daß der Empfänger in der Meynung stehe, die Zahlung mit Recht annehmen zu können; hat er nämlich wissentlich die aus Irrthum ihm bezahlte Nichtschuld angenommen, so findet gegen ihn die condictio furtiua Statt, welche nicht blos auf Zurückgabe des Empfangnen, sondern auf Erstattung der Schäden und Ersatz des Werthes der Sache, wenn diese durch Zufall untergegangen oder unentgeltlich veräußert worden ist, gerichtet werden kann [a]); endlich 5) daß der Empfänger durch die Zahlung einen bleibenden Vortheil, der Zahlende aber Schaden an seinem Vermögen erleiden würde [b]). Die Zurückforderung findet daher nicht Statt, A) wenn jemand, der wirklich etwas schuldig ist, die Zahlung früher leistet, als er sollte [c]); B) wenn er eine von einer Bedingung abhängige, aber vor Erfüllung derselben be-

zahlte Schuld, nachher, nachdem die Bedingung erfüllt ist, unter dem Vorwande zurückfordern wollte, daß er damals noch nichts schuldig gewesen, folglich ein wahres indebitum bezahlt habe[d]); C) oder wenn dasjenige, was indebite gezahlt oder geleistet worden ist, den Empfänger nicht reicher macht, z. B. wenn ein bloses factum, das keinen fortwährenden Nutzen hervorbringt, geleistet[e]), wenn die erhaltne Sache bona fide veräußert worden, oder ohne Schuld des Empfängers untergegangen ist[f]); oder endlich D) wenn überhaupt der Empfänger durch Annahme der Nichtschuld blos einen Schaden vermieden, und keinen Gewinn erlangt hat[g]).

a) l. 18. D. de condict. furtiua. l. 1. 2. C. eod. l. 65. §. 8. D. de cond. ind. Lauterbach h. t. §. 22. Leyser Sp. 148. m. 10. Decis. 2. v. J. 1746.

b) l. 14. l. 44. D. h. t. Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 35.

c) l. 10. 16. §. 1. D. h. t.

d) l. 16. pr. l. 18. D. h. t.

e) Lauterbach colleg. Pand. L. 12. Tit. 4. §. 6. Franzkius comm. ad tit. D. de praescr. verbis. no. 47.

f) l. 65. §. 8. D. h. t.

g) l. 44. D. h. t. Hieraus läßt sich auch ein scheinbarer Widerspruch in Ansehung des Darlehns, das ein Pupill ohne Zustimmung des Vormundes aufgenommen und nach erlangter Majorennität wieder bezahlt hat, erklären. Nach l. 59. D. de obl. et act. ist nämlich ein Pupill aus einem aufgenommenen Darlehn ne naturali quidem iure verpflichtet, folglich wäre die Wiederbezahlung eine wahre solutio indebiti; gleichwohl kann er, wenn er als Mündiger Zahlung leistet, nichts zurückfordern, l. 13. §. 1. l. 26. §. 9. D. de cond. indeb. unstreitig deßwegen quia nulla repetitio est ab eo, qui suum recepit. Hat er die Wiederbezahlung vor erlangter Volljährigkeit geleistet, so kann er das Gezahlte zurückfordern, weil er nicht zu Veräußerungen berechtigt ist, l. 29. 41. D. h. t.

§. 1205.

Die Klage wird wider denjenigen angestellt, welcher die Zahlung empfangen hat. Ist aber die Zahlung an einen Bevollmächtigten geleistet worden, so wird gegen dessen Constituenten geklagt, wenn dieser die Annahme genehmiget hat, widrigen Falls gegen den Bevollmächtigten [a]). Zur Anstellung der Klage ist derjenige befugt, auf dessen Namen und zu dessen Nachtheil die Zahlung geleistet worden ist, mithin nicht allezeit derjenige, welcher selbst diese Handlung verrichtet hat [b]); wenn daher 1) ein Vormund für den Mündel ein indebitum bezahlt, so stellt Letzterer die Klage an, ausgenommen, wenn der Vormund bey Ablegung der Rechnung diese Ausgabe dem Mündel nicht mit angerechnet, und sie solchergestalt aus seinem eignen Vermögen bestritten hat [c]). 2) Ist eine solche Zahlung durch einen Bevollmächtigten geschehen, so klagt sein Constituent auf die Zurückgabe, wenn er die Zahlung ausdrücklich befohlen, oder genehmigt hat; ist Letzteres nicht der Fall, so hat der Bevollmächtigte das Recht zu klagen [d]). 3) Wenn ein Bürge im Namen des Hauptschuldners das indebitum erlegt, so ist Letzterer zur Zurückforderung berechtigt [e]). Eben daher wird 4) in den Fällen, wo jemand in der Meynung, Erbe zu seyn, aus der Verlassenschaft Legate oder Schulden bezahlt hat, nachher aber sich ergiebt, daß das Testament ungültig sey, oder aus einem andern Grunde ihm die Erbschaft nicht verbleiben könne, das Bezahlte von demjenigen condicirt, welchem die Erbschaft hiedurch zufällt [f]).

a) l. 49. D. h. t. l. 6. §. 1. l. 57. §. 1. eod. l. 9. §. 1. D. de cond. cauſſa data. Mäſtertius a. a. O. S. 332.
b) l. 6. C. h. t. l. 5. D. eod. Mäſtertius a. a. O. S. 331.
c) l. 57. pr. l. vlt. §. 1. D. h. t.
d) l. 6. pr. D. h. t. l. 6. C. eod.
e) l. 47. D. eod. Hat der Bürge hingegen für ſich und in ſeinem Namen bezahlt, ſo ſtellt er auch die Klage an.
f) l. 2. §. 1. l. 3. 4. 5. 46. D. h. t. l. 17. D. de hered. petit. l. 22. §. 4. 5. C. de iure deliberandi.

§. 1206.

Was den Beweis bey dieſer Klage anlangt, ſo iſt zu unterſcheiden, ob eine bereits wirklich geleiſtete Zahlung oder eine ſchon übergebene Sache zurückgefordert werden ſoll, oder ob der Zweck der Klage iſt, ein indebite ausgeſtelltes Schuldbekenntniß zu caſſiren. I) Wenn eine baare Zahlung oder eine andere übergebene Sache als ein indebitum ſoll zurückgefordert werden, ſo bemerke man Folgendes: 1) Wenn der Kläger einräumt, daß er einen Theil des Bezahlten wirklich ſchuldig geweſen, dabey aber behauptet, aus Irrthum zu viel bezahlt zu haben; ingleichen wenn er behauptet, daß die von ihm bezahlte Schuld wieder aufgehoben worden, und alſo in dieſer Hinſicht das Bezahlte ein indebitum geweſen ſey: ſo hat der Beklagte die Präſumtion für ſich, und der Kläger muß daher erweiſen, daß er mehr bezahlt, als er ſchuldig geweſen, oder daß ſeine Verbindlichkeit wieder erloſchen geweſen ſey. 2) Behauptet er hingegen, daß alles, was er bezahlt, ein indebitum geweſen, ſo muß man unterſcheiden, ob der Beklagte den Empfang der Zahlung leugnet oder einräumt. A) Im erſtern Falle, muß der Kläger die Zahlung erweiſen, hat aber, nachdem dieß geſchehen, die Vermuthung für

sich, daß er aus Irrthum indebite bezahlt habe, so daß der Beklagte entweder das Erhaltne zurückgeben, oder darthun muß, daß er es debite empfangen habe. B) Wenn der Beklagte den Empfang der Zahlung einräumt und behauptet, daß der Kläger verbunden gewesen, sie zu leisten; so hat Erster die rechtliche Vermuthung auf seiner Seite, und der Kläger muß also beweisen, daß er keine Verbindlichkeit auf sich gehabt, und aus Irrthum die Zahlung geleistet habe; doch wird, wenn er das Erstere dargethan, über den andern Punct, daß er nämlich nicht wissentlich, sondern aus Irrthum das indebitum bezahlt, der Erfüllungseyd zuerkannt [a]). 3) Wenn der Kläger ein Unmündiger ist, oder sich sonst in einem Verhältnisse befindet, wo auch ein Rechtsirrthum nicht zugerechnet werden kann, so muß der Beklagte jederzeit, wenn die Leistung der Zahlung dargethan ist, erweisen, daß er sie debite empfangen habe [b]). II) Will der Kläger eine Schuldverschreibung als indebite ausgestellt zurückfordern, so muß man sehen, ob in derselben ein Grund der Verbindlichkeit (causſa debendi) enthalten sey oder nicht: 1) Ist keiner darin angegeben, so muß der Beklagte darthun, daß der Kläger zur Ausstellung dieses Bekenntnisses verbunden gewesen sey; 2) wenn hingegen die causſa debendi darin ausdrücklich angegeben ist, so kann er nicht anders die Zurückgabe bewirken, als wenn er ebenfalls durch Urkunden erweist, daß die Schuld wieder getilgt, oder sonst aus einer andern Ursache die Verschreibung indebite ausgestellt sey [c]). Als Beweismittel kann übrigens sowohl vom Kläger als Beklagten die Eydesantragung gebraucht werden [d]).

a) Hellfeld iurispr. for. §. 853. Thibaut Pandekten. §. 1159.

b) s. oben §. 1134. l. 25. pr. §. 1. 2. D. de probation. Aug. Friedr. Müller v. Berneck D. inaug. de probatione indebiti ad l. 25. D. de probat. Lipsi. 1772. Lauterbach coll. Pand. L. XII. Tit. 6. §. 24.

c) l. 25. §. 4. D. de probation. l. 13. C. de non numer. pecunia.

d) l. 25. §. 3. D. de probation.

§. 1207.

Wenn nun alle die obigen Erfordernisse vorhanden und erwiesen sind, so muß der Beklagte, in sofern das indebite gegebene in einer species besteht, eben die Sache, welche er erhalten, nebst allen Zubehörungen und den erhobenen Nutzungen zurückgeben; im Falle aber baares Geld oder sonst eine Quantität bezahlt worden, eben so viel, als er erhalten, von gleicher Güte und Beschaffenheit erstatten [a]). Doch können keine Zinsen weiter, als von Zeit der erhobenen Klage an gefordert werden [b]). Ist das Erhaltne untergegangen oder unentgeltlich und nicht in der Absicht, dem Kläger hiedurch zu schaden, veräußert worden, so befreyt dieß den Beklagten vom Ersatze; hat er es aber in seinen Nutzen verwendet, so muß er so viel, als er dadurch reicher worden, erstatten [c]). Im Falle wegen einer indebite geschehenen Verzichtleistung auf ein Recht, oder wegen ausgestellter Schuldverschreibungen und Quittungen diese Klage angestellt wird; so wird, im Falle der Beklagte unterliegt, auf Wiederherstellung des aufgegebenen Rechtes, oder auf Vernichtung oder Zurückgabe der ausgestellten Verschreibungen und Quittungen erkannt [d]).

a) l. 7. 15. pr. l. 65. §. 5. 6. 7. D. de cond. indeb. l. 38. §. 2. D. de vsuris. In Ansehung der zu erstattenden Nutzungen dient die 2te Decis. v. J. 1746. zur Richtschnur.

b) l. 1. C. de cond. indeb. arg. l. 4. C. de cond. ob turp. causs. Rind Quaest. for. T. II. c. 52. Leyser Sp. 148. med. 9. Hommel Rhapf. Obs. 28. Heinr. Joh. Otto König D. Vtrum vsurae veniant in condictionem indebiti. Hal. 1774. Andrer Meynung ist Friedr. Gottlieb Zoller D. Vtrum per condict. indeb. repeti possint vsurae. Lipf. 1768.

c) l. 26. §. 12. l. 65. §. 6. 7. D. de cond. indeb.

d) l. 22. §. 1. l. 31. D. h. t. l. 3. C. eod. l. 7. C. de non numer. pecunia.

B. Condictio cauſſa data cauſſa non ſecuta und Condictio ſine cauſſa.

§. 1208.

Auf einem gleichen Grunde, wie die condictio indebiti (§. 1201.), beruhen auch dieſe Klagen. Cauſſa bezeichnet nämlich hier eine Sache oder eine Handlung, welche darum geleiſtet wird, damit der Empfänger etwas dagegen gebe oder leiſte [a]); und enthält folglich den Rechtsgrund, aus welchem entweder gegenwärtig etwas geleiſtet wird, in Hinſicht deſſen, was man bereits empfangen hat (cauſſa praeterita), oder weßhalb man von dem andern, dem man jetzt etwas leiſtet, künftig eine Gegenleiſtung erwartet (cauſſa futura). Im erſtern Falle findet, wenn ein ſolcher Rechtsgrund wirklich vorhanden iſt, keine Klage Statt; wenn hingegen blos irrig geglaubt wurde, es ſey ein ſolcher vorhanden, die condictio indebiti unter den bisher angezeigten Beſtimmungen. Im letztern Falle aber kann zuweilen die cond. cauſſa data, cauſſa non ſecuta angeſtellt werden.

Wenn endlich sich jemand im Besitze einer uns zugehörigen Sache ohne allen Rechtsgrund befindet, so kann, in Ermangelung andrer Klagen, condictio sine caussa gebraucht werden.

a) Hellfeld iurispr. for. §. 820. Franzkius comment. ad tit. D. 4. Lib. 12. no. 2. Lauterbach coll. Pand. eod. tit. §. 2.

§. 1209.

I. Was zuerst die condictio ob caussam oder cond. caussa data, caussa non secuta anlangt, so setzt diese voraus, daß man jemanden etwas gegeben habe, in der Absicht und unter der Bedingung, von diesem etwas dagegen zu empfangen [a]). Erfolgt diese Gegenleistung, so kann in keinem Falle das Gegebene anders, als durch beyderseitige Bewilligung zurückgefordert werden [b]); erfolgt sie hingegen nicht, so muß man auf die rechtliche Beschaffenheit des Geschäftes sehn: A. Wenn nämlich bey der Uebergabe der Sache ausdrücklich oder stillschweigend die Bedingung gemacht worden ist, daß der Empfänger nicht eher ein unwiderrufliches Recht auf das Erhaltene haben solle, als nachdem er etwas bestimmtes dagegen gethan oder gegeben haben würde (sub conditione oder sub modo); so kann a) so lange es noch möglich ist, daß diese versprochne Gegenleistung geschehe, das Gegebene nicht zurückgefordert werden [c]), wenn nicht b) eine Zeit bestimmt worden ist, binnen welcher dieselbe erfolgen, oder widrigen Falls das Geschäft aufgehoben seyn solle (clausula cassatoria s. lex commissoria); wo dann nach Ablauf dieser Zeit derjenige, welcher die Sache gegeben hat, befugt ist, sie wieder zurückzu-

fordern [d]). Ist diese letztere Bedingung aber nicht beygefügt worden und es ergiebt sich c) die Unmöglichkeit die versprochene Gegenleistung zu erfüllen, so hat man zu unterscheiden, ob dieß durch einen bloßen Zufall, oder durch Fahrlässigkeit oder böse Absicht des andern Contrahenten geschehen ist; α) ist letztes der Fall, so kann nicht blos die Zurückgabe des Empfangenen, sondern auch Entschädigung von ihm gefordert werden [e]); wenn hingegen β) ein bloßer Zufall ihn verhindert hat, so findet die condictio ob causſam wider ihn Statt [f]). Wenn B) hingegen die übergebene Sache sofort dem Empfänger unwiederruflich übereignet worden ist, wie dieß der Fall bey dem Kauf- Tausch- und Trödelcontrakte ist, so kann, wenn a) durch einen unverschuldeten Zufall die versprochene Gegenleistung unterbleibt, nichts zurückgefordert [g]); wenn aber β) der Empfänger Ursache daran ist, mittelst der aus dem Vertrage zustehenden Klage Entschädigung von ihm gefordert werden [h]). Ist endlich C) eine Summe Geldes oder andre Sachen, für die zu überlassende Benutzung einer Sache, oder für gewisse eine Zeitlang zu leistende Dienste im Voraus gegeben worden, und der Empfänger wird durch Zufall verhindert, diese Gegenleistung in der versprochnen Maaße zu gewähren, so kann das Gegebene nach Verhältniß der Zeit, wo dieselbe unterblieben, zurückgefordert werden; wenn er hingegen selbst daran Schuld gewesen, so ist er überdieß zur Entschädigung verbunden [i]).

a) l. 52. D. de cond. indeb. l. 1. pr. §. 1. D. de cond. ob turp. cauſſ.

b) l. 1. pr. D. de cond. cauſſa data.

c) l. 19. pr. D. de rebus cred. l. 9. C. de donat. Da h.

z. T. jeder Vertrag die Contrahenten von der Zeit ihrer gegenseitigen Einwilligung an verbindet, so finden die Grundsätze des Römischen Rechts, nach welchen bey ungenannten Verträgen der, welcher zuerst etwas geleistet, so lange pönitiren kann, bis von Seiten des andern Contrahenten die Erfüllung ebenfalls erfolgt, l. 3. §. 2. l. 5. pr. D. de cond. causſa data. keine Anwendung, und es kann daher bey allen Verträgen blos auf Erfüllung des Versprechens geklagt werden, wenn nicht die oben genannten besondern Ursachen eintreten. Glück Comment. IV. §. 313. S. 291. flg.

d) l. 2. 3. 7. D. de lege commiſſoria.

e) l. 1. pr. l. 3. §. 3. 4. l. 13. pr. D. de act. emt. l. 5. §. 1. 5. l. 7. D. de praeſcr. verbis. ſ. oben §. 1157. 1164. flg.

f) l. 1. §. 1. D. de cond. ob turp. cauſſam. l. 52. D. de cond. indeb. l. 65. §. 3. 4. eod. l. 5. §. 3. 4. l. 16. D. de cond. cauſſa data. l. 2. 3. 6. 9. C. de condict. ob cauſſ. ſ. oben §. 1155. Da derjenige, welcher einem andern blos deßwegen etwas giebt, um von ihm eine Gegenleistung zu empfangen, diese stets zur Bedingung macht, so hat er stillschweigend allemal die Absicht, das Gegebene zurück zu verlangen, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt; und da die Verträge nach der Absicht der Contrahenten erklärt werden müssen, so kann die Zurückforderung in jenem Falle nicht verweigert werden. — Uebrigens findet die Zurückforderung des ob cauſſam Gegebnen auch Statt, wenn persönliche rechtliche Verhältnisse den Empfänger hindern, das Versprochne zu leisten; z. B. wenn ein Frauenzimmer, welche etwas als Heyrathsgut empfangen, den Geber wegen zu naher Verwandtschaft nicht ehelichen darf, l. 1. C. de cond. ob cauſſam; oder in dem Falle der l. 5. C. eod. Berger Oec. L. II. Tit. 2. th. 29. n. 3. L. III. Tit. 6. th. 6. n. 3. Stryck caut. contr. Sect. III. c. 5. §. 5. Bynkershöck Obſ. Lib. VI. c. 24.

g) l. 1. pr. l. 7. pr. D. de per. et comm. rei vend. l. 31. pr. D. de act. emt. l. 5. §. 1. D. de praeſcr. verbis. l. 1. §. 1. D. de aeſtimatoria. ſ. oben §. 1155.

h) l. 1. pr. D. de act. emt.

i) l. 30. pr. §. 1. D. locat.

§. 1210.

II. Die condictio sine caussa findet Statt, wenn etwas aus einem wirklich vorhandenen und gültigen Rechtsgrunde übergeben worden ist, dieser Rechtsgrund aber wieder erloschen ist, oder wenn jemand ohne allen Rechtsgrund in den Besitz einer uns zugehörigen Sache gekommen ist, ohne daß doch eine dingliche Klage gegen denselben angestellt werden kann [a]). Dahin gehört z. B. der Fall, wenn wegen eines zu vollziehenden Vertrags ein Mahlschatz gegeben, der Vertrag aber mit beyderseitiger Bewilligung wieder aufgehoben worden ist [b]); wenn sich ein Gläubiger, eine bereits bezahlte Schuldverschreibung dem Schuldner wieder zurückzugeben, verweigert [c]); wenn ein Schuldner dem Gläubiger für die, demselben zugehörige und verloren gegangene Sache Ersatz geleistet, und der Gläubiger nachher seine Sache unentgeldlich wiederbekommen hat, gleichwohl aber den vorher erhaltnen Schadenersatz nicht wieder erstatten will [d]); wenn ein Unmündiger oder eine andre Person, die ihr Vermögen nicht veräußern kann, Geld bezahlt hat, und dieses vom Empfänger bereits consumiret ist, so daß die Vindication desselben nicht Statt findet [e]); oder wenn jemand einer Person, mit welcher er in verbotnem Grade verwandt ist, ein Heyrathsgut auszahlt, in der Absicht, sie zu ehlichen, nachher aber die Heyrath nicht vollzieht [f]). Uebrigens concurrirt diese Klage sowohl mit der condictio ob caussam als der condictio indebiti, weil in den Fällen, wo diese beyden Klagen eigenthümlich Statt finden, ebenfalls auch der Beklagte ohne Rechtsgrund die Sache besitzt [g]);

auch haben die beyden erstern Klagen die übrigen rechtlichen Eigenschaften mit der letztern gemein; sie können daher auch nicht blos wegen einer baar geleisteten Zahlung, sondern auch um eine übernommene Verbindlichkeit wieder aufzuheben angestellt werden [h]).

a) l. 1. pr. §. 2. 3. l. 4. D. de cond. sine caussa. Franzkius comment. ad h. tit.
b) l. 11. §. 6. D. de act. emt.
c) l. 2. C. de cond. ex lege.
d) l. 2. D. de cond. sine caussa.
e) l. 19. §. 1. D. de rebus cred. l. 29. D. de cond. indeb.
f) l. 5. D. de cond. sine caussa.
g) l. 65. pr. §. 4. D. de cond. ind. l. 1. 4. D. de cond. sine caussa.
h) l. 3. D. de cond. sine caussa. Bey diesen Klagen werden daher auch die Accessionen und erhobenen Nutzungen gefordert, aber Zinsen nur von Erhebung der Klage an. Berger Lib. III. Tit. 6. th. 6. n. 2. l. 7. §. 1. D. de cond. caussa data. arg. l. 4. C. de cond. ob turp. causs.

C. Condictio ob turpem vel iniustam caussam.

§. 1211.

Die künftige Leistung, wegen welcher jemanden etwas gegeben wird, ist entweder gesetzmäßig und erlaubt (§. 1209.), oder läuft den Grundsätzen der Moral und des Rechts zuwider (caussa turpis vel iniusta). Da nun alles dasjenige, was gegen verbietende positive oder Vernunftgesetze unternommen wird, an sich ungültig ist, das Gesetz mag die Nullität der Handlung ausdrücklich erklärt haben, oder nicht [a]); so folgt hieraus: 1) daß auf die Erfüllung einer den Gesetzen zuwider versprochnen Handlung, oder einer für eine solche Handlung zugesicherten Vergeltung nicht

geklagt [b]), und 2) im Gegentheile die Vernichtung der Verbindlichkeit zu Leistung oder zur versprochnen Belohnung einer solchen Handlung gefordert werden kann [c]). Wenn aber 3) bereits etwas gegeben, oder geleistet worden ist, damit der Empfänger dagegen eine unerlaubte oder unanständige Handlung begehe; so hat man zu unterscheiden, ob durch diese Handlung A) blos der Empfänger des Gegebnen, oder B) beyde zugleich die Gesetze, oder guten Sitten verletzen; oder C) ob der Empfänger zwar die versprochene Handlung erlaubter Weise vollziehen kann, und nur der, welcher ihn dazu anreizt, hierdurch etwas Widerrechtliches oder Unanständiges begeht. Im ersten Falle z. B., wenn jemand Geld annimmt, damit er dafür etwas unterlasse, was er den Gesetzen nach ohnedem nicht thun darf, keinen Mord begehe und dergl., kann derjenige, welcher die Zahlung an ihn geleistet hat, das Gegebene durch die eben genannte Klage zurückfordern [d]), weil der Vertrag einen rechtlich unmöglichen Gegenstand betrift, und daher ungültig ist [e]); im zweyten und dritten Falle hingegen findet keine Zurückforderung des Gegebenen Statt [f]). Bey der Zurückforderung im erstern Falle können übrigens ebenfalls keine Zinsen gefordert werden [g]).

a) l. 5. C. de legibus. Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 74.
b) s. oben §. 1140.
c) l. 1. 5. C. de cond. ob turp. causs. l. 8. D. eod.
d) l. 1. §. 2. l. 2. pr. §. 1. l. 4. §. 2. l. 9. pr. D. de cond. ob turp. causs. l. 4. 6. 7. C. eod.
e) s. §. 1140.
f) l. 3. 4. pr. §. 1. l 8. D. de cond. ob turp. caussam. l. 2. 5. C. Nach diesen Gesetzen, besonders der angez. l. 2.

C. u. l. 8. D. behält sonach derjenige, welcher die unerlaubte Handlung begehen sollen, die dafür erhaltene Belohnung, denn daß bey einer gesetzwidrigen Handlung das Gegebene confiscirt werden soll, ist nicht allgemein, sondern nur in bestimmten einzelnen Fällen verordnet, z. B. in l. 32. §. vlt. D. de donat. inter V. et V. l. 9. D. de iure fisci. l. 5. pr. D. de calumn. l. 1. C. de natural. lib. Auth. Nouo iure C. de poena iudicis, qui male iud. Da dieß aber mit der Absicht verbietender Gesetze, und selbst mit der l. 5. C. de legib. und der Rechtsregel: Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest. l. 134. §. 1. D. de reg. iur. im Widerspruche steht: so wird nach neuerm Gerichtsbrauche dasjenige, was jemand für eine widerrechtliche Handlung als Belohnung angenommen hat, confiscirt. Rind Quaest. for. III. c. 32. Berger Oec. L. III. Tit. 13. th. 6. n. 1. Lauterbach coll. Pand. Lib. 12. Tit. 5. §. 9. und in manchen neuern Gesetzen ist dieß besonders anbefohlen; z. B. Generale wegen verbotener Kornaufkäufe v. 25. July, 1805.

g) l. 4. C. h. t. l. 9. §. 1. D. eod.

III. Actio ex L. Rhodia de iactu.

§. 1212.

Wenn von einem Schiffe, um es vom Untergange zu retten, ein Theil der Ladung und Ausrüstung über Bord geworfen, und hierdurch das Schiff nebst den übrigen darauf befindlichen Gütern erhalten worden ist: so sind vermöge des Rhodischen Gesetzes die Eigenthümer der letztern verpflichtet, diejenigen Verhältnißmäßig zu entschädigen, welche durch das Auswerfen ihre Güter ganz oder zum Theil eingebüßt haben [a]). Diese Ausgleichung des Schadens — im neuern Seerechte große Haverey genannt [b]), setzt voraus, daß 1) irgend eine Gefahr es schlechterdings nothwendig gemacht habe, das Schiff zu erleichtern [c]), und 2) deßhalb ein Theil der geladenen Waaren oder der Aus-

rüstung des Schiffes über Bord geworfen und verloren gegangen [a]), 3) hierdurch aber das Schiff nebst der übrigen Ladung gerettet worden sey [c]). Sie geschieht dadurch, daß nach dem Einlaufen in den Hafen die verlornen Güter nach ihrem wahren Werthe und Kaufwaaren nach dem Einkaufspreiße; die erretteten Waaren nach dem Verkaufspreiße berechnet [f]) und dann der Schaden des Verlornen unter alle Interessenten nach Maaßgabe ihrer Antheile repartirt wird, so daß also die Eigenthümer dessen, was verloren gegangen ist, ebenfalls einen Theil desselben tragen, das Uebrige aber von den Eigenthümern der geretteten Waaren ersetzt bekommen [g]).

a) l. 1. 2. §. 2. D. de lege Rhodia de iactu. Leyser Sp. 160. med. 1.

b) Georg Friedr. von Martens Grundriß des Handelsrechts. 2te Aufl. Göttingen, 1805. §. 186. Runde Grundsf. des teutschen Priv. R. §. 216.

c) arg. l. 1. et l. 2. pr. D. h. t. l. 6. eod.

d) l. 3. 5. §. 1. D. h. t.

e) l. 5. pr. D. h. t. Selbst wenn das Schiff späterhin durch eine andre Ursache untergeht, müssen die, welche einen Theil ihrer Waaren vom gestrandeten Schiffe erretten, die Eigenthümer der beym Sturme über Bord geworfnen Sachen entschädigen.

f) l. 2 §. 4. l. 4. §. 2. D. h. t. Auch solche Waaren, die das Schiff gar nicht belasten, z. B. Edelsteine u. dergl. müssen unter den erretteten mit angeschlagen werden, l. 2. §. 2. h. t.

g) Martens a. a. O. Dabelow System des Civilrechts. §. 2661. Stryck vsus mod. Pand. h. t. §. 7. 8. Heineccius Elem. iuris Germ. Lib. III. §. 85. Menken Pand. Lib. 14. Tit. 2. §. 2. Schilter Exerc. ad Pand. XXVII. §. 25. Nach Röm. Rechte hat der Eigenthümer keine besondre Klage, sondern belangt den Schiffer aus dem Miethcontrakte, und dieser hält die geretteten Waaren so lange zurück, bis die Eigenthümer die Entschädigung gewähren, l. 2. pr. h. t.

§. 1213.

Der Grund dieses Gesetzes liegt in der Regel der Billigkeit, daß ein Schaden, welcher einer Gesellschaft oder Gemeinde droht, und durch die Aufopferung eines Einzelnen abgewendet wird, von allen gemeinschaftlich getragen werden muß [a]). Da nun dieser Grundsatz nicht blos in dem Falle Anwendung leidet, von welchem das Rhodische Gesetz handelte, sondern völlig allgemein ist, so findet nach dem Gerichtsbrauche eine ähnliche Ausgleichung der Schäden auch Statt, 1) wenn ein Schiff nebst der Ladung von Seeräubern losgekauft worden ist [b]); 2) wenn bey einer Feuersgefahr ein Haus niedergerissen worden ist, um die übrigen dadurch zu erretten [c]); oder 3) wenn bey der feindlichen Occupation eines Landes einzelne Stände oder Individuen zur Befriedigung der von Seiten der Feinde an das Ganze gemachten Anforderungen unverhältnißmäßig große Beyträge gegeben haben, um die sonst bevorstehende Verwüstung des Landes abzuwenden [d]).

a) arg. l. 1. D. h. t. l. 2. pr. eod. *verbis:* Aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent.

b) l. 2. §. 3. D. h. t. Was einzelnen gestohlen worden ist, oder was sie gegeben haben, um ihr Eigenthum loszukaufen, kann nicht in die Ausgleichungsmasse kommen, l. cit.

c) Strubens rechtl. Bed. 1ter Th. no. 45. Berger Lib. III. Tit. 13. th. 2. n. 9. Menken a. a. O. §. 5. Leyser a. a. O. med. 3. 4. Stryck h. t. §. 12. Dabelow a. a. O. §. 2663.

d) Franz Jos. Bodmanns theoret. prakt. Erörterung der Grundsätze, wornach Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu peräquiren sind. Frankf. am Mayn, 1798. §. 5.

IV. Cautio de damno infecto.

§. 1214.

Ungeachtet ein jeder sein Eigenthum nach Willkühr gebrauchen kann, sofern er nicht die Rechte eines andern dadurch unmittelbar verletzt, so liegt ihm doch die Verbindlichkeit ob, andre, welche von der Art, wie er sich seines Eigenthums bedient, Schaden zu erleiden fürchten, dagegen sicher zu stellen. Besonders ist dieß der Fall bey Gebäuden, die der Eigenthümer entweder so verfallen läßt, oder so einrichtet, daß die Nachbarn für die Zukunft Nachtheil davon befürchten müssen. Die Letztern haben hiebey zwar, nach der Strenge des Rechts, keine Klage gegen den Eigenthümer, weil dieser keine Handlung begeht, wodurch er ihre Rechte verletzt, und selbst dann, wenn von dem baufälligen Gebäude Steine, Schutt und andre Dinge auf ihr Grundstück herabfallen, haben sie weiter kein Rechtsmittel, als ein Retentionsrecht an den herabgefallenen Materialien [a]). Allein aus Billigkeit wird denen, welche von dem Gebäude eines Andern Schaden befürchten, gestattet, von dem Letztern die Versicherung zu verlangen, daß er den Schaden, wenn er sich ereignen sollte, ersetze (cautio de damno infecto). Es bedarf jedoch zu dem Ende heut zu Tage blos einer Imploration an die Ortsobrigkeit, welche dann, wenn der Augenschein lehrt, daß nahe Gefahr zu befürchten sey, sofort die Abstellung der Beschwerde anbefiehlt und nöthigen Falls Strafauflagen anwendet oder in einem summarischen Verfahren die Partheyen gegen einander hört, und dann nach Be-

finden entscheidet [b]). Wenn nun der Besitzer des Gebäudes den Befehlen der Obrigkeit nicht nachkommt, und hiedurch wirklich ein Schaden entsteht, so ist der Beschädigte befugt, den Ersatz desselben zu fordern [c]).

a) l. 6. 7. 9. pr. D. de damno infecto.

b) Berger Lib. III. Tit. 14. th. 3. n. 9. Ergiebt sich der Verdacht, daß der Imploranf eine Gefährde obwalten lasse, so kann ihm ein iuramentum calumniae auferlegt werden. Wernher P. VII. Obs. 69. — Die Forderung wird gegen den gerichtet, der an dem baufälligen Hause das Eigenthum oder ein andres dingliches Recht hat, oder sich sonst bona fide im Besitze desselben befindet, l. 13. §. 1. l. 19. pr. D. h. t. Doch war nach Röm. Rechte der Unterschied, daß derjenige, welcher es suo nomine, als Eigenthümer oder iure seruitutis u. dergl. besitzt, blos durch Stipulation; welcher es hingegen alieno nomine innen hat, durch Pfänder und Bürgen die Caution leisten mußte, l. 9. §. 4. l. 13. pr. l. 30. pr. §. 1. D. h. t. Struck vsus mod. eod. tit. §. 4. Uebrigens wurde sie nur auf bestimmte Zeit geleistet, konnte aber wiederholt gefordert werden, l. 13. §. vlt. l. 15. pr. §. 2. 7. D. eod. Dabelow a. a. O. §. 940.

c) Unter diesem Ersatze werden alle Schäden begriffen, welche eine unmittelbare Folge von der Baufälligkeit oder dem Einsturze des benachbarten Hauses sind; z. B. wenn das Haus des Imploranten dadurch ebenfalls baufällig geworden, wenn die Miethleute deßhalb ausgezogen und die Zinsen eingebüßt worden sind; nicht aber die Kosten, die blos auf die Verschönerung und das Ausmalen u. dergl. verwendet worden sind, l. 28. 29. 39. §. vlt. l. 40. pr. D. h. t.

§. 1215.

Ungeachtet nun aber insgemein die Polizey jeden Orts dafür sorgt, daß die Gebäude nicht in einen solchen Zustand gerathen, wo von denselben Schaden zu befürchten ist [a]), so ist es doch auch jetzt noch nöthig, Anzeige bey der Obrigkeit zu thun, wenn von der Baufälligkeit eines Gebäudes Schaden zu befürchten ist,

weil außerdem dieserhalb kein Ersatz gefordert werden kann [b]), ausgenommen 1) wenn der Beschädigte durch Abwesenheit oder eine andre gegründete Ursache verhindert ist, eine solche Anzeige zu thun [c]), oder 2) der Nachbar etwas gebaut oder unternommen hat, was ihm schon durch Statuten oder Polizey- und Bauordnungen verboten ist [d]); 3) wenn er absichtlich etwas unternommen, um dem andern zu schaden, oder 4) endlich wenn die Obrigkeit die Anzeige nicht angenommen, oder nichts darauf verfügt hat, in welchem Falle auch gegen die Obrigkeit selbst eine subsidiarische Schädenklage zusteht [e]).

a) Erl. Proc. O. Tit. 1. §. 6. Schaumburg Sächs. Recht. P. III. Sect. I. Exerc. 5. §. 9.

b) Weil nämlich von Seiten des Eigenthümers hiebey kein factum illicitum vorhanden ist, auf welches eine Klage gegründet werden könnte, und mithin der in der Folge entstehende Schaden blos als damnum indirectum oder casuale zu betrachten ist, wenn nicht das in den Gesetzen gestattete Rechtsmittel einer Anzeige bey der Obrigkeit angewendet worden ist, l. 4. §. 8. l. 6. 7. §. vlt. D. h. t. Franz Schömann Handb. des Civilrechts. 1ter Theil. Wetzlar, 1806. S. 183. Thibaut Pandektenrecht. II. §. 804.

c) l. 8. 9. pr. D. h. t.

d) Weil er hier in facto illicito versirt, woraus eine Klage zusteht. Hommel Obs. 705. Dahin gehört z. B. das Anbauen von Cloaken, Oefen oder Schweinställen an des Nachbars Mauer, welche 3 Fuß entfernt seyn sollen. Landr. B. II. Art. 51. Wehrn doctr. de damnis. p. 16. n. 78. Joh. Heinr. Michaelis allgem. Baurecht. Braunschw 1781. 4tes Cap. §. 7.

e) Berger a. a. O. l. 4. §. 7. 10. D. h. t. Dabelow a. a. O. §. 943.

V. Nunciatio noui operis.

§. 1216.

Wenn jemand dadurch, daß ein neues Gebäude

errichtet, oder ein schon stehendes abgebrochen oder verändert wird [a]), eines ihm zuständigen dinglichen Rechtes beraubt zu werden fürchtet, so kann er, um den Besitzstand zu sichern, bey der Obrigkeit ein Verbot des Fortbauens ausbringen [b]), welches an den, der dem Baue vorsteht, wenn es auch nicht der Eigenthümer ist, gerichtet wird [c]). Die Wirkung desselben ist, daß sofort mit dem Baue eingehalten werden muß, widrigenfalls auf Kosten des Bauherrn alles wieder in den Stand, wie es zur Zeit der Anlegung des Verbotes war, gebracht werden muß [cc]). Daß der Implorant sein Verbietungsrecht vorher erweise, ist nicht nöthig [d]). Nach Erlassung des Verbotes aber, muß er binnen Sächsischer Frist dieses darthun [e]), widrigenfalls dem Bauenden, nachdem er zuvor versprochen, alles in vorigen Stand zu setzen, im Falle sich ergäbe, daß er zur Veränderung nicht befugt gewesen, das Fortbauen gestattet wird. Nach Ermessen des Richters, kann jedoch das Fortbauen gegen Leistung dieses Versprechens auch früher gestattet, oder im Gegentheile ganz verweigert werden [f]). Führt der Impetrant sein Verbietungsrecht aus, so muß das Gebäude in vorigen Stand gesetzt, auch aller verursachte Schaden nebst den Kosten erstattet werden [g]).

a) l. 1. §. 11. D. de operis noui nunc. Das Verbot muß der Natur der Sache nach gesucht werden, bevor die Bauveränderung vollendet ist, obwohl auch nachher noch die possessorischen und petitorischen Klagen Statt finden, welche aus dem Verbietungsrechte entspringen. Gustav Heinrich Mylius D. Vlum doctr. de noui operis nunciatione in foris Germaniae sistens. Lipsi. 1741. §. 14.

b) Nach Röm. Rechte konnte die nunc. n. op. bekanntlich auch außergerichtlich und selbst mit Gewalt geschehen;

allein h. z. T. ist eine außergerichtliche, blos mündlich geschehene Verbietung nur als Protestation wirksam; eine mit Gewalt oder durch Wegreißung des Gebauten vollzogne aber als spolium unzulässig. Wernher P. IX. Obs. 29. Stryck vsus mod. Lib. 39. Tit. 1. §. 4. Anderer Meynung ist Mylius a. a. O. §. 5. — Wegen eines blos persönlichen Anspruchs an den Bauenden findet die nunc. n. op. nicht Statt. Berger L. II. Tit. 6. th. 3. n. 9.

c) l. 1. §. 6. l. 5. §. 1. 2. 3. D. h. t.

cc) l. 8. §. 4. l. 20. pr. §. 1. 2. 3. 4. 5. D. h. t. Die hiedurch verursachten Kosten braucht der Impetrant selbst dann nicht zu ersetzen, wenn es sich ergiebt, daß ihm kein Verbietungsrecht zustehe. Carpz. resp. L. 1. Tit. 1. resp. 6. no. 7. 8. Stryck a. a. O. §. 15. Michaelis a. a. O. Cap. 12. §. 2.

d) l. 1. pr. D. eod.

e) Nach l. vn. C. h. t. ist eine Zeit von 3 Monaten hiezu vorgeschrieben; nach Mylius a. a. O. §. 13. Stryck a. a. O. §. 13. u. Berger Oec. L. II. Tit. 6. th. 3. n. 9. wird dafür h. z. T. eine Sächsische Frist angenommen.

f) Wernher P. II. Obs. 374. P. VII. Obs. 30. Berger a. a. O. Carpz. resp. Lib. 1. Tit. 1. resp. 6. 7. no. 8.

g) l. 21. §. 4. l. 23. D. h. t.

§. 1217.

Im Falle der, welcher das Verbot ausgebracht hat, stirbt, oder das Grundstück, in Ansehung dessen er es erbeten, veräußert, so erlischt die Wirkung des Verbots, so daß der Implorat, ohne sich zu dem Niederreißen verbinden zu müssen, die Aufhebung desselben auswirken kann [a]). Der Tod des Imploraten oder die Veräußerung seines Grundstückes ändert hingegen nichts [b]). Uebrigens ist die nunc. noui operis zur Sicherung des Verbietungsrechtes selbst nicht nothwendig, sondern dient blos zur leichtern Wiederherstellung der Sache in vorigen Stand [c]), und wird wie alle Baustreitigkeiten blos summarisch, hauptsächlich durch Besichtigung von Kunstverständigen, geführt [d]).

a) l. 8. §. 6. D. h. t.
b) l. 8. §. 7. l. 10. 22. 23. D. h. t. Berger a. a. O. n. 11.
c) l. 1. §. 1. D. eod. Berger a. a. O. n. 9. Hommel Obs. 415.
d) Erl. Proc. Ordn. Tit. 1. §. 6. Berger a. a. O. Michaelis a. a. O. Cap. 12. §. 1. 8.

VI. Actio de aqua pluuia arcenda.

§. 1218.

Diese Klage wird gegen denjenigen Besitzer eines Feld- oder Gartengrundstücks angestellt, welcher auf demselben einen Damm, oder Graben gezogen oder sonst eine Anlage gemacht, wodurch das fließende oder Regenwasser gegen seinen natürlichen Lauf auf ein benachbartes Grundstück geleitet wird, und ihr Zweck ist, daß der Beklagte die Anlage, wenn er sie selbst gemacht oder machen lassen, wieder hinwegschaffe, und den von Zeit der erhobenen Klage an entstandenen Schaden ersetze a). Sie steht dem Besitzer desjenigen Grundstücks zu, welcher durch den neuen Ablauf des Wassers Schaden leidet und kann auch dann erhoben werden, wenn durch die Anlage noch kein Schaden wirklich entstanden ist b), hingegen fällt sie weg, wenn das Wasser durch die natürliche Lage der Grundstücke von einem auf das andre herabfließt c), oder wenn die Anlage zum Feldbau nothwendig d) oder vermöge einer dem andern Grundstücke obliegenden Servitut gemacht worden ist e).

a) l. 1. §. 1. l. 6. §. 5. 6. D. de aqua et aqua pluuia arc. Der, welcher auf seinem Grundstücke eine solche Anlage macht, begeht an sich hiedurch keine unerlaubte Handlung, und kann folglich auch nicht zum Ersatz des vor der erhobenen Klage entstandenen Schadens angehalten werden; so wie überhaupt seine Verbindlichkeit nicht

aus einem facto, sondern unmittelbar aus den Gesetzen hergeleitet werden muß.

b) l. 1. §. 1. l. 22. D. eod.

c) l. 1. §. 10. et vlt. eod.

d) l. 1. §. 3—9. D. eod.

e) l. 1. §. vlt. l. 2. §. 3. et vlt. l. 19. 20. D. eod. Eben so kann diese Klage nicht Statt haben, wenn das Traufwasser von einem Gebäude auf das benachbarte Grundstück geleitet wird, indem dann die Negatorienklage angestellt werden muß, l. 1. §. 17. D. eod.

§. 1219.

Wenn hingegen der Beklagte die Anlage nicht selbst hat machen lassen, so kann die Klage, wenn sie nach dem bisher Gesagten überhaupt Statt findet, nur darauf gerichtet werden, daß er dem Kläger erlaube, auf seine eignen Kosten die Anlage wegzuräumen [a]). Eben dieses ist der Fall, wenn zur Sicherung des einen Grundstücks gegen Ueberschwemmung oder sonst auf einem andern Grundstücke eine Anlage gemacht worden ist, welche durch Zufall, oder durch die Länge der Zeit zerstört worden ist, oder wenn zum Besten des einen Grundstücks eine Anlage erst gemacht werden muß, die jedoch dem andern Eigenthümer an sich selbst nicht nachtheilig seyn darf; der Besitzer des letztern Grundstücks kann sodann nämlich genöthigt werden, die Wiederherstellung zu gestatten, weil ihm die Gesetze die Verbindlichkeit auflegen, dasjenige geschehen zu lassen, was ihm nicht schadet, einem andern aber nützt [b]).

a) l. 4. §. 2. 3. D. h. t.

b) l. 2. §. 5. 6. D. eod. Wegen der Allgemeinheit dieser Regel findet daher auch in andern ähnlichen Fällen ein Klagerecht Statt; z. E. wenn sich ein Graben unterhalb verstopft hat, so daß das Wasser auf ein oberhalb lie-

gendes Grundstück zurückgedrängt wird, so kann der Besitzer des Letztern den Besitzer des unterhalb liegenden Grundstücks nöthigen, ihm die Schlemmung des Grabens zu gestatten; s. das angez. Gesetz.

VII. Von der Geschäftsführung (negotiorum gestio.)

§. 1220.

Geschäftsführer oder negotiorum gestor wird in den Rechten derjenige genannt, welcher fremde, besonders außergerichtliche Geschäfte, ohne einen gültigen Auftrag des Eigenthümers derselben zu haben, absichtlich besorgt, und hiedurch, wenn alle übrigen Erfordernisse vorhanden sind, Letztern zur Schadloshaltung verpflichtet [a]). Eigenthümer des Geschäftes (dominus negotii) ist aber der, um dessen willen und zu dessen Vortheil das Geschäft von jenem unternommen und vollzogen wird [b]). Der Grund der Verbindlichkeit, welche dem Letztern obliegt, kann nur unmittelbar aus den Gesetzen hergeleitet werden, da von seiner Seite kein factum dabey concurrirt, und blos aus Billigkeit die Gesetze die Schadloshaltung von ihm fordern [c]).

a) Thibaut Pandekt. §. 1034. Glück Comment. V. §. 415. Cocceji ius controu. L. 3. Tit. 5. qu. 1. Derjenige, welcher fremde gerichtliche Geschäfte ohne Auftrag besorgt, heißt defensor; doch sind nicht nur die Grundsätze in Ansehung der Verbindlichkeit zwischen dem Vertheidiger und dem Vertheidigten denen von der Geschäftsführung gleich; sondern es kann auch ein negotiorum gestor als solcher gerichtliche Geschäfte mit besorgen, wenn es der Vortheil des Eigenthümers erfordert, l. 1. 31. §. 7. l. 41. D. de negotiis gestis.

b) l. 6. §. 9. 10. 11. D. h. t. Cocceji a. a. O. qu. 6.

c) In den Institutionen Tit. de oblig. quae quasi ex con-

tract. §. 1. und von den Rechtsgelehrten wird die negotiorum gestio zu den Quasicontrakten gerechnet, weil die Verbindlichkeit weder aus der Einwilligung, noch aus einem maleficio entsteht, sondern auf dem consensu ficto beruhe. Allein schon Glück a. a. O. §. 415. zeigt, daß eigentlich ein consensus fictus gar nicht hiebey gedacht werden könne, sondern nur die natürliche Billigkeit zum Grunde der Gesetze liege, welche hier unmittelbar die Verbindlichkeit des Eigenthümers der Geschäfte hervorbringen. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 9. 28.

§. 1221.

Um aber den Eigenthümer der Geschäfte verbindlich zu machen, wird folgendes vorausgesetzt: 1) der negotiorum gestor muß fremde Geschäfte besorgt haben, in der Absicht den Vortheil des Eigenthümers derselben zu befördern. Hat er also in der Meynung, die Angelegenheiten eines Andern zu betreiben, blos seine eigenen besorgt, so würde jener zu nichts verpflichtet seyn; wenn er aber nebst den Angelegenheiten des Andern auch seine eignen befördert, so ist jener, soweit es ihn betrift, zur Schadloshaltung verbunden [a]). 2) Das Geschäft muß von ihm besorgt worden seyn, ohne daß er einen wirklichen und gültigen Auftrag dazu vom Eigenthümer hatte [b]); ist ein solcher Auftrag gegeben worden, so ist keine negotiorum gestio, sondern ein Vollmachtscontrakt vorhanden. Eben dieß ist der Fall, wenn der Eigenthümer des Geschäfts weiß, daß seine Angelegenheiten durch einen Andern besorgt werden, und ohne davon verhindert zu seyn, nicht widerspricht, indem er hier den Auftrag stillschweigend ertheilt [c]), oder wenn er den Geschäftsführer vor Vollendung der Besorgung noch ausdrücklich beauftragt, oder das von ihm Gethane genehmigt,

in der Absicht, damit derselbe vollends das Geschäft besorge. Hingegen bewirkt die nach Vollendung des Geschäfts hinzugekommene Ratihabition keine Verwandelung der negotiorum gestio in einen Mandatscontrakt [d]).

a) l. 6. §. 4. D. h. t. Wenn jemand irgend ein fremdes Geschäft besorgt, in der irrigen Meynung, daß es zum Vortheil eines Menschen geschehe, dessen negotia er geriren will, so kommt es darauf an, ob Letzterer das Geschäft hinterher ratihabirt, und den daraus erwachsenden Vortheil noch beziehen kann, oder nicht. Ist jenes, so werden die Partheyen gegenseitig nach den Regeln der negotiorum gestio zu beurtheilen seyn; ratihabirt der Andere das Geschäft nicht, oder kann er wenigstens den beabsichtigten Vortheil gar nicht erhalten, indem dieser einem andern zu Theil worden ist, so findet keine actio negot. gestor. unter ihnen Statt, l. 6. §. 10. 11. D. eod.

b) Dahin gehört der Fall, wenn er sich blos einbildete, Auftrag zu haben; wenn der gegebene Auftrag ungültig ist; oder wenn ein Dritter ohne Auftrag des Geschäftsherrn einem andern die Geschäfte des Letzteren zu verwalten befahl, indem dann diese gegen einander nur negotiorum gestores sind, l. 5. 19. §. 2. l. 32. D. h. t. l. 14. C. h. t. l. 7. 8. D. ad Sct. Vellej.

c) l. 6. §. 2. l. 18. 53. D. mandati. l. 6. C. eod.

d) l. 9. D. h. t. l. 9. 19. C. eod. l. 60. D. de reg. iuris. Cocceji h. t. qu. 2. Thibaut §. 1154.

§. 1222.

3) Die Besorgung des Geschäftes darf nicht gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Eigenthümers geschehen; wenn der Geschäftsführer, nachdem er das Verbot erfahren, noch fortfährt die Angelegenheiten des Andern zu verwalten, so kann er wegen der Unkosten, die er von dieser Zeit an zum Vortheil desselben verwendete, keine Ansprüche machen, wohl aber wegen dessen, was er vorher für ihn gethan hat [a]). 4) Der Geschäftsführer muß die Absicht gehabt haben, sich

den Eigenthümer für die aufgewendeten Kosten verbindlich zu machen, nicht aber sie demselben zu schenken [b]); da jedoch die Absicht zu schenken nicht vermuthet werden kann [c]), so wird blos in dem Falle, wo dieselbe ausdrücklich erklärt worden, die Entschädigungsklage ganz wegfallen; außerdem aber wegen dessen, was zum wirklichen Vortheile des Eigenthümers verwendet worden ist, stets eine Klage zustehn [d]). Endlich ist 5) erforderlich, daß das Geschäft auf eine solche Art unternommen worden sey, daß der Eigenthümer davon hätte Nutzen haben können, wenn auch der beabsichtigte Vortheil nachher wieder verloren gegangen ist [e]).

a) l. vlt. C. h. t. l. 40. D. mandati. l. 6. §. 2. D. eod.

b) l. 6. §. 2. D. mandati. l. 33. D. de cond. ind.

c) l. 25. pr. D. de probation. Eine Ausnahme ist bey nahen Verwandten, Aeltern und Kindern oder Ehegatten, bey welchen vermuthet wird, daß sie die einander gegebenen Alimente und andern zu ihrem persönlichen Vortheil gemachten Aufwand nicht zurückfordern wollen; ausgenommen wenn derjenige, für den der Aufwand gemacht worden, eignes Vermögen besitzt, l. 11. 13. C. h. tit. Berger Oec. L. III. Tit. VI. th. 1. n. 6.

d) Nach dem Röm. Rechte ist erforderlich, daß der Geschäftsführer gewußt, er besorge die Geschäfte eines Andern, und daß er dabey die Absicht gehabt, diesen zu verpflichten. Wenn er daher glaubt, seine eignen Angelegenheiten zu besorgen, indem er fremde betreibt, so hat er nicht die actio negotior. gestor., sondern blos ein Retentionsrecht oder die condictio indebiti, l. 14. §. 1. D. communi diuid. l. 33. D. de condict. indeb. Allein, da die Billigkeit nicht gestattet, daß der Eigenthümer sich durch den Verlust des andern bereichere, und auf die Namen der Klage h. z. T. nichts ankommt, so wird ihm die Klage auf Schadloshaltung nicht verweigert werden können. Cocceji a. a. O. qu. 1. Glück Comm. a. a. O. §. 421. S. 347.

e) l. 10. §. 1. D. h. t.

§. 1223.

Der Geschäftsführer ist bey der ohne Auftrag übernommenen Verwaltung fremder Angelegenheiten verbunden 1) den höchsten Fleiß anzuwenden und allen Schaden, der durch seine Nachlässigkeit entsteht, zu ersetzen [a]). Für den blosen Zufall steht er hingegen nicht, wenn er nicht a) entweder sich hiezu besonders anheischig gemacht [b]), oder b) ein Geschäft unternommen hat, das seiner Natur nach gewagt und mit Gefahr verbunden ist, und welches der Eigenthümer selbst nicht würde unternommen haben [c]), oder c) wenn er sich der Geschäftsführung gegen das Verbot des Eigenthümers unterzieht [d]); oder endlich d) wenn er die Verwaltung in arglistigen und eigennützigen Absichten unternahm [e]). Von der Verbindlichkeit, den höchsten möglichen Fleiß anzuwenden, ist er übrigens alsdann befreyt, wenn er sich der Besorgung einer Sache nur darum unterzog, weil sich niemand derselben annehmen konnte oder wollte, und sie außerdem würde zu Grunde gegangen seyn [f]); auch sind die Erben des Geschäftsführers nur für denjenigen Schaden verantwortlich, welcher durch culpam latam von ihrer Seite sich ereignet hat [g]).

a) §. 1. Inst. de obl. quae quasi ex contr. l. 21. C. mandati. l. 32. pr. l. 37. §. 1. D. h. t. l. 23. D. de reg. iur. l. 24. C. de vsuris. Cocceji a. a. O. qu. 7. Thibaut §. 1155. Chr. Gottl. Einert D. de negotior. gestoris ad culpam leuiss. praestandam oblig. Lipsi. 1767. Ueber die Meynungen Anderer s. Glück a. a. O. § 422. a. Doch wird hiebey der gemachte Gewinn mit dem Schaden soviel wie möglich compensirt, l. 11. D. h. t.

b) l. 22. C. h. t. Ein solcher Vertrag darf jedoch nicht mit dem Eigenthümer des Geschäftes selbst abgeschlossen

werden, weil es sonst aufhören würde, eine negotiorum gestio zu seyn.

c) l. 11. D. h. t.

d) l. 8. §. 3. D. eod.

e) l. 6. §. 3. D. eod.

f) l. 3. §. 9. D. eod. Blos für dolum und culpam latam ist er zu haften verbunden.

g) Auch sind diese nicht zur weitern Besorgung der Geschäfte verpflichtet, l. 17. C. h. t.

§. 1224.

2) Eben daher muß der negotiorum gestor alles, was zur Beförderung des Geschäfts gehört, besorgen, und dasselbe, soweit es möglich, zu Ende bringen, und ist daher auch für das Unterlassene verantwortlich [a]). 3) Wenn er selbst dem Eigenthümer etwas schuldig ist, so muß er dasselbe zur Verfallzeit gehörig bezahlen [b]); 4) endlich beym Schlusse seiner Geschäftsverwaltung Rechnung ablegen, und alles, was er von dem Eigenthümer in Händen hat, nebst den erhobenen Nutzungen, Zinsen und Accessionen demselben überliefern [c]). Der Eigenthümer des Geschäfts ist dagegen verpflichtet 1) dem negotiorum gestori alle Schäden zu vergüten, die er bey der Geschäftsverwaltung erlitten, und das, was er zum Nutzen desselben aufgewendet, mit landüblichen Zinsen wieder zu bezahlen [d]), und 2) denselben von den Verbindlichkeiten, die er um der Geschäftsführung willen übernommen, zu befreyen [e]). Die aus der Geschäftsführung entspringenden Klagen sind die actio negotiorum gestorum directa und contraria. Erstere steht dem Eigenthümer des Geschäftes gegen den Geschäftsführer zu, und geht auf Herausgabe dessen, was dieser noch von den besorgten Sachen und Angelegenheiten besitzt,

auf Rechnungsablegung und Ersatz des durch seine Nachlässigkeit oder Gefährde entstandenen Schadens. Die Letztere hingegen wird von dem negotiorum gestore gegen denjenigen angestellt, dessen Geschäfte er besorgt hat, um Schadloshaltung von demselben zu erlangen, und von den für ihn übernommenen Verbindlichkeiten befreyt zu werden. Zu demselben Endzwecke kann er sich auch der Ausflucht der Compensation bedienen, oder ein Retentionsrecht an den Sachen des Eigenthümers ausüben, wenn er von diesem mit der act. neg. gest. directa belangt worden ist [f]). Die actio contraria findet auch dann Statt, wenn der beabsichtigte Nutzen durch Zufall wieder verloren gegangen ist, im Falle nur von Anfange an das Geschäft nützlich gewesen [g]). Dagegen cessirt sie: 1) wenn das Geschäft Anfangs gleich ohne Nutzen für den Principal war [h]), oder 2) gegen dessen ausdrückliches Verbot unternommen wurde, oder 3) der Geschäftsführer zur Besorgung dieser Angelegenheiten ohnedem verbunden war [i]), oder 4) die Unkosten schenken wollte, oder sonst wegen seiner Verbindung mit dem Principal nicht wiederfordern kann [k]).

a) l. 6. §. 12. l. 21. §. 2. D. h. t. l. 20. C. eod. Daher muß er auch von Capitalen, die er nicht ausgeliehen hat, landübliche Zinsen bezahlen, ausgenommen wenn der Eigenthümer ebenfalls seine Capitale nicht auszuleihen pflegte, l. 13. §. 1. D. de vsuris. l. 19. §. 4. l. 31. §. 3. D. h. t. Thibaut §. 1155.

b) l. 38. D. h. t. l. 6. §. vlt. eod.

c) l. 2. 7. C. h. t. l. 2. 8. §. 1. D. eod. §. 1. Inst. de oblig. quae quasi ex contr. Von dem Gelde, welches er in seinen Nutzen verwendet, muß er Zinsen bezahlen, und zwar nach Röm. Rechte 12 pro Cent, l. 38. D. h. t.

Allein h. z. T. werden nur 5 pro Cent gerechnet. Menken syst. iur. ciu. sec. ord. Pandect. h. tit. §. 3.

d) l. 2. 19. §. 4. l. 10. pr. 45. D. h. t. l. 10. C. eod. l. 37. D. de vsuris.

e) l. 2. l. 28. D. h. t.

f) l. 18. §. vlt. D. commodati. l. 1. pr. D. quibus modis pign. l. hyp. solu.

g) l. 12. D. h. t.

h) l. 10. §. 1. D. eod.

i) arg. l. 13. C. h. t.

k) l. 34. D. h. t. l. 11. C. eod.

VIII. Von der Actio funeraria.

§. 1225.

Aehnlichkeit mit der letztern Klage hat die actio funeraria, welche von demjenigen, der das Begräbniß eines fremden Verstorbenen besorgt, und dabey Kosten aufgewendet hat, wider diejenigen angestellt wird, welchen die Verbindlichkeit zur Besorgung desselben obgelegen hätte, um von ihnen Ersatz der verwendeten Kosten zu erhalten. In Absicht dieser Personen muß man nun unterscheiden, ob der Verstorbene jemanden die Sorge für die Beerdigung aufgetragen, oder nicht. Ist jenes der Fall, so kann er durch Klagen dazu angehalten werden, oder verliert die ihm unter dieser Bedingung ausgesetzten Legate [a]). Ist nichts hierüber bestimmt, so müssen in der Regel die Beerdigungskosten aus dem vom Verstorbenen hinterlassenen Vermögen bestritten werden [b]); daher haben zunächst die eingesetzten oder Intestaterben für die Beerdigung zu sorgen [c]). Nach diesen liegt den Kindern, Aeltern und Ehegatten des Verstorbenen diese Verbindlichkeit ob, und zwar letztern im Falle sie etwas erben, noch vor jenen [d]); endlich aber denen, welche

dem Verstorbenen Alimente zu geben verpflichtet waren [c]). Wenn keine Erben vorhanden sind, oder wenn sie, oder diejenigen, denen es sonst obliegt, die Besorgung unterlassen, und ein Andrer sich diesem Geschäfte unterzieht, so steht ihm wegen der aufgewendeten Kosten die actio funeraria gegen dieselbe zu [f]). Wenn endlich niemand hiezu bereit ist, so ist der Verstorbene auf öffentliche Kosten zu beerdigen.

a) l. 12. §. 4. l. 14. §. 2. D. de religiosis et sumtibus funerum.

b) l. 1. l. 14. §. 1. 13. l. 31. l. 45. D. de religiosis. In subsidium werden sie auch aus den Lehngütern des Verstorbnen bezahlt. Wernher P. IX. Obs. 135.

c) l. 12. §. 4. D. eod.

d) l. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 28. 30. pr. D. eod. Erbt der Mann übrigens, wenn keine Aeltern mehr am Leben, auch nichts von der Frau, so muß er doch für die Beerdigung Sorge tragen. Berger Oec. L. III. Tit. 6. th. 1. n. 7. Wernher P. I. Obs. 73.

e) Stryck vsus mod. L. XI. Tit. 7. §. 42. s. oben Th. I. §. 154. not. a.

f) l. 1. l. 12. §. 2. D. de religiosis. Nach der Vorstellung der Römischen Juristen verpflichtet sich der, welcher, ohne Auftrag und Verbindlichkeit zu haben, die Beerdigung besorgt, dem Verstorbnen selbst, nicht den Erben, und daher schien die actio negotior. gestor. unpassend zu seyn. Doch findet diese auch Statt, wenn derjenige, welcher die Beerdigung veranstalten sollte, bekannt ist, und ein Andrer blos um dessen willen, nicht in Rücksicht des Verstorbnen, sich dem Geschäfte unterzieht. Genehmigt es derselbe nicht, so kann demungeachtet die actio funeraria noch angestellt werden; arg. l. 14. §. 13. 16. D. h. t. Hat der Erbe jemanden zur Besorgung Auftrag gegeben, so findet die actio mandati Statt, l. 14. §. 15. eod.

§. 1226.

Zu den Beerdigungskosten gehört zunächst dasjenige, was nothwendig aufgewendet werden muß, um

den Körper zur Erde zu bestatten [a]); sodann aber auch die Kosten für die Trauer um den Verstorbenen [b]), und die Unkosten, welche die letzte Krankheit des Verstorbenen verursacht hat [c]). In Ansehung der Größe der erstern muß auf den Stand und Vermögen des Verstorbenen Rücksicht genommen werden, und wegen übermäßig aufgewendeter Unkosten findet keine Klage auf Ersatz Statt [d]). Eben so cessirt auch die Klage, wenn jemand aus Zuneigung zu dem Verstorbenen und nicht in der Absicht, sich den Regreß vorzubehalten, die Beerdigung besorgt hat [e]); oder wenn er im Gegentheile sie veranstaltet hat, um durch dieselbe den Verstorbenen zu beschimpfen [f]). Uebrigens genießen die Krankheits- und Beerdigungskosten, wenn ein Concurs zu dem Vermögen entsteht, ein Vorzugsrecht, und werden in der ersten Classe zunächst nach den Proceßkosten und demjenigen, was bey feindlichen Einfällen oder einer Hungersnoth geliehen worden, wiederbezahlt [g]).

a) l. 14. §. 3. 4. l. 37. pr. D. de religiosis.

b) Polizeyordn. v. J. 1661. Tit. 18. C. A. I. 1583. Mand. v. 19. July, 1739. und v. 7. März, 1750. C. A. C. I. 657. 753.

c) Erl. Proc. Ordn. Tit. 42. §. 3. Const. 28. im 1ten Th. Berger Oec. L. III. Tit. 6. th. 1. n. 7. Menken Pand. L. XI. Tit. 7. §. 9.

d) l. 14. §. 12. l. 12. §. 6. D. h. t. Die Obrigkeit hat hiebey zu ermessen, in wiefern das gesetzliche Maaß überschritten, und die angezognen Polizeyverfügungen dienen dabey zur Richtschnur. Struck vsus mod. Lib. XI. Tit. 7. §. 60. Menken Pand. Lib. XI. Tit. 7. §. 9. Die Klage cessirt auch, wenn jemand mehr aufgewendet, als der Verstorbene verordnet, in Ansehung des Ueberschusses. Wernher P. IV. Obs. 177.

e) l. 14. §. 7. 8. 13. D. h. t.

f) l. 14. §. 10. eod.

g) Erl. Proc. O. a. a. O. Wernher P. I. Obs 100.

IX. Von der Actio ad exhibendum.

§. 1227.

Auch das jetzt genannte Rechtsmittel beruht auf einer unmittelbaren Verbindlichkeit, indem die Gesetze hiebey den Grundsatz der Billigkeit befolgen, daß jeder gehalten sey, dasjenige geschehen zu lassen, wodurch ein Andrer seinen Vortheil befördert, ohne dem Erstern dadurch zu schaden [a]). Daher kann derjenige, welcher zur Verfolgung eines dinglichen Rechtes die Sache, an welcher ihm dasselbe zusteht, vorläufig sehen und untersuchen muß, sich, wenn ihm keine andre Rechtsmittel zu Gebote stehen [b]), der actio ad exhibendum wider den Besitzer dieser Sache bedienen [c]). Sie setzt 1) voraus, daß der Kläger Schaden haben würde, wenn er die Sache nicht sehen und untersuchen könnte [d]), der Besitzer aber durch die Vorzeigung keinen unmittelbaren Nachtheil erleidet [e]); 2) es kann die Exhibition aller und jeder Sachen, mit Ausnahme schon verbrauchter und mit einem Gebäude verbundener Baumaterialien [f]), gefordert werden; selbst derer Dinge, welche mit andern im Eigenthume des Beklagten befindlichen Sachen fest verbunden sind, indem solche auf Kosten und Gefahr des Impetranten davon getrennt und ausgeliefert werden müssen [g]).

a) arg. l. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluu. Struck tract. de action. Sect. I. membr. 2. §. 39. Lauterbach coll. Pand. Lib. X. Tit. 4. §. 4. 6.

b) l. 3. §. 8. D. ad exhibend.

c) l. 1. l. 3. §. 3 — 10. D. ad exhib.

d) l. 3. §. 9. D. eod. Gerh. Noodt comment. ad h. tit. in Ei. oper. T. II. 245. Wenn auch der Impetrant ein Realrecht auf die Sache hat, so braucht er doch, um

die Exhibition zu erlangen, dieses nicht anzuführen oder zu beweisen, l. 3. §. 1. eod. Kann er kein besonderes Interesse an der Sache darthun, so ist der Richter befugt, sein Gesuch abzuweisen, l. 3. §. 11. 13. l. 19. eod.

e) l. 206. D. de reg. iur.

f) l. 6. 7. pr. D. ad exhib.

g) l. 6. 7. §. 1. 2. l. 12. pr. l. 13. D. eod. Auch die Exhibition unbeweglicher Dinge kann gefordert werden; sie besteht in diesem Falle darin, daß der Besitzer dem Impetranten den Zutritt in selbige und die Untersuchung gestatten muß. Menken Pand. Lib. X. Tit. 4. §. 1. Lauterbach eod. tit. §. 10. Berger Oec. Lib. III. Tit. 13. th. 1. n. 3. — In Ansehung schriftlicher Urkunden unterscheidet Stryck vsus mod. hoc. tit. §. 3. auch zwischen Exhibition und Edition derselben, indem jene blos die Absicht habe, sich von der Existenz und Beschaffenheit derselben zu unterrichten, letztere aber zugleich den Gebrauch derselben bezweckt; bey jener fallen daher die Ausflüchte, welche zuweilen vor der Edition der Urkunden schützen, weg. Allein da die Exhibition ebenfalls den Besitz der Urkunden und mithin Gelegenheit zum Gebrauche der Urkunde gewährt, so scheint dieser Unterschied nicht gegründet, und die verlangte Herausgabe einer Urkunde stets nach den Regeln der Edition zu beurtheilen zu seyn.

§. 1228.

3) Der Zweck der Exhibition in diesem engern Sinne ist, dem Impetranten den einstweiligen natürlichen Besitz der Sache, um sie untersuchen zu können, zu verschaffen [a]). Daher wird sie 4) stets von dem Besitzer gefordert, er mag Eigenthümer seyn oder nicht [b]), und das Gesuch ist folglich unwirksam, wenn dieser ohne seine Schuld die Sache nicht mehr besitzt [c]). Hat er sie gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, so ist er zum Ersatze alles Schadens verpflichtet, der aus der verhinderten Exhibition entspringt [d]), und es kann zu dem Ende der Impetrant zu dem iuramento in litem zugelassen werden [e]). Wenn er

ohne die Absicht, dem Impetranten zu schaden, die Sache aufgehört hat natürlich zu besitzen, so muß er versprechen, dieselbe alsdann, wenn sie wieder in seinen Besitz kommt, zu exhibiren [f]). 5) Die Exhibition geschieht übrigens stets auf Kosten des Impetranten, doch muß der Besitzer diejenigen Unkosten tragen, welche gewöhnlich auf die Sache verwendet werden müssen, und die er auch bey der ununterbrochenen Fortdauer des Besitzes hätte machen müssen, ingleichen diejenigen, welche er selbst verursacht hat [g]). Endlich kann 6) dieses Rechtsmittel auch zu dem Zwecke angewendet werden, um sich den Besitz einer Sache zu verschaffen, die ein Andrer nicht als Eigenthümer besitzt, ohne daß doch possessorische Rechtsmittel Statt finden [h]). Auch in diesem Falle findet wegen verweigerter Exhibition der Anspruch auf Ersatz des Schadens Statt; auch kann der Impetrant nach Erlangung der Exhibition noch zu Verfolgung seiner übrigen Ansprüche die ihm zustehenden persönlichen oder dinglichen Klagen anstellen [i]).

a) l. 2. D. h. t. l. 3. §. 8. D. de homine lib. exhib. l. 22. D. de verb. sign.

b) l. 3. §. vlt. l. 4. 5. pr. D. ad exhib.

c) l. 5. §. vlt. l. 12. §. 5. D. eod.

d) l. 9. pr. §. 1. 2. 3. vlt. D. eod. Eben dieß ist der Fall, wenn er auf andre Weise die Exhibition dolose verhindert hat, l. 9. §. vlt. l. 12. §. 4. eod.

e) l. 5. pr. D. de in litem iurando. **Duarenus** comm. in Lib. 12. Tit. 3. Dig. cap. 3. in Ei. oper. Francof. 1607. p. 874. b.

f) l. 5. §. 6. l. 12. §. 5. D. h. t.

g) l. 11. §. 1. D. eod.

h) So z. B. wegen Geldes, das ein non dominus empfangen und dolo zu besitzen aufgehört hat, statt der Vindicationsklage, l. 11. §. 2. D. de rebus cred. Mehrere Fälle enthalten l. 5. §. 2. 3. 4. 5. D. hoc tit. l. 1. 8.

9. C. eod. §. 3. Inst. de officio iudicis. Thibaut Pandekten. §. 797.
i) l. 1. C. ad exhib. l. 2. D. eod.

Zweytes Hauptstück.

Von mittelbaren Verbindlichkeiten.

§. 1229.

Die mittelbaren Verbindlichkeiten entstehen zunächst aus einer Handlung des Schuldners, welche erlaubt oder unerlaubt ist. Von den Wirkungen der letztern ist, in soweit sie in das Privatrecht gehören, nämlich als Veranlassung zu einer Schädenforderung, bereits oben gehandelt. (§. 1149. fgde.) Wir haben daher blos von den erlaubten Handlungen oder den Willenserklärungen hier zu handeln, und zwar 1) von einseitigen Versprechen, 2) von acceptirten Willenserklärungen oder Verträgen; bey diesen aber wieder A) von Verträgen überhaupt, und B) von einzelnen Arten der Verträge.

Erster Abschnitt.

Von unacceptirten Versprechen.

§. 1230.

Ein **Versprechen** oder **Pollicitation** im weitern Sinne ist die Willenserklärung, daß man zum Vortheil eines Andern etwas geben, thun oder unterlassen wolle. Zur Gültigkeit eines Versprechens an sich, wird alles dasjenige erfordert, was überhaupt nöthig ist, um einer verbindenden Handlung Gültigkeit zu verschaffen (§. 1125. fgde.), und es ist folglich völlig nichtig, wenn 1) derjenige, der es thut, un-

fähig ist, Verbindlichkeiten zu übernehmen; 2) wenn er das Versprechen nicht freywillig oder nicht ernstlich gethan; 3) wenn der Gegenstand unmöglich oder zu unbestimmt, oder wenn 4) die Person, zu deren Vortheil es gethan worden, nicht bestimmt ist. Ein einseitiges Versprechen bringt jedoch, wenn auch alle innern Erfordernisse zu seiner Gültigkeit vorhanden sind, in der Regel erst dann eine juristische Verbindlichkeit hervor, wenn derjenige, zu dessen Vortheil es geschehen, erklärt, daß er das Versprochne annehmen und sich des angebotenen Rechtes, es vom Promittenten zu fordern, bedienen wolle [a]), weil außerdem der Versprechende seinen Willen wieder ändern kann und niemand befugt ist, ihn hierinnen zu hindern [b]).

a) l. 19. §. 2. D. de donationib. l. 69. D. de reg. iuris. Durch die Acceptation erwirbt der Promissar das Recht gegen den Promittenten; wo aber kein erworbenes Recht ist, da giebt es auch keine rechtliche Verbindlichkeit.

b) l. 51. D. de receptis, qui arbitr. Joh. Christ. Friedr. Meister über die Pollicitationen und Gelübde. Berlin und Stralsund, 1781. 8. Friedr. Gottlieb Zoller D. de lege sibi dicta. Lipsi. 1745. Renatus Gotth. Löbel D. de caussa sanctitatis conuentionum iure rationis. Lipsi. 1791.

§. 1231.

Es giebt inzwischen drey Ausnahmen, wo nach den bürgerlichen Gesetzen auch unacceptirte Versprechen eine klagbare Verbindlichkeit hervorbringen, vorausgesetzt daß sie an sich gültig und beständig seyen. Dieß ist 1) der Fall wenn jemand einem Unmündigen unbedingt etwas schenket oder verspricht, wenn auch weder der Unmündige selbst noch der Vormund es acceptirt. Andre gegen einen Unmündigen gethane,

bedingte Versprechungen, welche voraussetzen, daß der letzte ebenfalls Verbindlichkeiten übernehmen solle, sind vor der geschehenen Acceptation des Vormundes in soweit verbindend, daß der Versprechende nicht eher, als bis diese Erklärung erfolgt ist, davon wieder abgehen und daher zur Erfüllung des Versprochnen genöthiget werden kann, wenn der Vormund in der Folge den Handel noch genehm hält. Eben deßhalb aber kann dieser von ihm angehalten werden, daß er binnen einer ihm zu setzenden Sächsischen Frist seine Erklärung darüber bewirke. Ist die Sache von einiger Erheblichkeit, so muß der Vormund zuvor bey der Obrigkeit, welche ihn bestätigt hat, anfragen [a]).

a) Vorm. Ordn. Cap. XIII. §. 1. 2. 3. Ob dieses auch auf die übrigen Personen zu beziehn sey, welche unter Vormundschaft stehen, ist nicht entschieden, indem es im 24. Cap. blos heißt, daß ihre Vormünder eben das zu beobachten haben, was andern Vormündern obliegt. Da jedoch die Gültigkeit einer Schenkung ohne Annahme ein wahres ius singulare ist, welches das Sächs. Recht den Unmündigen giebt, und im Röm. Rechte nur dann zugestanden ist, wenn die Schenkung sogleich durch die Uebergabe vollzogen wird, l. 3. C. de acqu. poss. Struck caut. contr. Sect. I. cap. 2. §. 6. Claproth von Eingehung der Verträge. I. S. 334. so glaube ich, daß man es nicht weiter ausdehnen kann, als der Grund desselben, nämlich die wirkliche Unfähigkeit der Ueberlegung geht. Folglich würde zwar ein unbedingtes Versprechen an einen Wahnsinnigen ohne Annahme gelten, keinesweges aber das an einen Verschwender, Abwesenden u. s. w., weil diese persönlich fähig sind, die Annahme zu bewirken. In Ansehung bedingter Versprechen würde jedoch, wegen der daraus entstehenden Verbindlichkeit, auch bey Verschwendern die Erklärung des Vormundes nöthig seyn.

§. 1232.

2) Pollicitationen im engern Sinne oder Ver-

sprechen einer zum Vortheil des Staates, oder einer einzelnen Stadt, oder Dorfgemeinde zu vollziehenden Handlung [a]) sind ebenfalls ohne Annahme gültig; doch wird dabey vorausgesetzt, daß A) der Versprechende nicht nur überhaupt seines Verstandes und Willens völlig mächtig, sondern auch fähig sey über sein Vermögen frey zu disponiren, daher Pollicitationen von Kindern unter väterlicher Gewalt ohne Einwilligung der Aeltern ungültig sind [b]); B) daß der Versprechende einen bestimmten Grund zu dem Versprechen habe [c]), oder C) wenn dieser fehlt, schon einen Anfang zur Ausführung desselben gemacht habe [d]). Sind diese Erfordernisse vorhanden, so kann nicht nur der Pollicitant selbst angehalten werden, das Versprochene zu leisten und Verzugszinsen von der Zeit an zu bezahlen, wo er es hätte erfüllen sollen [e]); sondern auch die Erben desselben sind zuweilen noch zur Leistung verbunden. Es kann nämlich 1) von den Erben nur dann die volle Summe des Versprochenen unbedingt beygetrieben werden, wenn der Verstorbene dasjenige, weßhalb er die Pollicitation that, wirklich erlangt hat [f]). 2) Hat er es zwar nicht erlangt, aber schon angefangen sein Versprechen zu erfüllen, so können sie, wenn sie nicht freywillig die Ausführung vollenden wollen, in sofern sie Descendenten des Verstorbenen sind, durch Erlegung des zehnten, andre Erben aber durch den fünften Theil der Erbschaft sich von der Erfüllung loskaufen; ist 3) keins von beyden der Fall, so sind sie gar nicht verbunden [g]). Auch der Pollicitant selbst kann, wenn sein Vermögen nicht hinreicht, sich durch Bezahlung des fünften Theiles von seinem

Vermögen befreyen [h]). Wenn der Pollicitant sein Versprechen mit einer Bedingung verbindet, deren Erfüllung dem Staate oder der Gemeinde nachtheilig seyn würde, so ist die letzte nicht verpflichtet, diese Bedingung zu erfüllen, und die Pollicitation wird folglich als unbedingt betrachtet [i]).

a) Gerh. v. Stöcken D. de pollicitatione. Argent. 1679. qu. 5. §. 2. II. p. 22. Dan. Nettelbladt de pollicitatione inpr. in specie sic dicta. Hal. 1779. u. in Ei. exercitat. academ. ibid. 1783. cap. 2. §. 11. 17. Meister in der angez. Schrift.

b) l. 2. §. 1. l. 6. §. 2. D. de pollicitat. Nettelbladt a. a. O. §. 15.

c) l. 1. §. 1. 5. l. 4. l. 7. l. 13. pr. D. de pollicit. l. 19. pr. D. de donat. Die Ursachen, welche die Gesetze Beyspielsweise anführen, sind ein die Stadt betroffenes Unglück, oder Erlangung einer Ehrenstelle u. dgl. Als ein crimen ambitus kann ein solches Versprechen darum nicht betrachtet werden, weil es nicht den einzelnen Personen geschieht, die das Amt conferiren, sondern dem Staate, also einer dritten Person, in Ansehung deren es also nur ein Versprechen sub conditione oder ex caussa ist, wenn nämlich das Amt schon vorher ertheilt war. Nettelbladt §. 19. n. 1.

d) l. 1. §. 2. 3. 4. 5. 6. l. 3. pr. l. 6. §. 1. D. de pollicit. Nach der l. 5. eod. wird auch erfordert, daß die Pollicitation mündlich geschehe, indem hier eine schriftlich geschehene für ungültig erklärt wird, und Nettelbladt a. a. O. §. 19. ist der Meynung, daß auch jetzt noch dieß zu beobachten sey. Allein die l. 5., welche ganz allein dieß sagt, ist zu unbestimmt, als daß man einen Grund derselben erkennen könnte, und bezieht sich überdem auf ein besondres nicht erzähltes factum, in welchem wohl die Ursache der Ungültigkeit liegen möchte. Hiezu kommt, daß ein schriftlich geschehenes votum vollkommen gültig ist, welches wohl auch auf die Pollicitationen zu beziehen seyn möchte, und daß der von Nettelbladt gebrauchte Grund — die Aehnlichkeit mit den Stipulationen — h. z. T. von gar keinem Gewichte seyn kann.

e) l. 1. pr. l. 3. 6. §. 2. eod. l. 16. pr. D. de vsuris. Der Gemeinde werden Syndici bestellt, um die Klage zu führen, l. 8. eod.

f) l. 6. pr. l. 9. eod.

g) l. 6. pr. l. 9. 11. 14. 15. eod. Nettelbladt a. a. O. §. 22.

h) l. 9. eod.

i) l. 12. §. 1. l. 13. §. 1. D. eod. Nettelbladt a. a. O. §. 20. — Ungeachtet übrigens die Pollicitationen in Ansehung des Effektes den Schenkungen gleich sind, so ist doch bey ihnen die gerichtliche Insinuation wegen eines Betrags von mehr als 500 Ducaten nicht nöthig. v. Stöcken a. a. O. Quaest. 3. §. 26. Nettelbladt a. a. O. §. 20. n. 3.

§. 1233.

Endlich sind 3) Gelübde oder Versprechungen, welche Gott, der Kirche oder einer milden Stiftung geschehen, hieher zu rechnen. Wenn diese blos eine religiöse Handlung des Gelobenden betreffen, so bringen sie keine äußere Verbindlichkeit hervor; verspricht derselbe hingegen, einen Theil seines Vermögens zum Vortheil der Kirche oder einer pia causa zu verwenden, oder derselben sonst äußere Rechte zuzugestehen (votum reale), so sind die Consistorien oder die Vorsteher dieser Anstalten berechtigt den Gelobenden, oder dessen Erben, zur Erfüllung anzuhalten [a]). Zur Gültigkeit des Gelübdes wird ebenfalls erfordert, daß es freywillig, wohl überlegt und ernstlich geschehen sey, und daß der, welcher es thut, die freye Disposition über sein Vermögen habe [b]).

a) l. 2. §. 2. D. de pollicit. cap. 6. X. de testam. cap. 18. X. de censibus. Böhmer ius eccles. protest. Lib. III. Tit. 34. §. 19. seq.

b) l. 2. §. 1. D. de pollicit. Böhmer l. c. §. 22.

Zweyter Abschnitt.

Von Verträgen.

Erste Abtheilung.

Von den Erfordernissen und Bestandstheilen der Verträge überhaupt.

§. 1234.

Ein **Vertrag** ist nichts anders, als ein acceptirtes Versprechen; oder die gegenseitige, vollendete Einwilligung zweyer oder mehrerer Personen in ein und eben dasselbe Versprechen, in der Absicht, um dem Versprechenden die Verbindlichkeit aufzulegen, etwas zu thun, oder zu leisten, dem Acceptirenden hingegen das Recht zu geben, jene Leistung zu fordern [a]).

a) l. 1. §. 2. D. de pactis. Heinr. Gotth. Nißen Versuch über die natürliche Verbindlichkeit der Verträge. Hamburg, 1782.

§. 1235.

Die Bestandtheile der Verträge theilen sich in **wesentliche** und **außerwesentliche**. Die erstern sind entweder allen Verträgen gemein, oder sind nur erforderlich, um eine oder die andre Art von Verträgen zur Existenz zu bringen, wie z. B. bey dem Kaufe die Waare und das Geld u. s. w.; von diesen wird daher bey den einzelnen Verträgen selbst das Nöthige gesagt werden. Allgemeine wesentliche Erfordernisse aller Verträge sind ein gültiges Versprechen und die Annahme desselben, oder die gegenseitige vollendete Einwilligung. Die außerwesentlichen Bestandtheile sind entweder solche, die gewöhnlich bey den Verträgen vorhanden sind, so daß ihr Daseyn bey denselben ver-

muthet werden kann, oder solche, die ganz von der Willkühr der Contrahenten abhängen, deren Daseyn folglich nicht vermuthet werden kann, sondern erst bewiesen werden muß [a]). Von jenen wird ebenfalls bey den einzelnen Verträgen gehandelt werden; es wird daher hier 1) von den allgemeinen wesentlichen Bestandtheilen, 2) von der äußern Form, 3) den Befestigungsmitteln, 4) den Nebenbestimmungen, 5) den Wirkungen, und 6) der Erklärung der Verträge im Allgemeinen zu sprechen seyn.

a) Glück Comment. IV. §. 305.

I. Von der gegenseitigen Einwilligung.

§. 1236.

Aus dem Begriffe eines Vertrages ergiebt es sich, daß derselbe nicht bestehen kann, ohne ein Versprechen von der einen, und die Annahme desselben von der andern Seite. Was unter einem Versprechen verstanden werde, und was zur Gültigkeit eines solchen gehöre, ist bereits gesagt. (§. 1230.) Die Annahme des Versprechens oder die Acceptation ist die Erklärung dessen, an den dasselbe gerichtet ist, daß er sich des ihm angebotnen Rechts, vom Promittenten den Gegenstand seines Versprechens zu fordern, bedienen wolle. Ein Vertrag ist mithin erst von dem Augenblicke an vorhanden, wo die Acceptation erfolgt ist, und hört auch wieder auf zu existiren, wenn der Promissar seine Acceptation wieder zurücknimmt, oder erklärt, daß er sich des Rechtes nicht mehr bedienen wolle. Zur Acceptation eines Versprechens ist in der Regel jeder fähig, wenn er nur 1) im Stande ist das

ihm angebotne Recht zu besitzen, und 2) in ofern das Versprechen unter einer Bedingung geschieht, er fähig ist, sich zur Erfüllung derselben bey der Annahme verbindlich zu machen.

§. 1237.

Die durch das Versprechen und dessen Annahme bewirkte Uebereinkunft muß nun gegenseitig und vollender seyn. In Ansehung der erstern Eigenschaft ist mithin erforderlich, daß A) bey Abschließung eines Vertrags zwey oder mehrere Personen concurriren müssen, welche sich gegenseitig Rechte und Verbindlichkeiten zugestehen; es kann mithin niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen, wenn er auch in Hinsicht eines Amtes und dergl. als eine doppelte Person zu betrachten seyn sollte; und eben so wenig mit einem andern, der in rechtlichen Verhältnissen mit ihm für Eine Person betrachtet wird [a]). B) Die Paciscirenden müssen relativ fähig seyn, sich die beabsichtigten Rechte zuzugestehen; so können z. B. Eheleute, außer in gewissen Fällen, keinen Schenkungsvertrag schließen; Aerzte nicht mit ihren Patienten über ein Heilerlohn contrahiren u. s. w., wie in der Lehre von einzelnen Verträgen ausführlicher zu sagen ist [b]). C) Beyde müssen zu einem und demselben Gegenstande des Vertrags ihre Einwilligung geben, und sowohl in Ansehung dessen, als in Hinsicht der zuzugestehenden Rechte völlig übereinstimmen; und D) das Versprechen eben so wie die Annahme freywillig erklären. Folglich ist der Vertrag ungültig, wenn ihm ein wesentlicher Irrthum, Furcht, Zwang oder Betrug zum Grunde liegen. (S. oben §. 1129 fgde.)

a) In Ansehung der Vormünder, die nicht auctores in rem suam werden können, entscheiden die Gesetze schon selbst, §. 3. Inst. de auctor. tutor. und eben dieß muß wegen der Aehnlichkeit der Ursachen auch auf andre Verwalter fremder Güter, auf Beamte u. dgl. Anwendung leiden. — Daß jedoch Aeltern und Kinder mit einander contrahiren können, s. oben Th. I. §. 160.

b) Nach der l. 9. C. de professor. et medic. dürfen z. B. zwar Aerzte mit Gesunden Verträge über ein Heilerlohn schließen, nicht aber mit Patienten; und obwohl Joh. Georg Scherzer D. de pacto medici cum aegroto pro salute. Argent. 1718. zu erweisen gesucht, daß jenes Gesetz nur als eine Particularverordnung zu betrachten sey, so sieht man doch aus Wernher P. VII. Obs. 213. daß ein solcher Vertrag für ungültig geachtet wird. Auf keinen Fall ist dieß aber auf andre Verträge zwischen Aerzten und Kranken zu erstrecken, sobald sie die natürlichen Erfordernisse der Verträge haben, und selbst die von einigen für das Gegentheil angezogne l. 3. D. de extraord. cognit. beweist dieses. Vergl. Leyser Spec. 189. med. 8. 9. 10. Stryck caut. contr. Sect. II. cap. 8. §. 5. Joh. Schultz Diss. de contractu medici cum aegroto. Dant. 1689. *de Hornatovsky* Epist. de valida emtione vend. inter medicum et aegrot. Lipsi. 1739. Meditat. über versch. Rechtsmat. 2ter Bd. no. 96.

§. 1238.

Daß die Acceptation bey dem Versprechen selbst oder unmittelbar darauf erfolge, ist nicht schlechterdings nöthig, vielmehr sind hiebey in Ansehung der Zeit mehrere Fälle zu unterscheiden. Die Annahme kann nämlich entweder dem Versprechen vorher gehen, oder nicht: I) Jenes ist der Fall, wenn derjenige, der gegen einen andern ein Recht zu erlangen wünscht, letztern bittet, ihm dasselbe zuzugestehn, und dieser ihm hierauf dieses Versprechen leistet. In diesem Falle bedarf es, wenn das Versprechen dem Antrage völlig gemäß ist, keiner besondern Annahme, und blos dann würde eine solche noch erforderlich seyn, wenn dasselbe

anders als der Promissar gebeten hatte, geleistet worden ist. II) Wenn die Acceptation nicht vorhergegangen, so muß man sehen, ob das Versprechen einem Anwesenden geleistet wird, oder einem Abwesenden. 1) Wird das Versprechen einem Anwesenden geleistet, und A) dieser acceptirt es sogleich, so ist der Vertrag für geschlossen zu achten; B) acceptirt er es nicht sogleich, bekommt aber eine Frist von dem Promittenten, um binnen derselben seine Erklärung zu thun, so kann der Letztere, so lange als diese Frist dauert, seine Zusage nicht zurücknehmen; erfolgt aber die Annahme nicht, so hört die eventuelle Verbindlichkeit des Versprechens wieder auf; C) wenn endlich der Promissar weder acceptirt, noch auch eine Ueberlegungsfrist bekommt, so ist das Versprechen ohne Wirkung, und die Erfüllung desselben kann nicht gefordert werden, wenn es nicht ein solcher Fall ist, wo ein Versprechen ohne alle Annahme verbindet. (§. 1231 fgde.)

§. 1239.

2) Geschieht das Versprechen einem Abwesenden, so unterscheide man, ob der Promittent demselben durch Briefe oder Zwischenpersonen Nachricht davon gegeben, oder nicht. A) Ist jenes geschehen, so hat das Versprechen wenigstens so lange eine eventuelle verbindende Kraft, bis der Zeit und Entfernung nach der Promissar auf die erhaltne Nachricht seine Gegenerklärung thun kann; schlägt er das Versprochne aus, oder erklärt er sich nach erhaltner Nachricht gar nicht darüber, so ist der Versprechende nicht mehr an seine Zusage gebunden, und kann dieselbe wieder zurücknehmen. B) Giebt er ihm keine Nachricht von dem Versprechen,

so kann wieder ein doppelter Fall eintreten; entweder thut er das Versprechen so, daß es von andern Personen gehört wird, oder nicht; a) ist das letztere, so ist es, als ein bloser Vorsatz, unverbindend; b) im erstern Falle muß man sehen, ob das einem Abwesenden, in Gegenwart andrer Personen, gethane Versprechen von jemanden für diesen Abwesenden angenommen wird, oder nicht. α) Acceptirt es jemand für den Abwesenden, und zwar A) als dessen Bevollmächtigter, so ist der Consens sogleich vorhanden, und das Versprechen mithin völlig verbindend; B) acceptirt er es nicht in ausdrücklichem Auftrage des Promissars, sondern nur als negotiorum gestor, so hat die Zusage allerdings verbindende Kraft für den Versprechenden, welche jedoch wieder aufhört, im Falle der Promissar die Ratihabition verweigert, oder wenn der negotiorum gestor, bevor er den Promissar von dem Versprechen benachrichtigt, den Promittenten wieder seiner Zusage entläßt. β) Acceptirt es niemand für den abwesenden Promissar, so ist auch die Zusage ohne alle Wirkung. Uebrigens können in den Fällen, wo, nach dem bisher Gesagten, ein Versprechen in soweit verbindet, daß es nicht revocirt werden kann, auch die Erben des Promissars noch binnen der gestatteten Frist die Annahme bewirken, so wie auch die erwähnte eventuelle Verbindlichkeit des Versprechens noch auf die Erben des Promittenten übergeht [a].

a) Vergl. Meister a. a. O. S. 2. flg. Nach Römischen Rechte kann man zwar keine Stipulation im Namen eines Dritten abschließen, ausgenommen wenn eine Conventionalstrafe beygefügt wird, oder der Acceptirende mit dem Promissar für Eine Person zu achten ist, l. 38.

§. 17. D. de verb. obl. Allein Verträge, die nicht von Formeln abhiengen (contractus iuris gentium), konnten für einen Dritten geschlossen werden, so daß dieser durch seine Ratihabition ihn vollenden konnte, l. 42. §. 1. D. de adquir. l. amitt. poſſeſſ. Daher stimmen die meisten Rechtslehrer in Ansehung der obigen Grundsätze überein; Hommel Obs. 248. Wernher P. I. Obs. 182. Carpz. P. II. const. 12. def. 20. und resp. Lib. V. resp. 62. Nevius P. IV. dec. 112. no. 5. Stryck caut. contr. Sect. III. cap. 9. §. 2. Claproth von vorsichtiger Abschließung der Verträge. Th. I. §. 10. S. 33. Heinr. Gottfr. Bauer resp. Vol. II. p. 53. Glück Comment. IV. §. 343. a. E.

§. 1240.

Vollendet ist die Einwilligung alsdann, wenn das von Seiten des Promittenten gethane Versprechen, nebst den hinzugefügten Bedingungen oder andern Nebenbestimmungen, von ihm in der Absicht gethan worden ist, um sich hierdurch die Verbindlichkeit zur Erfüllung desselben aufzuerlegen; von Seiten des Promissars aber erklärt wird, daß er das Versprechen unter eben diesen Modificationen acceptire. Wenn mithin nach der Natur des Vertrags gegenseitige Verbindlichkeiten existiren müssen, so ist auch erforderlich, daß von beyden Contrahenten die Versprechen und die Annahme derselben auf diese Art erfolgt sey. Das Entgegengesetzte von einem vollendeten Vertrage sind daher die vor Abschluß desselben gepflogenen Unterhandlungen, Tractaten oder Punctationen, unter welchen man die Vorschläge versteht, welche über die zuzugestehenden Rechte und die zu machenden Bedingungen des Vertrages gegenseitig geschehen, und noch nicht in der Absicht, um die Rechte und Verbindlichkeiten auf diese Art zur Wirklichkeit zu bringen, er-

klärt und acceptirt worden sind [a]). So lange die Annahme noch nicht erfolgt ist, bringen die Punctationen keine Verbindlichkeit, mithin auch keine Klage hervor; sie werden aber verbindend, so daß auch daraus auf Erfüllung der Verbindlichkeit geklagt werden kann, wenn der Promissar erklärt, daß er das vom Promittenten ernstlich und freywillig gethane Versprechen unter den beygefügten näheren Bestimmungen annehmen wolle; wenn nicht, nach der besondern Natur des verhandelten Geschäftes, etwa noch die Beobachtung einer äußern Solennität erforderlich ist, wie z. E. bey dem Wechselcontrakt die schriftliche Abfassung desselben; in welchem Falle die gegenseitige Einwilligung nur einen vorbereitenden Vertrag macht, aus welchem blos auf die Abschließung des Geschäftes geklagt werden kann [b]).

a) Joh. Georg Bremen Diss. de tractatibus. Ien. 1681. Joach. Heinr. Walthausen D. de praeambulis privatorum tractatibus eorumque iure. Helmst. 1711. Joh. Christ. Schröter D. de conuentionibus imperfectis. Ien. 1715. Claproth a. a. O. I. §. 5.

b) l. 17. C. de fide instrument. Leyser Sp. 273. m. 1.

§. 1241.

Von den Punctationen sind nämlich die vorbereitenden Verträge zu unterscheiden. Man versteht hierunter die gegenseitige und vollendete Einwilligung, künftig einen Vertrag abschließen. Ein solcher vorbereitender Vertrag bringt die Verbindlichkeit zur Abschließung des bestimmten Geschäftes, oder zur Entschädigung dafür hervor, wenn nur die innern Erfordernisse der Einwilligung vorhanden sind, und das abzuschließende Geschäft nebst dem Gegenstande, worüber künftig contrahirt werden soll, soweit bestimmt

sind, daß die völlige Willkühr des Promittenten ausgeschlossen wird [a].

a) l. 68. D. de verb. obl. l. 3. C. de rerum permut. Das ganz allgemeine Versprechen: Ich will einen Contrakt, oder ich will einen Kauf mit dir schließen; würde mithin, wenn die Art und der Gegenstand des Contraktes nicht angegeben wären, keine Verbindlichkeit hervorbringen. Das Versprechen hingegen, einem sein Haus zu verkaufen oder zu vermiethen, macht den Promittenten allerdings verbindlich, in Unterhandlungen darüber zu treten; für einen Kauf hingegen ist es nicht zu achten, weil hiezu noch die Bestimmung des Preißes erforderlich seyn würde. Vergl. oben §. 1141. not. c. Aug. Gottl. Petermann Diss. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. Lipsi, 1730. Wernher P. III. Obs. 97. Claproth a. a. O. Cocceji ius contr. L. II. Tit. 14. qu. 11. Berger decisiones. no. 143. Glück IV. §. 292. S. 105.

§. 1242.

Was die Art anlangt, wie die gegenseitige Einwilligung bey Verträgen zu erkennen gegeben wird, so geschieht dieß entweder ausdrücklich oder stillschweigend. I) Ausdrücklich wird die Einwilligung sowohl von Seiten dessen, der sich zu etwas verbindlich machen, als dessen, der ein Versprechen annehmen will, durch Worte, Handlungen oder andre Zeichen erklärt, aus denen die erwähnte Absicht unmittelbar und ohne daß es dabey weiter einer Schlußfolge bedürfte, hervorleuchtet. Dahin gehört also nicht blos die Erklärung durch Worte, sondern auch die Unterschrift, das Zuwinken oder Zunicken der Paciscenten, wenn es in der Absicht geschieht, um ihre Einwilligung zu erklären [a]; daher auch Stumme fähig sind, ausdrücklich einzuwilligen [b]. II) Die stillschweigende Einwilligung setzt allezeit Handlungen oder die Unterlassung

einer Handlung voraus, welche zwar nicht unmittelbar den Consens zu erkennen geben, aber aus welchen geschlossen werden kann, daß der Handelnde sie nicht unternommen haben würde, wenn er nicht die Absicht gehabt hätte, eine Verbindlichkeit zu übernehmen oder ein Versprechen zu acceptiren: z. B. wenn ein Gläubiger, auf die Bitte des Schuldners um Erlaß, ihm die Schuldverschreibung zurückgiebt [c]); wenn jemand wissentlich eine Urkunde unterschreibt, in welcher ein andrer ihn als Bürgen für eine Schuld angiebt und dgl. [d]). Doch wird, um aus Handlungen den Consens zu folgern, stets vorausgesetzt, daß 1) nach der gewöhnlichen Handlungsweise der Menschen diese Handlung nur dann geschehen konnte, wenn der, der sie vollzog, die Absicht hatte, eine Verbindlichkeit zu übernehmen, sich eines Rechtes zu begeben, oder ein Versprechen zu acceptiren. 2) Daß der Handelnde nicht erklärt habe, er thue die Handlung, ob sie schon jene Vermuthung begründen könnte, doch nicht in dieser Absicht [e]), es wäre denn der Fall, daß die Handlung gar keine andre Deutung zuließe, und die Protestation folglich der Wahrheit zuwider eingewendet werde [f]).

a) Glück a. a. O. IV. §. 289.

b) l. 124. D. de reg. iur. l. 2. 4. §. 1. D. de pact. Vorm. Ordn. Cap. XXIV. §. 6.

c) l. 2. §. 1. D. de pactis.

d) arg. l. 26. §. 1. D. de pignor. et hypoth. Als Acceptation eines Versprechens durch Handlungen verdient besonders die Bewerbung um einen ausgesetzten Preiß bemerkt zu werden. Wenn nämlich demjenigen, der eine gewisse Handlung vollziehen würde, eine Belohnung versprochen worden ist, so liegt die Acceptation des Versprechens in der Vollziehung dieser Handlung

selbst, und es entsteht mithin zwischen demjenigen, der den Preiß aussetzt, und dem, welcher ihn verdient, hierdurch ein wirklicher Vertrag.

e) arg. l. 14. §. 7. D. de religios. et sumt. funer. Decis. 3. v. J. 1746. Vergl. l. 35. §. 2. D. de verb.

f) Christ. Thomasius Diss. de protestatione facto contraria. Hal. 1699. Desselben D. de protest. ius protestantis non conseruante. Hal. 1695.

§. 1243.

Was insbesondre das Stillschweigen als Kennzeichen des Consenses anlangt, so hat man zu unterscheiden, ob der Consens die Uebernahme einer Verbindlichkeit oder Lossagung von einem Rechte betrift, oder im Gegentheile die Annahme eines Versprechens. Was das letztere anlangt, so kann die Acceptation einer Zusage aus dem blosen Stillschweigen nie gefolgert werden, wenn nicht noch Handlungen hinzukommen, welche diese Absicht deutlich machen; eine Zusage, auf welche sich der Gegentheil gar nicht erklärt, bleibt mithin, außer bey den oben erwähnten Ausnahmen, unverbindend. In Hinsicht des Erstern giebt zwar das Stillschweigen im Allgemeinen weder die Einwilligung noch die Verweigerung der angesonnenen Uebernahme einer Verbindlichkeit zu erkennen a); unter gewissen Umständen kann man jedoch nach der gewöhnlichen und zu präsumirenden Handlungsweise vernünftiger Menschen annehmen, daß der, welcher bey einem solchen an ihn geschehenen Ansinnen nicht widerspricht, die Absicht habe, sich demselben zu unterwerfen.

a) l. 142. D. de reg. iur. cap. 44. X. de reg. iur. in 6to.

§. 1244.

Es wird nämlich vorausgesetzt: 1) daß der, welchem angesonnen wird, seine Einwilligung zu etwas,

das ihn beschwert, zu geben, hiervon Wissenschaft gehabt, und widersprechen können. Wer mithin von dem Antrage nichts erfahren, oder wer durch Abwesenheit oder persönliche Verhältnisse verhindert ist, zu widersprechen, kann durch sein Stillschweigen zu nichts verpflichtet werden [a]). 2) Der Antrag muß von solcher Beschaffenheit seyn, daß, wenn demselben nicht ausdrücklich widersprochen wird, der Verlust des Rechtes oder die Entstehung der neuen Verbindlichkeit wirklich darauf folgen kann. Besonders ist dieß der Fall, wenn durch Gesetze und obrigkeitliche Befehle ein ausdrücklicher Widerspruch erfordert wird, im Falle man sich dem Antrage nicht gemäß zu bezeigen gedenke [b]); oder wenn ein Dritter eine uns nachtheilige Handlung mit unserm Vorwissen unternimmt, wodurch er unsre natürliche Freyheit beschränkt, oder welche er nicht anders als mit unsrer Einwilligung gültig vollziehen kann [c]); hingegen ist das Stillschweigen unschädlich, wenn sich ein Schuldner der Verbindlichkeit entziehen will, die ihm durch einen Vertrag auferlegt ist [d]), oder wenn dem Eigenthümer die Veräußerung eines dinglichen Rechtes zugemuthet wird [e]).

a) l. 63. D. de re. iud. l. 4. pr. D. de noxal. act. Ernst Tenzel D. de consensu tacito. Erford. 1728. §. 6. seq.

b) l. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure. Dahin gehören alle die Fälle, in welchen jemand durch erlassene Edikta lien bey Verlust seines Rechtes aufgefordert wird, eine Erklärung zu thun; wer hierauf zu widersprechen unterläßt, verliert sein Recht.

c) In einem solchen Stillschweigen hat ihren Grund die Verbindlichkeit zum Ersatze dessen, was mit unserm Wissen in unsern Nutzen verwendet, oder von einem negotiorum gestore aufgewendet worden ist (s. oben); die Verbindlichkeit des Vaters zur Erstattung der Schul-

den, die sein filiusfamilias mit seinem Vorwissen gemacht, l. 16. D. de Scto Maced.; ferner die Verbindlichkeit gegen den, der mit unserm Vorwissen sich für uns verbürgt, l. 60. D. de reg. iur. l. 6. §. 2. D. mandati. Die Gültigkeit eines Eheversprechens, das mit Vorwissen und ohne Widerspruch der Aeltern, die um ihre Einwilligung befragt worden, geschlossen wird, l. 5. C. de nupt. s. oben Th. I. §. 94. Endlich liegt auch hierin der Grund, warum Verbietungsrechte und das Befugniß, Frohnen und Dienste zu fordern, verloren geht, wenn man ohne Widerspruch geschehen läßt, daß der Verpflichtete sich die Verjährungszeit hindurch seiner Obliegenheit entzieht, l. 16. C. de vfufructu. l. 13. C. de seruitt. et aqua. Decis. 5. v. J. 1746.

d) l. 1. C. quando liceat ab emt. discedere. l. 5. C. de oblig. et act.

e) l. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. l. hyp. solu.

§. 1245.

Da übrigens die Einwilligung ein Factum ist, so muß sie im Leugnungsfalle stets erwiesen werden, und eine blos gemuthmaßte Einwilligung ist daher allein nie hinreichend, ausgenommen, wo die Gesetze so, wie es bey den unmittelbaren Verbindlichkeiten der Fall ist, jemanden auch ohne seinen Consens für verbunden erklären etwas zu thun, wenn er nicht zu gehöriger Zeit widersprochen hat. Zuweilen kann jedoch auch aus entferntern Gründen und Thatsachen auf die Einwilligung eines Menschen geschlossen werden; so kann z. B. daraus, daß jemand einen gewissen Zweck beabsichtigt, auch daß er die dazu dienenden Mittel genehmigen werde, oder aus der gewöhnlichen Handlungsweise desselben, oder der Menschen überhaupt seine Einwilligung gefolgert werden a). Allein derjenige, gegen welchen aus dergleichen Thatsachen ein stillschweigender Consens gefolgert werden soll, ist stets befugt,

mittelst des Gegenbeweises zu zeigen, daß er die ihm beygemessene Absicht nicht gehabt habe [b]). Auch darf überhaupt der aus Handlungen oder aus dem Stillschweigen geschlossene Consens nie weiter erstreckt werden, als auf dasjenige, was die Absicht und die Beschaffenheit der Handlung zunächst zu erkennen geben, am wenigsten aber auf etwas, wovon der Handelnde gar nichts wußte oder vermuthen konnte [c]).

a) Bey dem Mandatscontrakte bestätigen die Gesetze selbst eine solche Vermuthung, indem sie gewissen nahe verbundenen Personen gestatten, ex mandato praesumto gegenseitig ihre Geschäfte zu besorgen. Doch hängt es auch hier von dem Principal ab, das Verhandelte zu genehmigen oder nicht; Pfotenhauer doctr. processus. §. 236. und es ist mithin hier so wenig, wie in andern Fällen eine blos vermuthete Einwilligung hinreichend, eine Verbindlichkeit zu begründen, wenn die Thatsachen durch den Gegenbeweis entkräftet werden.

b) arg. l. 96. D. de verb. signif. Glück a. a. O. §. 290. 291. Claproth a. a. O. I. §. 4.

c) arg. l. 99. pr. D. de verb. obl. l. 5. §. 1. D. in quib. cauſſis pignus. l. hyp. l. 4. C. de vſuris. Glück a. a. O. S. 99.

II. Von der Form der Verträge.

§. 1246.

Im Römischen Rechte werden die Verträge oder Conventionen in Contrakte und Verträge im engern Sinne eingetheilt; jene aber wieder in genannte und ungenannte Contrakte, und die genannten ferner in Consensual- Real- Verbal- und Litteralcontrakte. Die Verträge im engern Sinne zerfielen in pacta nuda und non nuda, je nachdem sie blos dazu dienten eine Exception darauf zu gründen, oder auch eine Klage daraus anzustellen. H. z. T. bringt nun jeder Ver-

trag, der die bisher erwähnten innern Erfordernisse hat, und nicht einem verbietenden Gesetze zuwider läuft, eine Klage hervor, und jene Eintheilung ist folglich von keinem wesentlichen Einflusse a).

a) Cap. 1. 3. X. de pactis. C. 8. c. 20. qu. 1. C. 66. c. 12. qu. 2. Cocceji ius controu. L. II. Tit. 14. qu. 10. 40. Hofacker princ. iur. ciu. III. § 1791. Ludw. Friedr. Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge. Tübingen, 1793. Glück Comment. IV. §. 312. Math. Stein Diss. dissonantia iuris ciu. et canon. cum vsu fori circa pacta. Rost. 1712.

§. 1247.

In Absicht auf die äußere Form der Verträge im Allgemeinen ist daher nur von der Art zu sprechen, wie der Consens erklärt wird, welcher, nach dem bisher Gesagten, ausdrücklich, oder stillschweigend gegeben wird. Der ausdrückliche Consens wird nun wieder entweder schriftlich ertheilt, oder nicht. Zur Gültigkeit der Verträge ist es überhaupt nicht erforderlich, daß sie schriftlich abgefaßt werden, und wenn die Paciscenten ausmachen, daß ihre Uebereinkunft niedergeschrieben werde, so ist in der Regel anzunehmen, daß es blos zum leichteren und besseren Beweise derselben geschehe a). Inzwischen leidet dieß Ausnahmen, 1) wenn nach den besondern Eigenschaften des Vertrags die schriftliche Abfassung zur Gültigkeit desselben wesentlich erfordert wird. Dahin gehören nämlich der Wechselcontrakt, der contractus chirographarius; und der Erbzinscontrakt über geistliche Güther b). 2) Wenn die Paciscenten sich dahin vereinigen, daß ihre Verabredung nicht eher solle für verbindend und für vollendet geachtet werden, als nachdem sie würde zu Papiere

gebracht und unterzeichnet worden seyn c). In diesem Falle ist das Niederschreiben des Vertrags vermöge dieser Uebereinkunft ein Essentiale desselben und die vorhergegangene mündliche Uebereinkunft nur als eine Punctation zu betrachten. Doch kann diese specielle Absicht der Contrahenten nicht vorausgesetzt werden, und es ist vielmehr stets zu präsumiren, daß die schriftliche Abfassung nur des Beweises wegen habe geschehen sollen.

a) Claproth a. a. O. I. §. 25. Heinr. v. Boden Diss. de emt. venditione solo consensu non subsistente. Hal. 1716. §. 7. Wilh. Leyser D. de contractibus, qui in scriptis fiunt. Viteb. 1682. Joh. Bernh. Friesen D. de negotiis scripturam requirentibus. Ien. 1709. Von den bey der Abfassung schriftlicher Verträge zu beobachtenden Regeln siehe besonders (v. Trützschlers) Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. Leipz. 1803.

b) siehe hievon unten und Th. II. §. 615. Auch bey den Verträgen, welche vor der Obrigkeit oder vor Notar und Zeugen vollzogen werden, ist zwar die schriftliche Abfassung erforderlich, jedoch nicht sowohl um der Gültigkeit des Vertrags willen, als zur Vollständigkeit der gerichtlichen oder Notariatshandlung.

c) l. 17. C. de fide instrumentor. Pr. Inst. de emt. vend. Struck de caut. contr. Sect. II. cap. 8. §. 1. Claproth a. a. O. v. Boden a. a. O.

III. Von den Befestigungsmitteln der Verträge.

§. 1248.

Unter den Befestigungsmitteln der Verträge sind die bey Abschließung der letztern gebrauchten Solennitäten oder Nebenverträge zu verstehen, wodurch dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechtes gegen den Schuldner erleichtert und gesichert werden soll. Sie gewähren

entweder dem Gläubiger einen leichteren Beweis seiner Forderung oder mehrere und stärkere Klagen, als ihm sonst zugestanden hätten; z. B. die obrigkeitliche Confirmation, das Versprechen nach Wechselrecht oder bey Gefängnißstrafe, der Bestärkungseyd, der Bürgschafts- und Pfandcontrakt, die gewöhnlichen Renunciationen [a]); oder sie verbinden den Schuldner für den Fall, daß er seine Hauptverbindlichkeit nicht erfüllt, mehr zu geben als er sonst schuldig gewesen wäre, z. B. Conventionalstrafen und Mahlschätze; oder sie geben endlich dem Gläubiger für diesen Fall die Befugniß, von dem Vertrage wieder abzugehen, wohin die Lex commissaria oder clausula cassatoria zu rechnen. Von dem Bürgschafts- und Pfandcontrakt wird unten in der Lehre von einzelnen Verträgen, hier aber von den übrigen hauptsächlichsten Befestigungsmitteln gehandelt werden [b]).

a) Dahin würde auch das h. z. T. ungültige Versprechen bey Strafe des Schelmenscheltens u. dergl. zu rechnen seyn; s. Mich. Grassi Diss. de promissione sub amissione honoris et existimationis, famae et fidei. Tubing. s. a. Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts. §. 223.

b) Außer den hier genannten, als den gewöhnlichsten, können jedoch die Contrahenten selbst Befestigungsmittel nach ihrer Willkühr bestimmen, wenn sie nur keine Gesetzwidrigkeit, z. B. einen Wucher, enthalten.

§. 1249.

1). **Die obrigkeitliche Confirmation** eines Geschäftes nennt man im Allgemeinen die Erklärung der Obrigkeit oder des Regenten, daß dasselbe für gültig und verbindend zu achten sey [a]). Im engern Sinne ist sie alsdann zu verstehen, wenn das Geschäft erst

durch die obrigkeitliche Bestätigung völlige Kraft und Bündigkeit erlangt, daher sie dann auch Consensertheilung genannt zu werden pflegt; im weitern Sinne aber, wenn ein auch ohne dieselbe gültiges Geschäft der Obrigkeit zur Bestätigung vorgetragen wird, um der Verhandlung entweder eine ausgedehntere Wirksamkeit, oder öffentliche Glaubwürdigkeit (fidem publicam) zu verschaffen, und den Beweis derselben zu erleichtern. In diesem letztern Falle ist es daher nicht sowohl eine Bestätigung des Verhandelten, als vielmehr ein gerichtliches Zeugniß, daß die Contrahenten die im Vertrage enthaltnen Verabredungen und Erklärungen wirklich gethan haben [b]). Die obrigkeitliche Confirmation überhaupt genommen läßt sich daher auf drey Classen von Geschäften zurückbringen. Sie betrifft nämlich: entweder A) solche Geschäfte, bey welchen die Gesetze die obrigkeitliche Bestätigung oder Consensertheilung als nothwendige Form erfordern, so daß ohne dieselbe das Geschäft als unvollendet und unwirksam zu betrachten ist (§. 1128.); oder B) Geschäfte, welche von Anfange an ungültig, oder unerlaubt gewesen sind; oder endlich C) an sich gültige Geschäfte, bey welchen sie freywillig von den Partheyen gesucht wird, um ihnen entweder mehr Kraft oder Glaubwürdigkeit zu verschaffen.

a) Just. Friedr. Runde D. de confirmatione caesarea iuris primogenitorae. Götting. 1770. §. 2. Glück Comment. III. §. 193. Ueberhaupt gehören hieher folgende Schriften: Joh. Chph. Falkner D. de confirmatione iudiciali contractuum aliorumque actuum. Ien. 1669. Georg Schubarth Diss. de confirmatione

pactor. Ien. 1696. Struben rechtl. Bed. I. no. 54. Friedr. Heinr. Wilh. Demuth D. inaug. de confirmat. fideicommissor. familiae feudalium. Lipsi. 1804. cap. 1.

b) Claproth iurispr. extraiud. §. 142. Von dieser Consensertheilung der Obrigkeit ist jedoch der Consens des Lehnherrn in die Verpfändung eines Lehngutes zu unterscheiden. Hier ist es eine wahre Einwilligung in den Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, wodurch er sich verbindlich macht, das Pfandrecht auch wider sich gelten zu lassen, und wobey er also als MitpacisCent concurrirt. Von dieser handelt Erl Proc. O. Tit. 46. §. 3. Lommel Obs. 543. Rind Quaest. for. T. I. cap. 12. Berger decis. summi prou. senatus. no. 128. Ein ähnlicher Fall ist bey dem Consense des Erbzinsherrn in die Veräußerung des Gutes; siehe oben II. §. 618. a. E.

§. 1250.

A) Zur ersten Classe gehören mithin die Handlungen der sogenannten gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit, oder diejenigen rechtlichen Handlungen, zu deren völliger Gültigkeit und Wirksamkeit die Gesetze erfordern, daß die Contrahenten sie der Obrigkeit vortragen, und diese sie nach vorgängiger Untersuchung genehmige und bestätige a). Unter den Verträgen sind namentlich hieher zu rechnen: 1) alle, welche die Uebertragung des Eigenthumes an Grundstücken betreffen; es mag dieses der einzige Gegenstand des Vertrages seyn, oder nur bey andern Geschäften, z. B. Erbvergleichen, Transactionen u. s. w. concurriren b). 2) Die Bestellung, Cassirung und Cession von Hypotheken c) und andern dinglichen Rechten auf unbeweglichen Gütern, mit Ausschluß der eigentlichen Servituten d). 3) Cessionen von Schuldverschreibungen, um einen geringern Preiß e).

4) Bürgschaften und Intercessionen von Frauenzimmern; 5) Schenkungen, deren Werth über 500 Ducaten beträgt; 6) Verträge und Dispositionen über das Vermögen von Unmündigen und solchen Personen, welche die Rechte der Unmündigen genießen[f]). 7) Vergleiche, welche Personen, die das Armenrecht erlangt haben, über ihre Processe schließen[g]), ingleichen Verträge über testamentarisch ausgesetzte noch nicht verfallene Alimente[h]). 8) Die Veräußerung der Gerade endlich kann in sofern auch hieher gerechnet werden, als dieselbe ohne öffentliche Auctorität nicht vollzogen werden kann; sie macht aber darin eine Ausnahme von den eigentlichen Handlungen der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit, daß sie auch vor Notar und Zeugen verrichtet werden darf[i]).

a) v. Trützschler a. a. O. Erste Hauptabth. 18 Hauptstück. §. 4. Just. Claproth primae lineae iurisprud. extraiudic. Sect. I. §. 5. 16. seq. Glück Comment. III. §. 194.
b) s. Th. II. §. 540.
c) s. Th. II. §. 1066.
d) s. Th. II. §. 1010.
e) Decis. 28. v. J. 1661.
f) Vorm. O. Cap. 13. 14. 15.
g) Erl. Proc. Ordn. Tit. 1. §. 14.
h) l. 8. pr. D. de transact. l. 23. §. 2. D. de cond. indeb. Claproth a. a. O. Sect. II. membr. 2. Tit. 6. Cocceji ius controu. L. II. T. 15. qu. 7.
i) Const. 14. Th. II. Auch die sogenannten pacta dotalia mixta machen eine solche Zwischengattung aus, da sie zu ihrer Vollendung außer der gegenseitigen Einwilligung zwar noch einer Solennität, aber doch nicht gerade die gerichtliche Confirmation bedürfen, sondern auch vor 5 Zeugen können errichtet werden. Const. 43. Th. II.

§. 1251.

Ueber diese Handlungen der gemischt freywilligen

Gerichtsbarkeit ist folgendes zu bemerken: 1) Die Bestätigung muß bey dem competenten Richter gesucht werden, und zwar wegen der Dispositionen über unbewegliche Güter bey dem iudice rei sitae, wegen der übrigen Verträge aber bey dem für die Person competenten Richter; doch machen hievon die mit angeführten Cessionen blos chirographarischer Schuldforderungen, die Insinuation von Schenkungen, wenn dieselben nicht unbewegliche Güter betreffen, und die Geradeveräußerungen eine Ausnahme [a]). 2) Der Richter muß vor Ertheilung der Confirmation untersuchen, ob bey den von den Partheyen vorgetragenen Verhandlungen die natürlichen und gesetzlichen Erfordernisse sämmtlich vorhanden sind [b]). Wenn sich an diesen ein Mangel befindet, z. B. wenn ein Contrahent unfähig ist, sich verbindlich zu machen, oder wenn bey Ertheilung des Consenses zur Verpfändung eines Gutes das gesetzliche Maaß überschritten wird, und der Richter demungeachtet dolose oder aus Nachlässigkeit Consens ertheilt, so können die Partheyen, welche hiedurch Schaden erleiden, ihn subsidiarisch deßhalb durch die actio de syndicatu in Anspruch nehmen. Doch fällt diese weg, wenn die Partheyen absichtlich dem Richter jenen Mangel verbergen, oder wenn der Gläubiger das Geschäft dennoch auf seine Gefahr zu bestätigen bittet, und der subsidiarischen Klage wider die Obrigkeit entsagt [c]).

a) v. Trützschler a. a. O. §. 5. Claproth primae lineae c. l. §. 13. Glück Comment. III. §. 194.

b) Die in den Gesetzen ausgedrückte Absicht der Consensertheilung, nämlich daß niemand gefährdet werde, und

die genauen Vorschriften dessen, was der Richter hiebey zu beobachten hat, involviren schon die Nothwendigkeit einer causae cognitionis. Const. 23. Th. II. Decis. 38. v. J. 1661. Lehnsmand. v. 30. April, 1764. Tit. VI. §. 1. C. A. C. I. 1031. Mand. v. 6. Juny, 1772. in der 2ten Forts. des C. A. I. 1155. und eben dieses zeigt die hievon gebrauchte und von der Confirmation unterschiedene Benennung der Consensertheilung an. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 46. §. 2.

c) arg. Decis. 38. v. J. 1661. Angez. Mand. v. J. 1772. Rind Quaest. for. IV. cap. 12. Leyser Sp. 680. Chr. Thomasius D. de vsu pract. actionis contra iudicem imperite iudicantem. Hal. 1714. Weber von der natürl. Verbindlichk. §. 12. Thibaut Pand. §. 611.

§. 1252.

3) Der Richter kann ferner in einer Angelegenheit, wo er selbst als Parthey concurrirt, die Confirmation und Consensertheilung nicht bewirken [a]). 4) Der Richter kann diese Handlungen nicht außerhalb der Gränzen seiner Gerichtsbarkeit verrichten, wohl aber außerhalb des Ortes der Sitzung des Gerichtes durch eine Deputation desselben [b]). 5) Was die Zeit anlangt, müssen sie in der Regel an Wochentagen und nicht zur Nachtzeit vollzogen werden [c]); doch ist in dringenden Fällen gestattet, auch an Sonn- und Festtagen nach Endigung des Gottesdienstes sie vorzunehmen [d]). 6) Ueber die ganze Verhandlung und die Ertheilung des Consenses muß von dem vereydeten Actuarius ein Protokoll abgefaßt, und selbigem der von den Partheyen mündlich oder schriftlich vorgetragene Contrakt einverleibt; beydes aber in die Gerichts- oder Consensbücher eingetragen werden [e]). 7) Uebrigens hängt die Ertheilung der Confirmation auf Ansuchen der Contra-

henten nicht von der Willkühr des Richters ab; vielmehr kann, wenn er sie ohne gegründete Ursache verweigert, wider denselben wegen verweigerter Administration der Justiz Klage erhoben werden g).

a) arg. l. 5. D. de officio Praesidis. l. 4. D. de tutor. datis ab his. Glück a. a. O. III. S. 90. Im Falle der Richter selbst interessirt dabey ist, muß die Confirmation vor den andern Gerichtspersonen oder vor dem Oberrichter geschehen.

b) v. Trützschler §. 6. Doch machen die Renunciationen und Intercessionen der Frauenzimmer eine Ausnahme, indem diese stets in loco iudicii selbst geschehen müssen, wenn die Frauenzimmer nicht durch eine gegründete Ursache daselbst zu erscheinen verhindert sind. Carpz. Defin. for. P. II const. 16. def. 18.

c) v. Trützschler §. 5. Claproth c. l. §. 23. a.

d) Mand. wegen der Sabbathsfeyer, v. 2. Aug. 1749. §. 2. C. A. C. I. 735.

e) Proc. Ordn. Tit. 2. §. 2.

f) Tax-ordn. v. J. 1724. §. 11. C. A. I. 2518. Von den Erfordernissen der Protokolle und ihrer Form selbst, siehe v. Trützschler. 1te Hauptabth. 18 Hauptst. §. 10. flg.

g) Claproth c. l. §. 23. b. Demuth D. cit. p. 12.

§. 1253.

B) In Ansehung der Confirmation von Verträgen, welche von Anfange an ungültig gewesen sind, muß man unterscheiden, ob dieselben entweder wegen eines mangelnden wesentlichen Erfordernisses, z. B. wegen Unfähigkeit der Paciscenten zur Einwilligung, wegen Betrugs, Zwangs, Irrthums, oder wegen eines Mangels an dem Gegenstande des Vertrages (§. 1129. fgde.), ungültig sind, oder wegen eines den Partheyen entgegenstehenden bürgerlichen Gesetzes, oder wegen Unterlassung einer in den letztern vorgeschriebenen Solennität. Im erstern Falle kann die Confirmation, wenn sie auch der Regent selbst ertheilt,

dem Geschäfte keine Gültigkeit geben [a]); ausgenommen, wenn durch das Gesuch um die Bestätigung selbst der Mangel des Geschäftes ergänzt wird, wie z. B. wenn jemand, der durch Betrug zu einem Kaufe verleitet worden ist, nachher den Betrug erfährt, und wissentlich um Bestätigung des Kaufes bittet, da er hiedurch die Genehmigung des Geschäftes zu erkennen giebt. In dem zweyten Falle kann zwar die Unterobrigkeit die Bestätigung nicht ertheilen, aber die gesetzgebende Gewalt ist befugt, im Voraus oder nachher die Erlaubniß zu einem solchen Geschäfte oder die Genehmigung desselben in Form eines priuilegii zu geben, welches dann hierdurch unstreitig gültig und verbindend wird [b]).

a) Hier tritt nämlich der Grundsatz ein: Confirmatio nihil dat noui, der hier selbst dann Statt fände, wenn der Regent wissentlich ein dergleichen ungültiges Geschäft auf Ansuchen des einen Theiles bestätigen wollte, da kein Machtspruch im Stande ist, den Mangel an den natürlichen Erfordernissen eines Vertrags zu ergänzen. — Von dieser Art der Confirmation handelt Demuth a. a. O. S. 3.

b) Ein Beyspiel von Verträgen, die ohne dergleichen Landesherrlichen Consens ungültig sind, geben bey uns die Männer- Weiber- Wittwen- Leichen- und andern ähnlichen Cassen, deren Aufrichtung das Generale v. 6. Dec. 1720. C. A. I. 1935. verboten hat; ingleichen die Artikel, welche Innungen errichten. Berger Oec. edit. Hauboldi. Lib. 1. Tit. 1. th. 18. n. 36.

§. 1254.

C) Die Confirmation eines erlaubten, und an sich gültigen Geschäftes, bey welchem dieselbe nicht als Solennität vorgeschrieben ist, sondern freywillig von den Partheyen gesucht wird, um demselben mehr

Festigkeit zu geben, ist wieder von doppelter Art, je nachdem sie bey der gesetzgebenden Gewalt des Staates gesucht wird, um den zwischen Privatleuten geschlossenen Vertrag zu einem Gesetze zu erheben; oder die Obrigkeit blos darum angegangen wird, daß sie die wirkliche Vollziehung desselben bezeuge. Die erstere Art von Confirmation, welche nach der Natur der Sache von keiner Unterobrigkeit als solcher ertheilt werden kann, bewirkt, daß ein solcher Vertrag, der außerdem nur für die Paciscenten selbst und deren Erben verbindende Kraft hat, nunmehr auch für Andre, in soweit er auf diese künftig Einfluß haben kann, verbindend wird [a]). Doch können keinem Dritten seine wohlerworbenen Rechte hiedurch entzogen werden, wenn er nicht freywillig seinen Consens dazu ertheilt hat, weßhalb auch den Confirmationen gewöhnlich die Clausel: den Rechten eines Dritten unbeschadet; eingerückt zu werden pflegt.

a) Dahin gehören besonders die Bestätigung von Statuten, von Erbverträgen und Familienfideicommissen. Vergl. Demuth in der angez. Abh. Cap. 2. s. auch oben II. §. 808.

§. 1255.

Die zweyte Art hingegen, bewirkt eben so wie die Abfassung eines Notariatsinstrumentes über einen geschlossenen Vertrag [a]), daß durch die von der Obrigkeit darüber abgefaßte Registratur das Geschäft sogleich vollständig erwiesen werden kann; auf die innere Beschaffenheit desselben hat sie keinen Einfluß; die Obrigkeit hat keine Cognition über das Geschäft, außer in sofern es gesetzwidrig, und

unerlaubt und deßhalb Amtswegen zu annulliren ist; eben daher aber braucht sie nicht gerade bey dem competenten Richter gesucht zu werden, und die Obrigkeit, welche darum angegangen wird, kann nicht genöthigt werden, die gebetene Bestätigung zu ertheilen. Uebrigens kann bey jeder Art von Verträgen diese freywillig gesuchte Confirmation als Befestigungsmittel hinzukommen, wenn nicht etwa der Vertrag zu denen gehört, welche zu ihrer Vollziehung des obrigkeitlichen Consenses bedürfen, weil hier sich die Partheyen zugleich zu den gegenseitigen Zusagen bekennen müssen, und dieses hiedurch schon öffentliche Glaubwürdigkeit erlangt [b]).

a) Wenn ein Notar und Zeugen bey Abschließung eines Vertrages zugezogen werden, so hat dieß weiter keine Wirkung, als daß durch das Instrument darüber der Beweis erleichtert wird. Ist daher der Vertrag ein solcher, welcher obrigkeitliche Confirmation bedarf, z. B. ein Kauf über ein Grundstück, eine Cession u. dgl., so muß er demungeachtet noch der Obrigkeit vorgetragen werden. Rind Qu. for. III. c. 64. Die Befugniß der Notarien, bey Contrakten zu concurriren, ist jedoch sehr beschränkt durch das Mandat, die Einschränkung der Notariatshandlungen betr. v. 1. März, 1804. Es soll nämlich kein Notar die Recognition eines Wechsels, einer Schuldverschreibung oder irgend einer andern Urkunde registriren; oder über Recognitionen, Darlehnscontrakte und andre Schuldbekenntnisse, ingl. über die Cession von Schuldforderungen oder deren Wiederbezahlung, Instrumente fertigen (§. 1.), immaaßen solche Schriften, wenn die Partheyen sie nicht mit unterschrieben haben, ganz ungültig, wenn sie aber unterschrieben sind, blos als Privatdocumente anzusehen seyn sollen. (§. 2.) Notarien, die gegen dieß Verbot handeln, sind nicht nur zu Erstattung der erhobnen Kosten u. aller verursachten Schäden verbunden, sondern werden auch mit Gefängniß oder härter, und mit Suspension oder Remotion a praxi bestraft. (§. 3.) Auch früher von Notarien abgefaßte

Recognitionsregistraturen gelten nicht als öffentliche. (§. 4.) Alle vor dem 1. März, 1804. ausgefertigte Notariatsinstrumente über obige Gegenstände sollen, wenn nicht etwa Klage aus selbigen vorher erhoben wird, binnen 58 Wochen und 3 Tagen, gerichtlich oder außergerichtlich demjenigen producirt werden, welcher nach demselben eine Verbindlichkeit auf sich hat. Geschieht die Production außergerichtlich, so muß der Producent sich ein gerichtlich ausgestelltes Bekenntniß über dieselbe geben lassen. Geschieht sie gerichtlich, so muß bey der ordentlichen Obrigkeit des Schuldners, oder auch, wenn dieser außer Landes wohnt, vor der Obrigkeit des Gläubigers um Notification an den Schuldner gebeten werden. (§. 5.) Ist die Frist abgelaufen, ohne daß die Production geschehen, so gelten die Urkunden, wenn sie nicht unterschrieben sind, gar nicht; wenn sie aber unterschrieben sind, nur als Privatdocumente, ohne daß die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, oder sonst ein Rechtsbehelf dagegen schützen könnte. (§. 6.) Doch soll eine Verlängerung der Frist auf geschehene Anzeige bey der ordentlichen Obrigkeit jedesmal wieder auf ein Jahr von 58 W. und 3 T., so lange das Hinderniß dauert, Statt finden: 1) Wenn jemand bey einem solchen Instrument interessirt ist, ohne es in Händen zu haben; 2) wenn der Aufenthalt des Schuldners, oder die Erben desselben unbekannt sind; 3) wenn die auswärtige Obrigkeit des Schuldners auf die Requisition nicht antwortet, oder die Insinuation verweigert. (§. 7.) Wenn mehrere Interessenten zu einem solchen Instrumente sind, so ist es hinreichend, wenn einer von ihnen das Erforderliche beobachtet. (§. 8.) Die Unkosten trägt stets der Ansuchende. (§. 9.)

b) Mand. wie es fürohin mit der Recognition der bey der Churfürstl. Lehnscurie zur Confirmation und sonst eingereichten Urkunden gehalten werden soll, v. 23. Nov. 1777. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 1159.

§. 1256.

2) Conventionalstrafe heißt überhaupt alles dasjenige, was vermöge einer getroffenen Uebereinkunft ein Schuldner geben oder leisten muß, im Falle er seiner Verbindlichkeit nicht gehörig nachkommt. Sie

setzt außer der freyen gegenseitigen Einwilligung zu ihrer Gültigkeit voraus, daß 1) das Hauptgeschäft, welchem sie beygefügt ist, selbst gültig sey. Ist daher etwas Unerlaubtes, oder der Natur nach überhaupt Unmögliches versprochen worden, oder das Versprechen aus einem andern Grunde Anfangs gleich ungültig gewesen, so kann wegen unterbliebener Erfüllung auch keine Conventionalstrafe gefordert werden [a]), wohl aber dann, wenn jemand, der sonst fähig ist, sich verbindlich zu machen, etwas an sich Mögliches versprochen hat, das er besonderer Ursachen wegen nicht erfüllen kann [b]). 3) Daß dasjenige, was als Strafe versprochen wird, möglich und erlaubt sey; die Versprechen eine peinliche Strafe zu erleiden [c]), oder bey einer Geldschuld mehr als Strafe zu bezahlen, als das Interesse der Schuld beträgt [d]), sind ungültig, auch können Innungen unter sich keine höhere Conventionalstrafe festsetzen und ohne richterliche Hülfe beytreiben, als sechs Groschen [e]). In Absicht auf die Wirkung muß man zuerst die Conventionalstrafe von dem Reugelde unterscheiden (§. 1146.); dann aber wieder, ob sie auf den Fall der blos verspäteten Erfüllung, oder auf den Fall der Nichterfüllung gesetzt ist. Bey der erstern Art kann nach Verfluß des bestimmten Termines sogleich auf die Conventionalstrafe, und dann noch auf die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst geklagt werden [f]).

a) l. 69. D. de verb. obl. l. 1. C. de recept. arb.
b) l. 38. §. 1. 2. 17. D. de verb. obl. l. 34. eod.
c) Thibaut Pandekt. §. 97.
d) l. 13. §. 26. D. de act. E. V. l. 9. pr. l. 29. l. 44. D. de vsuris. Glück Comm. IV. §. 340. S. 533. Mand.

v. 21. Oct. 1609. u. Mand. v. 1. Febr. 1614. C. A. I. 1033. u. 1062. Wehrn a. a. O. §. 59.

e) Mand. die Generalinnungsart. betr. v. 8. Jan. 1780. Cap. III. §. 15.

f) l. 77. D. de verb. oblig. l. 12. C. de contr. et comm. stip. Glück a. a. O. S. 538. Thibaut a. a. O.

§. 1257.

Bey der zweyten Art ist ein Unterschied zu machen, ob das Versprechen der Conventionalstrafe einem schon vollzognen Geschäfte für den Fall, wenn der eine Theil es wieder aufzuheben versuchte, beygefügt ist; oder einer noch nicht erfüllten Verbindlichkeit. Ist das Erste und die Paciscenten haben ausdrücklich ausgemacht, daß im Contraventionsfalle die Strafe bezahlt, die Verbindlichkeit selbst aber bey Kräften bleiben solle, so kann außer der Strafe auch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gefordert werden; ist dieß hingegen nicht ausgemacht, so kann nicht auf beydes zugleich geklagt werden, sondern der andre Theil hat die Wahl, ob er den Contravenienten zur Festhaltung des Vertrages, oder zur Bezahlung der Strafe nöthigen will [a]). Bey einem noch nicht vollzogenen Geschäfte steht es, wo die Strafe nicht als Reugeld ausgemacht ist, in der Willkühr des Gläubigers, ob er die Erfüllung der Verbindlichkeit oder statt derselben die Strafe verlangen will, wenn nämlich der Schuldner die Nichterfüllung veranlaßt hat [b]). Wenn ihm hingegen durch einen unverschuldeten Zufall, oder durch den Gläubiger selbst, die Erfüllung unmöglich geworden ist, so kann auch keine Conventionalstrafe verlangt werden [c]).

a) Cocceji ius controu. L. II. Tit. 15. qu. 16. Dieß ist der unleugbare Ausspruch des Röm. Rechts in l. 17. et 40. C. de transact., und ferner l. 10. §. 1. D. de pact. l. 15. D. de transact. l. 115. §. 2. D. de verb. oblig. l. 14. C. de pactis. Die 16te Decis. v. J. 1746. hat keine Aenderung hierin gemacht, da eine solche Conventionalstrafe immer noch sehr verschieden ist vom Reugelde, welches dem Schuldner selbst die Auswahl gestattet. Ungeachtet daher Wernher P. X. Obs. 251. u. Joh. Tob. Richter D. de contractu rato manente poena conuent. quoque soluta. Lipf. 1751. meynen, daß im Zweifel stets die Strafe neben der Festhaltung des Contrakts gefordert werden könne, so scheint doch jene durch die Gesetze begründete Meynung vorzuziehen zu seyn. Eben dieser sind auch Thibaut und Glück a. a. O. Bauer Erläut. d. neuen Decis. v. J. 1746. ad Decis. 16. §. 4.

b) l. 71. pr. D. pro socio. l. 115. §. 2. D. de verb. obl.

c) l. 69. D. de verb. obl. l. 185. D. de reg. iur. Von den übrigen Wirkungen der Conventionalstrafe s. oben §. 1147.

§. 1258.

3) Handgeld oder Mahlschatz, arrha, heißt eine Summe Geldes, oder eine Sache, welche bey einem abzuschließenden oder abgeschlossenen Vertrage als ein Zeichen der getroffenen Verabredung zum widerruflichen Besitze bis zur Vollendung des Geschäftes gegeben wird a). Alle und jede Sachen, wenn sie nur einigen Werth haben, können als arrha dienen b); ob aber überhaupt eine gegeben werden soll, hängt blos von dem Willen der Paciscenten ab, und nicht einmal bey dem Gesindemiethcontrakte, wo sie am häufigsten vorkommt, kann sie rechtlich gefordert werden, wenn sie nicht versprochen worden ist c). In Absicht der Wirkung auf das Hauptgeschäft, muß man unterscheiden, ob der Vertrag, bey welchem der Mahlschatz gegeben worden ist, bereits abgeschlossen worden, oder ob die Pa-

cisenten blos sich vereinigt haben, künftig einen Contrakt abzuschließen.

a) Wolfg. Ad. Lauterbach D. de arrha. Tubing. 1657. §. 28. a. E. u. cap. 8. Sect. 1. Thibaut Pand. §. 126. Hofacker princ. III. §. 1857.
b) Lauterbach c. l. cap. 6.
c) Gesindeordn. v. J. 1769. Tit. 1. §. 12. C. A. C. I. 972. Lauterbach c. l. §. 34. l. 35. pr. D. de contr. emt.

§. 1259.

Im erstern Falle dient er blos zum Zeichen, und zum Beweise, daß wirklich ein Vertrag geschlossen worden sey, und wenn er nicht ausdrücklich als Reugeld stipulirt worden ist, so kann sich kein Theil durch Verlust des gegebnen Mahlschatzes von der Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrags befreyen [a]). Im zweyten Falle, welcher voraus setzt, daß ein präparatorischer Vertrag geschlossen worden sey, giebt der Mahlschatz ebenfalls die geschehene ernstliche Einwilligung zu erkennen [b]); wenn in der Folge nun derjenige, welcher den Mahlschatz gegeben hat, sich ohne rechtmäßige Ursache weigert, den Hauptvertrag zu vollziehen, so verliert er das Recht, den gegebnen Mahlschatz zurückzufordern; wenn hingegen der Andre, der ihn empfangen hat, die Erfüllung hinterzieht, so muß er den erhaltnen Mahlschatz zurückgeben, und überdieß den Werth desselben an den Mitpaciscenten erlegen [c]). Doch findet dieß nicht Statt, wenn die Erfüllung durch einen unverschuldeten Zufall unmöglich wird. Denn in diesem Falle sowohl, als wenn der Vertrag von Anfange an ungültig gewesen, oder mit beyderseitiger Bewilligung wieder aufgehoben wird, muß der Mahlschatz zurückgegeben werden [d]).

Wird endlich das Geschäft vollzogen, so wird der Mahlschatz, je nachdem es verabredet worden ist, entweder als ein Theil der zu leistenden Zahlungen behalten, oder wieder zurückgegeben a).

a) Decis. 16. v. J. 1746. l. 35. pr. D. de contr. emt. Lauterbach c. l. §. 105. Thibaut a. a. O. Hommel Rhapf. obs. 329. Wernher P. I. obs. 54. Fried. Ulr. Pestel D. de arrha contractibus vulgo adiici solita. Rintel. 1735. §. 3. A. M. ist Chr. Thomasius Diss. de arrhis emtionum. Hal. 1702. Ob übrigens, wenn durch Schuld dessen, der die arrha gegeben hat, das Geschäft unvollzogen bleibt, der andre den Mahlschatz behalte, ist ungewiß. Carpzov P. II. const. 33. def. 14. no. 17. bejaht es in dem Falle, wenn derselbe nicht wolle auf Entschädigung klagen. Wernh. a. a. O. verneint es, und seine Meinung scheint richtiger, weil die arrha bei einem pacto perfecto nicht in der Absicht gegeben wird, den Empfänger zu entschädigen, und weil, wenn dieser nicht auf die Erfüllung klagt, das Geschäft mutuo dissensu aufgehoben scheint, wo ohnedem die arrha zurückgegeben wird.

b) pr. Inst. de emt. vend. Nach Röm. Rechte konnte ein pactum de vend. keine Wirkung hervorbringen; Justinian suchte diesen Mangel zu ergänzen, indem er in der l. 17. Cod. de fide instr. und pr. Inst. cit. verordnete, daß die Verabredung über einen künftig zu schließenden Handel durch Uebergabe eines Mahlschatzes sollte können in soweit befestigt werden, daß der, der sich der Befugniß zu pönitiren bedienen wollte, wenigstens die arrha verlieren sollte. Bey uns sind nun auch die bloßen pacta de contrahendo verbindend, (§. 1240.) und in sofern also die Mahlschätze nicht mehr nöthig um solchen Verabredungen erst Kraft zu geben; vielmehr sollte nach unserm Rechte gegen den, der die Erfüllung verweigert, ungeachtet der arrha noch die Klage auf die Erfüllung oder Entschädigung Statt finden: allein da das Röm. Recht auch hierin einmal angenommen ist, so können unstreitig die Paciscenten durch den Verlust der arrha sich von der Verbindlichkeit zur Erfüllung eines pacti praeparatorii befreyen, ohne daß der Gegner außer der arrha noch Entschädigung fordern kann, und die Mahl-

schäfte haben demnach bei diesen Verträgen ipso iure die Natur eines Kaufs. s. Bauer Erl. der Decis. 16. §. 13. Pestel a. a. O. §. 17.

c) l. 17. Cod. de fide instr. pr. Inst. de emt. vend.

d) l. 2. Cod. quando liceat ab emt. Pestel a. a. O. §. 9. Hofacker princ. iur. ciu. III. §. 1857. Lauterbach c. l. §. 122. 135. 150. 154.

e) l. 11. §. 6. D. de act. emti. L. 8. D. de lege commissor. Berger oec. lib. III. tit. 5. th. 7. In der Regel wird, wo nichts ausgemacht worden, die arrha zurückgegeben.

§. 1260.

4) Da der Eyd überhaupt auf Ueberlegung, Wahrheit und Gesetzmäßigkeit beruhen muß [a]), so erfordert auch der Verpflichtungseyd (iuram. promissorium), daß derjenige, welcher ihn leistet, und mithin unter Anrufung Gottes sich zu etwas verbindlich machen will, an sich fähig sey, ein überlegtes Versprechen zu thun; daß er weder durch Furcht, Zwang, Betrug oder Irrthum zur Ablegung des Eydes verleitet worden, und daß der Gegenstand des Eydes nicht eine unmögliche, oder von den Gesetzen verbotene Handlung sey [b]). Endlich darf auch der Eyd keinem Dritten Eintrag thun, und wenn es der Fall ist, so kann derselbe, ungeachtet des Eydes, die ihm zustehenden Gerechtsame verfolgen [c]). Die Annullirung und Relaxation eines solchen Eydes kann jedoch nicht von der Unterobrigkeit geschehen, sondern es muß dieselbe, wenn zuvor die Ursachen der Nichtigkeit untersucht worden sind, wegen der Relaxation des Eydes selbst Bericht zur höchsten Behörde erstatten [d]).

a) Can. 2. quaest. 2. caus. 22 cap. 26. X. de iureiur. Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 2ter Theil. S. 186. Hofenhauer doctr proc. §. 463.

b) cap. 28. X. de iureiur. cap. 2. de pactis X. in 6to. Auth. Sacram. puber. Cod. Si adversus vendit. Deutlicher spricht darüber **Const.** 25. P. II. „— daß die geschworne Verzicht — nicht hinterzogen werden sollen, es wäre denn wegen der Jugend, vorsetzlichen Betrugs oder andrer wichtiger Umstände, die absolutio iuramenti zuzulassen." **Vorm. Ordn.** Cap. 13. §. 5. Cap. 24. §. 12. **Carpzov** iurisp. consistorialis lib. III. tit. 4. def. 55. lib. II. tit. 2. def. 28. **Wernh.** P. IV. obs. 151. no. 172.

c) cap. 28. X. iureiur. cap. 2 de pactisin 6to. **Böhmer** ius eccles. protest. tom. 1. lib. II. tit. 24. §. 32. **Schaumburg Sächs. Recht.** P. III. S. 2. Exerc. 8. §. 17.

d) Die Relaxation des Eydes gehört zwar in der Regel für die Obrigkeit, welche befugt ist über die Nichtigkeitsursachen zu erkennen. **Dietr. Herm. Kemmerich** Diss. de potestate relaxandi iuramentum. Lipsi. 1716. **Chph. Beyer** Diss. de orig. et natura praeiudicior. in iureiurando eiusq. relaxatione. Lipsi. 1720. p. 217. ff. Allein in Sachsen verordnet die **Const.** 36. P. II. in Gemäßheit des canonischen Rechts, daß weil die Erkenntniß über geschworne Eyde nicht der weltlichen Obrigkeit, sondern der Kirchengewalt zustehe, die Juristenfakultäten und Schöppenstühle erstlich erkennen sollen, in welchen Fällen und wie weit die Relaxation des Eydes Statt habe, und daß alsdann wegen der Relaxation selbst Bericht erstattet werden solle. **Chr. Berger** decisiones. no. 413. welcher zugleich zeigt, daß die obern weltlichen Gerichte das Erkenntniß hierüber haben. Allein da die bürgerliche Wirkung, die ein Eyd haben kann, durch das richterliche Erkenntniß, welches ihn für nichtig erklärt, von selbst aufgehoben werden, und die aus dem canonischen Rechte hier beybehaltne Relaxation sich dann nur noch auf die Sünde oder Gewissensverletzung bezieht, die durch das Entgegenhandeln wider den Eyd begangen wird: so sagt **Hommel** Rhapsod. obs. 699. mit Recht, daß ein ungültiger und nichtiger Eyd keine Relaxation bedürfe, u. schon in den Consultatt. Saxon. ed. Frideri Mindani. Francof. 1616. lib. I. quaest. 39. heißt es pag. 92. „daß die weltliche Obrigkeit iusta ex causa ad effectum agendi iuramentum zu relaxiren befugt, et facta hac relaxatione ad effectum agendi non opus est alia remissione. — Wollte man aber hierin-

nen der Consistorien oder Theologen Bedenken mit einziehen, das hat seinen Weg."

§. 1261.

In Rücksicht auf das mittelst Eydes geleistete Versprechen ist der Eyd nur ein Mittel, die aus dem blosen Versprechen entstehende Verbindlichkeit zu verstärken, indem es die Erfüllung derselben zu einer Gewissenssache macht; eine neue Verbindlichkeit oder besondere bürgerliche Klagen und Rechtsmittel bringt aber derselbe nicht hervor [a]). Wenn folglich das Versprechen, welchem der Eyd beygefügt wird, ungültig ist, so kann auch der Eyd kein Klagerecht auf die Erfüllung einer solchen Zusage hervorbringen [b]). Doch geben die bürgerlichen Gesetze zuweilen dem Verpflichtungseyde die Kraft, an sich unwirksame Verbindlichkeiten wirksam zu machen, nämlich: 1) die Bürgschaften und Intercessionen der Eheweiber für ihre Männer [c]); 2) Verträge und Transactionen, die eine Verletzung über die Hälfte enthalten [d]); 3) die Verzicht ausgestatteter Töchter auf die künftige Erbschaft, wenn auch die Eltern nachher ihr Vermögen vergrößern [e]); 4) Schenkungen unter Ehegatten [f]); 5) Transactionen über eine Erbschaft vor Eröffnung des Testamentes [g]). Hingegen ist bey Schenkungen über 500 Ducaten [h]), bey Verträgen Unmündiger, oder erklärter Verschwender [i]), bey Wechseln und Schuldverschreibungen von Söhnen, die sich noch unter väterlicher Gewalt befinden [k]), so wie bey andern Verträgen, denen die allgemeinen wesentlichen Erfordernisse mangeln, der Eyd kein Mittel die Ungültigkeit dieser Geschäfte zu heben.

a) siehe besonders Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 118 fgde. Gluck Comment. IV. §. 341. Gottfr.

Ludw. v. Winkler flores sparsi ad doctr. de iureiurando; obs. 7. in Fi. Opusc. Vol. II. P. I. pag. 261. Aus den von ihnen festgestellten Grundsätzen über den Eyd und aus der Natur desselben ergiebt es sich, daß der Eyd eine Gewissenssache sey. Auch das canonische Recht betrachtet ihn aus diesem Gesichtspuncte, indem es den Verlust der ewigen Seligkeit als Bewegungsgrund zur Erfüllung der Eyde angiebt, und durch Kirchenbußen dieselbe zu sichern strebt. Eine Klage aus diesem Eyde, wie die condictio ex iureiurando delato ist, findet sich nirgends, sondern es wird die aus dem Versprechen herrührende Klage angestellt. s. Wiese a. a. O. S. 192. fgde. Berger oec. lib. IV. tit. 25. th. 2. n. 3. Ueber die Meynungen andrer s. Wernh. P. IV. obs. 151. no. 220.

b) l. 7. §. 16. D. de pactis. l. 5. §. 1. Cod. de legibus. cap. 12. X. de foro comp. cap. 6. de reg. iur. in 6to. Wernh. P. IV. obs. 151. no. 82. Auch das canon. Recht gesteht dem Eyde nur als Ausnahme eine befestigende Kraft bey ungültigen Verträgen zu, nämlich wenn der Vertrag nicht um des Staates Willen für ungültig zu achten ist, sondern blos zum Vortheil des Versprechenden. Böhmer ius eccl. a. a. O. §. 24. fgde. Wiese a. a. O. §. 167. Unstreitig legten auch die Verfasser der Constitutionen diese Lehre des canon. Rechts zum Grunde ihrer Meynung über die Gültigkeit des Eydes. Allein in den Constitutionen selbst und in den spätern Gesetzen wurden die Fälle, in welchen der Eyd wirksam seyn solle, so eingeschränkt, daß man die noch übrigen, in welchen vermöge ausdrücklicher Gesetze oder eines unbestrittenen Gerichtsbrauches eine an sich unwirksame Verbindlichkeit wegen des geleisteten Eydes für wirksam erkannt wird, als blose stricte zu erklärende Ausnahmen betrachten muß, und nicht einmal mit jener Distinction der Lehrer des Kirchenrechts die Sache erschöpfen kann. Vergl. Carpz. consist. lib. III. tit. 4. def. 55. no. 15. lib. II. tit. 3 def. 58. Berger c. l. th. I. n. 7. u. besonders von Trützschler Anweisung. Erste Hauptabth. 3tes Hauptst. §. 39. Weber und Glück a. a. O.

c) Decis. 25. v. J. 1661. Const. 16. P. II. Decis. 24. v. J. 1746.

d) Const. 35. P. II. *Cocceii* ius contr. L. II. T. 15. qu. 7.

e) Const. 35. P. II. siehe oben Th. II. §. 836.

f) siehe oben Th. I. §. 130.

g) Böhmer ius eccles. Prot. Lib. II. tit. 24. §. 30. Thibaut Pandekt. §. 584.

h) Decis. 26. v. J. 1661.

i) Vorm. Ordn. XIII. 5. XXIV. 12. Hiedurch ist also die Auth. Sacram. pub. Cod. si. adverſ. vendit. bey uns direct aufgehoben.

k) [illegible]and. v. 21. April 1724. §. I. C. A. II. 2085. Dahin scheinen auch noch die Vergleiche über künftige Alimente zu gehören. Böhmer c. l. §. 30. Glück Comm. §. 341. erklären sie zwar für gültig, wenn sie durch einen Eyd bestärkt sind. Allein Thibaut Pand. §. 584. ingleichen die Meditationen über verſch. Rechtsmaterien v. den Gebr. Overbeck. 5ter Band. Hannover 1793. No. 283. p. 83 sind der entgegen gesetzten Meynung, welche gegründeter scheint, da 1) l. 8. D. de transact. ein obrigkeitliches Decret wesentlich zur Gültigkeit dieser Verträge erfordert; 2) der Eyd, nachdem in der 26. Dec. v. J. 1661 bestätigten Grundsatze, in den Fällen, wo ein obrigkeitliches Decret pro forma eſſentiali erforderlich ist, nicht als aequipollens betrachtet werden, und das Geschäft ohne Decret gültig machen kann; endlich aber 3) sich aus dem Reſcr. an das Appell. Gericht vom 17 Jul. 1794. in Rind quaeſt. for. IV. pag. 278. und in der 2ten Fortſ. d. Cod. Aug. I. 539. §. 6. ergiebt, daß das Decret bey solchen Vergleichen auch h. z. T. noch als forma eſſentialis erfordert wird; nicht zu gedenken, daß 4) solche Vergleiche über künftige Alimente fast immer in praeiudicium tertii gereichen müssen, und mithin der Eyd bey selbigen schon um deßwillen nichts wirken kann. — Ferner gehören dahin die Fälle, wo der Eyd einem Vertrage deßwegen beygefügt wird, um die von den Gesetzen dabey vorgeschriebene obrigkeitliche Consenstheilung zu ersetzen, wie sich aus der angezognen 26ten Deciſ. v. J. 1661. ergiebt. [illegible]hilippi obſ. I. ad h. dec.; sodann alle wucherliche Contrakte und Verträge, wodurch höhere Zinsen, als erlaubt ist, versprochen werden, die Lex commiſſoria bey dem Pfandcontrakte; Meditat. über verſch. Rechtsmat. V. S. 108 v. Trutzschler a. a. O. 2ter Th. 4te Hauptabth. 5. Hauptst. §. 15. — Böhmer c. l. §. 26. [illegible]eber v. d. nat. Verb. §. 121. no. 7. Spielschulden, Verträge, welche Frauenzimmer ohne Zuziehung eines Curators schließen und eydlich bekräftigen,

hält zwar Hommel obs. 274. für verbindend, allein nicht zu gedenken, daß nach seiner eignen Aussage der Gerichtsbrauch darüber schwankend ist, so scheint auch seine Meynung schon darum nicht annehmlich, weil die Gesetze die Verbind. der Frauenzimmer ohne Curator für nichtig erklären, folglich auch der Eyd, der einer gar nicht existirenden Verbindlichkeit hinzugefügt wird, ganz nichtig ist; und selbst bey der Ablegung des Eydes ein Curator erforderlich ist. Decis. 25. v. J. 1661.

§. 1262.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in allen den vorher genannten Fällen, außer den Intercessionen der Eheweiber [a]), der Verpflichtungseyd auch außergerichtlich, und durch die bloße Unterschrift der Eydesformel [b]), aber niemals durch einen Bevollmächtigten *), geleistet werden kann; ferner, daß der Eyd nie weiter erstreckt werden kann, als das Versprechen selbst geht, mithin auch erlischt, wenn die Verbindlichkeit aus dem Versprechen wieder aufhört [c]), und daß er, wenn das Hauptgeschäft von ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingungen abhängt, ebenfalls diese Bedingungen in sich begreift [d]); endlich daß in den Fällen, wo der Eyd einer an sich wirksamen Verbindlichkeit beygefügt ist, oder wo er ein, sonst unwirksames Versprechen gültig macht, auch die Erben des Schwörenden zur Erfüllung des Versprechens angehalten werden können [e]); und daß in Ansehung der bey dem Eyde zu gebrauchenden Formel blos dann, wenn er vor Gericht geleistet wird, die solennen Worte: So wahr mir Gott helfe, und sein heiliges Wort; nothwendig gebraucht werden müssen, außerdem aber auch andre gleichbedeutende Worte, z. B. bey dem

Worte der ewigen Wahrheit, angewendet werden können [f]).

a) Decis. 25. v. J. 1661.

b) Wiese a. a. O. §. 165. Böhmer c. l. §. 69. Hommel obs. 598. Berger lib. IV. tit. 25. th. 1. no 10. Wernh. P. I. obs. 217. suppl.

*) Erl. Proc. Ordn. Tit. 18. §. vlt. Berger a. a. O. th. 1. n. 2.

c) cap. 2. X. de sponsal. z. B. wenn die Verbindlichkeit erlassen wird. Hommel obs. 699.

d) c. 25. X. de iureiur. c. 3. c. 29. §. 1. eod. c. 75. de reg. iur. in 6to. Cap. 20. de iureiur. Wiese a. a. O. §. 166. Glück §. 341.

e) Böhmer a. a. O. §. 39. Wernh. P. IV. obs. 151. no. 228. Nach dem canon. Rechte ist dieß bey bürgerlich ungültigen Geschäften allerdings zweifelhaft, da der Eyd nur als Gewissenspflicht verbindet, und folglich ausser über die Person des Schwörenden keine Kraft äußern kann; aber da wir dem Eyde überhaupt nur dann verbindliche Kraft beylegen, wenn die Gesetze oder Gewohnheit ihm eine solche zustehen, folglich bey dem Eyde stets eine bürgerliche Verbindlichkeit ist; so ist nicht zu zweifeln, daß auch die Erben zur Erfüllung eines solchen Geschäfts verbunden sind. Berger oec. lib. IV. tit. 25. th. 1. n. 12.

f) Böhmer a. a. O. §. 54—58. Von Trüschtzler a. a. O. Erste Hauptabth. 3tes Hauptst. §. 41.

§. 1263.

5) Zu den gewöhnlichsten Verstärkungsmitteln der Verbindlichkeit aus Verträgen gehört das Versprechen bey Gefängniß oder bürgerlichem Gehorsam, wodurch ein Schuldner, der zu einer bestimmten Zeit etwas zu thun oder zu geben hat, dem Gläubiger das Recht ertheilt, ihn, wenn er zu gehöriger Zeit seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, durch die Obrigkeit in persönlichen Arrest bringen zu lassen [a]). Der Gläubiger kann daher, wenn der Schuldner nach geschehener Mahnung wirklich in mora ist, ihn vor

dessen ordentlicher Obrigkeit belangen, und auf den Arrest desselben klagen, auch sogar wenn er die Flucht ergriffen, sein Versprechen aber durch gerichtliche Urkunden sofort liquid zu machen ist, ihn aller Orten, wo er zu treffen, anhalten, in die Gerichte, wo er betroffen worden ist, abliefern [b]), und dann bis zu erlangter völliger Befriedigung darin enthalten lassen [c]). Es können auch Frauenzimmer sich durch einen solchen Vertrag verpflichten, nur müssen sie zuvor von der Verbindlichkeit, die sie hiedurch übernehmen, genau unterrichtet worden seyn, und das Versprechen selbst mit Zustimmung ihres Curators thun; auch ist es in dem Falle, wenn sie sich für eine fremde Schuld verbinden wollen, nöthig, daß sie zuvor den weiblichen Gerechtsamen wegen der Verbürgungen entsagen [d]). Wenn die Hauptverbindlichkeit, wegen welcher das Versprechen geleistet wird, ungültig ist, so kann auch der Arrest wider den Schuldner nicht verhängt werden. Die Erben desselben aber sind in keinem Falle zur Erleidung des Gefängnisses verbunden [e]).

a) Const. 21. P. II. bestätigt diesen Vertrag ausdrücklich. Ueber die Verschiedenheit desselben vom Wechselrechte, siehe Reinhardt Diss. de differentia et conuenientia inter obligationem ad carceres et litteras cambiales. Erfurt. 1731. u. v. Trützschler. a. a. O. Vierte Hauptabth. Erstes Hauptst. §. 24. Von der ehemals nach der Const. 22. P. II. üblichen, durch das Banquerout. Mandat v. 1724. u. 1766 aber überflüßig gewordenen Klage auf den Schuldthurm unterscheidet sich jenes Versprechen vornämlich dadurch, daß der Schuldthurm blos nach geschehener völliger Excussion und als Strafe wegen des leichtsinnigen Aufborgens Statt fand; die Vertragsmäßige Verbindlichkeit zum Arreste aber keinesweges erfordert, daß der Schuldner ausgeklagt sey, auch eben so wenig, wie der Wechselarrest, als Strafe betrachtet

werden kann. Carpz. defin. P. II. Const. 21. def. 2. Abr. Kästner Diss. de obligatione ad carcerem ex caussa debiti in masculo et femina obtinente. Lipsi. 1723. §. 9. — Die ehedem als Verstärkungsmittel der persönlichen Verbindlichkeiten übliche Gebung der Schuldner zu Hand und Halfter, und das Versprechen des Einreitens und Leistens in Herbergen, oder Obstagium ist durch die Const. 22. P. II. gänzlich aufgehoben. s. Schott inst. iuris Sax. ed. *Hanboldi.* lib. III. cap. 3. §. 7.

b) Die Arretirung des Schuldners vom Gläubiger selbst ist als carcer priuatus durch die Const. 21. P. II. verboten, doch ist ihm die Arretirung des flüchtigen Schuldners nachgelassen. Daß er ihn aber sofort in die Gerichte abliefern müsse, und außerdem wenn er ihn über 20 Stunden zurückhielte, bestraft werde, sagt Carpz. a. a. O. Def. 1. Die Anhaltung eines Schuldners kann jedoch unstreitig nur bey völlig liquiden Forderungen Statt finden, nämlich wenn das Angelöbniß gerichtlich geleistet, oder wenigstens gerichtlich anerkannt ist. — Nach Analogie des Verfahrens beym Wechselarreste. Erl. Pr. Ordn. Anh. §. 12. muß der Gläubiger für den Unterhalt des Schuldners im Gefängnisse haften, kann jedoch die Erstattung dieser Kosten nachher von ihm mit gleichem Rechte, wie die Hauptschuld fordern.

c) Die Erbietung zu einer Caution befreyt den Schuldner, wenn der Gläubiger dieselbe freywillig annimmt. Carpz. a. a. O. Def. 3. Kästner a. a. O. §. 18. und die Verordnung der Proc. Ordn. Tit 51. §. 1. ist blos von den dort bemerkten Fällen des persönlichen Arrestes zu verstehen.

d) Const. 21. P. II. Carpz. a. a. O. D. 8. 9. Da jedoch Frauenzimmer, welche Handlung treiben, sogar Wechsel ausstellen können, so ist kaum zu zweifeln, daß eben diese in Handlungssachen sich auch ohne vorgängige Certioration, u. ohne Curator zum Arreste verbindlich machen können. Wechs. Ordn. §. 2. C. A. II. 2024. Kästner a. a. §. 27.

e) Carpz. a. a. O. Def. 10. Kästner. §. 21.

§. 1264.

6) Unter den Entsagungen oder Verzichtsclauseln, welche insgemein den Verträgen, beson-

ders wenn dieselben schriftlich abgefaßt werden, beygefügt zu werden pflegen, versteht man die rechtmäßige Aufgebung eines zum Vortheil des Entsagenden dienenden Rechtes, insbesondre eines solchen, wodurch er sich von der aus dem Vertrage ihm obliegenden Verbindlichkeit befreyen könnte [a]). Diese Rechte beziehen sich nun entweder lediglich auf einzelne Arten von Verträgen, oder sie können bey allen, oder wenigstens bey mehreren Verträgen Statt finden; von jenen wird daher bey den Verträgen, zu welchen sie gehören, gehandelt werden, hier aber nur von den allgemeinen Verzichten. Von diesen sind folgende Regeln zu bemerken: 1) Entsagungen, welche verbietenden Gesetzen zuwider laufen, sind unerlaubt und unnütz, wenn nicht die Gesetze selbst eine Renunciation gelten lassen [b]). Daher würde z. B. ein erklärter Verschwender, oder ein Unmündiger doch nicht verbunden werden, wenn er gleich auf die Gesetze, die seine Verbindlichkeit aufheben, Verzicht leistete; eben dieß würde von den wider das SCtum Macedonianum eingegangnen Verbindlichkeiten gelten [c]). Eine Ausnahme hingegen gestatten die Gesetze bey den Bürgschaften der Frauenzimmer [d]). 2) Auf Ausflüchte, welche auf factischen Gründen beruhen, und auf besondre, blos zum Vortheile des Entsagenden dienende Rechte, z. B. die Rechtswohlthat der Theilung und Vorausklage, kann gültig renuncirt werden, wenn nur der Entsagende überhaupt fähig ist, sich seiner Rechte zu begeben [e]). 3) Eine jede Renunciation ist streng zu erklären, und nie weiter auszudehnen, als die deutliche Absicht des Entsagenden gegangen ist [f]), kann daher

auch nicht auf solche Rechte oder Ausflüchte bezogen werden, von welchen der Renuncirende noch nicht wußte, daß sie ihm zustehen, oder künftig zustehen würden [g]).

a) Stryck caut. contr. Sect. I. cap. 5. §. 1. Claproth von Abschl. der Verträge. I. §. 41. v. Trützschler a. a. O. Erste Hauptabth. 18 Hauptst. §. 31.
b) Weber v. d. nat. Verbindl. §. 74. s. oben §. 1128.
c) s. §. 1261. Andrer Meynung ist Stryck de caut. contr. S. 2. cap. 1. §. 15.
d) Const. 16. P. II. Decis. 25. v. J. 1661.
e) Stryck a. a. O. S. 1. c. 5. §. 4. 12.
f) v. Trützschler a. a. O. Claproth a. a. O. §. 42. Stryck c. l. §. 9. Carpz. P. 1. Decis. 58. n. 13.
g) v. Trützschler a. a. O. §. 52. Stryck c. l. §. 13. 14.

§. 1265.

Es ergiebt sich hieraus, daß 1) die Entsagung auf die Ausflucht des Betrugs im Allgemeinen ohne Nutzen ist, weil niemanden im Voraus die Ansprüche wegen eines begangenen Betrugs erlassen werden können. Dagegen kann aber alsdenn, wenn ein Betrug schon an den Tag gekommen ist, Verzicht auf die Entschädigungsforderungen geleistet werden [a]). Eben so wenig nützt 2) die Entsagung auf die Ausflucht der Furcht und des Zwanges, und 3) auf die Ausflucht des Irrthumes, wenn sie dem wegen Furcht, Zwang oder Irrthum ungültigen Geschäfte sofort, und nicht erst späterhin beygefügt wird, weil in allen diesen Fällen die Entsagung selbst nicht auf einer freyen Einwilligung beruht [b]); hingegen sind: 4) die Renunciation auf die Ausflucht der Verjährung [c]), 5) und Entsagungen, welche bey entstehenden Streitigkeiten über das Geschäft einen kürzern und schnellern Gang

des Processes bezwecken, z. B. die Entsagung der Appellationen, des Gerichtsstandes u. s. w. von Nutzen, wenn sie nicht dem Entsagenden die nöthige Vertheidigung entziehen, oder wesentliche Theile des Processes, z. B. die Antwort auf die Klage und dergl. betreffen [a]). Was übrigens die Art anlangt, wie die Entsagungen geschehen müssen, so ist bestimmt anzuzeigen, auf welche Rechtswohlthaten Verzicht geleistet werden solle, und ganz allgemein ausgedrückte Verzichtleistungen sind unnütz [c]). Ferner muß der Entsagende wissen, was für eines Vortheils er sich durch die Verzichtleistung begiebt, und bey Personen, welche der Rechte unkundig sind, besonders bey Frauenzimmern, ist daher eine deutliche Erklärung der Gerechtsame, welcher sie sich begeben wollen, erforderlich; eine Entsagung hingegen, die auf Irrthum beruht, kann keine Wirkung haben [f]). Wenn endlich die Entsagungen durch Bevollmächtigte geschehen sollen, so ist erforderlich, daß ihre Vollmacht besonders mit hierauf gerichtet, und in derselben die Rechte und Ausflüchte, auf welche Verzicht zu leisten ist, namentlich angeführt worden seyen [g]).

a) s. §. 1151. Wernh. P. X. obs. 285. P. I. obs. 98. Claproth a. a. O. I. §. 6 u. 43. v. Trützschler a. a. O. §. 34. Stryck. c. l. Sect. 1. cap. 4. §. 10. Der Letztere empfiehlt, als Cautel beyzufügen, daß, wenn auch ein dolus dans caussam contractui an den Tag kommen sollte, die betrogne Parthey darum doch nicht befugt seyn solle, den Contrakt gänzlich umzustoßen, sondern blos laluo reliquo contractu Entschädigung zu suchen.

b) v. Trützschler §. 35. Claproth a. a. O. Stryck c. l. cap. 4. §. 8. 9.

c) Stryck c. l. cap. 5. §. 25. v. Trützschler a. a. O. §. 45.

d) l. 1. §. 3. D. a quibus appellari non licet. Stryck c. l. §. 18. fgde. v. Trützschler a. a. O. §. 46. fgde. l. 29. Cod. de pactis.

e) Claproth a. a. O. §. 41. Stryck a. a. O. §. 2. Wenn jedoch einige der Ausflüchte, auf welche Verzicht zu leisten ist, genannt worden sind, und dann die allgemeine Clausel: Allen andern rechtlichen Behelfen u. s. w. hinzugefügt wird, so ersetzt dieß unstreitig die namentliche Aufzählung der übrigen zu derselben Gattung gehörigen Ausflüchte; Const. 17. P. II. keinesweges aber tritt es an die Stelle einer speciellen Renunciation auf Ausflüchte andrer Art. Daher würde z. B. eine Frau, die der Auth. Cod. Si qua mulier, dem Sctο Vellejano und andern ihr der Bürgschaften halber nachgelassenen Rechtswohlthaten entsagte, deßhalb nicht des beneficii ordinis, divisionis u. cedendarum actionum verlustig seyn, weil dieß Rechtswohlthaten einer andern Art sind, welche man unter jener allgemeinen Clausel nicht mit begreifen kann. Eben daher kann auch die öfters gebrauchte Cautel, daß man der Rechtsregel, daß eine allgemeine Verzicht nicht gelte, wenn nicht eine besondre vorangegangen, renunciren läßt, selten Wirkungen haben, weil sie immer den Fehler der zu großen Allgemeinheit hat. Stryck a. a. O. §. 3.

f) Decis. 25. v. J. 1661. Stryck a. a. O. §. 6. Claproth a. a. O. §. 42.

g) Stryck c. l. §. 5.

§. 1266.

7) Ein sehr nützliches Verstärkungsmittel der Verbindlichkeiten ist die Lex commissoria oder clausula cassatoria, worunter man die Uebereinkunft versteht, daß der eine Paciscent befugt seyn solle, vom Vertrage wieder abzugehen, wenn der andre nicht binnen einer bestimmten Zeit seinen Obliegenheiten würde nachgekommen seyn [a]). Außer dem Pfandcontrakte [b]), kann dieser Vertrag allen andern Contrakten beygefügt werden; am häufigsten jedoch kommt er unter dem Namen der Lex commissoria bey dem Kaufcontrakte,

unter dem Namen der clausula cassatoria aber bey dem Darlehns- oder Miethcontrakte und andern ähnlichen Verträgen vor, aus welchen terminliche Zahlungen zu leisten sind.

a) Claproth a. a. O. §. 54. Rind quaest. for. Tom. I. cap. 44.

b) l. 3. Cod. de pactis pignorum und die oben §. 1179. nota a. citirten Sächsischen Gesetze wider den Wucher.

§. 1267.

In allen Fällen erfordert er, daß 1) zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit eine Zeit fest bestimmt sey, entweder durch den Vertrag selbst, oder durch die vorhergegangne Mahnung und Aufkündigung, und daß der Schuldner bis nach Verfluß dieses Termines die Erfüllung nicht geleistet habe [a]), 2) daß der Gläubiger sich nicht in mora accipiendi befinde [b]), und 3) sich, wenn der Schuldner zum bestimmten Tage die Erfüllung nicht leistet, sogleich oder wenigstens binnen 10 Tagen nach diesem Termine erkläre, ob er sich seines Rechtes aus der clausula cassatoria bedienen, oder blos auf Erfüllung des Vertrages klagen wolle; hat er die Erfüllung des Contrakts gefordert, so kann er die lex commissoria nicht mehr geltend machen, und eben so wenn er vermöge der letztern die Aufhebung des Vertrages gewollt hat, nicht mehr die Erfüllung des Contraktes verlangen [c]).

a) Weil nämlich der Schuldner sonst nicht in mora ist. s. §. 1167. fgde. Ist der Tag aber einmal bestimmt, so braucht der Gläubiger den Schuldner nicht noch zu mahnen, vielmehr muß der letzte von selbst sich zur Zahlung erbieten. l. 2. l. 4. §. 4. l. 5. D. de lege commiss.

b) L. 8. D. de l. commiss. L. 10. §. 1. D. de rescind. vend. l. 7. Cod. de pactis int. emt. et vendit. Doch

ist selbst nach dem letztern Gesetze es rathsamer für den Abkäufer, das Geld, wenn der Gläubiger in mora ist zu deponiren, damit die Folgen des Vorzugs desto gewisser ihn nicht treffen können. Da übrigens alles darauf ankommt, ob der Schuldner im Verzuge ist, so kann auch die Wirkung der lex commiss. durch jede Ursache, welche den Verzug hinreichend entschuldigt, abgewendet werden. Claproth a. a. O. Wernh. P. IV. obs. 89. Wenn beyde Theile in mora sind, so schadet dieselbe dem, der zuletzt darin verbleibt, und daher kann auch die lex commissoria noch eintreten, wenn der Gläubiger zwar Anfangs im Verzuge, nachher aber bereit gewesen, die Zahlung anzunehmen, der Schuldner sie aber nun zu leisten unterläßt. l. 51. §. 1. D. de act. emti. Westphal vom Kauf-Pacht-Mieth- und Erbzinscontrakte. §. 706.

c) l. 4. §. 2. D. de l. commiss. l. 2. 3. 7. eod. L. 4. Cod. de pactis inter emt. et vend. und arg. l. 21. §. 1. D. de pecun. constit. Kind quaest. for. a. a. O. Leyser Spec. 197. med. I. Wernher P. V. obs. 3. Man hat hiebey nicht blos auf gerichtliche sondern auch auf außergerichtliche Erklärungen zu sehn. Berger decis. 227. und 229.

§. 1268.

Die Wirkung dieses Vertrages ist im Allgemeinen, daß das Hauptgeschäft, welchem er beygefügt ist, auf Verlangen des Gläubigers, auch wider Willen des Schuldners, aufgehoben werden kann. Wenn daher bey einem Darlehnscontrakte die Wiederbezahlung sub clausula cassatoria in verschiednen Terminen versprochen worden ist, und der Schuldner trägt diese Termine nicht zu der bestimmten Zeit ab, so kann der Gläubiger, ohne ferner an diese bewilligte Gestundung gebunden zu seyn, sogleich die ganze schuldige Summe zurückfordern a). Eben so bewirkt sie bey dem Miethcontrakte, wenn die Termine, wo der Miethzins bezahlt werden sollte, nicht gehörig be-

obachtet werden, daß der Contrakt sogleich auch vor Ablauf der bestimmten Zeit wieder endiget [b]). Wenn endlich die lex commissoria einem Kaufcontrakte wegen des erst zu einer bestimmten Zeit zu zahlenden Kaufgeldes beygefügt worden ist, so hat der Verkäufer bey unterbleibender Zahlung die Befugniß, den Kauf wieder aufzuheben, und die verkaufte Sache in der Regel mittelst einer persönlichen Klage vom Abkäufer zurückzufordern. Im Falle dieser Vertrag aber ausdrücklich als suspensive Bedingung verabredet worden ist, nämlich daß dem Verkäufer bis zur erfolgten Zahlung des Kaufgeldes das Eigenthum vorbehalten bleiben solle, so kann dieser sich zur Zurückforderung der Sache auch der Vindicationsklage gegen jeden Besitzer derselben bedienen [c]). Der Abkäufer muß überdem die erhobnen Nutzungen nebst den verursachten Deteriorationen erstatten [d]) und verliert das, was er dem Verkäufer als arrha gegeben, und was er an Unkosten bey dem Kaufe aufgewendet hat; wenn er hingegen schon einen Theil des Kaufgeldes bezahlt hat, so ist der Verkäufer verbunden, diesen, jedoch ohne Zinsen, zurückzugeben, wenn nicht ausdrücklich durch Uebereinkunft etwas anders festgesetzt worden ist [e]). Uebrigens kann die Wirkung der lex commissoria blos dann Statt finden, wenn die Partheyen sich ausdrücklich derselben unterworfen haben; ausgenommen, daß bey uns vermöge gesetzlicher Disposition dieselbe stillschweigend bey allen Subhastationen eintritt, daher auch, wenn die terminlich zu zahlenden Gelder nicht abgetragen werden, der vor dem Adjudicationstermine erlegte zehnte Theil der Kaufsumme verloren geht [f]).

a) Kind a. a. O. Nach l. 47. pr. D. de pactis. findet eben dieß Statt, wenn ein Theil der Schuld unter der Bedingung erlassen worden ist, daß der Rest zu einer bestimmten Zeit abgetragen werde.

b) v. Bennigsen ökonom. juristi. Abhandl. vom Pacht und Verpacht der Güter. Leipz. 1771. §. 97.

c) l. 4. pr. D. de l. commiss. l. 6. §. 1. D. de contr. emt. l. 3. Cod. de pactis inter emt. et vend. Wernh. P. VII. obs. 228. Kind a. a. O. *Gabr. Mudaei* comment. ad tit. Dig. pro socio, de contr. emt. etc. Lovan. 1563. p. 54. No. 8.

d) l. 4. pr. §. 1. l. 5. D. de l. commiss.

e) l. 6. pr. D. de l. commiss. l. 6. Cod. de pactis int. emt. et vend. Westphal a. a. O. §. 710. fgde. Kind a. a. O. S. 177. Claproth a. a. O. Wenn ausgemacht worden ist, daß der Verkäufer das abschläglich erhaltene Kaufgeld ebenfalls behalten solle, so ist dagegen in der Regel der Abkäufer nicht verbunden die erhobenen Nutzungen herauszugeben, wenn er sich nicht auch dazu besonders anheischig gemacht hat. l. 4. §. 1. D. de l. commiss.

f) Erl. Proc. Ord. ad tit. 39. §. 16. 17. Kind a. a. O. S. 179.

IV. Von den Nebenbestimmungen der Verträge.

§. 1269.

Die Nebenbestimmungen, welche den Verträgen beygefügt zu werden pflegen, sind theils Bedingungen, theils Angaben der Zeit, wann die Erfüllung geleistet werden soll, theils Benennung der Ursache, oder der Absicht, zu welcher etwas gegeben, oder versprochen wird (modus). Bedingungen sind ungewisse Ereignisse, von welchen die Existenz der aus einer Willenserklärung entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht wird [a]). Wenn daher ein solches Ereigniß schon geschehen ist, oder zu derselben Zeit geschieht, wo der Vertrag darüber eingegangen

wird, so ist das Geschäft, im Falle die Contrahenten von jenem Ereignisse unterrichtet sind, als völlig unbedingt zu betrachten; wenn sie hingegen nicht wissen, ob dasselbe eingetreten sey, so ist die Gültigkeit oder Ungültigkeit doch nur so lange, bis sie Kenntniß davon erlangt haben, ungewiß [b]). Ein Ereigniß, welches zur Bedingung gemacht wird, ist nun aber entweder möglich oder unmöglich. Was die Wirkung einer unmöglichen Bedingung anlangt, so muß man unterscheiden, ob sie affirmativ oder negativ beygefügt ist. In jenem Falle, wenn nämlich jemand, um ein Recht gegen den Promittenten zu erlangen, etwas Unmögliches thun soll, macht diese Bedingung das ganze Geschäft ungültig, weil es bey einer solchen Uebereinkunft an einer ernstlichen Einwilligung zu mangeln scheint [c]). Ist die Bedingung aber negativ, und zwar so, daß jemand etwas natürlich Unmögliches nicht thun solle, so ist der Vertrag als unbedingt geschlossen anzusehen [d]); wenn hingegen ein moralisch unmögliches factum als negative Bedingung gesetzt worden ist, so hat man zu unterscheiden, ob sie suspensiv oder resolutiv sey. Ist nämlich versprochen worden, jemanden etwas zu geben, wenn er eine gewisse verbotene Handlung unterlassen würde, so ist das Versprechen nicht verbindend [e]), und die schon geleistete Erfüllung kann sogar condictione ex turpi caussa zurückgefordert werden [f]). Wenn aber bey der Uebertragung eines Rechtes ausgemacht worden ist, daß dasselbe wieder erlöschen solle, wenn der Empfänger eine gewisse, an sich widerrechtliche Handlung begehen würde, so ist die Verbindlichkeit von Anfange an gül-

tig und wirksam, die Bedingung hat aber die Wirkung, daß beym Eintritte der Bedingung der Promittent das Gegebene wieder zurückfordern kann [g]).

a) l. 4. Inst. de verb. obl. s. Th. II. §. 683 fgde.

b) l. 10. §. 1 D. de condit. institut. l. 120. D. de verb. obl. Man muß mithin auch, im Falle die Contrahenten nicht wissen, ob das Ereigniß geschehen sey, den Vertrag stets so betrachten, als ob er pure abgeschlossen worden sey, und alle Wirkungen desselben treten folgl. von der Zeit des Abschlusses ein, nicht erst von der Zeit der erlangten Wissenschaft. l. 100. D. de verb. obl. §. 6. Inst. eod. l. 37. D. de reb. cred.

c) l. 7. l. 35. pr. §. 1. D. de verb. obl. l. 31. D. de obl. et act. §. 11. Inst. de inut. stip. l. 9. §. 6. D. de reb. cred. l. 6. §. 3. D. mandati. §. 7. Inst. eod. l. 57. D. pro socio. Der entgegengesetzten Meynung ist Joh. Tob. Richter Diss. de impossibili conditione contractum non vitiante. Lipsi. 1747.

d) §. 11. Inst. de inut. stip. l. 7. D. de verb. obl.

e) l. 7. §. 3. D. de pactis. l. 8. D. de cond. ob turp. c. l. 1. Cod. eod. *Gerh. Noodt* lib. sing. de pactis et transact. cap. 9. in f. in Ei. Opp. Lugd. Bat. 1735. Fol. Tom. I. p. 567.

f) l. 1. §. 2. l. 2. pr. l. 4. §. 2. D. de condict. ob turp. causam.

g) l. 50. D. de pactis.

§. 1270.

Wenn eine mögliche und zwar 1) resolutive Bedingung beygefügt ist, so hat der Vertrag von Anfange an alle Eigenschaften eines unbedingten, und es treten folglich alle Wirkungen desselben sogleich ein [a]). Erfolgt aber das Ereigniß, welches zur resolutiven Bedingung gemacht worden ist, so endigen dieselben wieder; folglich muß die vermöge des Contrakts übergebene Sache nebst den erhobenen Nutzungen restituirt werden, und die Verfügungen, welche der temporäre Besitzer darüber getroffen hatte, z. B. die

Bestellung eines Pfandes oder einer Servitut, erlöschen wieder [b]). In Ansehung der Rechtsmittel aber, welche der Paciscent, der den Vertrag wieder aufhebt, gebrauchen kann, muß man auf die Uebereinkunft der Paciscenten selbst Rücksicht nehmen: Haben sie nämlich gewollt, daß bey Eintritt der Bedingung das Geschäft sofort (ipso iure) aufgehoben seyn solle, so geht das Eigenthum der übergebenen Sache von selbst wieder an den ersten Herrn zurück, und dieser kann sie daher auch von einem jeden dritten Besitzer vindiciren [c]). Wenn er sich hingegen nur die Befugniß vorbehalten hat, wieder vom Vertrage abzugehen, so kann er sich blos persönlicher Klagen gegen seinen Mitcontrahenten bedienen [d]).

a) l. 2. pr. §. 1. l. 4. §. 3. D. de in diem addict. l. 41. pr. l. 66. D. de rei vind.

b) l. 4. §. 3. l. 6. pr. D. de in diem addict. l. 3. D. quibus modis pignus l. hyp. solu. l. 11. §. 1. D. quemadmod. seruitt. amitt.

c) l. 1. et 3. Cod. de pactis int. emt. et vend. l. vlt. D. de l. comiss.

d) l. 4. pr. D. de l. commiss. l. 7. in fine. l. 9. pr. D. de iure dotium. Sind die Worte des Vertrags nicht bestimmt genug, so finden im Zweifel blos persönliche Klagen Statt. l. 8. D. de iure dot. l. 3. l. de pactis inter emt. et vendit.

§. 1271.

2) Eine suspensive Bedingung bewirkt 1) so lange es noch ungewiß ist, ob das Ereigniß eintreten werde, daß zwar die Erfüllung des Vertrags noch nicht gefordert werden kann [a]), auch dann nicht, wenn derjenige, der sie verlangt, sich zu Bestellung einer Caution erböte [b]), und daß selbst dasjenige, was vor

Eintritt der Bedingung aus Irrthum zur Erfüllung des Vertrags gegeben worden ist, wieder zurückgefordert werden kann [g]; im Gegentheile aber kann auch kein Theil wider Willen des andern vom Vertrage abgehen. Dieß erstreckt sich auch auf die Erben der Paciscenten, wenn nicht die Bedingung so beschaffen ist, daß sie persönlich von dem Paciscenten erfüllt werden muß [a]). 2) Kommt die Bedingung nicht zur Existenz, so ist es so anzusehen, als ob nie ein Vertrag wäre geschlossen worden, und es kann folglich auch alles, was schon zur Erfüllung desselben geschehen ist, widerrufen werden [e]). 3) Wird die Bedingung hingegen erfüllt, so kann nunmehr die Erfüllung des Vertrags gefordert werden [f]), die Wirkungen des zugestandnen Rechtes aber werden, im Falle die Erfüllung der Bedingung gar nicht, oder nur zum Theil von der Willkühr des Promissars abhieng, so betrachtet, als ob der Vertrag von Anfange an unbedingt gewesen wäre [g]), jedoch mit der Einschränkung, daß wenn von Uebereignung einer Sache die Rede ist, der Gläubiger sie in dem Zustande annehmen muß, in welchem sie sich zu der Zeit befindet, wo die Bedingung erfüllt worden ist, und daß er folglich die zufälligen Deteriorationen tragen muß, auch keine Nutzungen von der vorhergehenden Zeit fordern kann [h]). Wenn aber die Erfüllung blos von seiner Willkühr abhieng, so fangen alle Wirkungen des Rechtes erst vom Eintritte der Bedingung an [i]).

a) l. 9. pr. D. de rebus cred. l. 13. §. 5. D. de pign. et hyp. §. 33. Inst. de action. Daher fängt auch d. Verjährung der Klagen erst nach Eintritt d. Bedingung an, l. 7. §. 4. C. de praescr. 30. l. 40. at.

b) §. 4. Inst. de verb. obl. *Cuiacii* observv. lib. XIV. cap. 32. l. 99. §. 1. D. de verb. obl.
c) l. 16. pr. l. 18. de cond. ind. l. 48. eod.
d) §. 4. Inst. de verb. obl. l. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. l. 57. D. de verb. obl.
e) l. 37. D. de contr. emt. l. 20. D. de donatt. int. vir et ux.
f) l. 7. pr. D. de contr. emt. l. 115. §. 1. 2. D. de verb. obl.
g) l. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. l. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. l. 16. D. de solut.
h) l. 8 pr. D. de peric. et comm.
i) Glück Comment. IV. §. 337. d. nota 94. Thibaut Pand. §. 106.

§. 1272.

In Ansehung der Erfüllung einer Suspensivbedingung bemerke man noch folgendes: 1) Wenn eine Zeit bestimmt worden ist, binnen welcher die Bedingung existiren soll, und diese Zeit verstreicht, ohne daß sie erfüllt wird, so ist der Promissar seines Rechtes verlustig [a]); doch werden ihm bey solchen Bedingungen, die ein factum desselben erfordern (cond. potestativae), die Tage, wo er ohne seine Schuld verhindert war, die Erfüllung zu leisten, zu Gute gerechnet [b]), auch kann eine kleine Versäumniß, die auf das Hauptgeschäft keine nachtheiligen Folgen hat, den Verlust des Rechts aus dem Vertrage nicht nach sich ziehn [c]). 2) Ist keine Zeit beygefügt, so kann die Bedingung stets, auch noch von den Erben des Promissars, erfüllt werden, eine negative Bedingung aber kann nicht eher für erfüllt gehalten werden, als wenn es gewiß ist, daß das factum nicht mehr eintreten könne [d]). 3) Für erfüllt kann die Bedingung nur dann geachtet werden, wenn eben das geschehen ist, was im Vertrage als solche

angenommen worden ist [c]); doch leidet dieß Ausnahmen, A) wenn der Zweck, den der Promittent durch die Bedingung erlangen wollte, auf die Art, wie sie der Promissar erfüllt hat, ebenfalls erreicht worden ist [f]); B) wenn der Promittent, dessen Verbindlichkeit vom Eintritte der Bedingung abhängt, die Erfüllung derselben verhindert, so kann gegen ihn dennoch eben so gut geklagt werden, als wenn die Bedingung erfüllt worden wäre [g]); C) wenn der, zu dessen Vortheil die Bedingung dienen sollte, ihre Erfüllung erlassen hat, so hat dieß eben die Wirkung, als wenn sie erfüllt worden wäre [h]). D) Besteht endlich die Bedingung in einem facto oder Ereignisse, das nicht wiederholt werden kann, zur Zeit der Eingehung des Vertrags aber schon erfüllt war, so ist der Vertrag als unbedingt anzusehen, wenn er nicht etwa wegen eines Betrugs oder Irrthums ungültig ist (§. 1269.) [i]).

a) l. 41. §. 12. D. de fideicomm. libert. l. 6. pr. D. de hered. instit.
b) l. 40. pr. D. de condit. et demonstr.
c) l. 135. §. 2. D. de verb. obl.
d) §. 4. Inst. de verb. obl. l. 115. §. 1. D. eod.
e) l. 44. §. 3. l. 94. pr. D. de condit. et dem. l. 94. §. 7. D. de solut.
f) l. vlt. Cod. de donat. quae sub modo. l. 11. §. 11. D. de leg. III. *Cocceii* ius controu. L. II. tit. 14. qu. 45.
g) l. 85. §. vlt. D. de verb. obl. l. 24. l. 81. §. 1. D. de condit. et demonstr. l. 50. D. de contr. emt. l. 161. D. de reg. iuris.
h) l. 1. D. de feriis export. l. 24. D. de condit. et dem.
i) l. 2. D. de condit. et dem. l. 10. eod.

§. 1273.

Wenn bey einem Vertrage der Zweck ange-

geben wird, den der Promittent durch denselben erreichen will (modus), so ist zu unterscheiden, ob der Zweck blos in der Zuwendung eines Vortheiles für den Promissar bestehe, oder ob der Nutzen des Promittenten, oder eines Dritten beabsichtigt werde. Im ersten Falle (modus simplex) entsteht keine Verbindlichkeit für den Promissar zu Erfüllung dieser Absicht, und es kann weder eine Caution verlangt, noch wegen der unterbliebnen Erfüllung das Gegebne zurückgefordert werden, ausgenommen wenn dieß ausdrücklich bestimmt, oder ausgemacht worden ist, daß der Promissar erst nach erfüllter Absicht des Promittenten ein unwiederrufliches Recht erhalten solle [a]). Im andern Falle (modus qualificatus) ist der Vertrag zwar sofort unbedingt gültig und wirksam, und der Promissar kann daher auf Erfüllung desselben klagen [b]); er ist jedoch verbunden, den modus zu erfüllen, und der Promittent kann daher nicht nur hierauf gegen ihn klagen, sondern auch nach Ablauf der bestimmten Zeit, oder wenn die Erfüllung des modi nicht mehr möglich ist, den Vertrag wieder aufheben, und dasjenige, was er ihm gegeben hat, wieder zurückfordern, oder Entschädigung verlangen [c]).

a) l. 13. §. 2. D. de donat. int. V. et V. l. 71. pr. D. de condit. et demostr. Glück Comment. IV. S. 465.

b) arg. l. 44. D. de manumissis testamento. l. 80. D. de condit. et dem. Ob der Promissar eine Caution bestellen müsse, ist zwar zweifelhaft, scheint jedoch zu verneinen zu seyn, da die Analogie eines legati sub modo relicti nicht auf Verträge bezogen werden kann, wo der Promittent sich alles, was die Natur einer beschwerenden Bedingung für den Acceptanten hat, gleich bey Ab-

schluß des Vertrages bedingen muß, nachher aber wider Willen des Gegners nicht weiter hinzufügen kann. l. 4. Cod. de donatt. quae sub modo.

c) Der modus qualific. ist hierin mit der conditio resolutiua von gleicher Wirkung. Helfeld Pand. Lib. II. §. 336. Daher kann die Zurückforderung nicht eher Statt finden, als bis der Fall, welcher das Recht wieder aufhebt, eingetreten ist, d. h. wenn es gewiß ist, der modus könne nicht erfüllt werden. l. 2. §. vlt. D. de donat. Bis dahin findet blos die Klage auf Erfüllung des modi Statt, wenn nicht die Leistung des modi binnen einer gewissen Zeit hat erfolgen sollen, wo dann, der Natur der Sache nach, nach Verfluß derselben der Contrakt aufgehoben werden kann. — Zur Zurückforderung der Sache finden übrigens nicht blos persönliche Klagen, sondern auch die Vindication Statt. l. 1. Cod. de donat. quae sub modo. Berger oec. L. III. tit. 1. th. 10.

§. 1274.

Hat der Promittent wissentlich einen modus beygefügt, der von Anfange an unmöglich war, so hat man zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit physisch oder rechtlich ist; im erstern Falle aber wieder, ob der modus affirmativ oder negativ ist; ein affirmativ beygefügter unmöglicher modus simplex (§. 1273.) wird für nicht hinzugefügt geachtet; ein modus qualificatus dieser Art, bey welchem der Promittent sich das Recht der Zurückforderung vorbehält, macht das Hauptgeschäft ungültig, da es hiebey an einer ernstlichen Einwilligung zu mangeln scheint; ein dergleichen negativer modus hingegen kann wie eine natürlich unmögliche Negativbedingung das Hauptgeschäft nicht ungültig machen (§. 1269.)[a]). Ein rechtlich unmöglicher modus macht das Geschäft jederzeit ungültig, er mag affirmativ oder negativ ausgedrückt seyn, und es findet daher die condictio

ob turpem causſam Statt [b]). Uebrigens können weder Bedingungen noch ein modus anders als mit beyderseitiger Einwilligung der Contrahenten beygefügt werden, und wenn auch stillschweigend der Promittent die Absicht gehabt hat, einen Zweck durch den Vertrag zu erreichen, ohne ihn jedoch ausdrücklich als modus anzugeben, so kann er doch den Vertrag um deßwillen, weil er seine Absicht nicht erreicht hat, nicht wieder aufheben [c]).

a) l. 35. pr. D. de V. obl. l. 31. D. de obl. et act. l. 8. C. de cond. ob cauſſam dator.
b) l. 2. pr. l. 8. D. de cond. ob turp. cauſſam.
c) l. 4. Cod. de donatt. quae ſub modo. l. 8. Cod. de cond. ob cauſſam dat.

§. 1275.

Der in einem Vertrage angegebene Grund, aus welchem der Promittent sich zur Eingehung des Vertrages entschlossen habe (cauſſa), hat in der Regel blos dann auf die Gültigkeit des Geschäftes einen Einfluß, wenn erwiesen werden kann, daß der Promittent gar nicht würde contrahirt haben, wenn er gewußt hätte, daß der Grund, den er angegeben hat, auf einem Irrthum beruhe, oder wenn derselbe nicht blos als bewegende Ursache, sondern als resolutive Bedingung oder als modus beygefügt ist [a]).

a) l. 2. §. vlt. l. 3. D. de donatt. l. 17. §. 2. 3. D. de condit. et demonſtr. l. 72. §. 6. eod.

§. 1276.

Die den Verträgen beygefügten Zeitbestimmungen beziehen sich entweder blos auf die Ausübung des Rechtes, oder auf die Existenz des Rechts selbst.

I) Im erstern Falle, wenn das Recht selbst gewiß ist, und mithin der Promittent sich unbedingt als Schuldner seines Gläubigers anerkannt hat, ist die Zeit entweder beygefügt worden, um den Anfang der Ausübung dieses Rechtes, oder das Ende derselben zu bezeichnen (terminus a quo, term. ad quem); in beyden Fällen aber ist die Zeit wieder gewiß oder ungewiß. Ist nun 1) ein terminus a quo beygefügt, und zwar A) ein solcher, von dem es gewiß ist, daß und wann er existiren werde, so ist der Promittent zwar von Eingehung des Vertrages an Schuldner, allein der Gläubiger kann die Vollziehung seiner Verbindlichkeit nicht eher von ihm fordern, als nach Verfluß des Tages, von welchem der terminus a quo beginnt [a]).

a) §. 2. Inst. de verb. obl. l. 46. pr. D. eod. l. 213. D. de verb. sign. Ist die Zahlung an einem bestimmten Tage versprochen, so kann nicht eher, als nachdem dieser ganze Tag verflossen ist, ohne daß der Schuldner gezahlt hat, demselben eine mora beygemessen werden, §. 2. Inst. l. 118. §. 1. D. de V. O. Wechselordn. §. 14.

§. 1277.

B) Ein ungewisser terminus a quo kann wieder von verschiedener Beschaffenheit seyn: entweder rührt nämlich die Ungewißheit der zur Erfüllung bestimmten Zeit daher, weil man nicht weis, wann der Tag eintrete, an welchem die Erfüllung soll gefordert werden können, wobey es jedoch keinem Zweifel unterworfen ist, daß er irgend einmal kommen werde, z. B. ich verspreche nach dem Tode eines gewissen Menschen zu zahlen; oder die Ungewißheit entsteht daher, weil die Zeit der Leistung in die Will-

kühr des Gläubigers oder des Schuldners gestellt, oder endlich in unbestimmten Ausdrücken angegeben ist. a) Ist das Erste, so ist ebenfalls die Verbindlichkeit zwar von Anfange an vorhanden und geht auch auf die Erben des Promittenten über, wenn dieser vor Eintritt des Tages stirbt [a]); allein der Gläubiger kann auch nicht eher als nach Erscheinung jenes Zeitpunktes klagen [b]). Der Schuldner ist aber hier sowohl, als wenn der terminus a quo gewiß ist, befugt, in der Regel selbst wider Willen des Gläubigers, ihm vor Ablauf der Zeit zu zahlen, und sich hiedurch von seiner Verbindlichkeit zu befreyen [c]), wenn nicht erwiesen werden kann, daß die Zeitbestimmung zum Vortheil des Gläubigers beygefügt sey, wenn z. B. Zinsen bis zur Verfallzeit bedungen sind, oder er nicht früher Nutzen von der Leistung haben kann [d]).

a) l. 45. §. 1. 2. 3. D. de verb. obl. l. 77. eod. Glück Comment. §. 335. a. E.
b) l. 8. 10. 46. pr. D. de verb. obl. l. 121. §. 2. eod.
c) l. 38. §. 16. l. 137. §. 2. D. de verb. obl. l. 10. l. 17. 18. D. de cond. ind. l. 70. l. 98. §. 4. D. de solut. Leyser Sp. 528. med. 14.
d) l. 43. §. 2. D. de leg. II. Hommel Obs. 393.

§. 1278.

b) Wenn die Zeit der Ausübung des Rechtes in die Willkühr des Gläubigers gestellt ist, so hat man wieder zu unterscheiden, ob der Schuldner versprochen hat, sogleich zu zahlen, wenn es der Gläubiger verlange, oder ob der Gläubiger den Contrakt vorher aufzukündigen hat. a) In jenem Falle kann der Gläubiger oder dessen Erbe zu aller Zeit, jedoch nicht eher, als nach Ablauf eines Jahres von Contrahirung

der Schuld an [a]), seine Forderung geltend machen, ohne daß ihm die Verjährung entgegen gesetzt werden könnte [b]). β) In diesem Falle aber verjährt die Forderung des Gläubigers, wenn er die Aufkündigung nicht bewirkt hat, binnen der gewöhnlichen Zeit, welche in der Regel nach Ablauf eines, aus 58 Wochen und 3 Tagen bestehenden Jahres, vom Tage der Abschließung des Vertrages an gerechnet, zu laufen anfängt, oder wenn die Aufkündigung nicht eher, als nach einem gewissen Zeitpunkte hat geschehen sollen, von dieser Zeit an [c]).

a) arg. der Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 6. Carpz. resp. Lib. IV. 56. no. 12. Chr. Gottlieb Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 31. Heinr. Gottfr. Bauer resp. Vol. II. no. 67.

b) l. 48. D. de verb. obl. arg. Const. 1. P. II. Wenn der Schuldner von einer solchen Schuld, deren Eincassirung der Willkühr des Gläubigers überlassen ist, Zinsen versprochen hat, so fangen diese gleich von Abschluß des Vertrages an zu laufen, nicht erst von da an, wo der Gläubiger sein Recht geltend macht, l. 135. pr. D. de verb. obl.

c) Die hierüber sonst obwaltende Controverse ist durch das Generale, die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Schuldforderungen betr. v. 14. Dec. 1801. entschieden.

§. 1279.

c) Der Willkühr des Schuldners kann die Zeit der Zahlung ebenfalls gültig überlassen werden, wenn nur nicht die Schuld selbst von seiner Willkühr abhängt [a]), und ein solcher Vertrag hat die Wirkung, daß zwar der Schuldner zu jeder beliebigen Zeit Zahlung leisten, der Gläubiger aber nicht eher, als nach dem Tode des Schuldners gegen die Er-

ben desselben klagen kann [b]). d) Ist endlich die Zahlungszeit in ungewissen Ausdrücken, z. B. ehestens, oder sobald, als möglich und dergl., versprochen worden, so kann der Gläubiger nach Ablauf eines Jahres von Eingehung des Vertrags an klagen; ist aber die Zahlung nach und nach, oder gelegentlich versprochen worden, so werden von der Obrigkeit Termine gesetzt, binnen welchen die Zahlung zu leisten ist, der Anfang der Zeit zur Klage aber beginnt ebenfalls nach Ablauf 1 Jahres von Eingehung des Vertrages an [c]).

a) l. 46. §. 2. 3. l. 17. D. de verb. obl.
b) l. 4. D. locat. Wernher P. III. Obs. 113. Gmelin a. a. O.
c) Erl. Proc. O. Anh. §. 6.

§. 1280.

2) Ein für die Ausübung eines Rechtes gesetzter terminus ad quem hat stets die Wirkung, daß das bis dahin ausgeübte Recht erlischt, die Zeit selbst mag nun bestimmt oder unbestimmt seyn [a]), ausgenommen wenn die Ausübung des Rechtes nicht für immer damit endigen, sondern nur auf eine bestimmte Zeit sistirt werden soll, indem bey einem solchen Vertrage dann stets wieder ein terminus a quo eintritt, von welchem an die Ausübung wieder erneuert wird [b]). Ist die Dauer eines Rechts der Willkühr dessen, der es verliehen hat, überlassen, so endiget dasselbe mit seinem Tode [c]). II) Ist endlich ein terminus a quo dem Rechte selbst beygefügt, nicht blos der Ausübung desselben, (§. 1276.) so ist darauf zu sehen, ob es gewiß ist,

daß jemals ein solcher Zeitpunkt kommen werde, oder nicht. 1) Eine Zeitbestimmung, von der es überhaupt ungewiß ist, ob sie je eintreten werde, hat alle Eigenschaften einer Bedingung [d]). 2) Eine solche hingegen, von welcher man weiß, daß sie einmal komme, aber nicht weiß, wann dieß geschehen werde, suspendirt das Recht bis zum Eintritte dieser Zeit [e]). Ist daher das Recht so beschaffen, daß es nicht auf die Erben übergeht oder nicht gegen die Erben des Promittenten ausgeübt werden kann, und es stirbt einer der Contrahenten vor Eintritt des Zeitpunktes, so kann auch das Recht niemals anfangen wirksam zu seyn. Ist dieß hingegen nicht der Fall, so kann nach Eintritt der bestimmten Zeit auch noch gegen und von den Erben das Recht ausgeübt werden. Bey einer solchen Zeitbestimmung kann daher auch der Schuldner, wenn er vor der Zeit gezahlt hat, nichts zurückfordern; wenn er hingegen bey einer Zeitbestimmung, die die Natur einer Bedingung hat, aus Irrthum zu zeitig zahlt, so kann er sich der condictio indebiti bedienen [f]).

a) l. 56. §. 4. D. de verb. obl. l. 52. §. 3. D. de pactis.

b) l. 4. §. 2. l. 5. §. 1. D. de seruitutibus.

c) l. 4. D. locati.

d) l. 115. pr. §. 1. D. de verb. obl. l. 75. D. de cond. et demonstr. l. 45. §. 2. D. de leg. II. Daher kann auch eine Schuld sub die incerto vor Eintritt des Zeitpunktes nicht bezahlt werden, und wenn sie aus Irrthum gezahlt worden ist, findet, so lange dieselbe noch nicht erschienen ist, die condictio indebiti Statt, l. 38. §. 16. D. de verb. obl. l. 16. §. 1. D. de cond. ind.

e) l. 59. D. de verb. obl.

f) l. 16. §. 1. l. 17. l. 18. D. de cond. ind.

V. Von den Wirkungen der Verträge.

§. 1281.

In Absicht auf die Wirkung der Verträge ist hier hauptsächlich davon, wer aus Verträgen Rechte und Verbindlichkeiten erwerben könne? ingleichen von einigen besondern Wirkungen oneroser Verträge zu sprechen, da von den Wirkungen der persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten im Allgemeinen bereits oben gehandelt worden ist. Was das Erstere anlangt, so ist überall die Regel zum Grunde zu legen, daß nur die Paciscenten oder diejenigen, welche den Vertrag für sich geschlossen haben, aus demselben Rechte und Verbindlichkeiten erlangen [a]). Doch sind folgende Ausnahmen: 1) diejenigen, welche durch Vormünder oder Bevollmächtigte Verträge geschlossen haben, können aus denselben klagen und belangt werden, als ob sie selbst die Verträge abgeschlossen hätten, wenn aber die Bevollmächtigten den hiezu erhaltnen Auftrag überschritten haben, so steht es in der Willkühr des Vollmachtsgebers das Geschehene zu genehmigen, oder nicht, und letztern Falls kann blos wider den Bevollmächtigten aus dem Vertrage geklagt, auch von ihm allein Klage angestellt werden [b]). 2) Ist der Vertrag im Namen eines Dritten von einem negotiorum gestore geschlossen worden, so muß, bevor daraus gegen jenen geklagt werden kann, dargethan werden, daß dieser Dritte den Vertrag angenommen habe, oder daß er wegen der Verwendung in sein Vermögen verbunden worden sey [c]). 3) Die Erben der Paciscenten treten in alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Erblasser aus Verträgen

erlangt haben a) in sofern nicht die Verträge nur auf die Lebenszeit der Letztern geschlossen worden sind, oder ihrer Natur nach nicht auf die Erben übergehen können, wie z. B. der Leibrentencontrakt c); zuweilen kann sogar aus Verträgen der Erblasser erst von den Erben oder gegen dieselben geklagt werden, wenn der Vertrag entweder ausdrücklich für diese geschlossen worden ist, oder eine solche Beschaffenheit hat, daß er erst nach der Erstern Tode für vollendet geachtet werden kann, wie wenn jemanden unter einer negativen Bedingung etwas versprochen worden ist f).

a) l. 2. 3. C. Inter alios acta vel iudicata. l. 74. D. de reg. iur. l. 23. 25. C. de pact.
b) pr. Inst. de iis, per quos agere poss. l. 1. D. de instit. act. l. 1. C. eod. l. 12. C. mandati. l. 5. D. eod.
c) l. 1. C. de instit. act.
d) Daher können auch die Erben ein Versprechen, welches ihrem Erblasser gethan, von diesem aber noch nicht angenommen worden ist, nach seinem Tode noch acceptiren.
e) Glück Comment. IV. §. 314. S. 296.
f) l. vn. C. Vt actiones et ab hered. et contra heredes incipiant. l. 45. §. 2. 3. l. 77. D. de verb. obl. l. 33. D. de pact. §. 4. Inst. de verb. obl.

§. 1282.

Als eine Ausnahme von jener Regel sind 4) auch die sogenannten pacta realia zu betrachten, d. h. diejenigen Verträge, wodurch sich jemand eines ihm zuständigen Rechtes völlig begiebt, nicht blos zum Vortheile dessen, mit welchem der Vertrag geschlossen wird a). Da nämlich hiedurch das Recht ganz aufhört, so werden auch die wegen desselben bestellten Bürgen und Pfänder, ingleichen diejenigen, welche titulo singulari in die Sache succediren, auf welcher

das Recht haftete, von ihrer Verbindlichkeit befreyt [b]). Solche Verträge hingegen, wodurch der Besitzer einer Sache jemanden gewisse Rechte an derselben einräumt, haben, wenn nicht durch Bestellung einer Hypothek, durch Verjährung, oder die hinzugekommne Uebergabe oder Quasitradition ein dingliches Recht zugestanden worden ist, für den successorem singularem keine verbindende Kraft [c]), es wäre denn, daß er ausdrücklich in die Verbindlichkeiten seines Vorfahren im Besitze eingetreten wäre und hiedurch selbst mit contrahirt hätte [d]). Daher sind z. B. Miethcontrakte, die der Verkäufer geschlossen für den Abkäufer nicht verbindend, wenn er nicht versprochen sie zu continuiren [e]); eben so ist das Versprechen, von einem Grundstücke gewisse Zinsen zu geben, oder Dienste zu leisten, nur für den Promittenten und dessen Erben, nicht aber für den successor singularis verbindend, wenn nicht ein wirkliches Realrecht hinzugekommen ist [f]).

a) l. 7. §. 8. l. 25. §. 1. D. de pactis. Kind Quaest. for. III. c. 41. Glück Comment. IV. §. 314. 315.

b) l. 17. §. 5. l. 32. D. de pactis. l. 25. §. 2. l. 26. eod.

c) Vergl. Kind a. a. O. l. 20. C. de pactis. siehe oben Th. II. §. 433.

d) l. 177. pr. D. de reg. iur. l. 32. D. de loc. cond. l. 9. C. eod. l. 29. C. de euict.

e) Nach der auf jenem Grunde beruhenden Rechtsregel: Kauf bricht Miethe. — Eben so ist das Versprechen, eine Servitut zu bestellen, blos für den Promittenten und dessen Erben verbindend, und wenn diese, vor Bestellung derselben durch Quasitradition, das Gut veräußern, so kann der Abkäufer nicht in Anspruch genommen werden, l. 136 §. 1. D. de verb. obl. l. 8. pr. D. de act. emt. Ein Gleiches ist der Fall mit dem pacto de non alienando. Wenn dieß nicht durch eine Hypothek gesichert ist, so kann nach geschehener Veräußerung und

Uebergabe der dritte Besitzer nicht in Anspruch genommen werden. Const. 32. P. II.

f) l. 81. §. 1. D. de act. emt. Kind a. a. O. S. 274. Daher ist die Meynung Bergers Oec. iur. L. II. Tit. 1. n. 2. daß zur Bestellung einer Servitut obrigkeitliche Confirmation nöthig sey, so wenig sie bey den eigentlichen Servituten des Röm. Rechts Anwendung leidet (s. Th. II. §. 1010.), doch in Ansehung der sogenannten seruitt. iuris Germanici, welche in Leistungen bestehen, völlig richtig.

§. 1283.

Eine eigenthümliche Wirkung aller derjenigen Verträge, wodurch ein Recht oder eine Sache für Geld oder Geldeswerth (titulo oneroso) auf einen andern übertragen wird, ist die Verbindlichkeit dessen, der das Recht transferirt (Auctor), dem Empfänger Gewähr dafür zu leisten, wenn er auf rechtlichem Wege an der Vertragsmäßigen Benutzung dieses Rechtes verhindert wird (Praestatio euictionis). Entwährung oder Eviction ist nämlich diejenige Handlung, wodurch jemand, vermöge eines ältern und stärkern Rechts, durch Urthel und Recht eine Sache, oder ein Befugniß dem, welchem es zum Besitze übergeben worden ist, entzieht[a]). Zu dem Begriffe einer solchen Entwährung, deren Ersatz vom Auctor gefordert werden kann, gehört folglich, 1) daß die überlassene Sache auf dem Wege Rechtens und vermöge eines ältern Anspruches darauf, als der Besitzer hat, entzogen worden sey[b]). Daher kann es als keine solche betrachtet, auch kein Regreß genommen werden, wenn A) die Obrigkeit nicht in Folge eines Rechtsanspruches, sondern via facti eine Sache wegnimmt, oder die Ausübung eines erlaubten Rechtes verbietet[c]);

B) wenn die acquirirte Sache mit neuen Staatsabgaben belegt wird [d]), oder C) ein Zufall ihren Untergang oder die Verringerung ihres Werthes verursacht [e]).

a) Hellfeld Pand. Lib. 21. Tit. 2. §. 1115. Thibaut Pandekt. §. 160.

b) l. 1. C. de peric. et comm. rei vend. l. 11. pr. D. de euiction.

c) l. 11. pr. D. de euict. Stryck Diff. de immunitate a praestatione euictionis. Hal. 1708. th. 31. Ein Gleiches gilt, wenn überhaupt nicht auf rechtlichem Wege, sondern durch Gewalt, oder einen ganz ungerechten Ausspruch die Sache weggekommen ist, l. 51. pr. Dig. de euict. l. 8. et 15. C. eod. l. 17. C. de act. emt. Wenn hingegen der Landesherrliche Fiscus auf dem Wege Rechtens einen Anspruch auf die Sache ausführt, so hat der Regreß gegen den Auctor Statt. Wernher P. IX. Obs. 184. Stryck vsus mod. Lib. XXI. Tit. 2. §. 31.

d) Stryck a. a. O. th. 35. Dessen vsus mod. c. l. §. 35. Carpz. P. II. const. 34. def. 19.

e) l. 26. C. de euict. l. 21. pr. §. 1. et 3. D. eod. Nach Röm. Rechte l. 2. et 3. C. de quadriennii praescriptione kann auch dann weder eine Eviction, noch eine Regreßnehmung Statt finden, wenn der Fiscus eine Sache übereignet, weil diese sofort in das vollkommne Eigenthum des Empfängers übergeht. Wer Ansprüche an die Sache hatte, konnte sie doch nicht evinciren, sondern mußte sich binnen vier Jahren an den Fiscus selbst halten, ausgenommen wenn die Uebereignung auf eine offenbar rechtswidrige Art geschehen war. Leyser Sp. 239. med. 3—5. Stryck a. a. O. th. 37. u. Wernher P. VI. Obs. 360. behaupten zwar, daß auch h. z. T. dieß Statt finde, wenn der Fiscus in eignem Namen eine Sache übereigne; allein Kind in Quaest. for. T. IV. c. 35. hat gezeigt, daß in Sächsischen Gerichten der Fiscus dieses Vorrechtes nicht mehr genießt.

§. 1284.

Eben daher folgt auch, daß D) diejenigen, welche für die Gewährleistung haften müssen, nicht selbst die Sache, welche sie einem andern überlassen haben,

entwähren können, und vielmehr stets, wenn sie Ansprüche daran erheben, durch die Ausflucht der geschehenen Abtretung ihres Rechtes daran, zurück gewiesen werden [a]). Dahin gehören nicht nur die, welche in ihrem eignen Namen selbst, oder durch Bevollmächtigte [b]), das Recht transferirt haben, sondern auch ihre Erben [c]), die Bürgen, die sie wegen der Gewährleistung bestellt haben, und die Erben derselben [d]), ingleichen Pfandschuldner, deren verpfändete Sachen durch die Obrigkeit verkauft worden sind [e]). Endlich ist es auch E) für keine Eviction zu achten, wenn das Recht, wodurch die Sache entzogen worden, neuer ist, als das Recht des Besitzers, und der Auctor kann hier nicht zur Entschädigung angehalten werden.

a) l. 1. pr. l. 3. D. de except. rei vend. Leyser Sp. 242. Westphal vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinscontrakte. §. 353 flg.

b) Blos dann, wenn der Bevollmächtigte den ihm ertheilten und bekannten Auftrag überschritten hat, kann der Vollmachtsgeber den alsdann ungültigen Kauf anfechten, l. 1. §. 2. 3. D. de exc. rei vend.

c) l. 1. §. 1. l 3. §. 1. eod. l. 14. C. de euict.

d) l. 11. et 31. C. de euict. Westphal a. a. O. §. 360.

e) l. 13. C. de euict.

§. 1285.

2) Die Regreßnahme wegen einer Eviction setzt ferner voraus, daß der, welcher den Regreß an seinen Auctor nehmen will, wirklich Schaden durch die Entwährung gelitten habe [a]), und sie fällt mithin weg, wenn z. B. das Recht des Entwährenden verjährt ist [b]), wenn die Klage desselben abgewiesen [c]), oder das Urthel, welches die Abtretung der Sache befiehlt,

noch nicht rechtskräftig geworden ist [d]). 3) Der, welcher die Sache einbüßt, muß an dem Verluste nicht selbst Schuld seyn [e]). Die Gewährleistung kann also nicht gefordert werden, wenn sich der Besitzer am Processe gegen den Entwährenden versäumt [f]), oder die demselben entgegenstehenden Einreden nicht vorgeschützt hat [g]). Eben deßhalb ist 4) in allen den Fällen, wo die Eviction einer nicht unentgeltlich überlassenen Sache bevorsteht, zur Sicherung der Regreßnahme erforderlich, daß man seinem Gewährsmanne litem denuncire, d. h. ihm in der vorgeschriebnen Form bekannt mache, daß der Besitz der von ihm überlaßnen Sache streitig gemacht werde [h]).

a) l. 21. § 2. l. 66. §. 2. D. de euict. Westphal a. a. O. §. 244. flg.

b) l. 54. pr. D. l. 19. C. de euict.

c) l. 18. C. de euict.

d) l. 74. §. 2. D. l. 3. C. eod. Daß die Execution wirklich vollstreckt sey, ist nicht erforderlich; vielmehr reicht es zu Anstellung der Regreßklage hin, wenn das Urthel rechtskräftig worden ist, l. 35. D. de euict. Leyser Sp. 240. med. 6. et 7. Früher kann dieselbe nicht angestellt werden, und daher fängt auch ihre Verjährungszeit erst von der Rechtskraft des Urthels, welches die Eviction befiehlt, an abzulaufen, l. 21. C. de euict. — Wenn die Entwährung wirklich erfolgt ist, so kann übrigens die Entschädigung dafür gefordert werden, auch wenn die Sache dem Besitzer nachher wieder geschenkt oder legirt worden ist, l. 57. §. 1. D. de euict.

e) l. 25. l. 76. D. l. 8. C. de euict.

f) l. 55. pr. l. 63. §. 2. D. de euict.

g) l. 56. §. 3. D. de euict. Dahin gehört auch der Fall, wenn der Besitzer die in Anspruch genommene Sache sogleich, ohne die richterliche Entscheidung abzuwarten, und ohne Einwilligung seines Vormannes abtritt, oder über den Anspruch der Sache transigirt, l. 17. C. de euict., oder wenn er von dem gewöhnlichen Gange des Processes abweicht, auf einen Schiedsrichter compro-

mittirt, und durch dessen Ausspruch der Sache beraubt wird, l. 56. §. 1. D. eod.; es müßte denn durch Gesetze oder Statuten die Entscheidung der Sache durch Schiedsrichter als ordentlicher Proceßgang vorgeschrieben seyn. Stryck D. de immunitate a praestat. euict. Hal. 1708. th. 10. Dessen vsus mod. L. XXI. Tit. 2. §. 10. Wenn hingegen der Besitzer die bereits evincirte Sache wieder einlößt, so kann er sich dieserhalb allerdings an seinen Auctor halten, l. 29. pr. D. de euict. Wesphal a. a. O. §. 243.

h) Die Litisdenunciation muß, wenn mehrere nach einander zur Gewährsleistung verbunden sind, an den nächsten Vormann geschehen; wenn aber mehrere zugleich diese Verpflichtung auf sich haben, an alle zugleich, l. 62. §. 1. D. de euict. Doch kann in jenem Falle der nächste Gewährsmann sein Recht gegen den entferntern an den Litisdenuncianten cediren, und dieser, wenn er die Cession eingegangen ist, sodann dem folgenden Vormann litem denunciren. Wernher P. IX. Obs. 28. — Ueber die processualische Form derselben s. Erl. Proc. Ordn. Tit. XIV. §. 1. flg. Pfotenhauer doctr. proceff. §. 791.

§. 1286.

Der Auctor kann nun entweder dem Litisdenuncianten in dem Processe wider den Entwährenden beystehen, indem er ihm die dienlichen Ausflüchte an die Hand giebt [a]), oder er muß, wenn er es unterläßt, und die Sache wirklich evincirt wird, Gewähr dafür leisten, ohne daß er sich durch Ausflüchte dagegen schützen kann [b]). Bey unterlaßener Litisdenunciation kann in diesen eigentlichen Entwährungsfällen gar kein Regreß genommen werden [c]), ausgenommen, wenn A) durch Verträge die Nothwendigkeit der Litisdenunciation erlassen, oder B) von Anfange an gleich ersichtlich ist, daß der Entwährende den Evictionsproceß gewinnen müsse, und durch keine Einreden zurückgewiesen werden könne [d]); C) wenn der Gewährsmann

abwesend ist, und ihm deßhalb die Litisdenunciation nicht insinuirt werden kann c), oder wenn er d) die Annahme der Insinuation beharrlich verweigert e). In andern Fällen, wo zwar das Recht von einem Dritten Entschädigung zu fordern zusteht, aber doch keine eigentliche Eviction geschieht, d. h. wo nicht ein für Geld oder Geldeswerth überlassenes Recht abgestritten wird, kann zwar die Litisdenunciation zur Erleichterung der Regreßnahme angewendet werden, allein sie ist nicht dergestalt nothwendig, daß ohne dieselbe die Entschädigung selbst nicht gefordert werden könnte f).

a) Er wird nämlich als Mitbeklagter betrachtet, und stellt folglich den Proceß fort, ohne daß der Litisdenunciant wider Willen des Evincenten ex lite gelassen wird. Erl. Proc. Ordn. XIV. 1.

b) Wenn der Litisdenunciatus auf die Citation, bey fünf Thaler Strafe im Gütetermine zu erscheinen, außen bleibt, so wird diese Strafe beygetrieben, und in der Hauptsache ohne Anberaumung eines neuen Termines fortgefahren. Erscheint er zwar, ohne jedoch den Hauptproceß mit fortzusetzen, so wird er zwar hiezu nicht genöthigt; doch verliert er, wie gedacht, seine Ausflüchte, Erl. Proc. Ordn. XIV. 2. und muß überdem, im Falle er sich zur Assistenz gegen den Entwährenden besonders anheischig gemacht hat, die Unkosten des Processes an den Litisdenuncianten erstatten, selbst wenn dieser ihn gewonnen haben sollte. Erl. Proc. Ordn. a. a. O. §. 1. — Leugnet der Denunciant seine Verbindlichkeit zur Assistenz, so entsteht hieraus ein besondrer, vor der Obrigkeit desselben zu führender Rechtsstreit, der auf den Fortgang des Evictionsprocesses keinen Einfluß hat. Pfotenhauer a. a. O. §. 799.

c) l. 53. §. 1. D. de euict. l. 8. C. eod. Erl. Proc. O. XIV. §. 2.

d) l. 63. pr. §. 1. D. de euict. Erl. Proc. Ordn. XIV. §. 2. Wernher P. III. Obs. 166. Doch wird vorausgesetzt, daß sich der, welchem die Entwährung geschieht,

kein Versäumniß zu Schulden kommen lassen, und dadurch den Verlust veranlaßt habe.

e) l. 56. §. 6. D. de euict.

f) l. 55. §. 1. l. 56. §. 5. D. eod.

g) Ueber die Fälle, in welchen die Litisdenunciation zulässig sey, oder nicht, sind die Rechtsgelehrten desto verschiedenerer Meynung, je weniger die Gesetze selbst sich hierüber bestimmt erklären. Die Erl. Proc. Ordn. XIV. §. 1. sagt blos, daß sie bey dem possessorio summario und dem mandato rei illicitae nicht Statt finde. Nach der Meynung Hommels Rhapf. Obf. 191. welcher Pfotenhauer a. a. O. §. 791. beypflichtet, ist sie blos dann, wenn das Eigenthum einer überlassenen Sache vindicirt wird, oder ein debitor cessus seine Schuld leugnet, nothwendig, und auch hier allein zulässig. Leyser hingegen Sp. 241. med. 1. Stryck Diss. de litis denunciatione. Hal. 1711. §. 17. seq. Carpzov P. I. const. 3. def. 25. läßt in allen Fällen, wo der Regreß an einen Dritten freysteht, auch die Litisdenunciation gegen denselben Statt finden. Der oben angeführten Meynung ist Kind Quaest. for. IV. cap. 26. Die Gesetze selbst bestätigen dieß, da nicht nur die Erl. Proc. Ordn. a. a. O. blos in zwey Fällen die Litisdenunciation gänzlich ausschließt, in andern aber zuläßt, sondern auch in mehrern Fällen die Litisdenunciation ausdrücklich erfordert oder gestattet wird. So empfiehlt z. B. l. 10. §. 12. D. mandati. dem Bürgen, wenn er vom Gläubiger belangt wird, daß er den Hauptschuldner wegen der zu gebrauchenden Einreden befrage, und ihn zur eignen Theilnahme am Processe auffordere; und die 16te Decis. v. J. 1661. gestattet demjenigen, welcher Gemeindevorstehern Geld vorgeschossen hat, ausdrücklich die Litisdenunciation gegen dieselben, um die Verwendung des Geldes zum Nutzen der Gemeinde zu erweisen. Doch hängt in diesen Fällen, wo nicht wegen einer eigentlichen Eviction lis denuncirt wird, von derselben der Regreß keinesweges ab. Es kann folglich auch bey Unterlassung derselben die zustehende Entschädigung gefordert werden. C. G. Biener systema proc. iud. T. II. §. 330. — Ist es hingegen sofort ersichtlich, daß gar kein Regreß gegen den Denunciaten Statt finde, so kann der Richter, bey welchem darum angesucht wird,

auch sogleich die Litisdenunciation abweisen. Wernher P. VIII. Obs. 376. Struben rechtl. Bed. I. no. 16.

§. 1287.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung liegt mithin demjenigen, welcher einem Andern eine Sache, oder ein Recht [a]) abgetreten hat, besonders bey folgenden Geschäften ob: 1) bey dem Kaufe [b]); 2) beym Tausche [c]); 3) bey Transactionen [d]); 4) bey der Angabe einer Sache an Zahlungsstatt [e]); 5) bey Erbtheilungen und andern Theilungen gemeinschaftlicher Sachen [f]) 6) bey dem Miethcontrakte [g]) 7) bey Cessionen von Schuldforderungen [h]); 8) bey einem legato generis [i]) und endlich bey allen Verträgen, wo nicht völlig unentgeltlich und als wahre Schenkung etwas übergeben worden ist [k]). Denn bey letztern sowohl, als bey dem Vermächtniß einer einzelnen bestimmten Sache, fällt die Gewährleistung weg [l]). Sie kann auch, außer wegen der Eviction der ganzen Sache, gefordert werden, wenn 1) nur ein Theil der Sache [m]) oder der Nießbrauch derselben abgefordert worden ist [n]); 2) wenn der Vertrag, wodurch eine Sache überlassen werden soll, von einem Dritten angefochten und umgestoßen wird [o]); 3) wenn auf der Sache Dienstbarkeiten oder Beschwerungen liegen, von welchen bey Eingehung des Vertrags nichts erwähnt, und die also auch nicht mit in Anschlag gebracht worden [p]). 4) Die Forderung der Gewähr hat endlich auch Statt, wenn nicht gerade das Recht selbst, sondern nur der Besitz desselben abgestritten worden ist [q]). Daher kann 5) ein Abmiether oder Abpachter die Gewähr der verpachteten Sache verlangen, wenn ein Dritter,

z. B. ein neuer Käufer, ihn aus dem Besitze derselben vertreibt r).

a) Für Geld überlassene Rechte werden in Ansehung der Gewährsleistung eben so wie körperliche Dinge betrachtet, l. 10. l. 46. §. 1. D. de euict. Auch nach ältern Sachsenrechte fand die Gewährsforderung für erkaufte und evincirte Sachen Statt. Landr. B. III. Art. 4. u. 53. Doch war eine Ausnahme in Ansehung der Juden, denen keine Sache, welche sie bey unverschloßnen Thüren gekauft, entwährt werden konnte, ibid. Art. 7. Allein h. z. T. ist dieß besondre Vorrecht der Juden nicht mehr üblich. Stryck vsus mod. Lib. XXI. Tit. 2. §. 3. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 5. n. 7.

b) Tit. D. et C. de euict. Westphal a. a. O. §. 189. flg.

c) l. 29. C. de euict.

d) l. 33. C. de transact. Rind Quaest. for. IV. p. 196. Carpzov P. II. const. 34. def. 28.

e) l. 4. C. de euict. Westphal a. a. O. §. 203.

f) l. 66. §. 3. D. de euict. l. 7. C. communia vtriusque iudicii.

g) l. 9. pr. l. 27. pr. l. 33. D. loc. cond.

h) s. oben §. 1188.

i) l. 53 D. de euict. l. 29. §. 3. D. de leg. III. Auch muß hier die Litisdenunciation beobachtet werden. Bey dem legato optionis hat die Gewährsforderung ebenfalls Statt, l. 2. §. 2. 3. D. de optione leg. Hellfeld Pand. §. 1540.

k) Westphal a. a. O. §. 200. Hellfeld c. l. §. 1117. Leyser Sp. 238. med. 1.

l) l. 2. C. de euict. Westphal a. a. O. §. 202. 204. Bey den Schenkungen kann nur dann Gewährsleistung gefordert werden, wenn 1) der Donator sie versprochen; 2) wenn es eine donatio remuneratoria ist. Wernher P. IX. Obs. 151.; oder wenn 3) wissentlich eine fremde Sache geschenkt worden ist, und der Donatarius Unkosten darauf verwendet hat. Stryck D. de immunit. a praestat. euictionis. Hal. 1708. th. 5. Dessen vsus mod Lib. XXI. Tit. 2. §. 4. seq. Carpzov P. II. const. 34. def. 23. 24. Bey einem legato speciei kann, wenn diese evincirt wird, nur dann vom Erben Entschädigung gefordert werden, wenn der Testator entweder wissentlich eine fremde Sache legirt hat, oder sie einer nahe

mit ihm verbundnen Person unwissend hinterlassen hat, l. 10. C. de legatis. §. 4. Inst. eod. Stryck vsus mod. c. l. §. 7.

m) l. 1. l. 49. D. de euict. Eben so muß auch Entschädigung gegeben werden, wenn von dem vor Eingehung des Vertrages angegebenen Umfange der Sache etwas abgeht, l. 45. l. 69. §. 6. D. de euict. l. 10. C. eod. l. 2. pr. l. 4. §. 1. D. de act. emt. Wenn aber der Kauf in Bausch und Bogen, oder nach dem genommenen Augenscheine geschlossen worden ist, und es wird ein Theil davon vindicirt, so kann keine Entschädigung gefordert werden, es müßte denn ein Maaß als das Minimum angegeben worden seyn, und die Entwährung sich auf noch mehr erstrecken, als nach der Angabe wenigstens vorhanden seyn sollte, oder der Verkäufer dolose gesagt haben, daß auch die abgekommenen Stücke dazu gehörten. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 5. n. 4. l. 18. §. 1. D. de contr. emt. — Wenn eine vniuersitas rerum, z. B. eine Erbschaft, veräußert worden ist, so wird für die einzelnen Stücke keine Gewähr geleistet, l. 2. pr. l. 14. §. 1. D. de hered. l. act. vend. l. 5. D. de euict. l. 1. C. eod. Stryck vsus mod. c. l. §. 25. seq.

n) l. 8. 39. §. vlt. l. 46. pr. l. 49. l. 62. §. 2. D. de euict.

o) l. 66. §. 1. l. 39. pr. D. eod.

p) Wegen der auf einem Grundstücke haftenden passiven Dienstbarkeiten konnte nach Röm. Rechte blos dann Gewährsleistung gefordert werden, wenn der Verkäufer ausdrücklich gesagt hätte, es sey von Dienstbarkeiten frey, l. 59. D. de contr. emt. l. 75. D. de euict., ungeachtet wegen des auf der Sache evincirten Nießbrauches ohne Unterschied der Regreß gestattet war, l. 15. §. 1. l. 39. §. 5. l. 46. pr. l. 49. D. de euict. Doch war dieß nur von der actio ex stipulatu zu verstehen, da die gewöhnliche actio emti allerdings Statt fand, wenn Dienstbarkeiten ohne Wissen des Abkäufers auf der Sache hafteten, der Verkäufer mochte nun ausdrücklich, daß keine Servituten auf der Sache hafteten, gesagt, oder es mit Stillschweigen übergangen haben; nur mit dem Unterschiede, daß in jenem Falle wegen der gebrauchten Gefährde aller Schaden ersetzt, in diesem Falle aber blos das Kaufgeld vermindert werden mußte, l. 1. §. 1. D. de act. emti. l. 69. §. 5. D. de euict. l. 61. D. de aedil. edicto. l. 13. §. 6. D. de act. emti. Cuja-

cius Obs. et emend. Lib. II. Obs. 20. Stryck de caut. contr. Sect. II. cap. 8. §. 43. — Da nun h. z. T. auf diesen Unterschied der Klagen nichts ankommt, so hat 1) die Regreßnahme wegen evincirter Servituten und Beschwerungen Statt: wenn der Verkäufer bey dem Kaufe gesagt hat, daß keine onera auf der Sache haften, ode weniger, als darauf liegen, angegeben hat; und zwar muß, wenn er sie wissentlich verschwiegen, das gesammte Interesse vergütet, im entgegengesetzten Falle aber nur der Kaufpreiß vermindert werden. Westphal a. a. O. §. 233. 2) Wenn hingegen über die Onera nichts gesagt, auch kein Anschlag darüber gegeben worden ist, so wird angenommen, daß der Kauf per auersionem habe sollen geschlossen werden, und es kann daher eben so wenig, als 3) wenn der Abkäufer die onera gewußt hat, Entschädigung oder Verminderung des Kaufgeldes gefordert werden, l. 1. §. 1. D. de act. emti. l. 75. pr. D. de evict. Hommel Rhapf. Obs. 581. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 5. n. 5. u. Winkler ad h. l. Leyser Sp. 240. med. 9. Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 39. §. 11. — Dieselben Grundsätze sind auch auf die öffentlichen Abgaben von Grundstücken anzuwenden. Hat der Abkäufer gewußt, daß sie darauf haften, so kann er keinen Anspruch machen; hat er es nicht gewußt, und der Verkäufer ihn dabey wissentlich hintergangen, so fordert er allen Schadenersatz, außerdem aber nur die verhältnißmäßige Verminderung des Preißes, l. 9. C. de act. emt. l. 21. § 1. l. 41. D. eod. Carpzov P. II. const. 34. def. 20. u. Leyser Sp. 240. med. 9. sagen zwar, daß dann, wenn der Abkäufer die onera leicht hätte erfahren können, wie dieß bey gewöhnlichen Abgaben der Fall sey, kein Regreß Statt finde. Allein dieß kann nur dann Anwendung leiden, wenn der Verkäufer keine Specification der Abgaben vorher gegeben hat. Ist dieß geschehen, so muß auch diese Specification von ihm gewährt werden. Hommel a. a. O. Justus Claproth von Eingehung der Verträge. Göttingen, 1798. 2ter Th. S. 885.

q) l. 35. D. de act. emt. gestattet in diesem Falle ausdrücklich die actio emti, verwirft aber die actio ex stipulatu. Die Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 14. §. 1. verordnet zwar, daß beym processu possessorio summarissimo keine Litisdenunciation Statt haben solle; allein

dieß schließt die Regreßnahme keinesweges aus. Struckius mod. Lib. XXI. Tit. 2. §. 43. Wenigstens würde ein solcher Käufer nicht angehalten werden können, das Kaufgeld zu bezahlen, bevor ihm in petitorio die Sache zugesprochen worden ist. Carpzov P. II. const. 34. def. 31. — Leyser Sp. 240. med. 8. leugnet jedoch, daß überhaupt beym evincirten Besitze ein Regreß Statt habe, und Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 5. n. 8. restringirt denselben auf die Fälle, wo blos der Besitz oder Quasipossession verkauft worden, und gestattet daher bey der actio negatoria sogar die Litisdenunciation.

r) l. 9. pr. l. 27. l. 33. D. loc. cond. Da hier immer nur der Besitz der Sache, und kein Recht auf dieselbe evincirt wird, so beweist dieß ebenfalls, daß auch bey einer in possessorio geschehenen Eviction die Regreßnahme zustehe.

§. 1288.

Die Regreßnahme gegen den Auctor geschieht theils mittelst einer Klage, theils mittelst einer Ausflucht [a]). Das Letzte ist der Fall, wenn derjenige, dem eine Sache überlassen worden ist, die dafür schuldige Gegenleistung noch nicht erfüllt hat, und sein Auctor dieselbe zu einer Zeit verlangt, wo die Eviction der Sache wirklich bevorsteht, d. h. der Proceß dieserhalb schon angefangen hat [b]). Die Ausflucht kann jedoch unwirksam gemacht werden, wenn der Gewährsmann Caution wegen der Gewährleistung bestellt, im Falle die Eviction ausgeführt würde [c]). Die Klage auf Leistung der Gewähr kann nicht eher Statt finden, als nachdem dem Evincenten die Sache bereits rechtskräftig zugesprochen worden ist [d]). Sie wird, wenn der Gewährsmann am Processe Theil genommen hat, vor eben den Gerichten angestellt, wo der Evictionsproceß und die Litisdenunciation geführt worden, außerdem aber vor der Obrigkeit des Ge-

währsmannes c). Die Gewährleistung selbst aber begreift 1) die Erstattung des Werthes der abgestrittenen Sache d). Wenn blos ein Theil evincirt worden ist, so wird, wenn dieser selbst ein für sich bestehendes Ganzes ausmacht, nur der eigne Werth desselben vergütet, den es zur Zeit der Ueberlassung oder des Kaufes hatte; wenn er aber so mit der Hauptsache in Verbindung steht, daß diese durch die Absonderung des Theiles schlechter wird, so muß auch soviel, als sich der Werth der letztern hiedurch verringert hat, zurückgegeben werden e). Hat sich übrigens die Sache bis zur Zeit der Eviction durch Zufall verändert, so wird stets auf die gegenwärtige Beschaffenheit gesehen, und der Werth erstattet, den sie zur Zeit der Eviction hatte f). Wegen der Meliorationen hingegen, welche der Besitzer gemacht hat, hält sich derselbe zunächst an den Entwährenden, und blos wenn er von diesem nicht völlig befriedigt wird, an den Gewährsmann g).

a) Daß derjenige, welcher den Regreß nimmt, stets im Evictionsprocesse der Beklagte sey, ist nicht nothwendig. Bey der Cession einer Forderung, die der Schuldner leugnet, nimmt im Gegentheile der Kläger die Litisdenunciation und den Regreß vor. Pfotenhauer a. a. O. §. 792.

b) l. 24. C. de euict. Wernher P. III. Obs. 156. Berger decis. s. prou. sen. 174.

c) Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 5. n. 18. Leyser Sp. 210. med. 1. 2. Carpzov P. II. const. 34. def. 31. seq. Diese Ausflucht ist übrigens von der exceptio non adimpleti contractus gar sehr verschieden, und der Excipient muß, da er sich bey derselben auf ein factum beruft, den Beweis der Ausflucht führen, da hingegen bey dieser der Kläger den Beweis zu führen hat. Hommel Rhapf. Obs. 87. Leyser Sp. 238. med. 1.

d) s. §. 1273.

e) Leyser Sp. 238. med. 6. 7. Es findet übrigens immer der ordentliche Proceß Statt, wenn sich nicht die Gewährsleistung auf ein ausdrückliches Versprechen gründet. eyser a. a. O. med. 4.

f) l. 13. §. 9. D. de act. emti.

g) l. 1. l. 13. 14. 15. l. 16. pr. l. 64. §. 3. D. de euict. l. 69. §. 6. eod.

h) l. 64. pr. l. 70. D. de euict. l. 45. pr. D. de act. emti. Westphal a. a. O. §. 266. Stryck vsus mod. D. Lib. XXI. Tit. 2. §. 2. Franz Wilh. Romanus progr. de pretio in euict. praestando. Lipsi. 1748.

i) l. 45. §. 1. D. de act. emti. Westphal a. a. O. §. 324. l. 9. C. de euict. Berger c. l. th. 5. n. 19.

§. 1289.

Es müssen 2) auch die übrigen Schäden vergütet werden, welche der Kläger durch die Eviction leidet [a]); besonders die entzognen Nutzungen, selbst wenn sie außerordentlich und durch Zufall entstanden sind [b]); ingleichen 3) die auf den Evictionsproceß verwendeten Unkosten, im Falle die Eviction wirklich erfolgt ist; ist aber der Entwährende abgewiesen worden, so kann die Erstattung der auf den Besitzer fallenden Proceßkosten nur dann gefordert werden, wenn der Gewährsmann dafür ausdrücklich gut gesagt hat [c]). Letzter kann sich daher auch dadurch, daß er die Sache selbst wieder einlöst und dem Abkäufer nochmals übergiebt, nicht von allen Ansprüchen befreyen, weil er wegen des Interesse noch immer verbunden bleibt [d]). Ist hingegen bey Abschließung des ersten Vertrags sogleich eine Entschädigungssumme für den Fall der Entwährung festgesetzt worden, so geht der Anspruch des Klägers ohne weitern Beweis des gehabten Schadens auf die Auszahlung dieser Summe; doch kann diese, wenn im Vertrage nicht eine besondre Verfügung ge-

troffen worden ist, bloß nach geschehener Entwährung des Ganzen, nicht aber bey Entwährung eines Theiles gefordert werden [e]). Wenn übrigens die evincirte Sache nach und nach durch mehrere Hände gegangen ist, so kann derjenige, welchem sie abgestritten wird, sich nur an seinen nächsten Vormann halten, von welchem er sie bekommen hat, es müßte denn dieser ihm sein Recht zur Regreßnahme an den entferntern Auctor cedirt haben [f]).

a) l. 8. D. de euict. l. 70. D. l. 9. C. eod.

b) l. 8. l. 51. §. 3. D. de euict. Fordert jedoch der Kläger blos landübliche Zinsen des Kaufgeldes, so kann er nicht auch darneben das Interesse verlangen. In jenem Falle braucht er keinen Beweis des gehabten Schadens zu führen; im letztern hingegen muß er die Größe seines Schadens erweisen; arg. Const. 30. P. II. Hommel Obs. 440.

c) l. 17. 18 C. de euict. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 5. n. 19. Erl. Proc. Ordn. Tit. 14. §. 1. Stryck vsus mod. L. XXI. Tit. 2. §. 50.

d) l. 67. D. de euict. Berger a. a. O. not. 18.

e) l. 42. 43. 56. §. 2. Vergl. mit l. 8. eod. u. l. 82. §. 4. D. de leg. I. Berger c. l. not. 1. 2. Thibaut Pandekten. §. 165. Es treten bey einem solchen Vertrage ganz die Grundsätze des Röm. Rechts ein, nach welchen die actio ex stipulatu wegen versprochener Gewähr nur nach Entwährung des Ganzen Statt hatte, bey Entwährung eines Theiles aber die actio emti. Die Letzte wird also bey uns in einem solchen Falle um so mehr auch Statt finden, da auch die Evictionsforderungen stets ex bona fide beurtheilt werden.

f) l. 59. D. de euict. Westphal a. a. O. §. 310. 311. Berger c. l. th. 5. n. 14.

§. 1290.

Was endlich die Fälle anlangt, wo theils nach den oben angegebenen Regeln (1285. 86.) theils nach besondern Grundsätzen die Gewährleistung weg-

fällt, so sind dieß besonders folgende: 1) wenn der Verlust der Sache durch Schuld des Besitzers, oder durch Zufall veranlaßt worden ist; 2) wenn bey einem eigentlichen Evictionsfalle, d. h. wo das Eigenthum der Sache abgestritten wird, oder der cedirte Schuldner beweist, daß er gar nichts schuldig sey, die Litisdenunciation verabsäumt worden ist, ohne daß sie durch einen Vertrag erlassen worden; 3) oder wenn die Sache nicht auf dem Wege Rechtens abgestritten, sondern mit Gewalt genommen wird. Ferner kann 4) bey dem Kaufe einer blosen Hoffnung [a]), oder wenn jemand 5) wissentlich eine fremde oder eine bereits im Streite befangene Sache angenommen hat [b]), keine Gewährsleistung gefordert werden. Eben so 6) wenn der Vertrag von Anfange an ohne Schuld desjenigen, der die Sache veräußerte, ungültig gewesen ist, z. B. weil der Gegenstand desselben vorher untergegangen, oder weil der Acceptant ihn nicht besitzen kann ꝛc. [c]). 7) Wenn die überlassene Sache aus einem gesetzlichen Retractsrechte von einem Dritten evincirt wird [d]), oder 8) der Besitzer, dem die Sache abgestritten worden ist, und der Gewährsmann einander beerben [e]); 9) wenn bey Eingehung des Vertrags, oder späterhin auf die Gewährsforderung Verzicht geleistet wird. Doch kann der angenommenen Meynung nach in diesem Falle sowohl [f]), als dann, wenn der Vertrag ohne Schuld der Contrahenten von Anfange an ungültig ist [g]), wenigstens die für die Sache gegebene Gegenleistung zurückgefordert werden, und blos die übrigen Schädenansprüche fallen weg. Endlich kann auch 10) bey der Delegation kein Regreß an den Vor-

mann genommen werden, wenn der delegirte Schuldner nicht bezahlt h).

a) l. 8. §. 1. D. de contr. emt. l. 11. §. 18. D. de act. emt. *David Stavinsky* Diss. de negotiis, in quibus cessat euictionis praestatio. Regiom. 1697.

b) l. 27. C. de euict. Leyser Sp. 240. med. 1. l. 28. D. de contr. emt.

c) Stryck D. de immunitate a praestat. euict.

d) Stryck caut. contr. Sect. II. cap. 8. §. 43. Derselbe in der angez. Diss. th. 40. und vsus mod. Lib. XXI. Tit. 2. §. 39. Hellfeld iurispr. for. §. 1120. Hommel Rhapsl. Obs. 37. stimmen darin überein, daß keine Gewähr zu leisten, wenn die Sache aus einem gesetzlichen Retracte evincirt werde; wohl aber dann, wenn wegen eines conventionellen Vorkaufs die Sache abgetreten werden müsse.

e) l. 41. pr. D. de euict. l. 40. eod. Westphal a. a. O. §. 348.

f) Nach der l. 11. §. 18. D. de act. emt. u. l. 21. C. de euict. kann der richtigern Erklärung zufolge in dem Falle, wo die Gewähr ausdrücklich erlassen worden ist, auch nicht einmal das Kaufgeld zurückgefordert werden. Westphal a. a. O. §. 336. flg. Hellfeld a. a. O. §. 1121. J. H. Böhmer D. vindiciae iurid. pacti de non praestanda euictione. Hal. 1735. Herm. Zoll D. quod simpliciter remissa euictione ne quidem ad pretii restitutionem. agi possit. Rintel. 1703. Weber Versuche über das Civilr. Schwerin, 1801. S. 37. Ausgenommen wenn der Veräußernde wissentlich eine fremde Sache verkauft, und den Käufer also betrügt, l. 69. §. 5. D. de euict. l. 11. §. 15. D. de act. emti. — Allein demungeachtet ist in der Praxis die Meynung angenommen, daß das Kaufgeld, oder das, was für die evincirte Sache geleistet worden ist, zurückgefordert werden könne, und durch die Verzichtleistung blos die Forderung des Interesse verhindert werde, wenn nicht ausdrücklich auch der Zurückforderung des Preißes entsagt worden ist. Mevius P. VIII. dec. 44. n. 1. 2. Wernher P. V. Obs. 213. Hofacker princ. iur. ciu. §. 1922. Stryck caut. contr. Sect. II. c. 8. §. 47. Dessen vsus mod. D. L. XXI. Tit. 2. §. 49. Joh. Tob. Richter Diss. de pacto euictionis non

praestandae inutili. Lipſ. 1748. Carpz. P. II. conſt. 34. def. 22. Hommel Rhapſ. Obſ. 491.

g) l. 16. pr. l. 22. 23. 41. §. 1. D. de contr. emt. l. 34. D. de verb. obl.

h) l. 68. §. 1. D. de euict. Weſtphal §. 343.

§. 1291.

Eine fernere Wirkung oneroſer Verträge iſt die Verbindlichkeit, die Fehler und Mängel der übereigneten Sache zu gewähren. Man merke hierüber Folgendes: 1) jeder, welcher für Geld oder Geldeswerth eine bewegliche oder unbewegliche [a]) Sache auf andere transferirt, iſt verbunden, dafür zu haften, daß ſie diejenigen Eigenſchaften habe, und den Nutzen gewähre, den man gewöhnlich von Sachen dieſer Art erwartet [b]). 2) Für eine ungewöhnliche Güte derſelben, und für Eigenſchaften, die man ihrer Natur nach nicht vorausſetzen kann, z. B. daß ein Grundſtück Servituten auf andern Gütern auszuüben habe, iſt er dann bloß zu haften verpflichtet, wenn er ausdrücklich verſichert, daß ſie dergleichen Eigenſchaften habe [c]), und ein allgemein ausgedrücktes Lob ihrer Güte und Brauchbarkeit legt ihm keine ſolche Verbindlichkeit auf [d]). 3) Wenn dieſe gewöhnlichen oder beſondern und ausdrücklich verſprochnen Eigenſchaften nicht vorhanden ſind, ſo kann der Acquirent mittelſt der aus dem geſchloßnen Vertrage herrührenden Klage die Verringerung des Kaufpreißes oder auch, wenn der Mangel ſo beſchaffen iſt, daß er die Brauchbarkeit der Sache ganz hindert, die Aufhebung des ganzen Vertrags fordern, weil derſelbe von Seiten des andern Contrahenten nicht erfüllt worden iſt [e]).

a) l. 1. pr. l. 49. D. de aedil. ed. Bey dem Verkaufe einer Vniuersitas wird wegen der einzelnen Stücke keine Gewähr geleistet, wenn sie nicht besonders versprochen ist, l. 33. pr. D. eod.

b) l. 6 §. 4. l. 39. D. de act. emt. l. 66. pr. D. de contr. emt.

c) l. 17. §. 20. l. 18. 19. pr. l. 37. 38. §. 10. l. 52. D. de aedil. ed. Daher müssen auch die mitzugeben versprochnen Zubehörungen in gutem Stande geliefert werden, l. 32. 33. pr. D. eod.

d) l. 18. 19. pr. §. 1—4. D. eod. l. 43. pr. D. de contr. emt. Wenn daher der Abkäufer auch gehofft hatte, einen besondern Gewinn durch den Handel zu machen, so kann er, wenn er sich getäuscht findet, doch keine Ansprüche an den Verkäufer machen, außer wenn dieser einen Betrug begangen, oder sonst Eigenschaften von der Sache gerühmt hatte, die sie nicht besaß, l. 11. §. 5. l. 13. §. 1. D. de act. emti.

e) l. 11. §. 3. 5. D. de act. emti. l. 13. pr. eod. l. 24. §. 4. l. 25. §. 2. l. 60. pr. D. loc. cond. Rad. Fornerius rer. quotid. L. IV. c. 18. in Otto's thesaur. Tom. II. p. 245. Westphal a. a. O. §. 364. Zweifelhaft ist es, ob die Contraktsklagen, wenn sie zur Aufhebung des Vertrags angestellt werden, in der Zeit wie die redhibitorische Klage verjähren, oder erst wie gewöhnlich in 31 J. 6 W. u. 3 Tagen. Da die Gesetze aber nichts von einer Ausnahme in diesem Falle erwähnen, und die Contraktsklage zur Aufhebung des Geschäfs ausdrücklich der Redhibition entgegensetzen, l. 11. §. 5. D. de act. emti, so scheint allerdings auch hier die gewöhnliche Verjährungszeit Statt zu finden. Dieser Meynung sind auch Westphal a. a. O. §. 477. Stryck V. M. L. XXI. Tit. 1. §. 52. u. in Dessen tract. de action. Sect. I. membr. 6. §. 16. Cocceji ius controu. Lib. XXI. Tit. 1. qu. 6. Hommel Obs. 481. Indessen sind Lauterbach coll. Pand. L. XXI. T. 1. §. 3. 4. Wernher P. VIII. Obs. 475. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 7. n. 7. Menken L. XXI. Tit. 1. §. 10. der entgegengesetzten Meynung. Die l. 2. C. de aedil. ed., auf welche sie dieselbe hauptsächlich gründen, scheint jedoch wenig Beweiskraft zu haben, da in dem Falle, den sie entscheidet, die Klage überhaupt nicht Statt finden konnte, l. 54. D. l. 3. C. de aedil. edicto.

§. 1292.

Bey dem Kaufe, dem Tauschcontrakte [a]), der Angabe an Zahlungsstatt [b]), und andern onerosen Verträgen [c]), finden überdem wegen der entdeckten Mängel die besondern ädilischen Klagen, nämlich die redhibitorische oder Wandelungs- und die Minderungsklage (actio quanti minoris) Statt. Ungeachtet sie schon ihrem Ursprunge nach sich hauptsächlich auf den Viehhandel bezogen, so können sie doch bey Sachen aller Art, beweglichen und unbeweglichen [d]) angewendet werden, wenn dieselben nicht die gewöhnlichen oder besonders versprochnen Eigenschaften besitzen. Beyde setzen Folgendes voraus: 1) daß der an der Sache entdeckte Mangel nicht ganz unbedeutend sey, sondern den vermöge des Vertrags zu erwarten gehabten Nutzen von der Sache beträchtlich vermindere, oder ganz aufhebe [e]); 2) daß der Mangel dem Acquirenten bey Erkaufung oder Annahme der Sache unbekannt gewesen [f]), auch nicht so leicht in die Augen falle, daß er bey gewöhnlicher Aufmerksamkeit denselben hätte bemerken müssen [g]); doch ist bey dem Viehhandel der Verkäufer verbunden, diejenigen Fehler, die nicht sofort in die Augen fallen, anzuzeigen, oder widrigen Falls binnen der gesetzten Zeit die Klagen gegen sich gelten zu lassen [h]).

a) l. 19. §. 5. D. de aedil. ed.

b) l. 4. D. de euict.

c) arg. l. 3. D. loc. cond. Westphal a. a. O. §. 418. Stryck V. M. Lib. XXI. Tit. 1. §. 3. Bey Verträgen, wodurch eine Sache unentgeltlich übertragen wird, finden sie hingegen nicht Statt, l. 62. D. de aedil. ed.

d) l. 1. pr. l. 49. D. de aedil. edicto.

e) l. 1. §. 8. l. 4. §. 6. l. 5. 11. 48. §. 8. D. de aedil. edict. Claproth von vorsichtiger Eingehung der Verträge. II. S. 923. Westphal a. a. O. S. 417. Struck V. M. c. l. §. 17.

f) l. 1. §. 6. l. 48. §. 4. D. de aedil. ed. Berger Oec. L. III. Tit. 8. th. 6. n. 2.

g) l. 15. §. 1. D. de contr. emt. l. 14. §. vlt. l. 48. §. 3. l. 55. D. de aedil. ed. Daher auch das deutsche Rechtssprichwort: Wer die Augen nicht aufthut, muß den Beutel aufthun.

h) l. 1. §. 1. l. 38. pr. D. de aedil. edicto. l. 1. C. eod. l. 13. pr. D. de act. emti. Claproth a. a. O. S. 921.

§. 1293.

3) Der Fehler muß zu der Zeit, wo der Handel geschlossen wurde, schon vorhanden gewesen seyn [a]), der Verkäufer mag ihn gekannt haben oder nicht [b]); darf aber auch 4) bey Uebergabe der Sache nicht bereits wieder aufgehört haben [c]). Die Klage fällt daher weg, wenn der Mangel erst nach Abschluß des Geschäfts ohne Schuld des Verkäufers entstanden ist [d]), oder vorher wieder aufgehört hat. Endlich wird erfordert, 5) daß der Vertrag sey unbedingt abgeschlossen worden [e]), und daß der Acquirent 6) nachdem er die schlechte Beschaffenheit der Sache erfahren, sich derselben nicht weiter anmaaßt, und noch weniger sie verbraucht oder weiter verhandelt habe, indem dann die Klagen wegfallen [f]). Der Kläger muß übrigens 7) stets den Beweis darüber führen, daß der Fehler schon vor dem Handel entstanden sey, doch hat er bey erkauftem Vieh dießfalls die Vermuthung für sich, wenn derselbe binnen drey Tagen nach Abschluß des Geschäftes entdeckt wird [g]).

a) l. 54. D. de ed. aedil. l. 3. C. eod. l. 6. C. de peric. et comm. rei vend.

b) l. 1. §. 2. D. de edicto aedil.
c) l. 1. §. 10. l. 16. D. eod.
d) l. 3. C. de aedil. act.
e) l. 43. §. 9. D. de aedil. edict. Hier kann nämlich erst nach Erfüllung der Bedingung wegen der Mängel geklagt werden.
f) Mevius P. IV. dec. 341. Hommel Obs. 536. Claproth a. a. O. II. S. 921. Eine Ausnahme ist indessen, wenn der Abkäufer auf Treu und Glauben, und auf die Versicherung des Verkäufers, die Waare sey gut, sie angenommen und weiter verhandelt hat, ohne sie weiter zu untersuchen, weil hier ein dolus des Verkäufers ihn zur Klage berechtigt. Außerdem ist er immer in culpa, wenn er den gekauften Gegenstand nicht untersucht, und kann daher auch nicht klagen.
g) Wernher P. X. Obs. 339. Hommel Obs. 715. Struck V. M. c. l. §. 26. Berger L. III. Tit. 8. th. 6. n. 3.

§. 1294.

Unter diesen Voraussetzungen steht es in der Regel in der Willkühr des Acquirenten mittelst der redhibitorischen Klage auf die Aufhebung des Geschäftes zu klagen, oder durch die Minderungsklage zu fordern, daß sich der Verkäufer einen Abzug am Kaufgelde oder demjenigen, was für die Sache gegeben werden soll, gefallen lasse, je nachdem der Fehler so beschaffen ist, daß der Acquirent im Falle er ihn gewußt hätte, die Sache gar nicht, oder für einen geringern Preiß würde erhandelt haben [a]). Doch ist eine Ausnahme bey den Pferden, wo die Redhibition nur dann Statt findet, wenn das Pferd stetig, blind oder hartschlägig ist, wegen andrer Fehler aber nicht, es wäre denn, daß der Verkäufer ausdrücklich versichert, daß es frey von Fehlern sey [b]). Auch kann bey dem Rindvieh die sogenannte Franzosenkrankheit nicht als Grund zur Redhibition angegeben werden [c]).

a) l. 25. §. 1. D. de exc. rei iudic. *verbis*: Et est in potestate emtoris intra VI. menses redhibitoria agere mallet an ea, quae datur: Quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, sitale vitium in homine est, vt eum ob id actor emturus non fuerit. Nach der gewöhnlich befolgten Meynung ist zwischen Hauptmängeln, die die Brauchbarkeit der Sache ganz verhindern, und zwischen unbedeutenderen zu unterscheiden, und nur wegen jener wird die redhibitorische Klage gestattet. Stryck vf. mod. L. XXI. Tit. 1. §. 11. Lauterbach coll. Pand. eod. Tit. §. 14. Hellfeld iurispr. for. §. 1111. Westphal a. a. O. §. 468. Böhmer de actionib. Sect. II. c. 8. §. 76. Allein in den Gesetzen findet sich kein Grund für dieselbe, und das oben angeführte scheint ihr vielmehr geradezu zu widersprechen. Paul Jos. Anf. Feuerbach civilist. Versuche. Th. I. S. 55. flg. Thibaut Pandekt. §. 174. Sam. Stryck tract. de actionib. Sect. I. membr. 6. §. 14. Cocceji ius controu. L. XX. Tit. 1. qu. 5. Joh. Chr. G. Heineccius D. ad ed. aedilit. florum sparsio. Hal. 1738. c. III. §. 13.

b) Weichb. Art. 97. Carpzov P. II. const. 34. def. 17. Schott inst. iur. Sax. L. III. §. 2. a. In der Jenaischen Juristenfakultät wird auch der Rotz der Pferde als Grund der Redhibition angenommen. Joh. Ludw. Schmids öffentliche Rechtssprüche. Jena, 1777. 4. S. 312.

c) arg. das Generale v. 23. May. 1787. in d. 2. Forts. des C. A. I. 943. Schott a. a. O.

§. 1295.

Der Zweck der redhibitorischen Klage ist; daß der Verkäufer gegen Zurücknahme der erhandelten Sache mit allen ihren Zubehörungen a), und der davon erhobenen Nutzungen b), angehalten werde, das, was er für die Sache erhalten nebst Zinsen c), und dem Ersatze dessen, was der Kläger auf die Sache verwendet hat d), wovon jedoch bey dem Viehhandel die Futterkosten ausgeschlossen sind e), wiederzuerstatten. Zuweilen kann jedoch unbeschadet der Zu-

rückforderung des Kaufgeldes die Zurückgabe der Sache wegfallen oder verzögert werden, nämlich 1) wenn das erkaufte Thier ohne Schuld des Acquirenten oder seiner Leute gestorben [f]), oder 2) aus seiner Gewahrsam gekommen ist [g]), oder 3) wenn wegen Armuth des Beklagten oder aus andern Ursachen zu fürchten ist, daß die Wiederforderung des Kaufgeldes werde mit Schwierigkeiten verknüpft seyn, wenn derselbe die Sache zuvor wiedererhalten hätte [h]); doch muß in den beyden letztern Fällen hinreichende Sicherheit wegen Zurückgabe der Sache bestellt werden [i]). Ist die Sache absichtlich oder aus Nachlässigkeit vom Acquirenten verschlechtert worden, so muß er sich den verringerten Werth vom wiedererstatteten Kaufgelde kürzen lassen [k]). Dagegen ist der Verkäufer auch verbunden, allen durch die Fehlerhaftigkeit der Sache unmittelbar entstandenen Schaden zu vergüten, und wenn ihm ein Betrug beygemessen werden kann, auch den entzognen Gewinn. Ist jedoch der Abkäufer zufrieden, mit Bewilligung des Verkäufers statt des geforderten Schadenersatzes die Sache selbst zu behalten, so kann letzter blos zur Zurückgabe des Kaufgeldes angehalten werden [l]). Uebrigens kann der Ersatz der durch die Fehlerhaftigkeit der Sache verursachten Schäden auch dann gefordert werden, wenn die Sache evincirt worden ist, und zugleich die Evictionsleistung gefordert wird [m]).

a) l. 25. §. 10. l. 23. §. 1. D. de aedil. ed. l. 5. C eod.
b) l. 23. §. 9. l. 24. 29. §. 2. D. eod.
c) l. 25. §. 10. l. 29. §. 2. D. eod. Auch Nebenunkosten, die der Kauf verursacht hat, mit Ausschluß freywilliger Geschenke, müssen wieder erstattet werden, l. 27. D. eod.

d) l. 29. §. 3. D. eod. Westphal a. a. O. §. 526.

e) l. 30. §. 1. D. eod. Wenn mehrere Dinge zugleich verhandelt worden sind, von welchen nur eins schadhaft ist, so muß man in Ansehung der Redhibition unterscheiden, ob sie sich füglich trennen lassen, oder nicht. Im letztern Falle müssen alle zurückgegeben werden, selbst wenn der Preiß für jedes einzeln bestimmt worden wäre, l. 34. 35. 36. D. eod. Im erstern wird nur das schadhafte Stück zurückgegeben, u. wenn für alles zusammen beym Handel nur Ein Preiß bestimmt worden wäre, so muß das redhibirte Stück dann besonders taxirt werden, l. 36. 64. pr. eod.

f) l. 38. §. 3. l. 47. §. 1. l. 48. pr. D. eod.

g) l. 21. §. 3. l. 22. D. eod.

h) l. 26. D. de aedil. ed. Heineccius florum sparsio. c. III. §. 12.

i) l. 21. §. 3. l. 22. D. eod.

k) l. 23. pr. l. 25. pr. §. 4. 5. 6. 8. l. 31. §. 9. et 12. D. eod.

l) l. 1. C. l. 23. §. 8. l. 31. pr. l. 58. pr. D. de aedil. ed. l. 1. §. 1. D. eod. Thibaut a. a. O. §. 177. l. 13. pr. D. de act. emti.

m) l. 44. §. 2. D. de aedil. ed.

§. 1296.

Die Minderungsklage geht dahin, daß der für die Sache versprochne oder gegebene Preiß um soviel vermindert werde, als sie weniger werth ist, daher muß jederzeit erwiesen werden, was der eigentliche Werth derselben zur Zeit des geschloßnen Handels gewesen sey [a]). Wenn mehrere Sachen, die nicht getrennt werden können, zusammen verkauft worden sind, und es ist nur eine davon schadhaft, so muß der Preiß um soviel als das Ganze dadurch geringer an Werth geworden ist, vermindert werden [b]). Wegen verschiedener Mängel, welche sich nach und nach an derselben Sache entdecken, kann die Minderungsklage auch mehrmals angestellt werden [c]). Ist

jedoch wegen der Mängel überhaupt im Voraus eine Entschädigungssumme festgesetzt worden, so darf das, was vom Kaufpreiße auf einmal oder durch wiederholte Klagen zurückgefordert wird, diese Summe nicht übersteigen [d]). Beyde Klagen werden übrigens, wenn mehrere zugleich die Sache verkauft haben, in der Regel wider jeden Verkäufer pro rata angestellt [e]), außer wenn sie Handlungsgesellschafter sind [f]), auch können beyde nicht gegen den Landesherrlichen Fiscus wegen der von demselben verhandelten Sachen angestellt werden [g]).

a) l. 18. pr. l. 61. D. de aedil. ed.

b) l. 38. §. 13. D. eod.

c) l. 31. §. 16. D. eod. Die redhibitorische Klage kann ihrer Natur nach, wenn sie das Erstemal gewonnen worden, nicht noch einmal angestellt werden; wohl aber dann, wenn der Kläger das Erstemal abgewiesen worden, und dann aus einem neuen Grunde wieder klagt, l. 48. §. 7. D. eod. **Westphal** a. a. O. §. 473. **Leyser** Sp. 237. med. 2. — Ein besondrer Fall ist dann vorhanden, wenn der Kläger zwar nur Verminderung des Preißes fordert, aber die Sache so schlecht ist, daß das ganze Kaufgeld würde müssen zurückgegeben werden. Hier muß nämlich der Richter ex officio statt der Verminderung auf Redhibition der Sache und des Kaufgeldes und auf die Aufhebung des ganzen Contraktes sprechen, l. 43. §. 6. D. de aedil. ed. **Westphal** §. 471. **Thibaut** a. a. O. §. 174. — Uebrigens kann man die Minderungsklage auch wieder fallen lassen, und nach Erstattung der Kosten von Neuem auf die Redhibition klagen. **Struben** rechtl. Bed. Th. I. no. 17.

d) l. 11. §. 10. et 14. D. de act. emti. **Westphal** §. 524.

e) l. 31. §. 10. D. de aedil. ed. **Westphal** §. 533. Anderer Meynung ist **Stryck** tr. de actionib. Sect. I. membr. 6. §. 17.

f) l. 44. §. 1. D. de aedil. ed. **Kind** Quaest. for. Tom. I. cap. 20. **Berger** Oec. L. III. Tit. V. th. 32. n. 5. **Wernher** P. III. Obs. 179.

g) l. 1. §. 3. D. eod. Bey dem Handel, den eine Stadt oder andre Gemeinde schließt, auch bey Käufen über Mündelgüther findet sie hingegen Statt, l. 1. §. 4. 5. D. eod. Berger Oec. L. III. Tit. 3. th. 6. n. 4.

§. 1297.

Was die Dauer dieser Klagen anlangt, so kann die redhibitorische Klage dann, wenn kein besondres Versprechen wegen der Gewährleistung vorhergegangen ist, nur binnen zwey Monaten [a]); wenn aber der Verkäufer ausdrücklich versprochen, daß er für die Fehler, welche sich an der Sache finden sollten, haften und Gewähr leisten wolle, binnen sechs Monaten erhoben werden [b]). Die Minderungsklage hingegen dauert, wenn keine Gewähr versprochen ist, sechs Monate [c]), im entgegengesetzten Falle ein Jahr mit Ausschluß der Tage, an welchen kein Gericht gehalten wird (annus vtilis) [d]). Diese Verjährungszeit wird in der Regel von der Uebergabe der Sache, oder wo Gewährsleistung versprochen worden ist, vom Tage dieses Versprechens an gerechnet [e]); sollte jedoch der Fehler der Sache sich erst später an den Tag legen, ohne daß dem Abkäufer eine Nachlässigkeit dabey Schuld gegeben werden könnte, so fängt die Verjährungszeit erst von der erhaltenen Wissenschaft davon an zu laufen [f]). Wenn übrigens beym Handel der Verkäufer sich von der Gewährleistung wegen eines oder des andern Mangels losgesagt hat, so befreyt ihn dieß nur alsdann von den Ansprüchen des Abkäufers, wenn er nicht gewußt, daß die Sache diesen Fehler wirklich habe. Hat er es hingegen gewußt, so ist er demungeachtet zum Ersatze verpflichtet [g]).

a) l. 28. D. eod. Hellfeld c. l. §. 1113. Struck vs. mod. c. l. §. 33. ist der Meynung, daß h. z. T. diese Klage 2 Jahre dauern müsse, und eben so §. 46., daß die actio qu. min. vier Jahre dauere, weil Justinian in der l. vlt. C. de temp. in int. rest. statt der Berechnung des tempus vtile eine vierjährige Dauer der Ediktsklagen festgesetzt habe. Allein da dieß Gesetz nur von den restitutionibus handelt, so widerlegt sich dieß von selbst.

b) l. 19. §. vlt. l. 28. l. 38. pr. l. 55. D. l. 2. C. de aedil. actionib.

c) l. 28. D. eod.

d) l. 19. §. vlt. D. eod.

e) l. 19. §. vlt. D. eod. Noodt comment. ad h. l. in Ei. oper. T. II. p. 458.

f) l. 55. D. eod.

g) l. 14. §. 9. D. de aed. ed. l. 39. D. de act. emti.

§. 1298.

Alle diese auf die Verminderung des Preißes, oder die Aufhebung des Vertrags gerichteten Klagen fallen weg: 1) wenn der Acquirent die Mängel der Sache gewußt hat, oder leicht hätte bemerken können, und sie gleichwohl erkauft oder angenommen hat [a]; 2) wenn der Fehler erst nach Abschluß des Handels entstanden oder vor demselben schon wieder aufgehört hat [b]; 3) wenn der Acquirent die Sache verbraucht oder weiter verhandelt hat [c]; 4) wenn er Eigenschaften und Vortheile von derselben erwartet hat, die sie ihrer Natur nach nicht gewöhnlich gewähren kann, und die der Verkäufer auch nicht speciell ihr beygelegt hat [d]; 5) wenn er die Sache unentgeltlich erworben hat [e].

a) l. 41. §. 1. l. 45. 62. §. 1. D. de act. emti. l. 14. §. vlt. l. 48. §. 4. D. de aedil. edict. l. 15. §. 1. l. 43. §. 1. de contr. emt. Es muß daher darauf Rücksicht genommen werden, ob man mit Recht vom Abkäufer Kenntniß der Waare erwarten könne, oder nicht.

b) l. 3. C. de aedil. act. l. 16. D. eod.

c) Mevius P. IV. dec. 341. Hommel Obs. 536.

d) l. 66. pr. D. de contr. emt. l. 17. §. 20. l. 18. 19. pr. D. de aedil. edicto. l. 39. D. de act. emti. l. 75. D. de euictionibus.

e) l. 62. D. de aedil. edict. Uebrigens scheinen allerdings h. z. T. die ädilischen Klagen von keinem besondern Nutzen zu seyn, da ihr Zweck schon durch die Contraktsklage erreicht wird, u. diese überdem eine längere Dauer hat, als jene. Thibaut Pandekt. §. 169. Die Eigenthümlichkeiten, welche dieselben im Röm. Rechte auszeichnen, z. B. die stipul. dupli, fallen h. z. T. weg.

§. 1299.

Endlich enthalten alle oneröse Verträge auch die Verbindlichkeit für die Contrahenten, sich gegenseitig nicht über die Hälfte des Werthes zu bevortheilen. Hat der eine Contrahent dieser Verbindlichkeit zuwider gehandelt, so ist der andre Theil befugt, vermöge der L. 2. Cod. de resc. vend. die Aufhebung des Geschäftes dieserhalb zu fordern; doch setzt dieß voraus, daß, im Falle der Verkäufer lädirt worden, vom Abkäufer weniger als die Hälfte dessen, was die dafür übergebene Sache werth ist, bezahlt worden sey [a]); wenn hingegen die Läsion den Abkäufer betroffen, daß dieser mehr als noch einmal soviel, als der wahre Werth des dafür Erhaltenen beträgt, gegeben habe [b]). Als wahrer Werth wird angenommen, was die Sache zur Zeit des Abschlusses vom Vertrage entweder, wenn es eine unbewegliche Sache ist, nach der Taxe des Orts, wo sie liegt, oder wenn es eine bewegliche ist, nach dem Marktpreiße des Orts, wo der Contrakt geschlossen worden, gegolten hat [c]). Dadurch hingegen, daß die Sache wohlfeiler wieder verkauft worden ist, kann keine Verletzung erwiesen werden [d]).

Der über die Hälfte Lädirte, kann nun das Rechtsmittel theils als Ausflucht benutzen, wenn er auf Bezahlung des Kaufgeldes belangt wird, und die Sache noch nicht in seinen Nutzen verwendet hat, theils als Kläger die Aufhebung des Contraktes fordern. Im letzten Falle hat jedoch der Beklagte stets bis zum Executionstermine [e]) die Auswahl, ob er das zu viel Erhaltene restituiren und den Vertrag bey Kräften erhalten, oder gegen Zurücknahme der veräußerten Sache den ganzen erhaltenen Preis zurückgeben will [f]). Da jedoch ein solcher Vertrag nicht als von Anfange an ungültig betrachtet werden kann, so werden beyde Theile bis zur Rescission desselben als Eigenthümer der in Besitz gehabten Sachen angesehen, und es werden nicht nur weder Nutzungen noch Zinsen erstattet, sondern auch die Verfügungen, welche der Besitzer der Sache zum Vortheil eines Dritten getroffen hat, bleiben bey Kräften [g]). Eben daher müssen auch die wirklichen Verbesserungen der Sache bey der Rescission erstattet, und die zugefügten Deteriorationen vergütet werden [h]).

a) l. 2. C. de resc. vend.

b) **Westphal** a. a. O. §. 808. **J. S. T. Gehler** D. de laesione emtoris vltra dimidium recte computanda. Lipsi. 1777. **Thibaut** a. a. O. §. 179. **Berger** Oec. L. III. Tit. 5. th. 18. Es würde also erst dann der Abkäufer sich für enorm verletzt achten können, wenn er z. B. für eine Sache, die wirklich nur 100 Thlr. werth wäre, über 200 Thlr. gegeben hätte.

c) **Berger** a. a. O. n. 3.

d) l. 4. C. de resc. vend.

e) **Berger** a. a. O. n. 9.

f) Diese Auswahl kommt dem Beklagten nach der l. 2. C. de resc. vend. zu, doch kann der Kläger blos die Auf-

hebung des Geschäftes fordern. Cocceji ius controu. L. XVIII. T. 5. qu. 9. et 23. Wernher P. I. Obs. 345. no. 8.

g) arg. cap. 3. X. de resc. vend. Westphal a. a. O. §. 804. 811. Andrer Meynung sind Meditat. über versch. Rechtsmaterien. 3ter Bd. S. 79. Cocceji ius controu. c. l. qu. 24. 28.

h) Westphal §. 806. Wenn der Abkäufer die Sache ohne seine Schuld nicht mehr besitzt, so kann er gegen den Verkäufer, von welchem er lädirt worden ist, blos auf die Herausgabe dessen, was derselbe zu viel erhalten, klagen. Eben so muß er auch, wenn der Verkäufer von ihm lädirt worden ist, diesem soviel nachzahlen, als er ihm Anfangs zu wenig für die Sache gegeben hatte. Berger a. a. O. n. 9. 11. Westphal §. 809.

§. 1300.

Dieses Rechtsmittel, welches erst nach 31 J. 6 W. 3 T. verjährt [a]), findet auch selbst bey außergerichtlichen [b]) Transactionen, wenn sie nicht eydlich bestärkt [c]), oder zugleich auf die Läsion selbst mit gerichtet sind, Statt [d]). Hingegen fällt es weg: 1) bey allen unentgeltlichen Verträgen; 2) wenn bey dem, welcher zu viel erhalten, das Empfangne ohne seine Schuld untergegangen ist [e]); 3) bey dem Kaufe einer bloßen Hoffnung [f]); 4) wenn auf den Gebrauch desselben specielle Verzicht geleistet [ff]), oder 5) der Handel genehmigt worden ist, nachdem der Lädirte seine Verletzung erfahren hat; wohin auch der Fall zu rechnen, wenn er die Sache freywillig weiter verkaufte oder veräußerte [g]); 6) bey Geradekäufen, wenn die Verkäuferin sich den Nießbrauch vorbehalten [h]); 7) bey Käufen, wo der Preis nicht blos in baarem Gelde, sondern zum Theil in Leibrenten, oder jährlich auf Lebenszeit zu entrichtenden Prästationen besteht [i]); 8) bey Auctionen und Subhastationen, welche öffentlich

und mit Genehmigung, oder auf Anordnung des Richters gehalten werden [k]); 9) wenn der Vertrag durch einen Eyd bestätigt, und übrigens weder wegen Jugend, noch wegen Betrugs oder um einer andern Ursache willen ungültig ist [l]). Endlich 10) auch dann, wenn der Abkäufer wissentlich über den wahren Werth bezahlt hat, oder wenn es eine Sache ist, die blos nach Liebhaberey geschätzt und bezahlt wird, und keinen der Taxation fähigen Werth hat [m]). Die bloße gerichtliche Bestätigung des Vertrags verhindert hingegen den Gebrauch des Rechtsmittels nicht [n]). Dieses kann übrigens auch noch von den Erben angestellt werden [o]), findet aber gegen einen dritten Besitzer der Sache nicht Statt [p]).

a) Westphal §. 810.

b) Wenn sie gerichtlich bestätigt sind, findet sie hingegen nicht Statt. Rind Quaest. for. T. II. cap. 69. Carpz. P. II. const. 34. def. 4. in sofern nämlich die Untersuchung der Sache vorhergegangen. Ist hingegen der Vergleich nur zur Recognition vorgetragen worden, so ändert dieß nichts. Hommel Obl. 433.

c) Const. 35. P. II. Ist der Vertrag noch aus einem andern Grunde, z. B. wegen Betrugs u. s. w. ungültig, so kann der Eyd die Rescission nicht hindern. Carpz. ad h. const. def. 2.

d) Const. 34. P. II. bestimmt den Fall der Läsion bey einem Vergleiche so, daß dem Lädirten zur Zeit des aufgerichteten Vergleichs mehr, denn noch einmal soviel, als er erhalten, gebührt haben, auf den wahrscheinlichen Ausgang des Processes hingegen nicht gesehen werden solle. Wernher P. VI. Obl. 474. Berger Oec. L. IV. Tit. 34. th. 5. Vergl. übrigens Glück Comment. Th. V. §. 356. S. 89. und die daselbst angeführten Autoren. Ferner Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2ter Th. 11te Abh.

e) Westphal §. 806. Thibaut Pand. §. 182.

f) l. 8 §. 1. D. de contr. emt. Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien. 4ter Bd. no. 217. Thibaut Pandekten. §. 182. Berger Oec. L. III. Tit. 5. th. 18. ist zwar der entgegengesetzten Meynung, spricht jedoch nicht von einer eigentlichen emtio spei, sondern emtio rei speratae, bey welcher es wohl zulässig ist.

ff) Berger a. a. O. n. 12. Carpz. P. II. const. 34. def. 2. Hellfeld iurispr. for. §. 1030. Westphal §. 815.

g) Thibaut §. 182.

h) Decis. 18. v. J. 1746.

i) Winkler ad Bergeri Oec. c. l. n. 12. Hommel Obs. 114.

k) Decis. 19. v. J. 1746.

l) Const. 35. P. II.

ll) Westphal §. 802. b. Meditat. über versch. Rechtsmaterien. 2ter Bd. no. 109.

m) Wernher P. V. Obs. 234. Berger a. a. O. n. 4. Leyser Sp. 205. med. 10. Hommel Obs. 433.

n) l. 2. C. de resc. vend. Berger a. a. O. n. 7. Doch ist der entgegengesetzten Meynung Chr. Wilh. Rüstner pr. l. 2. C. de resc. vend. liberis heredibus non opitulari. Lipz. 1764.

o) Meditat. über versch. Rechtsmaterien. 2ter Bd. n. 92. Westphal §. 805. Berger a. a. O. n. 8. gesteht es jedoch in dem Falle, wenn der Beklagte insolvent ist, gegen den Dritten zu, in soweit dieser durch den ersten Handel reicher worden ist.

VI) Von der Erklärung der Verträge.

§. 1301.

Was die Erklärung dunkler und undeutlich abgefaßter Verträge anlangt, so sind folgende Regeln dabey zu befolgen: 1) bey der wörtlichen Erklärung muß man 1) zwar in der Regel den gemeinen Sinn der Worte annehmen, welchen sie in der Sprache und an dem Wohnorte der Paciscenten haben; wenn beyde Paciscenten aber gewohnt wären, sich eines Wortes in einem ganz eigenthümlichen Sinne zu bedienen, zuerst diesen zum Grunde legen a). 2) Eben so müs-

sen die Namen von Maaßen und Gewichten nach dem gemeinschaftlichen Sprachgebrauche der Paciscenten, oder wenn dieser ungewiß ist, nach dem Sprachgebrauche des Orts, wo der Contrakt geschlossen worden ist, verstanden werden [b]). 3) Auf die Benennung, welche die Contrahenten dem abgeschloßnen Geschäfte beylegen, ist blos dann Rücksicht zu nehmen, wenn aus dem Inhalte desselben nicht erkannt werden kann, zu welcher Art von Verträgen es gerechnet werden muß [c]). 4) Es ist im Zweifel anzunehmen, daß kein Wort überflüßig und zwecklos beygefügt sey [d]).

a) l. 69. pr. D. de leg. III. l. 96. l. 64. D. de reg. iur. Sollten die Paciscenten aber nicht über eine solche besondre Wortbedeutung einverstanden seyn, so muß auf jeden Fall der gemeine Sprachgebrauch zur Richtschnur dienen, es mag der Promittent oder der Acceptant sich des dunkeln Wortes bedient haben, weil es eine Fahrläßigkeit von ihm ist, daß er sich nicht deutlicher ausgedrückt hat, l. 203. D. de reg. iur.

b) arg. l. 34. D. de reg. iur.

c) Hommel Obs. 664.

d) l. 12. D. de reb. dub. l. 67. D. de reg. iur. Claproth von Eingehung der Verträge. I. S. 104. Glück Comm. IV. §. 344. S. 367.

§. 1302.

II) Bey der logischen Erklärung muß man 1) mehr auf die Absicht der Contrahenten sehen, als auf die gebrauchten Worte [a]), und die Worte soviel, als möglich auf eine solche Weise erklären, daß das Geschäft bey Kräften bleiben kann [b]). 2) Ist die Absicht der Contrahenten aber nicht deutlich zu erkennen, so ist anzunehmen, daß sie bey dem abgeschloßnen Vertrage nicht von den allgemeinen Gesetzen über denselben

haben abweichen wollen; und es sind mithin keine Modificationen des gemeinen Rechts zu gestatten, wenn die Partheyen sich nicht deutlich darüber erklärt haben c). 3) Wenn folglich einer von den Contrahenten besondere in der allgemeinen Natur dieses Vertrages nicht enthaltene Vorrechte hat erwerben wollen, ohne eine deutliche Bestimmung darüber dem Vertrage einzuschalten, so muß die Erklärung zu seinem Nachtheile ausfallen d); und eben daher muß auch 4) bey Verträgen, die nur einem Theile Verbindlichkeiten auflegen, dem andern aber blos Rechte gewähren, in zweifelhaften Fällen die Zusage so erklärt werden, wie sie für den Schuldner am wenigsten beschwerlich ist e) und folglich eben so, wie 5) bey allen Entsagungen auf Rechte, keine ausdehnende Auslegung angewendet werden f); doch ist 6) bey allgemeinen Zusagen, die den Begriff einer Gattung ausdrücken, im Zweifel anzunehmen, daß die darunter gehörigen besondern Fälle oder Gegenstände mit enthalten seyen, wenn nicht das Gegentheil bestimmt erwiesen werden kann g).

a) l. 34. D. de reg. iur. l. 1. C. Plus valere quod agitur. l. 219. D. de verb. sign. Bey zweyseitigen Verträgen ist jedoch auf die Absicht, welche ein Contrahent dadurch erreichen wollte, keine Rücksicht zu nehmen, wenn nicht der ganze Vertrag darauf abgezweckt hat, l. 99. pr. D. de verb. obl. Thibaut Pand. §. 47.

b) l. 12. D. de reb. dub.

c) l. 34. D. de reg. iur. l. 3. D. de reb. cred. l. 11. §. 1. D. de act. emti. So wird z. B. beym Kaufe, selbst unter Kaufleuten, präsumirt, daß auf baare Zahlung geschlossen sey, wenn nicht ausdrücklich Credit gegeben worden ist, obwohl die meisten Handel derselben auf 6 monatlichen Credit geschlossen werden.

d) Dieß ist unstreitig der richtigere Sinn der Rechtsregel:

Interpretatio contra eum fieri debet, qui clarius loqui debuisset. l. 99. pr. D. de verb. obl. l. 38. §. 18. l. 41. pr. l. 110. §. 1. eod. l. 39. D. de pactis. l. 21. D. de contr. emt. l. 172. D. de reg. iur. Hommel Obs. 399. Leyser Sp. 41. med. 4.

e) l. 56. D. de reg. iur. l. 41. §. 1. eod. l. 21. l. 26. D. de reb. dub.

f) l. 9. §. 3. D de transact. l. 31. C. eod. Claproth a. a. O. I. §. 42. v. Trützschler Anleit. I. 1te Hauptabth. 3tes Hauptst. §. 52.

g) l. 147. D. de reg. iur.

Zweyte Abtheilung.

Von einzelnen Gattungen der Verträge.

§. 1303.

Da eine jede gegenseitige, vollendete Uebereinkunft, welcher es nicht an den obigen allgemeinen Erfordernissen (§. 1236. fd.) mangelt, einen verbindenden Vertrag hervorbringt, aus dem sowohl Klagen als Ausflüchte angestellt werden können: so findet unter den einzelnen Arten derselben eine eben so große Verschiedenheit Statt, als die Geschäfte und Bedürfnisse der Menschen selbst verschieden sind, und es würde nicht leicht möglich seyn, alle Verträge nach ihren verschiedenen Gegenständen aufzuzählen. Es ist daher hier nur von den gesetzlichen Erfordernissen und Regeln über diejenigen Verträge zu handeln, welche am häufigsten vorkommen und gewissermaaßen die Gattungen ausmachen, aus deren mannigfaltigen Modificirungen alle einzelnen Verträge hervorgehen. Diese sind nun entweder Hauptverträge, oder accessorische Verträge; die erstern aber können wieder in zwey Classen abgetheilt werden, je nachdem entweder nur ein Paciscent Verbindlichkeiten übernimmt, der andre

aber blos Rechte erwirbt; oder beyde Paciscenten Verbindlichkeiten und Rechte übernehmen. Die letzten sind theils solche, wo von Anfange an beyde Contrahenten Verbindlichkeiten auf sich haben, theils solche, wo von Anfange an nur Einer Verbindlichkeiten übernimmt, der andre erst in der Folge verpflichtet wird; theils endlich solche, wo die übernommenen Verbindlichkeiten von ungewissen Ereignissen abhängen, oder auf einem Wagnisse beruhen.

Erster Abschnitt.

Von Hauptverträgen.

Erste Unterabtheilung.

Von denjenigen Verträgen, durch welche nur Ein Paciscent Verbindlichkeiten übernimmt.

Erstes Capitel.

Vom Darlehnscontrakte.

§. 1304.

Das Darlehn (mutuum) ist derjenige Vertrag, wodurch eine Quantität von fungiblen Dingen jemanden dergestalt überlassen wird, daß er zwar das volle Eigenthum der einzelnen überlaßnen Dinge erhält, dagegen aber verbunden wird, eben soviel, als er erhalten hat, und von gleicher Güte und Beschaffenheit dem Darleiher wieder zu erstatten [a]). Dieser Vertrag kommt mithin erst durch die wirkliche Empfangnahme der dargeliehenen Sachen von Seiten des Schuldners zur Existenz und die Uebereinkunft, ein Darlehn zu geben oder anzunehmen, macht, vor der

wirklichen Uebergabe der Dinge, bloß ein pactum praeparatorium aus, aus welchem nicht die Contraktsklage (actio mutui oder condictio certi ex mutuo) sondern blos eine Klage auf Vollziehung des Contraktes, d. h. auf die wirkliche Uebergabe oder Annahme des Darlehns angestellt werden kann [b]).

a) Pr. Inst. quibus modis re contr. obl. l. 2. pr. §. 1. D. de reb. cred. Thibaut Pand. §. 1091.

b) l. 30. D. de reb. cred. Duarenus comm. in tit. C. et D. de rebus cred. in Ei. oper. Francof. 1607. fol. p. 870. b. Sam. Stryck D. de probanda versione crediti. Hal. 1701. cap. 1. §. 3.

§. 1305.

Da durch das Darleihen fungibler Dinge, sie mögen dem Schuldner nun vom Eigenthümer wirklich oder blos uneigentlich übergeben werden [a]) (§. 457.), das Eigenthum derselben auf den Empfänger übergeht, so folgt hieraus, daß in der Regel nur derjenige befugt ist, ein Darlehn zu geben, welcher Eigenthümer derselben und berechtigt ist, sie zu veräußern [b]). Es sind daher in Hinsicht des Darleihers folgende Fälle zu bemerken: 1) wenn jemand ihm selbst zugehörige fungible Dinge im Namen und auf Rechnung eines Dritten ausleiht, ohne von diesem ausdrücklichen Auftrag dazu zu haben, so kommt es darauf an, ob derselbe diese Handlung genehmigt, oder nicht: Genehmigt er sie, so ist er als Gläubiger zu betrachten, und kann daher gegen den Schuldner auf die Wiederbezahlung klagen; genehmigt er es nicht, so ist jener, der das Darlehn gegeben, Gläubiger [c]). 2) Eben dieß ist der Fall, wenn er das Geld eines Dritten im Namen desselben als negotiorum gestor verleiht; nur

ist er dann, falls der Dritte das Geschäft nicht genehmigt, und er mithin Gläubiger des Schuldners bleibt, verpflichtet, den Eigenthümer des Geldes zu entschädigen [d]).

a) Beyspiel einer solchen uneigentlichen Uebergabe des Darlehns ist es, wenn dasjenige, was einer aus einem Kaufe schuldig ist, ihm als mutuum gelassen wird; oder wenn jemand einem andern eine Summe Geldes schenkt, sich aber dabey ausbedingt, dieselbe als Darlehn behalten zu dürfen, l. 20. D. de reb. cred. l. 9. §. 8. D. eod. l. 15. 26. 32. eod.

b) l. 2. §. 4. D. eod.

c) l. 9. §. 8. D. eod. Duarenus a. a. O. S. 879. a.

d) l. 4. C. Si certum petatur. Duarenus a. a. O. S. 880. b.

§. 1306.

3) Wenn jemand ausdrücklichen Auftrag von einem Dritten hat, im Namen desselben ein Darlehn an einen Andern zu geben, so ist der Vollmachtsgeber sofort Gläubiger des Empfängers, und kann gegen denselben auf die Wiederbezahlung klagen [a]); selbst wenn der Schuldner sich in einem Irrthume befunden und nicht ihn, sondern einen Andern für seinen Gläubiger gehalten haben sollte [aa]). 4) Was die Verwalter fremden Vermögens anlangt, so sind A) Vormünder unter eigner Verantwortlichkeit verpflichtet, das ihren Pflegebefohlnen gehörige Geld sicher auszuleihen (s. §. 353.) B) Kirchenvorsteher dürfen die der Kirche gehörigen Gelder nicht ohne Consens der Kircheninspection und des Pfarrers [b]) und, wenn das Capital sich über 10 Thlr. beläuft, nicht anders als gegen gerichtliche, auf keine bestimmte Zeit eingeschränkte Hypothek auf Grundstücke, die wo möglich innerhalb der

Jurisdiction des Orts belegen, ausleihen, auch die Zinsen, bey eigner Vertretung, nicht über drey Jahre gestunden c). Doch ist ihnen, wenn keine andre sichere Gelegenheit vorhanden, gestattet landschaftliche Obligationen um den gewöhnlichen Cours zu erkaufen d). C) Ehemänner können die zu dem Dotal- und Paraphernalvermögen ihrer Frauen gehörigen Gelder als Verwalter desselben ohne Einwilligung der Letztern ausleihen, dagegen diese ohne Consens des Ehemannes kein Darlehn aus selbigen geben können. (s. §. 126.)

a) Weil nach Röm. Rechte niemand für einen andern sich etwas konnte versprechen lassen, so mußte der Darleiher die Stipulation mit dem Schuldner in seinem eignen Namen schließen, und dann dem Eigenthümer des Geldes die Forderung cediren, l. 2. C. Si certum p. l. 8. §. 5. D. mandati. Allein h. z. T. ist diese Cession unnöthig, wenn der Schuldner den Vollmachtsgeber von Anfange an als seinen Gläubiger anerkannt hat.

aa) Hierauf bezieht sich die l. 32. D. de reb. cred., und die von einigen darauf gegründete condictio Iuventiana, deren sich der wirkliche Eigenthümer der Forderung gegen den Schuldner bedient, welcher, weil etwa Zwischenpersonen concurrirt haben, einen Andern für seinen Gläubiger hält. Da sie aber auf dem allgemeinen Grundsatze: Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet beruht, oder wie das Gesetz sagt, quia pecunia mea ad te peruenit, so enthält sie eigentlich nichts Singulaires. J. L. Conradi D. de condict. Iuuentiana. Marb. 1774. Dietr. Gotth. Eckard Diss. de condict. ex l. 32. D. de reb. cred. Lipſ. 1729. Leyser Sp. 130. med. 7. 8.

b) Generalart. v. J. 1557. C. A. I. 457. 705. Synodaldecret v. J. 1624. ib. 795. Reskript v. 19. Juny, 1722. C. A. C. I. 199.

c) Befehl v. 19. Nov. 1727. Generalverordn. v. 30. Sept. 1729. C. A. C. I. 215. 219. Kustner ad Deyling. prudent. pastor. p. 709. Rees Handb. des protest. Kirchenrechts. §. 88.

d) arg. Generale v. 1. July, 1769. C. A. C. II. 359. Rees a. a. O. S. 196.

§. 1307.

5) Wenn jemand fremdes Geld u. dgl. in seinem eignen Namen ausleiht, so kann, weil er selbst nicht Eigenthümer davon ist, auch der Empfänger das Eigenthum daran nicht erlangen [a]), noch dem wirklichen Eigenthümer sein Recht entzogen werden; so lange daher A) die als Darlehn gegebenen einzelnen Dinge in Natur vorhanden sind, kann Letzterer sie vindiciren [b]), und der Darleiher hat gar kein Klagerecht, weil das Geschäft von Anfange an ungültig war [c]). B) Hat sie der Empfänger schon consumirt, oder weiter verliehen, und hiedurch das Eigenthum auf sich übergetragen, so kommt hiedurch das Darlehn zwischen ihm und dem Darleiher zur Vollendung, mithin kann Letzterer auch gegen ihn die Schuldklage anstellen, und ihn zur Wiederbezahlung nöthigen [d]). Der Eigenthümer des Geldes muß folglich zunächst seine Befriedigung von dem zu erlangen suchen, welcher das Darlehn gegeben hat; kann dieser aber nicht belangt werden, so ist jener befugt, den Schuldner selbst in Anspruch zu nehmen, und zwar, im Falle derselbe um den Betrug gewußt hat, mittelst der actio ad exhibendum auf Ersatz alles verursachten Schadens [e]); hat er hingegen bona fide das Darlehn consumirt, durch eine simple Schuldklage auf Erstattung von soviel, als wirklich in sein Vermögen verwendet worden ist [f]). 6) Unmündige, Wahnsinnige, erklärte Verschwender können, da sie nicht befugt sind, zu veräußern, kein Darlehn aus ihrem Ver-

mögen geben; die demohngeachtet von ihnen verborgten Gegenstände können, so lange sie in Natur existiren, vindicirt werden [g]); sind sie consumirt, so hat die actio ad exhibendum oder condictio sine caussa gegen den Empfänger Statt, je nachdem er sich in bona oder mala fide befunden hat [h]). 7) Mündige Frauenzimmer hingegen können, ohne daß sie der Einwilligung ihres Curators bedürfen, Darlehne weggeben; Verheyrathete ebenfalls, in sofern sie dasselbe aus ihren bonis receptitiis entnehmen [i]). Letztere können auch ihren Ehemännern Darlehne hievon geben, jedoch ohne daß sie ein besonderes Vorzugs- oder Pfandrecht dieserhalb genießen, wenn es nicht ausdrücklich bestellt worden ist [k]).

a) l. 54. D. de reg. iur. l. 13. pr. D. de reb. cred.
b) l. 11. §. 2. D. de reb. cred. l. 56. §. 2. D. de fideiussor.
c) l. 13. §. 1. D. de reb. cred.
d) l. 12. fine. l. 13. pr. §. 1. l. 19. §. 1. D. h. t. Duarenus a. a. O. S. 880. b. Darauf, ob es die condictio certi ex mutuo oder sine caussa sey, kommt h. z. T. wenig an. Vergl. Gerh. Noodt comm. ad h. tit. in Oper. T. II. 273. Glück Comment. IV. §. 304.
e) l. 11. §. 1. D. de reb. cred. l. 14. D. ad exhibend.
f) l. 11. §. 2. l. 13. §. 2. l. 32. D. de reb. cred. Der Grund dieser Klage ist die Verwendung in den Nutzen des Empfängers, welche nach der allgemeinen Rechtsregel: Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet stets ein Klagerecht begründet. Leyser Spec. 130. med. 7. 8. Thibaut Pand. §. 1092. Püttmann adversarior. Lib. II. c. 4. Anderer Meynung ist Duarenus a. a. O. S. 881. a.
g) §. 2. Inst. quibus alienare licet.
h) §. 2. Inst. cit. l. 12. l. 19. §. 1. D. de rebus cred. l. 24. D. de obl. et act.
i) arg. Const. 15. P. II. Decis. 24. v. J. 1661.
k) Erl. Proc. Ordn. Tit. 43. §. 2.

§. 1308.

Wer ein Darlehn annehmen und sich zur Wiederbezahlung verpflichten will, muß im Allgemeinen fähig seyn, sich verbindlich zu machen. Unmündige und die ihnen gleich geachteten Personen können daher nicht anders, als unter Einwilligung des Vormundes und der Obrigkeit, die denselben bestätigt hat, ein Darlehn annehmen [a]), und im Falle es zweifelhaft ist, ob es wirklich zum Vortheil des Unmündigen verwendet worden sey, hat der Gläubiger den Beweis darüber zu führen, wobey ihm aber der Vormund zu assistiren verpflichtet ist [b]). Mündige, unverheyrathete Frauenspersonen bedürfen zur Annahme eines Darlehns keines Curators. Verheyrathete Frauen hingegen können aus einer contrahirten Schuld nicht anders verpflichtet werden, als wenn ihr Ehemann, und ihr allgemeiner Geschlechtsvormund, im Falle sie einen solchen haben, seine Einwilligung gegeben, ausgenommen, wenn sie bona receptitia besitzen, und in Ansehung derselben contrahiren [c]), oder wenn die wirkliche Verwendung in ihr Vermögen erwiesen werden kann [d]). Haben Eheleute gemeinschaftlich ein Darlehn aufgenommen, und zusammen ein Schuldbekenntniß darüber ausgestellt, so kann nur der Ehemann daraus belangt werden [e]).

a) Vorm. Ordn. Cap. XV. §. 15. Cap. XXIV. §. 12. l. 59. D. de obl. et act. Hat der Unmündige wieder bezahlt, so kann der Vormund das Geld, so lange es in Natur vorhanden, vindiciren, und wenn es consumirt ist, durch persönliche Klagen zurückfordern, l. 29 41. D. de cond. ind. Doch kann der Unmündige, wenn das Darlehn in seinen Nutzen verwendet worden, und er

es nach erlangter Mündigkeit wieder bezahlt, keineswegs es wieder fordern, l. 13. §. 1. eod.

b) Stryck D. de probanda versione crediti. Cap. 2. §. 3. Carpz. resp. Lib. V. resp. 78. n. 22. arg. Decis. 16. v. J. 1661.

c) Const. 15. P. II. Const. v. 18. Nov. 1722. C. A. I. 1209. Carpz. P. II. const. 15. def. 14. s. oben §. 374. not. b.

d) Resolut. v. 1. July, 1723. C. A. I. 2371.

e) Hommel Obs. 627. Joh. Ludw. Schmidt öffentl. Rechtssprüche. S. 233. flg.

§. 1309.

Uebrigens sind in Ansehung der Fähigkeit, ein Darlehn aufzunehmen, noch folgende Ausnahmen: 1) Wenn Söhne oder Töchter, die sich unter väterlicher Gewalt befinden, ein Darlehn aufnehmen, sie mögen nun baares Geld, oder statt desselben andre Dinge erhalten, und einen sogenannten contractus mohatrae, oder sonst ein verschleyertes Darlehn eingehen [a]: so kann dem Gläubiger, welcher die Wiederbezahlung fordert, von dem Sohne selbst und seinen Erben sowohl, als von dem Vater die Ausflucht des Senatusconsulti Macedoniani entgegengesetzt, und hiedurch die Klage unwirksam gemacht werden [b]. Während der väterlichen Gewalt können die Kinder auf diese Ausflucht, da sie blos zum Vortheil des Vaters eingeführt ist, selbst eydlich nicht Verzicht leisten [c]; und wenn sie in dieser Zeit das Darlehn von solchem Vermögen, das ihrer Administration nicht unterworfen ist, wieder bezahlen, so kann der Vater das Bezahlte, so lange es in Natur vorhanden ist, vindiciren; hat es der Gläubiger schon consumirt, so findet keine Klage Statt, welches auch der Fall ist,

wenn der Vater selbst wissentlich, oder aus Irrthum bezahlt hat. Der Sohn hingegen kann das, was er selbst wieder bezahlt, nicht zurück verlangen, ausgenommen wenn er unmündig gewesen [d]).

a) l. 3. §. 3. l. 7. pr. §. 3. l. 9. §. 2. D. de Scto Maced.
b) l. 1. pr. l. 7. §. 10. D. eod. Reser. v. 19. März, 1680. C. A. II. 2019. Mand. v. 29. Dec. 1718. ibid. 2032. Doch muß auch diese Ausflucht, wenn executive geklagt ist, in continenti liquid gemacht werden. Befehl v. 22. März, 1752. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 325. — Durch das Scrum Macedonianum ist übrigens nicht das Recht des Gläubigers selbst, sondern nur die Befugniß, eine Klage anzustellen, aufgehoben, l. 1. pr. D. h. t. Weber über die natürl. Verbindlichkeit. §. 88. Uebrigens kann die Mutter sich dieser Ausflucht nicht bedienen, ungeachtet sie h. z. T. einen Theil der väterlichen Gewalt ausübt.
c) Struben rechtl. Bed. I. 156. Pufendorf Obs. T. II. Obs. 171. Thibaut Pand. §. 347. Da hier der Eyd das Recht eines Dritten verletzen würde, so kann er keine Gültigkeit haben. Anderer Meynung ist jedoch Lernher P. VI. Obs. 334.
d) l. 7. §. 15. D. de Scto Maced. l. 14. D. de rebus cred. Duarenus a. a. O. S. 882. a.

§. 1310.

In mehrern Fällen kann jedoch diese Ausflucht entweder blos vom Sohne nicht, oder weder vom Vater noch dem Sohne dem Gläubiger opponirt werden. Der Sohn nämlich kann sich derselben nicht bedienen: A) Wenn er ein seiner Verwaltung überlassenes Peculium besitzt, und das Darlehn die Summe desselben nicht übersteigt; B) wenn er majorenn ist, die Doktorwürde erlangt hat, oder praktcirt, Collegien liest, oder Handlung treibt; doch bezieht sich dieß nur auf simple Darlehne, nicht auf ausgestellte Wechsel, indem diese, wenn der Aussteller nicht das 25ste Jahr

überschritten hat, oder selbst eigne Handlung treibt, ungültig sind [b]). C) Wenn er sich betrügerischer Weise für einen homo sui iuris ausgab [c]); D) oder wenn er, nachdem er sein eigner Herr geworden, die Schuld ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt. Stillschweigend geschieht dieß, wenn er sie, ohne Protestation deshalb einzuwenden, ganz oder zum Theil bezahlt [d]); ingleichen wenn er ein Pfand deswegen bestellt; doch ist hiebey zu bemerken, daß wenn das Pfand nicht auf den Betrag der ganzen Schuld geht, der Sohn auch nicht weiter verpflichtet wird, als der Werth des Pfandes beträgt; durch eine theilweise Bezahlung hingegen wird er zur Abtragung der ganzen Schuld verbunden [e]).

a) l. 1. §. vlt. l. 2. D. de Scto Maced. Angez. Mandat v. J. 1718. C. A. II. 2082.

b) Angez. Mand. v. J. 1718. Mand. wider das Aufborgen junger Leute v. 21. April, 1724. C. A. II. 2086. Nach Röm. Rechte verhindert eine erlangte Ehrenstelle oder Amt, wenn nicht zugleich die väterliche Gewalt beendigt wird, den Gebrauch dieser Ausflucht nicht, l. 1. §. vlt. D. de Scto Maced.

c) l. 1. C. eod.

d) l. 7. §. 15. 16. D. eod.

e) l. 9. pr. D. eod. Gmelins und Elsassers gemeinnützige juristische Beobachtungen. IV. S. 1.

§. 1311.

Weder der Vater noch die Kinder können sich dieser Ausflucht bedienen: A) Wenn der Vater ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung zur Aufnahme des Darlehns giebt, insbesondre wenn er darum weis und nicht widerspricht; oder wenn er es in der Folge genehmigt [a]); B) wenn das Darlehn zu solchen Ausgaben verwendet worden ist, die der

Vater hätte machen müssen [b]), oder wenn der Sohn oder Vater durch die Verwendung des Geldes wirklich reicher geworden sind [c]); C) wenn der Darleiher aus hinreichenden Gründen und ohne durch Unachtsamkeit daran Schuld zu seyn in der Meynung gestanden, daß der Erborger homo sui iuris sey [d]); D) endlich im Falle der, welcher das Darlehn gegeben, selbst unter väterlicher Gewalt steht oder unmündig ist [e]).

a) l. vlt. Cod. h. t. l. 12. 16. D. eod. Wernher P. II. Obs. 453.
b) l. 7. §. 2. 12. 13. D. eod. Mand. v. 29. Dec. 1718. C. A. II. 2082. Wernher P. IV. Obs. 167. In solchen Fällen ist auch ein von dem Sohne ausgestellter Wechsel gültig. Mand. v. J. 1724. §. 5. ibid. 2088.
c) l. 4. §. 4. D. de exc. doli m.
d) l. 3. pr. §. 1. 2. l. 19. D. de Scto Maced. l. 2. C. eod.
e) l. 3. §. 2. D. eod. Leyser Sp. 163. med. 4.

§. 1312.

2) Eine zweyte Ausnahme ist in Ansehung der Soldaten zu bemerken: A) Gemeinen und Unterofficiers ist es untersagt mehr als 8 bis 12 Groschen zu erborgen, und von ihnen ausgestellte Wechsel sind, so lange sie dienen, von keiner Wirkung; B) Hauptleute können, wenn sie für ihre eigne Wirthschaft 100 Thaler, oder für ihre Compagnie 200 Thaler und drüber erborgen wollen, dieß nicht ohne Einwilligung des Regimentscommandanten gültiger Weise thun, und es kann aus der Schuldverschreibung wider sie nicht geklagt werden, wenn der Letztere sie nicht mit unterschrieben hat. C) Subalternofficiere können ohne Einwilligung des Regimentscommandanten gar nichts erborgen. Doch finden diese Einschränkungen nicht Statt, wenn diese Personen unbewegliches Vermögen

besitzen und wegen desselben ein Darlehn aufnehmen a); auch können sie sich nur so lange, als sie im Dienste sind, durch die Vorschützung dieser Verordnungen gegen die Forderungen des Gläubigers sichern; ihre Erben aber können sich dieser Ausflucht gar nicht bedienen b). 3) Studierenden zu Leipzig und Wittenberg soll niemand mehr leihen, als nach den Statuten jeder Universität erlaubt ist, auch wird aus einem Darlehn keine Klage gegen sie gestattet, ausgenommen, wenn es ihnen zu ihrem nothwendigen Lebensunterhalt, zum Miethzins, Arzneyen oder zu den Honorarien für ihre Lehrer gegeben worden ist c).

a) Mand. v. 5. April, 1783. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 1255. Ordonnanz v. 30. Juny, 1752. §. 94. C. A. I. 1188. Wegen der Art, wie dem Gläubiger durch Abzüge vom Traktamente zu seiner Bezahlung verholfen wird; siehe Befehl v. 29. May, 1790. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 1253. Traktamentsquittungen an sich zu handeln, ist gänzlich untersagt, auch werden dieselben sodann nicht bezahlt.

b) Rind Quaest. for. III. c. 56.

c) Mand. v. 29. Dec. 1718. C. A. II. 2082. Visitationsdecret der Universität Wittenberg v. J. 1624. C. A. I. 973. Nach selbigem soll außer der gewöhnlichen Tischkanne vom Hauswirthe nicht über 6 Groschen wöchentlich; von Kaufleuten und Buchhändlern einem geringern Studenten nicht über 10., und einem von Adel oder sonst vornehmerer Herkunft nicht über 20 Meißn. Gülden überhaupt geliehen, und dem Gläubiger zu nicht Mehrerem verholfen werden. In Leipzig soll nach einer Rathsverordnung v. 13. Dec. 1769. und 11. May, 1770. niemand den Studierenden von ärmerer Herkunft an Speise und Getränk mehr als 2 Thaler, an andern Dingen mehr als 10 Thaler borgen; das Borgen auf Pfänder, wenn das Pfand mehr als 5 Thaler beträgt, und der Contrakt nicht bey dem akademischen Concilium einregistrirt worden, ist ganz ungültig. Winkler zu Bergers Oec. i. Lib. III. Tit. 2.

th. 2. n. 11. Vergl. Christ. Hanack Diatr. de aere alieno studiosor. Ed. 2. Francof. et Lipf. 1741.

§. 1313.

4) Stadt- oder Dorfgemeinden können nur dann direkt aus einem Darlehn belangt werden, wenn entweder sämmtliche Gemeindeglieder oder diejenigen, welche die Gemeinde Verfassungsmäßig repräsentiren, ihre Einwilligung gegeben haben; außerdem muß der Gläubiger erst die Verwendung in den Nutzen der Gemeinde darthun, wobey ihm freysteht den Gemeindevorstehern litem zu denunciren, oder sich, im Falle dieser Beweis nicht geführt werden kann, an diejenigen halten, welche das Darlehn aufgenommen haben [a]). Ist hingegen Ersteres der Fall, so sind diejenigen Gemeindeglieder, welche zur Zeit, wo die Wiederbezahlung gefordert wird, vorhanden sind, verpflichtet, aus den Communcassen oder durch Gemeindeanlagen die Schuld aufzubringen [b]). 5) Innungen und Zünfte können blos unter vorgängiger Einwilligung der Obrigkeit ein Darlehn gültig aufnehmen, indem sonst nur gegen die Aeltesten oder Vorsteher, die das Darlehn contrahirt haben, oder wegen der wirklichen Verwendung in den Nutzen der Innung geklagt werden kann [c]). 6) Kirchen können nur mittelst Einwilligung der Vorsteher und der Consistorien durch ein erborgtes Darlehn verpflichtet werden und sind außerdem nur durch die wirkliche Verwendung in ihren Nutzen zur Wiedererstattung verpflichtet, können auch selbst im erstern Falle die Wiedereinsetzung in vorigen Stand erlangen, wenn das Darlehn nicht wirklich für dieselbe verwendet worden ist [d]).

a) l. 27. D. de rebus cred. Decis. 16. v. J. 1661. Die

solchen Schuldverschreibungen gewöhnlich eingerückte Renunciation auf die angezogne lex Civitas. 27. D. de reb. cred. ist ohne Wirkung, wenn die Gemeinde oder deren Repräsentanten, Viertelsmeister, Gemeindeältesten u. dergl. nicht ihre Einwilligung gegeben haben. Wenn der Rath oder die Communvorsteher allein das Darlehn aufgenommen, so muß stets die Versio in rem erwiesen werden, wozu in der Regel das in der Schuldverschreibung enthaltne Bekenntniß der Verwendung allein nicht hinreicht. Rind Quaest. for. III. c. 63. Leyser Sp. 131. med. 9. 10. Doch ist nach der Meynung Rinds a. a. O. II. p. 108. dieser Beweis nicht nöthig, wenn das Darlehn zur Bezahlung einer feindlichen Contribution aufgenommen worden ist.

b) Verordnung v. 2. Dec. 1713. die Contagionsanstalten betr. §. 3. C. A. I. 1831.

c) Generalinnungsartikel Cap. III. §. 26. in der 2ten Forts. d. C. A. I. 776.

d) Gmelin Aufsätze über Verträge. Tüb. 1790. S. 274. Stryck de probanda versione crediti. cap. 2. §. 25. 26. Böhmer ius eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 16. §. 34. flg. Desselben D. de nominibus ecclesiasticis. Hal. 1716. Letzterer hält jedoch die Einwilligung der Consistorien nicht für nothwendig.

§. 1314.

Die Wirkung dieses Contraktes ist 1) daß der Empfänger des Darlehns Eigenthümer der ihm übergebnen einzelnen fungiblen Dinge wird, mithin auch von der Zeit der Uebergabe an die Gefahr des Unterganges und der Deterioration derselben tragen muß[a]; 2) dagegen aber verbunden ist eben soviel, als er erhalten, in gleicher Güte und Beschaffenheit dem Gläubiger wieder zu geben, welcher zu dem Ende wider ihn die actio mutui oder condictio certi ex mutuo anstellen kann[b]. Es ist hiebey noch Folgendes zu bemerken: A) Ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und Schuldner, nach welchem der Letzte verpflichtet

wird, weniger wieder zu geben, als er empfangen, ist gültig; ein solcher hingegen, wodurch ihm auferlegt wird, mehr zu erstatten, ist nur in sofern gültig, als das, was er mehr giebt, nicht den Betrag der erlaubten Zinsen auf die Zeit des Darlehns übersteigt c); B) eben so ist es unerlaubt vom Schuldner zu verlangen, daß er statt des empfangnen Geldes Waaren oder andre Dinge, besonders zur Zeit des Darlehns noch nicht eingeerndtete Früchte zu einem vorher bestimmten geringern Preiße, als wofür sie verkauft werden können, dem Gläubiger gebe d). C) Im Gegentheile ist es auch als Wucher zu betrachten und zu bestrafen, wenn der Gläubiger statt des erbetenen baaren Darlehns dem Schuldner Waaren oder Effecten zu einem bestimmten hohen Preiße angeschlagen, giebt und denselben, eben soviel an Gelde wieder zu erstatten, versprechen läßt. (Contractus mohatrae) e). D) Zur Bezahlung von Zinsen ist der Schuldner, wenn er es nicht versprochen, oder sich in mora befindet, nicht verpflichtet f).

a) Pr. §. 2. Inst. quibus modis re contr. obl. l. 2. §. 2. D. de reb. cred. l. 11. C. Si certum petatur. Wenn der Gläubiger dem Schuldner auf seine Bitte statt baaren Geldes eine Sache giebt, um sie zu verkaufen, das daraus gelöste Geld als Darlehn zu behalten, und eben soviel wieder zu erstatten, so geht das Eigenthum und die Gefahr der Sache ebenfalls sogleich auf Letztern über, l. 11. pr. D. h. t. Eben dieß ist der Fall, wenn der Schuldner das Darlehn erst nach einiger Zeit hat haben wollen, der Gläubiger es ihm aber jetzt giebt, jedoch unter der Verabredung, daß der Darlehnscontrakt erst von jener Zeit anfangen solle; ungeachtet nämlich bis dahin das Geld nur als Depositum bey dem Schuldner ist, im Falle er es nicht etwa früher zu gebrauchen anfängt, so trägt er doch die Gefahr von der Uebergabe

an, l. 4. pr. D. eod. Wernher P. IV. Obs. 214. no. 62. seqq.

b) l. 2. pr. l. 3. D. de reb. cred. Da der Grund dieser Klage der wirkliche Empfang des Darlehns von Seiten des Schuldners ist, so muß der Gläubiger im Leugnungsfalle denselben stets erweisen.

c) l. 11. §. 1. D. eod. l. 17. pr. D. de pactis. Mandat v. 21. Oct. 1609. C. A. I. 1056. Stryck Diss. de probanda versione crediti. cap. 1. §. 8.

d) Angez. Mand. v. J. 1609. Ein Vertrag, wodurch im Voraus bestimmt wird, daß die Wiederbezahlung in Waaren nach dem wirklichen Preiße und Werthe derselben geschehen solle, ist mehr wie ein Kauf zu betrachten, l. 2. pr. D. de reb. cred.

e) Angez. Mand. v. J. 1609. c. l. 1055. Doch ist damit der Fall nicht zu verwechseln, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Sache zu verkaufen giebt, um den erhaltnen Kaufpreiß als Darlehn zu behalten, und nicht mehr wieder zu geben, als er wirklich gelöst hat, l. 11. pr. D. h. t. Casp. Ziegler D. de mohatrae contractu. Viteb. 1663.

f) l. 17. D. de pactis. Leyser Spec. 130. med. 3. Thibaut §. 1092.

§. 1315.

E) Die Wiederbezahlung muß in derselben Gattung von fungiblen Dingen geschehen, als der Schuldner erhalten hat. Ist dieselbe nicht zu haben, so muß der Werth davon in Gelde gegeben werden, den sie an dem Orte, wo die Zahlung geschieht, und zu der Zeit, wo sie gefordert wird oder dem Contrakte gemäß zu leisten ist, haben würde; befindet sich hingegen der Schuldner in mora, so muß er den höchsten Werth erstatten, den diese Gattung von Dingen während der Zeit seines Verzugs gehabt hat a). Wenn insbesondre bey Gelddarlehnen die Münzsorten, in welchen dieselben vormals dem Schuldner vorgestrecket worden, außer Cours gekommen sind oder einen andern Nomi-

nalwerth erhalten haben, so ist stets die Regel zu befolgen, daß der Gläubiger soviel wieder erhalten müsse, als die von ihm dargeliehenen Münzen an innerm Werthe enthalten haben. Wenn daher dieselbe Art von Münzen, in welchen das Darlehn gegeben worden, gegenwärtig zu einem höhern innern Werthe ausgemünzt werden, so würde der Schuldner weniger Stücke zurückzugeben haben; im Falle sie hingegen zu einem geringern innern Werthe ausgeprägt werden, so würde er mehr Stücke zurückgeben müssen, als er empfangen, jedoch in beyden Fällen allemal soviel als der innere Gehalt des Darlehns betragen hat [b]).

a) l. 22. D. de reb. cred. l. 59. 60. D. de verb. obl. **Hofacker** princ. iur. civ. §. 1872. **Wehrn** doctr. de damnis §. 66. 68. seq. **Berger** Oec. Lib. III. Tit. 2. th. 4. n. 10.

b) **Const.** 28. im 2ten Th. **Mandat** wegen Bezahlung derer währender Münzzerrüttung ausgestellten Verschreibungen v. 18. Juny, 1763. C. A. C. I. 1623. l. 3. D. de rebus cred. **Joh. Theoph. Seger** D. de mutato valore monetae in solutionibus aestimando. Lipf. 1763. **Friedr. Gottlieb Zoller** obseru. circa mutuum. Lipf. 1778. **Aug. Friedr. Sigism. Green** prol. de aestimatione monetae diuersi valoris. Lipf. 1786.

§. 1316.

Bey Zurückzahlung eines Gelddarlehns sind daher folgende Regeln zu beobachten: a) wenn eine gewisse Art von Münzen als Darlehn gegeben und wieder zu bezahlen versprochen worden ist, die sich zur Zahlungszeit noch in Cours befinden, so muß der Schuldner eben diese Art Münzen bezahlen in gleicher Anzahl und in gleichem Werthe als er sie empfangen. b) Wird der vormals dargeliehenen Art von Münzen der

Cours nicht mehr gestattet, so muß ausgemittelt werden, wieviel zur Zeit des Darlehns der Werth derselben nach Conventionsgelde oder Ducaten zu 2 Thaler 18 Gr. und Louisd'or zu 4 Thlr. 20 Gr. gerechnet betragen habe, und dieser Werth in Conventionsgelde bezahlt werden. c) Alle Schuldverschreibungen, welche während der durch den siebenjährigen Krieg veranlaßten Münzzerrüttung ohne bestimmte Angabe einer Münzsorte ausgestellt worden sind, werden von damals coursirenden geringhaltigen Achtgroschenstücken verstanden; d) die damals ausgestellten und auf Gold, ohne Angabe der Sorten, gerichteten Verschreibungen hingegen von den zu jener Zeit gangbaren geringhaltigen August- und Friedrichsd'or, wenn nicht die Contrahenten das Gegentheil darthun können. e) In diesen beyden Fällen sowohl, als auch dann, wenn der Schuldner in einem damals ausgestellten Documente versprochen, in, zur Verfallzeit gangbaren guten Münzsorten wieder zu bezahlen, muß der Werth der geliehenen Summe auf heutiges Conventionsgeld reducirt und die Zahlung vom Schuldner in dieser Maaße geleistet werden, ohne daß ein im Voraus wegen der Devalvation unter den Contrahenten geschlossener Nebenvertrag eine Aenderung zu bewirken vermöchte [a]).

a) Angez. Mand. v. 18. Juny, 1763. Diesem Gesetze sind zugleich Reduktionstabellen beygefügt, nach welchen der Werth der in jedem Jahre des 7jährigen Kriegs gangbar gewesenen Münzen zu berechnen ist.

§. 1317.

f) Als Maaßstab dieser Reduktion dient der in Sachsen gesetzlich angenommene Münzfuß, nach wel-

chem die Cölnische Mark fein Silber vom Speciesthaler bis zu dem einfachen Groschen zu 13 Thlr. 8 Gr., oder 20 Rheinischen Gulden ausgemünzt wird. g) Alle ausländische oder sonst nach einem andern Münzfuße ausgeprägten Münzen, welche in Sachsen coursiren dürfen, werden in den monatlich ausgegebenen Valvationstabellen nach ihrem Werthe in Conventionsgelde bekannt gemacht; alle übrige hingegen in den Valvationstabellen nicht mit aufgenommene Münzen sind eben hiedurch verboten und dürfen, außer im Handel mit Ausländern auf den Leipziger und Naumburger Messen, oder sonst in Geschäften mit Ausländern, bey Strafe der Confiscation, weder angenommen noch ausgegeben werden [a]). Darlehne, welche in solchen Münzsorten gegeben worden, müssen folglich nach dem Werthe in Conventionsgelde bezahlt werden. h) In Ansehung der außer Cours gesetzten Münzen ist jedoch den Contrahenten nachgelassen, bey der Wiederbezahlung sich selbst über ein billiges Agio zu vergleichen [b]). i) Hat ein Gläubiger statt ihm gebührender besserer Münzsorten geringere angenommen, ohne sich sein Recht auf die Ausgleichung ausdrücklich vorzubehalten, so kann er nachher kein Aufgeld mehr fordern [c]). Im Gegentheile kann auch k) ein Schuldner, welcher bessere Münzen bezahlt als er schuldig ist, ohne sich deshalb eine Vergütung auszubedingen, nachher nichts zurückfordern [d]).

a) Münzedikt v. 14. May, 1763. §. 1. 7. 22. 24. 25. C. A. C. I. 1606. flg.

b) Angez. Mand. v. 18. Juny, 1763. §. 5. C. A. C. I. 1625. Dasjenige, was von einem in schlechteren Sorten empfangnen und in gutem Gelde wieder zu bezah-

lenden Capitale durch Uebereinkunft der Contrahenten abgezogen werden kann, darf nach der Meynung des Appellationsgerichts nicht 5 pro Cent vom Capitale übersteigen. Kind Quaest. for. T. I. c. 41.

c) Hommel Obs. 222.
d) Hommel Obs. 219.

§. 1318.

Von dieser Reduktion älterer, außer Umlauf gekommener, oder nach einem andern, als dem Conventionsmäßigen 20 Guldenfuße geschlagener Münzen, welche stets nach dem innern Gehalte geschieht [a]), ist die Vergleichung verschiedener zu gleicher Zeit gangbarer Münzen, besonders goldner und silberner Münzen gegen einander, oder der Cours derselben zu unterscheiden, welcher wie der Preiß einer Waare zu betrachten ist, und daher durch die Angabe der verpflichteten Sensale bestimmt wird [b]). Da dieser hauptsächlich bey Wechselgeschäften zu berücksichtigen ist, so dienet auch die sogenannte Wechselzahlung hiebey zum Maaßstabe. Wechselzahlung oder diejenigen Münzen, mit welchen Wechselbriefe, die auf keine bestimmte Münzsorte oder auf Courant lauten, eingelöst werden müssen, sind Conventions-Speciesthaler; Gulden oder Zweydrittel; und Achtgroschen- oder Eindrittelstücke [c]). Andre Schulden, die nicht auf Wechseln beruhen und nicht auf eine bestimmte Münzsorte gerichtet sind, können, wenn sie nach dem Jahre 1763 erst contrahirt worden, in jeder Conventionsmäßigen Silbermünze bezahlt werden [d]). Wenn hingegen eine bestimmte nicht verbotene Art von Münzen und eine festgesetzte Anzahl derselben, z. B. 100 Ducaten oder Louisd'or, zu bezahlen ist, so muß der Schuldner ge-

nau diesem Versprechen nachkommen und der Gläubiger kann wider seinen Willen nicht genöthigt werden dafür Conventionsmünze anzunehmen, es wäre denn daß die versprochne Sorte nicht zu haben wäre und sich der Schuldner erböte, das nach den neusten Courszetteln auf dieselben ausgeworfene Agio mit zu vergüten c).

a) Daher behauptet Carpz. P. II. const. 28. def. 1. Green a. a. O. S. 4. und Florian Aug. Reichel D. de numero et pondere in numis aestimando. Lipsi. 1777. richtig, daß hiebey nicht das Gutachten der Sensale, sondern der Münz-Gwardeine gehört werden sollte; da inzwischen die als Gesetze publicirten Valvationstabellen in Ansehung aller darin angegebenen Sorten zur festen Richtschnur dienen, und es mithin nicht auf eine neue Eruirung des innern Gehaltes, sondern nur auf eine zuverlässige Berechnung ankommt, so ist zufolge des Gesch. Banq. Mand. v. 20. Dec. 1766. §. 23. C. A. C. I. 939. der Beweis über den Werth der verschiednen Geldsorten durch die von verpflichteten Sensalen gefertigten Courszettel oder Berechnungen zu führen.

b) Wechselordn. v. 2. Oct. 1682. §. 31. C. A. II. 2030. Gesch. Banqu. Mand. a. a. O.

c) Münzedikt v. J. 1763. §. 2.

d) Münzedikt v. J. 1763. § 4.

e) Münzedikt a. a. O. §. 14. Wenn jedoch alte Louisd'or verschrieben sind, soll sich der Gläubiger nicht entbrechen, statt derselben neue preußische, sächsische oder braunschweigische Fünfthalerstücke, oder statt derselben Wechselzahlung nebst dem Agio nach dem neuesten Coursszettel zu nehmen. Valvationstabelle v. Monat September 1776. in der 2ten Forts. d. C. A. II. 458.

§. 1319.

F) Die Wiederbezahlung muß ferner in der Regel an denjenigen geschehen, welcher das Darlehn gegeben hat, außer in den oben (§. 1305. fgde) bemerkten Fällen, oder wenn der Gläubiger seine Forderung

cedirt hat [a]). Sind mehrere Theilhaber an der Forderung, so kann jeder in der Regel nur seinen Antheil von der Schuld verlangen, wenn nicht aus besondern Ursachen ihnen ein ius correale zusteht (§. 1186). G) Was die Zeit der Bezahlung anlangt, so beruht diese auf der Uebereinkunft der Contrahenten und auf den oben hierüber vorgetragnen allgemeinen Grundsätzen (§.) Ist eine Zeit festgesetzt, so muß der Schuldner zu derselben die Schuld dem Gläubiger unerinnert anbieten und kann, außer bey Wechselschulden, nicht verlangen, daß der Gläubiger sie bey ihm abhohle [b]). Doch kann er, im Falle keine Zinsen versprochen worden sind, selbst wider Willen des Gläubigers, auch vor der bestimmten Verfallzeit zahlen [c]).

a) l. 7. C. Si certum petatur. l. 9. §. 8. D. de reb. cred.

b) arg. l. 6. C. de vsuris. Hommel Obs. 140. Eine Ausnahme ist vorhanden, wenn die Bezahlung vermöge des Contraktes theilweise nach dem jedesmaligen Erfordern des Gläubigers geschehen soll; ingleichen, wenn die Schuld nicht eigentlich aus einem Darlehne herrührt. Vergl. Bauers resp. Vol. II. resp. 61.

c) l. 70. 98. §. 4. D. de solutionibus. Hommel Obs. 393. Von dem hiebey vorkommenden Intervsurio siehe oben §. 1183. Wenn der Gläubiger wider seinen Willen zur Annahme der Schuld genöthigt wird, ist er keinesweges verpflichtet, sich die Abziehung des Intervsurii gefallen zu lassen. Will er aber die Zahlung freywillig vor der Zeit annehmen, so kann der Schuldner selbst wider seinen Willen das Intervsurium decourtiren. — Wenn Zinsen versprochen sind, so hat der Gläubiger ein Interesse, das Capital nicht früher wieder zu erhalten, und kann daher nicht genöthigt werden, die Zahlung eher anzunehmen.

§. 1320.

H) Den Ort anlangend, an welchem die Zah-

lung geschieht, so ist dieser entweder bestimmt, oder nicht. a) Im erstern Falle muß dem Vertrage nachgegangen werden. Sind nun dem Schuldner mehrere Orte zur Zahlung bestimmt worden und zwar alternatiue, so hat er die Auswahl, an welchem er sie leisten wolle, ausgenommen wenn er sich im Verzuge befindet und der Gläubiger schon an einem dieser Orte Klage erhoben hat [a]). Sind die mehreren Orte coniunctiue genannt, so wird, im Falle die Summen nicht bestimmt sind, angenommen, daß an jedem Platze die Hälfte der Schuld solle erlegt werden [b]). Wenn nun der Schuldner die Zahlung an dem bestimmten Orte nicht leistet, auch daselbst nicht belangt werden kann, so ist der Gläubiger berechtigt, vor der ordentlichen Obrigkeit des Schuldners gegen ihn zu klagen und Entschädigung wegen der nicht an gehörigem Orte erfolgten Zahlung zu fordern [c]). b) Ist der Ort nicht bestimmt, so geschieht die Wiederbezahlung im Zweifel am Wohnorte des Gläubigers oder wenn dieser unbekannt ist, da, wo der Schuldner das Darlehn empfangen hat; befindet er sich aber im Verzuge, so muß die Schuldklage vor seiner ordentlichen Obrigkeit erhoben und die Wiederbezahlung auch daselbst geleistet werden [d]).

a) l. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. Lauterbach coll. Pand. L. XIII. Tit. 4 §. 14. Joh. Sam. Stryck D. de loco solutionis. Hal. 1705.

b) l. 2. §. 4. D. eod.

c) l. 1. l. 2. §. 8. D. de eo, quod certo loco. §. 33. Inst. de action. Eine Ausnahme ist jedoch vorhanden, wenn der bestimmte Ort wegen Kriegs oder andrer Ursachen nicht zugänglich ist. Wolfg. Ad. Lauterbach D. de solutionibus. Tubing. 1659. §. 34.

d) l. 19. §. 4. l. 38. D. de iudiciis. Hommel Obs. 140. Stryck D. cit. cap. 1. §. 6. Thibaut §. 77. a. E.

§. 1321.

Der Darlehnscontrakt endigt und erlischt auf dieselbe Art wie alle Vertragsrechte. In Betreff der Erlöschung durch Verjährung ist nur noch zu bemerken: 1) daß auch die Forderung eines Unterthanen gegen den Landesherrn auf dieselbe Art wie andre Schuldforderungen verjährt a); 2) Schulden, die der Gläubiger nicht anders als nach vorhergegangner Aufkündigung fordern kann, verjähren auch binnen 31 J. 6 W. 3 T. obgleich die Aufkündigung noch nicht geschehen; doch sind in Ansehung der Zeit, wenn die Verjährung anfängt, folgende Fälle zu unterscheiden: A) wenn bestimmt worden, daß die Aufkündigung nicht eher als nach Ablauf einer bestimmten Zeit geschehen solle, so fängt auch die Verjährung nicht früher an, als nach Verfluß dieses Zeitraums; B) ist eine solche Verabredung nicht getroffen, allein a) die Verzinsung der Schuld versprochen worden, so kann die Aufkündigung und Verjährung erst nach Ablauf des ersten Zinstermins, und ist keine Zeit für die Abtragung derselben bestimmt, nach Verfluß eines Jahres von Contrahirung der Schuld an, anfangen; b) ist die Aufkündigung an eine bestimmte Zeit des Jahres gebunden, so fängt die Verjährung nach Verfluß derselben an; c) und wenn dem Schuldner nach der Aufkündigung noch eine gewisse Frist zur Zahlung bestimmt ist, so muß diese von der Verjährungszeit abgezogen werden.

a) Kind Quaest. for. III. c. 9.

§. 1322.

C) Ist die Aufkündigung in die Willkühr des Gläubigers gestellt, und keine der zuletzt erwähnten Einschränkungen vorhanden, so fängt die Verjährung nach Verfluß 1 J. 6 W. 3 T. von Contrahirung der Schuld an zu laufen. Ist die Verjährung durch ununterbrochne oder während des Laufs der Verjährung geschehene Zahlung von Zinsen verhindert oder unterbrochen worden, so beginnt die Verjährungszeit von dem Termine, an welchem die Zinszahlung zuerst unterblieben ist, oder im Falle die Aufkündigung an gewisse Zeiten gebunden gewesen, von dem ersten Aufkündigungstermine, welcher seit unterbliebener Verzinsung eingetreten ist. D) Wenn die Aufkündigung der Willkühr des Schuldners überlassen worden ist, und er hat a) dieselbe bewirkt, so fängt die Verjährung vom Ende der Zeit an zu laufen, die ihm nachher noch zur Zahlung vermöge des Vertrags gestattet gewesen; b) hat er sie nicht bewirkt, so fängt die Verjährung vom 30sten Tage nach seinem Tode an, oder wenn nachher noch Zinsen bezahlt worden, vom ersten Termine, wo diese Zinszahlung unterblieben ist a).

a) Generale v. 14. Dec. 1801. die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Schuldforderungen betr.

Zweytes Capitel.

Von Gültenkäufen.

§. 1323.

Da im Mittelalter durch das canonische Recht die zinsbaren Darlehen verboten waren, so bediente man sich statt derselben zu gleichem Endzwecke der so-

genannten Zinsen- oder Gültenkäufe. Man versteht hierunter einen Vertrag in Form eines Kaufes, wodurch sich jemand gegen Empfang eines Capitales anheischig macht, jährlich gewisse Zinsen zu entrichten; derjenige, welcher das Capital hergiebt, um dafür Zinsen zu empfangen, ist der Käufer der Zinsen; derjenige, welcher das Capital empfängt, Verkäufer derselben [a]). Am häufigsten wurde die Zahlung der Zinsen unterpfändlich auf ein Grundstück versichert, so daß der Käufer deshalb ein dingliches Recht am Gute erhielt; doch konnte auch die Verbindlichkeit des Zinsenverkäufers blos persönlich bleiben. In beyden Fällen ist jedoch das Capital, welches der Zinsenkäufer gezahlt hat, für ein unbewegliches Gut zu achten, daher auch, wenn eine Ehefrau Eigenthümerin eines solchen gewesen, der Ehemann es nach ihrem Tode als Mobiliarerbe derselben nicht erhalten, sondern blos auf die verfallenen Zinsen Anspruch machen kann [b]).

a) Cap. 1. 2. Extrav. comm. de emt. vend. Reichsabsch. v. J. 1500. Tit. 30. von wucherl. Contrakten. Reichspolizeyordn. v. J. 1548. Tit. 17. §. Und nachdem. Sorber de censu constitutivo s. mutuo palliato. Ien. 1746. Joh. Phil. Lynker de reditib. annuis. Ien. 1697. Joh. Andr. Frommann D. de natura negotii annuor. redituum. Tubing. 1687. Claproth von vors. Eingehung der Contr. II. S. 599.

b) Const. 24. im 3ten Th.

§. 1324.

Die rechtlichen Eigenschaften eines solchen Kaufs bestehen in Folgendem: 1) Von Seiten des Gültenkäufers oder Gläubigers kann im Zweifel das Capital nicht aufgekündigt und zurückgefordert werden; auch wurde ein dem Kaufe selbst beygefügter Vertrag,

wodurch sich der Gläubiger schlechthin das Recht der Aufkündigung vorbehielt, für unzulässig geachtet [a]); 2) doch war es gestattet, sich die Zurückforderung auf den Fall vorzubehalten, wenn der Schuldner die Zinsen nicht gehörig abtragen würde, oder einige Zeit nach Abschluß des Kaufs durch einen besondern Vertrag sich vom Verkäufer der Zinsen das Recht der Aufkündigung zugestehen zu lassen [b]). 3) Dagegen ist der Zinsenverkäufer befugt, zu aller Zeit, auch wider Willen des Abkäufers, die empfangne Summe Geldes zurückzubezahlen, und hiedurch die Zinsen wieder einzulösen [c]). 4) Die Größe der bedungenen Zinsen anlangend, so dürfen sie auch nicht mehr als 5 vom Hundert des Hauptstammes betragen; doch wird, im Falle ein Mehreres ausgemacht worden, das Hauptgeschäft dadurch nicht ungültig, sondern die Zinsen werden blos auf 5 vom Hundert reducirt, und das zu viel Bezahlte wird nicht vom Capitale, sondern von den künftig gefällig werdenden Zinsen abgezogen [d]). 5) Da jedoch die Gültenkäufe im Grunde blos ein verschleyertes Darlehn sind, so können von rückständigen Gülten keine Verzugszinsen gefordert werden; auch würden diejenigen Personen, denen es verboten ist, ein Darlehn aufzunehmen, eben so wenig einen Gültenkauf schließen können [e]). 6) Der Vertrag endigt wie das mutuum durch Zurückzahlung des Capitales, ohne daß es eines förmlichen Wiederkaufes hiezu bedürfte [f]).

a) Carpz. P. III. const. 24. def. 16. 17. 18. Lynker a. a. O. S. 35.

b) Carpz. a. a. O. def. 19. Deputat. Absch. v. J. 1600. §. 35. Claproth a. a. O.

c) Carpz. a. a. O. def. 16. Frommann a. a. O. §. 47.
d) Carpz. a. a. O. def. 14. 15.
e) Gmelin von Aufsätzen über Verträge. Tübing. 1790. §. 35. S. 64. flg.
f) Carpz. a. a. O. def. 20.

Drittes Capitel.

Von der litterarum obligatio und exceptio non numeratae pecuniae.

§. 1325.

Unter der litterarum obligatio ist die Verbindlichkeit zu verstehen, eine gewisse Summe als Schuld blos um deswillen zu bezahlen, weil man in einer ausgestellten Schuldverschreibung bekannt hat, dieselbe als Darlehn empfangen zu haben a). Da nun aber die natürliche Verbindlichkeit, ein Darlehn wieder zu bezahlen, durch die Auszahlung desselben an den Schuldner begründet wird, so folgt hieraus, daß ein schriftliches Bekenntniß, worin der Schuldner erklärt, ein Darlehn erhalten zu haben, und dasselbe wieder zu bezahlen verspricht, in der Regel blos zum Beweise der Verbindlichkeit des letztern dient, aber nicht die Verbindlichkeit zur Zahlung selbst hervorbringt. Es steht daher demselben frey, im Falle er vor wirklich erhaltner Auszahlung des Darlehns das Schuldbekenntniß ausgestellt hat, in der Hofnung, das Darlehn zu erhalten, mittelst einer besonders anzustellenden Klage die Schuldverschreibung zurückzufordern und zu annulliren, oder sich gegen die wider ihn angestellte Schuldklage durch die Ausflucht des nicht erhaltnen Geldes zu schützen (Exceptio und querela non numeratae pecuniae).

a) Tit. Inst. de litterarum obligationibus.

§. 1326.

Ein Document, aus welchem sich sofort ergiebt, wer der Schuldner sey, wieviel und was derselbe, ingleichen zu welcher Zeit er es zu bezahlen habe, giebt jedoch einen so vollständigen Beweis wider den Schuldner, daß daraus executivisch geklagt werden kann, und der Gläubiger die Vermuthung für sich hat, daß jener das Darlehn, welches er wieder zu bezahlen verspricht, auch wirklich empfangen habe [a]). Wenn daher 1) der Schuldner behauptet, daß er, ungeachtet des ausgestellten Bekenntnisses, dennoch das Darlehn nicht empfangen habe, so muß er stets den Beweis hievon führen, er mag nun diese Behauptung als Ausflucht, oder mittelst einer besondern Klage anführen. 2) Im Falle er diese exceptio oder querela non num. pec. innerhalb fünf Jahren, von Ausstellung der Schuldverschreibung an gerechnet, gegen den Inhaber des Documentes gebraucht, so kann er zum Beweise derselben sich sowohl der Eydesdelation, als Zeugenaussagen und Documente bedienen. 3) Nach Ablauf dieser fünfjährigen Frist aber kann er blos dann jene Behauptung noch geltend machen, wenn er sie durch schriftliche Beweismittel darzuthun vermag [b]). 4) Im Falle der Gläubiger executive klagt, muß die vom Schuldner entgegengestellte exceptio non num. pec. durch Urkunden sofort liquid gemacht werden, außerdem wird der Schuldner damit in die Reconvention verwiesen [c]).

a) Ausschr. v. 15. Okt. 1555. Tit. Ueber versatzte Brief und Siegel. C. A. I. 52. Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 9. Decis. 23. v. J. 1746. C. G. Biener Syst. proc. T. II. §. 244. Thibaut Pand. §. 663. 664.

b) Angez. Decis. 43. Bauers Erl. d. neuen Decis. h. l. Schott inst. iur. Sax. L. III. cap. 3. §. 6. Nach gemeinem Rechte kann die exceptio und querela non num. pec. nach Ablauf zweyer Jahre von Ausstellung der Schuldverschreibung an nicht weiter opponirt werden, selbst wenn der Schuldner sich erböte, den Beweis zu führen, daß er kein Darlehn empfangen, und der angebliche Unterschied zwischen der exc. n. num. pec. privilegiata und non priuilegiata, da nämlich binnen 2 Jahren der Gläubiger, nachher aber der Schuldner den Beweis führen müsse, ist ungegründet, l. 14. pr. §. 3. Cod. de exc. non num. pec. Tit. Inst. de oblig. litter. Hommel Rhapf. Obf. 250. Allein das Sächsische Recht weicht hierin vom Römischen ab, indem 1) niemals der Gläubiger, sondern stets der Schuldner den Beweis zu führen hat, und 2) die Ausflucht beständig opponirt werden kann, nur mit dem angegebenen Unterschiede in Hinsicht der Beweismittel.

c) Erl. Proc. Ordn. Anh. §. 9.

§. 1327.

Es ergiebt sich daher, daß ein Schuldbekenntniß, welches vom Schuldner ausgestellt worden ist, ohne daß er ein Darlehn wirklich empfangen hat, heut zu Tage ihn blos in zwey Fällen zur Bezahlung verpflichtet, nämlich 1) wenn er unterlassen hat, binnen 5 Jahren es als ungültig zurückzufordern, und nach Ablauf dieser Frist nicht durch schriftliche Urkunden erweisen kann, daß er das Darlehn nicht wirklich empfangen habe; 2) wenn executiue gegen ihn geklagt worden, und er die Ausflucht nicht in continenti liquid machen kann; doch steht ihm hier noch frey, die querela non num. pec. in der Reconvention unter den angeführten Einschränkungen in Hinsicht der Beweismittel auszuführen a). Wenn bey angestellter Reconvention er darthut, daß der angebliche Gläubiger ihm wirklich kein Darlehn ausgezahlt habe, so wird

Letzterer um den vierten Theil des libellirten Quanti, welches zwischen dem Richter, dem Kläger und der Armenhaus-Hauptcasse getheilt wird, bestraft, es wäre denn, daß derselbe eydlich erhalten könne, daß er zu der Zeit, wo er die wirkliche Auszahlung des Darlehns behauptet, solches nicht anders gewußt habe [b]).

a) Erl. Proc. Ordn. a. a. O. Decis. 23. v. J. 1746.
b) Erl. Proc. Ordn. a. a. O. u. §. 4.

§. 1328.

Sowohl die exceptio als die querela non num. pec. fällt übrigens weg, 1) wenn der Aussteller des Schuldbekenntnisses in einem besondern, später als jenes, ausgestellten Documente erklärt, daß er das Darlehn wirklich erhalten, und darüber quittirt hat [a]). Wäre auch diese Quittung von ihm ausgestellt worden, ehe er die Zahlung wirklich erhalten, so würde er binnen 30 Tagen, von Ausstellung derselben an gerechnet, sie zurückfordern, widrigenfalls aber sie stets gegen sich gelten lassen müssen [b]). 2) Wenn er späterhin das Schulddocument anerkannt, Bürgen und Pfänder deshalb bestellt, Zinsen für die Schuld bezahlt, oder abschlägliche Zahlung geleistet hat [c]); doch steht ihm letztern Falls, wenn er einen Theil der Schuld, und diesen nicht ausdrücklich in Abschlag auf das Ganze bezahlt hat, frey, zu erweisen, daß er nicht mehr empfangen gehabt, folglich in Ansehung des Uebrigen die Obligation indebite ausgestellt habe [d]). 3) Wenn die Auszahlung des Darlehns gerichtlich oder vor Zeugen geschehen ist [e]). 4) Wenn die schriftliche Urkunde nicht ein angeblich empfangnes Darlehn betrift, sondern das Bekenntniß enthält, etwas aus

einem andern Vertrage, z. B. ein Depositum, empfangen zu haben [f]), oder das Versprechen, aus einer obliegenden Verbindlichkeit, z. B. aus einem Kaufe, eine Zahlung zu leisten [g]). — Hingegen kann der Aussteller der Schuldverschreibung oder Quittung auch dann, wenn jene fünfjährige oder 30tägige Frist abgelaufen ist, sich noch der exceptio doli specialis bedienen, im Falle er durch Gewalt, oder durch Furcht oder Betrug zur Ausstellung der Obligation oder Quittung verleitet worden ist [h]).

a) **Berger** Oec iur. L. III. Tit. IV. th. 4. n. 12. **Wernher** T. III. P. I Obs. 160.

b) l. 14. §. 2. C. de non num. pec. In Ansehung der exc. non num. pec. gegen eine Quittung ist nämlich bey uns das Röm. Recht nicht abgeändert, folglich verjährt dieselbe in diesem Falle auch jetzt noch binnen 30 Tagen. **Winkler** ad *Bergeri* Oec. iur. a. a. O. n. 9. 10. **Bauers** Erl. d. 23. Decis. v. J. 1746. §. 15.

c) l. 4. C. de non num. pec. l. 13. eod. **Hofacker** princ. iur. ciu. III. §. 2046. **Hellfeld** iurispr. for. §. 787.

d) l. 2. C. eod. **Berger** a. a. O. n. 5.

e) arg. Auth. Si quis vult caute Cod. Qui potiores in pignore.

f) l. 14. §. 2. C. de exc. non num. pec. Weil hier nämlich das Bekenntniß stets die Stelle einer Quittung vertritt, folglich binnen 30 Tagen revocirt werden muß.

g) Wenn derjenige, welcher z. B. schriftlich versprochen hat, für eine angeblich ihm verkaufte und übergebene Sache eine Zahlung zu leisten, nachher behauptet, nichts empfangen zu haben, folglich auch keine Zahlung schuldig zu seyn, so kann der Natur der Sache nach hier die exc. oder querela non num. pec. nicht Statt finden, weil sich diese nur auf geliehenes Geld bezieht.

h) **Bauer** Erl. d. neuen Decis. ad Dec. 23. §. 10. **Desselben** Resp. Vol. II. no. 79. Anderer Meynung ist **Hommel** Obs. 250. u. **Winkler** ad Bergeri Oec. L. III. Tit. IV. th. 4. n. 9. 10. Auch ist in Hinsicht des gemeinen Rechts Letztern unstreitig beyzupflichten. Allein da nach Sächs. Rechte die exc. non num. pec. selbst binnen fünf

Jahren nicht schlechterdings verjährt, sondern auch nachher noch unter obigen Einschränkungen opponirt werden kann, so muß auch exc. doli noch Statt finden können.

Viertes Capitel.

Von Schenkungen.

§. 1329.

Schenkung nennt man denjenigen Vertrag, wodurch jemand, ohne rechtlich dazu verbunden zu seyn und ohne eine Vergeltung dafür zu fordern, auf einen andern ein Recht oder eine Sache überträgt. Die wesentlichen Erfordernisse einer Schenkung sind folglich außer denen, welche sie mit andern Verträgen gemein hat, 1) daß der Schenkende fähig und befugt sey sein Vermögen zu verringern, 2) ein Gegenstand, welcher veräußert und erworben werden kann, 3) daß dieser auf den andern übertragen werde, ohne daß von Seiten des Empfängers zuvor ein Recht vorhanden sey den Gegenstand zu fordern, oder ihm die Verbindlichkeit auferlegt werde, dem Schenkenden den Werth des Gegenstandes ganz oder zum Theil zu vergüten. Die Schenkungen theilen sich hauptsächlich in die unter den Lebenden und die auf den Todesfall. Da aber jene die Gattung ausmachen, diese nur eine Art sind, so wird das, worin die Letztern von den Schenkungen unter den Lebenden abweichen, besonders vorgetragen, und jetzt von den Erstern im Allgemeinen gehandelt werden.

§. 1330.

1) Was zuerst die Personen anlangt, welche eine Schenkung vollziehen, so folgt aus dem Obigen 1) daß überhaupt der, welcher nicht befugt ist, über eine Sache zu disponiren, sie auch nicht verschenken

kann. Insbesondre sind aber noch folgende Ausnahmen zu bemerken: 2) unter Ehegatten sind die Schenkungen nur in gewissen Fällen und unter Einschränkungen erlaubt. (s. Th. I. §. 129. fgde.) 3) Unmündige können ihren Aeltern auch nicht einmal mit Einwilligung eines Vormundes etwas schenken [a]). Mündige Kinder können hingegen h. z. T. ihren Aeltern Geschenke machen, so wie letztere ihren Kindern schenken können [b]). 4) Vormünder dürfen von den Gütern ihrer Pflegebefohlnen nichts verschenken [c]). 5) Endlich können mündige Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, von demjenigen Vermögen, wovon dem Vater der Nießbrauch zusteht, ohne Einwilligung desselben nichts verschenken [d]).

a) s. Th. I. §. 160. Decis. 23. v. J. 1661. Doch wird eine solche den Aeltern gemachte Schenkung gültig, wenn die Kinder nach erreichtem vollkommnen Alter die Schenkung wiederholen oder ratihabiren. Die Decis. 14. v. J. 1746. hat dieß ältere Gesetz nicht geändert. Haubold ad Bergeri Oec. Lib. II. Tit. 2. th. 28. T. I. pag. 297. not. g.

b) Nach Röm. Rechte konnten diese Schenkungen wegen der bestehenden väterlichen Gewalt nicht gültig seyn, l. 11. 17. C. de donationibus. Schon das ältere Sachsenrecht erkannte aber die Schenkungen des Vaters an den Sohn von Kleidern, Rüstung und Pferden für gültig; Landr. B. I. Art. 10., welches in der Folge auf alle bewegliche Dinge ausgedehnt wurde. Carpzov P. II. const. 12. def. 22. Menken Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 11. Stryck V. M. eod. Tit. §. 2. Berger Oec. L. II. Tit. 2. th. 28. in fine. Da aber nun durch Decis. 14. v. J. 1746. alle Verträge zwischen dem Vater und seinen mündigen Kindern für gültig erklärt worden sind, so sind auch die Schenkungen unter denselben für erlaubt zu achten. Haubold ad Berger. T. I. p. 297. not. h. Obwohl übrigens diese Decis. nur von mündigen Kindern redet, so kann doch unstreitig der Vater auch unmün-

digen Kindern Geschenke machen, da die väterliche Gewalt kein Hinderniß mehr macht, und bey einer Schenkung den Kindern keine Verbindlichkeit auferlegt wird, folglich der Grund wegfällt, weshalb die Aeltern andre Verträge mit unmündigen Kindern nicht vollziehen können.

c) l. 16. C. de adm. et peric. tutor.

d) l. 7. §. 1. 2. 3. D. de donat. Menken Pandect. a. a. O. §. 9.

§. 1331.

II) Zur Vollziehung einer Schenkung unter den Lebenden gehören in der Regel keine äußern Solennitäten, sondern blos die Willenserklärung von Seiten des Schenkenden und die Acceptation von Seiten des Beschenkten [a]). Ohne die letztere ist die Schenkung so, wie andre Verträge, unvollendet und für den Schenkenden mithin unverbindend, ausgenommen daß 1) der Erlaß einer Schuldforderung auch ohne Acceptation gültig ist, und [b]) 2) eine Schenkung an einen Unmündigen, an den Staat oder eine milde Stiftung ebenfalls der Annahme nicht bedarf [c]). Ueber die verschiedene Art, wie die Acceptation bewirkt werden kann, gilt dasselbe, was oben von der Annahme eines Versprechens überhaupt gesagt worden ist (§. 1238. fgde). Ist Jemanden eine Schenkung unter der Bedingung gemacht worden, daß er die Sache nach einiger Zeit an einen Dritten restituiren solle, so ist Letzterer, auch wenn er bey dem Schenkungsvertrage nicht unmittelbar concurrirt haben sollte, befugt, wider den Acceptanten auf Herausgabe der Sache zu klagen [d]).

a) l. 9. §. 2. D. de donat. Joh. Gottfr. Schwope D. de acceptatione quoad vocis sensum haud barbaro donationis adnexu. Lipf. 1778.

b) arg. l. 53. D. de solut. Hommel Obs. 11. Wernher

P. VIII. Obs. 391. Leonh. Ludw. Menken Diss. de remiss. debiti. Viteb. 1755. §. 10. Berger Oec. L. II. Tit. 2. th. 28. Anderer Meynung ist Joh. Ludwig Schmidt Rechtssprüche. S. 412.

c) s. §. 1231. sgde.

d) l. 3. C. de donat. quae sub modo. Haubold ad Bergeri Oec. T. I. p. 305. not. f.

§. 1332.

Die Absicht etwas zu verschenken wird nicht vermuthet, und erfordert daher stets den Beweis von Seiten dessen, welcher behauptet, daß ihm der andre etwas habe als Schenkung überlassen wollen [a]). Doch vertritt die Vermuthung die Stelle dieses Beweises, wenn jemand nahen Verwandten oder Freunden, welche ärmer sind, als er, oder sich in Verlegenheit befinden, ohne nähere Bezeichnung des Zweckes oder Vorbehalt der Wiedererstattung etwas übergiebt, oder zu ihrem Besten aufwendet [b]).

a) l. 25. pr. D. de probat. l. 10. C. de donat. Berger a. a. O. Menken Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 4.

b) l. 34. D. de negot. gestis. l. 11. C. eod. Berger a. a. O. Thibaut Pand. §. 1106.

§. 1333.

III) Den Gegenstand der Schenkung anlangend, so kann in der Regel alles, was überhaupt in commercio ist, verschenkt werden. Doch ist in Ansehung dessen noch Folgendes zu bemerken: 1) Das Geschenk einer Sache, die der Donator nicht erwerben und besitzen kann, ist ungültig [a]). 2) Wenn jemand wissentlich eine Sache zum Geschenk verspricht, die an sich selbst zwar in commercio ist, die er aber nicht besitzt oder nicht besitzen kann, so kann der Donator den Werth derselben von ihm fordern [b]). 3)

Die Schenkung unbeweglicher Güter muß wegen der erforderlichen Lehnsreichung stets vor Gericht vollzogen werden, wenn sie auch den Werth von 500 Ducaten nicht übersteigt [c]). 4) Nicht blos körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte und Gerechtigkeiten, z. B. die freye Wohnung in einem Hause [d]), ingleichen Dinge, die künftig erst existiren werden, können verschenkt werden [e]).

a) l. 9. §. 3. D. de donat. l. 34. D. de verb. obl. Die Analogie der Legate, auf welche Claproth von Vertr. I. S. 334. unstreitig die Behauptung gründet, daß der Beschenkte den Werth der Sache fordern könne, ist nach dem letztern Gesetze hiebey gar nicht anzuwenden.

b) l. 34. D. de verb. obl. Das Versprechen, eine Sache zu schenken, die überhaupt gar nicht in commercio ist, würde unverbindend seyn, arg. l. 39. §. 8. 9. D. de legatis I.

c) Kind Quaest. for. IV. c. 33. Wernher P. IX. Obs. 1.

d) l. 9. pr. l. 27. D. de donat.

e) l. 9. §. 1. D. de donat.

§. 1334.

5) Was insbesondre die Schenkung des ganzen, gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens anlangt, so ist diese ebenfalls gültig [a]); doch genießt A) der Schenkende der Wohlthat der Competenz, und kann folglich soviel zurückbehalten oder vom Donator wiederfordern, als er zum Lebensunterhalte seinem Stande gemäß braucht [b]); hat aber der letzte ihm Alimente zu reichen versprochen, und fängt an das Vermögen zu verschwenden, so kann ihm zur Sicherung jener Alimente auf Ansuchen des Schenkenden die freye Vermögensverwaltung genommen oder beschränkt werden [c]). B) Vor Bestimmung des Theiles vom Vermögen, den der Schenkende zurückbehalten darf, müssen alle Schul-

den, die derselbe vor Vollziehung der Schenkung gemacht hat, und welche nicht ebenfalls aus einer Schenkung herrühren, abgezogen werden [a]). Hat der Donatar das ganze Vermögen vor wirklicher Befriedigung der Gläubiger in Empfang genommen, so können zwar die Letztern eigentlich blos gegen den Schenkenden, als ihren Schuldner, klagen, allein entweder kann die Execution dann in die im Besitze des Beschenkten befindlichen Güter vollstreckt oder auch gegen die Beschenkten die condictio sine causa oder actio Paulliana nach Verhältniß der Umstände angestellt werden. Doch gilt dieß keinesweges in Hinsicht solcher Schulden, die der Schenkende erst nach Vollziehung der Schenkung contrahirt hat [e]). C) Wenn der Donator sich einen Theil seines Vermögens zu freyer Disposition vorbehalten hat, und ohne darüber auf den Todesfall etwas verfügt zu haben, stirbt, so fällt dieser Theil nicht auf den Donatar, sondern auf die nächsten Verwandten und Blutserben des Schenkenden [f]).

a) l. 35. §. 4. C. de donat. **Rind** Qu. for. IV. pag. 241. **Wernher** P. IV. Obs. 8. **Leyser** Sp. 433. med. 2.

b) l. 12. D. de donat. l. 49. 50. D. de re iudic. **Leyser** a. a. O. m. 3. 4. **Claproth** a. a. O. I. S. 336. **Wernher** P. VII. Obs. 48. 49. **Lauterbach** coll. Pand. Lib. 42. Tit. I. §. 38.

c) **Leyser** a. a. O.

d) l. 19. §. 1. l. 30. D. de re iudic. l. 12. D. de donation. l. 72. pr. D. de iure dot.

e) **Rind** Quaest. for. IV. c. 34. **Haubold** ad Bergeri Oec. T. I. p. 300. not. r. **Leyser** Sp. 494. med. 2, welcher dieß jedoch irrig auch auf Schulden ausdehnt, die erst nach Vollziehung der Schenkung contrahirt worden sind.

f) Const. 2. P. III. Haubold a. a. O. 294. not. m. Die Constitution spricht zwar zunächst blos von der Donatio mortis caussa, allein da der Grund derselbe ist, nämlich weil der Beschenkte kein ius adcrescendi genießt, so gilt bey der Donatio inter viuos unstreitig ein Gleiches. — Solche Erben, die nur nach Statuten succediren, z. B. der Ehemann oder die Frau, können keinen Anspruch auf diese Güter machen. Carpz. ad const. 2. P. III. def. 3. — Inzwischen ist doch zu unterscheiden, ob sich der Donator wirklich diese Güter ganz reservirt und von der Schenkung ausgenommen hat, oder ob sie in derselben mit begriffen, z. B. mit in dem übergebnen Inventario stehen, und vom Schenkenden nur zu seinem Lebenslänglichen Gebrauche zurückbehalten worden sind, und letztern Falls müssen sie unstreitig dem Beschenkten ebenfalls zukommen.

§. 1335.

6) Die Gerade einer Frauensperson kann zwar ebenfalls von der Besitzerin inter viuos, sowohl im Einzelnen als im Ganzen, und zwar erstern Falls ohne Förmlichkeiten verschenkt werden [a]); jedoch sind, wenn die Gerade als ein Ganzes, oder als Theil eines solchen, z. B. die Hälfte derselben, verschenkt wird, folgende Einschränkungen zu bemerken: A) Verheyrathete Frauen können ihren Ehemännern die Gerade nicht schenken, wohl aber titulo oneroso überlassen, daher auch eine wirkliche remuneratorische Schenkung der Gerade an den Ehemann zulässig und gültig ist, wenn nämlich die Frau hiedurch eine gleichwichtige Wohlthat vergelten will, die ihr der Ehemann, ohne dazu verbunden zu seyn erzeigt hat [b]); doch müssen auch bey einer solchen Uebergabe die gleich zu erwähnenden Sollennitäten beobachtet werden [c]). B) Eine jede Schenkung der Gerade als eines Ganzen muß nämlich a) in Gegenwart eines Curators der Schenken-

den [d]), b) und entweder an Gerichtsstelle mittelst Uebergabe einer Specification von den Geradestücken [e]) und der Schlüssel zu den Behältnissen, in welchen sie sich befinden, oder vor einer Deputation des Gerichtes, oder endlich vor einem Notar und Zeugen geschehen; doch müssen im letzten Falle die Schlüssel bey den Behältnissen selbst, auch die Geradestücken mit übergeben werden. In beyden Fällen ist übrigens ein Protokoll darüber aufzunehmen und dasselbe, wenn die Schenkung gerichtlich geschehen, den Gerichtsbüchern einzuverleiben [ee]). Beträgt der Werth der Gerade aber mehr als 500 Ducaten, so muß die Schenkung stets gerichtlich geschehen [f]).

a) Const. 13. 14. im 2ten Theile. Carpz. P. II. const. 41. def. 18.

b) Const. 13. im 2ten Th. Carpzov ad h. const. def. 2 et 8.

c) Carpz. a. a. O. def. 5. 6. 7. Vom Geradeverkaufe siehe unten in der Lehre vom Kaufcontrakte.

d) Decis. 22. v. J. 1661. Sollte bey Vollziehung einer solchen Schenkung vor einem Notar noch kein Curator bestellt seyn, so ist es hinreichend, wenn derjenige, der dazu bestimmt ist, der Handlung mit beywohnt, und wenn er nachher bestätigt wird, den Vertrag ratihabirt.

e) Dieses Verzeichniß braucht jedoch nicht namentlich auf alle Stücke gerichtet zu seyn, es reicht vielmehr hin, wenn einige genennt, und diesen die generelle Bezeichnung aller übrigen Geradestücken beygefügt ist. Wenn sich unter den genannten Dingen auch einige befinden, welche ihrer rechtlichen Natur nach nicht zur Gerade gehören, so nimmt man gleichwohl an, daß sie ebenfalls mit haben sollen geschenkt werden. Carpz. P. II. const. 14. def. 12. 13.

ee) Const. 14. P. II. Diese Schenkungen können übrigens auch vor einem incompetenten Richter geschehen.

f) angez. Const. Berger Oec. L. II. Tit. 2. th. 28. n. 1.

§. 1336.

C) Auf den Todesfall kann die Gerade zum Nachtheil der Geradeerbin nicht verschenkt werden, wohl aber zum Nachtheil des Fiscus, wenn in Ermangelung von Erbinnen derselbe zur Succession kommen würde [a]). D) Unmündige können ihre Gerade an niemanden verschenken [b]); E) bey der Schenkung der Gerade kann die Schenkende sich auf Lebenszeit den Nießbrauch vorbehalten, ohne daß sie genöthigt wäre deshalb eine cautio vsufructuaria zu bestellen [c]). Als Solennität werden bey einem solchen Vorbehalt des Nießbrauchs der Schenkenden entweder die Schlüssel zu den Behältnissen wieder zurückgegeben, oder die Uebergabe der Schlüssel unterbleibt gänzlich [d]). Die Schenkende kann in diesen Falle auch nach Willkühr einzelne Stücke der Gerade, selbst solche, die von größerem Werthe sind, veräußern und verschenken, ohne daß ihre Erben gehalten sind, sie wieder einzulösen, oder die Donataria sonst mehr verlangen kann, als was die Donatrix bey ihrem Ableben noch an Geradestükken hinterläßt [e]).

a) angez. Const. 14. Carpz. ad h. const. def. 1. s. auch oben Th. II. §. 897.
b) Berger a. a. O. n. 3. G. Barth von der Gerade, Cap. 3. §. 34., welcher dieß auch auf solche erstreckt, welche die veniam aetatis erhalten haben.
c) Decis. 18. v. J. 1746. Carpz. P. II. const. 14. def. 7.
d) Const. 14. P. II. Berger a. a. O. n. 2.
e) Decis. 18. v. J. 1746. Bauer ad h. decis. §. 11.

§. 1337.

F) Die Mutter kann zum Nachtheil ihrer schon lebenden Töchter ihre Gerade verschenken. Wenn aber

eine verheyrathete Frau erst nach Vollziehung der Schenkung eine Tochter gebiert, so wird hiedurch die Schenkung sofort ungültig, so daß nicht nur die Tochter die geschenkten Sachen zurückfordern kann, sondern auch selbst die Mutter dieselben wiederfordern kann, wenn die Tochter bey Lebzeiten der Erstern wieder verstorben ist [a]). Wegen der blosen Verheyrathung kann hingegen die Schenkung nicht wiederrufen werden, wenn auch gleich der Ehemann nach den Statuten ein Successionsrecht in die Gerade haben sollte [b]). Uebrigens ist noch zu merken G) daß bey der Geradeschenkung, welche eine verheyrathete Frau einem Dritten macht, nicht blos ihr bestätigter Curator, sondern auch der Ehemann seine Einwilligung geben muß [c]). 7) Bey der Schenkung des Heergeräthes sind die bey Geradeschenkungen vorgeschriebenen Sollennitäten nicht erforderlich [d]).

a) Barth a. a. O. Cap. V. §. 30. Wernher P. X. Obs. 371. Carpz. P. II. const. 14. def. 19. 20. Dieß gilt übrigens nicht, wenn die Gerade remuneratorie geschenkt worden ist. Wenn die Tochter vor der Schenkung schon lebte, so kann dieselbe ihrentwegen ebenfalls nicht revocirt werden. — Hommel im Pertinenz- u. Erbs. Reg. Einl. §. 60. ist hingegen der Meynung, daß die Schenkung hiedurch nicht ipso iure ungültig werde, sondern blos deshalb revocirt werden könne.

b) Barth a. a. O. §. 31.

c) Carpz. P. II. const. 14. def. 10. Landr. B. I. Art. 31. 45. Hommel a. a. O. §. 59. und Rhapf. Obs. 403. Wernher P. I. Obs. 180. Barth a. a. O. S. 394. — Bauer hingegen in der Erl. der neuesten 18ten Decis. §. 5. erfordert seinen Consens nur, wenn er nach den Statuten ein Successionsrecht hat, oder wenn der Nießbrauch nicht vorbehalten wird.

d) Rind Quaest. for. I. cap. 97. Schott inst. iur. Sax. ed. *Hauboldi*. p. 327.

§. 1338.

8) Eine jede Schenkung, welche an Werth mehr als 500 Ducaten beträgt [a]), muß der Obrigkeit vorgetragen und in den Gerichtsbüchern bemerkt werden, widrigenfalls ist sie in Ansehung dessen, was die erlaubte Summe übersteigt, ungültig, so daß der Schenkende sowohl als dessen Erbe den Ueberschuß zurückfordern kann [b]). Diese Insinuation bey der Obrigkeit erfordert aber keine vorgängige Untersuchung, und kann daher auch bey einem incompetenten Richter bewirkt werden [c]); doch ersetzt weder die eydliche Bestärkung der Schenkung [d]), noch die Gegenwart von Notar und Zeugen [e]), die Stelle der gerichtlichen Insinuation, noch kann auch die eingeschaltete Entsagung auf die wegen ihrer Unterlassung entgegenzusetzende Exception die Ungültigkeit einer solchen Schenkung in Ansehung des Ueberschusses aufheben [f]). Im Falle eine solche Schenkung angefochten wird, und der Gegenstand seiner Natur nach sich nicht füglich theilen läßt, so ist der, welcher den größten Antheil daran zu fordern hat, befugt, die Sache durch Herausgabe des Werthes von dem Antheile des Andern einzulösen; versteht er sich aber hiezu nicht, so kann auch der, welcher nur den kleinern Antheil an der Sache hat, sie auf diese Art sich einlösen [g]).

a) l. 34. pr. C. de donat. Dem Römischen Solidus ist in der Decis. 26. v. J. 1661. ein Ducaten gleich gesetzt. Carpzov P. II. const. 12. def. 12. Da nun nach dem Münzedikte v. J. 1763. C. A. C. I. 1610. der Werth des Ducatens auf 2 Rthlr. 18 Gr. gesetzt ist, so würde die erlaubte Summe 1375 Rthlr. seyn. Winkler ad Bergeri Oec. iur. Lib. II. Tit. 2. th. 28. n. 8. Doch setzt

Bauer Erläut. d. neuesten Decis. ad Dec. 18. §. 5. den Betrag dieser Summe nur auf 1250 Rthlr.

b) l. 34. pr. l. 36. §. 3. C. de donat. **Weber** von der natürl. Verbindlichkeit. §. 77. §. 65. not. 8. Da jedoch durch die Gesetze das Recht, mehr als 500 Ducaten zu schenken, nicht gänzlich aufgehoben ist, und der Schenkende freywillig den Besitz auf den andern transferirt, so kann derselbe unstreitig das Gegebene nicht vindiciren, sondern nur durch eine persönliche Klage zurück verlangen, arg. l. 34. §. 1. 2. l. 36. pr. C. de donation. **Thibaut** Pand. §. 1107.

c) arg. l. 27. 30. 31. C. de donat. Der Grund, der in dem ersten Gesetze angegeben wird, ist die größere Gewißheit und Glaubwürdigkeit der Schenkung, und schon daher läßt sich die Gültigkeit der Insinuation bey der incompetenten Obrigkeit schließen. Eben dieß bestätigt der Gerichtsbrauch. **Rind** Quaest. for. IV. c. 32. **Carpzov** P. II. const. 12. def. 18. **Berger** Lib. II. Tit. 2. th. 28. **Menken** Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 6. **Struck** vsus mod. h. tit. §. 5. **Meditat.** zweyer Rechtsgel. Th. VI. no. 313. S. 5. **Thibaut** §. 1107. **Weber** a. a. O. §. 65. not. 8. Der entgegengesetzten Meynung sind **Hellfeld** iurispr. for. §. 1702. **Wernher** P. V. Obs. 129. **Christ. Nau** (resp. Einert) Diss. de donatione immodica coram competente iudice insinuanda. Lipsi. 1805. **Friedr. Gottlieb Zoller** Diss. observ. practicas continens. Lipsi. 1781. Obs. 4. **Paul Wilh. Schmidt** D. de insin. donationis 500 sol. excedentis coram iudice incompetente haud suscipienda. Ien. 1761. **Glück** Comment. II. §. 193. S. 87.

d) Decis. 26. v. J. 1661.

e) **Wernher** P. V. Obs. 128.

f) **Struck** vsus mod. h. tit. §. 7.

g) l. 34. §. 2. C. de donat.

§. 1339.

Gewisse Arten von Schenkungen sind jedoch nicht an diese Sollennität gebunden. Dahin gehören: 1) Schenkungen, welche zu verschiedenen Zeiten an dieselbe Person gemacht worden sind, und zusammen zwar die Summe von 500 Ducaten übersteigen, jedoch ein-

zeln sie nicht erreichen; ingleichen mehrere an verschiedne Personen gemachte Schenkungen, die zwar im Ganzen, aber nicht einzeln mehr als 300 Ducaten betragen [a]); 2) Geschenke, die von regierenden Fürsten oder an dieselben gemacht werden [b]), desgleichen 3) die, welche Oberofficiers an die Soldaten machen, von ihrem eignen Vermögen sowohl als von erbeuteten Mobilien [c]); 4) alle remuneratorische, zur Vergeltung einer vorher erhaltnen Wohlthat, gegebenen Geschenke; ingleichen die Donationes propter nuptias [d]); 5) der Erlaß einer Schuldforderung, wenn dieselbe auch mehr als jene Summe beträgt [e]); 6) Schenkungen von jährlichen, auf die Lebenszeit zu reichenden Prästationen, welche für ein Jahr die Größe von 500 Ducaten nicht überschreiten, indem es ungewiß ist, ob der Schenknehmer so lange lebt, daß das Geschenkte die Insinuation erforderte; ist aber eine solche Schenkung im Voraus auf gewisse Jahre gesetzt, oder auch auf die Erben mit gerichtet, so muß die Insinuation vorher geschehen [f]). 7) Schenkungen zur Loskaufung von Gefangnen, zur Reparirung eines baufälligen Hauses [g]), oder 8) an Kirchen gemachte Geschenke [h]).

a) l. 34. §. 3. C. de donat. Berger Oec. L. II. Tit. 2. tit. 28. Wernher P. VII. Obs. 95. Doch würde dieß eine Ausnahme leiden, wenn in fraudem legis eine größere Schenkung in mehrere kleinere zertheilt, und zugleich oder kurz nach einander derselben Person gegeben würde. Stryck vlus mod. Lib. 39. Tit. 5. §. 6. Thibaut Pandekten. §. 1107.

b) arg. l. 34. pr. C. h. t. Berger a. a. O. Doch ist dieß nicht auf appanagirte Fürsten zu erstrecken. Wernher P. VIII. Obs. 328.

c) l. 36. §. 1. C. h. t. Berger a. a. O. Stryck a. a. O. §. 8.

d) l. 27. D. de donat. Berger a. a. O. ed. Hauboldi. p. 297. Wernher P. III. Obs. 65. und Tom. III. P. II. Obs. 480.

e) l. 23. pr. D. de donat. Berger a. a. O. — Anderer Meynung sind Leonh. Ludw. Menken Diss. de remissione debiti. Viteb. 1755. p. 18. Heinr. Gottfr. Bauer Resp. T. II. no. 68.

f) l. 34. §. vlt. C. de donat.

g) l. 36. pr. §. 2. C. de donat.

h) Berger a. a. O. u. Rees Handb. des prot. Kirchenr. S. 186. sagt, daß der Gerichtsbrauch dieß angenommen. — L. 19. C. de SS. ecclesiis verordnet das Gegentheil, und daher erfordern Struck a. a. O. Carpz. P. II. const. 12. def. 13. und Thibaut Pand. §. 1107. auch hiebey die Insinuation.

§. 1340.

IV) Was die Wirkungen der Schenkung unter den Lebenden betrift, so bestehen sie im Allgemeinen darin, daß der Schenkende, ohne aus einem Rechtsgrunde dazu verbunden zu seyn, freywillig und ohne eine Vergeltung zu fordern, das unwiederrufliche Recht, die geschenkte Sache zu verlangen, oder, in sofern die Uebergabe derselben gleich hinzukommt, auch das Eigenthum der Sache auf den Schenknehmer überträgt. Daher kann nicht präsumirt werden, daß der Letztere für die Schenkung irgend eine beschwerende Bedingung zu erfüllen habe, und wenn der Schenkende irgend eine Zeitbestimmung, Bedingung oder Angabe eines Endzweckes sich ausmachen will, so muß er dieß früher erklären, als die Annahme der Schenkung vom Gegentheile bewirkt worden ist [a]). Der Beschenkte oder dessen Erbe kann, im Falle die Sache ihm übergeben worden ist, sie vermöge seines Eigenthumes von einem Jeden vindiciren; ist die Uebergabe aber noch nicht erfolgt, so kann er nur mittelst einer persönlichen

Klage (der Condictio ex L. 35. §. vlt. C. de donat.) die Uebergabe der Sache oder ihres Werthes, und der noch vorhandenen Nutzungen davon vom Schenkenden oder dessen Erben fordern [b]). Der Schenkende ist zwar nicht verpflichtet für die Eviction der geschenkten Sache einzustehen; doch kann in dem Falle, wo jener die Gewähr versprochen oder wo er wissentlich eine ihm nicht zugehörige Sache verschenkt hat, der Schenknehmer nach geschehener Eviction von ihm die Erstattung der auf die Sache verwendeten Kosten verlangen [c]).

a) l. 4. C. de donat. quae sub modo.

b) l. 9. §. 1. D. de donation. l. 41. §. 1. D. de re iudic. Carpz. P. II. const. 34. def. 23. u. P. II. const. 12. def. 25. Die Nutzungen, welche der Schenkende schon consumirt hat, werden nicht erstattet, ausgenommen in dem Falle, wo nicht die Substanz der Sache, sondern blos die Nutznießung geschenkt worden ist. — Daß der Schenkende auch vsuras morae zu bezahlen verbunden sey, ist oben erinnert worden §. 1174.; s. auch Carpz. Resp. Lib. IV. Tit. 7. resp. 53. Gottl. Eus. Oelze tr. an et quatenus vsurae ex mora a quantitatis donatore exigi possunt, sec. ius Rom. et hodiernum in Germania. Ien. 1768.

c) l. 18. §. vlt. D. de donat. l. 62. D. de aedil. edicto. s. oben §. 1287. not. l.

§. 1341.

Wenn jemand eine und dieselbe Sache verschiedenen Personen jedem in solidum geschenkt hat, so genießt der den Vorzug, welchem sie zuerst in Besitz gegeben worden ist [a]); doch ist der andre, welcher sie nicht in Natur bekommt, berechtiget, das Interesse von dem Schenkenden zu verlangen, welcher aber auch hier das beneficium competentiae genießt [b]).

Bey den Schenkungen, welche der Landesherr mehreren Personen zugleich macht, findet noch das Besondere Statt, daß wenn einer der Beschenkten ohne Erben verstirbt, sein Antheil den übrigen Theilhabern am Geschenke adcrescirt c). — Ungeachtet nun diese Wirkungen und Eigenschaften in der Regel bey einer jeden simpeln donatio inter viuos eintreten, wenn dieselbe nicht an eine Bedingung oder Zeitbestimmung gebunden ist: so hat man doch in Ansehung der remuneratorischen Schenkungen, der donationum sub modo und der Schenkungen auf den Todesfall noch verschiedne Abweichungen zu merken.

a) arg. l. 15. C. de rei vindic. Menken Pand. h. t. §. 14.
b) l. 41. §. 1. 2. D. de re iudic. Lauterbach h. t. §. 38. 41.
c) l. vn. C. Si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit. Carpz. P. III. const. 2. def. 16. Vermöge des allgemeinen Ausdrucks: Nullo herede relicto, scheint dieses Gesetz sowohl auf testamentarische, als Intestaterben sich zu beziehen. Haubold ad Bergeri Oec. T. I. p. 297. not. i.

§. 1342.

A) Eine remuneratorische Schenkung nennt man diejenige, welche in der Absicht gegeben wird, um eine Wohlthat zu vergelten, welche der jetzige Schenknehmer dem Schenkenden zuvor erwiesen hat, ohne sich für dieselbe eine Belohnung ausdrücklich versprechen zu lassen, und ohne zu dieser Handlung rechtlich verpflichtet gewesen zu seyn a). Da nämlich theils anzunehmen ist, daß derjenige, welcher eine solche freywillige Wohlthat empfängt, moralisch verpflichtet sey, sie soviel als möglich zu erwiedern, theils auch derselbe hiedurch sein Vermögen in der Regel nicht ver-

mindert: so kann die gegebene Remuneration nicht als eine vollkommne Schenkung betrachtet werden, und ist in mehrern Puncten den onerosen Verträgen gleich zu achten. Daher können remuneratorische Schenkungen 1) nicht als inofficios [b]), auch nicht wegen Undankbarkeit des Beschenkten, oder wegen Agnation von Kindern des Schenkenden wiederrufen werden [c]); 2) sie bedürfen keiner gerichtlichen Insinuation, wenn sie mehr als 500 Ducaten betragen [d]); 3) sie sind auch zwischen Ehegatten erlaubt [e]), und 4) der Schenkende genießt dabey nicht das beneficium competentiae [f]), und muß im Gegentheil 5) für die geschenkte Sache Gewähr leisten [g]). Es wird jedoch bey diesen Schenkungen überhaupt vorausgesetzt, daß dieselben in Verhältniß zu der zuvor erhaltenen Wohlthat stehen. Wenn daher für eine unbedeutende Gefälligkeit ein sehr großes Gegengeschenk gemacht wird, so ist dieß allerdings mehr für eine simple Schenkung zu achten und nach den allgemeinen Regeln hierüber zu beurtheilen [h]).

a) l. 25. §. 11. D. de heredit. petitione. l. 27. l. 34. §. 1. D. de donat. Haubold ad Bergeri Oec. iur. L. II. Tit. 2. th. 30. p. 304. not. d. Leyser Sp. 436. med. 2. 3. Thibaut Pand. §. 1114. Die Beyspiele, welche in den Gesetzen genannt werden, sind eine zuvor erhaltene Schenkung, ertheilter Unterricht, Befreyung aus der Gefangenschaft. Hat der, welcher jetzt etwas giebt, die vollkommne klagbare Verbindlichkeit auf sich, etwas zu bezahlen, so kann das, was er giebt, gar nicht mit dem Namen einer Schenkung belegt werden, und man kann hierin Bergern a. a. O. nicht beypflichten.

b) Carpzov P. II. const. 12. def. 35. Leyser a. a. O. med. 5.

c) l. 34. §. 1. D. de donat. Leyser a. a. O. med. 1. Carpz. a. a. O.

d) l. §. 1339.

e) l. 7. §. 2. D. de donat. inter V. et V. Leyser a. a. O. med. 1. s. oben §. 130. — Ein Procurator, dem die Verwaltung aller Geschäfte überlassen ist, kann auch eine remuneratorische Schenkung gültig vollziehen, l. 12. pr. D. mandati. Vormünder können hingegen keine dergleichen Schenkungen geben, obwohl nach Röm. Rechte ihnen in gewisser Maaße diese Befugniß zustand, l. 25. D. de minor. l. 12. §. 3. D. de adm. et peric. tutor.

f) Wernher P. VII. Obs. 85. no. 183.

g) Carpzov P. II. const. 34. def. 24. Wernher P. IX. Obs. 151.

h) Leyser a. a. O. med. 6.

§. 1343.

B) Die donationes sub modo weichen darin von den gemeinen Schenkungen unter den Lebendigen ab, daß sie nicht als eine bloße Liberalität betrachtet werden können, sondern dem Beschenkten die Verbindlichkeit auferlegen, den modus zu erfüllen oder das Geschenk zurückzugeben. Unterbleibt die Erfüllung des modi, so kann der Schenkende daher nach seiner Auswahl entweder auf Erfüllung des bestimmten modi oder Entschädigung klagen [a]), oder die Sache, welche er geschenkt hat, zurückverlangen. Zu dem letzten Zwecke wird in der Regel blos eine persönliche Klage (condictio caussa data caussa non secuta) angestellt [b]); in dem Falle aber, wenn der modus in der Verabreichung von Alimenten an den Donator besteht, kann auch mittelst der rei vindicatio vtilis die geschenkte Sache zurückgefordert werden [c]). Auch kann die hypothekarische Klage oder die Vindication noch in andern Fällen Statt finden, wenn sich der Schenkende nämlich bey der Uebergabe einer geschenkten unbeweglichen Sache wegen Erfüllung des modi eine Hypothek oder das Eigenthumsrecht an der Sache vorbehalten hat. Wenn

der Schenknehmer schon den größten Theil des modi erfüllt hat, so findet die Zurückforderung nicht mehr Statt, sondern blos die Klage auf die völlige Erfüllung [a]). Endlich bedarf auch die donatio sub modo aus dem obigen Grunde keiner gerichtlichen Insinuation, wenn der modus in einer dem Schenkenden zu gebenden Gegenleistung besteht, weil dann dieselbe den remuneratorischen Schenkungen gleich kommt [c]).

a) Nach l. 9. u. 22. C. de donation. hat, wenn eine Stipulation geschlossen worden ist, die actio ex stipulatu, außerdem eine actio praescr. verbis Statt, l. 3. C. de condict. ob caussam. — Uebrigens gelten die hier erwähnten Grundsätze und Klagen blos bey solchen modis, wo der Donator ein eignes Interesse an der Erfüllung hat (modus qualificatus). Von dem, was bey der Nichterfüllung eines modi simplicis gilt, siehe unten §. 1350.

b) l. 2. 6. C. de cond. ob caussam.

c) l. 1. C. de donat. quae sub modo. Haubold ad Berger. I. p. 305. not. f. Der hier ausgedrückte Fall ist um so mehr unter die Ausnahmen zu rechnen, da bey einer datio sub modo sofort das Eigenthum auf den Empfänger übergeht.

d) Leyser Sp. 435. med. 4.

e) Leyser a. a. O. med. 3.

§. 1344.

C) Unter einer **Schenkung auf den Todesfall** versteht man diejenige, welche dem Beschenkten nicht eher, als nach dem Tode des Schenkenden ein unwiderrufliches Recht auf die Schenkung gewährt [a]). Wenn es ungewiß ist, ob eine Schenkung eine donatio inter vivos oder mortis caussa seyn solle, so wird stets das Erstere vermuthet [b]). Die bloße Erwähnung des Todes in den Worten der Schenkung ist nicht hinreichend, um dieselbe zu einer donatio mortis caussa

zu machen; sondern man muß darauf sehen, ob der Donator die Unwiederruflichkeit des Rechts auf die Schenkung selbst, oder nur die Vollziehung der Schenkung und die Uebergabe der Sache von seinem Tode abhängig gemacht habe; und letztern Falles ist die Schenkung für eine donatio inter viuos zu achten, giebt folglich auch dem Beschenkten sofort ein unwiederrufliches Recht gegen den Schenkenden a).

a) l. 1. pr. l. 35. §. 2. 4. D. de donat. mortis caussa. W. A. Lauterbach Diss. de donatione m. c. Tubing. 1657. J. Fr. Junghans progr. de m. c. donat. indole. Lipsi. 1785. Am schwierigsten ist es, die Schenkungen auf den Todesfall, wenn die förmliche Acceptation hinzugekommen ist, von den Erbverträgen zu unterscheiden, da es hier meist auf quaestiones facti ankommt. Doch wird in dubio, da in der Successionslehre das Röm. Recht Vorzugsweise befolgt wird, eher für eine wiederrufliche don. m. c. als für ein unwiederrufliches pactum succeſſor. zu präsumiren seyn. Vergl. Georg Friedr. Krause Diss. de donat. m. c. ex principiis antiqui iuris Germanici non reuocabili. Viteb. 1764.

b) Carpz. P. II. const. 12. def. 24.

c) l. 2. 13. 35. §. 4. D. h. t. Berger Lib. II. Tit. 2. th. 27. Lauterbach coll. Pand. h. t. §. 27. Joh. Fr. Hermann D. de mortis caussa donat. coniecturis ex mortis mentione capiendis. Lipsi. 1792. — Unter mortis caussa capio wird im weiteren Sinne alles verstanden, was durch eines Andern Tod und nicht als Erbschaft oder Legat uns zufällt, und begreift folglich die donatio mortis caussa mit unter sich; im engern Sinne aber wird sie von der letztern noch unterschieden, und bezeichnet also blos das, was man durch oder wegen des Todes eines Andern bekommt, ohne daß es mit einem besondern rechtlichen Namen belegt werden könnte, l. 18. pr. D. de don. mort. c. l. 8. pr. l. 31. 38. eod. Berger a. a. O. n. 6. u. Haubold ad eund. I. p. 295. Thibaut Pand. §. 1111.

§. 1345.

Die donationes mortis causſa unterſcheiden ſich ſowoh in Anſehung der Form als der Wirkungen von den Schenkungen unter den Lebendigen. 1) In Anſehung der Form kommen ſie mehr mit den Codicillen und Legaten als den Schenkungen überein [a]); daher iſt a) die Acceptation von Seiten des Beſchenkten nicht unumgänglich nöthig, indem auch ohne dieſelbe die Schenkung als Fideicommiß bey Kräften erhalten wird [b]). Dagegen können b) nur die, welche fähig ſind ein Teſtament zu errichten, Schenkungen auf den Todesfall machen [c]), ausgenommen daß Kinder unter väterlicher Gewalt mit Bewilligung des Vaters Schenkungen aus dem peculio aduentitio auf den Todesfall geben können [d]); auch ſind c) zur Annahme dieſer Schenkungen alle diejenigen fähig, welche Legate erwerben können [e]), wenn ihnen auch der Schenkende inter vivos keine Schenkung hätte machen dürfen [f]); doch iſt blos erforderlich, daß die Fähigkeit die donationes mortis causſa zu erwerben, zu der Zeit, wo der Donator geſtorben, vorhanden geweſen ſey, nicht aber auch daß ſie zu der Zeit, wo die Schenkung errichtet wurde, da geweſen ſey [g]).

a) l. 4. C. de donat. causſa mortis. Pr. Inſt. de donationibus.

b) Kind Quaeſt. for. II. p. 239. Berger a. a. O. th. 27. Haubold ad eund. I. 292. Hommel Obſ. 436. Joh. Tob. Richter D. de acceptatione in donatione mortis causſa non neceſſaria. Lipſ. 1744. Joſ. Ludw. Ernſt Püttmann pr. de mort. c. donat. abſente licet et ignorante donatario facta iure valida. Lipſ. 1787.

c) l. 37. pr. D. de donat. mortis c. l. 4. C. eod. l. 7. §. vlt. D. de donation.

d) l. 25. §. 1. D. de donat. mortis caussa. Daß aus dem peculio castrensi und quasicastrensi auch ohne Bewilligung des Vaters Schenkungen gemacht werden können, versteht sich von selbst, da die Kinder hierüber auch die Testamentifaction haben, l. 7. §. vlt. D. de donat. — Uebrigens können auch überwiesene Wucherer, obwohl sie nicht testiren können, doch Schenkungen auf den Todesfall machen Berger a. a. O. ed. Hauboldi. I. pag. 292. Lauterbach coll. Pand. Lib. 39. Tit. 6. §. 21. u. oben Th. II. §. 651.

e) l. 9. D. de m. c. donat.

f) Daher sie auch unter Ehegatten erlaubt sind, l. 40. 43. D. de m. c. don. Lauterbach a. a. O. §. 23.

g) l. 22. D. eod.

§. 1346.

Es müssen ferner d) bey Errichtung dieser Schenkungen, wenn sie außergerichtlich gemacht werden, so wie bey Errichtung von Codicillen, fünf Zeugen zu gleicher Zeit zugegen seyn, welche den Schenkenden sehen und verstehen können [a]); daß sie aber wie bey Testamenten speciell hiezu erbeten seyen, ist nicht erforderlich [b]), auch werden, wenn ein Notar, oder der Curator der Schenkenden oder Beschenkten zugegen sind, diese in der Zahl der Zeugen mit eingerechnet [c]), so wie auch Frauenzimmer unter den Zeugen sich befinden können [d]). e) Wird eine solche Schenkung gerichtlich gemacht, so ist eben das zu beobachten, was bey der gerichtlichen Vollziehung oder Uebergabe eines letzten Willens erfordert wird, daher auch die Ueberreichung derselben, wenn sie vorher zu Papiere gebracht worden, nicht durch einen Bevollmächtigten geschehen darf [e]). f) Wenn das gesammte Vermögen ohne Vorbehalt auf den Todesfall verschenkt wird, so muß die Schenkung nothwendig gerichtlich geschehen, entweder in dem Gerichte selbst,

oder vor einer Deputation des Gerichts; doch kann dieß auch bey der incompetenten Obrigkeit bewirkt werden f). g) Hingegen sind die Schenkungen auf den Todesfall nicht der Nothwendigkeit der Insinuation wegen ihres Betrages über 500 Ducaten unterworfen g).

a) l. vlt. C. de m. c. don. Berger Oec. Lib. II. Tit. 2. th. 27.
b) Lauterbach a. a. O. §. 9. 10.
c) Berger a. a. O. n. 3. Carpz. P. III. const. 1. def. 32.
d) Carpz a. a. O. def. 30. s. oben §. 816.
e) Berger a. a. O. th. 27. Carpz. a. a. O. def. 27.
f) Const. 1. im 3ten Th. Carpz. a. a. O. def. 25. 26. 27. 28. Berger a. a. O. Die Nothwendigkeit der gerichtlichen Vollziehung fällt jedoch weg, wenn der Schenkende sich einen Theil seines Vermögens vorbehält, um darüber zu testiren. Besteht hingegen der bey der Schenkung gemachte Vorbehalt nur in der Nutznießung, so muß dieselbe gerichtlich geschehen. Const. 1. u. 2. Th. III.
g) l. 4. C. de don. c. m. Kind Qu. for. II. p. 240.

§. 1347.

2) In den **Wirkungen** unterscheidet sich die Schenkung auf den Todesfall von der donatio inter viuos darin, daß bey jener der Beschenkte, so lange als der Donator lebt, kein festes Recht auf die Sache hat und Letzterer nach bloser Willkühr sie wiederrufen kann; daher es auch aufhört eine Schenkung auf den Todesfall zu seyn, wenn sich der Schenkende der Befugniß, sie willkührlich wiederrufen zu können, begiebt, ungeachtet ihr ausdrücklich der Name einer donatio mortis cauſſa sollte beygelegt worden seyn a). Man muß inzwischen hiebey unter zweyerley Arten von Schenkungen auf den Todesfall unterscheiden: A) Wenn jemand um deswillen eine Schenkung macht, weil er gegenwärtig einer Todesgefahr ausgesetzt ist,

und wünscht, daß, im Falle er darin umkäme, der Schenknehmer die Sache haben solle: so ist die Schenkung, wenn der Donator jene Gefahr überlebt, an sich selbst und ohne Wiederruf aufgehoben. Die geschenkte Sache kann daher, wenn sie sich schon im Besitze des Beschenkten befindet, wieder zurückgefordert werden, ohne daß ein besonderer Wiederruf vorherzugehen braucht b).

a) l. 27. 30. D. de m. c. don. Berger a. a. O. th. 27.
b) l. 2. 3. 4. 5. 6. 35. §. 4. D. de mortis c. don. Berger a. a. O. n. 5. In Ansehung der zustehenden Klage muß man auf die Worte der Schenkung sehen. Ist diese unter der suspensiven Bedingung des Todes geschehen, z. B. der Donator solle die Sache haben oder behalten, wenn der Schenkende umkommen würde; so behält der Schenkende, so lange er lebt, das Eigenthum, und kann folglich, wenn er der gefürchteten Gefahr nicht unterliegt, die Sache vindiciren. Ist hingegen die Sache sofort übereignet, und nur das Befugniß der Zurückforderung vorbehalten worden, so kann sich der Schenkende blos der persönlichen Zurückforderungsklage bedienen, l. 29. D. de don. m. c. l. 13. §. 1. l. 35. §. 4. l. 37. §. 1. D. eod.

§. 1348.

B) Ist die Schenkung ohne eine solche Rücksicht gegenwärtiger Gefahr geschehen, so behält der Donator die Hofnung, nach dem Tode des Schenkenden die Sache eigenthümlich zu erwerben, im Falle Letzterer die Schenkung nicht wiederrufen hat, oder dieselbe sonst wieder erloschen ist. Dieser Wiederruf ist aber völlig der Willkühr des Schenkenden überlassen, und weder an besondre Ursachen, noch an Sollennitäten gebunden a). Sie kann auch stillschweigend geschehen, wenn der Schenkende ohne Noth die geschenkte Sache veräußert, das Capital, welches hiezu bestimmt ge-

wesen, einhebt und dergl. mehr, oder wenn er sonst durch andre Handlungen erklärt, daß er seinen Willen geändert habe [b]). Wenn ein unverheyrathetes Frauenzimmer ihr Mobiliarvermögen auf den Todesfall verschenkt hat, und sich dann verheyrathet, so erlischt diese Schenkung sofort wegen des dem Manne zustehenden Successionsrechts in die Mobiliarverlassenschaft [c]). Nicht weniger erlöschen die Schenkungen auf den Todesfall alsdann, wenn die Sache durch Zufall untergeht; wenn der Donatar sie auf einem andern Wege titulo lucratiuo erwirbt; wenn der Schenkende soviel Schulden hinterläßt, daß kein Vermögen übrig bleibt [d]); oder wenn der Erstere vor dem Schenkenden verstirbt [e]).

a) l. 30. D. h. t. Rind quaest. for. II. c. 42.

b) Lauterbach coll. Pand. h. t. §. 38. 39. Die blose nach der Schenkung geschehene Einsetzung eines Erben enthält an sich selbst keinen stillschweigenden Wiederruf; außer wenn die Schenkung sich auf das gesammte Vermögen erstreckt, und sonach die spätere letztwillige Verordnung die frühere aufhübe. Stryck vlus mod. L. 39. Tit. 6. §. 6.

c) Stryck a. a. O. §. 9. Carpz. Resp. Lib. VI. resp. 62. no. 16. Auf Schenkungen unter den Lebendigen ist dieß nicht zu erstrecken. Carpz a. a. O. no. 14.

d) Lauterbach a. a. O. §. 43. 44.

e) §. 1. Inst. de donat. Sterben beyde zugleich, so daß man nicht weiß, welcher früher als der andere gestorben, so wird für den Besitzer gesprochen, l. 26. D. h. t. l. 18. D. de rebus dubiis. Berger Oec. a. a. O. th. 27.

§. 1349.

Tritt keiner dieser Fälle ein, so erhält der Donatar nach dem Tode des Schenkenden ein unwiederrufliches Recht auf die Schenkung, selbst wenn die Erbschaft nicht angetreten wird [a]), oder wenn er aus irgend einem

Grunde das Testament des Schenkenden angegriffen haben sollte [b]). Das Eigenthum der geschenkten Sachen geht dann ipso iure auf den Beschenkten über, und dieser kann sich daher eben der Klagen bedienen, die den Legataren zustehen (§. 785.), ausgenommen der actio personalis ex testamento, welche er nur dann hat, wenn die Schenkung im Testamente bestätigt ist [c]). Wenn eine solche Schenkung unter einer negativen Bedingung gemacht worden ist, so findet auch, wie bey den Legaten, die cautio Muciana Statt [d]). Eben so üben diejenigen, welchen gemeinschaftlich eine solche Schenkung gemacht worden, das ius adcrescendi unter einander aus, wie die Legatare [e]); hingegen fällt die bey den Legaten vorkommende Abziehung der Quarta Falcidia bey den Schenkungen auf den Todesfall weg, sowohl wenn sie sich auf das ganze Vermögen, als wenn sie sich nur auf einzelne Dinge erstrecken [f]). Hat sich der Schenkende bey einer auf den Todesfall gemachten Donatio omnium bonorum einen Theil seines Vermögens vorbehalten, um darüber zu testiren, und stirbt ohne eine Disposition gemacht zu haben, so fällt dieser Theil an die Intestaterben und nicht an den Schenknehmer [g]).

a) §. 1. Inst. de donat. l. 25. 32. D. de donat. m. c. Thibaut Pand. §. 1113. Hellfeld iurispr. for. §. 1709.

b) l. 5. §. 17. D. de his, quae vt indignis.

c) Thibaut a. a. O.

d) arg. Nou. 22. c. 44. §. 9. Lauterbach a. a. O. §. 33. Thibaut a. a. O.

e) l. vn. l. 14. C. de caducis tollendis. Lauterbach a. a. O. §. 24.

f) Const. 1. P. III. Haubold ad Bergeri Oec. Tom. I. p. 442. n. t. Schott inst. iur. Sax. L. III. cap. 1. §. 3. beschränkt diese Verordnung zwar auf die donatio omnium bonorum, allein die Worte der Constitution: In diesen und andern Donationen, so auf den Todesfall geschehen, zeigen deutlich, daß sich dieselbe auf alle Schenkungen dieser Art erstrecken.

g) Const. 2. P. III.

§. 1350.

Die Schenkungen unter den Lebenden geben zwar dem Beschenkten sofort ein unwiederrufliches Recht, das ihm der Schenkende keinesweges nach Willkühr wieder entziehen kann. Es giebt jedoch mehrere Ursachen, aus welchen auch bey diesen Schenkungen der Wiederruf Statt findet. Zu diesen gehören, außer der Revocation wegen unterbliebener Erfüllung eines beygefügten modi, oder wegen einer beygefügten resolutiven Bedingung, folgende: 1) Undankbarkeit des Beschenkten. Nicht eine jede undankbare Aeußerung desselben berechtigt aber den Donator zum Wiederruf, sondern hauptsächlich nur A) grobe Verbalinjurien; B) Realinjurien; C) Lebensnachstellungen; D) Zufügung eines beträchtlichen Verlustes am Vermögen; E) unterlassene Erfüllung eines bey der Schenkung gethanen Gegenversprechens. Andre von diesen verschiedene Ursachen begründen keine Revocation, wohl aber solche, die unter den angezeigten Beweisen der Undankbarkeit mit enthalten sind [a].

a) l. vlt. Cod. de reuoc. donat. und daselbst die Worte: Ex his enim tantummodo causis. Berger Oec. L. II.

Tit. 2. th. 29. not. 2. Menken Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 17. Carpz. P. II. const. 12. def. 31. Was insbesondre die letzte Ursache, die Nichterfüllung eines Gegenversprechens, anlangt, so kann hiezu a) nur ein bey und wegen der Schenkung gethanes Versprechen, nicht eine jede andre dem Beschenkten gegen den Schenkenden obliegende Verbindlichkeit einen Grund abgeben, wie schon die Worte der l. vlt. zeigen: Vt — quasdam conuentiones siue in scriptis donationi impositas, siue sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Es ist aber b) nicht erforderlich, daß das unerfüllte Versprechen gerade ein pecuniäres Interesse für den Donator gehabt habe, und daher kann aus dem Grunde der Undankbarkeit eine Schenkung unstreitig revocirt werden, wenn der Beschenkte einen modus unerfüllt läßt, der blos ihn selbst, oder einen Dritten, und gar nicht das Interesse des Schenkenden concernirt. Berger a. a. O. not. 3. Wernher P. VII. Obs. 45. Doch würde bey einem solchen modo simplici nicht die condictio caussa data, c. non sec., sondern nur die condictio ex l. vlt. C. de reuoc. don. Statt finden.

§. 1351.

Die Befugniß, wegen Undankbarkeit eine Schenkung zu wiederrufen, steht aber blos dem Schenkenden selbst, nicht den Erben desselben zu, ausgenommen wenn der Donator schon seine Absicht, die Schenkung zu wiederrufen, erklärt, oder die Klage angestellt hat; oder wenn der Wiederruf wegen eines unerfüllten Gegenversprechens geschieht, welches erst nach dem Tode des Schenkenden erfüllt werden konnte a). Gegen die Erben des Beschenkten kann wegen einer Beleidigung, die sie selbst gegen den Donator verüben, der Wiederruf der ihrem Erblasser gemachten Schenkung nicht Statt finden b). Remuneratorische Schenkungen können nur in soweit wegen Undankbarkeit revocirt wer-

den, als sie die vorher empfangene Wohlthat übersteigen, und folglich als eigentliche, simple Schenkungen zu betrachten sind [c]). Der Umstand, daß die Schenkung eidlich bestärkt worden ist, oder der Schenkende auf den Wiederruf wegen Undankbarkeit Verzicht geleistet hat, hindert denselben nicht [d]). Uebrigens kann bey der Klage über die Handlungen, welche ihr zum Grunde liegen, auch der Eyd angetragen werden [e]); als Gegenstand derselben ist aber nur das zu betrachten, was zur Zeit des Wiederrufs noch wirklich von der Schenkung vorhanden ist, nebst den von Zeit der Klage an erhobnen Nutzungen, oder den von da an gefällig werdenden Verzugszinsen [f]).

a) l. vlt. C. de reuoc. don. in den Worten: Nulla licentia concedenda donationis succeſſoribus huiusmodi querimoniarum *primordium* inſtituere. Auch die Analogie der querela inofficioſi bestätigt es, daß die Erben dann klagen können, wenn der Erblasser schon die Wiederrufung präparirt hat.

b) Leyser Sp. 437. med. 2. Der Grund ist, weil sie keine Wohlthat vom Donator unmittelbar erhalten haben, folglich auch der Begriff der Undankbarkeit eigentlich nicht Statt findet. — Die Meynung Leysers u. Bergers a. a. O. n. 4. aber, daß auch wegen Undankbarkeit des Erblassers nicht gegen die Erben desselben geklagt werden könne, scheint ungegründet. Die l. vlt. C. verordnet hierüber nichts, ungeachtet sie ausführlich von den Personen handelt, welchen die Klage zusteht, und die zur Analogie angezogne l. 22. C. de poenis handelt von Strafen an der Ehre und am Körper. Daß ein Verlust am Vermögen, den der Erblasser durch eine verpönte Handlung verschuldet, auch die Erben treffen könne, lehrt im Gegentheile schon die als Strafe angenommene Confiscation des Vermögens; und übrigens ist bey diesem Wiederrufe nicht die Rede von einer Strafe, sondern von einer Privatsatisfaction, welche sich der Do-

nator hier verschaffen darf; s. *Donelli* Comm. Lib. 14. c. 10. litt. a.

c) Berger a. a. O. not. 1. Die Donatio ob causſam, z. B was als Mitgift einer Tochter, oder dem Ehemanne derselben geschenkt worden; eine Schenkung, welche der Vater seinen Kindern zu ihrem Unterhalte giebt, Subsidium paternum, kann aus diesem Grunde nicht revocirt werden. H. G. Cuer pr. resp. iur. 126. Lipſ. 1801. Berger a. a. O. Leyser Sp. 437. m. 1. Wernher P. I. Obſ. 66. Wenn hingegen die Schenkung unter der Form eines Kaufs vollzogen, und das Kaufgeld erlassen worden ist, so findet die Revocation Statt. Wernher P. V. Obſ. 84.

d) Berger a. a. O. th. 29. Carpz. Deciſ. 123. Lauterbach coll. Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 52.

e) Wernher P. VII. Obſ. 46. Hommel Rhapſ. Obſ. 262.

f) l. 7. C de reuoc. donat. l. 41. §. 1. D. de re iudicata. — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Verordnung der Auth. Quod mater, C de reuoc. donat., nach welcher eine Frau, die ad ſecundas nuptias geschritten, nur gewisser Ursachen halber die Schenkungen an ihre Kinder revociren kann, h. z. T. keine Anwendug mehr leidet. Berger Oec. Lib. I. Tit. 3. th. 8. not. 1. Anderer Meynung ist Wernher P. VII. Obſ. 47.

§. 1352.

2) Ein zweyter Grund, weshalb eine Schenkung wieder aufgehoben werden kann, ist alsdann vorhanden, wenn der Donator zur Zeit der Schenkung keine Kinder hatte, und nach der Zeit durch Geburt oder Legitimation rechtmäßige Kinder bekommt [a]). Eine jede Schenkung, sie mag das ganze Vermögen, eine pars quota, oder eine einzelne Sache von Werthe zum Gegenstande haben [b]), selbst die Schenkung an eine pia cauſa [c]), wird hiedurch ipſo iure aufgehoben, weil die Rechte präsumiren, daß der Kinderlose Donator

unter einer stillschweigenden Resolutivbedingung die Schenkung gemacht habe [d]; daher können auch nach dem Tode desselben seine Kinder die Schenkung wiederrufen, und er selbst dieses thun, wenn die Kinder vor ihm wieder verstorben sind [e]. Wenn hingegen der Donator zur Zeit der Schenkung schon Kinder am Leben hatte, so kann er deshalb, weil er noch mehrere bekommt, die Schenkung nicht aufheben, außer wenn eine Läsion in dem Pflichttheile dadurch bewirkt würde; eben daher kann auch eine Wittwe, die den Kindern erster Ehe eine Schenkung macht, und dann in einer zweyten Ehe mehrere Kinder bekommt, das Gegebene nicht zurückfordern [f]. Ungeachtet aus diesem Grunde die ganze Schenkung aufgehoben wird, so ist doch der Donatar nicht verbunden dasjenige zu ersetzen, was durch Zufall untergegangen ist, oder was er bereits bona fide verzehrt hat; daher auch die vor der Geburt der Kinder erhobnen Nutzungen, sowohl diejenigen, welcher er zwar nachher erst erhoben, aber ohne von der Geburt Wissenschaft zu haben, consumirt hat, nicht in der Erstattung begriffen sind [g]. Die Zurückforderung wegen der Kinder fällt weg, wenn die Schenkung blos remuneratorisch gewesen [h]; ingleichen wenn der Donator auf die Zurückforderung wegen dieses Grundes Verzicht geleistet hat [i].

a) l. 8. C. de renoc. donat. **Carpz.** P. II. const. 12. def. 32. **Berger** Oec. L. II. Tit. 3. th. 29. **Menken** Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 18. Die Adoption von Kindern bewirkt den Wiederruf nicht, arg. l. 51. §. 1. D. de legatis II. **Lauterbach** coll. Pand. Lib. 39. Tit. 5. §. 54., eben

so wenig auch die Geburt außerehelicher Kinder, da diese kein Erbrecht haben. Berger a. a. O.

b) Carpz. und Berger a. a. O. Lauterbach a. a. O. §. 55., weil es in der l. 8. cit. heißt: Si — bona omnia vel partem aliquam. — Nach der Meynung Bergers a. a. O. n. 9. kann jedoch der unentgeltlich geschehene Erlaß einer Forderung aus diesem Grunde nicht revocirt werden.

c) Otto Phil. Zaunschliffer D. de reuocatione donat. Marb. 1700. th. 31. Berger a. a. O. n. 5.

d) l. 8. C. cit. Carpz. a. a. O. def. 40. Lauterbach a. a. O. §. 54.

e) Carpz. a. a. O. Berger a. a. O. not. 5. Ausgenommen im letztern Falle, wenn der Donator die Schenkung ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt; daher würden seine Erben die Schenkung nicht zurückfordern können, wenn der Donator nach dem Tode seiner Kinder den Donatarius wissentlich im Besitze der Geschenke gelassen hätte. Lauterbach a. a. O. §. 54.

f) Berger a. a. O. n. 5. u. Küstner ad h. l. n. 5b.

g) Lauterbach a. a. O. §. 56. Haubold ad Berger. I. p. 304. not. a. Hofacker princ. iur. ciu. §. 1003. Nach der Meynung derselben und Menkens a. a. O. §. 17. kann sich der Kläger der Vindication bedienen, weil die l. 8. sagt: totum reuertatur. Allein da hier die Paciscenten vom Anfange an die Absicht haben, die Schenkung unwiederruflich zu machen, und dem Donator blos vorbehalten bleibt, wiederum vom Vertrage abzugehen, so kann arg. l. 3. C. de pactis inter emt. et vend. blos eine persönliche Klage Statt finden.

h) Carpz. a. a. O. def. 34. Leyser Sp. 434. med. 10., ausgenommen, in sofern die Schenkung die vorher erhaltne Wohlthat am Werthe beträchtlich übersteigt. H. G. Bauer progr. resp. iur. 156. Lipf. 1804.

i) Carpz. a. a. O. def. 33. Doch können diesen Falls die Kinder, wenn ihnen der Pflichttheil nicht übrig bleibt, soviel als zu dessen Ergänzung gehört, zurück verlangen. Berger a. a. O. n. 7. Otto Phil. Zaunschliffer D. exh. reuocationem donat. ex l. 8. et fin. C. de reu don. Marb. 1700.

§. 1353.

Endlich kann 3) eine Schenkung zum Theil wieder aufgehoben werden, wenn sie inofficios ist. Dies findet alsdann Statt, wenn jemand auf einmal oder nach und nach von seinem Vermögen soviel verschenkt, daß den nothwendigen Erben zur Zeit der Schenkung sowohl als zur Zeit seines Todes der Pflichttheil nicht völlig übrig bleibt. Daher ist eine Schenkung nicht als inofficios zu betrachten, wenn zur Zeit, wo sie gemacht wurde, noch hinlängliches Vermögen übrig blieb, dieses aber nachmals durch Zufall vermindert wurde; oder wenn im Gegentheile zwar Anfangs nicht soviel übrig blieb, das Vermögen aber nachher sich wieder vermehrte [a]). Es wird mithin bey Berechnung des Pflichttheils auf den Vermögensbestand gesehen, wie er vor der letzten Schenkung war, so daß dieselbe impugnirt werden kann, wenn damals der Pflichttheil nicht übrig blieb, oder nachher durch Vermehrung des Vermögens oder durch Abgang eines oder mehrerer Pflichterben, die Legitima nicht wieder ergänzt worden ist [b]).

a) Tit. C. de inoffic. donat. Const. 12. P. II. Nou. 92. cap. 1. Hommel Obs. 602. Carpz. a. a. O. def. 36. Haubold ad Berger. Tom. I. p. 301. not. t. s. oben II. §. 696. — Chr. Thomasius D. de legitima viuentis. Hal. 1700. u. 1713. ist cap. 3. §. 21. der Meynung, daß der bloße Erfolg nicht hinreiche, sondern der Donator die Absicht gehabt haben müsse, den Pflichttheil zu schmälern: allein l. 2. et 7. C. de inoffic. donat. zeigen, daß die Wiederrufung auch ohne diese Absicht Statt habe.

b) Cocceji ius contron. L. 39. Tit. 5. qu. 9. §. 10. Lauterbach a. a. O. §. 43. Leyser Sp. 91. med. 1.

§. 1354.

Man merke hierüber Folgendes: 1) die Klage, welche den Pflichterben wegen dieser Ursache zusteht, ist analog mit der querela inofficiosi testamenti [a]); daher steht das Recht sie anzustellen 2) blos denjenigen Personen zu, welchen der Schenkende einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig war [b]). 3) Sie findet auch dann Statt, wenn die unmäßige Schenkung an einen Notherben zum Nachtheil der übrigen gemacht worden ist [c]). 4) Die Geschwister des Donators können dieselbe nur dann anstellen, wenn die Schenkung an eine persona turpis gemacht worden ist [d]). (§. 693.) 5) Die Pflichterben können die Schenkung nicht anfechten, wenn der Donator sie aus einer gesetzlichen Ursache hätte enterben können [e]).

a) l. 1. 2. 4. 7. 8. C. de inoffic. donat.

b) Lauterbach a. a. O. §. 43.

c) l. 1. 2. 6. 7. 8. C. h. t.

d) Cocceji ius controu. Lib. 39. Tit. 5. qu. 9. §. 5. Lauterbach a. a. O. §. 43.

e) Nou. 92. cap. 1. §. 1. l. 5. C. de inoffic. donat. — Cocceji a. a. O. §. 2. ist der Meynung, daß nicht alle Enterbungsursachen hier berücksichtigt werden können, sondern blos die cauſſae ingratitudinis, welche in der l. 10. C. de reuoc. donat. als Ursachen angegeben worden sind, weshalb jede Schenkung revocirt werden kann. Unstreitig liegt der Grund dieser Meynung in den Worten der Nou. 92.: Haec dicimus de filiis gratis exiſtentibus, non de ingratis — nam ſi hoc — ſint ea, quae in lege de ingratis poſita ſunt, rata. Allein unter der l. de ingratis kann unmöglich die l. vlt. C. cit. gemeynt seyn, da man bey dem Worte ingratis suppliren muß filiis. Es ist daher hierunter die Nou. 115. zu verstehen,

wo im cap. 3. die Enterbungsursachen ebenfalls unter dem allgemeinen Namen ingratitudo begriffen, und die Kinder, welche enterbt werden können, ingrati liberi genannt werden. Thibaut Pand. §. 1108. Glück Comment. VII. 1te Abth. §. 550. S. 178. not. 69.

§. 1355.

6) Die Klage kann ihrer Natur nach erst nach dem Tode des Donators und von diesem selbst gar nicht angestellt werden [a]). 7) Sie ist nur subsidiarisch und fällt also weg, wenn die Schenkung an sich ungültig ist [b]); 8) so wie sie auch dann wegfällt, wenn eine wirklich remuneratorische Schenkung gemacht oder die Veräußerung sonst titulo oneroso geschehen ist [c]). 9) Die Klage verjährt, wie die querela inofficiosi innerhalb 5 Jahren vom Tode des Erblassers an; kann auch von den Erben der Lädirten nur dann angestellt werden, wenn der Erblasser die Absicht, die Klage zu erheben, schon erklärt hat [d]). Sie cessirt endlich 10) wenn der Lädirte die Schenkung als gültig anerkannt hat [e]). Dagegen weicht diese Klage von der querela inofficiosi testamenti darin ab, daß bey derselben nicht die ganze Schenkung wieder aufgehoben wird, sondern nur soviel als zur Ergänzung des Pflichttheiles nöthig ist [f]). Hat der Donator mehrere kleine Schenkungen gemacht, welche zusammen erst die Läsion des Pflichttheiles bewirken, so ist zu unterscheiden, ob dieselben zu gleicher, oder zu verschiedener Zeit gemacht worden sind; im erstern Falle wird von allen pro rata, im andern Falle aber nur von den zuletzt gemachten Schenkungen soviel, als erforderlich ist, abgezogen [g]).

a) Lauterbach a. a. O. §. 45. Glück a. a. O. S. 168.

b) Cocceji a. a. O. §. 4.

c) Carpz. P. II. const. 12. def. 35. Georg Ad. Schuberth D. de venditione inofficiosa. Lipf. 1723. §. 4.

d) l. vlt. C. de inoffic. donat. Cocceji a. a. O. §. 6.

e) l. 6. C. h. t.

f) l. 2. 5. 7. C. h. t. l. 87. §. 3. D. de legatis II. Glück a. a. O. S. 161. Wernher P. IV. Obf. 190. Hommel Obf. 602. Christ. Rau D. de querela inofficiosae donat. Lipf. 1775. §. 8. Haubold ad Bergeri Oec. i. T. l. p. 301. not. t. Cocceji a. a. O. §. 9. Thibaut §. 1108.

g) Cocceji c. l. §. 3. Rau a. a. O. §. 9. Thibaut §. 1108.

§. 1356.

Endlich können nicht blos eigentliche, offene Schenkungen als inofficios angefochten werden, sondern auch verschleyerte Schenkungen, die unter der äußern Form eines Kaufs oder andern oneroſen Vertrags nichts als eine unentgeltliche Veräußerung enthalten [a]). Der Fall, wo ein Kauf oder andrer oneroſer Vertrag als Schenkung betrachtet werden muß, iſt vorhanden, wenn 1) in demſelben zwar ein angemeſſener Preiß oder Lohn für den überlaſſenen Gegenſtand beſtimmt worden iſt, der Veräußernde aber denſelben entweder erlaſſen hat, bevor er ausgezahlt worden, oder nachher baar oder auf andre Weiſe wieder erſtattet hat, und mithin ein bloſer Scheinkauf geſchloſſen worden iſt [b]). 2) Wenn der beſtimmte und wirklich bezahlte Preiß ganz unangemeſſen iſt, d. h. noch nicht die Hälfte des wahren Wer-

thes beträgt [c]). Ist nun eine solche Verhandlung unter Personen vollzogen worden, die sich keine Schenkung machen können, so kann dieselbe als null und nichtig aufgehoben werden [d]); ist dieß zwar nicht der Fall, die unentgeltliche Veräußerung jedoch so beschaffen, daß dadurch das Vermögen so sehr vermindert wird, daß der Pflichttheil nicht übrig bleibt, so kann die querela inofficiosae donationis dawider angestellt werden [e]).

a) Leyser Sp. 91. med. 2. Thibaut Pand. §. 1108. Tit. C. Plus valere quod agitur, quam quod simulatur.

b) l. 36. 38. 55. D. de contr. emt.

c) arg. l. 2. C. de resc. vend, l. 38. D. de contr. emt.

d) l. 38. D. de contr. emt. Cocceji a. a. O. §. 4.

e) Leyser Sp. 91. med. 2.

§. 1357.

Ist endlich diese verschleyerte Schenkung in der Absicht geschehen, um den Pflichttheil zu entziehen, so können die Erben, denen derselbe gebührt, sich zur Aufhebung des Geschäfts auch der Actio Quasi-Fauiana oder Quasi-Caluisiana bedienen, je nachdem der Donator ein Testament errichtet hat oder nicht [a]). Diese Klagen unterscheiden sich von der erstern darin, daß der Kläger den dolus des Schenkenden erweisen muß [b]), und daß sie noch binnen 31. J. 6. W. 3. T. angestellt werden können [c]); darin aber kommen sie mit derselben überein, daß sie blos persönlich und subsidiarisch sind [d]), und die Schenkung nur soweit rescindiren, als es zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist [e]).

Wenn die Sache noch existirt, so hat der Abkäufer die Auswahl, ob er das, was er zu wenig gegeben, nachzahlen oder die Sache für soviel, als er dafür bezahlt, zurückgeben will [f]); existirt sie ohne Schuld desselben nicht mehr, so ist er von der Verbindlichkeit zur Erstattung befreyt [g]); wenn er hingegen dolose aufgehört hat sie zu besitzen, so ist er zu Ersetzung des gesammten Schadens gehalten [h]).

a) Beyde Klagen fanden eigentlich Statt, wenn ein Freygelassener zum Nachtheil der dem Patron zustehenden Erbschaft eine Veräußerung vornahm, und zwar die Fauiana, wenn er ein Testament hinterlassen, die Calusiana, wenn er, ohne ein Testament gemacht zu haben, verstorben, l. 1. D. Si quid in fraudem patronor. l. 3. §. 2 D. eod. l. 2. C. Si in fraud. patr. Glück a. a. O. S. 192. Angewendet wurden sie auf einen arrogatus, wenn der Arrogator zum Nachtheil der jenem gebührenden Quarta D. Pii Veräußerungen vorgenommen, l. 13. D. eod., und bey der Aehnlichkeit der Verhältnisse können sie allerdings auch wegen der Legitima der andern nothwendigen Erben Statt finden. Glück a. a. O. S. 191. Lauterbach Lib. 38. Tit. 5. §. 3. Menken Pand. eod. tit. Andrer Meynung ist Chph. Ludw. Crell D. Vtrum liberi act. Quasi-Calusiana venditiones parentum inoffic. reuocare possint. Viteb. 1739. Georg Ad. Schuberth D. de venditione inoffic. Lipsi. 1723. Hommel Obs. 602.

b) l. 1. §. 1. 4. D. Si quid in fraud. patr. l. 6. D. de probat. Daß der Abkäufer auch in dolo sey, wird nicht erfordert.

c) l. 1. §. 26. D. Si quid in fraud. patr.

d) l. 1. §. 19. D. eod. l. 16. pr. §. 1. D. de iure patr. Doch können auch die Erben des Lädirten sich der Klage bedienen, l. 1. §. 26. D. Si quid in fraud. patr.

e) l. 1. §. 11. 21. D. Si in fraud. patr. l. 1. C. eod.

f) l. 1. §. 12. 13. D. eod. Ist die Verkürzung des Pflicht-

theils dadurch bewirkt, daß der Erblasser eine Sache unmäßig theuer gekauft hat, so findet in Ansehung der Zurückgabe des Preißes dieselbe Auswahl Statt, wie in obigem Falle wegen der Sache.

g) l. 10. D. eod.

h) l. 5. §. 1. D. eod.

Handbuch

des

im Königreiche Sachsen

geltenden

Civilrechts.

Dritter Theil.

Des dritten Buches erste Abtheilung.

Leipzig,
im Schwickertschen Verlage
1807.