System

des

Römischen Rechts

von

Heinrich Dernburg,
weil. ordentlichem Professor an der Universität Berlin.

Der Pandekten

achte, umgearbeitete Auflage,

bearbeitet

von

Dr. Paul Sokolowski,
vorm. a. o. Professor an der Universität Berlin
und ordentlicher Professor an der Universität Königsberg.

Zweiter Teil.

Berlin 1912.
Verlag von H. W. Müller.

Alle Rechte vorbehalten.

Drittes Buch. Das Obligationenrecht.

Erster Teil. Die allgemeinen Lehren.

Erster Abschnitt. Rechtliche Natur der Obligationen.

Seite

§§ 257. Begriff der Obligation 535
§§ 258. Die Leistungspflicht und ihr Zweck 538
§§ 259. Die Obligation und die Klage 539
§§ 260. Die Naturalobligationen. Das Allgemeine 541
§§ 261. Die Fälle der Naturalobligation 543

Zweiter Abschnitt. Die Entstehungsgründe der Obligationen.

§ 262. Die Entstehungsgründe der Obligationen im allgemeinen 546

Erstes Kapitel. Die Form der obligatorischen Geschäfte.

§§ 263. Römisches Kontraktensystem 548
§§ 264. Das römische Kontraktssystem und die Rechtsentwicklung in Deutschland 551

Zweites Kapitel. Der Abschluß obligatorischer Geschäfte.

§§ 265. Schuldverträge und einseitige Versprechen 552
§§ 266. Vertragsverhandlungen. Vorverträge. Culpa in contrahendo . . . 555
§§ 267. Vertragsschluß. Verträge unter Abwesenden 558
§§ 268. Die Arra, Draufgabe 560

Drittes Kapitel. Verhaftung aus fremden Geschäften.

§§ 269. Allgemeines. Actio exercitoria und institoria 562
§§ 270. Die drei Klagen aus den Kontrakten der Gewaltuntergebenen gegen den Gewalthaber 564

Viertes Kapitel. Erfordernisse obligatorischer Geschäfte.

§§ 271. Bestimmbarkeit der Leistung 568
§§ 272. Unmögliche, unsittliche Versprechen 570
§§ 273. Wucherische Geschäfte 574
§§ 274. Interesse, Vermögenswert der Leistung 575
§§ 275. Verträge zugunsten Dritter 577

Fünftes Kapitel. Die Arten obligatorischer Geschäfte.

§§ 276. Einseitig und gegenseitig verpflichtende Geschäfte 580
§§ 277. Die synallagmatischen Geschäfte insbesondere 580
§§ 278. Einrede des nichterfüllten Vertrages 584
§§ 279. Abstrakte Obligationen 586

Seite

Dritter Abschnitt. Inhalt und Gegenstand der Obligation.

Erstes Kapitel. Das Wesen der obligatorischen Leistung.

§ 280. Inhalt und Gegenstand im allgemeinen 589
§ 281. Teilbare und unteilbare Obligationen 592

Zweites Kapitel. Verschiedene Kategorien der Schuldobjekte.

§ 282. Spezies- und Genusschuld 595
§ 283. Geld und Geldschulden 597
§ 284. Alternative Obligationen 600

Drittes Kapitel. Besondere Leistungen.

I. Die Zinsen.

§ 285. Die Zinsenpflicht im allgemeinen 604
§ 286. Vertragsmäßige und gesetzliche Zinsen 605
§ 287. Die Höhe der Zinsen 608

II. Die Alimentationspflicht.

§ 288. Unmittelbare und mittelbare Alimente 610

Viertes Kapitel. Ort und Zeit der Erfüllung.

§ 289. Der Erfüllungsort 612
§ 290. Klageort und Erfüllungsort 614
§ 291. Zeit der Leistung 615
§ 292. Rechtliche Bedeutung der Zeitbestimmungen 616

Fünftes Kapitel. Verschuldung, Verzug, Schadenersatz, Vertragsstrafe.

I. Verschuldung.

§ 293. Die Verschuldung in Vertragsobligationen 618
§ 294. Das Maß der Verschuldung bei den einzelnen Kontraktsverhältnissen . 620
§ 295. Verhaftung für fremde Verschuldung 623
§ 296. Haftung bis zur höheren Gewalt 625

II. Verzug.

§ 297. Verzug des Schuldners. Voraussetzungen 627
§ 298. Folgen des Verzuges des Schuldners 630
§ 299. Beendigung des Verzuges 633
§ 300. Verzug des Gläubigers 635

III. Schadensersatz.

§ 301. Der Schaden und sein Ersatz im allgemeinen 638
§ 302. Umfang der Interessevergütung 640

IV. Konventionalstrafe.

§ 303. Begriff. Grundsätze 644

Vierter Abschnitt. Die Übertragung der Obligationen.

§ 304. Einleitung. Veränderungen der Obligationen 647

I. Die Zession.

§ 305. Die Zession und die Denuntiation 649
§ 306. Zessionsakt und Zessionsgrund 652
§ 307. Gegenstand der Zession 653
§ 308. Rechte des Zessionars gegen den Zessus 654
§ 309. Rechtsverhältnisse zwischen dem Zessionar und dem Zedenten 657

Seite

II. Schuldübernahme.

§ 310. Begriff und Wirkungen der Schuldübernahme 659

Fünfter Abschnitt. Die Tilgung der Obligationen.

§ 311. Beendigungsgründe im allgemeinen. Akzeptilation 661

I. Zahlung, Konkurs, Kompetenz.

§ 312. Die Zahlung 663
§ 313. Konkurs 668
§ 314. Die Rechtswohltat der Kompetenz 669

II. Erfüllungssurrogate.

§ 315. Leistung an Zahlungsstatt 671
§ 316. Novation und Delegation 673
§ 317. Erfordernisse und Wirkung der Novation 675
§ 318. Öffentliche Deposition 678
§ 319. Kompensation. Geschichtliche Entwicklung 680
§ 320. Voraussetzungen der Kompensation 682
§ 321. Geltendmachung, Wirkungen der Kompensation 685

III. Erlaßverträge.

§ 322. Freiwilliger Erlaßvertrag 687
§ 323. Zwangserlaß. Akkord 688

IV. Andere Tilgungsgründe.

§ 324. Wegfall des Subjektes 688
§ 325. Unmöglichwerden der Leistung 690

Sechster Abschnitt. Mehrere Obligationen auf dasselbe Ziel.

Solidarobligationen, Bürgschaften, Interzessionen.

§ 326. Allgemeines. Konstitutum 692

Erstes Kapitel. Die solidarischen Obligationen.

§ 327. Die Beteiligung mehrerer an Obligationsverhältnissen im allgemeinen . 694
§ 328. Korrealobligationen und Solidarobligationen 695
§ 329. Die Theorie der Einheit der Korrealobligationen 697
§ 330. Die passiven Korrealobligationen 701
§ 331. Die aktiven Korrealobligationen 705
§ 332. Behandlung der Solidarobligationen im engeren Sinne 706

Zweites Kapitel. Die Bürgschaft.

I. Geschichtliche Einleitung.

§ 333. Die Stipulationsbürgschaft 707
§ 334. Geschäfte mit Bürgschaftseffekt 708

II. Das praktische Recht der Bürgschaft.

§ 335. Das Wesen der Bürgschaft 710
§ 336. Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen 712
§ 337. Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner 716
§ 338. Verhältnis mehrerer Bürgen 718
§ 339. Beendigung der Bürgschaft 720

Drittes Kapitel. Die Interzessionen.

§ 340. Begriff und Arten der Interzession 722
§ 341. Die weiblichen Rechtswohltaten 723

Zweiter Teil. Die einzelnen Forderungsrechte.

Erster Abschnitt. Die Kontraktsobligationen.

Erstes Kapitel. Die Realkontrakte.

I. Das Darlehen.

		Seite
§ 342.	Begriff. Begründung des Darlehens	727
§ 343.	Die Darlehensvaluta	729
§ 344.	Die Verpflichtungen aus dem Darlehen	731
§ 345.	Gelddarlehen an Hauskinder	733
§ 346.	Das Seedarlehen	735

II. Kommodat und Prekarium.

§ 347.	Das Kommodat	736
§ 348.	Das Prekarium	739

III. Depositum.

§ 349.	Begriff des Depositums. Verbindlichkeiten	741
§ 350.	Besondere Arten des Depositums	743

Zweites Kapitel. Die Konsensualkontrakte.

I. Kauf und Tausch.

§ 351.	Begriff. Abschluß des Kaufvertrages	744
§ 352.	Arten der Kaufverträge. Nebenverträge	749
§ 353.	Perfektion des Kaufvertrages. Übergang der Gefahr	752
§ 354.	Verpflichtungen des Käufers	754
§ 355.	Verpflichtungen des Verkäufers. Allgemeines	756
§ 356.	Haftung des Verkäufers wegen Eviktion	757
§ 357.	Haftung für Zusagen und Mängel	761
§ 358.	Die ädilizischen Klagen im einzelnen	763
§ 359.	Aufhebung der Kaufgeschäfte	766
§ 360.	Tauschverträge	768

II. Spiel und Wette.

§ 361.	Spiel	769
§ 362.	Die Wette	770

III. Schenkung. Vergleich.

§ 363.	Begriff der Schenkung	771
§ 364.	Die Verbindlichkeiten aus der Schenkung	774
§ 365.	Die Beschränkungen der Schenkungen	775
§ 366.	Der Vergleich	778

IV. Mietverträge.

§ 367.	Die Arten der Mietverträge. Geschichtliche Einleitung	780
§ 368.	a) Die Sachenmiete	782
§ 369.	b) Die Dienstmiete	787
§ 370.	c) Locatio conductio operis	788
§ 371.	Die lex Rhodia de jactu	792

V. Mandat. Verwandte Geschäfte. Negotiorum gestio.

a) Mandat.

§ 372.	Begriff des Mandates	793
§ 373.	Die Verpflichtungen aus dem Mandat	796
§ 374.	Erlöschen des Mandates	799

Seite

b) Unterarten des Mandates und verwandte Geschäfte.

§§ 375. Garantieverträge 800
§§ 376. Die Anweisung 800
§§ 377. Der Trödelvertrag 803

c) Die negotiorum gestio.

§§ 378. Allgemeines über die negotiorum gestio 804
§§ 379. Geschäftsführung für andere auf deren Rechnung 805
§§ 380. Fremde Geschäfte auf eigene Rechnung 810

VI. Der Gesellschaftsvertrag.

§§ 381. Begriff und Arten des Gesellschaftsvertrages 812
§§ 382. Entwicklung des römischen Sozietätsrechts 813
§§ 383. Beiträge, Anteile, gegenseitige Verbindlichkeiten der Gesellschafter . . . 815
§§ 384. Verhältnis der Gesellschafter nach außen 818
§§ 385. Beendigung der Gesellschaft 819

Zweiter Abschnitt. Die außerkontraktlichen Obligationen.

Erstes Kapitel. Die Deliktsobligationen.

§§ 386. A. Das Allgemeine der Deliktsobligationen 821
§§ 387. B. Das Furtum 823

C. Die Klage wegen Sachbeschädigung und verwandte Rechtsmittel.

§§ 388. Schuldhafte Beschädigung von Sachen und Personen 825
§§ 389. Beschädigung durch Tiere 829
§§ 390. Die actio de dejectis et effusis 830

D. Haftung wegen anderen Schadens als Sachbeschädigungen.

§ 391. Ersatz wegen Verschuldung im allgemeinen. Die Actio doli 831

E. Die Injurienklage.

§ 392. Begriff und Grundsätze 832

Zweites Kapitel. Die Kondiktionen.

§ 393. A. Die Kondiktionen im allgemeinen 834

B. Die Kondiktionen unredlichen Erwerbes.

§§ 394. Die condictio furtiva 836
§§ 395. Condictio ob turpem vel injustam causam 837

C. Die Kondiktionen wegen objektiv ungerechtfertigten Erwerbes.

§§ 396. Die condictio indebiti 838
§§ 397. Die condictio ob causam 842
§§ 398. Die condictiones sine causa 844

Drittes Kapitel. Die Anfechtungsrechte verletzter Gläubiger.

§§ 399. Die geschichtliche Entwicklung der actio Pauliana 845
§§ 400. Die Grundsätze der actio Pauliana 847

Viertes Buch. Das Familienrecht.

Erster Abschnitt. Allgemeine Begriffe.

Seite

§ 401. Die Familie und das Familienrecht 850
§ 402. Kognation und Agnation 851
§ 403. Die Arten der Verwandtschaft 852
§ 404. Die Verschwägerung 853

Zweiter Abschnitt. Das Eherecht.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Ehe.

§ 405. Begriff der Ehe. Staat und Kirche 854
§ 406. Die persönliche Stellung der Ehegatten 855

Zweites Kapitel. Eingehung und Auflösung der Ehe.

§ 407. Verlöbnis 856
§ 408. Die Form der Eheschließung 858
§ 409. Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung 858
§ 410. Aufhebung der Ehe 861

Drittes Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

§ 411. Das System der Gütertrennung 862
§ 412. Paraphernen. Muzianische Präsumtion 862

II. Die dos.

§ 413. 1. Begriff und Wesen 863
§ 414. 2. Die Geschichte des römischen Dotalrechts 864
§ 415. 3. Die Begründung des Dotalverhältnisses 867
§ 416. 4. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe 872
§ 417. 5. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe 874

III. Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.

§ 418. Die Schenkungen unter Ehegatten 878
§ 419. Die propter nuptias donatio 880

IV. Ehescheidungsstrafen. Nachteile der Wiederverheiratung.

§ 420. Ehescheidungsstrafen 881
§ 421. Nachteile der Wiederverheiratung 882

Dritter Abschnitt. Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel. Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

§ 422. Eheliche Abstammung 883
§ 423. Legitimation 885
§ 424. Die Adoption 886
§ 425. Beendigung der väterlichen Gewalt 888

Zweites Kapitel. Das Vermögensrecht der Hauskinder.

§ 426. Geschichte des Rechtes des Hausvaters 889
§ 427. Die Ausbildung des unfreien Kindesvermögens 890
§ 428. Das unfreie Kindesgut im einzelnen 891
§ 429. Das freie Kindesvermögen 892

Seite

Drittes Kapitel. Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 430. Rechte bezüglich der Person des Kindes 894
§ 431. Gegenseitige Alimentationspflicht von Aszendenten und Deszendenten . . 894

Vierter Abschnitt. Das Vormundschaftsrecht.

Erstes Kapitel. Die Grundbegriffe.

§ 432. Die Entwicklung des römischen Vormundschaftsrechtes 895
§ 433. Die Gründe der Bevormundung 897
§ 434. Die Vormünder 898
§ 435. Die Obervormundschaft 900

Zweites Kapitel. Die Begründung und Beendigung der Vormundschaft.

§ 436. Berufungsgründe, Bestellung 900
§ 437. Fähigkeit zur Vormundschaft 901
§ 438. Ablehnung der Vormundschaft 902
§ 439. Beendigung der Vormundschaft 903

Drittes Kapitel. Rechtswirkungen der Vormundschaft.

§ 440. Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels 904
§ 441. Veräußerungsverbot und Kontrollmaßregeln 905
§ 442. Die Vormundschaftsklagen 906
§ 443. Der Protutor 908

Fünftes Buch. Das Erbrecht.

Erster Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

I. Das Wesen des Erbrechts.

§ 444. Die Bedeutung des Erbrechts 909
§ 445. Der Erbe und der Vermächtnisnehmer 910

II. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 446. Der Erblasser 912
§ 447. Gründe der Erbfolge 912
§ 448. Der Erwerb der Erbschaft 914
§ 449. Die Erbfähigkeit 915
§ 450. Indignität 916
§ 451. Die ruhende Erbschaft 918

III. Zur Geschichte des Erbrechts.

§ 452. Hereditas und bonorum possessio 921
§ 453. Entwicklung der bonorum possessio 924
§ 454. Legate und Fideikommisse 925
§ 455. Fideikommissarische Erbschaften 927

Zweiter Abschnitt. Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel. Begriff und allgemeine Grundsätze.

§ 456. Das Testament und das Kodizill 929
§ 457. Testierrecht und Testierfähigkeit 931

Seite

Zweites Kapitel. Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

§ 458. Form und Formlosigkeit 932
§ 459. Zur Geschichte der Testamentsformen 934

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechts.

§ 460. Das ordentliche Privattestament und das öffentliche Testament 936

III. Besondere Arten der Testamente.

§ 461. Außerordentliche Formen 939
§ 462. Das Militärtestament 940

IV. Erleichterte Form für Vermächtnisse.

§ 463. Die Kodizillarform 941
§ 464. Das Oralfideikommiß 941

Drittes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze von letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

§ 465. Bestimmtheit des Willens 942
§ 466. Die Willenserklärung 944
§ 467. Die Interpretation der Testamente 946

II. Fehlerhafte Verfügungen.

§ 468. Wesentlicher Irrtum 947
§ 469. Unlautere Behinderung. Zwang 948
§ 470. Maßnahmen gegen Erbschleicherei 950

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

§ 471. Allgemeines. Die aufschiebende Bedingung 950
§ 472. Begünstigte Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen . . 951
§ 473. Der Modus bei letztwilligen Verfügungen 953

Viertes Kapitel. Die Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung im allgemeinen.

§ 474. Die Erfordernisse der Erbeseinsetzung 954
§ 475. Ernennung von Miterben 955
§ 476. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte 958

II. Substitutionen.

§ 477. 1. Die Vulgarsubstitution 959
§ 478. 2. Die Pupillarsubstitution 961
§ 479. 3. Die Quasipupillarsubstitution 963

III. Das Anwachsungsrecht.

§ 480. Das Allgemeine des Anwachsungsrechts 963
§ 481. Die Akkreszenz unter testamentarischen Miterben 964

Fünftes Kapitel. Ungültigkeit der Testamente.

§ 482. 1. Nichtigkeit und Vernichtung der Testamente im allgemeinen 966
§ 483. 2. Widerruf der Testamente 967
§ 484. 3. Die Kodizillarklausel 968
§ 485. 4. Urteil und Vergleich über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes . 968

Seite

Sechstes Kapitel. Die Vermächtnisse und die Schenkungen auf den Todesfall.

I. Die Vermächtnisse im allgemeinen.

A. Das Wesen und die Wirkungen.

§ 486. Begriff der Vermächtnisse 970
§ 487. Die Rechte aus dem Vermächtnisse 972
§ 488. Zwecke der Vermächtnisse. Gunst und Ungunst 974

B. Errichtung der Vermächtnisse.

§ 489. 1. Der Errichtungsakt 976
§ 490. 2. Die Subjekte der Vermächtnisse 977
§ 491. 3. Gegenstand der Vermächtnisse. Regula Catoniana 978

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

§ 492. 1. Entkräftung von Testament oder Kodizill 979
§ 493. 2. Besondere Gründe der Aufhebung der Vermächtnisse 980

D. Vermächtniserwerb.

§ 494. 1. Anfangszeit des Vermächtnisses und Vollzug des Erwerbes . . . 982
§ 495. 2. Das Recht der Repudiation des Vermächtnisses 983

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

§ 496. 1. Vermächtnisse individuell bezeichneter Sachen und von Gesamtheiten 984
§ 497. 2. Indeterminierte Vermächtnisse 986
§ 498. 3. Vermächtnisse auf Lebenszeit 988
§ 499. 4. Forderungen als Gegenstand von Vermächtnissen 990

B. Akkreszenz und Substitution bei Vermächtnissen.

§ 500. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen 992
§ 501. Die Substitutionen bei Vermächtnissen 994

C. Das Prälegat.

§ 502. Begriff und Wirkungen des Prälegates 995

III. Schenkungen auf den Todesfall.

§ 503. Begriff und Arten der Schenkungen auf den Todesfall 996

Siebentes Kapitel. Das Universalfideikommiß.

§ 504. Die Anordnung des Universalfideikommisses 999
§ 505. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution 1001
§ 506. Der Eintritt des Universalfideikommissars in die Erbenstellung . . . 1002
§ 507. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution 1004
§ 508. Das Fideikommiß auf den Überrest 1006

Dritter Abschnitt. Die Intestaterbfolge.

§ 509. Die Berufung zur Intestaterbfolge im allgemeinen 1007

Erstes Kapitel. Das vorjustinianische Intestaterbrecht.

§ 510. Das altzivile Intestaterbrecht 1008
§ 511. Die Modifikationen des zivilen Intestaterbrechts bis Justinian . . . 1010

Zweites Kapitel. Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 512. Die leitenden Gedanken Justinians 1012

Seite

A. Das ordentliche Erbrecht der Verwandten.

§ 513. Die Ordnung der Verwandten 1013
§ 514. Die sukzessive Berufung 1015
§ 515. Akkreszenzrecht unter den Intestaterben 1016
§ 516. Verwandtschaftsbegriff der Novelle 1016
§ 517. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten 1018
§ 518. C. Außerordentliche Erbrechte 1018
§ 519. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften 1019

Drittes Kapitel. Die Kollation.

§ 520. Die Grundgedanken der Kollation 1021
§ 521. Die ältere Kollation 1022
§ 522. Die neuere Kollation 1024

Vierter Abschnitt. Das Noterbenrecht.

§ 523. Einleitung. Begriff des Noterbenrechts 1026

Erstes Kapitel. Das alte formelle Noterbenrecht.

§ 524. Institution oder Exheredation der sui 1027
§ 525. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti 1029
§ 526. Absterben des alten formellen Noterbenrechts 1031

Zweites Kapitel. Das Pflichtteilsrecht und die Novelle 115.

§ 527. Der Pflichtteil im allgemeinen 1032
§ 528. Die querella inofficiosi testamenti 1032
§ 529. Die Weiterentwicklung des Pflichtteilsrechts 1035
§ 530. Pflichtteilsberechtigte Personen 1036
§ 531. Der Betrag des Pflichtteils 1037
§ 532. Die Formen der Zuwendung des Pflichtteils 1039
§ 533. Die Enterbungsgründe 1039
§ 534. Die Querel nach der Novelle 115 1041
§ 535. Partielle Verletzung des Pflichtteils 1041
§ 536. Das Pflichtteilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden 1042

Fünfter Abschnitt. Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel. Schutzmaßregeln zugunsten der Erbinteressenten.

§ 537. Eröffnung des Testaments und Vollstreckung desselben 1044
§ 538. Fürsorge des Gerichts für den Nachlaß und den Erben 1045
§ 539. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen 1045

Zweites Kapitel. Der Erwerb der Erbschaft.

§ 540. Übersicht. Geschichtliches 1048

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 541. Voraussetzungen und Form des Antritts und der Ablehnung 1049
§ 542. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben 1051

B. Der Erwerb durch die Hauskinder.

§ 543. Der Erwerb der Erbschaft durch die Hauskinder 1052
§ 544. Die Überlegungsfrist 1054

Drittes Kapitel. Die Übertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

§ 545. Der Begriff der Transmission 1055
§ 546. Die einzelnen Transmissionsfälle 1056

Seite

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

§ 547. Abtretung des Rechtes aus der Berufung 1058
§ 548. Die Veräußerung der Erbschaft 1059

Viertes Kapitel. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

§ 549. Die Rechtsstellung des Erben im allgemeinen 1061
§ 550. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger 1061
§ 551. Die Rechtswohltat des Inventars 1064

II. Die Klagen des Erben.

§ 552. Die Erbschaftsklage 1066
§ 553. Fortsetzung. Der Beweis bei der Erbschaftsklage 1070
§ 554. Singularklagen des Erben und gegen den Erben 1070

III. Die Rechtsverhältnisse der Miterben.

§ 555. Die Rechte der Miterben im allgemeinen 1072
§ 556. Die Auseinandersetzung unter den Miterben 1073

Verbesserungen XXVII
Register der Parömien XXVIII
Sachregister 1076

Verbesserungen.

Seite 10 Anm. 3 hinzuzufügen: Die jetzt erfolgte Fertigstellung der von der Berliner Akademie d. W. herausgegebenen kritischen Ausgabe des Codex Theodosianus nimmt der Hänelschen ihre Bedeutung.
„ 37 „ 6 Zeile 3 lies appellabuntur statt appellabantur.
„ 100 „ 2 „ 2 „ abhinc statt adhinc.
„ „ „ „ „ „ „ fuissent statt fuisset.
„ 180 „ 12 „ 4 „ simile statt simili.
„ 191 „ 7 „ 2 „ l. 137 § 6 statt 5.
„ 196 „ 6 „ 1 „ § 92 Anm. 2 statt 3.
„ „ „ „ „ 2 „ S. 142 statt 140.
„ 263 „ 3 hinzuzufügen: Zeitschr. d. Sav.-Stiftg. 21 (1900) S. 1 ff.
„ 343 „ 3 Zeile 4 lies habitam statt habitum.
„ 369 „ 3 „ 1 „ Topica statt pro Caecina.
„ „ „ „ „ 4 „ S. 222 statt 122.
„ 374 „ 24 „ 2 „ temporis statt tempori.
„ 406 „ 27 „ 3 „ te statt et.
„ 408 „ 21 „ 4 „ possessorem statt possessorum.
„ 429 „ 10 „ 2 v. u. lies desideret statt disideret.
„ 481 „ 2 „ 3 „ „ „ dedit statt didit.
„ 520 „ 6 „ 1 lies omni statt omnia.
„ 544 „ 7 „ 3 „ 36, 2 statt 36, 3.
„ 654 „ 8 „ 2 „ Anm. 2 N. 1 statt Anm. 1.
„ 693 „ 8 „ 3 „ actio statt acto.
„ 734 „ 4 „ 4 „ ne statt nec.
„ 816 „ 3 letzte Zeile lies lucri statt lucro.

Register der Parömien
zu Teil II.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parentheſe ſtehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung.

Ab heredibus obligationem incipere non posse 578 a 6 (275).
Aliud pro alio invito creditori solvi non potest 663 a 4 (312).
Anweiſung iſt keine Zahlung 802 a 9 (376).
Casum sentit dominus 638 a 3 (301).
Casus a nullo praestantur 638 (301).
Cujus periculum, ejus est commodum 591 (280).
Dies interpellat pro homine 629 a 14 (297).
Dolo facit, qui petit, quod redditurus est 680 a 5 (319).
Exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam 1038 (531).
Falsa causa non nocet 947 (468).
Falsa demonstratio non nocet 945 a 7 (466).
Fur semper moram facere videtur 628 a 11 (297).
Genus perire non censetur 595 a 2 (282).
Hereditas viventis non datur 912 (446).
Heres facta defuncti praestare debet 1061 a 4 (549).
Impossibilium nulla obligatio est 571 a 2 (272).
In legitimis hereditatibus successio non est 923 (452), 1009 (510).
In praeteritum non vivitur 611 (288).
Ipso jure compensari 681 (319).
Kauf bricht Miete 785 (368).
Lata culpa dolus est 619 a 6 (293).
Nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest 913 (447), 940 (462).
Nomina sunt ipso jure divisa 1073 a 5 (555).
Noxa caput sequitur 830 a 9 (389).
Periculum est emptoris 752 (353), 582 (277).
Periculum est locatoris 781 (367).
Portio portioni accrescit 911 a 7 (445), 964 (480), 994 (500).
Positus in condicione non est positus in dispositione 944 (466).
Pretium succedit in locum rei 1068 (552).
Prioris periculum ad venditorem posterioris ad emptorem respicit 601 a 6 (284).
Qui delegat solvit 802 a 9 (376).
Qui ex causa judicati solvit, repetere non potest 840 a 20 (396).
Quid debeat, esse in ejus arbitrio, an debeat, non esse 600 a 3 (284).
Semel heres, semper heres 915 (448), 927 (455), 940 (462), 950 (471), 962 (478), 999 (504).
Species perit ei cui debetur 595 a 2 (282).
Tot gradus quot generationes 852 (403).
Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies 615 a 2 (291).

Drittes Buch.

Das Obligationenrecht.

Erster Teil.

Die allgemeinen Lehren.

Erster Abschnitt.

Rechtliche Natur der Obligationen.[1]

§ 257. Begriff der Obligation.[2]

I. Obligationen sind Rechtsverhältnisse, die in der Pflicht des Schuldners zu einer vermögenswerten Leistung an den Gläubiger bestehen.[3 4]

1) Eine klare Darstellung der Obligationen im allgemeinen gibt das insbesondere für das französische Recht wichtige Werk von Pothier: traité des obligations in der Gesamtausgabe seiner Werke vol. I. p. 1 ff. Vgl. weiter: Unterholzners quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, 2 Bde., nach dessen Tode von Huschke herausgegeben 1840; Savigny, das Obligationenrecht als Teil des heutigen röm. Rechts, Bd. 1 und 2, 1851 und 1853 — leider unvollendet — hier zitiert mit OR. Zu erwähnen ist auch das auf Vorträgen beruhende, nach dem Tode des Autors veröffentlichte Werk von Molitor, les obligations en droit romain. 3 tomes, 1851; sowie Koch, Recht der Forderungen nach gem. u. preuß. Recht, 3 Bde. 2 Aufl. 1859; Hartmann, die Obligation 1875. Gemeines Recht enthält überwiegend Haienöhrl, österreich. Obligationenrecht, bis jetzt Bd. 1 Aufl. 2 1892, Bd. 2 Abt. 1 1886 mit zahlreichen Literaturnachweisen. Bierling, zur Kritik der jurist. Grundbegriffe 1883. Den allgemeinen Teil behandelt Ryck, die Lehre von den Schuldverhältnissen 1889. Das BGB. regelt das „Recht der Schuldverhältnisse" in seinem 2. Buch §§ 241 ff. Vanni, svolgimento storico del concetto di obligazione nel diritto Romano, Urbino 1893; Pacchione, sul concetto della obligazione 1898.

2) Vgl. auch oben § 17 unter 1 b.

3) Legaldefinitionen enthalten: pr J. de obligat. 3, 13: obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura und l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7, Paulus libro 2 institutionum: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Ryck, die obligatio 1878, gibt Mitteilung über die Versuche seit der Zeit der Glossatoren, die Obligation zu definieren.

4) Der Ausdruck obligatio ist ein vieldeutiger. Er bezeichnet a) den Akt der Obligierung l. 19 D. de V. S. 50, 16, b) das Verpflichtetsein des Schuldners, pr. J. de obligationibus 3, 13. c) das der Verpflichtung gegenüberstehende Forderungsrecht, l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7, und endlich d) das gesamte Rechtsverhältnis in beiden Beziehungen. Siehe Windscheid Bd. 2 § 251 und die dort angeführten Abhandlungen

Die Obligationen sollen einen wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen. Sie bezwecken bald die Übereignung körperlicher Sachen, bald deren Überlassung zum Gebrauche, bald — besonders im modernen Leben — Dienste physischer oder geistiger Art, bald andere Vorteile. Zu diesem Zwecke verbinden sie den Schuldner zum Tun, zum Dulden und zu Unterlassungen, z. B. im Fall eines Konkurrenzverbots, nach dem man ein gewisses Geschäft nicht betreiben darf. Um dies alles zu erschöpfen, wählt man den Ausdruck „*Leistung*".[5] Die Leistung muß aber eine vermögenswerte sein. Dies gibt dem Kreise der Obligationen seine feste Begrenzung.[6]

Die Obligationen gehören hiernach, wie die Sachenrechte, dem Vermögensrechte an, aber die Unterschiede dieser beiden Hauptkategorien sind sehr erheblich. Denn die Sachenrechte unterwerfen uns *körperliche Sachen unmittelbar*. Die Obligationen geben keine Herrschaft über die sichtbare Welt; sie begründen ein Verhältnis *von Person zu Person* im Hinblick auf Vermögensinteressen. Sie erzeugen eine *Pflicht* und greifen damit in eine unsichtbar Sphäre ein, in die der Entschlüsse. Diese rufen sie durch psychische Mittel hervor. Den Schuldner treibt zur Erfüllung teils Rechts- und Ehrgefühl, teils die Absicht, eine versprochene Gegenleistung zu erlangen, teils Rücksicht auf seinen Kredit; schließlich steht im Hintergrunde der staatliche Zwang. —

Die augenfälligste und geradezu drastische Erzwingung der Obligation ist die *Zwangsvollstreckung* gegen die Person des Schuldners oder in sein Vermögen. Hierauf stützt sich eine Auffassung, welche der Obligation eine greifbare Herrschaft zuschieben will, indem sie ihr Wesen in die Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung, also in die Haftung von Person und Vermögen des Schuldners für den Fall seiner Nichtleistung setzt.[7] Doch hiermit wird Ursache und Wirkung verwechselt. Das Recht der Zwangsvollstreckung besteht wegen der Obligation und in ihrem Gefolge, aber es ist nicht die Obligation. —

über die Bedeutung des Wortes obligatio; ferner Meltzl, über die realen Grundlagen des obligatorischen vinculum in der römischen Sprache 1908.

5) Schey, Struktur der Forderungsrechte in Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 361, W. Stintzing im Archiv für ziv. Praxis Bd. 81 S. 449. BGB. spricht § 241 aus: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen."

6) Vgl. unten § 274.

7) Brinz hat die Auffassung, daß „in der Haftung der Begriff der Obligation und seine Restauration liegt", in Grünhuts Zeitschr. Bd. 1 n. 2 verteidigt, ebenso in seinen Pandekten Bd. 2 S. 1 ff. Gegen ihn hat sich namentlich G. Rümelin gewendet im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 n. 8, worauf Brinz ebendas. Bd. 70 n. 12 erwidert. Sohm in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 n. 7 erachtet die Zwangswirkungen gegen die Person des Schuldners wie gegen sein Vermögen als dem Inhalte des Forderungsrechts völlig fremd. In der Zwangsvollstreckung sei nur die überlegene Energie des öffentlichen Rechts tätig. Das Wesen des dinglichen Rechts sei Macht — durch den Besitz —, das Wesen des Forderungsrechts Ohnmacht — weil es nicht durch den Besitz gedeckt sei. — Vgl. aber das oben § 113 Bemerkte. Siehe auch Kuntze, die Obligationen und das jus extraordinarium 1886, insbesondere S. 90, Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 3, ders. im Archiv für ziv. Praxis Bd. 91 S. 172.

II. Die Obligation verweist auf die Zukunft. Es soll etwas werden, geschehen oder unterbleiben. In diesem Sinne enthält *jede Obligation* ein freiwilliges oder unfreiwilliges *Kreditieren*, d. h. Erwarten künftiger Erfüllung. So rechtfertigt sich der Name Gläubiger — creditor — bei allen Obligationen, auch bei den außerkontraktlichen.[8]

Enger ist der Begriff der *Kreditgeschäfte*. Als solche bezeichnen die Römer Verträge, bei denen man freiwillig einem Schuldner *Werte anvertraut* unter der Verpflichtung künftiger Erstattung.[9] In einem besonderen Sinne aber liegt ein „Kreditgeschäft" vor, wenn dem Schuldner Geld und andere Umlaufsmittel — z. B. Staatspapiere oder auch Waren an Geldes Statt — *übereignet* werden unter Verpflichtung zur Rückleistung solcher Umlaufsmittel, gleichviel ob es sich um eine Darlehensschuld, eine Schuld aus einem Wechsel oder andere Rechtsverhältnisse handelt.[10]

III. Bei jeder Obligation läßt sich von einer Schuld, d. h. einer präsenten oder eventuellen Verbindlichkeit zu einer Leistung reden. Jeder Verpflichtete wird daher Schuldner — debitor — genannt. Im engeren Sinne aber spricht man von einer „Schuld" nur dann, wenn eine Verbindlichkeit zur *Übertragung von Vermögenswerten* besteht.[11] Der Mandatar z. B. ist mit der Übernahme des Mandates verpflichtet, seine Kraft und Tätigkeit zur Ausführung des ihm erteilten Auftrages einzusetzen; einen Schuldner des Mandanten werden wir ihn aber erst nennen, wenn er infolge des Mandates Werte, z. B. eingenommene Gelder, an den Mandanten zu erstatten hat. —

IV. Das Obligationenrecht behandelt in seinem ersten, *allgemeinen Teile die Obligation als solche*, d. h. das allen oder doch größeren Gruppen von Obligationen *Gemeinsame*, in seinem zweiten, *besonderen Teile* aber die *einzelnen Arten der Obligationen*.[12]

---

8) S. unten über Deliktsobligationen.

9) Diesen Begriff des Kreditums legte der Prätor zugrunde, indem er unter dem Titel „de rebus creditis" auch „de commodato et de pignore" edizierte, l. 1 § 1 D. de reb. cred. 12, 1. Vgl. Paulus libro 28 ad edictum l. 2 § 3 D. eod. — Aber anders klingt l. 2 § 1 D. eod. Über den Begriff des Kredits vgl. Georg Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsr. Bd. 2 Abschnitt 6. Dort finden sich Literaturnachweise. Siehe auch Schey, oblig. Verhältnisse Bd. 1 S. 30.

10) Vgl. Petrażycki, Einkommen Bd. 2 § 25. Nach dem Reichsgesetz vom 19. Juni 1893 Art. 4 ist, wer „aus dem Betrieb von Geld- oder Kreditgeschäften" ein Gewerbe macht, bei öffentlicher Strafe verbunden, dem Schuldner jährlich über sie eine schriftliche Rechnung mitzuteilen. Es bleibt zweifelhaft, was hier unter Kreditgeschäften zu verstehen ist. Man wird den Begriff des Textes zugrunde zu legen haben. Vgl. auch BGB. § 778, HGB. § 349.

11) In diesem Sinn unterscheiden sich „Schuld" und „Haftung" insbesondere in den Quellen des deutschen Rechts. Die Unterscheidung wird vorzugsweise von Brinz, Pand. Bd. 2 S. 33 ff. betont. Brinz nimmt an, eine Schuld liege vor, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Leistenden zu erfolgen habe oder wenn sie doch nicht ohne Vermögensaufwand von dessen Seite möglich sei, also eine Vermögensverringerung mit sich führe. — Windscheid Bd. 2 § 251 Anm. 2 hält es für dem Sprachgebrauch entsprechend, nur „Geldschulden" als Schulden zu bezeichnen. Vgl. übrigens auch Rümelin im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 S. 183.

12) BGB. teilt das Recht der Schuldverhältnisse in 7 Abschnitte ein, die 6 ersten

§ 258. Die Leistungspflicht und ihr Zweck.

I. Die Obligation bietet das *Mittel* zur Erreichung eines *Zieles*. Das Mittel ist die Leistungspflicht des Schuldners, das Ziel der Vorteil, welcher dem Gläubiger verschafft werden soll.[1]

Die Obligation hat zum Inhalt die Leistungspflicht des Schuldners, d. h. ein dem Obligationszweck entsprechendes Verhalten desselben. Aber schließlich kommt es dem Gläubiger doch auf den Erfolg an, welcher durch die Leistung herbeigeführt werden soll.

Hieraus erklären sich wichtige Erscheinungen.

Es ist scharf zu unterscheiden: *was ist der Inhalt der Obligation?* und: *was genügt zu ihrer Erfüllung?*

Auf den ersten Blick scheint, daß sich beides decken müsse; dies war in der Tat der Standpunkt des ältesten Rechts, aber er ließ sich nicht festhalten. Besonders schwierig war die Frage, wer befugt ist, eine Schuld zu zahlen? *Verpflichtet* wird durch die Obligation nur der *Schuldner* und sein Erbe, hierin besteht ihr Inhalt, und dennoch kann sie in der Regel *jeder*, auch der Nichtschuldner erfüllen. Denn die Leistung durch einen Nichtschuldner bewirkt in der Regel den erstrebten Erfolg nicht minder als eine persönliche Leistung des Schuldners und dies muß zur Tilgung der Obligation genügen.

Weil die Obligationen nur Mittel zur Erreichung bestimmter Ziele bilden, ist es ferner möglich, daß *mehrere Obligationen um desselben Zweckes willen* begründet werden, und zwar kann *derselbe Schuldner* in solcher Art verschiedene Obligationen übernehmen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Käufer seinem Verkäufer den Kaufpreis, den er diesem aus dem Kaufkontrakte schuldet, außerdem in einer anderen Rechtsform zusagt, was in Rom durch eine akzessorische Stipulation geschah und heutzutage oft durch Wechsel erreicht wird. Es bestehen dann mehrere Obligationen des Schuldners, aber es handelt sich bei allen um *eine* Zahlung, um dasselbe Ziel. — Nicht anders ist es, wenn *verschiedene Personen dasselbe* versprechen, wodurch wiederum *mehrere Obligationen* entstehen mit nur *einem* Ziel. Das Wesen der Korrealschuld, deren richtiges Verständnis so viel Schwierigkeiten verursachte, läßt sich hierauf zurückführen.[2]

II. Da die Obligationen die Erlangung eines Vermögensvorteils rechtlich gewährleisten, *so repräsentieren sie bereits gegenwärtig* in der Schätzung der Menschen *einen Vermögenswert*. Sie bilden einen Bestandteil des Vermögens des Gläubigers, über welchen er verfügen, den er abtreten und verpfänden[3] kann.

---

enthalten den allgemeinen Teil des Obligationenrechts, der 7. behandelt die einzelnen Schuldverhältnisse.

1) Scharf hat G. Hartmann, die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau 1875 hervorgehoben, daß in der Obligation zwei Begriffsmomente liegen, indem sie ein juristisches Mittel zu einem bestimmten Zwecke gewährt, vgl. insbesondere S. 31 ff.

2) Vgl. unten §§ 327 ff.

3) Vgl. oben §§ 255 ff.

Bei einer Mehrheit von Obligationen, die übereinstimmend bezwecken, dem Gläubiger dasselbe zu verschaffen, handelt es sich nur um einen Vermögenswert. Sie bilden dann in der Vermögensbilanz des Gläubigers einen Bestandteil — eine Vermögenspost.

§ 259. Die Obligation und die Klage.

I. Den Gläubiger schützt kein Besitz, wie er dem dinglich Berechtigten zugute kommen kann. Gegenüber dem säumigen Schuldner ist er in der Regel auf die Klage angewiesen. Daher ist nur die klagbare Obligation eine vollkommene.[1] Man nennt sie „civilis", weil sie durch die bürgerliche Gesellschaft geschützt ist, mag sie nun im übrigen geschichtlich dem alten römischen Zivilrecht angehören — obl. civilis im engeren Sinne — oder dem jus gentium.[2]

Die Notwendigkeit für den Gläubiger, erst zu klagen, um zu seinem Rechte zu gelangen, gibt dem Schuldner die oft erwünschte Gelegenheit, die Erfüllung hinauszuziehen, so daß inzwischen der Gläubiger das Geschuldete entbehrt, auch wenn er dessen noch so dringend bedarf. Auch kann nach endlicher Fällung des Urteils Vermögen, welches zur Zeit der Klageerhebung vorhanden war, beim Schuldner nicht mehr zu finden sein. Das Ideal des Prozesses ist daher volle Gerechtigkeit der Entscheidung, nicht minder aber größte Raschheit des Verfahrens. Indessen stehen die Anforderungen zur Verwirklichung dieser beiden Postulate einander nicht selten im Wege.

Das alte römische Recht hatte vorzugsweise schleunigste Erledigung der Prozesse im Auge. Hieraus erklärt sich in erster Linie die Einseitigkeit und Sprödigkeit des altrömischen Obligationenrechts und der ihm zugehörigen judicia stricti juris. Später waren die Römer bestrebt, der materiellen Gerechtigkeit in höherem Maße zu genügen. Nach diesem Gesichtspunkte entwickelten sich die Obligationenrechte seit Ende der Republik, insbesondere die bonae fidei negotia und die entsprechenden Klagen. Aber die Schattenseite blieb nicht aus; die schneidige Erledigung der Prozesse in alter Weise war damit schwer vereinbar.[3]

---

1) l. 10, l. 108 D. de V. S. 50, 16.

2) Für Obligationen des römischen Zivilrechts gebraucht den Ausdruck § 1 J. de obligationibus 3, 13, l. 5 pr. D. de pign. 20, 1, l. 1 § 1 D. de novat. 46, 2. Aber civilis obligatio wird auch jede klagbare Obligation ohne Unterschied ihres Ursprunges genannt, l. 16 §§ 3 und 4 D. de fidej. 46, 1, l. 7 § 2 D. de pactis 2, 14. Anders Scheurl, Heidelberg. krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 504.

3) Vgl. oben § 132. Im modernen Recht gelten die Grundsätze der bonae fidei judicia allgemein; die römischen stricti juris judicia sind in ihnen aufgegangen. Doch das Bedürfnis, gewisse Forderungen schleunig zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen, hat zu neuen Formalgeschäften, insbesondere zum „Wechsel" geführt. Vgl. unten § 279 über die abstrakten Obligationen. Übrigens kennt das heutige Recht noch andere Mittel, um Forderungen möglichst rasch zur Vollstreckung zu bringen. Namentlich sind nach ZPO. § 794 Ziff. 5 Ansprüche aus Urkunden, welche von einem deutschen Gerichte oder Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der gesetzlichen Form aufgenommen sind, wenn sie die Zahlung einer bestimmten Summe von Geld oder von

II. Im alten Rom reagierte man mit scharfen *Prozeßstrafen* gegen Prozeßverzögerung durch den Schuldner.[4] Meist trafen sie den Unterliegenden schlechthin, ohne Unterschied, ob er aus Schikane Prozesse führte, oder in gutem Glauben an sein Recht für dasselbe stritt. In der Tat, eine solche Unterscheidung ist zwar billig, aber wenig praktisch, da sie notwendig ein unerquickliches Nachspiel über die Frage der Prozeßschikane des Unterliegenden noch dem Prozeß über die Hauptsache zur Folge hat. Die Verhängung von Prozeßstrafen erscheint überhaupt bedenklich und im justinianischen Rechte waren sie bereits sehr vermindert.[5] [6]

Der Unterliegende hat jedoch in der Regel die Prozeßkosten zu tragen.[7]

III. Die Obligation gewährt nur ein Klagerecht gegen den *Schuldner* und dessen Erben — eine actio in personam. Andere dürfen aus ihr nicht in Anspruch genommen werden. Daher hat selbst der Gläubiger, welcher *eine bestimmte Sache fordern kann*, wenn sie sein Schuldner treulos einem Dritten veräußert, kein Klagerecht gegen denjenigen, *welcher dieselbe erwarb*, obgleich dem Erwerber das Bestehen der Forderung auf die Sache bekannt war. Der Gläubiger ist darauf beschränkt,

---

anderen Fungibilien zum Gegenstande haben, ohne vorgängiges gerichtliches Verfahren von ihrer Fälligkeit an vollstreckbar, falls sich der Schuldner in der Urkunde sofortiger Zwangsvollstreckung unterwarf. Es kann ferner ein Teilurteil als Endurteil über einen von mehreren zusammen zur Verhandlung stehenden Ansprüchen erlassen werden — ZPO. § 301. In vielen Fällen endlich sind Urteile erster Instanz, sei es von Amts wegen, sei es auf Antrag des Gläubigers, vom Richter für vorläufig vollstreckbar zu erklären, so daß die Vollstreckung durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil nicht aufgehalten wird. ZPO. §§ 708 ff.

4) Die poenae temere litigantium in der klassischen Zeit stellt Gajus Inst. IV §§ 171 ff. dar.

5) In mehreren Fällen trafen den Schuldner noch Strafen für das *Leugnen des Klageanspruchs*. Litiskreszenz auf das Doppelte trat namentlich ein, wenn der mit der actio legis Aquiliae wegen Sachbeschädigung Belangte seine Verpflichtung in Abrede stellte, also nicht bloß die Höhe der Klageforderung bestritt — infitiatione actio duplicatur, in confitentem in simplum datur, l. 2 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2, vgl §§ 19, 23, 26 J. de act. 4, 6. Ferner ging die Klage auf Rückgabe des bei einer außerordentlichen Kalamität gegebenen Depositums — des sog. dep. miserabile — auf das Doppelte, wenn der Depositar den Empfang böswillig ableugnete. Strafen *wegen Nichterfüllung* waren gleichfalls nicht selten. Der mit der actio quod metus causa Belangte insbesondere, welcher dem richterlichen Befehle der Restitution nicht nachkam, wurde auf das Vierfache verurteilt, ferner hatte der mit einem Vermächtnisse zugunsten der Kirche oder einer pia causa Beschwerte das Doppelte zu zahlen, wenn er es trotz der bischöflichen Mahnung zum Prozesse kommen ließ, §§ 19, 23, 26 J. de act. 4, 6. Alle diese und einige ähnliche poenae temere litigantium des justinianischen Rechts sind der deutschen Praxis fremd geblieben; die neuere Prozeßgesetzgebung hat ihnen zudem den Boden entzogen, wenn sie einen solchen überhaupt gehabt haben. Vgl. L. Seuffert im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 n. 9. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 2 § 263 Anm. 15, vgl. aber auch RG. Bd. 11 S. 419, Bd. 26 S. 211. Das BGB. hat die Prozeßstrafen völlig beseitigt.

6) Nachteile des Leugnens, welche das justinianische Recht beibehielt und die man gemeinrechtlich noch anerkannte, finden sich in l. 10 § 1 D. de fidej. 46, 1, vgl. ferner l. 67 § 3 D. pro socio 17, 2, l. 25 pr. D. de prob. 22, 3.

7) § 1 in fine J. de poena temere litigantium 4, 16. ZPO. §§ 91 ff. Vgl. insbesondere Waldner, die Lehre von den Prozeßkosten 1883.

von seinem Schuldner, welcher der Verbindlichkeit zur Leistung der Sache nicht nachkommt, Entschädigung wegen Kontraktbruches zu beanspruchen.[8]

§ 260. Die Naturalobligationen.[1] Das Allgemeine.

Neben den klagbaren Obligationen — obligationes civiles — finden sich klaglose — naturales.

Die obligationes naturales entbehren der Klagbarkeit und sind daher nur uneigentliche, unvollkommene Obligationen. Trotzdem haben sie rechtliche Wirkungen und gelten infolgedessen doch als Obligationen.

Wie erklärt sich ihre Entstehung? Die herrschende Ansicht bezeichnet sie als die Obligationen des jus gentium.[2] Aber damit wird ihre Eigentümlichkeit, nämlich ihre Klaglosigkeit, nicht begründet, sind doch sonst die Ansprüche des jus gentium klagbar geworden. Andere suchen ihre Wurzel im „Naturrechte“ [3], in der „Billigkeit“ [4] oder in der „natürlichen Auffassung“.[5] [6] Auch das bringt uns ihrem Verständnis nicht näher.

8) l. 6 C. de hereditate vendita 4, 39. Alexander. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur. Vgl. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32. Die ältere gemeinrechtliche Theorie wollte dies nicht anerkennen. Man schrieb vielmehr dem Gläubiger einer speziell geschuldeten Sache, insbesondere deren Käufer, ein Recht zur Sache — jus ad rem — zu, welches auch dritten Erwerbern gegenüber geltend gemacht werden könnte, wenn sie von jenem Recht beim Erwerb der Sache wußten. Ziebarth, Realexekution und Obligation 1866 S. 203 ff., v. Brünneck, über den Ursprung des sog. jus ad rem 1869. Dies scheint durch ethische Anforderungen und die deutsche Volksauffassung geboten. Eine praktische Schwierigkeit liegt aber darin, daß Dritten eine sichere Kenntnis der zwischen anderen bestehenden obligatorischen Beziehungen oft nicht nachweisbar ist. Die neuere Theorie und Praxis ist zu den Grundsätzen des reinen römischen Rechts zurückgekehrt und hat das Recht zur Sache verworfen. Auch BGB. erwähnt das jus ad rem nicht. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 63.

1) Das Hauptwerk ist von Schwanert: die Naturalobligation des röm. Rechts 1861. Dort findet sich in der Einleitung S. 7 ff. eine Darstellung und Kritik der Schriften von der Glosse an und damit auch eine Übersicht über die Literatur. Vgl. noch Scheurl in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 6 und Brinz, Pand. Bd. 2 §§ 219 ff., sowie Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 371, Kuntze, die Obligation S. 192, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 253. Frenzel, über die Entstehung des röm. Rechtsbegriffs naturalis obligatio, Leipzig 1897; Gradenwitz, Natur und Sklave bei der naturalis obligatio in der Festgabe für Schirmer 1900; Klingmüller, die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten 1905. Auch dem BGB. sind Naturalobligationen der Sache, wenn auch nicht dem Namen nach, bekannt. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 3.

2) Für diese Auffassung hat man sich seit alters auf eine abgerissene Äußerung von Paulus bezogen: lib. 3 quaestionum l. 84 § 1 D. de R. J. 50, 17: Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Doch dies heißt nur: Obligationen des jus gentium gelten zugleich als naturale. Daß alle naturalen und namentlich die „klaglosen“ Obligationen im jus gentium wurzeln, ist nicht gesagt und wäre unhaltbar. In späterer Zeit verteidigen die Zurückführung der Naturalobligation auf das jus gentium vorzugsweise Puchta, Pand. § 237 und Savigny, OR. Bd. 1 S. 22 ff. Vgl. dagegen Schwanert a. a. O. S. 33 ff.

3) Dies war die Auffassung von A. D. Weber, systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1784, in 5. Auflage 1825.

4) Scheurl in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 501 ff.; in einer späteren Abhandlung in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 6 hat er diese Ansicht nicht festgehalten.

Es handelt sich hier um einen Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate. Gewisse Verbindlichkeiten respektiert die bürgerliche Gesellschaft teils mit Rücksicht auf merkantilen Kredit und Ruf, teils als Postulate der Sitte und des Anstandes, während ihnen der Staat aus rechtspolitischen Gründen den Weg der Klage verschließt. An sich sind sie dem Staate fremd; dennoch sieht er sich veranlaßt, eine gewisse Einwirkung solcher sog. natürlicher Verbindlichkeiten auf seine Ordnungen anzuerkennen. Jede Eigenschaft der vollkommenen Obligation ist bei ihnen zulässig, abgesehen von der Klage. Ihre vorzüglichste Wirkung ist die Zahlbarkeit, d. h. die zu ihrer Erfüllung geschehene Leistung wird rechtlich als Zahlung einer Schuld betrachtet.[7] Im einzelnen ist folgendes zu beachten:

1. Wissentlich, d. h. in Kenntnis der Klaglosigkeit der bezüglichen Verbindlichkeiten zu deren Erfüllung gemachte Leistungen gelten als Zahlungen, nicht als Schenkungen.[8]

2. Irrtümlich, d. h. in Nichtkenntnis der Klaglosigkeit geschehene Zahlungen sind seitens des Zahlenden nicht mit der condictio indebiti anfechtbar.[9]

3. Die naturale Obligation kann die Grundlage einer Novation, eines Zahlungsversprechens bilden.[10]

5) Die „natürliche Auffassung" ist für Windscheid Bd. 2 § 287 Anm. 5 die Wurzel der naturalis obligatio. Auch ihm gegenüber bleibt die Frage, wie kommt es, daß sich das Recht „die natürliche Auffassung" nicht voll aneignet?

6) Brinz a. a. O. verlangt zur eigentlichen Naturalobligation Kontrakt, Quasikontrakt oder Delikte, gewissermaßen den Körper einer vollkommenen Obligation, so daß aber irgendein Umstand bestehe, welcher die zivile Wirkung oder den zivilen Fortbestand der Obligation ausschließe. Von den eigentlichen Naturalobligationen unterscheidet Brinz die auf der Familien- und Staatsgenossenschaft beruhenden Pflichten — Offizialansprüche, die zwar auch als Naturalschulden bezeichnet würden, aber von den spezifischen naturales obligationes wesentlich abwichen. Dazu kommen dann noch außerhalb der Offizialansprüche auftauchende „natürliche Schuldigkeiten". Ähnlich Schwanert a. a. O., vgl. u. a. S. 53 ff. Diese Theorien gehen zu weit in der Analyse, letztere mag in mancher Richtung bei der Naturalobligation berechtigt sein, eine Gemeinsamkeit ist aber offenbar vorhanden und nachzuweisen.

7) Brinz, krit. Blätter III faßt den Inhalt der naturalis obligatio dahin zusammen, sie sei „zahlbar, nicht klagbar". Dem stimmt Schwanert a. a. O. S. 222 bei. Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 5 hält dieses um deswillen nicht für eine glückliche Formulierung, weil nicht alle Wirkungen der Naturalobligationen als Erfüllungsakte bezeichnet werden können. Dies ist richtig, schließt jedoch nicht aus, daß die Hauptwirkung der Naturalobligation in ihrer Erfüllbarkeit besteht.

8) l. 19 § 4 D. de donat. 39, 5, l. 28 D. de cond. indebiti 12, 6.

9) Julianus libro 53 digestorum l. 16 § 4 D. de fidejussoribus 46, 1: Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. Vgl. über diese Stelle auch Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 11. Der ältere Sprachgebrauch hatte als naturales obligationes nur die klagbaren, aus dem jus gentium stammenden Obligationen aufgefaßt. In der Kaiserzeit bezeichnete man so auch Obligationen, die nicht klagbar oder zahlbar sind und sich als debita durch die Ausschließung der condictio indebiti manifestieren. Vgl. übrigens l. 41 D. de cond. indebiti 12, 6, wo bereits Neratius von demselben Gedanken ausgeht, dem Julian Ausdruck gibt.

4. Sie kann rechtsgültig durch Bürgschaft und durch Pfand versichert werden.[11]

5. Kompensation mit naturalen Gegenforderungen ist möglich.[12] Und zwar können sie stets zur freiwilligen Kompensation dienen, aber auch zwangsweise Aufrechnung kommt vor.

Sämtliche dieser möglichen Wirkungen einer Naturalobligation finden sich keineswegs notwendig, ja nicht einmal regelmäßig in jedem einzelnen Falle.[13] Nur davon gehen die Quellen aus, daß in der Regel die Rückforderung einer Zahlung auf die Naturalobligation ausgeschlossen ist, selbst wenn sie im Irrtum geschah.[14] Ausnahmslos ist aber auch dies nicht.

§ 261. Die Fälle der Naturalobligation.

1. Neben dem Verkehre der Bürger bestand in Rom fortgesetzt Handel und Wandel zwischen Bürgern und Sklaven, sowie zwischen Sklaven und Sklaven. Die Sklaven wurden zwar civiliter aus ihren Kontrakten nicht verpflichtet, aber naturaliter galten sie als obligiert.[1]

2. Das Haus des römischen paterfamilias bildete eine Welt für sich. Jeder Hausangehörige konnte tatsächlich sein besonderes Vermögen und Gewerbe haben und mit dem Hausherrn und den derselben Gewalt Unterstehenden kontrahieren. Solche innerhalb des Hauses begründeten Verbindlichkeiten waren aber nicht klagbar; sie bestanden bloß naturaliter.[2]

3. Kontrakte, die von Unmündigen ohne ihren Tutor abgeschlossen werden, obligieren jene klagbar, soweit sie aus denselben bereichert sind.[3] Hiervon abgesehen verbinden sie die Unmündigen, wie mehrfach in den Quellen ausgesprochen wird, nicht einmal naturaliter.[4] Zahlt also der

10) l. 1 § 1 D. de novationibus 46, 2, l. 1 § 7 D. de pecunia constituta 13, 5.

11) l. 60, l. 16 § 3 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1.

12) l. 6 D. de compensationibus 16, 2, Ulpianus libro 30 ad Sabinum. Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem.

13) Zutreffend bemerkt Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 4: „Für jede natürliche Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Gehalt besonders bestimmt werden. Dieser Gesichtspunkt ist besonders von Schwanert verfolgt worden. Ich sehe darin das Hauptverdienst seines Buches."

14) Vgl. oben Anm. 9.

1) l. 13 pr. D. de cond. indebiti 12, 6, l. 50 § 2 D. de peculio 15, 1, l. 14 D. de obl. et act. 44, 7. Ulpianus libro 7 disputationum: Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. Erwarb also der Sklave durch seine Kontrakte civiliter seinem Herrn und daneben „naturaliter" für sich selbst? Vgl. Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 94 über die Worte „et obligant".

2) Von der Pforten, ziv. Abhandlungen 1840, Abh. 2: Über Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen. Erörterungen über derartige Naturalobligationen enthält die berühmte l. 38 D. de cond. indebiti 12, 6 nach ihren Anfangsworten „frater a fratre" genannt. Vgl. namentlich Grabenwitz a. a. O. S. 157 ff.

3) l. 5 pr. und § 1 D. de auctoritate tutorum 26, 8, Ulpianus libro 40 ad Sabinum . . . in pupillum . . . cujvis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit. Über den vermutlichen Ursprung dieser Naturalobligation Krückmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 85 S. 234 ff.

4) l. 41 D. de cond. indebiti 12, 6. Neratius libro 6 membranarum: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia

Pupill die nichtige Schuld, so kann das Geleistete ohne Zweifel zurückgefordert werden.

Und dennoch liegt auch in solchen Kontrakten der Keim einer Obligation. Er gelangt zur Entwicklung, wenn der Pupill mit Zustimmung des Tutors oder auch allein nach erlangter Selbständigkeit, oder wenn sein verpflichtungsfähiger Erbe in Kenntnis der Sachlage zahlt oder expromittiert,[5] er kann ferner die Grundlage gültiger Zahlung, Verbürgung, Novation, Pfandbestellung durch Dritte bilden.[6] Eine Verpflichtung des Pupillen besteht also doch insoweit naturaliter, *als verpflichtungsfähige Personen* auf Grund derselben etwas freiwillig *leisten oder versprechen können*.[7]

Was von den Verpflichtungen Unmündiger gilt, bezieht sich auch auf die der entmündigten Verschwender,[8] nach gemeinem Rechte auch auf die der mündigen *Minderjährigen*.

4. Den *Gelddarlehen an Hauskinder* entzog das S. C. Macedonianum die Klagbarkeit. Aber eine naturalis obligatio blieb bestehen.[9] [10] [11]

nec natura debet. l. 58 D. de obl. et act. 44, 7. Licinnius Rufinus, libro 8 regularum: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.

5) l. 19 § 4 D. de donat. 39, 5. vgl. l. 20 § 1 D. de novat. 46, 2.

6) l. 127 D. de verb. obl. 45, 1, l. 2 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 95 § 4 D. de solutionibus 46, 3, l. 1 § 1 D. de novat. 46, 2, § 3 J. quibus modis tollitur obl. 3, 29.

7) So wird denn die Obligation des Pupillen an einigen Stellen schlechthin als naturale bezeichnet, l. 42 pr. D. de jurejurando 12, 2, l. 21 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 25 § 1 D. quando dies legator. 36, 3, l. 95 § 4 D. de solutionibus 46, 3. Wie dies mit den oben Anm. 4 abgedruckten Stellen zu vereinigen sei, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. — Es handelt sich nur um verschiedene Standpunkte. Neratius und Licinnius Rufinus beschäftigten sich mit der Frage, ob die Obligation dem Pupillen selbst gegenüber Verbindungskraft habe, und verneinten dies, jede auch nur naturale Verpflichtung für den Pupillen leugnend. Die anderen Schriftsteller, welche die mehr komplizierten Fälle einer Anerkennung durch verpflichtungsfähige Personen ins Auge faßten, bejahten bei dieser Gestaltung die Naturalobligation. In der Sache selbst bestand wohl keine Meinungsverschiedenheit, nur der Ausdruck ist einseitig. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 47, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 255. Die Ansichten der neueren sind freilich sehr geteilt. Denn einige leugnen die Naturalobligation des Pupillen schlechthin und beziehen die Stellen, welche dieselbe anerkennen, auf Fälle der Bereicherung des Pupillen, was ihnen freilich arge Gewalt antut. So Puchta § 237 Anm. h. Andere wollen alle der Naturalobligation möglichen Wirkungen anerkennen, vgl. Savigny, OR. Bd. 1 S. 61. In neuerer Zeit ist die hier entwickelte Ansicht zur Herrschaft gelangt, jedoch nicht ohne mancherlei Abweichungen im einzelnen. Vgl. namentlich Keller in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 n. 12, Krückmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 85 n. 11.

8) Anders Audibert, études sur l'histoire du droit romain Bd. 1 1892 S. 263 ff., Steiniger, Voraussetzungen usw. der Entmündigung 1890 S. 28.

9) l. 9 §§ 4 ff., l. 10 D. de S. C. Maced. 14, 6, l. 26 § 9, l. 40 pr. D. de cond. indebiti 12, 6. Vgl. unten § 295.

10) Das Hauskind kann auch das während der Dauer der väterlichen Gewalt von ihm selbst Gezahlte nicht zurückfordern, l. 9 § 4 D. de S. C. Maced. 14, 6. Dagegen sind seine Expromissionen und andere Zusagen, mittels deren es das Darlehen zurückzuzahlen verspricht, der exceptio des S. C. unterworfen; dieses wäre anderenfalls illusorisch; vgl. l. 2 C. ad S. C. Maced. 4, 28. Daß auch in dem Fall der l. 20 D. h. t. die exceptio gegeben wird, ist freilich bedenklich. — Kompensation mit der Forderung gegen das Hauskind kann der Darlehnsgläubiger nach den Zwecken des S. C. nicht vorschützen. Dernburg, Kompensation S. 471, Windscheid Bd. 2 § 289 Anm. 21; anderer Ansicht ist u. a. Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 522 ff. — Dritte können die Darlehnsschuld des Hauskindes rechtsgültig übernehmen, sich für sie verbürgen oder

5. In Fällen, in welchen die Forderung ihre Klagbarkeit verliert, ohne daß der Gläubiger befriedigt wurde, bleibt eine Naturalobligation bestehen, soweit deren Anerkennung mit der Verfassung des Rechtes und den Interessen vereinbar ist, welche zur Aberkennung der Klagbarkeit führten.

Insbesondere erhält sich die Forderung trotz der Klagenverjährung als obligatio naturalis.[12] Kompensation mit verjährten Ansprüchen gegenüber Forderungen, die erst nach Vollendung der Verjährung erwuchsen, kann jedoch nicht durchgesetzt werden.[13]

Auch ungerechtfertigte richterliche Freisprechung des Schuldners läßt die abgewiesene Forderung als naturalis bestehen.[14] Wissentliche Zahlung, sowie Zahlungsversprechen, Verbürgung, Sicherstellung anderer Art sind rechtsgültig. Soweit freilich die Aufrechterhaltung der Rechtskraft des Urteils in Frage kommt, kann von der Geltendmachung einer naturalis obligatio nicht die Rede sein.

6. Schuldverträge, welche der gesetzlichen Form entbehren, begründen naturale Obligationen, sofern der Verpflichtungswille feststeht.[15] [16]

---

sonst verbindlich machen. Vgl. über die Wirkungen der obligatio naturalis des Hauskindes das Nähere bei Mandry a. a. O. S. 502 ff., Huschke, Darlehen S. 91.

11) Die römischen Juristen zogen hieraus den allgemeinen Schluß, daß Einreden „in odium creditoris" eine naturalis obligatio übrig lassen, nicht aber solche „in favorem debitoris". Er bildet aber kein Gesetz, sondern eine juristische Beobachtung, und zwar eine unzureichende. Dies zeigen die Vermächtnisse. Dieselben erleiden einen Abzug, wenn dem Erben die quarta Falcidia nicht übrig bleibt. Zweifelsohne wurde dies nur in favorem debitoris — des Erben — bestimmt. Und doch kann der Erbe nicht zurückfordern, was er wissentlich über die Quart hinaus zahlte — es besteht also eine naturalis obligatio zur Vollzahlung des Vermächtnisses. l. 40 pr. D. de cond. indebiti 12, 6, l. 19 pr. D. eod. Über diese Regel vgl. Savigny, System Bd. 5 S. 375 ff., Windscheid Bd. 2 § 289 Anm. 22.

12) Die naturalis obligatio nach der Klagenverjährung ist oben § 132 Ziff. 2 besprochen. Schriftsteller für und wider sind dort Anm. 3 und 4 zitiert. Weitere Literatur findet sich bei Arndts § 277 Anm. 1.

13) Ebenso BGB. § 390 Satz 2: Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

14) Die Quellenzeugnisse widersprechen sich. Für die naturalis obligatio tritt entschieden ein l. 60 pr. D. de cond. indebiti 12, 6 Paulus libro 3 quaestionum: Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. Hiervon macht eine Anwendung l. 28, l. cit. 12, 6 Paulus libro 32 ad edictum: Judex s imale absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. Die Forderung bleibt also zahlbar. Tryphoninus libro 8 disputationum l. 13 D. quibus modis pignus solvitur 20, 6 steht dagegen auf anderem Standpunkte . . . si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 585. Im justinianischen Rechte lassen sich die Aussprüche sehr wohl in der Weise vereinigen, wie Schwanert a. a. O. tut: „die obligatio als naturalis bleibt bestehen, aber nur in dem durch die Bedeutung der res judicata gestatteten Umfange". Daher selbstverständlich keine Kompensation mit solchen Forderungen; es kann ferner der Schuldner das nach dem Judikate in Nichtkenntnis desselben Gezahlte zurückfordern. BGB. läßt die Frage offen.

15) Ein Fall einer bloß natürlichen Obligation ist es auch, wenn gemäß § 17 des Gerichtsverfassungsgesetzes ein Gerichtshof für Kompetenzkonflikte besteht, und dieser den Rechtsweg über eine Forderung an den Staat aus politischen Gründen ausgeschlossen hat, wie z. B. bezüglich der Forderungen der Allodialerben des Kurfürsten von Hessen

7. Was die Sitte fordert, bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, daß ihr gemäß Geleistetes nicht zurückgefordert werden kann. Es gehört hierher namentlich die Bestellung einer Dos durch den Schwiegervater an seinen Schwiegersohn und durch die Ehefrau an ihren Ehemann, wenn sie im irrigen Glauben, hierzu verbunden zu sein, geschah.[17] [18]

Die Naturalobligationen wurzeln in den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft. Ihre Zahl ist daher nicht mit den in den Quellen aufgeführten Fällen abgeschlossen. Beispielsweise bleibt der Schuldner, welcher in Konkurs geraten ist und durch Akkord mit der Mehrheit der Konkursgläubiger einen teilweisen Erlaß seiner Schulden erlangt hat, naturaliter zur Vollzahlung verpflichtet.[19] Zahlt er daher später das Erlassene nach, so ist dies Schuldtilgung und keine Liberalität; ebenso sind die für die Vollzahlung später bestellten Sicherheiten rechtsbeständig. Die durch den Akkord erlassenen Ansprüche begründen aber keine zwangsweise Aufrechnung.

Zweiter Abschnitt.

Die Entstehungsgründe der Obligationen.

§ 262. Die Entstehungsgründe der Obligationen im allgemeinen.

Die oberste Einteilung der Entstehungsgründe der Obligationen bei den Römern ist die in Kontraktsobligationen und in Deliktsobligationen.[1] Sie beruhte auf einem prinzipiellen Gegensatze.

gegen den preußischen Staat geschehen, vgl. Dernburgs Rechtsgutachen über diese Ansprüche 1893.

16) Die Quellen erkennen eine naturalis obligatio an im Falle eines Zinsenversprechens, ohne die nach römischem Rechte erforderliche Form der Stipulation l. 5 § 2 D. de solutionibus 46, 3, l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7. Daß die Römer auch andere formlose Schuldversprechen als naturaliter verbindlich ansahen, hat Hellmann in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 n. 14 wahrscheinlich gemacht. Über die l. 1 § 2 D. de verb. obl. 45, 1 siehe daselbst S. 352. Gegen die Annahme einer Naturalobligation ist namentlich Holtius, Abhandlungen, übersetzt von Sutro Bd. 1 S. 7 und Brinz, kritische Blätter III S. 16. Vgl. auch Hofmann, Entstehungsgründe der Obligation S. 31. Natürlich kann das Gesetz seine Formvorschriften in dem Sinne aufstellen, daß jede Wirkung des bloß formlosen Vertrages, auch die naturale, rechtlich negiert werden muß. Dies ist z. B. bei der Anforderung gerichtlicher Insinuation größerer Schenkungen der Fall. Vgl. auch BGB. § 125: Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig.

17) l. 32 § 2 D. de cond. indebiti 12, 6; ferner auch l. 26 § 12 D. eod. — Schenkungen können unter Umständen eine natürliche Pflicht zu „Gegengeschenken" erzeugen, l. 25 § 11 D. de her. pet. 5, 3, aber um deswillen allgemein von einer „natürlichen Pflicht zur Dankbarkeit" zu reden, geht zu weit.

18) BGB. § 814 bestimmt: das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, ... wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 3 S. 11.

19) Ebenso RG. Bd. 42 S. 118, aber anders Seuffert, Archiv Bd. 45 n. 7, siehe auch Bd. 53 n. 135. — Vgl. noch Seuffert, Archiv Bd. 18 n. 140 über den Fall der Präjudizierung eines Wechsels wegen verspäteten Protestes.

Kontrakte sind klagbare Verträge. Sie sind die Mittel des Verkehrs.[2]

Delikte sind vom Rechte verbotene und mit Privatstrafe belegte schuldhafte Handlungen. Die aus Delikten entspringenden Obligationen hatten in Rom vorzugsweise Strafzwecke, wenn sie auch dem Privatrechte eingeordnet waren.[3]

Dieser Gegensatz trat in zahlreichen und wichtigen Rechtssätzen hervor. Vor allem waren die Kontraktsobligationen regelmäßig vererblich, die Deliktsobligationen unvererblich.[4] Der Hausvater ferner, welcher seinem Hausuntergebenen ein Pekulium einräumte, konnte bis zum Belaufe desselben aus dessen Kontrakten in Anspruch genommen werden, nicht aber aus dessen Delikten; ihretwegen haftete er nur mit Noxalklagen.[5]

Nicht alle Obligationen entstehen aus Kontrakten oder Delikten, aber alle verfolgen sie in erster Linie entweder vermögensrechtliche Zwecke oder Strafzwecke. Hiernach bezeichneten die Römer Obligationen, welche weder Kontrakten noch Delikten entsprangen, entweder als „quasi ex contractu“ oder als „quasi ex delicto“.[6] Die ersteren ordneten sich denjenigen Rechtssätzen unter, die für die Kontrakte, die anderen solchen, welche für Delikte aufgestellt waren.[7]

Nach heutigem Rechte verfolgen die Deliktsklagen nicht mehr Strafzwecke, sondern nur Vermögensentschädigung und stehen daher weder prinzipiell noch im einzelnen in einem schroffen Gegensatze zu den übrigen vermögensrechtlichen Obligationen; sie nehmen auch nicht mehr einen so breiten Raum ein wie in Rom.[8]

1) Gaj. Inst. III § 88 (Nunc transeamus) ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Vgl. Gaj. Inst. IV § 1, § 1 J. de act. 4, 6

2) Contrahere — im ursprünglichen Sinne zusammenziehen —, wie auch contractus wird von den Römern im weiteren Sinne für jede Begründung rechtlicher Beziehungen unter Individuen verwertet. Vgl. Schloßmann, Vertrag S. 23 ff. Es bildete sich aber, und zwar mit Rücksicht auf die Einteilung der Obligationen „ex contractu“ und „ex delicto“, der engere Sprachgebrauch heraus, wonach Kontrakte klagbare Verträge sind. Hiervon geht namentlich Gajus aus, welcher jene Einteilung vertrat; vgl. Gajus Inst. III § 91, l. 5 D. de obl. et act. 44, 7. Demnach ist die klagbare conventio „contractus“, die nicht klagbare bloßes „pactum“. Vgl. l. 7 pr. § 1 und 2 D. de pactis 2, 14. Zuweilen bezeichnen die Römer bloß die entgeltlichen klagbaren Verträge als contractus, l. 25 § 1 D. de obl. et act. 44, 7, verb. „sui lucri causa“.

3) Vgl. oben § 121.

4) l. 111 § 1 D. de R. J. 50, 17. Gaj. Inst. IV § 122, l. 49 D. de obl. et act. 44, 7.

5) l. 1 D. de nox. act. 9, 4.

6) Schon Gajus libro 2 aureorum l. 1 pr. D. de obl. et act. 44, 7 vermehrt seine ältere Einteilung: — vgl. oben Anm. 1 — obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Er kommt dann im weiteren Verlaufe — libro 3 aureorum l. 5 D. eod. — auf die Subsumtion der Obligationen in quasi ex contractu und quasi ex delicto. Daher gibt § 2 J. de oblig. 3, 13 die vierfache Einteilung, aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

7) Vgl. l. 1 §§ 7 ff. und l. 5 § 5 D. de his qui effuderint 9, 3.

8) Vgl. unten § 386. Auch die Gruppe der Quasikontrakte ist nicht mehr aufrecht

Als natürlichster Einteilungsgrund gilt demnach, daß ein großer Teil der Obligationen auf Rechtsgeschäften beruht, daß aber ein nicht minder wichtiger Teil sich an andere Tatbestände knüpft.[9]

Die Tatbestände dieser zweiten Gruppe sind mannigfachster Art. Es gehören dahin Vergehen, ungerechtfertigte Bereicherung, verwandtschaftliche und soziale Beziehungen.

Allgemeine Grundsätze sind nur bezüglich der Obligationen, die aus Rechtsgeschäften entspringen, zu entwickeln.

Erstes Kapitel.

Die Form der obligatorischen Geschäfte.

§ 263. Römisches Kontraktensystem.[1]

Genügt zur Begründung der Obligation jedwede irgendwie erklärte Willenseinigung des Gläubigers und des Schuldners? oder bedarf es einer bestimmten Form der Erklärung, welche unzweideutig zum Ausdrucke bringt, daß und was geschuldet sein soll?

Über diese Frage sind die Auffassungen der Völker seit Jahrtausenden geteilt.

Die Römer verlangten eine Form, damit sich der Abschluß des Geschäftes bestimmt abhebe gegenüber Vorbesprechungen und Vorverhandlungen.[2] Hierzu diente ihnen vorzugsweise die Stipulation.

Die Stipulation war ein mündlicher Vertrag unter Gegenwärtigen, bei welchem die Beteiligten ohne Unterbrechung Frage und Antwort austauschten. Der Gläubiger — der Stipulant — mußte die Frage tun, in welcher er die Geschäftsbedingungen formulierte, so daß dem Schuldner — dem Promittenten — nur die Bejahung oblag. In ihrer einfachsten Gestalt lautete die Stipulation centum dare spondes? spondeo.[3]

zu erhalten. Sie umfaßt sehr Verschiedenes. Richtig ist, daß einzelne der Obligationen, welche die Römer als Quasikontrakte klassifizierten, eine innere Verwandtschaft mit bestimmten Kontraktobligationen haben, so daß deren Analogie für sie verwertet werden kann; dies gilt namentlich für die negotiorum gestio im Verhältnisse zum Mandat. Es ist dies nichts allen römischen Quasikontrakten Eigentümliches. Vgl. Ramm, der Quasikontrakt 1882.

9) Anders Brinz Bd. 2 § 247.

1) Gneist, die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts 1845, A. Pernice in der Zeitschr. der Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 9 S. 195, L. Seuffert, zur Geschichte der obligatorischen Verträge 1881, Pflüger, Nexum und Mancipium 1908. — Eine vollständige Darstellung des römischen Kontraktensystems und seiner Entwicklung ist hier nicht beabsichtigt, vielmehr nur Hervorhebung des für das Verständnis des jüngsten römischen Rechts Wesentlichen.

2) Pauli sententiae II, 14 § 1 ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.

3) Vgl. l. 1 pr. ff. D. de verb. obl. 45, 1. Über die Entstehungsgeschichte der Stipulationen siehe Danz, der sakrale Schutz 1857, Kuntze, Exkurse zu den Institutionen S. 157.

Häufig wurden über die Stipulationen Urkunden aufgenommen, welche das mündliche, rasch verhallende Wort schriftlich fixierten. Dies war nichts rechtlich Notwendiges, aber bereits zu Ciceros Zeit Sitte.[4]

Den griechischen Nationen, welche vor und nach ihrer Unterwerfung in lebhaftem Verkehr mit den Römern standen, war die Form der Stipulation fremd. Bei ihnen galt die Schriftlichkeit als Regel, formlose Verträge waren aber nicht wirkungslos, wenn man Zeugen für sie hatte.[5] Nach und nach gewann dies auf das römische Recht Einfluß.[6]

In Rom machte sich frühe die Anschauung geltend, daß bei gewissen Geschäften Treue und Glauben — die fides — die Erfüllung auch des formlos gegebenen Worts vom ehrbaren Bürger fordere. Freilich stützte man sich hierbei ursprünglich nur auf die öffentliche Meinung und auf Rücksichten des Kredits; für gewisse Fälle trat die Drohung der Infamie hinzu. Schließlich wurden aber Klagen aufgestellt, welche die Erfüllung jener Geschäfte erzwangen, wenn sie auch formlos eingegangen waren.[7]

Wohl blieb die Stipulation die Regel für die Eingehung von Verpflichtungen, aber diese Regel wurde mehr und mehr durch sehr weitgehende Ausnahmen durchbrochen.

In der Kaiserzeit unterschied man demzufolge 4 Kategorien von obligatorischen Verträgen nämlich Real-, Verbal-, Literal- und Konsensualkontrakte.[8]

1. Realkontrakte sind Darlehen, Kommodat, Depositum und Pfandkontrakt.

Die Realkontrakte sind zusammengesetzte Geschäfte.[9] Der eine Teil gibt eine Sache zum Eigentum oder zum Besitz, oder wenigstens zur Detention, und der andere Teil verbindet sich zur Rückgabe.

2. Verbalkontrakte waren vorzugsweise die Stipulationen. In der Kaiserzeit nahmen die Stipulationsurkunden praktisch fast den Charakter von Literalkontrakten an. Denn es genügte, daß in ihnen das Versprechen des Promittenten schriftlich anerkannt war. Der Gegen-

4) Cicero, Topica cap. 25, 26.

5) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 1891 S. 459, 514.

6) Dies ist Hypothese. Sie findet einen freilich unsicheren Anhalt in der traditionellen Äußerung der römischen Juristen, daß „ex jure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles" § 2 in fine J. de jure naturali 1, 2. Zahlreiche Analogien dienen zur weiteren Unterstützung, unter anderem das Eindringen der „formlosen Hypothek" aus dem griechischen Rechte.

7) l. 11 § 1 D. de act. empt. vend. 19, 1. — Pernice, Labeo Bd. 1 S. 408 ff. hat nachgewiesen, daß die „fides" entscheidenden Einfluß auf die Entwicklung der Klagbarkeit von formlosen Verträgen, namentlich von Mandat und Sozietät gewann. Doch liegt hierin nach unserer Auffassung nur ein Übergangsmoment. Als sich im Leben das Bedürfnis geltend machte, daß gewisse formlose Verträge festgehalten würden, bildete sich zunächst die Anschauung, daß die „fides" ihre treue Erfüllung verlange, und nachdem diese Überzeugung eingewurzelt war, gab man gegen den, welcher ihr untreu wurde, eine Klage.

8) Gaj. Inst. III § 89.

9) Vgl. namentlich Brinz Bd. 2 § 228.

beweis, daß der mündliche Akt unterblieben sei, wurde unzulässig; nur den Nachweis gestattete man, daß an dem Tage der Ausstellung der Urkunde einer der Beteiligten nicht am Orte war, von dem aus sie datierte.[10]

3. Nach altrömischem Rechte wurden Literalkontrakte durch Eintragungen in das Hausbuch des Gläubigers — den codex accepti und expensi — unter Einwilligung des Schuldners abgeschlossen. Dies Institut war im Justinianischen Rechte antiquiert. Was hier Literalkontrakt genannt wird, ist eine zweideutige Rechtsbildung.[11]

4. Klagbar waren endlich als Konsensualkontrakte infolge bloßer formloser Willensübereinstimmung 4 Verträge mit typischem, genau bestimmtem Inhalt: nämlich Kauf, Miete, Mandat und Gesellschaft.

Dazu kamen gewisse Geschäfte, denen der Prätor[12] sowie spätere Kaiser[13] Klagbarkeit verliehen hatten — sog. pacta praetoria und legitima.

Der Kreis der klagbaren gegenseitigen Konsensualkontrakte war ein festgeschlossener. Formlose gegenseitige Geschäfte, welche nicht unter die Typen von Kauf, Miete, Mandat oder Gesellschaft fielen — namenlose, Innominatkontrakte —, waren daher nicht klagbar. Aber hier trat ein neues bedeutsames Moment hervor — die Erfüllung. Wer aus derartigen Geschäften seinerseits geleistet hatte, dem stand, falls die erwartete Gegenleistung ausblieb, seit alters die condictio sine causa behufs Rückforderung des Geleisteten offen. Seit der Kaiserzeit gewährte man ihm auch eine Forderung auf die versprochene Gegenleistung.

Den Anstoß gab der Trödelvertrag. Dies ist ein Geschäft, bei welchem dem Trödler eine Sache zum Verhandeln unter der Vereinbarung übergeben wird, daß er entweder die Sache oder einen bestimmten Schätzungspreis zurückgebe.[14] Ein derartiger Vertrag ist weder Kauf, noch Miete, noch Mandat. Daher verstand sich der Prätor dazu, für denselben eine eigene Klage „ex fide bona“ aufzustellen, die aestimatoria praescriptis verbis, mittels deren der Geber die Sache oder den Preis vom Trödler einfordern konnte.[15]

10) Pauli sent. V. 7 § 2, l. 134 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 C. de contr. stip. 8, 37, dann l. 14 C. eod. — Gneist a. a. O. S. 253, Mitteis, Reichsrecht S. 459. Über den von Wendt in Iherings Jahrb. Bd. 28 n. 1 angenommenen Realverbalkontrakt siehe Pernice in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 13 S. 246.

11) Siehe hierüber unter § 344 Anm. 10.

12) Hauptfall war das constitutum. Vgl. unten § 326.

13) Es gehörte hierher namentlich das formlose Schenkungsversprechen l. 35 § 5 a. ff. C. de donat. 8, 54.

14) Vgl. unten § 377.

15) Karlowa, Rechtsgeschäft S. 254 hat zuerst bemerkt, daß die actio aestimatoria der Ausgangspunkt für die Innominatkontrakte gewesen sei, und daß eine allgemeine, für alle bezüglichen Fälle bestimmte actio praescriptis verbis nicht im prätorischen Edikte proponiert war. Lenel, edictum S. 237 hat dies zu völliger Überzeugung ausgeführt. Vgl. l. 1 pr. D. de aestimatoria 19, 3, l. 1 § 1 D. de rerum permutatione 19, 4, l. 2 D. de praescriptis verbis 19, 5. Siehe desgleichen über den Ausdruck „actio“ praescriptis verbis Gradenwitz, Interpolationen S. 123, Lenel, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 9 S. 181.

Auf Grund der Autorität großer Rechtslehrer, insbesondere des Labeo, gewährte der Prätor analog dieser Klage auch aus anderen unbenannten gegenseitigen Verträgen demjenigen, welcher seinerseits erfüllt hatte, eine Klage „praescriptis verbis" auf die versprochene Gegenleistung. Dies beruhte freilich weder auf Gesetz, noch auf Edikt, sondern auf nicht unbestrittener Juristenmeinung und prätorischer Praxis. Um so begreiflicher ist es, daß man dem erfüllenden Teil außer dem neuen Weg die ihm seit alters zustehende condictio sine causa auf Rückerstattung des von ihm Geleisteten beließ. Ihm blieb also ein Reuerecht, d. h. die Befugnis zum Rücktritt vom Geschäfte, bis er die Gegenleistung annahm.[16]

§ 264. Das römische Kontraktssystem und die Rechtsentwickelung in Deutschland.[1]

1. Das römische Kontraktssystem war zur Rezeption in Deutschland nicht geeignet. Es fehlten ihm innere Harmonie und Konsequenz. Denn das Prinzip der Notwendigkeit der Form war zwar in ihm nicht verdrängt, aber durch Ausnahmen, die zum großen Teile auf historischen Zufälligkeiten beruhten, willkürlich durchbrochen. Zudem fand die Form der Stipulation keine Anknüpfungspunkte im modernen Leben.[2]

Gleichwohl behaupteten noch die Zivilisten des Mittelalters die Klaglosigkeit der pacta nuda. Aber die Kanonisten entschieden sich für den Zwang zu deren Erfüllung.[3] Daraufhin stellte sich die Klagbarkeit formloser obligatorischer Verträge in der Theorie des gemeinen Rechts fest und wurde zu unbestrittenem Gewohnheitsrechte.[4]

2. Hiernach sind auch die römischen Innominatkontrakte sofort mit dem Abschlusse beiderseitig klagbar. Es bedarf also nicht mehr der Erfüllung, um ein Klagerecht auf die Gegenleistung zu erzeugen. Eine Konsequenz hiervon war, daß das Reuerecht dessen wegfiel, der leistete, ohne daß ihm die Gegenleistung erfüllt wurde; er hatte seiner Schuld genügt und war daher nur noch zur Einklagung der versprochenen Gegenleistung befugt.[5]

16) Ohne Zweifel stand dem Geber eine condictio sine causa — also ein Rücktrittsrecht — offen, wenn der Empfänger mit der Gegenleistung in Verzug war l. 1 § 4 D. de rer. permut. 19, 4. Hatte aber der Geber auch ein Reuerecht und eine sog. condictio ex poenitentia, ehe der andere Teil mit der Gegenleistung in Verzug kam, insbesondere wenn die für die Gegenleistung vereinbarte Zeit noch nicht abgelaufen war? Dies galt jedenfalls für das justinianische Recht l. 3 §§ 1 und 2, l. 5 pr. § 1 D. de cond. causa data 12, 4. Daß aber diese Stellen interpoliert seien, führt Gradenwitz, Interpolationen S. 146 aus. Ebenso Pernice, Labeo Bd. 3 S. 262.

1) Lothar Seuffert, Geschichte der obligatorischen Verträge 1881, R. Stintzing, Rezension dieses Werkes in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 23 S. 489.

2) Nach älterem deutschen Recht bedurfte der Schuldvertrag einer bestimmten, hörbaren und sichtbaren Form, insbesondere Hingabe eines Stabes oder Halmes oder eines anderen Symbols — wadia —, oder das Geloben mit Hand und Mund — Handschlag — oder das Geloben mit Fingern und Zunge — Aufrecken der Finger, auch in fränkischer Zeit Hingabe einer Schuldurkunde, Brunner, Grundriß der deutschen Rechtsgesch. S. 189. Aber schon im späteren Mittelalter machte sich vielfach der Satz geltend, daß man auch das formlos gegebene Wort halten müsse.

3) Vgl. die bei Seuffert a. a. O. S. 45 Angeführten.

4) Die Formlosigkeit der obligatorischen Verträge ist nicht ohne Bedenken. Sie führt die Gefahr mit sich, daß aus Äußerungen, die unüberlegt hingeworfen wurden, Klagen erhoben werden, nicht minder, daß über Inhalt und Tragweite der formlosen Verträge weitläufige und schwierige Prozesse entstehen. Dann kommt es zu schwankenden Zeugenaussagen und zum Schiedseid, — beides nicht allzu erwünschte Mittel des Prozesses. Doch ist auch BGB. für das Prinzip der Formfreiheit, immerhin mit erheblichen Ausnahmen. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 134 ff.

3. Hieran schließt sich die Frage, ob die römischen Realkontrakte noch ihren ursprünglichen Charakter bewahrt haben, oder ob sie in der großen Masse der Konsensualkontrakte aufgegangen sind? Ist also das einfache Darlehen noch heute Realkontrakt, so daß die Leistung der Valuta durch den Darlehensgeber aufzufassen ist als „obligandi causa" geschehen? Oder ist es Konsensualkontrakt geworden, so daß die Hingabe der Valuta als solvendi causa gilt, d. h. als Tilgung der vom Darlehensgeber mittels des Darlehenskontraktes seinerseits übernommenen Verbindlichkeit?[6] Das erstere trifft zu. Es entspricht der Auffassung des Verkehrs und des Lebens, daß sich Verbindlichkeiten wegen Darlehen, Depositum, Kommodat erst an die Inempfangnahme knüpfen. Hiernach bilden solche Geschäfte immer noch eine besondere Gruppe. Sie sind freilich in anderem Sinn Realkontrakte als in Rom, denn die Hingabe bildet nicht mehr, wie ehedem, eine positive und zwingende Bedingung der Klagbarkeit, sondern ein nach der Verkehrsauffassung als Parteiwille zu unterstellendes Merkmal der Vertragsperfektion. Dies gilt auch nach dem Recht des BGB.[7]

4. Obgleich Stipulationen nicht mehr geschlossen werden, spricht man auch heutzutage noch von „Stipulanten" und „Promittenten". Stipulant ist, wer einen Vertrag irgendwelcher Art abschließt, um Gläubiger, Promittent, wer ihn abschließt, um Schuldner zu werden.

Zweites Kapitel.

Der Abschluß obligatorischer Geschäfte.

§ 265. Schuldverträge und einseitige Versprechen.

I. Die Obligationen werden regelmäßig durch Verträge begründet, indem der Gläubiger ein Schuldversprechen des Schuldners annimmt.[1] Ob hierbei der Gläubiger das Versprechen herausfordert, wie dies bei der römischen Stipulation geschah, oder ob der Schuldner den Vorschlag macht, in welchen der Gläubiger seinerseits willigt, ist rechtlich unerheblich.

Den Römern erschien der Vertrag nur zwischen einem bestimmten Gläubiger und einem bestimmten Schuldner als möglich.[2] Nach

5) Diese Konsequenzen fanden nur allmählich und nicht ohne Widerstreben Anerkennung. Schriftsteller des letzten Jahrhunderts, welche die römische Theorie der Innominatkontrakte als praktisch verteidigen, zählt Seuffert a. a. O. S. 144 auf.

6) Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. Demelius, Realkontrakt im heutigen Rechte in Iherings Jahrb. Bd. 3 n. 5, Unger, ebendaselbst Bd. 8 n. 1, Schey, Oblig. Verh. Bd. 1 S. 36.

7) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 78 Ziff. 5.

1) Vgl. auch BGB. § 305. Das Versprechen erscheint deutscher Rechtsauffassung als der Hauptbestandteil des Vertrages, die Annahme desselben — ein Ausdruck, der ursprünglich eine körperliche Handlung, nämlich die Ergreifung eines vom Schuldner dargebotenen Wahrzeichens des Vertrages, bedeutete — als etwas Akzessorisches. Vgl. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 7 ff.; aber auch F. Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation S. 64 ff. Nicht richtig ist die Behauptung Siegels S. 49, daß nach deutschem Recht allgemein der einseitige Wille, sich zum Schuldner zu machen, eine Verpflichtung desselben begründe und daß dessen Annahme durch den Gläubiger nur erforderlich sei, wenn der Schuldner sich für diesen Fall allein verpflichten wollte. Siehe auch Jacobi in Iherings Jahrb. Bd. 35 n. 1, Affolter im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 4 S. 1 ff. und Kohler daselbst S. 49 ff.

2) Die meisten Romanisten verwerfen Verträge mit unbestimmten Gläubigern nach

deutscher Auffassung[3] kommen auch Verträge mit unbestimmten Gläubigern — die dem Schuldner gegenüber anonym bleiben — zu stande, indem ein Dritter statt des Gläubigers akzeptiert.[4]

II. In gewissen Fällen entstehen Obligationen durch *einseitiges Versprechen des Schuldners*.[5] Die Annahme des Versprechens ist zum *Zustandekommen der Obligation* zwar nicht erforderlich, es bleibt aber dem Ermessen des Gläubigers anheimgestellt, ob er von der ihm erwachsenen Befugnis Gebrauch machen will oder nicht.

Schon das römische Recht kannte derartige Fälle. Ihnen war gemeinsam, daß es sich um Zusagen handelte, die außerhalb des Geschäftsverkehrs standen. Man verschmähte hier die gewöhnlichen Formen.

Hauptfall ist das einseitige Versprechen einer Gabe — pollicitatio[6] — an eine *Stadtgemeinde*[7] wegen erwiesener Ehren oder aus anderen triftigen Gründen.

Auch das *Votum* gehört hierher, d. h. das einseitige Versprechen einer Zuwendung zugunsten frommer Zwecke.[8]

römischem Rechte, vgl. namentlich l. 10 und l. 21 D. de stip. servorum 45, 3. Siehe die bei Sohm in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 S. 56 Anm. 34 Angeführten. Sohm selbst ist abweichender Ansicht.

3) Vgl. über das ältere deutsche Recht Gareis in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 21 S. 349 ff., Brunner ebendaselbst Bd. 22 S. 85.

4) Speziell anerkannte Geschäfte mit unbestimmten Personen bilden die Seeversicherungen „für fremde Rechnung", wenn der Kommissionär oder Spediteur oder ein sonstiger Vertreter für einen nicht genannten Dritten Waren desselben versichert: desgleichen die Seeversicherungen für Rechnung dessen, „den es angeht", bei welchen *offen* gelassen wird, ob der Versicherungsnehmer für sich oder für einen Dritten versichert. Doch auf diese besonderen Fälle ist die Möglichkeit von Verträgen mit unbestimmten Personen nicht einzuschränken. Daher erkennt RG. Bd. 11 S. 249 die Rechtsgültigkeit eines Schuldscheines an, laut dessen sich der Aussteller dem künftigen Gläubiger einer auf das Grundstück eines Dritten einzutragenden Hypothek verbürgt. Siehe auch G. L. Strempel, die Blankozession nach gemein. R. 1893. BGB. läßt die Frage offen. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 1 § 81 S. 177.

5) Solche Verpflichtungen aus einseitigen Versprechen sind im allgemeinen wie die aus Verträgen zu behandeln.

6) Der Ausdruck „pollicitatio" ist vieldeutig und bezeichnet nicht selten einen „*formlosen Vertrag*". Vgl. Schloßmann, Vertrag S. 153. Daß er aber — was Schloßmann leugnet — auch ein bloß einseitiges Versprechen bezeichnen kann und gerade in der Lehre der Versprechen an Stadtgemeinden diese Bedeutung hat, geht unzweideutig aus l. 3 pr. D. de pollicitationibus 50, 12 hervor. Ulpianus libro 4 disputationum: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 273, Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts 1892 II.

7) Nach RG. Bd. 15 S. 213 gilt dasselbe für Zusagen zum Vorteil des *Staates*. Dagegen Regelsberger a. a. O. S. 27. Die Pollizitationen standen unter einem Sonderrechte. Namentlich konnte sich der verarmte Schenker mit dem fünften Teile seines Vermögens von der Vollendung des Werkes frei machen. Reichte ferner die Erbschaft des Pollizitanten für das Werk nicht aus, so waren seine Erben befugt, wenn sie seine Deszendenten waren, sich mit dem zehnten, wenn sie dies nicht waren, mit dem fünften Teile der Erbschaft loszukaufen. In mehreren Einzelheiten sind übrigens die Äußerungen der römischen Juristen nicht übereinstimmend. Vgl. l. 6 pr., l. 9, l. 11, l. 14, l. 15 D. h. t. 50, 12, siehe ferner Windscheid Bd. 2 § 304 Anm. 7 und 8. Das BGB. hat dieses Institut beseitigt.

In viel weiterem Maße verwertet das moderne Recht die Verbindungskraft einseitiger Versprechen. Es läßt sie in allen Fällen zu, in welchen diese Weise der Verpflichtung allgemeinen Verkehrsinteressen nützlich ist.[9] Die Hauptfälle sind folgende:

1. Die Auslobung, d. h. die einseitige, öffentlich bekannt gemachte Zusage einer Belohnung für eine nützliche Leistung.[10] Widerruf oder Modifikation der Auslobung steht daher dem Auslobenden nach der Verkündung nur frei, wenn er sich dies vorbehielt. Die Interpretation seiner Auslobung ist ihm aber im Zweifel zuzugestehen. Wer die Leistung vollzieht, erwirbt sich und seinem Erben den Anspruch auf den ausgelobten Preis, auch wenn die Ausführung nicht mit Rücksicht auf die Auslobung und selbst wenn sie ohne Kenntnis von derselben geschah.[11] [12]

2. Inhaber- und Orderpapiere werden mit ihrer Ausstellung perfekt, so daß Gläubiger aus ihnen wird, wer immer die Urkunde gutgläubig erwirbt, sofern ihn die Skriptur äußerlich als Gläubiger legitimiert.[13]

3. Schon nach gemeinem Recht waren bindende Offerten möglich, d. h. Anerbieten zu einem Vertrage, bei denen man sich des Rechts zum Rücktritt für den Fall begibt, daß der Adressat die Offerte innerhalb der durch sie vorgesehenen Zeit annimmt.[14]

---

8) l. 2 D. de pollicitationibus 50, 12, cap. 18 X. de censibus 3, 39.

9) Vgl. Ehrlich, stillschw. Willenserklärung S. 225. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 1 § 79.

10) Gewohnheitsrecht hat die Auslobungen für nützliche Zwecke zu rechtsverbindlichen gemacht. Jede ernstlich gemeinte Auslobung für rechtsverbindlich zu erklären, ist unzweckmäßige Übertreibung. Es verspricht z. B. jemand öffentlich im Wirtshaus dem 100 Mark, welcher sein Glas am schnellsten leert. BGB. § 657 unterscheidet nicht, doch auch unter seiner Herrschaft wird kein Gericht aus läppischen Versprechen verurteilen. Man wird sie für „nicht ernst" erklären, so sehr auch der Auslobende seinen Ernst bei der Auslobung versicherte.

11) Den Römern waren Auslobungen sehr wohl bekannt. Ein originelles Beispiel gibt das Sklavenhalsband: fugi, tene me, quum revocaveris me domino meo Zosino, accipis solidum. Bruns, fontes ed. VI, p. 320. Aber es entstand hieraus nur eine Anstandspflicht, keine klagbare Obligation. — Anders im gemeinen Recht. Doch behaupteten viele, z. B. Windscheid Bd. 2 § 308 Anm. 3, daß in der Auslobung nur eine Offerte an eine unbestimmte Person liege, die der Annahme bedürfe. Windscheid, das. Anm. 7, leugnete ferner die Verpflichtung aus der Auslobung, wenn sie zurückgenommen wurde, selbst nachdem die vorgeschriebene Tätigkeit begonnen, aber noch nicht vollendet war. Es fehlte noch die Annahme. Habe jedoch jemand bereits eine Aufopferung gemacht, so müsse sie der Auslobende wegen „culpa in contrahendo" ersetzen. Über die Auslobung vgl. Siegel a. a. O. S. 91, Hofmann a. a. O. S. 38, Hasenöhrl, österr. Obl.Recht Bd. 2 § 57, Brinz, Bd. 4, Aufl. 2 S. 254, Lichtenstein, die Auslobung, Göttinger Inaug.Diss. 1893, Arnaldo Lucci, delle promesse per publici proclami, Napoli 1893, Oertel, die Lehre von der Auslobung 1895, Brummund, die Auslobung Greifswalder Inaug.Diss. 1898, Elster, die Auslobung nach gem. Recht und BGB. im Archiv für Bürg. Recht Bd. 18 S. 125 ff., Kohler in ders. Zeitschr. Bd. 25 S. 1 ff. Nach BGB. kann die Auslobung bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden, in der Bestimmung einer Frist für dieselbe liegt im Zweifel ein Verzicht auf die Widerruflichkeit. Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstand hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird, vgl. §§ 658, 661. Die Auslobung ist unzweifelhaft ein einseitiges Versprechen. Die Belohnung erhält derjenige, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch dann, wenn er nicht mit Rücksicht auf die Belohnung handelte; § 657. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 335, 2. Abt. S. 476.

12) Über den Fall, daß die Tätigkeit mehrerer den Erfolg bewirkt hat, vgl. BGB. § 660, über denjenigen, daß mehrere die Leistung selbständig vollbrachten, § 659 das.

13) Die Frage, ob das Inhaber- und Orderpapier auf Vertrag oder einseitiger „Kreation" beruht, war im bisherigen Recht sehr bestritten. Das BGB. hat sich der Kreationstheorie angeschlossen, vgl. §§ 793 ff.

14) Nach BGB. § 145 ist der Vertragsantrag im Zweifel bindend.

§ 266. Vertragsverhandlungen. Vorverträge.[1] Culpa in contrahendo.

1. Behufs des Vertragsschlusses werden oft langwierige Verhandlungen geführt, welche die entgegenstehenden Wünsche der Parteien zum Ausgleiche bringen sollen, nicht selten geht dieser nur schrittweise und Punkt für Punkt vor sich. Ein Vertrag ist aber erst zustande gekommen, wenn Einigkeit über *alle* nach dem Begriffe des bezüglichen Geschäftes und nach der Parteiabsicht wesentlichen Punkte erzielt ist. Selbst wenn die Parteien den materiellen Inhalt des Geschäftes vollständig feststellten, bleibt alles noch offen, falls sie das Geschäft von der Genehmigung eines Dritten oder einer bestimmten Form des Abschlusses, z. B. schriftlicher oder notarieller Beurkundung, *abhängig* gemacht haben.[2]

2. Dem Vertrage, wie ihn die Parteien bezwecken, können Vereinbarungen vorausgehen, welche die Kontrahenten bereits binden, aber nach ihrer Absicht durch weitere Verträge auszuführen und zu vervollständigen sind — *Vorverträge*.

a) Hierher gehören die sog. *Punktationen*. Man versteht darunter bei der Vertragsverhandlung gemachte Aufzeichnungen derjenigen Punkte, über welche bereits Verständigung eintrat. Die Punktation kann verschiedene Bedeutung haben.[3] Bald dient sie bloß pro memoria zur Vorbereitung

1) Vgl. Regelsberger, zivilrechtliche Erörterungen I 1868, Degenkolb, der Begriff der Vorverträge 1871, mit Ergänzungen im Archiv für ziv. Praxis Bd. 71 Nr. 1. Adler, Realkontrakt und Vorvertrag in Iherings Jahrb. Bd. 31 n. 4. Schloßmann in derselben Zeitschr. Bd. 45 S. 1 ff.; Stintzing, die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse 1903.

2) Welche Tragweite hat es aber, wenn vor dem Abschlusse *schriftliche Form verabredet ist*? Hat es den Sinn einer *Vertragsbedingung*? oder bloß der *Sicherung* des Vertrages, damit das mündlich Vereinbarte nachträglich dauernd fixiert werde? Justinian wollte im Falle der Abrede einer Beurkundung eine Vertragsbedingung angenommen haben. l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21, vgl. pr. J. de empt. et vend. 3, 23. Über die hier angeführten Formen der Urkunde siehe Brunner, Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880, S. 63 ff. Über die Auslegung der l. 17 C. de fide instrumentorum l. c. herrscht Streit. Setzer, Abhandlungen aus dem Zivilrecht I, über die Verabredung der Schrift 1860, findet in der Verordnung nur Vorschriften über die Abfassung bezüglicher Urkunden. Regelsberger a. a. O. S. 14 meint dagegen, daß Justinian die Vereinbarung über die Schriftlichkeit als eine *Bedingung* und zwar ohne Zulassung des Beweises einer anderen Willensmeinung aufgefaßt wissen wollte. Die gemeinrechtliche Praxis hat sich dem aber nicht gefügt, ließ vielmehr die Parteiabsicht vom Richter frei erforschen, um hiernach die Bedeutung der Abrede zu bestimmen. Anders BGB. § 154 Abs. 2: „Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist." Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 139. Wird nach Abschluß eines mündlichen Vertrages über dessen Inhalt eine von den Vertragschließenden vollzogene Urkunde aufgesetzt, so bildet sie keineswegs eine bloße Beweisurkunde über den mündlichen Vertrag, sondern eine neue schriftliche Vereinbarung — Vertragsreproduktion. Vgl. Degenkolb im Archiv für ziv. Praxis Bd. 71 n. 5, gegen ihn Paul Meyer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 87 n. 3. Zur Entkräftung der Schrift genügt daher nicht der Nachweis, daß ihr Inhalt von dem des vorhergehenden mündlichen Vertrags abweicht. Notwendig ist vielmehr, daß die Änderung oder Auslassung in der Urkunde ersichtlich auf Irrtum oder Simulation oder anderen Willensmängeln beruhe.

3) Degenkolb, a. a. O., wünscht, daß die Punktation als eine Mißfigur aus den Darstellungen unserer Lehrbücher verschwinde, da sie ganz verschiedene Dinge umfasse und als Rechtsbegriff gar nichts bedeute. Es gebe überall nur einen wahren Gegensatz: den

des künftigen Vertrages, ist also ohne bindende Kraft, bald bildet sie einen wahren Vertrag. Letzteres setzt voraus, daß die Punktation alle dem Vertrage begrifflich wesentlichen Punkte enthalte und daß sich die Parteien an das Aufgezeichnete *fest binden wollen*, trotzdem sie noch eine Fortsetzung der Verhandlung in Aussicht nehmen.[4] — Wie aber, wenn es zu der beabsichtigten weiteren Einigung nicht kommt? Dann hat der Richter in Streitfällen die Konsequenzen des in der Punktation Festgestellten zu ziehen und außerdem die sog. naturalia negotii als maßgebend zu erachten.

b) Vorverträge anderer Art bilden die *pacta de contrahendo*,[5] d. h. Verträge, wodurch man sich dem anderen Teile zum Abschluß eines Vertrages bestimmter Art — des sog. Hauptvertrages — verpflichtet. Dergleichen pacta können auch gegenseitig geschlossen werden, z. B. über Geben und Nehmen eines Darlehens.

Pacta de contrahendo sind besonders häufig zur Vorbereitung von Realverträgen, z. B. Darlehen, oder von Skripturobligationen, z. B. Wechseln. Aber auch Verträge über den künftigen Abschluß von Konsensualkontrakten sind nicht selten, namentlich, wenn es sich um eine Mehrheit künftiger Geschäfte handelt, deren Individualisierung noch nicht tunlich ist, z. B. ein Fabrikant verpflichtet sich, einem Kaufmann seine sämtlichen Fabrikerzeugnisse im Falle rechtzeitiger Bestellung gegen den Marktpreis für eine Reihe von Jahren zu überlassen.

Das pactum ist natürlich nur dann bindend, wenn aus ihm der Inhalt des abzuschließenden Geschäftes im Streitfalle sich durch den Richter feststellen läßt.

Aus dem pactum de contrahendo entspringt eine Klage auf Abschluß des Hauptgeschäftes. Aber der Berechtigte kann im Fall der Säumnis des anderen Teiles auch unmittelbar sein Interesse einklagen, da ein vom Gerichte festgestellter Vertrag nicht einem freiwillig geschlossenen gleichzustellen ist, vielmehr leicht neue Streitigkeiten hervorruft.[6]

Vertrag und die Vorverhandlung. Alle sog. Mittelfiguren wären nicht reell, weil sie unmögliche Begriffe seien. — Dies ist abstrakt genommen vollkommen richtig. Aber die Punktation ist eine *tatsächliche Erscheinung*, welche im Leben eine Rolle spielt. Wir können sie daher nicht ignorieren, sondern müssen ihren rechtlichen Gehalt bestimmen, wobei wir allerdings zu dem Resultate kommen, daß sie bald Vertrag, bald rechtlich unverbindlich ist.

4) Nach dem Rechte des BGB. ist dies im Zweifel nicht anzunehmen. § 154 besagt: Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen . . . Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 128 S. 385.

5) Gründlich handelt vom pactum de contrahendo Degenkolb a. a. O. Vgl. ferner Regelsberger a. a. O. S. 129. Dissertationen bei Windscheid-Kipp Bd. 2 § 310. Den Ausdruck Vorvertrag auf das pactum de contrahendo zu beschränken, ist unzutreffend, weil er das Charakteristische dieses Vertrags nicht bezeichnet. Der Richter, welcher einen Tatbestand prüft und rechtlich zu bestimmen hat, würde nichts Greifbares feststellen, wenn er die Existenz „eines Vorvertrages" anerkennen wollte.

6) In Rom verlangte das pactum de contrahendo in der Regel die Form der Stipulation. Die Verurteilung ging auf das Interesse l. 68 D. de verb. obl. 45, 1 Paulus libro 2 ad edictum: . . . quod si ita stipulatus fuero: „pecuniam te mihi crediturum spondes?" incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod

Ob endlich Vorschriften über die Form des Hauptvertrages auch für die bezüglichen Vorverträge gelten, ist nach Inhalt und Zweck dieser Vorschriften zu beurteilen, also Sache ihrer Interpretation.[7]

3. Durch Verschulden bei Vertragsunterhandlungen — culpa in contrahendo — kann man denjenigen schädigen, welcher sich auf dieselben mit uns einließ. Nicht nach römischem, wohl aber nach heutigem gemeinen Rechte macht solche culpa verantwortlich. Insbesondere haftet, wer schuldhafterweise Angaben machte, welche bei dem anderen Teile die irrtümliche Vorstellung erwecken mußten, daß er einen rechtsbeständigen Vertrag abschließe.[8] Es ist ihm dann mindestens zu ersetzen, was er gehabt hätte, wenn von dem Vertrage keine Rede gewesen wäre — das sog. negative Vertragsinteresse.[9] [10] Hierfür hat namentlich einzustehen, wer sich als

---

mea interest. Die Verurteilung in das Interesse ist derzeit nicht, wie nach römischem Rechte, der einzige Ausweg, aber regelmäßig doch das Praktische und Angemessene, daher dem Kläger auf Antrag nicht zu versagen. BGB. läßt die Frage offen. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 1 § 83 S. 183.

7) Die Verpflichtung zum Abschlusse von Geschäften kann auch durch letztwillige Verfügungen auferlegt sein. Sie beruht ferner nicht selten auf Gesetzen. Beispielsweise ist die öffentliche Eisenbahn zur Eingehung von Frachtgeschäften, die Post zur Übernahme von Postsendungen und zur Beförderung von Reisenden gesetzlich verpflichtet. Es wird allgemein angenommen, daß wer rechtlich ein Monopol hat, und Anstalten, welchen eine öffentliche Zweckbestimmung zusteht, einem Kontrahierungszwang unterliegen. Hierauf geht wenigstens die neuere Rechtsentwicklung aus. Vgl. Biermann in Jherings Jahrb. Bd. 32 S. 267; Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 1 § 83 S. 184.

8) Die Haftung wegen culpa in contrahendo hat zuerst Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 n. 1 wissenschaftlich zu begründen gesucht. Gegen ihn trat Mommsen auf, die Haftung der Kontrahenten bei Abschließung von Schuldverträgen — Erörterungen Heft 2. Man kann zugestehen, daß eine derartige Haftung dem römischen Rechte fremd ist, und daß sich höchstens gewisse Anklänge beim Verkaufe einer nicht existierenden Erbschaft l. 18 und 19 D. de her. vel act. vend. 18, 4, sowie einer res extra commercium finden, l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Aber die ältere gemeinrechtliche Theorie hat eine Haftung nach Analogie der lex Aquilia auch bei schuldhafter Schadenszufügung, die nicht Sachbeschädigung ist, angenommen. Hiervon ist freilich die neuere Lehre als nicht quellenmäßig und zu vag zurückgekommen. Dagegen hat sich erhalten, daß man bei Rechtshandlungen, durch die man einen anderen kulpos beschädigt, allerdings für Schadensersatz einsteht. So ist es bei Arresten, die man unvorsichtig anlegt und dadurch den Arrestierten beschädigt, ebenso bei Vertragsunterhandlungen. Die Klage ist aber eine außerkontraktliche, wenn ein Vertrag nicht zustande kam, und keine Kontraktsklage, wie Jhering annimmt. Deshalb geht sie auch gegen denjenigen, welcher in fremdem Namen kontrahierte oder als Bote und Gehilfe des Mitkontrahenten falsche Mitteilungen über dessen Erklärungen machte, was Jhering nicht zugeben will. Keine culpa in contrahendo liegt übrigens vor, wenn man Vertragsunterhandlungen anspinnt und nachher willkürlich abbricht; denn dies ist das Recht eines jeden, und der andere Teil mußte wissen, daß dergleichen stets eintreten kann. So grundsätzlich auch Thon, Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte im Archiv für ziv. Praxis Bd. 80 S. 96 ff., dagegen Windscheid Bd. 2 § 307 Anm. 5, welcher die Haftung wegen angeblicher culpa in contrahendo sehr übertreibt. Melliger, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen 1898.

9) Gegen die Anwendung des negativen Interesses erklärt sich Bähr, Irrungen im Kontrahieren, in Jherings Jahrb. Bd. 14, insbesondere S. 422, vgl. aber Mommsen a. a. O. S. 52, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 501, Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 678, Brock, das negative Vertragsinteresse 1902, Gradenwitz, Anfechtung und Neurecht, Kuhlenbeck in der Deutschen Juristenzeitung X S. 1142.

10) Nach BGB. haftet man im Fall des § 307 wegen culpa in contrahendo auf

bevollmächtigt zu einem Vertragsschlusse für einen Dritten ausgab, ohne von diesem Vollmacht zu haben, auch wenn er deren Mangel nicht kannte.[11]

§ 267. Vertragsschluß. Verträge unter Abwesenden.[1]

Verträge werden in der Regel[2] so geschlossen, daß ein Teil dem anderen einen *Antrag* — die *Offerte* — macht und dieser sie *annimmt*. Wer den Antrag stellt, heißt Antragsteller — Offerent — und wer ihn erhält, Antragsempfänger — Adressat.[3]

Die Verhandlung wird entweder unter Gegenwärtigen und dann meist mündlich geführt, oder sie geschieht unter Abwesenden und zwar schriftlich durch Brief oder Telegramm oder mündlich durch Boten oder Telephon.

Nicht jede Aufforderung zum Kontraktsschlusse bildet eine Offerte. Man kann zunächst bloß die *Anbahnung* von Verhandlungen bezwecken, wie dies häufig bei öffentlichen Einladungen an das Publikum oder auch bei Anzeigen an einzelne Personen der Fall ist, die nicht unmittelbar Vertragsbestandteil sein sollen.[4] *Offerte* ist die Aufforderung zu einem Geschäfte

---

das negative Vertragsinteresse, vgl. auch § 122 Abs. 1, § 179. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 130 S. 391.

11) RG. Bd. 35 S. 135 nimmt Haftung an, auch wenn der falsus procurator den Mangel seiner Vollmacht nicht kannte, und zwar selbst auf das positive Vertragsinteresse. Anders BGB. § 179 Abs. 2 wenigstens in letzterer Beziehung.

1) Die Literatur über Verträge unter Abwesenden ist eine außerordentlich reiche: vgl. vorzüglich Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 12, sowie in Jherings Jahrb. Bd. 2 n. 5, Bekker in seinen Jahrb. Bd. 2 n. 11 und Bd. 3 n. 4, Regelsberger, Erörterungen S. 1 ff., ferner Köppen, obligator. Vertrag unter Abwesenden in Jherings Jahrb. Bd. 11 n. 2, Sohm in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 n. 2: über Vertragsschluß u. A., Schott, obligator. Vertrag u. A. 1873, Kühn, Vertragsschluß unter Abwesenden in Jherings Jahrb. Bd. 16 n. 1, Marsson, die Natur der Vertragsofferte 1879, Gardike, der Vertrag unter Abwesenden 1882, Oemler, der Vertrag u. A. 1885, Kohler im Archiv für bürg. Recht Bd. 1 S. 283, Maas, Vertragsschluß auf elektrischem Wege 1889, Krückmann, über den Vertragsschluß, Göttinger Inaug.Diss. 1892, Fritze, in welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenserklärungen Widerruf usw. Kieler Inaug.Diss. 1896. Siehe auch Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation, sowie Schloßmann, der Vertrag 1876 und in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 565, Jacobi in Jherings Jahrb. Bd. 35 n. 1, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 129.

2) Der beiderseitige Wille kann simultan erklärt werden, ohne daß dem einen Teil die Rolle des Offerenten, dem anderen die des Akzeptanten zufällt. So unter Gegenwärtigen, wenn ein Reisender und ein Träger behufs Abnahme des Koffers zueinander treten, ohne daß erkennbar ist, wer die Initiative für das Transportgeschäft gab. In entsprechender Weise kommt ein Vertrag unter Abwesenden zustande, wenn sich zwei gleichlautende Offerten kreuzen, vgl. Bekker a. a. O. Bd. 3 n. 4 Ziff. I; anderer Ansicht ist Leonhard, Irrtum S. 71.

3) Mit Recht lehrt Regelsberger a. a. O. S. 4: „In Verträgen hat nur diejenige Willenserklärung verpflichtende Kraft, welche dem anderen Vertragsteile oder seinem Stellvertreter gegenüber abgegeben wird.“ Anderer Meinung Windscheid Bd. 2 § 309 Ziff. 3. Nach dem Recht des BGB. sind der Antrag zum Vertrage sowie die Annahme des Antrages *empfangsbedürftige* Willenserklärungen.

4) Vgl. früher HGB. Art. 337. Daß auch Offerten an das Publikum vorkommen, führt Biermann in Jherings Jahrb. Bd. 32 S. 292 aus, vgl. auch Brinz, Pand. Bd. 4 S. 312, Zschimmer, die Offerte an das Publikum. Rostocker Inaug.Diss. 1897, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 130. Solche liegen in der Aufstellung von *Automaten*. Vgl. über sie Auwers, der Rechtsschutz der automatischen Wage, Göttinger Inaug.Diss. 1891, Neumond im Archiv für ziv. Praxis Bd. 89 S. 166.

nur dann, wenn sie in der Meinung erklärt ist, daß der Abschluß unmittelbar durch die Annahme seitens des Adressaten zustande kommen soll.[5] Jede Offerte ist zeitlich begrenzt. Ihr Sinn ist, auch wenn dies nicht besonders ausgesprochen ist, daß der Antragsteller gegenwärtig, d. h. innerhalb angemessener Frist zum Geschäftsabschlusse bereit sei.[6]

Die Offerte vollendet sich, wenn sie zum Adressaten gelangte. Sie verliert jede Bedeutung, wenn dem Adressaten vorher die Zurücknahme seitens des Antragstellers, z. B. durch ein sie annullierendes Telegramm mitgeteilt ist. Die Annahme geschieht in der Regel durch Worte — mündlich oder schriftlich.

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts stritt man darüber, ob es zum Zustandekommen des Vertrags genüge, daß eine solche Annahme geäußert sei — sog. Äußerungstheorie —, oder ob sie zum Vertragsschlusse notwendig dem Antragsteller kundgetan sein müsse — sog. Vernehmungstheorie. Letztere stützte sich auf allgemeine Grundsätze. Der Mitteilung der Offerte muß die Mitteilung der Annahme entsprechen.

Bei Geschäften unter Gegenwärtigen erkannten dies schon die römischen Quellen an, indem sie die Wirksamkeit einer Stipulation verwarfen, bei welcher der Promittent auf die Frage eines Tauben bejahend antwortet.[7] Dies offenbar, weil die Zusage nicht zu dessen Verständnis gelangte. Das gleiche muß bei Geschäften unter Abwesenden gelten. Unmöglich kann die bloße Niederschrift einer zusagenden Antwort Vertragsschluß sein. Sie ist Vorbereitung des Abschlusses, Projekt. Der Schreiber kann daher zweifellos das Geschriebene zerreißen, ohne die Rechte des anderen Teiles zu kränken. Soll sich dies ändern, wenn der Brief kuvertiert ist? zur Post gegeben wurde, im Postbriefkasten liegt, oder weiter befördert wird?[8] In der ganzen Reihe der zur Übermittlung dienenden Schritte findet sich kein fester Abschluß, solange der Brief nicht in die Hände des Adressaten gelangt ist. Bis dahin kann der Schreiber das Schriftstück zurücknehmen oder widerrufen. Es ist in jedem Sinne sein,[9] also auch der Antragsteller noch nicht gebunden. Ist freilich die Annahmeerklärung einmal an den Offerenten gelangt, so muß dies genügen. Darauf kann nichts ankommen, ob er wirklich Kenntnis von derselben genommen hat. Wer eine Offerte stellt, muß von einlaufenden Antworten Notiz nehmen, und das Recht, welches brauchbare Normen für die Praxis aufzustellen hat, nimmt an, daß dies geschehen sei, auch wenn es tatsächlich unterblieb.[10]

---

5) Die Offerte muß derart sein, daß durch die Annahme eine vollkommene Einigung herbeigeführt werden kann, es ist aber zu eng, wenn man behauptet, sie müsse so gefaßt sein, daß der Vertrag durch das einfache „Ja" des Oblaten zustande kommen könnte. Offerten bilden auch solche Anträge, welche die nähere Festsetzung in das billige Ermessen des anderen Teiles stellen. Vgl. Regelsberger, Erörterungen S. 50.

6) Vgl. auch BGB. §§ 147 ff.

7) l. 1 § 15 D. de obl. et act. 44, 7. Gajus libro 2 aureorum: Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis.

8) Die Vertreter der Äußerungstheorie differieren in ihren Ansichten. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 Aufl. 6 § 237 findet es genügend, daß das „Ja" geschrieben sei; Scheurl in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 258 sieht die Annahme als geschehen an „durch den ersten Schritt der Übermittlung an den Offerenten".

9) Ein Versuch von Windscheid Bd. 2 § 306 Anm. 5 und 6, die Äußerungs- und die Vernehmungstheorie auszugleichen, ist nicht gelungen, vgl. herüber unsere früheren Auflagen, Regelsberger a. a. O. S. 40.

10) Man pflegt daher von einer „Empfangstheorie" zu reden, die jedoch nichts ist als die vernünftige praktische Ausbildung der Vernehmungstheorie. Das BGB. hat sich der oben vertretenen Meinung angeschlossen; § 146 besagt, daß der Antrag dem

Nicht selten wird eine Offerte in dem Sinne gestellt, daß ihre sofortige Ausführung durch den Antragsempfänger Annahme finden soll. Dann kommt gemäß dem Willen des Offerenten das Geschäft durch die Ausführung zur Perfektion, ohne daß es einer Mitteilung seitens des Antragsempfängers oder der Kenntnis des Offerenten bedarf.[11]

Solange der Vertrag nicht durch die Perfektion der Annahmeerklärung zustande kam, darf zwar jeder Teil zurücktreten, aber es kann nicht genügen, daß der Rücktritt beabsichtigt war, er muß auch dem anderen Teile vorher erklärt sein.[12] Im gemeinen Recht wurde Verzicht des Offerenten auf Rücknahme der Offerte für den Fall rechtzeitigen Einlaufens der Annahmeerklärung als zulässig angesehen.[13]

Tod eines der Kontrahenten vor dem Abschlusse vereitelt den Vertrag, weil die Möglichkeit einer Einigung der Parteien damit abgeschnitten ist.[14] [15]

§ 268. Die Arra, Draufgabe.[1]

Vertragsunterhandlungen, insbesondere über Verkäufe oder Vermietungen, endigen nicht selten damit, daß der eine Teil dem anderen Geld oder ein anderes Wertobjekt einhändigt — Angeld, Draufgabe, Dingpfennig, Arra.

1. Im Zweifel hat dies die Bedeutung eines Zeichens des Ab-

Antragenden gegenüber angenommen werden muß, und § 130 Abs. 1 bestimmt: Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vor oder gleichzeitig mit ihr ein Widerruf zugeht.

11) Vgl. BGB. § 151: Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat.

12) Die l. 4 pr. D. de manumissis vindicta 40, 2 wird nicht selten für die Ansicht angeführt, daß auch ein abgesendeter, aber noch nicht angekommener Widerruf wirksam sei. Es handelt sich jedoch hier um eine einseitige Willenserklärung und noch dazu um ein ganz singuläres Verhältnis. Vgl. dagegen l. 1 § 2 D. quod jussu 15, 4; Fritze a. a. O. S. 10.

13) Nach BGB. § 145 ist die Offerte regelmäßig solange bindend. Vgl. oben § 265 a. E. Köppen a. a. O. Bd. 11 insbesondere S. 324 betrachtet den Vertragsantrag schon nach römischem Rechte als obligierend unter der Bedingung der Annahme, daher als unwiderruflich. Vgl. hiergegen Windscheid Bd. 2 § 307 Anm. 7a und dort Angeführte.

14) Die Frage ist bestritten. Vgl. aber l. 2 § 6 D. de donat. 39, 5, Windscheid § 307 Anm. 9; Fritze a. a. O. S. 71. Anderer Ansicht ist namentlich Regelsberger, bei Endemann, Handbuch des Handelsr. Bd. 2 S. 442, Pand. Bd. 1 S. 551. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt BGB. § 153.

15) Bestritten war die juristische Konstruktion der Versteigerung. Vgl. über dies Geschäft Puchta, Pand. und Vorl. § 252, Kindervater in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 1 und n. 7; Ihering daselbst Bd. 7 n. 4 und 8; Unger daselbst Bd. 8 n. 5; Reuling daselbst Bd. 10 n. 6; Siegel a. a. O. S. 82; Brinz, Pand. Bd. 4 S. 329. BGB. § 156 bestimmt nunmehr: Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Ein Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben, oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags abgeschlossen wird. Dies entspricht der an dieser Stelle bereits für das gemeine Recht vertretenen Ansicht. Danach liegt in der Veranstaltung einer Versteigerung nur eine allgemeine Aufforderung zum Kontrahieren. Das Angebot des Ansteigerers ist als dessen Offerte aufzufassen. Er ist an dieselbe gebunden, bis ein höheres Gebot vorgebracht wird. Die Annahme des Gebotes und der Kontraktsschluß geschieht durch den Zuschlag seitens des Versteigerers. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 82 S. 179.

1) Vgl. Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 415, Schrödter, Erlanger Inaug.Diss. 1899; B. Vallentin, Berliner Inaug.Diss. 1900, Kunze, Erlanger Inaug.Diss. 1904. Über die Draufgabe des BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 99 S. 216.

schlusses des Vertrages,[2] die Arra ist dann, wie man zu sagen pflegt, confirmatoria.

2. Häufig verfolgt die Arra den Zweck einer Strafe — sog. arra poenalis. Nach römischem Rechte war die Straffunktion der Arra zweiseitig. Wie der Geber die Arra verlor, wenn ihm die Vereitlung des Geschäftes zur Last fiel, so hatte sie der Empfänger in doppeltem Betrage zurückzuerstatten, wenn ihn die Schuld traf.[3]

a) Die Strafarra kann bloß den Strafzweck verfolgen; dies gilt dann, wenn feststeht, daß die Parteien einen bindenden Vertrag noch nicht wollten, namentlich wenn sie vereinbarten, daß ihre Abmachungen erst bei schriftlicher Beurkundung endgültig sein sollten. — Hat sich der Geber durch Vereinbarung gegen Aufopferung der Arra beliebigen Rücktritt vom Vertrag vorbehalten, so ist sie zugleich Reugeld, arra poenitentialis.[4]

b) Die Arra kann auch Straffunktion haben neben dem Zweck, Zeichen des Abschlusses des Vertrages zu sein.[5] Ja diese Verbindung ist — was häufig verkannt wird, — die Regel geworden.[6] Der Empfänger ist infolgedessen befugt, wenn sich der Geber seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen entzieht, statt auf Ausführung des Geschäftes zu bestehen oder Entschädigung zu liquidieren, die Arra für sich zu behalten.[7]

2) Pr. J. de empt. et vend. 3, 23, l. 35 pr. D. de contr. empt. 18, 1. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. Ebenso BGB. § 336. Die Arra ist zu unterscheiden von der Anzahlung eines Teiles des Kaufpreises, vgl. l. 2 C. quando liceat ab emptione 4, 45. Bechmann a. a. O. S. 416. Nach manchen Partikularrechten ist die Arra sogar notwendige Form bestimmter Kontrakte, namentlich der Gesindeverträge; dem gemeinen Rechte war dies fremd.

3) l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21. Das gemeine Recht übernahm nur die Strafe des Verlustes durch den Geber, nicht die doppelte Ersatzpflicht des Empfängers.

4) Nach BGB. § 336 Abs. 3 gilt die Draufgabe im Zweifel nicht als Reugeld.

5) Die Arra verfällt anerkanntermaßen dem Verkäufer auch ohne besondere Verabredung, wenn er den Verkauf unter lex commissoria abgeschlossen hat und gegenüber dem säumigen Käufer von dieser Klausel Gebrauch macht, l. 6 pr. l. 8 D. de lege commissoria 18, 3.

6) So auch nach BGB. § 338.

7) Daß die Arra im justinianischen Rechte im Zweifel neben ihrem Charakter als Zeichen des Vertragsschlusses Straffunktion hat, geht unseres Erachtens unzweideutig aus pr. J. de empt. et vend. 3, 23 hervor. Nachdem diese Stelle ausgeführt hat, daß man von einem Kaufvertrage zurücktreten dürfe, wenn die schriftliche Abfassung desselben verabredet sei und noch ausstehe — vgl. oben § 266 — fährt sie fort: Ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est. Hieraus schloß schon Savigny, OR. Bd. 2 S. 271, daß die arra confirmatoria zugleich den Charakter einer Strafe habe. Dies mißfällt freilich vielen Neueren, insbesondere Bechmann a. a. O. Richtig ist, daß Justinian in den Institutionen verschiedene Fälle vermengt, während die zugrunde liegende l. 17 C. de fide instrument. 4, 21 hiervon keine Spur enthält. Aber derartiges ist bei Justinian nichts Unerhörtes. Es arbeitet sich hier eben ein neuer Gedanke in wenig geschickter Weise durch. Damit stimmt die Ausführung des römisch-syrischen Rechtsbuches überein — vgl. Bruns, Kommentar S. 216 —, laut dessen der Käufer, welcher eine arra gibt, zwar um des-

3. Die Arra ist im Zweifel nicht Zugabe zur vereinbarten Leistung.[8]

4. Der Empfänger der Arra wird, wenn nichts anderes vereinbart wurde, deren Eigentümer, er ist keineswegs bloßer Verwahrer fremden Eigentums und konsumiert er die Arra, so begeht er damit keine Unterschlagung.[9] Er ist aber obligatorisch zur Rückerstattung verbunden, wenn das Geschäft vollständig von der Gegenseite erfüllt ist, ohne daß eine Aufrechnung stattfand. Er hat sie auch zurückzugeben, wenn das Geschäft durch beiderseitige Übereinkunft oder seine Schuld rückgängig gemacht wird.

Drittes Kapitel.

Verhaftung aus fremden Geschäften.

§ 269. Allgemeines. Actio exercitoria und institoria.

Actiones adjecticiae qualitatis nennt man Klagen, durch welche ein Gewalthaber oder Geschäftsherr neben seinem Hauskinde, Sklaven oder Geschäftsführer aus dessen Kontrakten verbunden wurde.[1] [2] Diese Klagen

willen nicht zurücktreten darf, wenn er aber gleichwohl zurücktritt, die arra verliert. Bruns erklärt diese Sätze sehr richtig dahin, daß der Verkäufer die Wahl haben soll, entweder auf Erfüllung des Vertrages zu dringen oder den Rücktritt zuzulassen und dann die arra zu lukrieren. Dies war praktisch und bildete sich, wie es scheint, im Verkehre gewohnheitsmäßig aus. Von den Kompilatoren wurde dann der Satz, da er in den Rechtsquellen der klassischen Zeit noch nicht in dieser Allgemeinheit anerkannt war, gelegentlich eingeflickt. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 325 Anm. 4, aber auch Vallentin a. a. O. S. 12 ff.

8) Ebenso BGB. § 337.

9) Hierfür spricht, daß die arra mit einer „condictio" zurückgefordert wird, und daß nirgends von einer „Vindikation" der arra die Rede ist, wie sie doch, namentlich wenn es sich um einen Ring handelte, nahe gelegen hätte, wenn der Geber Eigentümer geblieben wäre, l. 11 § 6 D. de act. empt. 19, 1. Bechmann a. a. O. S. 417 glaubt dennoch, den Eigentumsübergang bestreiten zu müssen. Und allerdings läßt sich die „Notwendigkeit des Eigentumsüberganges" nicht behaupten. Aber darum handelt es sich auch nicht. Es fragt sich, was ist im Zweifel die Meinung der Parteien bei Hingabe der arra, was entspricht den Zwecken des Verkehres? Die Antwort der Römer ist: Eigentumsübergang. Nach BGB. ist es Frage der Auslegung, ob Eigentumsübertragung anzunehmen sei.

1) Über die adjektizischen Klagen vgl. Buchka, Stellvertretung §§ 3 ff.; Savigny, OR. Bd. 2 § 54; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozeß II die adjektizischen Klagen 1882 und in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 19 n. 2; Fr. Frese, die Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung Heft 1 1889 S. 181. Der Name dieser Klagen ist von den Neueren auf Grund des Ausspruches von Paulus libro 29 ad edictum l. 5 § 1 D. de exercit. act. 14, 1 gebildet: hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur. BGB. hat die adjektizischen Klagen beseitigt.

2) Die Klagformel der adjektizischen Klagen war derart konzipiert, daß die „intentio" der Klage auf die Person des Geschäftsführers gestellt war, während die „condemnatio" auf die Person des Geschäftsherrn ging. Hiernach entwirft Lenel folgende Formel der actio institoria: Quod As As de Lucio Titio, cum is a No No tabernae praepositus esset, X. pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a No No praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, ejus judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a. Diese Fassung hat zuerst Keller, Litis-

wurzelten teils in der eigenartigen Organisation der römischen Hausgewalt und dem Sklavenverhältnisse, teils dienten sie zum Ersatze der direkten Stellvertretung, welche die Römer als Prinzip nicht anerkannten. Einige gingen auf den vollen Schuldbetrag — in solidum —. Dies war der Fall bei der actio exercitoria, institoria und quod jussu. Andere verpflichteten nur bis zu dem Maße, welches sich aus den besonderen Tatbeständen ergab. Solcher Art war die actio de peculio und die actio de in rem verso.[3]

1. Durch die actio exercitoria wird der Reeder — exercitor navis —, welcher einen Schiffer — magister navis — zum gewerbemäßigen Betrieb der Schiffahrt einem Schiffe vorgesetzt hat, neben demselben aus dessen Geschäften verhaftet.[4] Es muß sich um Geschäfte handeln, zu denen der Schiffer vom Reeder ermächtigt ist oder als ermächtigt gilt, weil sie bei Schiffern der betreffenden Art üblich sind.[5] Der Mitkontrahent muß ferner die Absicht gehabt haben, zu den Zwecken zu kreditieren, für welche der Schiffer angestellt ist.[6] Geschah dies und lagen besondere Verdachtsgründe nicht vor, so steht ihm nicht entgegen, daß der Schiffer hinterher das Entnommene treuloserweise zu anderen Zwecken verwendete.[7]

2. Institor heißt der in dem Gewerbe eines anderen für einen Geschäftszweig, zu welchem der Abschluß von Rechtsgeschäften gehört, Angestellte.[8 9] Dem Institor kann das ganze Gewerbe oder ein einzelner Zweig desselben anvertraut sein.

Aus den von ihm innerhalb seiner Zuständigkeit geschlossenen Geschäften gab der Prätor die actio institoria gegen den Geschäftsherrn. Sie trat zu der Klage gegen den Institor, welcher als Kontrahent persönlich verpflichtet war, hinzu.

---

kontestation und Urteil S. 432 vorgeschlagen. Zwar fehlt es nicht an Widerspruch. So namentlich neuerdings Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 259, Brinz Bd. 2 S. 204, Baron a. a. O. Die Richtigkeit der Kellerschen Aufstellung ist aber überzeugend durch Lenel, edictum S. 206 nachgewiesen worden. Vgl. auch Krüger in der Zeitschr. der Sav.Stift. rom. Abt. Bd. 4 n. 7.

3) Da die neuere Rechtsentwicklung die Sklaverei nicht gelten läßt, die väterliche Gewalt eine von der römischen verschiedene Gestaltung hat und direkte Stellvertretung unbedingt anerkannt wird, so war die Rezeption der römischen actiones adjecticiae qualitatis von jeher eine sehr beschränkte. Brünell, gehören die actiones quod jussu institoria und exercitoria dem heutigen Recht an? Erlanger Inaug.Diss. 1898.

4) Tit. Dig. de exercitoria actione 14, 1.

5) Vgl. l. 1 § 5 D. h. t. 14, 1.

6) Brinz Bd. 2 S 225 nimmt an, daß es bezüglich der Vollmacht auf Wissen und Wollen des Mitkontrahenten nicht ankomme, wenn der Erfolg da sei, daß innerhalb ihres Umfanges gehandelt worden ist. Dies ist nicht als richtig anzuerkennen.

7) Vgl. l. 1 § 9 D. h. t. 14, 1.

8) Tit. Dig. de inst. act. 14, 3, Tit. Cod. de exercitoria et institoria actione 4, 25. Thöl, Handelsrecht — 6. Aufl. — Bd. 1 §§ 55 ff.: „Institor ist nicht nur, wer einem kaufmännischen Gewerbe vorsteht, sondern auch wer für ein Gewerbe anderer Art angestellt ist."

9) Über die viel bestrittene l. 5 § 10 D. de inst. act. 14, 3 vgl. Jhering in seinen Jahrb. Bd. 2 S. 78. Thöl, Handelsrecht Aufl. 6 S. 301. Weitere Literaturangaben bei Windscheid Bd. 2 § 482 Anm. 15.

Das innere Verhältnis des Institor zu dem Geschäftsherrn ist zu unterscheiden von seiner Stellung nach außen — gegen gutgläubige Dritte. Dem Geschäftsherrn gegenüber ist der Institor verbunden, alle Anweisungen zu beobachten, und wird ihm im Falle ihrer Nichtbefolgung verantwortlich. Aber gutgläubigen Dritten haftet der Geschäftsherr auch aus solchen Verträgen seines Institors, welche jenen Anweisungen zuwiderliefen, sofern zu Kontrakten dieser Art solche Vertreter üblicherweise befugt sind.[10] Insbesondere gilt der in einem Handelslokale Angestellte als ermächtigt zu allen dort regelmäßig betriebenen Geschäften.[11] Nur solche Einschränkungen stehen auch gutgläubigen Dritten entgegen, die aus der Einrichtung des Geschäftsbetriebes oder durch öffentliche Bekanntmachungen ersichtlich waren, so daß sie bei etwelcher Sorgfalt nicht übersehen werden konnten.[12]

3. Eine actio quasi institoria wurde endlich in allen Fällen gegen den Geschäftsherrn gegeben, in welchen ein Bevollmächtigter, ohne Institor zu sein, im Namen eines Dritten kontrahierte.[13]

§ 270. Die drei Klagen aus den Kontrakten der Gewaltuntergebenen gegen den Gewalthaber.

Ein dreifaches Edikt stellte drei Klagen gegen den Gewalthaber aus den Kontrakten seiner Hausuntergebenen auf: nämlich die actio quod jussu, de peculio und de in rem verso.[1]

10) l. 11 § 3 D. h. t. 14, 3. Ulpianus, libro 28 ad edictum: De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti.

11) Vgl. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 205, sowie die oben Anm. 10 abgedruckte Stelle. Vgl. HGB. § 56.

12) l. 7 § 1 D. de exercitoria act. 14, 1 . . . et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare. Hiernach bestimmt sich, inwieweit dem Mitkontrahenten eine „Erkundigungspflicht" obliegt. Vgl. hierüber Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 216, aber auch Baron in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 27 S 139.

13) Die actio quasi institoria verdankt ihre Anerkennung der Autorität Papinians, vgl. l. 30 pr. D. de neg. gest. 3, 5, l. 19 pr. D. de inst. act. 14, 3, l. 10 § 5 D. mandati 17, 1, l. 13 § 25 D. de act. empt. vend. 19, 1, l. 16 D. de inst. act. 14, 3, l. 5 und l. 6 C. de exerc. et inst. act. 4, 25, Baron in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 27 S. 131. Es gehört hierher auch l. 30 pr. D. de neg. gest. 3, 5, darüber Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 287; vgl. Windscheid Bd. 2 § 482 Anm. 8. Dem gemeinen Rechte waren alle diese Klagen, also die actio exercitoria, institoria und quasi institoria fremd. Denn entweder handelte der Schiffer, Handlungsbevollmächtigte oder sonstige Vertreter in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter im Namen des Geschäftsherrn. In diesem Falle galt der Geschäftsherr nach den Grundsätzen der unmittelbaren Stellvertretung als der wahre Kontrahent, als allein und unmittelbar verpflichtet. Oder die Bevollmächtigten kontrahierten auf fremde Rechnung in eigenem Namen. In diesem Falle erhielten die Vertreter allein Rechte und Pflichten aus dem Kontrakte. Die Mitkontrahenten kreditierten dann nur ihnen und konnten den Geschäftsherrn nicht belangen. Dagegen blieben die römischen Grundsätze über den Umfang der Vollmacht der Schiffer und Institoren auch im gemeinen Rechte für die Frage maßgebend, inwieweit der Angestellte den Prinzipal durch seine Gewerbsgeschäfte verbindet. Vgl. HGB. § 54.

1) l. 1 § 1 D. de peculio 15, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum: Est autem

1. Wer mit Hausuntergebenen auf Geheiß — jussu — ihres Hausvaters *in dessen Angelegenheit* kontrahierte, dem stand gegen denselben in solidum die actio quod jussu zu.[2] [3] Notwendig war, daß der Dritte im Hinblick auf die Ermächtigung des Hausvaters den Vertrag einging.[4]

Zunächst war — civiliter oder naturaliter — der Hausuntergebene als Kontrahent dem Mitkontrahenten verpflichtet, der Hausvater haftete adjektizisch.[5]

2. Die actio de peculio ging gegen den Hausvater aus den kontraktlichen Verbindlichkeiten seines Hausuntergebenen, soweit dessen peculium reichte. *Peculium* hieß das dem Hausuntergebenen vom Hausvater eingeräumte Sondervermögen, welches *tatsächlich dem Hausuntergebenen* überlassen war, *rechtlich aber in dem Eigentume des Hausvaters verblieb.*[6] [7]

---

triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod jussu hinc oritur actio. Gradenwitz in der Zeitschr. der Sav.Stiftg. rom Abt. Bd. 27 S. 228 ff. und Seckel in der Festschrift für Bekker 1907.

2) Tit. Dig. quod jussu 15, 4; Drechsler, die actio quod jussu 1877; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 543 und dort Zitierte.

3) Bestritten ist, in wessen Angelegenheiten abgeschlossen sein muß, ob in denen des Vaters oder denjenigen des Hauskindes, oder ob Geschäfte beider Art betroffen waren. Das Richtige ist, daß es sich um Geschäfte des Vaters handeln müsse. Vgl. l. 1 §§ 1 und 5 D. quod jussu 15, 4, l. 5 § 2 D. de in rem verso 15, 3.

4) Jussus ist in der actio quod jussu nicht „Befehl" wie am deutlichsten hervorgeht aus der Form des jussus in l. 1 § 1 D. h. t. 15, 4 „quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo". Es bedeutet „Ermächtigung", zu Lasten des Jubenten zu kontrahieren. Der jussus wurde daher in der Regel *direkt vom Hausvater dem dritten Kontrahenten kundgetan.* Indessen genügte auch eine *dem Hausuntergebenen erteilte Vollmacht, die dem Mitkontrahenten bekannt war.* Vgl. über die verschiedenen Ansichten Vangerow Bd. 1 § 240 S. 446 und Mandry a. a. O. Genehmigung des Geschäftes nach seinem Abschlusse steht ursprünglicher Ermächtigung gleich, l. 1 § 6 D. h. t. 15, 4.

5) Im gemeinen Recht dagegen wurde infolge der Anerkennung direkter Stellvertretung der Hausvater in allen bezüglichen Fällen als der wahre Kontrahent und alleinige Verpflichtete angesehen.

6) Über das Pekulium, auf welches im Familienrechte zurückzukommen ist, vgl. vorzugsweise Mandry, über Begriff und Wesen des Pekulium 1869 und Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 1 ff. Siehe dort die Literatur.

7) Die actio de peculio verpflichtete den Hausvater, soweit das Pekulium reichte, jedoch nur nach Abzug dessen, was der Vater vom Hausuntergebenen naturaliter zu fordern hatte — l. 9, l. 11 pr. und ff., l. 52 D. de peculio 15, 1. Der Hausvater mußte zahlen, bis das Pekulium erschöpft war. Kamen einzelne Pekuliargläubiger zuerst zur Befriedigung und war hierdurch das Pekulium aufgebraucht, so hatten die übrigen das Nachsehen. Dolose Verminderung des Pekuliums war dem Hausvater zuzurechnen, wenn innerhalb eines annus utilis nach derselben geklagt wurde, l. 30 § 6 D. h. t. 15, 1. Auch nach Aufhebung des Gewaltverhältnisses konnte gegen den ehemaligen Gewalthaber und dessen Erben, wenn sie das Pekulium besaßen, mit der actio de peculio „annalis" geklagt werden. Tit. Dig. 15, 2 Quando de peculio actio annalis est. War Pekuliarvermögen mit Wissen des Vaters zu einem *Handelsgewerbe* verwendet, so hatten die Geschäftsgläubiger die *actio tributoria*, vermöge deren sie verhältnismäßige Befriedigung aus dem pekuliaren Handelsvermögen fordern konnten, ohne daß bei dieser Klage der Hausvater wegen seiner Forderungen an den Hausuntergebenen im voraus einen Abzug machen durfte. Tit. Dig. 14, 4 de tributoria actione. Die Pekulienklagen sind in Deutschland nicht praktisch geworden, da Pekulien im römischen Sinne nicht vorkommen.

3. die Dritte der Klagen — actio de in rem verso[8] — gründet sich auf die Bereicherung des Hausvaters durch das Geschäft des Hauskindes[9] und geht bis zum Belaufe dieser Bereicherung.

Vorausgesetzt ist:

a) ein Geschäft des Versionsklägers mit dem Hausuntergebenen.[10]

b) Bereicherung des Hausvaters. Dieselbe kann in positiver Vermögensvermehrung oder darin bestehen, daß ihm Ausgaben erspart wurden, die er für notwendige, nützliche oder von ihm genehmigte Zwecke gemacht hätte.[11]

Gelangte das Ergebnis des Geschäftes in das Pekulium des Hausuntergebenen, so war die actio de in rem verso nicht begründet.[12]

c) Die Bereicherung muß infolge des Geschäftes des Hausuntergebenen eingetreten sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Gewaltuntergebene von vornherein im Interesse des Hausvaters handelte, so daß dieser gegen ihn die actio mandati oder negotiorum gestorum hätte, wenn er ein Gewaltfreier wäre.[13] Aber unrichtig ist es, hierin eine notwendige Bedingung der Klage zu sehen. Es genügt, daß die Verwendung in das Vermögen des Hausvaters nachträglich erfolgte, sei es durch den Hausuntergebenen selbst, sei es auf andere Weise, vorausgesetzt nur, daß

8) Vgl. Tit. Dig. de in rem verso 15, 3. Ein eingehende Behandlung gibt Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 454. Dort findet sich die ältere Literatur. Hinzuzufügen ist Brinz Bd. 2 S. 218, namentlich aber Tuhr, actio de in rem verso 1895, gegen ihn Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 34 n. 2, dagegen aber wieder Tuhr das. n. 6. Die actio de in rem verso wurde im gemeinen Recht rezipiert.

9) Dies ist der Gesichtspunkt der Quellen l. 10 § 7 D. h. t. 15, 3, l. 17 § 4 D. de inst. act. 14, 3 Brinz a. a. O. führt hiergegen die Worte der l. 17 pr. D. h. t. 15, 3 Africanus libro 8 quaestionum an: Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilo minus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum. In der Tat ist die Stelle bedenklich, aber doch vorzugsweise, weil hier das versum non „durat". Vgl. jedoch Tuhr a. a. O. S. 209 ff.

10) Die actio de in rem verso ist actio adjecticiae qualitatis. Sie findet daher nicht statt, wenn der Kläger etwas unmittelbar in das Vermögen des Beklagten verwendet hat, oder wenn diesem durch Zufall etwas aus des Klägers Vermögen zufloß. Dies liegt in dem Gebiete der Kondiktionen.

11) l. 3 §§ 4 und 6, l. 5 § 2 D. h. t. 15, 3.

12) l. 5 § 3, l. 6 D. h. t. 15, 3.

13) l. 3 § 2 D. h. t. 15, 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem. Viele meinen, hier sei der wahre Grund der actio de in rem verso angedeutet. Man erklärt geradezu die actio de in rem verso durch eine fiktive Zession der naturalen actio negotiorum gestorum oder mandati des Hausuntergebenen gegen seinen Gewalthaber, welche sich bei dieser Gelegenheit in eine zivile umsetzen würde. So Witte, Bereicherungsklage S. 256, bis zu einem gewissen Grade Brinz a. a. O., vor allem aber Tuhr a. a. O. S. 142. Dies ist aber nicht haltbar und führt vom richtigen Wege ab. Es handelt sich nicht um den Grund der Klage, sondern um ein einzelnes wichtiges Moment. Der Kausalzusammenhang zwischen Kontrakt und Bereicherung liegt vor allem dann vor, wenn die Zwischenperson die Absicht hatte, durch denselben die Geschäfte des Hausherrn zu führen. Dieser Kausalzusammenhang kann aber auch auf andere Weise hergestellt werden. Beispiele geben l. 7 § 4 und l. 19 D. h. t. 15, 3.

ein Kausalnexus zwischem dem Geschäfte, aus dem geklagt wird, und der Bereicherung besteht.[14]

d) Die Bereicherung darf nicht seitens des Versionsbeklagten dem Hausuntergebenen bereits vergütet sein.

Sie muß fortdauern.[15] Lag sie aber in einer Ausgabeersparnis, so ist dies eine Tatsache, die durch spätere Ereignisse nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann.

Eine actio de in rem verso utilis steht demjenigen zu, der einem Hauskinde zum Zwecke seines Lebensunterhaltes kreditierte, sei es durch Naturalalimente, sei es durch Geldvorschüsse, sofern der Hausvater zum Unterhalt des Hauskindes verpflichtet war und durch das Kreditgeschäft an den zur Alimentation notwendigen Ausgaben etwas erspart hat.[16]

Die Versionsklage wurde endlich utiliter ausgedehnt auf Fälle, in welchen man mit Gewaltfreien kontrahierte.[17] Hier wird ein Geschäft des Versionsklägers mit einer gewaltunabhängigen Zwischenperson vorausgesetzt, ferner Bereicherung des Versionsbeklagten, und endlich Kausalzusammenhang zwischen dem Geschäfte und der Bereicherung. Ein solcher Kausalzusammenhang liegt nur dann vor, wenn der Kontrakt, aus welchem geklagt wird, von vornherein durch die Zwischenperson im Interesse des Versionsbeklagten geschlossen wurde. Daß auch der Versionskläger, wie viele Neuere meinen, beim Kontrakte das Verhältnis kennen und mit Rücksicht hierauf abschließen soll, wird nicht verlangt. Denn die Grundlage der Klage ist nicht etwa, daß der Kläger dem Versionsbeklagten kreditiert habe, sondern daß er ihn bereicherte.

14) l. 5 § 3 D. h. t. 15, 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Schenkt freilich der Gewaltuntergebene eine Sache, die er für sein Pekulium gekauft hat, seinem Vater, so hat deren Verkäufer keine actio de in rem verso gegen den letzteren. Denn dieser hat die Sache infolge der Schenkung und nicht jenes Kaufes. Dagegen ist die actio de in rem verso begründet, wenn der Hausuntergebene ein Darlehen im Interesse des Vaters aufnimmt und ihm die Summe sofort donandi animo, ohne ihn zum Pekuliarschuldner machen zu wollen, auszahlt, also seinerseits auf Regreß verzichtet. So läßt sich wohl l. 7 pr. und § 1 D. h. t. erklären, keinenfalls wird man aber mit Windscheid Bd. 2 § 483 Anm. 4 statt „actio est" emendieren dürfen „actio cessat". Denn dies ist ohne handschriftliche Unterlage und stimmt nicht mit dem Gange der Erörterung Ulpians. Vgl. auch Tuhr, a. a. O. S. 199.

15) l. 10 § 6 D. h. t. 15, 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio.

16) l 3 § 3 D. h. t. 15, 3, vgl. l. 21 D. eod. in fine verb. „dandam de in rem verso utilem actionem".

17) Die actio de in rem verso utilis aus Kontrakten gewaltfreier Personen hat ihre feste Stütze in der l. 7 § 3 C. Quod cum eo qui in aliena est potestate 4, 26. Diocletianus et Maximianus. Alioquin si cum libero rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit. Eine andere Interpretation versucht Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 331. Dagegen Lenel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 78 n. 11; dagegen wieder Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 316.

Es ist weiter notwendig, daß dem Versionsbeklagten der Gewinn aus dem Geschäfte zufiel, ohne daß er ihn von der Zwischenperson durch ein besonderes Geschäft erwarb oder ihn ihr vergütete. Nur unter dieser Voraussetzung ist er aus dem Geschäfte des Versionsklägers bereichert.[18] [19]

Viertes Kapitel.

Erfordernisse obligatorischer Geschäfte.

§ 271. Bestimmbarkeit der Leistung.

Aus Verabredungen kann eine Obligation nicht entspringen, solange noch Existenz und Umfang der beabsichtigten Verpflichtung in der Willkür dessen steht, der sie übernehmen soll.[1] Ein solcher Vertrag ist noch unfertig. Die Obligationen müssen aber nicht notwendig bestimmt — certae —, sie können auch unbestimmt — incertae — sein.

---

18) Die Ansichten der Neueren über die actio de in rem verso utilis sind sehr geteilt. Die einen vertreten weiteste Anwendung, die anderen engste Beschränkung, ja sie leugnen diese Klage überhaupt. In früherer Zeit sahen manche von der Voraussetzung, daß der Kontrakt seitens einer Zwischenperson im Interesse des Versionsbeklagten abgeschlossen sei, ganz ab und wollten unsere actio auch dann zulassen, wenn der Versionsbeklagte durch den Kontrakt eines anderen in ganz unvorgesehener und zufälliger Weise einen Vorteil erlangt hatte. So hielt man Handwerker und Lieferanten von Materialien, welche einem Bauunternehmer kreditiert hatten, für berechtigt, selbst gegen spätere Erwerber des Hauses mit der actio de in rem verso zu klagen. Hiergegen trat namentlich Kämmerer in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 3, 4 und 8 auf. Eine solche vage und keineswegs immer billige Bereicherungsklage ist derzeit in der Literatur nicht mehr vertreten. Die entgegengesetzte Ansicht erkennt eine actio de in rem verso utilis aus Kontrakten überhaupt nicht an und behauptet, daß in der l. 7 C. cit. nur von einer actio negotiorum gestorum contraria des mit der Zwischenperson Kontrahierenden die Rede sei. Und zwar soll dies nach einigen eine dem Kläger um deswillen persönlich erwachsene negotiorum gestorum actio sein, weil er beim Kontrakte mit der Zwischenperson das Interesse des Beklagten im Auge gehabt habe; andere — Savigny, OR. Bd. 2 S. 32, Arndts § 248 Anm. 3 — betrachten die Klage als die vi legis an den Kläger zedierte actio negotiorum gestorum der Zwischenperson gegen den Beklagten. Beides läßt sich nur durch künstliche Umdeutungen der l. 7 cit. verteidigen, für die es an inneren wie äußeren Gründen fehlt. Viele, welche eine actio de in rem verso utilis anerkennen, beschränken sie wenigstens auf den Fall, daß der Abschließende beim Geschäftsschluß als Geschäftsführer hervortrat. So Ihering, Jahrb. Bd. 1 S. 339 ff. und Windscheid Bd. 2 § 483 Anm. 5. Auch dies ist ohne Stütze in den Quellen und ohne gute innere Gründe. Die Literatur stellt Kämmerer a. a. O. zusammen, sowie Ude im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 n. 18. Vgl. weiter Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 460 und Rocholl, Rechtsfälle des Reichsger. Bd 1 S. 83, Mori, dell' act. de in rem verso, Firenze 1891. Das RG. Bd. 1 S. 143, 159, Bd. 21 S. 238 steht in preußisch-rechtlichen Sachen im wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkte, in Bd. 43 S. 161 hat es sich der Ansicht von Windscheid und Ihering angeschlossen.

19) Das BGB. erwähnt die Verwendungsklage nicht. Es kann aber die Bereicherungsklage nach BGB. § 812 da Platz greifen, wo man früher eine Verwendungsklage zuließ. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 2 § 380.

1) Vgl. oben § 96, siehe ferner l. 115 D. de verb. obl. 45, 1, l. 85 § 1 D. de contr. empt. 18, 1.

Bestimmt sind Obligationen, wenn ihr Inhalt und Umfang im Vertragsakt ausdrücklich, genau und vollständig festgestellt ist,[2] unbestimmt, wenn der Vertragsakt sie noch nicht vollständig darlegt, sie aber ohne neue Übereinkunft vervollständigt werden können. Solche Obligationen sind zwar unbestimmt, nicht aber unbestimmbar.[3]

Die Unbestimmtheit liegt bald darin, daß bloß die Fassung des Vertrages eine unvollständige ist, während die Beteiligten über dessen Inhalt einig waren, bald aber auch darin, daß der Inhalt noch nicht vollkommen festgestellt wurde.

a) Bloße Unvollständigkeiten der Fassung sind durch Auslegung zu beseitigen. Vorausgesetzt ist natürlich, daß Erklärungen der Parteien oder Tatumstände bestehen, aus denen der Sinn des Vertrages genügend aufgehellt werden kann.[4]

b) Eine Ergänzung ohne neuen Vertrag ist nur statthaft, wenn die getroffenen Vereinbarungen selbst die Mittel hierzu an die Hand geben.

Zu diesem Zwecke kann der Vertrag auf Verhältnisse der Zukunft Bezug nehmen. Man verspricht z. B. einem Fabrikanten so viele Kohlen zu angemessenen Preisen für mehrere Jahre, wie er zum Betriebe seiner Fabrik brauchen wird. In Streitfällen hat hiernach der Richter das Quantum der zu liefernden Waren zu bestimmen.

Nicht selten verweisen die Verträge auf die Entscheidung von Dritten — Arbitratoren. Diese sind nicht Schiedsrichter, welche über einen Rechtsstreit urteilen, sondern Gehilfen der Beteiligten bei Gestaltung der Obligation.[5] Es gibt zwei Klassen von Arbitratoren. Entweder handelt es sich um persönliche Entscheidung; dann ist der Vertrag hierdurch bedingt und fällt zusammen, wenn die Arbitratoren die Entscheidung nicht geben wollen oder wegen Todes, Krankheit oder Abwesenheit überhaupt nicht oder nicht innerhalb der entsprechenden Frist geben können. Der Vertrag kann aber die Arbitratoren auch als Sachverständige berufen, und dann gilt er nicht als bedingt. Zwar muß auch in diesem Falle die Entscheidung der erwählten Arbitratoren tunlichst

2) l. 74 D. de verb. obl. 45, 1. Gajus libro 8 ad edictum provinciale: Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei X., fundus Tusculanus . . . Über incertum handelt vorzugsweise l. 75 D. eod., vgl. ferner l. 68 D. eod.

3) Der Gegensatz von „certum" und „incertum" hat eine große prozessualische Bedeutung. Denn obligationes certae eignen sich zu schleunigerer prozessualischer Behandlung als incertae. Nach heutigem Prozeßrechte ist eine „bestimmte Quantität" als Gegenstand der Schuld Voraussetzung der Anwendbarkeit des Urkundenprozesses, ZPO. § 592, sowie des Mahnverfahrens, ZPO. § 688.

4) l. 94 D. de verb. obl. 45, 1. Marcellus libro 3 digestorum: Triticum dare oportere stipulatus es aliquis: facti quaestio est, non juris. igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium. Vgl. l. 95 D. eod.

5) Weismann, das Schiedsgutachten im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 S. 269, Triani, nota sull' arbitrium boni viri in den studi giuridici per il XXXV. anno d'insegnamento di Filippo Serafini S. 163 ff., Schirmer, arbitrium merum und arbitrium boni viri, Archiv für ziv. Praxis Bd. 91 S. 136. ROHG. Bd. 16 S. 427.

eingeholt werden, aber wenn sie nicht zu erwirken ist, hat das Gericht — etwa nach Anhörung von Sachverständigen — die Feststellung vorzunehmen.[6]

Im heutigen Verkehre kommt es vor, daß einer der Kontrahenten vertragsmäßig ermächtigt wird, seinerseits Inhalt und Umfang der Leistungen näher festzustellen.[7] Solche Verträge sind bindend, wenn nachweisbare Umstände, insbesondere bestimmte Geschäftsgebräuche oder die Geschäftslage des einen Teiles den Maßstab für die Bestimmung an die Hand geben, so daß der eine Kontrahent ungemessener Willkür des anderen nicht unterworfen ist.[8]

Wird die Festsetzung durch die Arbitratoren einem der Mitkontrahenten oder durch die eine Partei der anderen erklärt, so ist das Bestimmungsrecht erschöpft.[9] Im Falle von Betrug, Zwang und wesentlichem Irrtum ist jedoch Verbesserung zulässig.[10]

Wegen Unredlichkeit der Entscheidung kann stets richterliche Hilfe angerufen werden, denn der Fall des Dolus gilt immer als vorbehalten. Handelte es sich um sachverständiges Ermessen, so kann die Entscheidung auch angefochten werden, weil sie dem Sachverhältnis widerspricht.[11] Der Beweis liegt dem Anfechtenden ob.[12]

§ 272. Unmögliche, unsittliche Versprechen.

I. Unmögliches kann nicht geleistet und demnach auch nicht geschuldet werden.[1] Dies ist ein Satz zwingender Logik. Das Versprechen einer unmöglichen Leistung ist daher notwendigerweise nichtig.[2]

6) Die Römer unterscheiden beide Arten vorzugsweise beim Gesellschaftsvertrage, l. 76, l. 78 D. pro socio 17, 2. Proculus libro 5 epistularum ... arbitrorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus — quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est — alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat. In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod judicium pro socio bonae fidei est. — Hieraus ergibt sich, daß zwar beide Formen des arbitratus möglich sind, daß man aber im Zweifel das arbitrium boni viri als beabsichtigt anzusehen hat. Auch BGB. § 317 Abs. 1 bestimmt: Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.

7) Die Römer erkannten Verkäufe, bei denen die Preisbestimmung dem Käufer überlassen war, nicht an, vgl. l. 35 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Das gleiche galt für Mietkontrakte. Rümelin, Selbstkontrahieren S. 49. Nur actiones praescriptis verbis — nach vorgängiger Erfüllung seitens des Klägers — wurden zugelassen. Die Bestimmung der Sozietätsanteile konnte dagegen schon nach röm. Rechte dem billigen Ermessen eines Gesellschafters anvertraut werden, l. 6 D. pro socio 17, 2. Im heutigen Rechte ist die Geltung von Kauf- und Mietverträgen, bei welchen ein Kontrahent den Preis zu bestimmen hat, nicht zu bezweifeln. Vgl. BGB. § 315; Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 1 § 86 S. 188.

8) Vgl. Wiener in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 24 S. 42, ROHG. § 16 S. 427. BGB. § 315 Abs. 1. Unter diesen Voraussetzungen kommt es nicht selten vor, daß derartige Verträge stillschweigend geschlossen werden, indem nur die Verpflichtung des einen Teils, z. B. eines Werkmeisters, nicht aber die Vergütung für das Werk festgesetzt wird.

9) ROHG. Bd. 11 S. 247, BGB. § 318 Abs. 1.

10) Nach BGB. § 318 Abs. 2 ist die Bestimmung „anfechtbar".

11) Siehe die Anm. 6 abgedruckte l. 76 D. pro socio 17, 2, BGB. §§ 319, 315.

12) Vgl. RG. Bd. 1 S. 343.

Man unterscheidet die Fälle der Unmöglichkeit nach ihrem Grunde.

Die Unmöglichkeit ist *absolut*, wenn sie in der Art der zugesagten Leistung liegt, z. B. Geister zu zitieren; sie gilt als *relativ*, wenn die Leistung ihrer Art nach möglich und nur im gegebenen Falle unausführbar ist, z. B. man verspricht ein Pferd, welches bereits tot ist.[3]

Sie beruht ferner entweder auf *Naturgesetzen* oder auf der *Rechtsverfassung*.[4] Letzterer Art ist z. B. das Versprechen einer res extra commercium oder die Übereignung einer Sache an den, welchem sie bereits zu eigen ist; dagegen ist natürlich die Übertragung ihres Besitzes an den Eigentümer stets möglich.[5]

Die Unmöglichkeit ist entweder eine *objektive*, für jedermann vorhandene, oder eine *subjektive*, in der Person des Gläubigers oder des Schuldners begründete.[6]

Von der *Unmöglichkeit*, auch der subjektiven, ist die *Schwierigkeit* der Erfüllung zu unterscheiden. Dahin gehört Geldmangel des Schuldners. Er hindert die Entstehung einer Geldschuld nicht, auch wenn der Stipulant die Lage des Schuldners kannte. Ein Bettler kann also gültig ein Haus für eine Million kaufen; er kann Kredit finden oder eine Erbschaft erhalten.[7]

In der Regel macht es keinen Unterschied, ob die Unmöglichkeit eine notwendig *dauernde* ist, oder möglicherweise *künftig beseitigt* werden kann. Denn was zur Zeit des Vertragsschlusses ungültig versprochen wurde, ist für immer ungültig.[8]

---

1) Savigny, OR. Bd. 1 S. 381, Bd. 2 S. 284, Ude im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48 n. 10, 14, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 1 S. 1 ff., Zimmermann in Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 8, Hartmann, Obligation S. 166, Hesse im Archiv für ziv. Praxis Bd. 61 S. 258, Brinz Bd. 2 §§ 245 und 246. Über das Recht des BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 Abt. 1 §§ 60, 61 S. 128.

2) l. 185 D. de R. J. 50, 17. Celsus libro 8 digestorum: Impossibilium nulla obligatio est. BGB. § 306: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

3) § 1 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19.

4) § 2 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19.

5) l. 82 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 78 ad edictum: Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane rem meam mihi *restitui* recte stipulari videor.

6) Letztere vom BGB. „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" genannt.

7) l. 137 § 4 D. de verb. obl. 45, 1. Venulejus libro 1 stipulationum: Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi . . et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. Daß man derartige „Difficultäten" von subjektiver Unmöglichkeit scharf unterscheiden muß, ergibt sich daraus, daß die Obligation auch in dem Falle rechtsbeständig begründet wird, wenn der Stipulant vom Vorhandensein der Schwierigkeiten beim Vertragsschlusse wußte, während er keinen Anspruch hat, wenn er die Unmöglichkeit, die in der Person des Schuldners liegt, beim Vertragsschlusse kannte, z. B. wissentlich jemanden, der kein französisches Wort versteht, als Lehrer dieser Sprache engagiert.

8) Vgl. oben § 107.

Wurde jedoch die Erfüllung vertragsmäßig noch aufgeschoben, so genügt, daß sie zu der Zeit möglich ist, in welcher sie zuerst gefordert werden kann, auch wenn sie im Augenblick des Vertragsschlusses nicht möglich war.[9] Beim Versprechen einer res extra commercium litt dies in Rom eine Ausnahme.[10] Derartige Verträge wurden schlechthin, auch wenn sie bedingt waren, als von böser Vorbedeutung und um deswillen unsittlich verworfen.[11]

Von besonderer Tragweite ist die Frage, ob das Versprechen von Unmöglichem den Promittenten aus dem Grunde zur Schadloshaltung verbindet, weil er versprochen hat, was zu leisten er nicht imstande ist. In dieser Hinsicht haben wir zu unterscheiden:

A. Die Unmöglichkeit liegt in der Person des Gläubigers. Dann hat der Schuldner — von Dolus abgesehen — nichts zu leisten.[12]

B. Anders, wenn die Unmöglichkeit in der Person des Schuldners oder auf objektiven Gründen beruht. Dann ist der Promittent gemäß der Entwicklung des späteren römischen Rechts regelmäßig zum Ersatze verpflichtet, es sei denn, daß der Stipulant von der Unmöglichkeit zur Zeit des Vertragsschlusses wußte oder wenigstens berücksichtigen mußte, daß eine Unmöglichkeit ohne Kenntnis des anderen Teils eingetreten sein könnte.[13]

Insbesondere ist dies bei Käufen und anderen Anschaffungsgeschäften der Fall, auch wenn der Promittent gutgläubig und ohne Verschuldung war.[14] Man streitet darüber, ob in solchen Fällen dem Stipulanten das

---

9) Vgl. l. 31 D. de verb. obl. 45, 1. Pomponius libro 24 ad Sabinum: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit. l. 98 pr. D. eod. Vgl. BGB. § 308.

10) l. 83 § 5, l. 137 § 6 D. de verb. obl. 45, 1, l. 34 § 2 D. de contr. empt. 18, 1 . . nec enim fas est ejusmodi casus exspectare.

11) Nach gemeinem Recht waren Geschäfte über öffentliche Sachen unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung ihres künftigen Eintrittes in den Verkehr gültig; hierin wird auch heute nichts Ungehöriges mehr gesehen. Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 277 führt aus: „Wie könnte man es bei uns incivile und non fas nennen, wenn ich mit einer Stadt über den Ankauf des städtischen Theaters oder eines Stückes eines Kirchhofes, oder wenn ich mit einem Dritten über diese Objekte, weil wir hören, daß die Stadt sie zu veräußern beabsichtige, ein Rechtsgeschäft schließe." Dies gilt z. B. auch vom Kaufe eines Grundstückes zu Bauplätzen unter der Bedingung, daß die Stadt in die Aufhebung eines dasselbe durchschneidenden öffentlichen Weges und Überlassung an den Käufer willigt. Der Vertrag gilt als perfekt, wenn die Abtretung vor der zur Übereignung des Grundstückes festgesetzten Zeit oder einer sonstigen vertragsmäßigen Frist von der zuständigen Behörde beschlossen wird.

12) l. 34 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 § 10 D. de obl. et act. 44, 7.

13) Über die Entschädigungspflicht des Promittenten, wenn die Unmöglichkeit in dessen Person begründet ist, sind die Neueren einmütig, vgl. Windscheid Bd. 2 § 315 Anm. 3, Hartmann, Obligation S. 222, siehe jedoch auch Mommsen, Beiträge Bd. 3 S. 407.

14) Sehr streitig ist, unter welchen Voraussetzungen der Promittent zur Entschädigung verpflichtet wird, falls die versprochene Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses aus objektiven Gründen unmöglich war. Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 109 gesteht dies nur im Falle von dolus oder culpa lata des Promittenten zu. Dagegen gibt Savigny, OR. Bd. 2 S. 290 dem mit der Unmöglichkeit unbekannten Käufer unbedingt einen Entschädigungsanspruch. Ihm wirft Windscheid Bd. 2 § 315 Anm. 5 zwar offenbaren Widerspruch mit den Quellen vor, indem er sich selbst durch

positive und negative[15] Vertragsinteresse zu ersetzen sei. Das erstere trifft zu, denn es ist recht, daß man ihm in Gelde leiste, was zugesagt wurde.[16]

II. Nichtig sind auch *unsittliche Geschäfte* — contra bonos mores.[17]

Dahin gehören sowohl Geschäfte, die direkt Unsittliches versprechen, z. B. die Beschädigung von Sachen Dritter, als auch solche, die indirekt eine Unsittlichkeit in sich schließen, indem man Geld oder Geldeswert zu dem Zwecke verspricht, um Unsittliches hervorzurufen oder zu fördern.

Unsittlich sind insbesondere Geschäfte, welche die Freiheit der Persönlichkeit des Promittenten in übertriebener Weise beschränken oder Entschlüsse erzwingen sollen, die nur der Ausdruck eigener freier Überzeugung sein dürfen.[18] [19]

---

mancherlei Distinktionen gegen diesen Vorwurf zu schützen sucht. Doch wird man sich Savigny) anschließen müssen, wenn man die historische Entwicklung beachtet. Ursprünglich war die Obligation schlechthin wirkungslos, wenn Unmögliches ihren Inhalt bildete. So war und blieb es auch später bei der Stipulation, abgesehen von dolus, im Falle der Zufügung einer clausula doli. So war es ursprünglich auch beim Kaufe. Es fehlte ein Kaufobjekt, also bestand kein Kauf. Deswegen wurde es nötig, daß der Prätor in Fällen, in welchen ein „fundus religiosus" als ein privater verkauft war, um dem Käufer zu helfen, eine eigene actio in factum aufstellte. l. 8 § 1 D. de religiosis 11, 7. Aber die freiere spätere Jurisprudenz ging weiter und gab bei dem Verkaufe eines Freien als Sklaven oder einer res extra commercium als einer im Verkehr befindlichen Sache die actio ex empto. Einige Juristen meinten, es sei in solchen Fällen zwar keine emptio vorhanden, aber eine actio ex empto, so Modestinus in der l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1; andere deduzierten dagegen, es bestehe ein Kauf, weil die actio ex empto des Käufers auf Schadloshaltung zugelassen werde. l. 4 D. de contr. empt. 18, 1. Widersprüche finden sich ferner in den Quellen beim Verkaufe einer *nicht existierenden Sache* an den nichtwissenden Käufer. Sie sind auf gleiche Gesichtspunkte zurückzuführen. Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Schadloshaltung des Käufers bei solchen Verkaufsgeschäften erwähnen l. 24 pr. D. de act. empt. vend. 19, 1 und l. 8 und 9 D. de her. vel act. vend. 18, 4. Der Fall, daß die Kaufsache zufälligerweise vor Abschluß des Kaufes zugrunde gegangen war, wird in l. 57 pr. D. de contr. empt. 18, 1 besprochen, vgl. auch l. 15 pr., l. 34 § 1 D. eod. Es ist hierbei der Satz unseres Textes maßgebend. Ist eine unmögliche *Handlung* zugesagt, so wird der Promittent in der Regel nur für *culpa* zu haften haben, da bei solchen Kontrakten im allgemeinen kein unbedingtes Einstehen für den Erfolg, sondern nur pflichtmäßiges Bemühen zugesagt wird. Über die hier besprochenen Fragen vgl. Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 429, wo auch die Literatur angeführt ist.

15) Nur das negative Vertragsinteresse gesteht Windscheid Bd. 2 § 315 Anm. 7 zu. Die Quellen, vgl. l. 7 ff. D. de her. vel act. vend. 18, 4, geben kein bestimmtes Resultat.

16) Nach BGB. § 307 Abs. 1 haftet, wer Unmögliches verspricht, wenn er die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, während sie der Mitkontrahent nicht kennt, noch kennen muß, auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, jedoch nicht über das positive Interesse hinaus. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 61 S. 130.

17) l. 4 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38, Diocletianus et Maximianus .. cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint. l. 26 D. de verb. obl. 45, 1, Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Vgl. l. 27 pr., l. 35 § 1. l. 123 D. eod. Lotmar, der unmoralische Vertrag 1897. BGB. § 138 Abs. 1. „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig." Abs. 2 wendet dies auf wucherische Geschäfte an. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 125 S. 373, dort auch weitere Literatur.

18) Ungültig ist z. B. das Versprechen, sich niemals selbständig zu etablieren, niemals ein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, RÖHG. Bd. 21 S. 262, RG. Bd. 31 S. 97,

§ 273. Wucherische Geschäfte.

1. Die Vertragsfreiheit ist die Grundlage des Obligationenrechts. Indem sie jedem gestattet, das eigene Interesse rücksichtslos zu wahren, spornt sie die Kräfte an und fördert die Entwicklung des Verkehrs.

Aber sie birgt Gefahren in sich, wenn die Lage der Vertragschließenden eine ungleiche ist. Ausbeutung der Not, des Leichtsinnes und der Unerfahrenheit des Teils, welcher dem Ausbeutenden durch wirtschaftliche oder psychische Schwäche nicht gewachsen ist, bildet *Wucher*, welcher sittlich verwerflich, sozial und politisch verderblich ist.

2. Wie weit die Vertragsfreiheit um der Wuchergefahr willen eingeschränkt werden muß, ist ein schwieriges Problem für den Gesetzgeber.

Die Römer begrenzten seit der ältesten Zeit gesetzlich die *Höhe des Zinsfußes*.[1] Im späteren Rechte galten Verkäufe als anfechtbar, bei welchen der Kaufpreis nicht einmal den *halben Wert des Sachwertes* betrug.[2] Auch die lex Anastasiana,[3] wonach der Käufer einer Forderung vom Schuldner derselben nicht mehr als den Kaufpreis mit Zinsen beitreiben durfte, richtete sich gegen wucherische Ausbeutung.[4]

Radikaler war das kanonische Recht, welches Vertragszinsen überhaupt verbot. In Deutschland hat diese Vorschrift nicht Wurzel gefaßt.

Um die Mitte des neunzehnten Jahrhunderts suchte man die Vertragsfreiheit konsequent durchzuführen, indem man von der freien Konkurrenz Beseitigung aller ihrer Gefahren erwartete. Daher hob das Bundesgesetz

---

oder jemandem den gesamten Ertrag seiner wirtschaftlichen Tätigkeit für immer zu überlassen, ROHG. Bd. 18 S. 107. Vgl. Kohler, Abhandl. S. 62, Lemberg, Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit 1888, auch RG. Bd. 48 S. 251. Ungültig ist ein Versprechen für die Unterlassung einer Denunziation, ROHG. Bd. 23 S. 226. Dies muß selbst bezüglich der Antragsvergehen gelten. Nur dann wird der Vertrag nicht als ungültig anzusehen sein, wenn er eine Schadloshaltung für die Verletzung durch ein begangenes Vergehen enthält. Vgl. indessen RG. Bd. 42 S. 60. Nicht jedes Rechtsgeschäft ist übrigens nichtig, wenn es unter Umständen und mit Intentionen abgeschlossen wird, die den so Handelnden straffällig machen, RG. Bd. 6 S. 170, vgl. auch RG. Bd. 18 S. 242. Es kann den Intentionen des Strafgesetzes entsprechen, daß das Geschäft Geltung behält, trotzdem der dasselbe Schließende der Strafe verfällt.

19) Bei der Frage der Unsittlichkeit eines Geschäftes sind die bestimmenden und offensichtlichen Motive desselben notwendig mit in Betracht zu ziehen. Gerade sie entscheiden vorzugsweise über die Lauterkeit oder die Unsittlichkeit des Geschäftes. Doch darf dies nicht übertrieben werden. Sonst wäre Vertragstreue und Rechtssicherheit gefährdet. Entferntere, bloß mögliche, vorübergehende Zwecke sind daher im allgemeinen nicht zu beachten. Eine feste Regel, welche die Grenze zieht, läßt sich schwerlich geben. Juristischer Takt muß uns davor schützen, in Extreme zu verfallen. Der Verkäufer wird z. B. den Verkauf von Mobilien nicht um deswillen anfechten können, weil sie der Käufer zum Ausmöblieren der Wohnung seiner Maitresse bestimmt hat. Vgl. Ravit, über unsittliche Bedingungen und Verträge im Archiv für ziv. Praxis Bd. 58 insbesondere S. 66, Kohler im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 1 S. 359, Bd. 5 S. 161, Schey, Obligationsverhältnisse Bd. 1 S. 149.

1) Siehe unten § 287 A.

2) Unten § 359 Ziff. 2.

3) Unten § 308 Ziff. 1.

4) Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland 1865, Stobbe-Lehmann, Deutsch. Privatr. Bd. 3 S. 348.

vom 14. November 1867 jede Beschränkung des Zinsfußes auf;[5] das Handelsgesetzbuch ferner beseitigte für Handelsgeschäfte die Anfechtbarkeit der Verkäufe wegen Verletzung über die Hälfte sowie die lex Anastasiana.

Hierdurch wurde zwar die merkantile Entwicklung in Deutschland gefördert, da aber die Ausbeutung der schwächeren Gesellschaftsgruppen, insbesondere der kleinen Bauern, freigegeben war, wuchsen die sozialen Mißstände und der Gegensatz zwischen den Bevölkerungsklassen.

3) Die Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 und 19. Juni 1893 traten daher dem Wucher mit öffentlichen *Strafen* entgegen und erklärten wucherische Geschäfte für *ungültig*.

a) Auf *Zinsgeschäfte* allein bezog sich das Gesetz vom 24. Mai 1880; es wurde durch das Gesetz vom 19. Juni 1893 auch in dieser Hinsicht verschärft.

Danach waren Darlehen und Geschäfte jeder Art, die dazu bestimmt waren, dem anderen Teil leihweise Geld zu verschaffen — z. B. auch Verkäufe mit Wiederkaufsbefugnis des Käufers, zum Zweck eines Darlehns[6] — strafällig und ungültig, wenn der Geldgeber unter Ausbeutung von Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen ließ, welche mit Überschreitung des üblichen Zinsfußes in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung standen.[7]

b) Das Gesetz vom 19. Juni 1893 wendete sich auch gegen den *Sachwucher*. Es forderte dabei nicht bloß Ausbeutung der Not, des Leichtsinns und der Unerfahrenheit durch Vermögensvorteile, welche in auffälligem Mißverhältnis zur Leistung standen, sondern auch, daß dieselbe *gewerbs-* oder *gewohnheitsmäßig* geschah.

Die nächste Veranlassung gaben sog. Viehverleihverträge und Viehverkäufe, sowie Verkäufe landwirtschaftlicher Grundstücke. Aber das Gesetz ging weiter, selbst auf Ausbeutung in Arbeitsverhältnissen konnten seine Bestimmungen ausgedehnt werden.

Noch allgemeiner ist § 138 Abs 2. BGB. Danach ist *jedes* wucherische Rechtsgeschäft nichtig, auch wenn es nicht gewerbs- oder gewohnheitsmäßig vorgenommen wurde. Die strafrechtlichen Bestimmungen sind nicht geändert.[8]

§ 274. *Interesse, Vermögenswert der Leistung.*

Unzählige Versprechen werden täglich gegeben, ohne daß sie klagbar sein sollen. Man verspricht z. B. einem anderen einen Besuch, verspricht, mit ihm zu speisen, ihn zu wählen. Worin liegt das Kriterium der wahren Obligation?

1. *Der Gläubiger muß an der Leistung interessiert sein.* Ursprünglich forderte die römische Jurisprudenz ein *eigenes* Vermögensinteresse *des Gläubigers*. Dies hielt sie noch später bei Stipulationen fest.[1]

5) Ähnlich schon früher Art. 292 des HGB. bezüglich der Schulden der Kaufleute. Das Bundesgesetz trat mit dem 1. Januar 1871 auch in den süddeutschen Staaten in Kraft mit Ausnahme von Bayern, wo ein besonderes, jedoch sehr ähnliches Gesetz galt. Einf.Ges. zum BGB. Art. 39 hebt das Gesetz vom 14. November 1867 auf, führt aber ein Zinsmaximum nicht wieder ein.

6) Vgl. RG. Bd. 43 S. 116.

7) „Notlage" liegt vorzugsweise vor, wenn der Kreditnehmer zur Erhaltung seiner Person, seiner Familie, seiner Ehre oder seines Gewerbes, Leichtsinn und Unerfahrenheit, wenn er zum Spiel und sonstigen unproduktiven Zwecken oder zu verwegenen Spekulationen Geld in Anspruch nimmt. Erforderlich ist stets, daß der Kreditgeber wußte, daß Not, Leichtsinn und Unerfahrenheit den anderen Teil zur Kreditentnahme unter den lästigen Bedingungen bestimmten.

8) Vgl. über das moderne Recht Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 126, 127 S. 378.

1) l. 38 § 17 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Alteri

Aber bei den bonae fidei judicia ging sie hierüber hinaus. Auch das Wohl anderer wird als berechtigtes Interesse des Gläubigers behandelt, mag er ihnen aus verwandtschaftlichen und sozialen Rücksichten oder aus Erwägungen der Humanität etwas ausbedingen.[2] Dies gilt heutzutage allgemein.[3]

2. Die Leistung muß der Vermögenssphäre angehören.[4] Auch in dieser Hinsicht ist die Rechtswissenschaft nicht bei den alten, engen Schranken stehen geblieben. Sie fordert nicht, wie ursprünglich geschah, daß die Leistung das Vermögen dessen, an den sie erfolgt, direkt vermehre, es genügt, daß es sich um Dinge handelt, die im Verkehr für Geld zu haben sind. Das Vermögensinteresse liegt alsdann darin, daß dem Gläubiger Auslagen erspart werden, die er für Beschaffung des Geschuldeten aufzuwenden hat, wofern es ihm nicht vertragsgemäß geleistet wird.[5 6 7]

---

stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea.

2) l. 54 pr. D. mandati 17, 1. Papinianus libro 27 quaestionum . . placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam, l. 6 pr., l. 7 D. de servis exportandis 18, 7. Insbesondere erkannten die Römer die Verbindungskraft eines mandatum aliena gratia an, d. h. eines bloß im Interesse eines Dritten gegebenen Auftrages, l. 2 § 2 D. mandati 17, 1, vgl. Jhering in seinen Jahrb. Bd. 18 S. 61.

3) Das Interesse wird sich meist aus dem Vertragsschlusse ohne weiteres ergeben. Einen besonderen Nachweis desselben hat der Gläubiger in der Regel nicht zu erbringen, es sei denn, daß konkrete Umstände auf sein Fehlen hinweisen.

4) l. 9 § 2 D. de statuliberis 40, 7 . . ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Die Grundsätze des Obligationenrechts beziehen sich also nicht auf Versprechen, die bloß dem geselligen Verkehr angehören, z. B. zu einem Diner zu kommen, ferner nicht auf solche, die das persönliche Familienrecht, auch nicht auf diejenigen, welche die Ausübung politischer Rechte betreffen.

5) Verspricht der Verkäufer oder wer sonst Verbindlichkeiten für Geld übernimmt, bei Gelegenheit des Hauptvertrages Leistungen, welche eine pekuniäre Schätzung nicht zulassen, so kann der Käufer im Falle ihrer Nichterfüllung auf Kürzung des Geldpreises klagen, und umgekehrt hat der Käufer einen höheren Preis, als er zusagte, zu leisten, wenn er Verbindlichkeiten nicht pekuniärer Art neben dem Kaufpreis versprach und nicht erfüllt. Denn der Kaufpreis gilt als mit Rücksicht auf jene Verbindlichkeiten gemehrt oder gemindert. Hiervon geht Papinianus libro 27 quaestionum bei Beurteilung einer Zusage des Käufers eines Sklaven aus, welche diesem zur Strafe gereicht. l. 6 § 1 D. de servis exportandis 18, 7: Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset. veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur, vgl. l. 10 D. eod., l. 79 D. de contr. empt. 18, 1.

6) Manche gehen weiter und behaupten, ohne Rücksicht auf Vermögenswert erzeuge nach gemeinem Recht jedes Versprechen einer Leistung eine bindende und klagbare Obligation, sofern es sich nicht um bloße Launen handle. Hierbei verkennen sie, daß ein Kriterium dafür nötig ist, was im Rahmen einer klagbaren Verbindlichkeit liegt und was bloß ethischen Pflichten oder gar nur der Höflichkeit entspricht. Eine sichere Grenze war im gemeinen Rechte, wo es an einer Form für die Eingehung von Obligationen fehlte, von ganz besonderer Bedeutung. Von dem Erfordernisse eines Vermögenswertes der Obligation wollen namentlich absehen Windscheid Bd. 2 § 250 Anm. 3, Jhering, in seinen Jahrb. Bd. 18 S. 43, Regelsberger bei Endemann, Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 472, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 172 ff. Daß das röm. Recht auch in seiner jüngsten Gestalt an dem Erfordernis eines Vermögenswertes festhielt, das beweist vorzugsweise die oben Anm. 5 abgedruckte, von Jhering für das Gegenteil be-

§ 275. Verträge zugunsten Dritter.[1]

Verträge lauten „zugunsten Dritter", wenn sich der Stipulant Leistungen an einen Dritten ausbedingt, so daß auch diesem deren prozessualische Geltendmachung offen stehen soll.[2]

Das ältere römische Recht erkannte derartige Verträge nur ganz ausnahmsweise an. Dem Stipulanten versagte man die Klage aus solchen Kontrakten, weil ihm das eigene pekuniäre Interesse fehlte, welches für die Begründung einer Obligation als notwendig galt, dem Dritten verweigerte man sie, weil er nicht Mitkontrahent war.[3] Im späteren römischen

---

nutzte l. 6 § 1 D. de serv. export. 18, 7. Denn die Argumentation Papinians dreht sich einzig darum, ob nicht wenigstens mittelbar ein Vermögensinteresse bei dem bezüglichen Vertrage bestehe. Daraus, daß die röm. Juristen der späteren Zeit das Erfordernis des Vermögensinteresses in einer feinen Weise handhabten, ergibt sich gerade, daß sie es nicht über Bord geworfen haben. — Die röm. Theorie der Obligation ist zweifelsohne rezipiert und damit auch das Erfordernis des Vermögensinteresses. Weder ein Gesetz noch ein Gerichtsgebrauch, der dies beseitigte, ist nachzuweisen. Daß nach der heutigen Ordnung der Zwangsvollstreckung auch Versprechen nicht pekuniärer Art vollstreckt werden können, beweist nichts dafür, daß sich der Obligationsbegriff verändert hat. Unbegründet ist der Vorwurf, daß unsere Ansicht nur geldwerte Güter, nicht andere, zum Teil höhere, des rechtlichen Schutzes würdig erachte. Niemand bezweifelt, daß es nichtobligatorische Ansprüche gibt, die einklagbar sind, obgleich sie kein Vermögensinteresse haben, z. B. Verlöbnisse oder der Anspruch auf Auslieferung der uns vorenthaltenen Ehefrau oder Kinder. Nur das Bestehen von Obligationen ohne Vermögensinteresse wird geleugnet. Es verspricht z. B. der Bräutigam seiner Braut ernstlich, den gewohnten Klub nicht mehr zu besuchen, oder der schwächliche Bruder dem Bruder feierlichst, keine Zigarren mehr zu rauchen. Sollten derartige Versprechen klagbar sein und durch richterliche Strafauflagen erzwungen werden? Vgl. Laband im Archiv für ziv. Praxis Bd. 73 S. 171, Pothier, traité des obligations p. 1 ch. 1 § 138 und die bei Hasenöhrl S. 22 Anm. 79 Angeführten. Siehe auch Kuntze, Obligationen 1886 S. 122, Wendt, Pand. § 186, Hartmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 73 S. 370, Hellwig das. Bd. 86 Nr. 4; andererseits Kohler im Archiv für bürg. Recht Bd. 12 S. 1.

7) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 84 S. 185. Nach dem Recht des BGB. muß das gleiche gelten.

1) Ausführliche Dogmengeschichte der Verträge zugunsten Dritter gibt Gareis: die Verträge zugunsten Dritter 1873 S. 51 ff. Neuere Bearbeitungen sind von Stobbe-Lehmann, Privatr. Bd. 3 S. 228; Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 473; Bähr. Urteile des RG. S. 70; Regelsberger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 n. 1 und Bähr ebendaselbst n. 5; Danz, Forderungsüberweisung S. 120; Luigi Tartufari, dei contratti a favore di terzi 1889, von der deutschen Theorie und Praxis handelt Tl. 4; Leonhard, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten 1892; Pacchioni, i contratti a favore di terzi, Insbruck 1898. Das Recht des BGB. behandelt Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte 1899. Dissertationen bei Windscheid-Kipp Bd. 2 § 316.

2) Von den Verträgen zugunsten Dritter sind zu unterscheiden die durch Stellvertreter geschlossenen Verträge. Denn bei der direkten Stellvertretung wird nur der Vertretene berechtigt, nicht der Vertreter, bei der indirekten nur der Vertreter, nicht der Vertretene. Sie sind also, wie Zimmermann, negotiorum gestio S. 84 sich ausdrückt, „einschichtige", nicht wie Verträge zugunsten Dritter „zweischichtige" Geschäfte.

3) l. 11 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 12 ad Sabinum: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. 38 § 17 D. de verb. obl. 45, 1, vgl. oben § 274 Anm. 1. Eine Ausnahme macht das fideicommissum a debitore relictum, bei welchem der Erblasser mit seinem Schuldner

Rechte erlitt dieses Prinzip wesentliche Modifikationen, und das gemeine Recht hat es gänzlich umgebildet.

1. Schon in Rom erkannte man an, daß der Stipulant ein Klagerecht auf die Leistung an den Dritten dann erlange, wenn er an derselben mittelbar ein pekuniäres Interesse habe, wenn er z. B. die Zahlung seiner Schuld an seinen Gläubiger stipuliert hatte.[4] Noch weiter ging man bei den bonae fidei judicia. Im gemeinen Recht genügte aber allgemein ein auch nicht pekuniäres Interesse, um dem Stipulanten ein Klagerecht zu gewähren, z. B. wenn ein Fabrikherr zugunsten der Armen geldwerte Leistungen ausbedingt.

2. Dem Dritten gab man schon nach Justinianischem Recht in mehreren Fällen eine actio utilis, um die Leistung für sich zu erzwingen.[5]

Auch Verträge über Leistungen an die Erben des Stipulanten oder einen seiner Erben, die noch im klassischen Rechte nicht klagbar waren, erhielten durch Justinian volle Wirksamkeit.[6] Immerhin wurde mit der Regel nicht gebrochen.

Nach modernem Recht galt der Dritte stets als befugt, aus Verträgen zu seinen Gunsten selbständig zu klagen, sofern dies durch den Vertrag bezweckt war.[7]

---

verabredete, daß die Schuldleistung ganz oder zum Teil einem Dritten gemacht werden solle, vgl. insbesondere l. 26 pr. D. depositi 16, 3, Hellwig a. a. O. S. 1 ff. Hier hatte der Dritte bereits zurzeit der klassischen Juristen eine actio ex fideicommisso. Noch im vorjustinianischen Recht wurde dann die Wirksamkeit solcher Verträge zugunsten Dritter anerkannt, bei denen der Stipulant eine unentgeltliche Zuwendung an den Dritten unter Lebenden bezweckte, l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Aber das Prinzip blieb unverändert, noch Diokletian und Maximian verwerfen in der l. 26 C. de jure dotium 5, 12 die Verträge zugunsten Dritter.

4) l. 38 §§ 20 ff. D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. et ait Marcellus stipulationem valere . . § 20 J. de inut. stipulat. 3, 19. Vgl. ferner oben § 274 Anm. 3.

5) Eine actio utilis aus Kontrakten Dritter hatten ferner a) die Frau und deren Kinder, wenn ihnen ihr Aszendent bei Bestellung einer Dos deren Rückgabe stipuliert hatte, l. 45 D. sol. matr. 24, 3, l. 7 C. de pact. convent. 5, 14; b) der Eigentümer einer Sache, welche ein Dritter deponierte oder verlieh unter der Abrede, daß sie dem Eigentümer restituiert werden solle, l. 8 C. ad exhibendum 3, 42; c) der Verpfänder, welchem der Pfandgläubiger beim Pfandverkauf die Wiedereinlösung der Pfandsache vorbehielt, l. 13 pr. D. de pign. act. 13, 7.

6) Ein altes, formales Dogma bestimmte „ab heredibus incipere obligationes non posse". Dasselbe stand aber im Widerspruch mit sehr berechtigten menschlichen Interessen und wurde daher längst unterminiert und umgangen, vgl. Gaj. III § 100, ehe es Justinian in der l. un. C. ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant 4, 11 geradezu wegräumte. Vgl. Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 3.

7) Sehr bestritten ist, unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein Klagerecht hat, und ebenso streitet man über den Charakter dieses Rechts. Früher war die Ansicht sehr verbreitet, daß der Dritte ein Klagerecht nur erhalte, wenn er auf Aufforderung des Stipulanten dem Vertrag beitrete. Diese Theorie ist in neuere Gesetzgebungen übergegangen. Es ist auch kein Zweifel, daß, wenn ein derartiger Beitritt erfolgt, dem Dritten ein Klagerecht zusteht. Aber eine Aufforderung zum Beitritt und der Beitritt des Dritten ist im Leben etwas Seltenes. Und doch steht für viele Fälle das Klagerecht des Dritten fest. Was sind also dessen Kriterien? Regelsberger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 S. 4 nimmt an, es sei durch die Absicht der Kontrahenten bedingt, aus ihrem Geschäfte und durch ihr Geschäft dem Dritten eine Forderung auf Erfüllung gegen den Versprechenden zuzuwenden, vgl. RG. Bd. 2 S. 54, Bd. 7 S. 131.

a) Infolgedessen entsteht aber die schwierige Frage, wann der Dritte bloß Destinatär ist, welcher zum Empfang der Leistung, aber nicht zur Klage berechtigt ist, und wann er auch seinerseits klagen kann? Die Kontrahenten selbst werden sich fast niemals hierüber besonders aussprechen. Der Richter ist daher auf die Würdigung der Zwecke des Geschäftes und der hiernach zu ermittelnden Absicht der Vertragsschließenden angewiesen. Seine Aufgabe wird ihm dadurch erleichtert, daß die Klageberechtigung des Dritten aus gewissen Arten von Verträgen sich gewohnheitsmäßig entwickelt hat. Dies ist der Fall bei den Gutsabtretungsverträgen, bei welchen der Veräußerer des Gutes zugunsten seiner Kinder oder Frau oder anderer ihm nahestehender Personen Abfindungen stipuliert,[8] ferner bei Lebensversicherungen zugunsten Dritter.[9]

Auch der in einem Frachtbriefe bezeichnete Adressat einer Frachtsendung hat ein Klagerecht auf Aushändigung des Gutes nach dem Gesetze, wenn der Frachtführer am Orte der Ablieferung angekommen ist und den Frachtbrief dem Adressaten übergeben hat.[10] Der Adressat einer Postsendung dagegen hat kein Klagerecht auf deren Auslieferung.[11]

b) Zweifelhaft ist ferner, ob und wie lange die Klausel zugunsten des Dritten ohne sein Zutun aufgehoben werden kann? Auch in dieser Beziehung muß auf die Eigenart des fraglichen Geschäftes zurückgegangen werden.[12] Lebensversicherungen zugunsten eines Dritten kann der Versicherungsnehmer, solange er lebt, aufheben und auch anderen zuwenden; das gleiche ist für Abfindungen aus Gutsabtretungsverträgen anzuwenden. Das Recht des im Frachtbriefe bezeichneten Adressaten am Frachtgute ist ein festes, sobald ihm der Frachtführer den Frachtbrief nach Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung übergeben hat.

c) Das Klagerecht des Dritten wurzelt im Vertrage, ist von dessen Geltung abhängig und unterliegt auch allen Modifikationen, welche die Kontrahenten bezüglich der Vertragsbedingungen trafen, ehe das Recht des Dritten ein unwiderrufliches wurde. Aber es ist doch ein selbständiges Recht, nicht bloß die zedierte Forderung des Stipulanten. Daher kann unter anderem der Adressat des Frachtbriefes im Falle der Nichtablieferung der Ware nicht bloß den Schaden des Absenders, sondern auch den eigenen geltend machen.[13]

Nicht notwendig sei aber, daß diese Absicht bei der Verabredung einen besonderen Ausdruck gefunden habe, es genüge, daß sie aus den Umständen erhelle. Hiergegen wendet sich Bähr im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 S. 163. Es komme niemals vor, führt er aus, daß die Parteien sich über eine solche Absicht oder Nichtabsicht bei der Stipulation der an den Dritten zu machenden Leistung aussprächen, ebensowenig beständen in der Regel besondere „Umstände", aus denen sich etwas über eine solche Absicht ergäbe. Man mag zugestehen, daß in der Formulierung von Regelsberger zu ausschließlich der besondere Willen der Kontrahenten betont ist, während für die Rechtsprechung vorzugsweise die typische Art des Geschäftes und seiner Zwecke in das Gewicht fällt. Aber die Unterscheidung von Geschäften, bei welchen der Dritte nur befugt ist, die Leistung zu empfangen, und solchen, bei welchen er auch berechtigt ist, sie einzuklagen, entspricht der bestehenden Verschiedenheit der Tatsachen. Sie mag schwierig sein, aber sie ist gegeben. BGB. § 328 steht auf dem hier vertretenen Standpunkt. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 §§ 105, 106 S. 233

8) Dies steht in Theorie und Praxis fest. Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsch. Privatr. Bd. 3 S. 239, RG. Bd. 2 S. 277, Bd. 29 S. 173, BGB. § 330.

9) Vgl. RG. Bd. 1 S 379 und dort Zitierte, RG. Bd. 11 S. 174, Bd. 16 S. 126; Windscheid Bd. 2 § 316 Anm. 15, Pfizner im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 S. 49, Heck, die Lebensversicherung zugunsten Dritter 1890, M. Reuscher, die rechtliche Natur des Vertrages über die Versicherung des eigenen Lebens. Berliner Inaug.Diss. 1890, §§ 12 ff., BGB. § 330.

10) HGB. §§ 433, 435. ROHG. Bd. 4 S. 359 ff., Hellwig a. a. O. S. 477 ff. Vgl. aber Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 749.

11) RG. Bd. 43 S. 98. Anders Hellwig S. 520, wenigstens gemäß den Grundsätzen des BGB., ferner Paul Schmidt, Tübinger Inaug.Diss. 1898.

12) BGB. § 328.

Fünftes Kapitel.

Die Arten obligatorischer Geschäfte.

§ 276. Einseitig und gegenseitig verpflichtende Geschäfte.

1. Die einfachsten Kreditverhältnisse, insbesondere die Darlehen, begründen einseitige Obligationen, so daß nur der eine Teil Gläubiger, nur der andere Schuldner aus dem Geschäfte wird.

Diese Form suchten die Römer auch dann den Obligationen tunlichst aufzuprägen, wenn es sich in der Tat um einen Komplex gegenseitiger Ansprüche handelte. Hierzu dienten ihnen die Stipulationen. Heutzutage benutzt man zu ähnlichen Zwecken den Wechsel, welcher gleichfalls eine streng einseitige Verpflichtung begründet.

2. Aber auch zweiseitige Obligationen, bei denen jeder Teil zugleich Gläubiger und Schuldner ist, fanden Anerkennung.

Es gibt zwei Kategorien derartiger Geschäfte:

a) Die synallagmatischen Verträge begründen einen Austausch gegenseitiger Verbindlichkeiten, welche beide für das Geschäft gleich wesentlich sind.[1] Hierher gehören Kauf, Miete und Gesellschaftsvertrag.

b) Bei einer zweiten Kategorie gegenseitig verpflichtender Geschäfte werden Hauptverpflichtung und Nebenverpflichtung unterschieden. Die erstere dient der Verwirklichung des Hauptzweckes des Geschäftes, die andere ist von mehr untergeordneter Bedeutung für diesen Zweck. So ist es z. B. beim Mandat, beim Depositum. Für die Hauptverpflichtung besteht die actio directa, für die Nebenverpflichtung die actio contraria.[2]

§ 277. Die synallagmatischen Geschäfte insbesondere.

Das synallagmatische Geschäft besteht darin, daß Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht wird. Es hat eine gewisse gegen-

13) Manche nehmen an, der Dritte sei nur befugt, das Forderungsrecht des Stipulanten geltend zu machen. Seine Klage sei eine actio utilis, d. h. die des Stipulanten, vgl. Bähr a. a. O. Das Richtige ist wohl: der Dritte macht sein eigenes Recht aus dem Kontrakte geltend. Deshalb unterliegt er auch nicht Kompensationseinreden aus anderen Geschäften, die dem Stipulanten entgegenständen. Aber er klagt aus dem Geschäfte und kann sich daher den Einreden aus demselben, z. B. der exceptio non adimpleti contractus, nicht entziehen. Übereinstimmend BGB. § 334: Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.

1) Vgl. l. 7 § 2 D. de pactis 2, 14, l. 19 D. de V. S. 50, 16. BGB. §§ 320 ff. nennt die synallagmatischen Verträge „gegenseitige".

2) Manche, z. B. Puchta, Pand. § 232 und Windscheid Bd. 2 § 320, betrachten die Obligationen mit actiones contrariae als „einseitige" des Hauptverpflichteten, indem sie die Obligierung des anderen Teiles als etwas bloß Mögliches und Nachträgliches ansehen. Dies ist unzutreffend. Der Kontrakt begründet eine Haftung des Gegenverpflichteten wie des Hauptschuldners; nur das ist ungewiß, ob sich aus ihr klagbare Schulden entwickeln. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 57; dagegen wieder Rümelin im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 S. 163. Manche Schriftsteller sprechen von contractus inaequales bilaterales, Neuere zuweilen von „unvollkommen" zweiseitigen Verträgen. Über die judicia contraria vgl. Pernice, Labeo Aufl. 2 Bd. 2 Abt. II, 1 S. 222.