

## Werk

**Titel:** Ueber die heutige Anwendung der römischen Contraktslehre

**Autor:** Batz

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1820

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1820\\_0003|log5](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1820_0003|log5)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

A r c h i v  
für die  
civilistische Praxis.

---

Dritter Band. Erstes Heft.

---

I.

Ueber die heutige Anwendung der römischen  
Contracttslehre.

Von dem  
Staatsrath von B a h z u Tübingen.

---

Von Verträgen und Contracten im Allgemeinen.

A.) Nach römischem Recht.

Wenn die Weisheit und Consequenz der römischen Gesetzgebung sich bei irgend einem Gegenstande vorzüglich bewährt hat, so ist es in ihren Vorschriften über Verträge und Contracte.

Ausgehend von dem Grundsatz: „daß der Verbindlichkeitsgrund der Verträge nicht in einem durch sie erworbenen vermeintlichen Eigenthumsrecht <sup>1)</sup>, sondern allein in dem Bunde liege, das durch gegenseitige Willenserklärung geknüpft <sup>2)</sup> und wieder aufgelöst wird <sup>3)</sup>,“ war ihr jeder Vertrag heilig, der

---

1) S. meine Abhandlungen über versch. Gegenst. des natürlichen u. positiven Rechts Abb. X.

2) l. 3. l. 52. s. 4. D. de O. et A. l. 4. s. 3. de pact. l. 84. §. 4. de R. J.

3) §. 4. J. q. m. toll. obl. l. 80. D. de solut. l. 35. de R. J.  
Rechtsf. d. Civ. Prax. III. B. I. 5.

nicht gegen das natürliche und positive Recht, noch gegen die guten Sitten aufieß <sup>4)</sup>).

Da sie aber nicht alle Verträge für gleich notwendig und wichtig hielt; so hob sie insonderheit diejenigen aus, welche in der menschlichen Gesellschaft und unter Völkern am meisten vorkommen <sup>5)</sup>, und jedem Staat unentbehrlich und nützlich sind. Sie gab denselben eigene, aus der Natur des Vertragsgeschäfts fließende Namen, mit zweckmäßigen rechtlichen Bestimmungen, und zog für jeden Vertrag eine genaue Gränzlinie, die nicht überschritten werden durfte, ohne daß derselbe unträftig wurde, oder in einen andern ansariete <sup>6)</sup>, wie z. B. der Kaufvertrag ohne Kaufschilling (pretium) nichtig war, und der Leibvertrag, wenn der Gebrauch der Sache für Geld geliehen wurde, die Natur des Mietvertrags annahm.

Von diesem geschlichen, über das naturrechtliche hingezogenen, Bande hießen die Verträge *Contracte*, welche eine nach ihnen benannte Klage (*actio*) erzeugten <sup>7)</sup>.

Der Grund ihrer *Civil* verbindlichkeit war das Vertragsgeschäft, oder die Verhandlung selbst <sup>8)</sup>, was die Römer *causa* nannten <sup>9)</sup>. Zwar glauben *Cujacius* <sup>10)</sup>, *Maranus* <sup>11)</sup>

4) l. 7. §. 7. l. 28. D. de pact. l. 6. 29. C. eod.

5) l. 5. D. de just. et jur. l. 1. §. 4. l. 7. §. 1. D. de pact. l. 1. in fin. D. de contr. emt.

6) l. 24. l. 26. §. 1. D. depos.

7) l. 7. §. 1. de pact. l. 2. D. de praeser. verb.

8) *negotium*, *negotium civile* l. 15. l. 19. D. de praeser. verb. l. 1. D. de aestimat. act. tractatus. l. 5. D. de pr. verb. l. 32. D. pro socio.

9) l. 7. §. 3. 4. D. de pact. Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa ... esse obligationem.

10) *Observat.* L. 2. c. 15.

11) in *Paratitlis* D. de pact. p. 98.

und **Winnius** <sup>12)</sup>: ein Contract sey ein Vertrag, der entweder einen eigenen Namen, oder eine causa habe, und nehmen letztere bei Contracten ohne Namen an; doch fügt **Winnius** bei <sup>13)</sup>: die Obligation und Action sey nicht sowohl wegen des Namens, sondern wegen des Nutzens im Handel und Wandel, wie dies **Donell** <sup>14)</sup> weiter ausgeführt habe, festgesetzt worden. Allein nach meiner Ansicht hatten auch die *contractus nominati* eine causa, die ich in das gemeinnützige Geschäft setze, wovon es bei denselben sich handelt; und dafür scheinen mir selbst die Gesetze zu sprechen. „Wenn ich (heißt es in einem derselben) mit einem Goldschmied den Vertrag schliesse, daß er gegen den Empfang einer Summe von 300 aus seinem Gold mir Ringe verfertige, und es entsteht die Frage, ob dies ein Kauf oder ein Miethcontract sey, so ist dieses nur ein Geschäft und zwar ein Kauf <sup>15)</sup>.“ So wurde auch Zweifel erhoben, ob in dem Fall, wenn jemand eine Sache um einen bestimmten Preis zum Verkauf giebt, eine Kauf- oder Miethklage, oder eine *actio mandati* statt finde? Das Gesetz löste den Zweifel, und gab hier eine eigene, nämlich die *aestimatorische Klage*, weil man ein bürgerliches Geschäft und zwar *bona fide* gemacht habe <sup>16)</sup>.

Noch deutlicher spricht sich ein anderes Gesetz aus: „Bei den Kauf-, Mieth-, Gesellschafts- und Mandats-Contracten ist die Einwilligung derer, welche Geschäfte machen (*negotia gerunt*) hinreichend <sup>17)</sup>.“ Derselben Meinung ist der mit dem römischen Recht und dessen Geist so sehr vertrau-

---

12) in tract. de pactis c. 8. n. 2.

13) *ibid.* n. 3.

14) *Libr. XII. Commentar. c. 9.*

15) l. 2. §. 1. *D. loc. cond.*

16) l. 1. *D. de aestimat.*

17) l. 2. *D. de O et A.*

te, und für diese Wissenschaft leider zu früh gestorbene Hofacker<sup>18)</sup>.

Diese vier Contrakte mit eigenem Namen bedurften also zu ihrem Rechtsbestand (Perfektion) nichts, als der gegenseitigen Einwilligung in das Geschäft, worüber contrahirt wurde. Die übrigen *contractus nominati* (so fern sie nicht bloß bürgerlichen Rechts waren, *meri juris civilis*, wie die Verbal- und Litteral-Contrakte) waren nicht früher beendigt (perfekt), als wann der versprochene Gegenstand (Sache oder Factum) gegeben, oder geleistet war. Die zu dem Versprechen gekommene Leistung begründete hier die *Civilobligation* — *causa obligationis*. Vor derselben konnte noch jeder Theil von dem Vertrag abgehen und ihn ungeschehen machen. Daher hießen die Contrakte erster Art: *Consensual-* und die der zweiten: *Realcontrakte*. Bei letzteren wurde eine Sache zu einem bestimmten Gebrauch und zu einem gewissen Zweck entweder so gegeben, daß die Rückgabe derselben Sache (*in specie*) wie bei dem *Leih-, Hinterlegungs- u. Pfand-Contrakt*, oder nur eine Sache von der nämlichen Art und Güte (*in genere*), wie bei dem *Darlehen*, erfolgte. Und dies waren *Realcontrakte* im eigentlichen und engeren Sinne.

Gieng aber die Absicht der *Paciscenten* dahin, sich für eine Sache eine andere, oder die Leistung eines Factum zu verschaffen, so hießen diese Verträge *Realcontrakte* im weiteren Sinn, und, da sie keinen eigenen Namen hatten, *contractus innominati*. Sie waren also nichts anders, als bloße Verträge (*pacta nuda*), welche durch Gebung oder Leistung sich in Contrakte verwandelten.

Da aber beydes, die *Consensual-* und die *Realcontrakte*, mit und ohne Namen, *naturrechtliche Verträge* in römischer Form waren; so dringt sich hier die Frage auf: warum zur

18) in *elem. jur. civ. Rom.* s. 429.

19) l. 52. §. 1. D. de O. et A.

Verbindlichkeit der Realcontracte außer dem Vertrag auch noch dessen Erfüllung von einer Seite erforderlich war? Schwerlich haben die scharfsinnigen Römer diesen Unterschied in Ansehung des Daseyns der Verbindlichkeit ohne hinreichenden Grund festgesetzt; doch in der Gesetzgebung selbst sucht man ihn vergeblich. Mir scheint er in der eigenen Beschaffenheit und Natur dieser Verträge zu liegen.

Fordert nämlich das vorhandene Bedürfniß beider oder eines der Paciscenten und deren Interesse, daß die Sache gleich mit dem Vertrag übergeben werde — was der Fall bei Realcontracten ist —, so kann es ihr Wille nicht seyn, sich früher verbindlich zu machen. Die Darreichung der versprochenen Sache scheint hier notwendige Bedingung zu seyn, um mit der Convention zu coincidiren. Denn ehe und bevor das entlehnte Geld, oder die geliehene Sache, oder das Pfand<sup>20)</sup>, wirklich gegeben, oder der Gegenstand hinterlegt und empfangen ist, fehlt es an einem Grund der Verbindlichkeit. Der annehmende Theil ist vorher nichts schuldig, und der gebende hat vor erfolgter Leistung, als dem Haupterforderniß dieser Verträge, kein Recht.

Zwar werden die Consensualcontracte auch durch das Bedürfniß und durch den Vortheil, den man davon erwartet, erzeugt; aber beide sollen nicht gerade im Augenblicke betriebligt oder erreicht werden. Man kauft und miethet oft Sachen, mehr in Absicht, sie gewiß, als sogleich zu erhalten, oft geschieht es auch, weil man sie nicht leicht wieder so gut, oder so wohlfeil, zu bekommen glaubt. Hier interessiert es also beide Theile, daß keiner von dem Contract abgehe, und daß jeder schon durch die Abschließung wegen dessen Erfüllung gesichert sey.

20) Der Pfandvertrag oder die Hypothek ist kein Contract, und wurde diesem nachher nur in so fern gleich gesetzt, daß auch auf bloß hypothezirte Sachen, wie wenn sie wirklich übergeben worden wären, eine dingliche Klage von ursprünglich anderer Art ausgedehnt wurde.

Noch augenscheinlicher ist dies bei dem Mandats- und Gesellschafts-Contract, welche beyde etwas künftiges bezwecken, der eine fremde Geschäftsführung, der andere künftigen Gewinn. Daher liegt bei Consensual-Contracten der Verbindlichkeitsgrund (causa) einzig und allein, in dem eine gewisse, aber nicht nothwendig gleich erfolgende, Leistung bezweckenden Vertragsgeschäft, wovon sie ihren Namen führen <sup>21)</sup>. Das römische Recht folgte hier genau dem Vernunftrecht und der Natur dieser Verträge.

So sehr es aber auch auf die Unverletzlichkeit der letzteren Verträgen hielt, so wenig glaubte es doch allen gleiche Kraft und Wirkung im Staat verleihen zu können. Es sah sie zwar als Erwerbungsgründe von Rechten, und als Schutzwehr gegen civilrechtliche Angriffe, wovon es nur zum allgemeinen Besten wenige Ausnahmen machte <sup>22)</sup>, an; allein die Kraft, auf die Erfüllung der Verträge zu klagen, oder sie durch Action vor Gericht geltend zu machen, gab es ihnen nur da, wo es nothwendig und nützlich war. Dies schien aber den Römern nicht der Fall zu seyn bei Verträgen, denen kein auf einen zu leistenden Gegenstand sich beziehendes Geschäft, (negotium) sondern ein bloßes Versprechen zum Grund lag.

Bei diesen Verträgen nämlich bestand das Interesse des Promissars gewöhnlich darin, daß der Promittent nicht gegen sein Versprechen handle, z. B. nicht aus dem früheren Contract

21) l. 1. §. 2. D. de rer. permut.

22) Daher konnten Kinder wegen Schulden, die sie noch in väterlicher Gewalt gemacht hatten, nicht belangt werden l. 1. l. 9. §. 2. l. 7. §. 6. D. ad Sc. Maced., deswegen konnte auch das weibliche Geschlecht nicht die Verbindlichkeit anderer übernehmen, und sich nicht für andere verbürgen l. 2. §. 1. ad Sc. Vellej., ja sogar, wenn es wegen Intercession bezahlt hatte, das Geld zurückfordern l. 8. §. 3. l. 31. D. l. 9. C. eod., was in dem ersten Fall bei den Schulden contrahirenden Kindern nicht statt fand, weil die naturrechtliche Schuld blieb l. 9. §. 5. l. 10. D. ad Sc. Maced.

etwas fordern, was er später versprochen hatte nicht zu verlangen (pactum de non petendo). Belangte ihn der Promittent dennoch aus dem Contract; so konnte er die Klage (actio) durch die exceptio pacti<sup>23)</sup> unkräftig machen, weil die natürliche Verbindlichkeit blieb<sup>24)</sup>. — Wie aber, wenn der versprechende Theil den Vertrag ohne vorgängigen Contract verletzete? Nun hatte ja der Promissar keine Action, womit er sein Vertragsrecht behaupten konnte. — Dieser Einwurf wäre allerdings wichtig, wenn ein solcher Fall leicht vorkommen könnte. Allein jeder Vertrag ist entweder ein Contract mit oder ohne Namen, wenn ihm ein Geschäft zum Grund liegt, aus dem geklagt werden kann<sup>25)</sup>; oder er bezieht sich auf einen schon vorhandenen Contract, modificirt denselben, ist gleichsam ein Bestandtheil von diesem<sup>26)</sup>, und giebt der Contractsklage eine andere Gestalt<sup>27)</sup> (format actionem); oder er ist bloßer Vertrag<sup>28)</sup> (pactum nudum), wobei kein Geschäft gemacht, keine Verhandlung gepflogen wird. Hier kann er aus den schon angeführten Gründen die Civillklage nur durch Exception entkräften<sup>29)</sup>.

23) pr. und §. 3. J. de except.

24) sie hieß vinculum aequitatis l. 95. §. 4. D. de solut. vinculum naturale l. 59. D. de cond. indeb.

25) l. 2. 3. 4. D. de praescr. verb. Nam cum deficientur vulgaris utque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est — natura enim rerum inductum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.

26) l. 1. §. 6. D. depos. Contractus enim legem ex conventionem accipiunt.

27) l. 7. §. 1. D. de pact. Nuda pactio interdum format ipsum actionem l. 10. C. de jur. dot. Die näheren Bestimmungen dieses Satzes kommen noch unten vor.

28) l. 10. C. de pact.

29) l. 7. §. 4. D. de pact. Igitur nuda pactio obligationem (civilem) non parit, sed parit exceptionem. Pauli



War es aber nicht unbillig, daß Verträge, wodurch man sich erst für die Zukunft verbindlich machte, kein Klagerecht geben, keine Action erzeugten? Keineswegs. Die Römer gingen nämlich von den richtig scheinenden Sätzen aus: daß jeder Vertrag, um bürgerlich verbindlich zu seyn, einen Gegenstand oder ein Geschäft (causa) voraussetze, worüber man schon jetzt einig worden ist; daß Verträge, wo es an einer Vereiniung dieser Art fehlt, weder eine Civilobligation noch Action bewirken; daß man auch in der Regel nur Verträge schließt, um gegenwärtigen Bedürfnissen abzuhelfen, oder um schon jetzt beabsichtigte Vortheile dadurch zu erreichen; daß hingegen in den meisten Fällen, wo man eine künftige Verbindlichkeit übernimmt, dies entweder für die Paciscenten kein Interesse hat, oder doch die Erfüllung des Versprechens zu der Zeit, wo sie erfolgen soll, durch die inzwischen veränderte Lage der Sachen dem Promittenden nachtheilig, wo nicht unmöglich wird.

Z. B. Jemand will von mir Geld entlehnen, ich erkläre, daß ich jetzt keines habe, verspreche aber, es ihm in einigen Wochen zu geben. Nach deren Verfluß kommt er und verlangt das Geld. Ich antworte, daß ich auch jetzt noch außer Stand sey, es ihm zu geben. Nun fragt sich's: kann er mich deshalb belangen, und der Richter zur Erfüllung des Versprechens mich nöthigen? Das römische Recht sagt nein; denn es ist kein Darlehen, sondern ein bloßes pactum de mutuo vorhanden. Meines Erachtens soll jede Gesetzgebung dies sagen, weil sich nicht annehmen läßt, daß der Promittent nicht Darleiher würde, wenn er es könnte, und weil es hart wäre, jemand zu zwingen, ein Versprechen zu halten, das allein in der Voraussetzung, es erfüllen zu können, gegeben und angenommen wurde.

Der Gesetzgeber macht nur das zur Regel, was am häufigsten geschieht; er kann sich selten auf Ausnahmen einlassen, die, als von besondern Umständen abhängig, schwer vorans zu

---

recept. Sent. L. II. T. 14. Nudo pacto inter civ. Rom. actio non nascitur.

bestimmen sind. Uebrigens konnte ja derjenige, dem an Erfüllung eines solchen Vertrags sehr gelegen war, sich diese durch den Stipulationscontract sichern<sup>30)</sup>, der hauptsächlich zu dem Ende eingeführt worden ist. Zuweilen traten auch da, wo das gemeine Beste oder die Billigkeit es verlangten, die Gesetze<sup>31)</sup>, oder auch der Prätor, ins Mittel, und gaben aus bloßen Verträgen eine Action. Durch jene geschah es bei dem versprochenen Heirathgut<sup>32)</sup> und bei dem Schenkungsvertrag<sup>33)</sup>; durch den Prätor aber bei dem Unterpfandsvertrag<sup>34)</sup> und bei dem erneuerten bloßen Versprechen einer schon vorhandenen Geldschuld<sup>35)</sup> (Constitut.).

Der römische Grundsatz: daß man aus bloßen Verträgen nicht klagen könne, hatte auch darin seinen großen Nutzen, daß er der dem Staat schädlichen Streitsucht, und manchen sonst unvermeidlichen Processen der Bürger begegnete — was auch einer der Hauptgründe zu dessen Festsetzung gewesen seyn mag.

---

30) l. 3. C. de rer. permut. Ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

31) l. 6. D. de pact. legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur. Letzteres geschah bei der actio injuriarum et furti, wenn der Injurirte oder Beuhohlene das Verbrechen nachzulassen versprach. l. 7. §. 14. l. 17. §. 1. D. de pact. l. 17. §. 5, 6. D. de injur.

32) l. 6. C. de dot. promiss.

33) l. 35. §. 4. 5. C. de donat. Dieser Schenkungsvertrag erhielt bürgerlich verbindliche Kraft ad exempl. vend. §. 2. J. de don.

34) §. 7. J. de act.

35) §. 9. J. eod. l. 1. D. de pec. const. Hoc edicto Praetor favet naturali aequitati.

Woher kommt es aber, daß der Tausch, der wie der Kauf ein *contractus juris gentium* war <sup>36)</sup> und als ein unstreitig früherer Vertrag der menschlichen Gesellschaft einen naturrechtlichen Namen hatte, kein Consensual-, sondern Real-Contract <sup>37)</sup> und unter die civilrechtlichen *contractus innominatos* gezählt ist? Ich erkläre mir's so. Vor nicht erfundenem Gelde, als allgemeinem Maassstab für den Werth jeder Sache, kannte man keinen Kaufvertrag, und mußte dem wechselseitigen Bedürfnis durch Vertauschung der entbehrlichen Sache gegen die nothwendige abhelfen <sup>38)</sup>. Dies naturrechtliche Geschäft durch gegenseitige Auswechslung der Sachen um des Bedürfnisses willen, was schon ursprünglich ein Realvertrag war, beschränkte sich meistens auf einzelne Familien. Größere Gesellschaften und Völker konnten ihre Bedürfnisse im Verkehr nicht durch das mit vielen Schwierigkeiten verknüpfte Tauschmittel befriedigen, und wurden dadurch zu Auffindung einer Sache (des Geldes) genöthigt, die zu Anschaffung oder Eintauschung aller Sachen dienlich war, und die Befriedigung künftiger Bedürfnisse gleichsam verbürgte.

So entstand der Kaufvertrag, der seiner größeren Nützlichkeit wegen jenen beinahe entbehrlich gemacht hat. Er war schon als Vertrag mit eigenem Namen auch bürgerlich verbindlich oder Contract <sup>39)</sup>. Der Tausch war es erst durch Uebergabe der eigenthümlichen Sache <sup>40)</sup>; ungeachtet seiner Ähnlichkeit mit dem Kauf — da man durch ihn auch Eigenthum erwirbt —

36) l. 5. D. de just. et. jur. l. 1. pr. D. de contr. emt.; l. 15. D. de interd.

37) l. 1. §. 2. D. de rer. permut. Dies drückt Paulus in der angeführten l. 1. D. de contr. emt. kurz und bündig aus.

38) l. 1. §. 2. de rer. permut.

39) ebendaf. u. §. 3. l. 3. C. eod.

40) l. 2. D. l. 2. C. eod. l. 15. D. ex quib. causis. in possess. und in der l. 62. D. de jur. dot. wird der Tausch quasi emtio genannt.

wurde er doch unter die unbenannten Contracte gezählt, theils wegen des Anfangs seiner Verbindlichkeit, die, wie bei den übrigen Contracten der Art, in der Uebergabe der Sache, oder dem geleisteten Factum lag, theils weil er keinen Civilnamen<sup>41)</sup>, und also auch keine eigenthümliche Klage, sondern wie jene die *actio civilis praescriptis verbis* bewirkte<sup>42)</sup>. Diese wurde wahrscheinlich so genannt, weil der Prätor die Klageformel nach den Worten des Contractes vorschrieb.

Eine andere wichtige Eintheilung der römischen Contracte war die in *contractus bonae fidei* u. *stricti juris*. Sie bezog sich hauptsächlich auf die Gewalt des Richters und seiner Aussprüche, welche bei jenen Contracten sich weiter erstreckte als bei diesen. Denn hier war der Richter (*judex pedaneus*) sowohl an die civilrechtliche Natur und die Worte des Contractes, als an die von dem Prätor gegebene Klageformel gebunden; er durfte auf nichts weiter sprechen, als was diese enthielt<sup>43)</sup>. Dort aber hatte er in seinen Erkenntnissen größeren Spielraum<sup>44)</sup>. Dazu berechtigten ihn theils die Worte des Contractes *ex bona fide*, *ex aequo et bono*, *quod aequius melius*<sup>45)</sup>, oder in deren Ermanglung schon die Natur der Convention<sup>46)</sup>, theils die von dem Prätor in dergleichen Aus-

41) l. 3. D. de praescr. verb. Sein naturrechtlicher Name kam nicht in Betracht.

42) l. 2. D. de praescr. verb. l. 5. §. 2. heißt sie *civilis actio* l. 5. §. 3. *actio in factum civilis* und l. 7. §. 2. D. de pact. *civilis incerti actio*, i. e. *praescriptis verbis*.

43) l. 99. D. de V. O.

44) l. 7. D. de negot. gest.

45) Cicero L. 3. de offic. c. 15. et in Topic. c. 17. In omnibus igitur judiciis, in quibus ex fide bona est additum: ut inter bonos bene agi oportet — parati esse debent jurisconsulti.

46) l. 4. C. de O. et A. l. 31. D. depos. *Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.*

drücken verfaßte Action, womit derselbe die Parthie an den Richter (arbitr<sup>47</sup>) verwies. Und dieser war nun schuldig, darauf zu sprechen, was ein Theil dem andern neben der Vertragsbestimmung noch ex aequo et bono zu leisten hatte<sup>48</sup>).

Ungeachtet die verschiedenen Formeln, welche der Prätor bei Ertheilung der gesetzlichen Actionen gebrauchte, zum Unterscheidungszeichen der strengrechtlichen (stricti juris) und Billigkeits-Contracte (b. fidei) dienten; so waren sie doch nicht Entstehungsgrund derselben. Dieser lag zunächst in dem Gesetz<sup>49</sup>) und dann in der Natur der Rechtsgeschäfte selbst<sup>50</sup>). Diejenigen nämlich, welche sehr häufig vorkommen, und bei dem steten Verkehr der Menschen von so großem Nutzen waren, daß man, um nicht in Schaden zu kommen, dabei mehr auf die Loyalität (bona fides) der Paciscenten zählen mußte, als daß man alles umständlich und genau vorher hätte ausmachen, und die Verbindlichkeit auf die wörtliche Zusage beschränken können, erklärte das römische Gesetz für contractus bonae fidei.

---

1. 29. §. 4. D. mandat. — de bona fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne? l. 13. D. de relig.

47) l. 24. D. dep. Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.

48) l. 2. §. 3. l. 5. D. de O. et A. §. 30. J. de act.

49) §. 28. J. de act. Vinnius in seinem Commentar der Institutionen zu diesem §. pag. 352 b.

50) Cic. de offic. L. 3. c. 17. Quint. Scaevola summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, mandatis, quibus vitae societas coniunctur: in his magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quamque cuique praestare oporteret.

Hierunter gehörten alle Contrakte, welche für jeden Contrahenten eine besondere Verbindlichkeit und Klage, entweder zwei direkte Obligationen und Actionen, oder eine direkte und eine auf Schadloshaltung (*actio coniratria*) erzeugten.

Die übrigen Contrakte, deren Actionen in dem angeführten bekannten Gesetz des Justinian weder genannt, noch unter dieser Kategorie enthalten sind, wie z. B. die *actio funeraria* <sup>51)</sup>, sind *contractus stricti juris*. Bei Klagen aus diesen dürfte der Richter nur auf das sprechen, was der bloße Civilcontract mit sich brachte, und was die prätorische Klagformel enthielt <sup>52)</sup>. Doch war diejenige *bona fides*, welche jedes Rechtsgeschäft fordert, keineswegs ausgeschlossen <sup>53)</sup>. Nur fand kein richterliches Ermessen derselben statt. Verträge der Art waren z. B. das Darlehen, die Stipulation, die Schenkung <sup>54)</sup>. Sehr weislich wurden diese, weil sie nur eine einseitige Verbindlichkeit begründeten, auch weniger gemeinnützig und bloße Civilcontracte waren, auf die ausdrückliche Vertragsbestimmung beschränkt, und keine ausdehnende Erklärung dabei zugelassen.

---

51) Vinnius ad §. 23. n. 5. l. 14. §. 13. D. de relig. — et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestionem actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis (funerariae) natura indulgeat.

52) l. 99. D. de V. O.

53) l. 3. D. de reb. cred. Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis reddatur, non licet debitori deteriores rem ex eodem genere reddere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto (expresso) habendum est, id autem intelligitur, ut eodem bonitate solvatur, quo datum sit.

54) l. 22. D. de donat. Eum qui donationis causa pecuniam vel quid alius promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est: cum in b. f. contractibus donatio non deputetur.

Schön und musterhaft entwickelt die bona fides bei dem Hinterlegungscontract durch einzelne Beispiele *Tryphonin* <sup>55)</sup>. Er sagt: „die bona fides, welche bei Contracten gefordert wird, verlangt die höchste Billigkeit <sup>56)</sup>. Soll man sie aber nach dem bloßen *jus gentium*, oder in Verbindung mit dem bürgerlichen und prätorischen Recht bemessen? Z. B. ein Hauptverbrecher hat mir 100 in Verwahrung gegeben, er wird deportirt und sein Vermögen eingezogen. Soll ich ihm nun die 100 zurückgeben, oder sie in die Staatskasse bringen? Beachtet man nur das natürliche Recht und das *jus gentium* <sup>57)</sup>, so muß man sie dem zurückstellen, der sie gab; nimmt man aber auf das bürgerliche Recht und die gesetzliche Ordnung Rücksicht, so gehören sie dem Staat. Denn ein Staatsverbrecher soll, andern zum schrecklichen Exempel, auch Noth leiden. Dann fragt sich weiter, ob die bona fides nur bei den Contrahenten ohne Rücksicht auf einen Dritten, oder auch hinsichtlich anderer, denen die Contrahatsache gehört, in Anschlag komme? Z. B. soll *Sejus* das, was ein Straßenräuber mir nahm, und bei ihm, dem das Verbrechen unbekannt ist, hinterlegte, es mir oder dem Räuber zurückgeben? Wenn man den Geber und Empfänger allein betrachtet, so erfordert die bona fides, daß der Geber die anvertraute Sache zurückempfängt; erwägt man aber die Billigkeit im Ganzen, die nämlich allen, welche diese Handlung betrifft, wiederfahren soll, so muß man den Raub mir, an dem er verübt worden, zustellen. — Ich halte für wahre Gerechtigkeit die, welche jedem das, was er haben soll, so zu-

55) l. 31. D. depos.

56) Nicht die gewöhnliche, welche überall statt finden soll l. 90. D. de R. J. Marani Op. p. 568.

57) Hier trennt *Tryphonin* das natürliche von dem Völkerrecht und scheint unter erstem das Vernunftrecht überhaupt, und unter dem zweiten das hypothetische Naturrecht zu verstehen. f. Cic. de offic. L. 3. c. 17.

„eignet, daß es ihm nicht durch eine gerechtere  
 „Zurückforderung irgend einer Person entzogen  
 „werden kann. — Verlange ich das mir Geraubte nicht,  
 „so muß man es dem Räuber, unerachtet er eine schlechte Er-  
 „werbung deponirt hat, dennoch zurückgeben. Wenn übrigens  
 „derselbe einen Sohn oder Sklaven, ohne ihr persönliches Ver-  
 „hältniß zu wissen, beraubt, und den Raub bei dem hierüber  
 „gleichfalls in Unwissenheit schwebenden Vater oder Herrn hin-  
 „terlegt, so ist dies selbst nach dem jure gentium (Vernunft-  
 „recht) kein Depositum. Denn dieses kann nur bestehen, wenn  
 „ein anderer als der Eigentümer die Sache als eine fremde  
 „zur Verwahrung erbält. Eben so wird auch, wenn der Dieb  
 „die mir ohne mein Wissen gestohlene Sache bei mir hinterlegt,  
 „kein Depositum contrahirt; weil die bona fides nicht gestat-  
 „tet, den Eigentümer zu zwingen, seine Sache dem Dieb zu-  
 „rückzugeben. Vielmehr kann jener, wenn er sie in der Un-  
 „wissenheit diesem herausgab, dieselbe mit der *condictio in-*  
 „*debiti* zurückfordern.“

Verschiedene Wirkung hatten aber bloße Verträge, je nachdem sie den Contracten der Billigkeit oder des strengen Rechts angehängt wurden. Gesah es bei ersteren noch vor beendigtem Contract, so modificirte der Vertrag die Contractsklage, er mochte nun beschränkende oder erweiternde Bestimmungen des Contracts enthalten. Gesah es aber nachher, doch noch vor Uebergabe der schuldigen Sache, so hatte der Vertrag eine gleiche Wirkung in dem Fall, wenn er die Contractsverbindlichkeit minderte (*cum contractui aliquid detrahit*)<sup>58</sup>). Bei streng rechtlichen Contracten bewirkten

58) Die l. 7. §. 5. 6. D. de pact. setzt dies klar auseinander l. 72. D. de contr. emt. *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtionis, contineri contractu videntur, quae vero adjiciunt credimus non inesse.* Die Verträge erster Art modificirten nicht nur die Action des Klägers, sondern sie setzten den Beklagten auch ohne die ex-



die Verträge ein gleiches, wenn sie der Stipulation und den unbenannten Contracten, die keine bestimmte gesetzliche Form hatten<sup>59)</sup>, sogleich, d. h. bei Abschließung des Contracts, angehängt wurden. Alle übrige, den Contracten beiderlei Art auf andere Weise angehängte Verträge, erzeugten nur eine Exception<sup>60)</sup>.

Die Weisheit der römischen Gesetzgebung verbirgt sich auch hier nicht. Sie sorgte erstlich dafür, daß kein Bürger den andern bei Rechtsgeschäften, die ihrer Natur nach Bonafidität (*bonam fidem*) der Contractanten voraussetzen, durch zweideutige und künstliche Wendungen, oder auf andere unerlaubte Art, überliste und vervorteile. Sie verordnete, daß es dabei nicht sowohl auf das, was man gesagt, als was man gewollt habe, ankomme<sup>61)</sup>, daß alles, was in der Natur des Contracts liege, sich von selbst verstehe und stillschweigend bedungen sey, und daß hier das Richteramt eben die Kraft haben solle, als die verbindliche Worte bei der Stipulation<sup>62)</sup>. Sie machte daher diese Rechtsgeschäfte von keinen andern Förmlichkeiten

---

ceptio pacti ganz sicher, und dies will der Satz sagen, daß dieser in dem *judicio bonae fidei* schon enthalten, und von dem Richter, wenn auch der Beklagte nicht excipirt habe, zu berücksichtigen sey l. 3. D. de resc. vend. Kurz und bündig äußert sich Herzüber Cujaz in obs. L. 14. c. 28. Die Verträge der zweiten Art nugen nach Ulpian dem Kläger nichts, „damit nicht aus dem Vertrag eine Klage entstehe“ l. 7. §. 5. de pact.

59) Daher sagt die l. 48. D. de pact. in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.

60) l. 7. §. 4. D. de pact. Igitur nuda pactio parit exceptionem.

61) l. 219. D. de V. S. l. 6. §. 4. D. de contr. emt.

62) l. 7. D. de neg. gest. Quia tantumdem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

abhängig; oder wenn sie auch früher dergleichen erforderte, so geschah es mehr wegen der Wichtigkeit des Vertragsgegenstands, als um die Contrahenten dadurch zu fesseln.

Dann aber stellte sie den Bürger auch gegen den Richter sicher; indem sie ihm befahl, nicht bloß nach den Worten und Buchstaben des Contractes, sondern auch darnach zu sprechen, was einer dem andern aus Gründen der Billigkeit zu leisten habe. Und eben so weise verordnete sie das Gegentheil bei Contracten, die theils durch sich selbst, theils durch die Gesetze so genau bestimmt waren, daß es überflüssig und für die Contrahenten selbst nachtheilig gewesen wäre, ihnen oder dem Richter zu gestatten, die Verbindlichkeit über die ausdrückliche Vertragsbestimmung hinaus zu erstrecken (*stricti juris*). Dem Unredlichen nützte also seine Arglist nicht viel; denn bei Contracten des strengen Rechts mit eigenem Namen verdammt ihn sein mündlich, oder schriftliches Wort, und bei Contracten der Billigkeit stellten sich ihm die diesen anklebende Eigenschaft der *bona fides* und der darnach zu sprechen verpflichtete Richter entgegen. Bei unbenannten Contracten suchten die Gesetze, wie es mir scheint, der Ueberlistung und Hervorhebung dadurch Einhalt zu thun, daß sie den Contrahenten durch die Befugniß, sich den Vertrag reuen zu lassen, und davon abzugeben, Zeit genug gaben, um zu überlegen, ob und inwiefern er ihnen nachtheilig seyn könne.

Diese Zeit dauerte nämlich so lange, bis der andere Theil sein Versprechen auch erfüllt hatte<sup>63)</sup>. Meine Meinung weicht zwar hier von den meisten, besonders neueren, Rechtslehrern ab, welche behaupten, daß nach der Leistung der Sache von einem Theil die Befugniß, vom Vertrag abzugehen, oder die Zeit der Reue, selbst nach römischem Recht aufhöre; allein die Gründe

<sup>63)</sup> l. 1. §. 2. D. de rer. perm. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Mit der Uebergabe fieng die Verbindlichkeit des andern Theils an. Man sehe l. 5. D. caus. dat. caus. non sec.

derselben haben mich nicht überzeugt. Doch ich behalte mir die Entwicklung dieser rein theoretischen Frage auf eine andere Zeit vor.

#### B.) Nach deutschem Recht.

In Deutschland aber ist, gegen das römische Recht, allgemein angenommen: daß aus jedem gültigen Vertrag eine Action entstehe, und vor Gericht geklagt werden könne. Diese, durch spätere Partikular-Gesetze bestätigte, deutsche Gewohnheit will man daraus erklären: daß unserer Nation ihr Wort<sup>64)</sup> und alle Verträge, die nicht wider die äußere Ehrbarkeit und Sittlichkeit anstießen, so heilig gewesen seyen, daß sie hierin mehr dem natürlichen Recht gefolgt, und bei Annahme des römischen auf ihrem Grundsatz: „jeder nicht erfüllte Vertrag gewähre ein Klagrecht“, fest gehalten, folglich den Unterschied zwischen bloßen Verträgen und Contracten verworfen habe<sup>65)</sup>.

Auch konnte sie diesen Grundsatz um so eher durchsetzen, weil das früher recipirte kanonische Recht sich hierin mehr der deutschen Gewohnheit als den römischen Gesetzen anschloß<sup>66)</sup>.

Man muß jedoch nicht vergessen, daß den Römern die Verträge eben so heilig waren<sup>67)</sup>, wie den Deutschen; daß sie aber, durch sichere Erfahrung geleitet, es dem Wohl der Bürger nicht zuträglich fanden, wenn jedem frei würde, aus Verträgen aller Art mit Klagen aufzutreten. Man muß ferner bedenken, daß Deutschland zur Zeit der eingeführten fremden Rechte weder bestimmte Gesetze noch Proceßordnungen hatte, daß auch bei einem biederen Volk von einfachen Sitten und

64) Tacit. de Mor. Germ. c. 24. und die Varonien: ein Wort ein Wort ein Mann ein Mann: Zusagen macht Schuld. Hert. paroem. jar. L. 1. par. 8.

65) Schilteri Exercit. ad Pand. VIII. §. 5.

66) c. 1. 3. X. de pact.

67) Unter dem König Numa Pompilius galt die Vertragstreue für Eid und Zeugniß. Dionys. v. Halicarnas L. 2.

wenig Kultur, wie damals das teutsche war, Rechtsstreite seltener sind, und, wenn sie vorkommen, durch Vergleich, oder nach Gewohnheitsrecht, mündlich und summarisch geschlichtet und entschieden wurden<sup>68</sup>).

Mit einem Worte: das Studium der Geschichte und des Systems des römischen Rechts lag zu lange und zu sehr brach, um einzusehen, wie gesunde Philosophie und wahre Staatsklugheit die Römer veranlaßten, die Verträge sorgfältig zu sichten, und, ohne Verletzung des Grundsatzes ihrer Heiligkeit, sie nach ihrer Wichtigkeit in der bürgerlichen Gesellschaft zu klassifiziren, diese Wichtigkeit aber zum Maasstab zu nehmen, wornach einigen neben ihrer natürlichen Verbindlichkeit auch eine bürgerliche und ein Klagrecht beigelegt, andere aber auf erstere jedoch mit der gesetzlichen Wirksamkeit beschränkt wurden, daß der Contract und die Actio nie das spätere natürliche Vertragsrecht aufheben, daß vielmehr dieses als Exception und Schutzwehr gegen die zwar civilrechtliche aber unbillige Klage gebraucht, und letztere dadurch unkräftig gemacht werden konnte.

Als man aber mit jenem Studium neuerer Zeit zu dieser Einsicht gelangte, hatte der teutsche Grundsatz: jeder Vertrag erzeuge ein Klagrecht, schon so tiefe Wurzeln gefaßt, und gilt nun für so allgemein wahr, daß man es kaum wagen darf, hierüber eine andere Ansicht zu haben.

Der Römer faßte, wie es mir scheint, die Lehre von den Verträgen gleich auf der praktischen und gemeinnützigen Seite; der Teutsche hingegen blieb bei dem Grundsatz ihrer allgemeinen Verbindlichkeit stehen, führte diesen, ohne sie einzeln nach ihrer eigenen Natur und größeren Nützlichkeit durch gesetzliche Form auszuscheiden, bei den Gerichten gerade Wegs ein, und öffnete dadurch, zum Nachtheil seiner Mitbürger, der Streit- und Prozeßsücht Thüre und Angel.

68) Daher wurde auch die Klage aus einem bloßen Vertrag actio oder conditio ex moribus genannt.

Daraus entstand eine unwillkürliche Inkonsequenz. Man fand nämlich die römischen Bestimmungen bei den meisten Verträgen, mit Ausnahme der Verbal- und Litteral-Contracte, so vernünftig und allgemein anwendbar, daß man jene annahm, dagegen aber die eigene Contractform, worauf sie beruhen, verwarf. Man folgte z. B. bei den Realcontracten dem Rechtsfay: daß sie nur nach Uebergabe der Sache vollendet sind, daß also vor wirklicher Hinterlegung der Sache der Contract nicht bestehe, noch die actio depositi statt finde. Aber man nahm zugleich nach dem teutschen Princip an, daß schon das Versprechen, zu hinterlegen, zu leihen, zu verpfänden, verbindlich sey und ein Klagrecht bewirke. Man mußte ferner nach diesem Grundfay bei den unbenannten (synallagmatischen) Contracten deren Rechtsverbindlichkeit noch vor Erfüllung des Versprechens von einer Seite, oder vor Uebergabe der Sache behaupten, da doch schon nach ihrer Natur der, welcher etwas geben oder thun soll, sich nicht eher verpflichten will, als bis der andere das gegeben oder gethan hat, woraus seine Leistungs-Verbindlichkeit hervorgeht. Dem praktischen Stryk<sup>69)</sup> entgegen, diese Inkonsequenz nicht, und er suchte ihr durch ein besonderes Interesse des anderen an Erfüllung des Vertrags zu begegnen, in dessen Ermanglung jeder Contract die Neue zulasse<sup>70)</sup>. Allein gerade, weil es bei einseitigen und wohlthätigen Verträgen an diesem Interesse gewöhnlich fehlt, so legten die Römer dem bloßen Versprechen keine Verbindlichkeit bei. Man fühlt auch schon den großen Unterschied zwischen dergleichen bloßen Verträgen und zwischen Realcontracten, noch ehe man den wenigen Nutzen und die Entbehrlichkeit der ersten aus Erfahrung lernt. Daher begründet noch jetzt das bloße Pfandversprechen

---

69) in Usu moderno p. 276.

70) ebendaf. quum exceptio, tua non interest, omnem agentem repellat.

kein Pfandrecht, wenn nicht mit dem Vertrag zugleich die Sache verpfändet wird <sup>71)</sup>.

Und dennoch muß man nach dem deutschen Prinzip die Verpflichtung aus allen Verträgen künftiger Leistungen (*pactis de futuro*) behaupten <sup>72)</sup>, ungeachtet sie in der Regel wenig oder kein Interesse gewähren, und ihre Erfüllung so sehr von Zeit und Umständen abhängt, daß die Erzeugung derselben meistens ungerecht ist, daß auch, wenn irgendwo, gewiß hier die *clausula: rebus sic stantibus* am rechten Ort steht.

So halten nicht weniger manche einen Vertrag in unbestimmten Ausdrücken, oder ein Versprechen nach Möglichkeit, oder nach Gelegenheit, für verbindlich. Das Preussische Gesetzbuch <sup>73)</sup> verordnet sogar: „Zit aber die Verbindlichkeit „an sich bloß durch Vertrag erst begründet worden, und an „diesem die Erfüllung in dergleichen unbestimmten Ausdrücken „versprochen; so hängt die Zeit derselben von der Bestimmung „des Verpflichteten lediglich ab. In diesem letzteren Fall, in- „gleichen wenn die Zeit der Erfüllung der Willkür des Ver- „pflichteten ausdrücklich überlassen ist, findet die Anstellung ei- „ner Klage darauf erst nach dem Tode des Verpflichteten statt.“

Dagegen nimmt das römische Recht keine Verbindlichkeit da an, wo die Erfüllung der Willkür des Verpflichteten anheim gestellt ist, aus dem einleuchtenden Grund, weil dieser bis an sein Lebensende diese Erfüllung nicht wollen, oder doch die Nichterfüllung mit seiner Lage entschuldigen kann. Nach

71) Harpprecht Resp. 92. n. 202. folg. Hofacker print. jur. civ. T. II. §. 1175.

72) Dieß nahm auch der sonst so hellsehende aber dem römischen Recht abhold Thomasius in not. ad Pand. L. 11. T. 14. an.

73) I. Eh. Vier Tit. §. 237. 238.

74) I. 8. D. de O. et A. l. 108. §. 1. D. de V. O. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

seinem Tode aber findet die Anstellung einer Klage aus einem solchen Versprechen um so weniger statt, da sie gegen den Lebenden unwirksam war, es also auch gegen die Erben seyn muß, auf die keine andere Verbindlichkeit übergeht, als die der Erblasser hatte, nämlich eine Verbindlichkeit, mit der Befugniß die Zeit ihrer Erfüllung selbst zu bestimmen.

So wenig sich also darthun läßt, daß die römischen Contracte heut zu Tag nur als Verträge in Betracht kommen, und darum entbehrlich seyen, weil letztere ohne Unterschied ein Klagrecht bewirken, so unrichtig ist es auch, die Eintheilung der Klagen in actiones b. f. und stricti juris deswegen für überflüssig zu halten, weil jetzt alle Verträge bonae fidei, folglich die daraus entstehenden Klagen es auch seyen. Denn dieser Behauptung liegt der falsche Satz zum Grund: als hätten die actiones b. f. ihre Eigenschaft von den prätorischen Formeln ex bona fide, ex bono et aequo etc. erhalten <sup>75</sup>). Nur die Benennung, nicht jene Eigenschaft, verdanken diese Klage der Formel. Die bona fides lag schon in der Natur des Contracts, der ein billiges Recht begründete, und nach der Billigkeit interpretirt werden mußte.

Jene prätorische Formel war die Wirkung und nicht die Ursache der bona fides. — Auch will man die Aufhebung dieses Unterschieds von Actionen mit dem jüngsten Reichsabschied von 1654 §. 179. beweisen, welcher das Darlehen als Contract des strengen Rechts in einen Contract der Billigkeit (bonae fidei) verwandelt habe. Allein dieser Paragraph, und vorzüglich der §. 139. des Reichsdeputations-Abschieds von 1600. wollten von dem Darleiber bloß den Schaden aus dem Zahlungsvorzug des Schuldners abwenden, und erlaubten ihm

---

75) Hieron gieng J. H. Boehmer aus in doct. de Act. T. 1. c. 3. §. 49. und glaubte, daß mit Aufhebung des Formularrechts auch die Eintheilung der Klagen in act. b. f. und stricti juris aufgehoben sey. Dieß schrieb und lehrte man blindlings ihm nach.

entweder Verzugszinsen oder sein ganzes Interesse zu fordern. Letzterer fordert nämlich:

„daß in contractibus mutui, um die Partheien in puncto liquidationis an dem kaiserlichen Kammergericht des langweiligen Prozesses zu entheben, der Schuldner, wenn er in mora restituendi pecuniam mutuatam ist, seinen Gläubiger von derselben Zeit an (der Vermuthung halber, daß der Gläubiger sein Geld von solcher Zeit an anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten von 100 fünf wohl haben möge.) das Interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig sey, — oder aber, da dem Creditor solche fünf Gulden (statt des Interesse a tempore morae) nicht annehmlich, sondern es vermögen wollte, tam ex mora cessante quam damno emergente ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganzes Interesse zu deduciren, gebühlich zu liquidiren, und zu bescheinigen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten, unbenommen seyn soll.“

Wenn auch der Schuldner aus den gesetzlichen Gründen seinem Gläubiger, dem er das Capital zur bestimmten Zeit nicht zurückzahlt, den Schaden aus seiner Saumseligkeit zu vergüten, oder das Interesse mit 5 Procent zu leisten hat, falls dem Gläubiger daran genügt; so folgt doch hieraus keineswegs die Umschaffung des Darlehens in einen Contract der Billigkeit (b. f.) sondern höchstens eine Gleichstellung jenes mit diesem in Ansehung der Verzugszinsen, ohne daß übrigens die streng rechtliche Natur des contractus mutui aufgehoben worden wäre. Ja genau genommen verordnet das Gesetz nicht einmal eine völlige Gleichstellung, da es die Annahme der Verzugszinsen von 5 Procent, womit sonst bei contractibus b. f. der Gläubiger zufrieden seyn muß, diesem nicht zur Pflicht macht, sondern ihm (nachdem es den Ersatz seines Interesse mit wenigstens 5 vom Hundert nach der Analogie der Zinsen für billig erachtet hatte) dennoch erlaubt, sein Interesse, wenn er mehr fordern zu können glaubte, weiter zu deduciren und zu liquidiren.



Der Darleiher darf daher sein Interesse ex mora zu 5 Procent, oder auch höher anschlagen, und der Richter ist schuldig, wenn jener den höheren Anschlag beweisen und liquidiren kann, darauf zu sprechen. Dies findet auch statt, der Darleiher mag sich nun die Heimzahlung des Capitals nebst Zinsen zu einer gewissen Zeit bedingen, oder dasselbe auf bloße Aufkündigung verzinslich geliehen, und der Schuldner in einem oder dem andern Fall nicht bezahlt haben, wo dann das Interesse des Gläubigers ex mora des Schuldners entweder mit denselben Zinsen, oder nach einem höheren Anschlag eintritt.

Man wende nicht ein: der §. 174. des Reichs-Deputations-Abschieds hätte gegen die frühere Verordnung des Reichs-Deputations-Abschieds das Interesse des Gläubigers aus dem Verzug geradehin auf 5 Procent gesetzt. — Dies ließe sich hören, wenn der Anfang des Paragraphen nicht bloß von versprochenen oder bedungenen Zinsen redete, in den Worten:

„anreihend, die künftigen Zins und Interesse sollen von  
 „nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinnsen,  
 „oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen,  
 „jedoch nach Ausweisung der Reichskonstitutionen und wei-  
 „ter nicht als 5 Procent alle und jede Jahre in vergliche-  
 „nen Terminen unfehlbar bezahlt, und im Fall des Säum-  
 „sals auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam  
 „executionem wider den Schuldner verfahren werden.“

Er redet ferner nur von der Säumsal in Bezahlung der versprochenen Zinsen, was auch schon die Worte; daß nach Ausweisung der Reichskonstitutionen re. anzeigen. Von nicht versprochenen, das heißt von Verzugszinsen, ist in dem ganzen §. nicht eine Sylbe enthalten. Er beweist daher für den obigen Satz nichts <sup>76)</sup>, und der §. 139 des Deputations-Abschieds, der hier weit eber angeführt zu werden verdient, schafft das Darlehen so wenig in einen Billig-

76) Und doch berufen sich so viele Rechtslehrer auf ihn.

keitsvertrag um, daß er vielmehr nur dem Gläubiger freistellt, um durch den morosen Schuldner nicht in Schaden zu kommen, entweder das liquidirte Interesse zu fordern, oder mit den gewöhnlichen Zinsen von 5 Procent vorlieb zu nehmen.

Wenn sich aber auch darthun ließe, daß das mutuum zu einem contractus b. f. gesetzlich umgeschaffen worden sey; so wäre damit die Aufhebung aller Contracte des strengen Rechts keineswegs dargethan. Denn niemand wird läugnen, daß täglich solche verbindliche Rechtsgeschäfte vorkommen, welche die Römer *undenannte Contracte* hießen. Diese waren aber *contractus stricti juris*, mit Ausnahme des Tausch- und des ästimatorischen Contracts §. 28. J. de Act., und sie lassen ihrer Natur nach keine besondere Billigkeit zu, sondern fordern bloß, daß der eine Contractent leiste, wenn er den andern sich verbindlich machen, oder von ihm geleistet haben will, als worin das strictum jus dieser Contracte besteht. Die Anwendung einer Billigkeit bei derselben wäre *aequitas cerebrina* und ungerecht. Verlassen wir also hierin die römischen Rechtsbestimmungen, so handeln wir abermals inconsequent. Denn gesetzt: es würde heut zu Tag jemand auf einem synallagmatischen oder unbenannten Contracte belängt, so könnte kein Richter den Beklagten anhalten, die versprochene Sache zu geben, oder das zugesagte Factum zu leisten, so lange der Kläger dies seiner Seite nicht gethan hat. Vielmehr müßte er sprechen: Noch zur Zeit findet die Klage nicht statt; wo es daran von dem Kläger abhängt, ob er sein Versprechen erfüllen, oder davon abgehen will, was der andere nicht hindern kann, da er ihn durch Leistung von seiner Seite noch nicht verbindlich gemacht hat. Diese Sätze sind so einleuchtend, daß die Behauptung: jeder Vertrag als solcher erzeuge eine Civilobligation und ein Klagrecht, kaum begreiflich wird. Wären unsere Gerichte nicht mit des römischen Rechts kundigen Männern besetzt, so würden diese bei angebrachten Klagen aus Verträgen, wovon weder diese noch jene benannt werden, nicht selten in Verlegenheit kommen; so aber entscheiden sie, gleichsam aus Takt, nach römischen

Rechtsbestimmungen, in allen den Fällen, wo der Contract, oder die Klage, hätte benannt werden können.

Bei Rechtsfachen aus bloßen Verträgen befinden sich meistens die Advokaten recht wohl; desto schlimmer aber ihre Klienten. Jene erhalten dadurch ein weites Feld, Rechtsstreite auf Kosten dieser zu verwickeln und auszudehnen, bis zuletzt der Richter gewahr wird, daß kein gegründetes Klagrecht statt fand, und der abgewiesene Theil, wiewohl zu spät und zu seinem Schaden, eine Erfahrung macht, vor der er sicher geblieben wäre, wenn er den Vertrag, und sein daraus vermeintlich erworbenes Klagrecht, vor Anfang des Rechtsstreits nach römischen Principia hätte prüfen und beurtheilen lassen. Es war daher bei dem vormaligen Reichskammergericht eine gewiß heilsame Einrichtung, daß bei jedem dort angebrachten Prozeß die Klage bestimmt angegeben oder benannt werden mußte. Sie gewährte mannichfaltigen Vortheil; der Richter sah daraus gleich das Rechtsgeschäft, woraus geklagt wurde; der Advokat machte sich durch Aufzählung und Auswahl der Klage ganz mit den gesetzlichen Bestimmungen des Contracts, der sie erzeugte, bekannt, und, um nicht Blöße zu geben, mußte er sich in seinen Schriften zweckwidriger Digressionen enthalten, und gelangte dadurch überhaupt zu einer besseren und helleren Ansicht der Sache.

### C.) In Rücksicht auf Gesetzgebung.

Meine Absicht war bisher, aus dem römischen Recht zu zeigen, daß der Satz: aus jedem gültigen Vertrag kann geklagt werden, kein richtiger, kein praktisch-möglicher, vielmehr ein für Bürger und Staat verderblicher Satz sey; daß er in Teutschland zwar gelte, aber nicht consequent angewandt werden könne, weil man in Ermanglung teutsch-gesetzlicher Formen für einzelne Verträge meistens römischen Bestimmungen folgen muß, wenn jene nicht in einander fließen, und praktisch unbrauchbar seyn sollen. Ob mir dieses in etwas gelungen sey, und ob andere Sachkundige dieselbe römische Weisheit und Consequenz in der Lehre von Verträgen finden, wie ich, mögen dieselben entscheiden.

Da ich unsere Partikular-Gesetzgebung, z. B. die Preussische, und die neuere, für die Oesterreichischen deutschen Erblande, bei ihren sonst großen und unverkennbaren Vorzügen hierin mangelhaft finde, so will ich versuchen, einen bloßen, und wie ich wünsche nicht vergeblichen, Fingerzeig zu geben, wie man diese Lücke allenfalls ausfüllen könnte.

Man müßte nämlich für die frequenteste und nützlichste, folglich wichtigste, Verträge eigene Formen als Gränz- und Unterscheidungsstadien eines Vertrags von dem andern festsetzen, oder die römischen mit geringer Abänderung dessen, was für uns nicht paßt, ganz einheimisch machen; in Ansehung der römischen unbenannten Contrakte aber verordnen, daß, da kein vertragsschließender Theil von dem andern die Erfüllung der erhaltenen Zusage vor Leistung der gegebenen fordern könne, die Verbindlichkeit, oder das Zwangsrecht, aus dem Vertrag auch erst mit jener anfangt; daß nur von da an ein Klagrecht auf Erfüllung des Vertrags, oder wenn diese nicht zu bewirken seyn sollte, auf Leistung des Interesses gegründet sey, vorher jedoch jedem Theil frei stehe, sich dem Vertrag reuen zu lassen, oder davon abzugeben.

Verträge aber, wodurch sich nur ein Theil verbindlich macht, d. h. einseitige, haben ohnehin von dem Augenblick der Annahme des gemachten Versprechens Gültigkeit, und geben ein Klagrecht auf Erfüllung der Schuld.

Diejenigen endlich, welche ein bloß künftiges Versprechen enthalten, sollen nur in dem Fall verbinden, wenn der Promissär schon in Beziehung auf jene Zusage handelt, und der Promittent, nach der Beschaffenheit des Vertrags, oder sonst, wissen konnte, daß jener auf die Gewißheit der Erfüllung künftiger Zusage rechne, und darnach voraus handle.

In allen übrigen Fällen wäre es weder vernunftrechtlich noch billig, denjenigen, der mit dem besten Willen etwas für die Zukunft versprach, zur Erfüllung einer Zusage zu zwingen, die er, wenn er seine jetzige Lage je hätte voraussehen können, vernünftigerweise nie gemacht haben würde.

Insbefondere aber scheint es einer weisen Gesetzgebung nicht angemessen zu seyn, wenn jedem Staatsbürger freisteht, mit Klagen aufzutreten, und sein Recht, wahres und vermeintliches, willkürlich vor Gericht geltend zu machen. Das Gesetz: „jedem, der sich in seinem Recht gekränkt zu seyn erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen“<sup>77)</sup>, ist an sich richtig und gut. Nur muß man unter dieser Behörde nicht ausschließend den Richter verstehen. Ich wünschte nämlich außer denselben eine Behörde, an die man sich vorher wenden müßte, ehe man einen Rechtsstreit anfangen kann. Wer kennt nicht den großentheils unwissenden, durch Vorurtheile verblendeten und leidenschaftlichen Menschen, wer weiß nicht, wie sehr der unfriedliche Mann u. der Halbweisse zur Streitsucht geneigt, und wie dagegen der friedliche und unvermögende Bürger hart daran ist, wenn er von seinem reichen ränkevollen Gegner in ungerechte Prozesse verwickelt wird, deren Ende er kaum voraussieht, wir also dem einen seine Streitsucht und sein unbeschränktes Klagrecht, dem andern aber die Schikane seines reichen und unbilligen Gegners, und das leider langwierige Rechtsverfahren, durch mehrere Instanzen von seinem eigentlichen nützlichen Beruf entfernt, und nicht selten an den Bettelstab bringt; und wer sollte dadurch nicht überzeugt werden, daß es sehr wohlthätig und gerathen für den Bürger seyn müßte, wenn eines Theils das Klagen und Streiten vor Gericht nicht bloße Willkühr wäre, und wenn andern Theils im Fall eines wirklich gegründeten Klagrechts, das Gesetz genau die Zeit bestimmte, innerhalb welcher die Prozesse in jeder Instanz beendigt seyn müßten<sup>78)</sup>.

77) In der Oestreichischen bürgerlichen Gesetzgebung für die gesammten teutschen Erbländer. s. von Zeiler Commentar über dasselbe I. B. I. Th. 1. Hauptst. 6. 19.

78) Nach römischem Recht durfte kein Civilproceß über 3 Jahre währen l. 13. §. 1. C. de judic. nämlich in der ersten Instanz nicht über zwei, und in appellatorio nicht über ein Jahr. Nov. 49. pr. §. 1. u. princ. c. 1.

Die Einwendung: man habe es sich selbst bemessen, wenn man einen verwegenen Rechtsstreit anfange, und schon eigenes Interesse rathe es jedem, sich von Rechtsverständigen über den Grund oder Ungrund seines Klagrechts belehren zu lassen, ist von keinem Gewicht; denn der Staat muß da durch Gesetze eintreten, wo der Bürger entweder durch andere, oder durch sich selbst, Gefahr läuft, in Schaden zu kommen. Auch sind die Rechtsverständige meistens Advokaten, welche von Prozessen sich nähren, und daher keine unbefangene Rathgeber. Wenn sie es aber auch wären, so ist doch die Parthei an ihren Rath nicht gebunden.

Wichtiger und scheinbarer ist der Einwurf: daß die Rechtsverfolgung vor Gericht mit dem Recht selbst zu genau zusammenhänge, um die Befugniß zu jener von diesen trennen und dem Berechtigten entziehen zu können, als wodurch die natürliche Freiheit zu sehr beschränkt würde.

Alein man erwäge, daß Weibspersonen, selbst wenn ihre Rechte unzweifelhaft sind, ohne den Willen und die Zustimmung ihrer Pfleger nicht klagen, oder einen Rechtsstreit beginnen können<sup>79)</sup>. Warum sollte ein in dem Recht und dessen Beurtheilung unerfabrner, besonders der gemeine Mann, um vor Schaden aus unzeitigem Prozessiren zu sichert zu werden, nicht einer ähnlichen Verordnung bedürfen? Der auf seinem Recht fest haltende Römer hätte es der Entscheidung des Prätor, ob ihm eine Klage zustehende und welche? gewiß nicht überlassen, wenn die Beschränkung seiner Willkühr hierin ihm hart und unnatürlich geschiene hätte. Man darf vielmehr annehmen, daß er überzeugt von einer nur zu seinem Besten getroffenen Einrichtung

79) Weder nach römischem Recht Ulp. Fragm. T. XI. §. 4. Tutores constituuntur foeminis tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam; noch nach dem deutschen Cons. Tubing. T. II. c. 119. n. 15. Hofacker in princ. jur. civ. T. I. §. 713.

dem Ermessen derjenigen Behörde gerne sich fügte, welche eigentlich als Dienerin der Billigkeit aufgestellt, und die lebendige Stimme des bürgerlichen Rechts war.

Demnach sollte meines Erachtens jede Gesetzgebung dafür sorgen, daß dem Einzelnen nicht überlassen bleibe, aus Geschäften und Verträgen aller Art willkürlich zu klagen. Sie sollte eine Behörde aufstellen, an die man sich, wie der Römer an seinen Prätor, vorher zu wenden, ihr die Rechtsfrage mündlich oder schriftlich in Kürze vorzulegen, und von ihr die Entscheidung zu erwarten hätte: ob diese zur Verfolgung auf dem Rechtswege sich eigne? Um das Klagrecht desto mehr zu sichern, dürfte diese Behörde nicht gerade in etner Person, aber auch in nicht mehr als drei nach Wissen und Charakter vorzüglichen Männern bestehen; in zweifelhaften Fällen müßte sie alles anwenden um einen Vergleich zu bewirken; falls dieses aber mißlänge, müßte von ihr die Klage freigestellt werden. Uebrigens sollte das Klagen niemals — gänzlich, sondern immer nur mit dem Beisatz untersagt werden, daß bei dennoch angefangenem und verlorbnem Prozeß die muthwilligen Streiter die gesetzliche, etwas hoch zu bestimmende, Fiscal- oder auch Gefängnißstrafe, unausbleiblich treffen würde.

Hiedurch könnte ohne Zweifel der äußern schädlichen Streit- sucht begegnet, und eine Menge frivoler Prozesse, welche durch das, in der Absicht zu prozessiren, so häufig nachgesuchte und erhaltene Armenrecht entstehen, niedergeschlagen werden. Den bestehenden Gerichten würde die Zeit zur Erledigung gegründeter Klagen nicht geraubt, der friedliche Bürger würde im ruhigen Genuß seiner Rechte gelassen, gegen Geringschätzung und Nichtanerkennung derselben durch Mächtige und Reiche sicher gestellt, und überhaupt mehr Achtung für Recht erzeugt. Endlich möchte hieraus auch das Gute entstehen, daß die Advokaten ihren hohen Beruf und die Würde ihrer Wissenschaft lebhafter fühlen, und diese nie der Epikane, sondern einzig und allein der sorgfältigen Entwicklung und lichtvollen Darstellung des Rechts ihrer Klienten, Preis geben würden.