

Werk

Titel: Archiv für die civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1865

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1865_0048|log18

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

XIII.

Die Specification.

Von *Fitting*.

(Schluß der Abhandlung Nr. I und VII.)

III.

Die Behandlung der Specification im Justinianischen Rechte.

47. Um für die Beurtheilung des Justinianischen Rechtes in dieser Lehre den richtigen Standpunkt zu gewinnen, müssen wir von folgender allgemeineren Betrachtung ausgehen.

Justinian verfolgte bei seinen Digesten die Absicht, sämtliche Aussprüche und einzelne Entscheidungen der klassischen Juristen, soweit sie für die Gegenwart noch brauchbar, in einer übersichtlichen und Jedermann zugänglichen Form zu sammeln. Dabei sollte einerseits auf möglichste Vollständigkeit gesehen und nicht leicht ein noch anwendbarer Satz übergangen⁷⁴⁾, anderseits aber doch auch jede Wiederholung thunlichst vermieden werden.⁷⁵⁾ Vor allen Dingen aber wollte Justinian alle Widersprüche entfernt und alle Streitfragen der alten Juristen beigelegt wissen, auf daß alles in harmonischem Einklang stehe.⁷⁶⁾

Gleichwohl wird es wenige Lehren geben, in denen nicht die Spuren von Meinungsverschiedenheiten der römischen Ju-

74) L. 2 § 1, 16, 17 C. de vet. iure enuel. 1, 17 vbb. L. 1 § 2, 4, 5 C. eod.

75) L. 1 § 4, 7, 9, L. 2 pr., § 10, 14 C. eod.

76) L. 1 § 4, 8, L. 2 pr., § 1, 10, 11, 15, 21 C. eod.

risten auch in den Digesten noch erkennbar wären, und in denen man nicht bei genauerer Betrachtung auf eine Anzahl von Stellen stieße, die im Sinn ihrer ursprünglichen Verfasser von ganz abweichenden Grundanschauungen aus geschrieben sind, so daß eine consequente Verfolgung dieser Gedanken zu völlig auseinanderlaufenden Einzelentscheidungen hinführen müßte. Sind das nun alles bloß Versehen und Nachlässigkeiten Tribonian's und seiner Gehülfen? Ich glaube es nicht.

Man wollte allerdings nur die noch unmittelbar anwendbaren Aussprüche sammeln, dabei sollte aber zugleich, aus ehrender Rücksicht gegen die römischen Juristen, die ursprüngliche Fassung möglichst geschont und beibehalten werden.⁷⁷⁾ So war es denn gar nicht zu umgehen, daß manchmal, etwa in Gestalt eines beigefügten Entscheidungsgrundes oder zur Wahrung des sprachlichen Zusammenhanges, Anflänge an alte Streitfragen in die Digesten hereingenommen wurden.⁷⁸⁾ Man suchte dies aber offenbar gar nicht einmal besonders ängstlich zu vermeiden, indem dergleichen häufig auch da vorkommt, wo es sich sehr gut und leicht hätte ausmerzen lassen. In der That war ein ängstliches Verfahren nach dieser Richtung nicht erforderlich.

Justinian hatte schon bei Ertheilung des Auftrages zur Abfassung der Digesten jede wissenschaftliche Bearbeitung derselben ausdrücklich verboten,⁷⁹⁾ und bei Verkündung des fertigen Werkes wurde dieses Verbot strengstens wiederholt unter Androhung der Strafe der Fälschung für den Fall der Uebertretung.⁸⁰⁾ Man sollte über die Gesetze nicht „räsonniren“, sondern sich lediglich an deren praktische Spitze halten und nach den inneren Gründen, die, wie man glaubte, bloß den Gesetzgeber angingen, nicht weiter fragen. War der Fall, der dem Richter gerade vorlag, in den Gesetzen unmittelbar entschieden,

77) L. 2 § 10, 14 C. eod.

78) Bgl. L. 2 § 14 C. eod. verb.: „et in his partibus, in quibus perfectissime visiones veterum expositae fuerant, quod particulatim in eas fuerat sparsum, hoc dividere ac separare penitus erat incivile, ne tam sensus, quam aures legentium ex hoc perturbentur.“

79) L. 1 § 12 C. eod.

80) L. 2 § 21 C. eod.

so sollte unbedingt diese Entscheidung angewendet werden. fand sich keine solche Entscheidung, und erschienen auch die allgemeinen Regeln über die betreffende Lehre, wie sie in den Institutionen oder in einigen Hauptstellen allgemeineren Inhaltes zu lesen waren, dem Richter nicht ausreichend: so sollte er sich an den Kaiser wenden, welcher für derartige Fälle die Entscheidung nach der Analogie der bestehenden Gesetze zu geben versprach.⁸¹⁾ Desgleichen sollten Zweifel über den Sinn einzelner Gesetzesstellen dem Kaiser zur Entscheidung vorgelegt werden.⁸²⁾

Bei solchen Vorschriften und Grundsätzen war es natürlich sehr unverfänglich, Stellen aus den verschiedensten Anschauungskreisen heraus in die Digesten aufzunehmen und die Verschiedenheit dieser inneren Anschauung gar nicht einmal zu verdunkeln und zu verwischen, sofern nur das praktische Ergebnis jeder Stelle zu dem allgemeinen Standpunkte paßte, den man selbst in der Lehre eingenommen hatte. Denn man darf nicht etwa glauben, daß die Compiler selbst zwischen den verschiedenen Anschauungen, denen sie in der klassischen Literatur begegneten, haltlos hin- und hergeschwankt und die Aufnahme jeder Stelle jedesmal nur nach einem gewissen unbestimmten praktischen Takte ohne Rücksicht auf den inneren Zusammenhang mit den übrigen Theilen der Gesetzgebung bemessen hätten. Auf einer so niedrigen wissenschaftlichen Stufe standen diese Männer nicht; zudem war von Justinian ausdrücklich geboten, daß überall „una concordia, una consequentia“ sein solle,⁸³⁾ und es bedurfte schon eines festen Anhaltspunktes für die Entscheidungen, welche der Kaiser bei Lücken und Zweifeln sich vorbehalten hatte.

Die Compiler machten sich daher in jeder Lehre vor allem schlüssig über den principiellen Standpunkt, den man verfolgen wollte, und nahmen in der Regel nur solche Stellen in die Sammlung auf, deren praktisches Ergebnis mit dem angenommenen Principe vereinbar war. Jener Standpunkt wurde

81) L. 2 § 18 C. eod.

82) L. 2 § 21 in fin. C. eod.

83) L. 1 § 8 C. eod.

aber gewöhnlich in den Institutionen, wo dafür in der That der beste und passendste Platz war, oder in einigen grundlegenden Hauptstellen über die Lehre dargelegt. Der tüchtige Richter konnte sich danach in den meisten Fällen selber helfen, auch wenn sich kein unmittelbar verwendbarer gesetzlicher Ausspruch fand, und wenn der minder tüchtige an den Kaiser berichtete, so war diesem für seine Entscheidung die nöthige Handhabe gegeben.

Es erhellt, daß man, um die allgemeinen Anschauungen zu ermitteln, wovon das Justinianische Recht in jeder einzelnen Lehre ausgeht, theils und hauptsächlich auf die Darstellung in den Institutionen und jenen allgemeineren Hauptstellen, theils auf sämtliche einzelnen in die Lehre einschlagenden Entscheidungen Acht haben muß. Diejenige Anschauung wird als die richtige angesehen werden dürfen, womit nicht nur jene allgemeinen Äußerungen übereinstimmen, sondern die sich zugleich mit allen oder doch den meisten Einzelentscheidungen vereinigen läßt, — ich sage, mit den meisten, denn es ist nicht zu zweifeln, daß manche besondere Stellen mit der bewußten Absicht einer Singularität aufgenommen worden sind. Auch ist begreiflich genug, daß bei einem so weit angelegten Plane manche Versehen nicht ausbleiben konnten, macht doch Justinian selbst wiederholt darauf aufmerksam, daß bei der Unzulänglichkeit der menschlichen Kräfte nicht jedes Versehen habe vermieden werden können.⁸⁴⁾ Indessen sind, wie ich glaube, derlei Versehen ungleich seltener, als man gewöhnlich anzunehmen pflegt.

Uebrigens darf, wenn man die einzelnen besonderen Stellen zu dem angegebenen Zwecke betrachtet, wie schon gesagt, zunächst und vornehmlich nur auf deren unmittelbares praktisches Ergebnis und nicht auf den etwa noch vorfindlichen Entscheidungsgrund des ursprünglichen Verfassers Gewicht gelegt werden. Stimmen jene praktischen Ergebnisse sämtlicher oder doch der weitaus meisten Stellen mit einem gewissen Principe überein, welches sich etwa auch in den Institutionen und den in die Digesten aufgenommenen allgemeineren Hauptstellen findet, und

84) Vgl. L. 2 § 14, 16 C. eod.

läßt sich etwa gar das Dasein dieses Principes schon im klassischen Rechte nachweisen, vielleicht wahrscheinlich machen, daß es bereits am Ausgange der klassischen Zeit in Theorie und Praxis die Oberhand gewonnen hatte⁸⁵⁾: so dürfen wir es getrost als das von den Compilatoren befolgte anerkennen, ohne uns durch abweichende Aeußerungen einzelner Stellen, deren ursprüngliche Verfasser auf einem anderen Standpunkte standen, stören oder irre machen zu lassen.

Diese Grundsätze enthalten denn auch im ganzen nichts neues; es sind vielmehr dieselben, welche im wesentlichen schon bisher — wiewohl vielleicht nicht immer bewußt und folgerecht genug — bei der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher angewendet worden sind.

48. Treten wir nun mit diesen Grundsätzen insbesondere an die Specificationslehre heran, so kann es, wie mir scheint, gar keinem Zweifel unterliegen, daß die früher (Nr. 33 ff.) geschilderte zweite Auffassung der Mittelmeinung es ist, auf deren Seite sich die Justinianische Gesetzgebung gestellt hat. Denn nicht nur ist die Hauptstelle der Digesten über die Specificationslehre: L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 den *res quotidianae* des Gaius entnommen, eines Juristen, der, wie wir gesehen haben, ganz entschieden, und zwar gerade in dieser Stelle, jene zweite Auffassung bekannte, sondern auch die Darstellung in § 25 I. de R. D. 2, 1 ist aus derselben Stelle des Gaius geschöpft. Freilich hat die Stelle in den Institutionen Veränderungen erlitten, um so mehr fällt aber ins Gewicht, daß sie in dieser veränderten und also von den Compilatoren herrührenden Gestalt jene Auffassung noch viel entschiedener und unzweideutiger, als in der ursprünglichen, enthält. Am Anfange der Institutionenstelle heißt es nämlich, es sei bei Specifications-

85) Vgl. L. 1 § 10 C. eod. Daß wir jedoch nicht immer bei den Anschauungen stehen bleiben dürfen, die sich schon bei den klassischen Juristen vorfinden, sondern daß die Compilatoren mitunter auch ganz neuen selbstgebildeten Gesichtspunkten folgten, ergibt sich aus L. 2 § 15 C. eod. verb.: „sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.“

fällen die Frage, wer der Eigenthümer der nova species sei, „utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit.“ In diesem „fuerit“ liegt schon die Andeutung, daß durch jede Specification mit der verarbeiteten Sache auch das daran bestandene Eigenthum untergehe. Noch bestimmter aber wird dies in folgendem späteren Satze gesagt:

et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit.“

Hier ist ausdrücklich ausgesprochen, daß der Untergang des früheren Eigenthums auch bei rückführbarer Specification anzunehmen sei, ein Satz, der sich auf dem Boden der Mittelmeinung, wie früher gezeigt, nur mit deren zweiter Auffassung verträgt.

49. Dazu kommt nun aber noch ein völlig entscheidender, gleichfalls aus § 25 I. cit. herzunehmender Beweis, weshalb wir wenigstens dem Justinianischen Rechte diese Auffassung unterstellen müßten, selbst wenn sie bei den klassischen Juristen gar nicht vorfindlich wäre. Die Stelle schließt nämlich mit folgendem Satze:

Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

Also, wenn Jemand eine nova species zum Theil aus eigenem, zum Theil aus fremdem Stoffe herstellt, dann soll er allemal und ohne weitere Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit das Eigenthum der nova species erhalten, und zwar weil er hier nicht bloß die Arbeit zu der nova species hergegeben, sondern auch noch einen Theil des andern, stofflichen Elementes derselben geliefert hat. Wenn schon die Entscheidung

selbst ersichtlich nur mit der zweiten Auffassung der Mittelmeinung zu vereinigen ist, so gilt dies noch viel mehr von dem beigefügten Entscheidungsgrunde. Denn die Erwägung, von welcher offenbar der Kaiser geleitet wird, daß derjenige, von dem nicht nur die Arbeit, sondern auch noch ein Theil des Stoffes herrühre, jedenfalls das überwiegende Theil der nova species hinzugegeben und daher unter allen Umständen auf deren Eigenthum den stärkeren Anspruch habe, — diese Erwägung konnte natürlich nur aus einem Standpunkte hervorgehen, welcher überhaupt das Eigenthum einer nova species allemal mit Rücksicht darauf bestimmte, von wem das hauptsächlichere und überwiegende Theil derselben hergekommen sei.

Die Stelle zeigt übrigens, daß die zweite Auffassung der Mittelmeinung bei Justinian doch eine etwas andere Färbung und Schattirung hat, als bei den klassischen Juristen. Diese hatten immer nur danach gefragt, welches der beiden Elemente, Stoff oder Arbeit, in der nova species jedesmal als das überwiegende zu betrachten sei, und ich glaube daher, daß sie auch bei Verarbeitung eigenen und fremden Stoffes auf die Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit die gewöhnliche Rücksicht nahmen. Bei Justinian aber stellt sich die Frage nicht mehr dahin, wer das jedesmal überwiegende dieser beiden Elemente, sondern dahin, wer im ganzen und alles in allem genommen das überwiegende Theil der nova species geliefert habe. Nur mit diesem Gesichtspunkte konnte man zu der besonderen Behandlung der Specification theils eigenen, theils fremden Stoffes gelangen.⁸⁶⁾

50. Ich bin bei der Auslegung der Stelle von dem Eindruck ausgegangen, den sie auf jeden unbefangenen Leser machen muß. Dennoch fehlt viel, daß sie allgemein anerkannt wäre. Läßt

86) Der ausreichende Beweis des gedachten Unterschiedes dürfte darin liegen, daß sich in den Digesten keine Stelle findet, welche von dem naheliegenden Falle der Specification theils eigenen, theils fremden Stoffes handelt (daß in L. 5 § 1 de R. V. 6, 1 und L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1 keine solchen Stellen zu erblicken sind, wird unten gezeigt werden), — ohne Zweifel deswegen, weil in der klassischen Literatur nirgends die von Justinian beliebte Entscheidung vertreten war.

sich auch eine ziemliche Anzahl von Stimmen aus älterer und neuerer Zeit dafür namhaft machen,⁸⁷⁾ so findet sich doch schon in der Glosse die gegentheilige Ansicht, wonach es auch bei Verarbeitung eigenen und fremden Stoffes auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit der nova species ankäme, und dieser Ansicht sind viele spätere, namentlich die neuesten Schriftsteller gefolgt, so daß sie gegenwärtig wohl geradezu als die herrschende bezeichnet werden muß.⁸⁸⁾

Justinian soll also in dem Schlusssatze des § 25 I. cit. auch nur den Fall vor Augen gehabt haben, wo keine Zurückführung in die alte Gestalt mehr möglich ist, und dies soll sich theils aus inneren Gründen, theils aus den gewählten Beispielen — sämtlich Fällen nichtrückführbarer Specification —, theils endlich aus L. 5 § 1 de R. V. 6, 1, L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1 ergeben, welche einer Beziehung der Stelle auch auf die rückführbare Specification widerstrebten.

51. Hiegegen erhebt sich vor allen Dingen das Bedenken,

87) Vgl. z. B. Duaren in tit. D. de acq. rer. dom. cap. VI in fine, Meier Coll. Argent. XLI, 1 § 30 Nr. XI, Voet Comm. ad Pand. XLI, 1 nr. 21, Stryk Usus modern. XLI, 1 § XXIV, Thibaut Syst. des Pand. R. 8. Ausg. § 743 a. G., Wening-Ingenheim Lehrb. 5. Aufl. § 129, Seuffert Erörterungen II S. 18, W. Sell Versuche I S. 212, Schrader ad § 25 I. de R. D., Schilling Institut. II § 159 bei Note g, Mühlbruch Lehrb. §. 248 (s. aber Note 3), Madai daselbst, Göschen Vorl. § 247 II Nr. 4, Keller Vorl. §. 142 Nr. 2, Mackeldey's Lehrb. des röm. Rechts 14. Ausg. von Friß §. 243. Noch andere Schriftsteller werden bei Bangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 566 Nr. 1) angeführt.

88) Vgl. glossa „dominum“ ad § 25 in f. I. de R. D., ferner z. B. Vinnius ad § 25 I. de R. D. Nr. 6, wo diese Ansicht als die communis interpretum sententia hingestellt wird, Struv Syntagma Exerc. XLI § 38, Müller ibid. in nota d, Lauterbach Colleg. XLI, 1 § 86, Puchta Pand. § 163 Note b und Vorl. zu § 163 a. G., Senteniz Pract. Civilr. § 50 bei Note 16, Bangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 566 Nr. 1), Schmid Handbuch I S. 170 bei Note 11, R. Sell Dingl. Rechte I S. 98, Seuffert Pract. Pand. R. § 131 Note 4, Scheurl Beiträge I S. 285, Böcking Pand. II § 154 vgl. § 152 d'—e' (S. 152 f.), Arndts Pand. § 155 Anm. 2, Windscheid Pand. § 187 bei Note 4 und diese Note selbst. Weitere Anhänger dieser Ansicht werden von Bangerow a. a. D. genannt.

daß nach dieser Anschauung jener ganze Schlusssatz völlig müßig und überflüssig erscheinen muß; denn nachdem Justinian gerade vorher gesagt hatte, daß das Eigenthum einer nicht in die frühere Gestalt zurückführbaren *nova species* dem Specificanten zufalle, selbst wenn sie ganz aus fremdem Stoffe gefertigt sei: so bedurfte es doch wohl für den blödesten Schülerverstand keiner weiteren Bemerkung, daß das nämliche auch dann gelten müsse, wenn der Specificant außer dem fremden auch eigenen Stoff verwendet habe. Aber noch mehr. Der Satz ist nicht allein überflüssig, sondern ist sogar recht geeignet, den Leser zu verwirren und den Gedanken des Kaisers zu verdunkeln. Denn so, wie er lautet, und namentlich nach dem beigefügten Entscheidungsgrunde, der nicht bloß auf die nichtrückführbare, sondern auch auf die rückführbare Specification zu passen scheint, kann man nur zu leicht verleitet werden, die Entscheidung auch auf die rückführbare Specification auszudehnen. Was konnte also die Verfasser der Institutionen, welche doch sonst Geschick und Umsicht bewiesen haben, dazu bestimmen, den Satz, der überdies ganz gewiß erst von ihnen herrührt, in die Institutionen aufzunehmen!

Ganz anders, wenn man annimmt, daß die Entscheidung der Stelle gleichmäßig die rückführbare, wie die nichtrückführbare Specification umfassen solle. Jetzt erscheint die Stelle eben so nöthig, als sie nach der andern Ansicht überflüssig war. Zugleich kommt sie jetzt erst mit dem vorhergehenden in einen genügenden inneren Zusammenhang. Denn es bedarf doch kaum einer Bemerkung, wie seltsam der Gedankengang sein würde, welchen jene Ansicht genöthigt ist, dem Kaiser unterzuschieben. „Wenn Jemand aus fremdem Stoff eine *nova species* macht“, soll er gesagt haben, „so ist zwar fraglich, wem deren Eigenthum gebühre, es ist aber richtiger, dasselbe bei Rückführbarkeit dem Stoffeigenthümer, bei Nichtrückführbarkeit dem Verfertiger zuzusprechen. Wenn dagegen Jemand theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoff eine *nova species* herstellt, so ist kein Zweifel, daß dann der Specificant Eigenthümer wird, weil er nicht bloß seine Arbeit, sondern auch einen Theil des Stoffes hergegeben hat, aber — doch selbstverständlich nur, wenn auch

hier die *nova species* nicht auf die frühere Gestalt zurückführbar ist.“ Ein solcher Gedankengang verurtheilt sich, dünkt mir, von selbst.

Sehr einfach und natürlich erscheint dagegen alles, sobald man den letzten Theil der Stelle ohne Unterschied auf jede, auch die rückführbare Specification bezieht. Und zwar ist der Zusammenhang der Stelle, wie er sich hienach gestaltet, schon oben (Nr. 49) entwickelt worden.

Es ist nun freilich richtig, daß sämtliche im Schlusse der Stelle benutzten Beispiele von Fällen nichtrückführbarer Specification hergenommen sind, allein dies muß als etwas ganz und gar zufälliges angesehen werden. Der Kaiser hatte so bestimmt ausgesprochen, daß, wenn Jemand aus eigenem und fremdem Stoff eine *nova species* mache, in diesem Fall stets der Specificant Eigenthümer werde („quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, — — dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit“), daß er in der Auswahl der Beispiele nicht mehr ängstlich zu sein brauchte.

52. Könnte aber überhaupt noch ein Zweifel über den Sinn der Stelle bleiben, so müßte er verschwinden gegenüber der Darstellung des Theophilus, der als Mitverfasser der Institutionen am besten wissen mußte, was man in § 25 I cit. hatte sagen wollen. Theophilus geht, wie die Institutionen, von dem Fall aus, wenn Jemand blos fremden Stoff specificirt. Er sagt, daß es hier fraglich sei, wem nach der *naturalis ratio* das Eigenthum der *nova species* gebüre, erzählt den Streit und die Meinung der Sabinianer und Proculianer und erklärt endlich die Mittelmeinung, welcher Justinian gefolgt sei, und wonach das Eigenthum bei Rückführbarkeit der *nova species* dem Eigenthümer des Stoffes, bei Nichtrückführbarkeit dem Specificanten zufalle. „Dieses gilt nun“, so schließt er, „wenn der ganze Stoff ein fremder war.“ „Wenn ich dagegen“, so geht er scharf absetzend auf den neuen Fall über,⁸⁹⁾

89) Die Absicht des Theophilus, den Fall als einen ganz neuen zu dem vorigen in Gegensatz zu stellen, erhellt unzweideutig aus dem

„aus meinem und deinem Stoffe eine species gemacht habe, wie z. B. aus meinem Wein und deinem Honig Meth, oder aus meinen und deinen Heilstoffen ein Pflaster, oder aus meiner und deiner Wolle ein Kleid, so ist in diesem Fall unzweifelhaft (*ἀναμφίβολον ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος*), daß der Verfertiger Eigenthümer ist, denn er hat nicht blos seine Arbeit auf die species verwendet, sondern auch einen Theil des Stoffes geliefert.“

53. Durch diese Erörterungen haben nun auch schon die inneren Gründe eine Erledigung gefunden, welche man der weiteren Deutung der Stelle entgegenhält. Justinian ging eben nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, von dem Occupationsprincip aus, sondern von der Rücksicht darauf, wer das vorwiegende Theil der nova species geliefert habe. Von diesem Standpunkte war es aber eben so natürlich, bei Verarbeitung eigenen und fremden Stoffes nicht weiter zwischen Rückführbarkeit und Nichtrückführbarkeit der nova species zu unterscheiden, als dies freilich vom Standpunkte der Occupations-theorie auffallend erscheinen mußte.

Es bleibt sonach nur noch der angebliche Widerspruch mit L. 5 § 1 de R. V. 6, 1 und L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1. Betrachten wir zunächst L. 5 § 1 cit., so finden wir darin drei Fälle, von denen aber die beiden letzten gar keine Fälle der Specification, sondern lediglich Fälle bloßer Vermischung sind (s. Nr. 38) und daher hier nicht weiter in Betracht kommen können. Der erste allein noch übrig bleibende wird mit folgenden Worten behandelt:

Idem (sc. Pomponius) scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse, id quoque communicari; sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse, qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.

Ulpian spricht, wie man sieht, im Anschluß an Pomponius blos davon, daß aus meinem Honig und deinem Weine Meth

griechischen Texte: *Ταῦτα μὲν, ἐν ᾗ ἡ πᾶσα ὕλη ἀλλὰ τρία ἦν. Εἰ δὲ ἐξ ἐμῆς καὶ σῆς ὕλης ἐποίησά τι εἶδος, οἷον κ. τ. λ.*

gemacht worden ist; daß dies gerade von dem Eigenthümer des Honigs oder Weines selbst geschehen, wird mit keiner Silbe angedeutet, im Gegentheil scheint aus dem folgenden „*eius potius esse, qui fecit*“ hervorzuleuchten, daß im Sinn der Juristen an einen dritten als Specificanten zu denken ist. Schon deswegen würde die Stelle leicht genug mit § 25 I. cit. zu vereinigen sein. Aber setzen wir selbst, es wäre an einen der beiden Eigenthümer als Specificanten gedacht, so sagt die Stelle doch immer nichts, was nicht mit der Beziehung der Institutionenstelle auf jede, auch die rückführbare Specification vollkommen verträglich wäre; denn sie spricht ja gleich dieser das Eigenthum der *nova species* dem Specificanten zu. Worin liegt also der Widerspruch? Soll er etwa in den Schlußworten liegen: „*quoniam suam speciem pristinam non continet*“? Aber damit wird ja nur gesagt, daß in der Bereitung von Meth eine Specification und nicht eine bloße Vermischung zu erblicken sei (s. oben Nr. 38); von einer Hinweisung auf die Nichtrückführbarkeit des Methes ist nicht die Rede, wenn man nicht von vornherein die falsche und im Hinblick auf L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 und § 25 I. cit. völlig unhaltbare Annahme herzubringt, daß nach Justinianischem Rechte überhaupt nur bei Nichtrückführbarkeit der *nova species* der Begriff einer Specification vorhanden sei.

54. Etwas anders verhält es sich mit L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1, einer Stelle von Callistratus, die ich wiederholt (s. Nr. 30) hier mittheilen will:

Si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, quum diversae materiae aes atque argentum sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet. Zwar daß auch diese Stelle nicht geeignet ist, das oben aus § 25 I. de R. D. 2, 1 gezogene Ergebnis zu beeinträchtigen, ist unschwer zu erweisen, denn sie muß ja wieder durchaus nicht nothwendig auf eine von dem Eigenthümer eines der beiden Stoffe selbst geschehene Verarbeitung bezogen werden; im Gegentheil liegt es wegen des unpersönlichen: „*facta sit*“ (nicht „*fecerim*“ oder „*feceris*“) auch hier ungleich näher, an einen

dritten als Verarbeiter zu denken. Allein es erhebt sich eine andere Schwierigkeit und zwar selbst dann, wenn man einen dritten als Specificanten setzt. Die species soll nämlich nach der Stelle nicht Miteigenthum der beiden Stoffeigenthümer werden, sondern — so müssen wir nach L. 5 § 1 de R. V. 6, 1 ergänzen — jeder derselben soll nur auf Ausscheidung und Herausgabe seines Stoffes klagen können.

Wie dies vom Standpunkte des Callistratus, eines Anhängers der ersten Auffassung der Mittelmeinung, zu erklären ist, hat früher (Nr. 30) seine Erörterung gefunden. Der zweiten Auffassung der Mittelmeinung aber und folglich dem Standpunkte des Justinianischen Rechtes ist der Gedanke völlig fremd, daß in irgend einem Fall selbst rückführbarer Specification zur Vereinigung der Eigenthumsfrage erst eine wirkliche Rückführung der nova species in die frühere Gestalt verlangt werden müßte oder selbst nur verlangt werden könnte. Denn von diesem Standpunkte wird durch jede Specification das alte an der verarbeiteten Sache bestandene Eigenthum vernichtet, und es kann daher auf dieses frühere Eigenthum nie mehr zurückgegangen werden, sondern es kann sich immer nur um das neue Eigenthum an der nova species handeln. Die Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit macht hierbei keinen Unterschied, sondern soll bloß als Merkmal zur Bestimmung der Frage dienen, wem dieses neue Eigenthum gebüre.

Davon also, daß mit Rücksicht auf die Eigenthumsfrage die nova species jemals wieder zu zerstören wäre, kann nicht die Rede sein. Vielmehr ergibt sich für den Fall, daß der Specificant zwei fremde und zwar scheidbare Stoffe verschiedener Eigenthümer verarbeitet hat, die einfache Folge, daß die nova species den beiden Stoffeigenthümern als Miteigenthum nach Verhältniß des Werthes der beiden Stoffe zufallen muß.⁹⁰⁾

90) Der Zulässigkeit einer Klage auf Ausscheidung und Rückerstattung der Stoffe in ihrer früheren Gestalt steht auch noch folgender Umstand entgegen. Durch jede Specification wird die verarbeitete Sache begrifflich vernichtet. Wird nun die nova species in die frühere Gestalt zurückgeführt, so liegt darin eine zweite Specification, wodurch zwar jene species wieder untergeht, aber keineswegs die ursprüngliche Sache begrifflich

Weil dem nun die L. 12 § 1 cit. schnurstracks zuwiderläuft, indem sie ein Miteigenthum an der *nova species* ausdrücklich in Abrede stellt, so müssen wir, glaube ich, um in das Justinianische Recht nicht ein ganz fremdartiges und unharmonisches Element hinein zu bekommen, die Stelle, welche im Sinn des *Callistratus* ganz sicherlich von einer Specification handelte, im Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung von einer bloßen Vermischung (ohne Hinzuthun einer besonderen Form) verstehen. Dies geht recht gut, wenn man nur „species“ in einer etwas weiten und unbestimmten Bedeutung nehmen und auf die durch die Zusammenschmelzung der Metalle gebildete *massa* gemischten Metalls beziehen will; wird ja doch auch — freilich in bestimmterem und eigentlicherem Sinn — das durch einfache Zusammenschmelzung von Gold und Silber entstandene *electrum* in L. 7 § 8 de A. R. D. 41, 1 und in § 27 I. de R. D. 2, 1 eine *nova species* genannt, und ein Blick in das Wörterbuch des *Brissonius* lehrt, daß *species* oft völlig gleichbedeutend mit *corpus* vorkommt. Die Stelle würde also im *Corpus iuris* nichts weiter sagen, als: „das durch Zusammenschmelzung meines Kupfers und deines Silbers entstandene *corpus* (nämlich die *massa*) ist nicht unser beider Miteigenthum.“

Ich will zugeben, daß diese Auslegung etwas gezwungen und künstlich ist, aber unmöglich ist sie gewiß nicht, und an einigermaßen künstlichen und gezwungenen Erklärungen dürfen wir ohnehin in der Justinianischen Gesetzgebung keinen allzuwiederhergestellt wird. Es entsteht vielmehr eine Sache, welche zwar mit der ursprünglichen den nämlichen Stoff und gleiche Gestalt hat, aber dennoch mit ihr begrifflich nicht identisch ist. Vgl. L. 10 § 7 quib. mod. usufr. 7, 4 und besonders L. 36 pr. de usufr. 7, 1 (*African.*) verb.: „*Idemque esse, et si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta et iterum scyphi; licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus sit.*“ Daraus folgt nun vom Standpunkte der zweiten Auffassung der Mittelmeinung und des Justinianischen Rechtes von selbst, daß auch das Eigenthum, welches an dieser Sache stattfindet, mit dem an der ursprünglichen Sache bestandenem nicht identisch ist, wonach denn eine Ausscheidungsklage gar keinen Sinn hätte und nicht zum Ziele führen könnte, da sie das frühere Eigenthum nicht wiederherzustellen vermag.

großen Anstoß nehmen, zumal uns Justinian zur Beseitigung von Widersprüchen und unharmonischen Ergebnissen ausdrücklich darauf verweist.⁹¹⁾ Wollte man dennoch im Hinblick auf den Wortlaut der Stelle die Auslegung für zu gewagt halten, so bliebe nichts übrig, als die Annahme einer — freilich ganz unerklärlichen und praktisch höchst unzumuthigen — Singularität, die man dann aber jedenfalls so viel, wie möglich, einschränken müßte.⁹²⁾

91) L. 2 § 15 C. de vet. iure enucl. 1, 17: *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.* Die herausgehobenen Worte sind wie für unfern Fall eigens geschrieben.

92) Ebenso, wie im Texte geschehen, wird die Stelle gedeutet von Sintonis in dieser Zeitschrift XX S. 105 und von Wächter ebendasselbst XXVII S. 180 Note 37. Ferner scheint auch von folgenden Schriftstellern die Stelle bloß auf die Vermischung bezogen zu werden: Gothofredus ad h. l., Meier Coll. Argent. XLI, 1 § 33 nr. IV, Voet Comm. ad Pand. XLI, 1 § 23, Wenig-Jungenheim Lehrb. § 139 bei Note 4, Schilling Instit. II § 160 Note i vgl. mit § 159 Note g, Göschen Vorles. §. 274 Note 5, Keller Vorles. § 138 Note 7, Windscheid Pand. § 189 Note 3 vgl. § 187 Note 4 („Kann also die erarbeitete Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden, so ist sie gemeinschaftlich“). Die meisten dagegen beziehen die Stelle auch auf die Specification, wollen also die Specification scheidbarer Stoffe verschiedener Eigenthümer ganz und gar, wie die bloße Vermischung solcher Stoffe, behandeln. Hierher gehört wohl schon die Glosse ad h. l. (die freilich den Unterschied der Specification und der Vermischung nicht zu erkennen scheint), ferner Vinnius ad § 25 I. de R. D. nr. 6, Struv Synt. Exerc. XLI § 38 und Müller ibid. not. d, Lauterbach Coll. XLI, 1 § 86, Puchta Pand. § 163 bei Note b und diese Note selbst, Vorles. § 163, Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 566 Nr. 1), Schmidt Handbuch I S. 170 bes. Note 11, R. Sell Dingl. Rechte I S. 99, Böcking Pand. II § 152 β (S. 152), Seuffert Prakt. Pandektenr. § 131 Note 4 vgl. §. 146 Nr. 2, Arndts Pand. § 155 Note 2. Die eigentliche Schwierigkeit, welche sich bei dieser Ansicht ergibt, daß nämlich in dem besprochenen Fall zur Erledigung der Eigenthumsfrage allemal der ganze Werth der Arbeit vernichtet werden müßte, scheint selten beachtet worden zu sein. S. jedoch Thibaut in Braun's Erörter. II S. 507.

55. Es darf nach diesen Erörterungen wohl als ein völlig feststehender Satz des Justinianischen Rechtes hingestellt werden, daß das Eigenthum einer aus eigenem und fremdem Stoffe verfertigten species ohne Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit dem Specificanten zufällt. Es wäre aber auch aus praktischen Gründen sehr wünschenswerth, daß dieser Satz allseitige Anerkennung fände. Denn es wird wohl allgemein zugegeben werden, daß die von Justinian gebilligte Mittelmeinung dem praktischen Bedürfnisse der Gegenwart mit ihrer lebhaften Industrie und Fabrikthätigkeit nicht genügt.⁹³⁾ Nun bietet aber gerade jener Satz wenigstens für die meisten und mißlichsten Fälle eine willkommene Hülfe. Ich denke hier insbesondere an folgenden Fall, der vor einiger Zeit unserem Hallischen Spruchcollegium vorgelegen hat. Ein Maschinenfabrikant hatte einem Windmüller verschiedene eiserne Wellbäume, Räder u. dgl. geliefert, aber mit Eigenthumsvorbehalt bis zur vollständigen Bezahlung. Weil diese nicht zu erlangen war, so stellte er endlich die Eigenthumsklage auf Wiederherausgabe jener Sachen an, und da das Eigenthum bestritten wurde, so mußte ihm dessen Beweis auferlegt werden. Wie ist nun ein solcher Beweis zu führen? Eiserner Geräthe sind auf der heutigen Stufe der Technik natürlich unbedingt in jede frühere Gestalt zurückführbar, und der Eigenthumsbeweis würde daher gemäß der gegenwärtig herrschenden Ansicht Seitens des Fa-

93) Am angemessensten möchte für unsere Verhältnisse der reine Proculianische Standpunkt sein, wie er neuerdings vom kgl. sächsischen Civilgesetzbuch § 257 wieder aufgenommen worden ist. Wesentlich von demselben Standpunkte geht übrigens schon das preuß. Landrecht Th I Tit. 9 § 299 ff. aus, nur mit der Einschränkung, daß es bei Unredlichkeit des Specificanten das Eigenthum der nova species dem Stoffeigenthümer zuspricht. Dieselbe Ausnahme scheint der Entwurf eines bayerischen Civilgesetzbuchs Th. III Art. 114 vgl. die Motive hiezu (S. 48) zu machen. Wenn er aber noch die weitere Ausnahme beifügt, daß auch dann der Stoffeigenthümer die Herausgabe der neuen Sache soll fordern können, wenn der Werth des Stoffes „bedeutend höher als der der aufgewendeten Arbeit“ sei: so dürfte diese Bestimmung schon wegen der Unbestimmtheit des angenommenen Merkmals schwerlich eine Billigung verdienen.

brikanten nur durch den Nachweis erbracht werden können, daß er die Gegenstände vollständig aus ihm gehörigem Eisen gefertigt habe. Wie soll er dies aber beweisen, da doch ein solcher Fabrikant Eisen, das er auf die verschiedenste Art und von den verschiedensten Seiten her erworben, in seinem Magazine zusammen- und durcheinanderwirft und dann ohne besondere Auswahl und Vermerk der von dieser oder jener Seite erkauften Stücke in seinen Schmelzöfen bringt, um daraus neue Waaren herzustellen! So schwierig nun der Beweis nach der herrschenden Ansicht ist, so leicht ist er, wenn man davon ausgeht, daß die Verwendung eigenen und fremden Stoffes genüge, um auch bei rückführbarer Specification dem Specificanten das Eigenthum der nova species zu verschaffen. Denn jeder Richter wird ohne weiteres annehmen, daß unter dem Eisen, welches ein Maschinenfabrikant zum Gusse neuer Maschinenstücke verwendet, sich jedenfalls auch solches mitbefunden habe, welches in seinem Eigenthum stand.

56. Doch ich gerathe aus meinem Wege. Blicken wir auf den Ausgangspunkt der vorstehenden längeren Untersuchung über den Sinn des Schlusssatzes des § 25 I. de R. D. zurück, so handelte es sich darum, nachzuweisen, daß das Justinianische Recht wirklich die zweite Auffassung der Mittelmeinung angenommen hat und bei Bestimmung des Eigenthums der nova species lediglich von der Rücksicht ausgeht, wer jedesmal das überwiegende Theil derselben hinzugegeben habe.⁹⁴⁾ Diesen Beweis darf ich jetzt wohl für vollständig geliefert halten, zumal sich zeigen wird, daß mit diesem Standpunkte und nur mit ihm auch die in die Specificationslehre einschlagenden besondern Entscheidungen der Justinianischen Gesetzgebung uns schwer erklärbar und vereinbar sind. Einige, übrigens ziemlich unerhebliche, Bedenken, welche man vielleicht aus einer oder der andern dieser Entscheidungen könnte schöpfen wollen, werden sich besser bei deren Einzelbetrachtung erörtern lassen.

94) Dieser Gedanke findet sich schon bei Struv Syntagma. Exerc. XLI § 37 und nach Hilliger in not. 2 ad Donelli Comm. de iure civ. L. IV cap. XII auch bei A. Gentilis. Vgl. auch Dirksen Beiträge 3. Runde des röm. R. S. 63.

Ich will nämlich nunmehr versuchen, alle auf die Specification bezüglichen Aussprüche und Sätze des Justinianischen Rechtes in einer möglichst vollständigen Uebersicht zusammenzustellen.

57. I. Der Begriff der Specification bestimmt sich für das Justinianische Recht ganz in der früher (§. 3 ff.) entwickelten Weise, und ohne daß dabei, wie die gewöhnliche Ansicht will, auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit ein Gewicht gelegt werden darf. Letzteres erhellt namentlich aus § 25 I. de R. D. 2, 1 und L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1, wo als Beispiele der Specification sowohl Fälle aufgeführt werden, in denen die *nova species* in die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, als solche, in denen dies nicht möglich ist. Im Verlaufe der Stellen wird zwar gesagt, daß bei Rückführbarkeit der *nova species* deren Eigenthum dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache zufalle, aber vergeblich wird man einen Ausspruch oder auch nur eine Andeutung suchen, daß dann überhaupt gar keine Specification mehr vorhanden wäre.

58. II. Jede Specification (auch die rückführbare) hat mit dem Untergange der alten Sache auch den Untergang sämtlicher an ihr bestandener rechtlicher Beziehungen und Verhältnisse zur Folge. An der *nova species* als einer neuen, jetzt erst entstandenen Sache beginnen immer ganz neue rechtliche Beziehungen und Verhältnisse, die nach völlig selbständigen Gesichtspunkten zu beurtheilen sind. Weil dies aber reine Folgen des objectiven Schicksals sind, welches die Sache betroffen hat, so kann es dafür natürlich nicht in Betracht kommen, wer der Urheber dieses Schicksals ist, ob der Eigenthümer oder ein anderer oder ein zufälliges Ereigniß. Man sieht daher, daß die vom Eigenthümer selbst geschehene Specification keineswegs so juristisch gleichgültig ist, als nicht selten behauptet wird.

Diese Sätze werden nun im einzelnen durchzuführen und genauer zu entwickeln sein.

1) Vor allen Dingen müssen durch Specification natürlich diejenigen an der specificirten Sache bestandenen Rechtsverhältnisse untergehen, welche untrennbar mit einer bestimmten Eigenschaft der Sache zusammenhängen und daher auch schon

durch bloße Aenderung dieser Eigenschaft trotz bleibender Identität der Sache vernichtet werden. Dies gilt namentlich von dem Nießbrauche, der sich selbst bei rückführbarer Specification nicht auf die neue species erstreckt.⁹⁵⁾ Aber er lebt sogar nach deren Rückführung in die frühere Gestalt nicht wieder auf, weil die hiedurch entstandene Sache mit der ursprünglichen ungeachtet der Identität des Stoffes und der Gleichheit der Form doch nicht für identisch angesehen werden kann.⁹⁶⁾

2) Durch die Specification erlischt aber auch der Besitz, der an der alten Sache bestand.⁹⁷⁾ An der nova species entsteht ein völlig neuer Besitz, auf welchen sich selbst der Titel jenes früheren durchaus nicht überträgt. Die nova species wird vielmehr auf ganz selbständigen Titel, nämlich pro suo, befaßt.⁹⁸⁾

59. 3) Ferner erlischt das Vermächtniß einer Sache durch deren Specification, und hier ist sofort einleuchtend, geht auch aus mehreren Stellen unzweideutig hervor, daß zunächst an die vom Eigenthümer und Vermächtnißgeber selbst bewirkte Specification zu denken ist. Doch darf hier ein Umstand nicht über-

95) L. 10 § 5—7, L. 30 quib. mod. ususfr. 7, 4; L. 36 pr. fin. de usufr. 7, 1.

96) L. 10 § 7 cit., L. 36 pr. cit. Vgl. oben Anm. 90. Jedoch ist hierbei L. 83 § 5 de V. O. 45, 1 und L. 98 § 3 de solut. 46, 3 nicht zu übersehen. (Vgl. unten Anm. 165.)

97) L. 30 § 4 de acq. poss. 41, 2, wo ganz allgemein gesagt wird, daß Verlust des Besitzes eintrete, „si quod possidebam, in aliam speciem translatum est“, wenn auch das beigelegte Beispiel („veluti vestimentum ex lana factum“) ein Fall nichtrückführbarer Specification ist. Savigny Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 269 Note 1. Vgl. auch noch L. 9 § 3, L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4, wonach der unredliche Specificant einer fremden Sache noch immer wegen dieser mit der actio ad exhibendum belangt werden kann aus dem Gesichtspunkte des dolo malo possidere desisse. Es wird nicht ganz unerheblich sein zu bemerken, daß in L. 9 § 3 cit. ein Fall rückführbarer Specification als Beispiel benutzt ist.

98) L. 3 § 21 de acq. poss. 41, 2. Hier wird völlig allgemein, ohne jede Unterscheidung und selbst ohne Beifügung eines Beispiels, wodurch man etwa zu einer Einschränkung verleitet werden könnte, gesagt, pro suo besitze man, „quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus.“

sehen werden. Im Justinianischen Recht ist die frühere strenge Theorie der Legate verschwunden; bei allen Vermächtnissen soll es, wie schon früher bei den Fideicommissen, stets nur auf die Willensmeinung des Testators ankommen.⁹⁹⁾ Dieser kann daher das Vermächtniß für den Fall einer Specification der erstvermachten Sache sogleich auch auf die nova species erstrecken (was bei dem alten Vindicationslegate so unbedingt nicht anging, da dieses, wenigstens wenn es sich auf eine nichtvertretbare Sache bezog, zu seiner Gültigkeit quiritarisches Eigenthum der legirten Sache schon zur Zeit der Testamentserrichtung erheischte). Eine solche Erstreckung wird aber im Justinianischen Rechte vermuthet, so oft die Specification nur eine rückführbare ist. Denn weil hier der Stoff als das hauptsächlichste und überwiegende betrachtet wird, so wird angenommen, daß der Testator bei seinem Vermächtnisse zunächst und vornehmlich an den Stoff gedacht habe, daß er diesen, einerlei in welcher Gestalt er sich bei seinem Tode befinden sollte, dem Vermächtnißnehmer habe zuwenden wollen.¹⁰⁰⁾ Es müßte eine entgegengesetzte Meinung des Vermächtnißgebers zu erweisen sein, um diese Vermuthung aufzuheben. Bei nichtrückführbarer Specification dagegen tritt eine solche Vermuthung nicht ein, und hier wird daher die Ausdehnung des Vermächtnisses auf die nova species nur angenommen, wenn sie vom Testator ausdrücklich ausgesprochen oder sonst als von ihm gewollt bestimmt nachweisbar ist.¹⁰¹⁾

⁹⁹⁾ L. 2 C. comm. de legat. 6, 48, § 3 I. de legat. 2, 20.

¹⁰⁰⁾ Dem entsprechend wird bei Stoffen, die nach jeder Gestaltveränderung immer wieder in die frühere Form zurückgebracht werden können, wie namentlich bei Metallen, der bloße Name des Stoffes nach der vermuthlichen Willensmeinung des Testators auf sämtliche daraus verfertigte Gegenstände bezogen, während außerdem der Name des Stoffes nur von dem beim Testator vorhandenen Rohstoffe verstanden wird. L. 78 § 4 de legat. III (32), L. 19 pr. de auro, arg. 34, 2. Dies entspricht einer natürlichen Anschauung. Auch wir verstehen unter unserem „Silber“, „Gold“, „Kupfer“, „Zinn“ sämtliche uns gehörige, aus solchen Metallen verfertigte Gegenstände, während Niemand bei seinem „Holz“ an seine Tische, Stühle u. dgl. denkt. Daß aber dennoch auch über diese Frage keineswegs alle römischen Juristen einig waren, erhellt aus Paul. S. III, 6 § 85 (s. oben Anm. 41).

¹⁰¹⁾ Auf diese Weise sind im Justinianischen Rechte folgende Stellen

4) Desgleichen wird das Pfandrecht durch Specification der verpfändeten Sache aufgehoben, und soll daher auch die nova species dem Pfandrecht unterworfen sein, so muß die Verpfändung auf sie besonders miterstreckt werden.¹⁰²⁾ Jedoch wird man nach Analogie dessen, was bei Vermächtnissen gilt, annehmen dürfen, daß für den Fall einer rückführbaren Specification die Mitverpfändung der nova species zu vermuthen sei. Letztere würde also, wenn nur nicht ausdrücklich das Gegentheil bedungen ist, ins Pfandrecht fallen, so oft sie ins Eigenthum des Verpfänders oder seiner Erben kommt.¹⁰³⁾

5) Wer eine von ihm geschuldete Sache specificirt unter Umständen, wo er durch den Untergang des Schuldgegenstandes nicht gänzlich befreit wird, hat nicht etwa die nova species

zu verstehen und zu vereinigen: L. 44 § 2, 3 de legat. I (30), L. 49 pr. de legat. II (31), L. 49 § 5, L. 88 pr., § 1, 3 de legat. III (32), L. 9 pr. de trit., vino 33, 6 verb.: „Sed si mulsum sit factum, vini appellatione non continebitur proprie, nisi forte paterfamilias etiam de hoc sensit.“ Schwierigkeit scheint nur L. 44 § 2 cit. zu machen, insofern darin gesagt wird, daß das Vermächtniß von Wolle sich auch auf das daraus verfertigte Kleid erstrecken solle. Da es indessen in L. 88 pr. cit. ganz bestimmt und ausdrücklich heißt: „Lana legata, vestem, quae ex ea facta sit, debere non placet“, so ist nicht zu bezweifeln, daß diese zweite Stelle allein als maßgebend und die Unterlassung der Ausmerzung jenes Satzes in L. 44 § 2 cit. lediglich als ein Versehen betrachtet werden muß. — Aus einem andern, später zu erörternden Gesichtspunkte sind zu erklären L. 88 § 2 de legat. III (32) und L. 6 § 1 de auro, arg. 34, 2. S. unten Nr. 76.

102) L. 18 § 3 de pign. act. 13, 7. Dernburg Pfandrecht II S. 561 f., Windscheid Pand. § 248 Anm. 10. Zu bemerken ist, daß in der Stelle doch gewiß zunächst an eine vom Eigenthümer des verpfändeten Holzes selbst geschehene Specification gedacht wird, ein neuer Beweis, daß auch die Specification eigener Sachen juristisch gar nicht bedeutungslos ist.

103) Vgl. Dernburg Pfandrecht II S. 561 a. G., I S. 241 ff., Windscheid Pand. I S. 595. Hienach entfernt sich meine Ansicht in ihrem praktischen Ergebnisse nicht mehr sehr weit von der gewöhnlichen Meinung, wie sie sich z. B. bei Dernburg II S. 560 a. G. und Windscheid S. 653 findet. Der praktische Unterschied liegt nämlich nur darin, daß nach der herrschenden Ansicht die rückführbare nova species auch dann vom Pfandrecht ergriffen wird, wenn der Verpfänder die verpfändete Sache veräußert hat und nun erst der Erwerber specificirt, während von meinem Standpunkt in solchem Fall die nova species vom Pfandrechte frei bleibt.

zu leisten, denn auf diese bezieht sich die Verbindlichkeit nicht, sondern Schadenserfatz, dessen Betrag sich nach dem Werthe der alten Sache bemisst.¹⁰⁴⁾

60. 6) Endlich geht, wie schon oben (Nr. 48) gezeigt, durch jede Specification auch das Eigenthum unter, welches an der verarbeiteten Sache bestanden hatte. An der nova species beginnt ein ganz neues Eigenthum, welches durchaus nicht, und selbst dann nicht, wenn es dem gewesenen Eigenthümer der alten Sache zufällt, als eine bloße Fortsetzung jenes früheren betrachtet werden darf. Bei der Frage aber, wem dieses neue Eigenthum der nova species gebüre, müssen verschiedene Fälle gesondert werden, deren Betrachtung ich sogleich die Bemerkung vorausschicken will, daß die Specification, welche Jemand für einen andern und in dessen Namen vornimmt, immer ganz so beurtheilt wird und dieselben Wirkungen hat, als ob sie von diesem selbst geschehen wäre.¹⁰⁵⁾

a) Der Specificant hat lediglich eigenen Stoff verarbeitet. Hier muß er natürlich allemal auch Eigenthümer der nova species werden, weil deren beide Elemente, der Stoff und die Arbeit, und zwar beide vollständig, von ihm herrühren. Gleichwohl ist es auch hier nicht gleichgültig, daß das Eigenthum an der nova species ein neues und nicht bloße Fortsetzung des Eigenthums an der alten Sache ist; denn zum Beweise seines Eigenthums kann und muß sich jetzt der Eigenthümer auf die Specification berufen, und zwar versteht es sich von selbst, daß er niemals etwas weiteres zu beweisen braucht, als was bei Verwendung ganz oder theilweise fremden Stoffes derjenige, welchem nach den sogleich anzugebenden Regeln jedesmal das Eigenthum der nova species zukommt, zum Beweise dieses Eigenthums darzuthun hat. Kann er also bei Nichtrückführbarkeit der nova

104) L. 53 § 5 de legat. I (30). Es ist die Rede von dem Fall, wenn ein vermachtes Thier von dem belasteten Erben geschlachtet wird. Letzterer soll hier das Fleisch und die anderen Reste nicht zu leisten brauchen, sondern den Geldwerth des lebenden Thiers entrichten müssen. Vgl. oben Nr. 42.

105) L. 7 § 7, 8, L. 25, 27 § 1, 2 de A. R. D. 41, 1; vgl. L. 34 pr. de auro, arg. 34, 2.

species beweisen, daß die Specification von ihm oder in seinem Namen geschehen, und vermag er bei Rückführbarkeit der *nova species* außerdem noch zu beweisen, daß wenigstens ein Theil des verwendeten Stoffes sein Eigenthum gewesen, so hat er seinen Eigenthumsbeweis genugsam geführt.¹⁰⁶⁾

Wenn zwei Eigenthümer ihre Sachen gemeinsam zur Herstellung einer *nova species* verwenden, so wird diese Miteigenthum der beiden Specificanten.¹⁰⁷⁾ Die Eigenthumsanteile werden aber zunächst nach der etwa getroffenen Uebereinkunft, außerdem nach dem Werthverhältnisse der verarbeiteten Sachen zu bemessen sein.¹⁰⁸⁾

61. b) Der Specificant hat ganz oder zum Theil fremden Stoff verwendet. Hier ist zuvörderst der Fall auszuscheiden, wenn die Specification mit Einwilligung des Eigenthümers des verwendeten fremden Stoffes stattgefunden hat. Dann fällt nämlich das Eigenthum der *nova species* stets und ohne Unterschied, ob sie auf die frühere Gestalt zurückführbar ist oder nicht, demjenigen zu, für den die Specification geschehen ist.¹⁰⁹⁾

106) Auf die Erheblichkeit der Specification eigenen Stoffes mit Rücksicht auf den Eigenthumsbeweis hat mit Recht schon Brinz Pand. I S. 194 hingewiesen. Vgl. auch Leif Civilist. Studien III S. 175. Nach Leif S. 177 f. würde es freilich bei Specification eigenen Stoffes lediglich von der Wahl des Specificanten abhängen, ob er an der *nova species* ein neues Eigenthum erhalten, oder in derselben das alte Eigenthum unverändert fortsetzen wollte. Ich vermag indessen die darauf bezüglichen Anschauungen Leif's nicht zu theilen.

107) § 27 I. de R. D. 2, 1, L. 7 § 8 de A. R. D. 41, 1.

108) Vgl. Schmid Handbuch I S. 179, R. Sell Dingl. Rechte I S. 287.

109) L. 25 de A. R. D. 41, 1: *Nisi voluntate domini alterius nomine id (nämlich die in L. 24 eod. erwähnte rückführbare Specification) factum sit; propter consensum enim domini tota res eius fit, cuius nomine facta est.* Vgl. Götschen Vorles. § 247 II Nr. 3. — Mit diesem Satze, der gewiß von jeher und von allen römischen Juristen anerkannt wurde, hängt die bekannte Streitfrage dieser Juristen zusammen, ob die Bestellung eines Werkes, welches der Uebernehmer ganz aus eigenem Stoffe fertigen soll, als Kauf oder als Miethe zu betrachten sei. Vgl. Gai. III, 147, L. 2 § 1 locati 19, 2 (Gai.), § 4 I. de locat. 3, 24 und besonders Theophil. ad h. l. Wenn nach Ausweis dieser Stellen Cassius glaubte, daß ein solches Geschäft einen Kauf in Betreff des

Wurde aber der fremde Stoff ohne Zustimmung des Eigenthümers zur Specification verwendet, so wird es jetzt vor allen Dingen von Belang, ob der Specificant bloß fremden Stoff, oder ob er zum Theil auch eigenen Stoff vernutzt hat.

a) Die Specification ist bloß mit fremdem Stoffe geschehen. Hier kommt es wieder zunächst darauf an, ob die *nova species* (oder, genauer gesprochen, der Stoff, aus dem sie besteht) in die frühere Gestalt und Erscheinungsart zurückgeführt werden kann, oder ob dies nicht möglich ist. Unter der ersten Voraussetzung fällt das (neue) Eigenthum der *nova species* dem Eigenthümer der specificirten Sache zu, weil hier der Stoff als das überwiegende Theil der *nova species* betrachtet und daher demjenigen, welcher den Stoff geliefert hat, der stärkere Anspruch auf deren Eigenthum beigemessen wird.¹¹⁰⁾ Wäre die

Stoffes, eine Miethc in Betreff der Arbeit enthalte, so stand dabei ohne Zweifel der Gedanke im Hintergrunde, daß durch die für den Besteller bewirkte Verfertigung des *opus* letzterer sofort Eigenthümer desselben geworden sei, wonach man sagen konnte, daß schon in der Verarbeitung des Stoffes für den Besteller gleichsam eine Ueberantwortung des Stoffes an ihn und folglich eine Vollziehung des Kaufes liege, weshalb der zweite Theil des Geschäftes eine andere juristische Natur annehmen müsse. Die meisten jedoch, und zwar, wie wir aus L. 20 de cont. emt. 18, 1 (Pompon.) sehen, sogar Sabinus, verwarfen diese Meinung und betrachteten das Geschäft immer bloß als Kauf, eine Ansicht, welcher auch die Justinianische Gesetzgebung sich angeschlossen hat. Vgl. außer den genannten Stellen auch noch L. 65 eod. (Iavolen.). Daraus wird aber zu folgern sein, daß der Besteller nicht schon durch die bloße Verfertigung des *opus*, sondern erst durch dessen Uebergabe Eigenthümer desselben werde. M. a. W. das Geschäft ist juristisch so aufzufassen, und dies dürfte auch der Absicht der Parteien am besten entsprechen: es enthält bloß einen Kauf, aber nicht der zu verarbeitenden Sache, sondern der zukünftigen, daraus erst herzustellenden *species*. Diese verfertigt also der Verkäufer zunächst bloß in seinem Namen, um sich in den Stand zu setzen, seine Verbindlichkeiten aus dem Geschäft zu erfüllen. Folglich erhält auch nur er zunächst deren Eigenthum, und erst durch die Ablieferung an den Besteller geht dieses auf letzteren über.

110) § 25 I. de R. D. 2, 1, L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1, L. 24 eod. Vgl. L. 13 de cond. furt. 13, 1, L. 52 § 14 de furt. 47, 2. Gegen die Richtigkeit der im Texte vorgetragenen Ansicht könnte man den Ausdruck „*me eorum dominum manere*“ in L. 24 cit. geltend machen

nova species aus Stoffen verschiedener Eigenthümer gemacht worden, so müßte diesen stets Miteigenthum an der nova species nach dem Werthverhältnisse der verwendeten Stoffe zugeschrieben werden, selbst dann, wenn letztere wieder scheidbar sein sollten.¹¹¹⁾

62. Läßt sich dagegen die nova species nicht in die frühere Gestalt und Erscheinungsart zurückbringen, so wird die Arbeit als das überwiegende Element derselben angesehen, und daher ihr Eigenthum dem Specificanten zuerkannt.¹¹²⁾

Hievon tritt jedoch dann eine Ausnahme ein, wenn in der Specification der fremden Sache eine Unredlichkeit lag. Durch diese Unredlichkeit hat der Specificant die Berücksichtigung seines natürlichen Anspruchs auf das Eigenthum der nova species verwirkt, und es gelangt daher wieder der an sich schwächere Anspruch des Eigenthümers der verarbeiteten Sache zur Wirksamkeit, so daß dieser das Eigenthum der nova species trotz ihrer Nichtrückführbarkeit erhält. (Vgl. oben Nr. 37).

wollen, wonach bei rückführbarer Specification an der nova species kein neues Eigenthum zu entstehen, sondern das alte Eigenthum fortzudauern scheine. Ich leugne gar nicht, daß der Ausdruck im Sinne des Paulus wirklich diese strenge Bedeutung haben sollte; im Justinianischen Recht aber ist er Angesichts der gesamten Gestalt, welche die Specificationslehre darin erhalten hat, weniger streng und wörtlich zu nehmen. Er soll hier nur bedeuten, daß bei rückführbarer Specification der Eigenthümer des verarbeiteten Stoffes auch wieder Eigenthümer der nova species werde. Diese Auslegung wird vom Standpunkte der Compileren gewiß nicht allzu kühn erscheinen dürfen.

111) S. oben Nr. 54. Es wurde schon dort gezeigt, daß die scheinbar widerstreitende L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1 im Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung nur auf die bloße Vermischung bezogen werden darf.

112) § 25 I de R. D. 2, 1, L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1, L. 26 pr., L. 27 § 1 eod., L. 5 § 1 de R. V. 6, 1, L. 29 § 1 de donat int. V. et U. 24, 1. Nicht selten wird angenommen, daß mit diesen Stellen und dem im Text angegebenen Satze L. 61 de R. V. 6, 1 in Widerstreit stehe. Vgl. z. B. Wangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 565 a E.), R. Sell Dingl. Rechte I S. 101. Ich komme auf die Stelle unten (Nr. 73) zurück.

Diese Frage ist indessen höchst bestritten, und wird deswegen einer genaueren Erörterung bedürfen.

Während man früher fast einstimmig lehrte, daß die unredliche Specification fremder Sachen dem Specificanten kein Eigenthum gebe ¹¹³⁾, wird in neuerer Zeit von den meisten angenommen, daß für die Eigenthumsfrage auf bona oder mala fides des Specificanten nichts ankomme. ¹¹⁴⁾ Doch haben sich die allerneuesten Schriftsteller wieder mehr der älteren Meinung zugewandt ¹¹⁵⁾, und von den Anhängern der gegenwärtig herrschenden Lehre machen viele der älteren Ansicht wenigstens

113) S. schon die glossa „ab aliquo“ zu § 25 I. de R. D., die glo. „verius est“ zu L. 12 § 3 ad exhib. u. a., ferner Duaren. Comm. in tit. de acq. rer. dom. cap. VI, Donell. Comm. de iure civ. L. IV cap. XII § 4 und 5, Meier Coll. Argent. XLI, 1 § 30 nr. VII, Vin-
 nius ad § 25 I. de R. D. nr. 2 (es sei communis DD. sententia), Struv Synt. Exerc. XLI § 39 (die Meinung tritt nicht ganz klar hervor) und Müller ibid. § 37 not. 5, Lauterbach Colleg. XLI, 1 § 84, 87, Stryk Usus mod. XLI, 1 § 24, Unterholzner Verjährungslehre I § 70 Anm. 245 (2. Aufl. v. Schirmer S. 229 f.). Bei allen diesen Schriftstellern werden nur vereinzelte andersmeinende angeführt, wie z. B. Wesenbeck und Bachov. Neuerdings ist diese früher herrschende Meinung in einer ausführlichen Abhandlung vertheidigt worden von W. Sell Versuche I S. 194 ff.

114) Dieser Meinung folgt außer den schon in der vorigen Anmerkung genannten bereits Voet Comm. ad. Pand. XLI, 1 § 21 s. fin.; f. ferner Thibaut System 8. Ausg. § 743 und in Froben's Erörter. II. S. 168, Wening-Ingenheim Lehrb. 5. Aufl. I § 129, Fritzsche Erläut. zu Wening I S. 219, Schrader ad § 25 I. de R. D. pr., Schilling Instit. II § 159 bes. Note h, Mühlenthal Lehrb. § 248, Göltschen Vorles. § 247 II Nr. 4, Keller Vorles. § 142, Puchta Instit. II § 242 Note m, Pand. und Vorles. §. 154, Sintenis Pract. Civilr. § 50 Note 14, Seuffert Erörterungen II S. 18 und Pract. Pandektenr. § 131, Schmid Handbuch I S. 172 ff., R. Sell Dingl. Rechte I S. 101 ff., Böcking Pand. II § 154 (S. 166 f.), Brinz Pand. I S. 194, Pagenstecher Lehre vom Eigenth. II S. 117 ff., Leift Civilist. Studien III S. 169 Note 2, Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 566 f.), Holzschuher Theorie und Casuistik 3. Aufl. II S. 265, Mackelbey's Lehrb. des röm. R. 14. Ausg. von Fritzsche § 243 Note e.

115) S. Dernburg in der krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. I S. 147 und Pfandrecht II S. 561, Scheurl Beiträge I S. 285 f., Arndts Pand. § 155, Windscheid Pand. § 187.

für den Fall ein Zugeständniß, wenn der Specificant in Betreff des Stoffes ein eigentliches furtum begangen.¹¹⁶⁾

Schon diese Erscheinung muß gegen die Richtigkeit der neueren Lehre Verdacht erwecken, und in der That würde diese sicherlich niemals entstanden sein, wenn man nicht von der Ansicht ausgegangen wäre, daß Justinian in der Specification lehre dem Proculianischen Occupationsprincipe folge. Der Hauptgrund, welchen man gegen die ältere Ansicht geltend macht, besteht denn auch darin, daß sie mit den Grundsätzen der Occupation sich nicht vertrage. Sobald nun aber dieser Grund durch die einfache Bemerkung aus dem Wege geräumt ist, daß das Justinianische Recht die Frage nach dem Eigenthum der nova species nirgends nach dem Occupationsprincipe bemisst, daß vielmehr vom Standpunkte Justinian's eine Rücksicht auf bona oder mala fides vollkommen möglich und begreiflich erscheint, so kann im Hinblick auf den klaren Inhalt mehrerer in die Digesten aufgenommener Stellen an der Richtigkeit der älteren Lehre gar kein Zweifel bleiben.

Es sind aber folgende Stellen, welche hier in Betracht kommen:

116) Wie weit dieses Zugeständniß zu gehen habe, darüber ist man dann freilich auch keineswegs einig. Manche meinen, daß in solchem Fall allerdings das Eigenthum der nova species dem Eigenthümer der entwendeten und verarbeiteten Sache zufalle. So R. Sell Dingl. Rechte I S. 102 ff., Böcking Pand. II § 154 (S. 167). Andere nehmen zwar einen Eigenthumserwerb auf Seite des Diebes an, erklären ihn jedoch für gehalten, das Eigenthum dem mit der *condictio furtiva* auftretenden Bestohlenen zu übertragen. So Thibaut System 8 Ausg. II § 7, 3 und in Froben's Erörterungen II S. 168, Seuffert Erörterungen II S. 19, Mühlenthal Lehrb. §. 248, Pagenstecher Lehre v. Eigenth. II S. 118. Darauf scheint auch hinauszulaufen die Ansicht von Wenig-Jungenheim Lehrb. 5 Aufl. I § 129 a. E., Puchta Pand. § 154 Note h und Vorlesungen § 154 Nr. 4 a. E. („Wenn der Specificant den Stoff gestohlen hat, so soll dem Bestohlenen die *condictio furtiva* und die *actio ad exhibendum* auf die Species zustehen, wie wenn der Specificant nicht Eigenthümer wäre. Darauf beschränkt sich aber auch diese Ausnahme.“), Sintonis Pract. Civilr. § 50 Note 14, § 51 Note 47, Hölzschuher Theorie und Casuistik. 3. Aufl. II S. 265.

- 1) L. 52 § 14 de furt. 47, 2, womit sogleich L. 14 § 2, 3 de cond. furt. 13, 1 zu verbinden sind.

Wenn der Dieb die entwendete Sache specificirt, so kann nach dem ganz unzweideutigen Wortlaute dieser Stellen der bestohlene Eigenthümer die *condictio furtiva* und *actio furti* nicht bloß wegen der entwendeten Sache, sondern auch wegen der *nova species* gebrauchen, und zwar selbst dann, wenn diese auf die frühere Gestalt nicht mehr zurückführbar ist. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß das Justinianische Recht den bestohlenen als Eigenthümer der *nova species* ansieht, da es ihm nur unter dieser Voraussetzung die Diebsklagen wegen derselben gestatten, überhaupt nur unter dieser Voraussetzung die tatsächliche Aneignung der *nova species* Seitens des Specificanten als ein neues, die Diebsklagen erzeugendes *furtum* betrachten kann.¹¹⁷⁾ Man hat zwar hiegegen eingewendet, die *condictio furtiva* werde in obigen Stellen bloß deshalb gegeben, weil diese Klage nach L. 10 § 2 de cond. furt. 13, 1 dem bestohlenen Eigenthümer so lange zustehe, „*donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat*“, ein freiwilliges Aufgeben des Eigenthums von Seite des bestohlenen aber in der vom Diebe vorgenommenen Specification der Sache nicht liege.¹¹⁸⁾ Allein dieser Einwand würde offensichtlich die Gestattung der *condictio furtiva* bloß wegen der entwendeten und specificirten Sache selbst (wegen der *materia*) rechtfertigen, und darauf wurde denn auch, wie aus Gai. II, 79 erhellt, von den Proculianern die Zulässigkeit der Klage beschränkt. Nimmermehr aber würde sich aus dem angegebenen Grunde ableiten lassen, daß die *condictio furtiva*, oder gar die *actio furti*, auch wegen der *nova species* stattfinden könnte, wegen welcher doch die Klagen in den angeführten Stellen gleichfalls eingeräumt werden.

Noch unglücklicher erscheint die Auslegung von Thibaut und derer, die ihm gefolgt sind, wonach der Dieb zwar Eigen-

117) S. oben Nr. 35 ff. Vgl. W. Sell Versuche I, S. 200 ff., R. Sell Dingl. Rechte I S. 106 f., Arndts Pand. §. 155 Anm. 3, Windscheid Pand. §. 187 Anm. 3.

118) Vgl. Schmid Handbuch I S. 173, Bangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 567).

thümer der nova species würde, aber mittels der *condictio furtiva* angehalten werden könnte, deren Eigenthum dem bestohlenen zu übertragen. Denn diese Klage steht bekanntlich stets nur dem Eigenthümer zu, und es kann daher niemals die Uebertragung von Eigenthum durch sie gefordert werden. Die Statthaftigkeit der *actio furti* vollends auch wegen der nova species (verb. „nam et [1] *uvarum* et [2] *musti* et *vinaceorum* nomine furti agere potest; sed et *condici*“) müßte ein vollständiges Räthsel bleiben.

2) L. 4 § 20 de usurp. 41, 3.

Wenn der Dieb aus der gestohlenen Wolle ein Kleid fertigt, so soll dieses gleichfalls eine *res furtiva* sein. Daraus erhellt wieder, daß das Eigenthum der vom Dieb aus der entwendeten Sache gemachten nova species selbst bei Nichtrückführbarkeit derselben dem bestohlenen zufällt. Denn da die alte Sache durch die Specification untergeht, so kann die nova species nur dann als *res furtiva* angesehen werden, wenn in ihrer thatsächlichen Aneignung ein neues *furtum* liegt. Dazu gehört aber natürlich vor allen Dingen, daß das Eigenthum der nova species nicht dem specificirenden Diebe, sondern dem bestohlenen Eigenthümer der verarbeiteten Sache zusteht.¹¹⁹⁾

3) L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4.

Wer wissentlich fremde Sachen specificirt, soll selbst bei Nichtrückführbarkeit der nova species sowohl wegen dieser, als wegen der alten Sache mit der *actio ad exhibendum* belangt werden können. Paulus, der ursprüngliche Verfasser der Stelle, stützt freilich die Zulassung der Klage wegen der nova species nicht auf die Unredlichkeit des Specificanten, sondern darauf, weil „quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.“¹²⁰⁾ Allein in der Justinianischen Gesetzgebung muß gleichwohl jenes als der eigentliche Entscheidungsgrund angesehen werden, da der von Paulus angegebene im Justinianischen Rechte nicht mehr triftig ist. Hierin liegt um so weniger eine ungehörige Unterstellung, als dadurch die Stelle mit

119) Vgl. was schon früher (S. 170 f.) über die Stelle gesagt worden ist.

120) S. oben S. 167, wo überhaupt von der Stelle eingehend die Rede gewesen ist.

den vorigen in vollsten Einklang kommt und lediglich dasjenige für die actio ad exhibendum wiederholt, was in den andern Stellen von der nahe verwandten *condictio furtiva* gesagt wird.

Die Stelle — hier natürlich immer nur als Theil des *Corpus iuris* betrachtet — liefert aber zugleich den Beweis, daß die Ausnahme von der Regel nicht gerade blos dann eintritt, wenn der unredliche Specificant die specificirte Sache zuvor gestohlen hatte, sondern bei jeder unredlichen Specification fremder Sachen. Denn sie sagt nirgends, daß ihre Entscheidung nur bei der Specification entwendeten Stoffes gelten solle, sondern macht dieselbe blos und allein abhängig von dem Bewußtsein des Specificanten, daß der Stoff ein fremder sei („quum sciret haec aliena esse“). Und dies ist sehr natürlich, zumal in jeder unredlichen Specification einer fremden Sache ein *furtum* derselben erblickt werden muß; denn alle Merkmale des *furtum: contrectatio*, Eigenmächtigkeit, *animus lucri faciendi*, sind ja hier vorhanden.¹²¹⁾

121) Vgl. R. Sell Versuche I S. 195 f., Windscheid Pandekten § 187 Anm. 3. S. auch § 3, 4 I. de usucap. 2, 6, L. 36 de usurp. 41, 3, Gai. II, 50, besonders aber L. 4 de R. V. 6, 1, wo die *furti actio* einfach davon abhängig gemacht wird, daß der andere „dolo malo confundendum id argentum curavit.“ Was man zur Begründung des Unterschiedes von einfacher *mala fides* und *furtum* geltend gemacht hat, ist schwerlich haltbar. Denn wenn R. Sell Dingl. Rechte I S. 103. und Böcking Pand. II § 154 Note 16 (S. 167) anführen, daß zwar in *mala fide*, aber kein *fur* sei, wer fremden Stoff in Erwartung der Genehmigung des Eigenthümers specificire: so scheint mir hier einerseits keine *mala fides*, anderseits aber auch gar keine definitiv in eigenem Namen bewirkte Specification vorzuliegen. Wenn — um das Beispiel Sell's zu benutzen — in Abwesenheit des Eigenthümers eines Weinbergs derselbe Mann, der schon früher die *Crescenz* von ihm gekauft, auch diesmal für sich daraus Wein kelternd läßt in der sichern Hoffnung, nach der Rückkehr des Eigenthümers schon mit ihm einig zu werden: so hat er die Absicht, den Wein für sich zu behalten, nur für den Fall gehabt, daß er später wirklich mit dem Eigenthümer einig wird (und in diesem Fall erscheint er denn auch und zwar von Anfang an als Eigenthümer des Weins, schon wegen der nach den gewöhnlichen Grundsätzen zurückzubeziehenden Genehmigung des Eigenthümers der Trauben: L. 25 de A. R. D. 41, 1). Im andern Fall dagegen hat er die Trauben nur als *negotiorum gestor* des

63. Gegen alle diese zahlreichen und übereinstimmenden Stellen vermag man Seitens der neueren Meinung nur L. 29 § 1 de don. int. V. et U. 24, 1 ins Feld zu führen, wonach die Kleidungsstücke, welche sich eine Frau aus vom Manne geschenkter Wolle verfertigt, Eigenthum der Frau werden sollen. Sollte aber diese Stelle wirklich einen Gegenbeweis oder auch nur, wie Scheurl Beiträge I S. 286 glaubt, jenen andern Stellen gegenüber eine Singularität enthalten? Auch ohne hier auf die viel verhandelte Frage nach dem Begriffe der bona fides einzugehen, ist, wie mir scheint, kein Satz aus den Quellen leichter zu beweisen, als der, daß einem von dem andern beschenkten Ehegatten keine mala fides in Betreff der geschenkten Sache beigemessen werden darf. Es braucht zu dem Ende bloß der Erinnerung an den bekannten Satz, daß der beschenkte Ehegatte die geschenkte Sache usucapiren kann, sobald nur ein iustus titulus vorhanden ist, d. h. sobald die Schenkung aus dem Grunde gültig ist, weil die geschenkte Sache dem Schenker nicht gehörte und dieser daher durch die Schenkung nicht ärmer wurde.¹²²⁾ Damit ist die Annahme einer mala fides durchaus unvereinbar. Und wie könnte auch dem beschenkten Ehegatten eine Unredlichkeit Schuld gegeben werden deswegen, daß er die geschenkte Sache thatsächlich wie eine eigene behandelt! Weiß er auch, daß vom strengen Rechtsstandpunkte die Sache nicht sein Eigenthum geworden ist, so ist sie ihm doch von dem andern in die Hand gegeben worden, um darüber nach Belieben zu verfügen. Indem er dies thut, kann er sich auf den Willen und die Zustimmung des Eigenthümers berufen, und es kann ihn also wegen beliebiger Verwendung der Sache kein sittlicher Vorwurf treffen. Darum darf der Beschenkte das geschenkte Geld weiter verschenken oder andere Gegenstände damit kaufen, ohne daß jemals mehr von ihm zurückgefordert werden kann, als der Betrag dessen, um was er noch zur Zeit der

Weinbergseigenthümers gekostet und keltert wollen, und diesem steht daher auch das Eigenthum des gewonnenen Weines zu. Das alles hat aber mit der Frage, ob der Eigenthumserwerb des Specificanten durch dessen mala fides ausgeschlossen werde, ganz und gar nichts zu schaffen.

122) L. 25 de don. int. V. et U. 24, 1, L. 3 pro donato 41, 6.

Litiscontestation in der Rückforderungsklage zufolge der Schenkung reicher ist.¹²³⁾ Aus demselben Grunde kann derjenige, dem der beschenkte Ehegatte die geschenkte Sache verkauft, usucapiren, obgleich er das Verhältniß der Sache kennt; denn er darf annehmen, daß der Verkauf mit Willen und Zulassung des Eigenthümers geschehen sei, und macht sich daher durch den Kauf der Sache keiner Unredlichkeit schuldig.¹²⁴⁾ Alles dieses sind Sätze, welche die Annahme einer mala fides des beschenkten Ehegatten nothwendig ausschließen müssen,¹²⁵⁾ und man sieht also, daß L. 29 § 1 cit. dem unzweifelhaften Ergebnisse der früheren Stellen in keiner Weise widerstreitet.^{125a)}

64. Dem nunmehr festgestellten Satze läßt sich die etwas weitere Fassung geben, daß die unredlicherweise aufgewandte Arbeit dem Specificanten nicht in Anschlag gebracht wird, sondern dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache zu gute kommt. Hiernach sind nun die einzelnen hier denkbaren und in der Glosse „ab aliquo“ zu § 25 I. de R. D. vgl. auch die Glosse „suo nomine“ zu L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 zusammengestellten Fälle leicht zu entscheiden.

Haben zwei zusammen die Specification bewirkt, der eine in bona fide, der andere in mala fide, so wird die nova species Miteigenthum des redlichen Specificanten und des Eigenthümers der verarbeiteten Sache, und zwar fällt immer derjenige Eigenthumsantheil, welchen der unredliche Specificant bei vorhandener bona fides erwerben würde, dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache zu.¹²⁶⁾

123) Vgl. z. B. L. 5 § 17, L. 7 pr., § 1, 3, L. 28 § 3, 4, L. 29 pr., L. 31 § 9 de don. int. V. et U. 24, 1 u. a.; Savigny System IV S. 65 ff.

124) L. 5 pr pro derelicto 41, 7. Vgl. Schirmer in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. XV S. 234 ff.

125) Vgl. auch noch L. 27 § 5 de R. V. 6, 1. Dieselbe Ansicht findet sich bereits bei Schirmer a. a. O. S. 233, XVI S. 15 ff., Windscheid Pand. § 176 Anm. 6, § 177 Anm. 9.

125a) Mit L. 29 § 1 cit. sind auch noch L. 31 pr., § 1 eod. zu verbinden, Stellen, deren Erklärung mit den Grundsätzen über Schenkungen unter Ehegatten zusammenhängt und daher hier zu weit abliegt.

126) Ebenso entscheidet die Glosse a. d. a. DD. im Anschlusse an Azo; nur scheint dieser nach glo. „suo nomine“ cit. allemal ein Mit-

Ist die nova species aus Stoffen verschiedener Eigenthümer gemacht worden, und der Specificant hinsichtlich des einen Stoffes in bona, hinsichtlich des andern in mala fide gewesen, so kommt die nova species in das Miteigenthum des Specificanten und des Eigenthümers des unredlich verarbeiteten Stoffes. Die Antheile bestimmen sich nach dem Werthverhältnisse der verarbeiteten Stoffe.

Wenn endlich der specificirte Stoff zwar nur einem und demselben Eigenthümer gehörte, der Specificant aber bezüglich eines Theils desselben in bona, bezüglich eines andern Theils in mala fide war, so wird die nova species Miteigenthum des Specificanten und des Stoffeigenthümers nach dem Werthverhältnisse des redlich verarbeiteten Theils des Stoffes zu dem unredlich verarbeiteten.

65. β) Die Specification ist zum Theil mit eigenem, zum Theil mit fremdem Stoffe geschehen. War hier der Specificant hinsichtlich des fremden Stoffes in bona fide, so erhält er stets das ganze Eigenthum der nova species, einerlei ob sich diese in die frühere Gestalt zurückführen läßt oder nicht.¹²⁷⁾ War er aber in mala fide, dann wird man nach den eben erörterten Grundsätzen sagen müssen, daß die nova species ihm und dem Eigenthümer des fremden Stoffes zu Miteigenthum zufalle nach dem Verhältnisse des Werthes des eigenen zu demjenigen des fremden Stoffes.¹²⁸⁾

eigenthum des redlichen Specificanten und des Stoffeigenthümers nach Hälften angenommen zu haben, was ich nicht für richtig halten kann.

127) § 25 in f. I de R. D. 2, 1. S. oben Nr. 49 ff.

128) Vgl. die Glosse „dominum“ ad § 25 in f. I. de R. D. 2, 1, Donell. Comm. de iure civ. L. IV cap. XII § 5. Vorausgesetzt wird indessen, daß der verwendete fremde Stoff nicht als bloße nebensächliche Thatat erscheint, denn solchenfalls würde nichtsdestoweniger das ganze Eigenthum der nova species dem Specificanten zufallen und dem Eigenthümer des fremden Stoffes nur eine Entschädigungsklage wegen desselben zustehen: § 26 I. de R. D. 2, 1. Arndts Pand. § 155 Anm. 3 a. G. scheint diese Behandlung ganz allgemein auf alle Fälle anwenden zu wollen, in denen der Specificant neben eigenem unredlicherweise auch fremden Stoff verwendet, — schwerlich ganz folgerecht, wenn man anerkennt, daß der Eigenthumserwerb des Specificanten durch dessen mala fides ausgeschlossen werde. Vgl. auch Windscheid Pand. § 187 Anm. 4, der nur

66. Anhangsweise ist nun auch der Fall zu berühren, wenn durch Zufall eine nova species gebildet wird. Natürlich muß auch hier das bisherige, an der alten, verwandelten Sache bestandene Eigenthum erlöschen (s. oben Nr. 58), das Eigenthum der nova species aber muß stets und ohne Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit dem gewesenen Eigenthümer der alten Sache zukommen.¹²⁹⁾ Denn da der auf das Element der Arbeit zu gründende Anspruch auf dieses Eigenthum hier wegfällt, so muß allemal der auf dem stofflichen Elemente beruhende zur ausschließlichen und ungehinderten Wirksamkeit gelangen. (Vgl. oben Nr. 34.) Ist die nova species aus Sachen verschiedener Eigenthümer entstanden, so folgt daraus, daß diese Miteigenthümer der nova species werden müssen und zwar nach Verhältniß des Werthes der verwandelten Stoffe.¹³⁰⁾

Als zufällige Entstehung einer nova species ist es auch anzusehen, wenn die nova species zwar in Folge einer menschlichen Thätigkeit entsteht, aber keine auf Erzeugung der nova species gerichtete Absicht vorhanden war; denn nicht der Umstand allein, daß eine menschliche Thätigkeit mitunterläuft, sondern die auf die Herstellung der nova species gerichtete Absicht ist es, was die Specification von der zufälligen Entstehung einer nova species unterscheidet. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn Jemand im Zorn oder aus Versehen ein fremdes

wieder nach anderer Richtung zu weit zu gehen und dem Specificanten allen Eigenthumserwerb abzusprechen scheint. Dies ist bloß dann richtig, wenn der verwendete eigene Stoff sich nur als nebensächliche Zuthat darstellt, wie denn überhaupt in solchem Fall alles wie bei Verwendung bloß fremden Stoffes zu beurtheilen ist. — Man könnte hier vielleicht noch die Frage aufwerfen, wie es sich verhalte, wenn Jemand eigenen Stoff in Gemeinschaft mit einem andern specificire, also zwar den ganzen Stoff, aber nur einen Theil der Arbeit liefere. Allein diese Frage bedarf keiner besondern Erörterung, weil in einem derartigen Fall immer das Moment der Einwilligung des Stoffeigenthümers vorhanden ist (s. oben Nr. 61), und also in Ermangelung anderweiter Uebereinkunft die nova species beiden Specificanten als Miteigenthum (und zwar hier zu gleichen Theilen) zugesprochen werden muß.

129) L. 70 § 2 in f. vbb. § 1 de usufr. 7, 1. S. auch die folgende Anmerkung.

130) § 26 I. de R. D. 2, 1, L. 7 § 8, 9 de A. R. D. 41, 1.

(etwa bona fide besessenes) Thier tödtet, wovon das Fleisch oder die Haut u. dgl. vernutzbar ist, oder wenn er unvorsichtigerweise fremde Trauben zerquetscht, so daß Most entsteht, oder aus Irrthum fremdes Holz verbrennt zur Heizung oder zum Kochen und nun Asche übrig bleibt u. s. w.^{130 a)})

Ferner muß die zufällige Entstehung einer nova species angenommen werden, wenn diese zwar absichtlich hergestellt worden ist, aber von einer Person, deren Willensäußerungen im Rechte keine Beachtung finden, wie z. B. von einem Wahnsinnigen oder Kinde; denn was solche Personen thun, erscheint juristisch stets als bloßer Zufall

67. III. Der Vollständigkeit wegen muß jetzt noch die Frage erörtert werden, ob und unter welchen Voraussetzungen derjenige, welcher durch Specification Eigenthum oder Arbeit einbüßt, einen Ersatz verlangen könne.

Hat der Specificant unredlicher Weise eine fremde Sache verarbeitet, so macht er sich, wie gezeigt, sowohl in Betreff dieser Sache selbst, als in Betreff der nova species eines furtum schuldig, und der Stoffeigenthümer kann daher wegen jeder von beiden die *condictio furtiva* und die *actio furti* gebrauchen.¹³¹⁾ Desgleichen kann er wegen jeder von beiden die *actio ad exhibendum* gebrauchen: wegen der alten Sache, weil der Specificant dolosor Weise sie zu besitzen aufgehört hat, wegen der neuen, weil ihm auch diese gehört und er folglich ein begründetes Interesse an deren Exhibition hat.¹³²⁾ Aus den nämlichen Gründen muß ihm wegen jeder der beiden Sachen die Eigenthumsklage zustehen, und endlich wird er sich auch der

130a) Man könnte geneigt sein, auf dergleichen Fälle L. 49 § 2 de R. V. 6, 1 zu beziehen:

Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.
Aber die Stelle spricht, wie ich glaube, nicht von dem Fall, wo das, was aus der Sache übrig ist, als eine nova species erscheint, sondern bloß von der theilweisen Zerstörung, und zwar dürfte im Hinblick auf das princ. zunächst an den Fall gedacht sein, wenn ein Haus durch Feuer oder sonst zu Grunde geht, so daß nur noch der Bauplatz vorhanden ist.

131) L. 52 § 14 de furt. 47, 2, L. 13, 14 § 2, 3 de cond. furt. 13, 1. S. oben Nr. 62.

132) L. 9 § 3, L. 12 § 3 ad exhib. 10, 4.

actio legis Aquiliae bedienen können, da in der unredlichen Specification eine dolose Vernichtung der verarbeiteten Sache zu erblicken ist.¹³³⁾ Es versteht sich von selbst, daß in einzelnen Fällen auch noch andere Klagen, wie z. B. die actio commodati, depõsiti u. dgl., statthaft sein könnten.

Gingegen kann der Specificant niemals Ersatz wegen der aufgewendeten Arbeit begehren, weil der für auf Erstattung selbst nothwendiger Verwendungen bekanntlich keinen Anspruch hat.¹³⁴⁾

68. Anders stellt sich das Verhältniß, wenn der Specificant in bona fide war. Wir werden hier aber unterscheiden müssen, ob das Eigenthum der nova species dem Specificanten, oder ob es dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache zufällt.

1) Der Specificant wird Eigenthümer der nova species. Wäre diese

a) im Besitze des Eigenthümers der verarbeiteten Sache, so könnte sie der Specificant vindiciren, der Besitzer aber müßte das Recht haben, sie dem Kläger so lange vorzuhalten, bis ihm dieser den vollen Werth der verarbeiteten Sache ersetzt hätte.¹³⁵⁾

b) Wenn sich dagegen, wie regelmäßig der Fall sein wird, die nova species im Besitze des Specificanten befindet, so entsteht nun die Frage, ob der Eigenthümer der verarbeiteten Sache eine Klage habe, um für ihren Verlust einen Ersatz zu erlangen.

Während ihm einige neuere jede Klage absprechen¹³⁶⁾, hat sich die herrschende Meinung von jeher für die Gewährung einer

133) Wesentlich dieselben Klagen gestatten Struv Syntagma Exerc. XLI § 39, Lauterbach Coll. XLI, 1 § 87, Voet Comm. ad Pand. XLI, 1 nr. 21, Göschen Vorles. § 247 III, Keller Vorles. §. 142 a. E. Was mit jeder dieser Klagen gefordert werden könne, ergibt sich von selbst aus deren Theorie und bedarf daher hier keiner Erörterung.

134) L. 13 de cond. furt. 13, 1. -Vgl. L. 1 C. de infant. expos. 8, 52. Arndts Pand. § 168.

135) Arg. § 34 I. de R. D. 2, 1, L. 23 § 4 de R. V. 6, 1, L. 9 § 2 in f. de A. R. D. 41, 1. Vgl. Lauterbach Colleg. XLI, 1 § 85, Schmid Handbuch I S. 178, R. Sell Dingl. Rechte I S. 109, Böding Pand. II § 154 Note 14 (S. 166) vgl. § 152 Note 32 (S. 146).

136) Dernburg in der krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. I S. 147, S.

Klage erklärt. Diese wird von den meisten als eine *in factum actio* nach Analogie der in L. 23 § 5 de R. V. 6, 1 genannten bezeichnet, ihr Ziel aber entweder in Erstattung des Geldwerthes der verarbeiteten Sache¹³⁷⁾ oder von andern in Herauszahlung dessen gesetzt, um was der Specificant durch die Specification bereichert sei.¹³⁸⁾ Manche wollten daneben auch die *actio legis Aquiliae* auf vollen Schadenserfaß gewähren für den Fall, daß der Specificant zwar in bona fide, aber doch wenigstens in culpa gewesen.¹³⁹⁾ Von einigen Schriftstellern der neuesten Zeit endlich wird der Stoffeigenthümer lediglich auf eine *condictio* wegen grundloser Bereicherung beschränkt¹⁴⁰⁾, wonach er denn allerdings selten in der Lage sein würde, mit Erfolg gegen den Specificanten aufzutreten. Denn hat dieser

Witte die Bereicherungsklagen S. 306, 309 und die bei Bangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 567 Nr. 3) angeführten.

137) Vgl. schon die Glosse „dabant“ zu L. 5 § 3 de R. V. 6, 1, die Glosse „in omnibus“ zu L. 23 § 5 eod., und die Glosse „utilem“ zu L. 30 de don. int. V. et U. 24, 1, Duaren. Comm. in tit. de acq. rer. dom. cap. VI, Donell. Comm. de iure civ. L. IV cap. XII § 10, Meier Coll. Argent. XLI, 1 § 30 nr. XIII, Vinnius ad § 25 I. de R. D. nr. 6 in f., Struv Syntagma Exerc. XLI § 39, Lauterbach Coll. XLI, 1 § 85, Schilling Institut. II § 159 a. G., W. Sell Versuche I S. 89 ff., R. Sell Dingl. Rechte I S. 109, Brinz Pand. I S. 194, Bangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 567 Nr. 3). Der Glosator Martinus wollte arg. L. 5 § 3 de R. V. eine utilis in rem *actio* geben; vgl. die angeführten Glossen.

138) Mühlenbruch Lehrbuch § 248 a. G., Götschen Vorles. § 247 III a. G., Sintonis Pract. Civilr. § 50 bei Note 17, Schmid Handbuch I S. 178, Böcking Pand. II § 154 Note 14 (S. 166) vgl. § 152 Note 32 (S. 146), Arndts § 155 Anm. 4, Seuffert Pract. Pandektenrecht § 131 Note 6, Pagenstecher Lehre vom Eigenth. II S. 122.

139) Mühlenbruch Lehrbuch § 248 a. G., Sintonis Pract. Civilr. § 50 Note 17, Schmid Handbuch I S. 178. Voet Comm. ad Pand. XLI, 1 nr. 21 hält die in L. 23 § 5 de R. V. 6, 1 erwähnte *actio in factum* überhaupt für eine „*actio in factum ex lege Aquilia*.“ Vgl. Donell. l. c. (s. Anm. 137), der die Klage als *actio subsidiaria ex sententia legis Aquiliae* bezeichnet.

140) Keller Vorles. § 142 a. G., Jhering in seinen Jahrbüchern I S. 138, Windscheid Pand. § 187 a. G. Vgl. auch Maceldbey's Lehrb. des röm. Rechts. 14. Ausg. von Frits § 243 Note f.

die verarbeitete Sache entgeltlich erworben, so ist darin, daß er das Eigenthum der nova species erlangt, überhaupt keine Bereicherung zu finden; hat er sie aber durch gültige Schenkung erworben, so fehlt es seiner Bereicherung wenigstens nicht an einem ausreichenden Grunde. ^{140 a)}

69. Dürfte man bei der Frage lediglich von allgemeinen Erwägungen ausgehen, so möchte man geneigt sein, sich der letzten Ansicht anzuschließen, nach der positiven Gestaltung des römischen Rechtes aber kann, wie ich glaube, nur die herrschende Ansicht als die richtige betrachtet werden. Denn die nämlichen Erwägungen würden sich bei der Accession geltend machen. Wenn eine Sache in nebensächliche Verbindung mit einer andern gebracht wird, so ist sie als selbständige Sache vernichtet und zur bloßen Eigenschaft der andern geworden. Ist nun eine Trennung nicht mehr möglich und folglich der Untergang der Accession als selbständiger Sache ein endgültiger, so müßte man jenen Erwägungen zufolge den gewesenen Eigenthümer gegenüber demjenigen, der in gutem Glauben die Verbindung bewirkt hat, gleichfalls auf eine *condictio* wegen grundloser Bereicherung beschränken, welche denn wieder nur in seltenen Ausnahmefällen statthaft sein würde. Allein das römische Recht gewährt bei solchen Voraussetzungen unbedingt und ohne jede Unterscheidung oder Einschränkung eine *in factum actio* ¹⁴¹⁾ oder *utilis rei vindicatio* ¹⁴²⁾. Diese Bestimmung muß wegen völliger Gleichheit des Verhältnisses auch auf die Specification angewendet werden, zumal in § 26 f. I. de R. D. 2, 1 ganz

140a) Vgl. Fhering Abhandlungen S. 81 f. Ich halte es aus allgemeinen Gründen und im Hinblick auf die von der *condictio sine causa* handelnden Stellen für einen Irrthum, immer schon in dem bloßen Erwerbe des Eigenthums der nova species eine grundlose Bereicherung des Specificanten zu erblicken, wie Arndts Pand. § 155 a. E. zu thun scheint.

141) L. 23 § 5 de R. V. 6, 1 verb.: Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

142) L. 5 § 3 eod., § 34 I. de R. D. 2, 1 und Theophil. ad h. l., L. 9 § 2 de A. R. D. 41, 1. In § 34 I. cit. und L. 9 § 2 cit. wird ausdrücklich gesagt, daß die Klage auch gegen denjenigen statfinde, welcher in gutem Glauben die Verbindung bewirkt habe.

allgemein und noch dazu in unmittelbarer Anknüpfung an einen mit der Specification besonders nahe verwandten Accessionsfall und zum Abschlusse der Erörterungen über Specification¹⁴³⁾ gesagt ist, daß „*exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt.*“ Damit soll in diesem Zusammenhang und an diesem Orte unzweifelhaft ausgesprochen werden, daß in allen Fällen der Accession und Specification derjenige, der dadurch Eigenthum zu Gunsten eines andern verliere, gegen diesen eine Ersatzklage richten könne, selbst dann, wenn letzterer sich in gutem Glauben befinde. Daß aber der Satz im Zusammenhange der Justinianischen Gesetzgebung wirklich diesen weiten und allgemeinen Sinn haben soll, darf um so weniger bezweifelt werden, da erst die Verfasser der Institutionen statt „*quibusdam aliis possessoribus*“, wie bei Gaius steht, „*quibusque*“ gesetzt haben. Die neuesten Ausgaben lesen freilich wieder „*quibusdam*“; allein diese Lesart gründet sich, so weit ich sehe, vornehmlich bloß auf Gaius, und daß „*quibusque*“ gelesen werden muß, ergibt sich unzweideutig aus der Darstellung des Theophilus, welcher nur darin zu weit geht, daß er gegen jeden Besitzer die *condictio furtiva* gestatten will.

Das Ergebniß dieser Erörterung wird dadurch unterstützt, daß wir eine Stelle haben, welche unmittelbar in der Anwendung auf die Specification dem gewesenen Stoffeigenthümer gegen den das Eigenthum der *nova species* erwerbenden Spe-

143) Denn daß auch der § 26 I. cit. noch zu den Erörterungen über die Specification gehört, ist offenbar. Er knüpft nämlich an den Schlußsatz des § 25 I. eod. an, worin von der Specification theils eigenen, theils fremden Stoffes die Rede war, und sagt, daß man es nicht immer unter diesen Gesichtspunkt bringen könne, wenn Jemand eine *nova species* mit Verrückung theils von eigenem, theils von fremdem Stoffe herstelle, indem in derlei Fällen mitunter der eine Stoff auch bloß als nebensächliche Zuthat d. h. als Accession zu betrachten sein könne. (Vgl. oben Anm. 128). Daß wirklich erst der Satz „*nam exstinctae res*“ u. s. w. den Abschluß der Erörterungen über Specification bilden soll, dürfte noch daraus erhellen, daß er auch bei Gai. II, 79, woraus er genommen ist, diese Stelle und Bestimmung hat.

cificanten eine utilis actio — unzweifelhaft utilis rei vindicatio — einräumt. Es ist dies nämlich L. 29 § 1, L. 30 de donat. int. V. et U. 24, 1, wo folgendes gesagt wird:

Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait, (L. 30) utilem tamen viro competere.

Freilich will ich nicht leugnen, daß sich diese Stelle auch erklären ließe, wenn man dem Stoffeigenthümer bloß wegen grundloser Bereicherung des Specificanten eine Klage gestatten wollte, weil es sich darin um einen Fall handelt, in welchem allerdings der Erwerb des Eigenthums der nova species durch den Specificanten als eine grundlose Bereicherung auf Kosten des Stoffeigenthümers erscheint.

Sollten übrigens die römischen Quellen noch Zweifel lassen, so müßte doch für das heutige Recht der Satz, daß dem Stoffeigenthümer selbst gegen den gutgläubigen Specificanten ein Anspruch auf Ersatz gebühre, schon um deswillen festgehalten werden, weil er von den Glossatoren bis auf unsere Tage herab fast einstimmig gelehrt worden und daher, wie ich glaube, auf jeden Fall als gewohnheitsrechtlich festgestellt zu betrachten ist.

70. Der Anspruch geht aber auf Erstattung des einfachen Geldwerthes der Sache, deren Eigenthum der berechtigte durch die Specification zu Gunsten des Specificanten verloren hat.¹⁴⁴⁾ Dabei muß jedoch die natürliche Schranke gezogen werden, daß der Kläger niemals mehr als den gegenwärtigen Werth der nova species verlangen kann. Irre ich nicht, so läßt sich dies sogar unmittelbar aus der Theorie der utilis rei vindicatio ableiten.

Nach Gai. II, 78, § 34 I. de R. D. 2, 1, L. 9 § 2 de A. R. D. 41, 1 scheint der Eigenthümer einer Tafel, welche von einem Maler zur Grundlage eines Gemäldes benutzt und dadurch seinem Eigenthum entfremdet worden ist, mittels einer utilis rei vindicatio von dem (selbst gutgläubigen) Maler Herausgabe des Gemäldes fordern zu können, sofern er nur

¹⁴⁴⁾ Vgl. L. 23 § 4 de R. V. 6, 1. Gai. II, 78, § 34 I. de R. D. 2, 1, L. 9 § 2 de A. R. D. 41, 1.

den Werth der Malerei vergütet. Dies ist im Hinblick auf das processualische Verfahren zur Zeit des *Gaius* ohne Zweifel so zu erklären. Wenn der Eigenthümer der Tafel gegen den Maler mit einem Ersatzanspruche auftrat, so konnte sich letzterer vor dem Prätor zur Bezahlung des Werthes der Tafel erbieten. Gesah dies, und bestritt übrigens der Maler nicht, daß der Kläger Eigenthümer der Tafel gewesen, so wurde ganz gewiß keine Formel weiter gegeben, am wenigsten eine solche, welche zur Herausgabe des Gemäldes führen konnte; denn, wenn der Maler den Werth der Tafel ersetzen wollte, so konnte er ja sogar, wenn deren gewesener Eigenthümer im Besitze des Gemäldes war, dieses mit einer *directa rei vindicatio* von ihm abfordern, wie aus den angeführten Stellen unzweideutig hervorgeht. Bestritt freilich der Maler, daß dem Kläger das Eigenthum der Tafel zugestanden, so mußte jetzt, um diesen Umstand zur richterlichen Untersuchung zu stellen, noch eine Formel ertheilt werden, aber sicherlich war dies nicht die Formel einer *utilis rei vindicatio*, sondern aller Vermuthung nach eine *in factum* gefaßte.

Der Maler konnte aber auch, und es war billig, als redlichem Besitzer ihm diese Wahl zu gestatten, vor dem Magistrate die Erklärung abgeben, daß er es vorziehe, dem Kläger das Gemälde gegen Erstattung des Werthes der Malerei zu überlassen. Bestand in solchem Falle noch Streit, ob der Kläger wirklich Eigenthümer der Tafel gewesen, so gab nun der Prätor ganz passend eine der *Publiciana* ähnliche Formel, nämlich die gewöhnliche Formel der *rei vindicatio*, welche mittels *fictio* auf das vorliegende Verhältniß anwendbar gemacht wurde.¹⁴⁵⁾ Auf

145) Theophil. ad § 34 I. cit. Die Formel mag etwa folgendermaßen gelautet haben:

Si in tabula, q. d. a., Numerius Negidius non pinxisset, tum si eam tabulam Auli Agerii ex iure Quiritium esse pareret, neque eam tabulam Ns Ns Ao Ao arbitrato tuo restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Nm Nm Ao Ao condemna, s. n. p. a.

Vgl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II S. 105. — Die im Texte entwickelte Ansicht kommt im Ergebnisse, wenn auch nicht in der Begründung überein mit der Ansicht von Jhering in seinen Jahrbüchern I S. 140 f., 160 f.,

diese Weise dürfte sich erklären, wie es kommt, daß in Fällen von ganz derselben Art und Natur bald von einer *in factum actio*, bald von einer *utilis rei vindicatio* die Rede ist.

Im Justinianischen Rechte war nun zwar in processualischer Hinsicht zwischen einer *in factum actio* und einer *utilis rei vindicatio* kein sichtlicher Unterschied mehr (und überhaupt auf den Namen der Klage kommt im Justinianischen Rechte an sich nichts mehr an, so daß denn in § 26 I. de R. D. 2, 1 ganz gut auch von einer *condictio* geredet werden konnte); daß man aber gleichwohl jenes Wahlrecht des gutgläubigen Malers noch anerkannte, wird durch § 34 I. cit. und L. 9 § 2 cit. bewiesen.

Dieses Wahlrecht muß nun auch dem gutgläubigen Specificanten eingeräumt werden. Dieser kann also, wenn der gewesene Eigenthümer der verarbeiteten Sache gegen ihn auftritt, sich entweder zum Erfasse des Geldwerthes dieser Sache erbiehen, worauf dann der Anspruch des Klägers beschränkt ist, oder er kann erklären, daß er letzterem die *nova species* überlassen wolle gegen Vergütung dessen, um was ihr Werth denjenigen der verarbeiteten Sache übersteigt. Dies muß sich dann der Kläger gleichfalls gefallen lassen. Dieser zweite dem Beklagten offenstehende Weg ist nun aber namentlich dann von praktischer Wichtigkeit, wenn etwa die *nova species* weniger werth sein sollte, als die verarbeitete Sache, so daß also, wie oben gesagt, der Kläger niemals mehr als den gegenwärtigen Werth der *nova species* ansprechen kann.

Nur dann, wenn sich der Specificant wenigstens einer *culpa* schuldig gemacht, also z. B. aus Versehen und Unachtsamkeit fremden Stoff statt eigenen specificirt hat, wird man dem Stoffeigenthümer eine der *actio legis Aquiliae* analoge *utilis* oder *in factum actio* auf vollen Schadenserfaß gewähren können nach Analogie der L. 30 § 2 ad L. Aquil. 9, 2 und

Arndts Pand. § 152 Anm. Nr. 4 d, Gösschen Vorles. §. 273 a. G., Keller Vorles. § 140 a. G. Ganz so, wie im Texte geschehen, wird das Verhältniß schon aufgefaßt von Schrader ad § 34 I. de R. V. verb.: „*utilis actio*.“

L. 14 § 3 de praescr. verb. 19, 5, welche eine solche Klage wegen schuldhafter Verzehrung fremder Nahrungsmittel geben.¹⁴⁶⁾

71. 2) Das Eigenthum der nova species fällt dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache zu.

a) Ist die nova species im Besitze des Specificanten, so kann sie der Stoffeigenthümer vindiciren, der Besitzer aber hat ein Retentionsrecht bis zum Erfasse des Werthes der aufgewandten Arbeit, da diese in Bezug auf die nova species als ein nothwendiger Aufwand erscheint, ohne den jene gar nicht vorhanden sein würde.¹⁴⁷⁾

b) Befindet sich dagegen die nova species bereits im Besitze des Stoffeigenthümers, so wird man nach reinem römischen Rechte dem Specificanten jede Ersatzklage absprechen müssen, weil dieses wegen gemachter, und zwar selbst nothwendiger Verwendungen bekanntlich überhaupt keine Klage, sondern überall nur ein Retentionsrecht gewährt. Die Praxis läßt jedoch wegen Verwendungen auch eine Klage (utilis negotiorum gestorum actio) zu¹⁴⁸⁾, und dem-

146) Dagegen möchte ich mich nicht, wie gewöhnlich geschieht, auf L. 27 § 14 in f. ad L. Aquil. 9, 2 berufen, weil unter dem „mutare“, welches man herauszuheben pflegt, offenbar nur eine unwesentliche, das begriffliche Dasein der Sache nicht aufhebende Veränderung verstanden ist. Ich möchte nicht einmal L. 27 § 15 eod. anführen, wonach gegen denjenigen, der Wein in Essig verwandelt, die actio legis Aquiliae statthaft ist; denn erstens haben wir früher (Nr. 18) gesehen, daß Ulpian, von dem die Stelle herrührt, und im Anschluß an ihn das Justinianische Recht die Verwandlung von Wein in Essig nicht als Specification, sondern wiederum nur als bloße Veränderung betrachtet, zweitens aber und hauptsächlich (denn der erste Umstand würde die Stelle wenigstens nicht zur analogen Anwendung untauglich machen) ist in der Stelle doch wohl nicht an eine absichtliche Verwandlung des Weines in Essig, sondern an den (unter Nr. 66 gehörigen) Fall gedacht, wenn Jemand durch fehlerhafte Behandlung den Umschlag des Weines herbeiführt.

147) Arg. § 33, 34 I. de R. D. 2, 1, L. 23 § 4 vbb. § 3 de R. V. 6, 1, L. 9 § 1, 2 de A. R. D. 41, 1. Vgl. Donell. Comm. de iure civ. L. IV cap. XII § 11, Struv Syntagma Exerc. XLI § 39 in f., Lauterbach Coll. XLI, 1 § 84, Stryk Usus mod. XLI, 1 § 24, Seuffert Prakt. Pandektenrecht § 131 a. G.

148) Glück Erläut. der Pand. VIII S. 310, Götschen Vorles. § 240 Note 9.

gemäß wird im heutigen Rechte dem Specificanten stets eine Klage zu gestatten sein auf den Betrag, um welchen der Werth der nova species denjenigen der verarbeiteten Sache übersteigt.^{148a)}

72. Eine besondere Betrachtung verdienen zum Schlusse die Fälle, in denen der Begriff einer neuen Sache lediglich durch die besondere Art der Zusammenfügung einzelner Sachen gebildet wird, ohne daß diese selbst eine Umgestaltung erleiden (also die *f. g. universitates rerum cohaerentium*). Hierher gehört z. B. die Verfertigung eines Schiffes aus den vollständig dazu hergerichteten Planken und Brettern¹⁴⁹⁾, die Herstellung eines Schrankes oder Kastens durch Zusammenfügung von Brettern¹⁵⁰⁾, die Verfertigung eines Schmuckes durch Zusammensetzung von Perlen und Edelsteinen¹⁵¹⁾ u. dgl.

Daß auch diese Fälle unter den Begriff der Specification zu stellen, ist schon früher (Nr. 15) gegen die abweichende Meinung Bechmann's ausgeführt worden; aber allerdings haben

148a) Vgl. Stryk *Usus mod.* XL1, 1 § 24, der nur darin irren dürfte, daß er dem Specificanten die Klage unbedingt auf den Werth der Arbeit gestatten will. (Nur in Betreff des im Texte genannten Betrages kann ein *negotium utiliter gestum* angenommen werden). Die meisten verwerfen selbst für das heutige Recht jede Ersatzklage des Specificanten und beschränken diesen auf das Retentionsrecht. Vgl. Seuffert *Prakt. Pandektenr.* § 131 a. G., Holzschuher *Theorie und Casuistik* 3. Aufl. II S. 264 Anm., Mackelden's *Lehrb. des röm. Rechts.* 14. Ausg. von Friß § 243 Note c. Die Frage wird selten von praktischer Bedeutung werden.

149) L. 61 de R. V. 6, 1, L. 10 § 7 quib. mod. ususfr. 7, 4, L. 18 § 3 de pign. act. 13, 7, L. 88 § 1, 2 de legat. III. (32), L. 7 § 7, L. 26 pr. de A. R. D. 41, 1, § 25 I. de R. D. 2, 1, Gai. II, 79. Werden zuerst die Planken und Bretter aus Baumstämmen hergestellt, so liegt auch schon darin eine Specification. Daß aber in sämtlichen angeführten Stellen nur hievon die Rede sei, wie Bechmann S. 32 annimmt (*f. oben Nr. 15*), kann ich nicht für richtig halten.

150) L. 88 § 1 cit., L. 7 § 7 cit., § 25 I. cit., Gai. II, 79. Auch die in den drei letzten Stellen in unmittelbarem Anschlusse an die Beispiele von dem Schiffe und Schranke genannte Verfertigung einer Bank aus Brettern ist unter diesen Gesichtspunkt zu stellen.

151) L. 6 § 1 de auro, arg. 34, 2 (Marcell.), vgl. L. 25 § 11 eod., L. 10 § 6 quib. mod. ususfr. 7, 4, beide von Ulpian.

sie eine Eigenthümlichkeit, wodurch sie sich vor andern Specificationsfällen auszeichnen. Nicht bloß das stoffliche Element der einzelnen, zur Herstellung des ganzen verwendeten Sachen geht nämlich in dieses über, sondern jene Sachen selbst bestehen begrifflich in dem ganzen noch fort, freilich nicht mehr als selbständige Sachen, aber doch als Eigenschaften und Theile des ganzen. Sie erscheinen daher nicht als bloßer Stoff, sondern jede einzelne derselben erscheint zugleich als Accession der entstandenen neuen species. Dazu kommt, daß durch Loslösung vom ganzen auch das frühere selbständige Dasein dieser Sachen wieder hergestellt wird, wodurch nach den bekannten Regeln der Accession das Eigenthum und die Rechtsverhältnisse, welche daran vor der Einfügung in das ganze bestanden, von selbst und ohne weiteres wieder aufleben.¹⁵²⁾

Es läßt sich demnach behaupten, daß hier das Eigenthum der zur Verfertigung des ganzen verwendeten einzelnen Sachen nicht in der Weise, wie bei andern Specificationsfällen, in dem neuen Begriffe aufgegangen, sondern nur in einen Zustand der Erstarrung und Gebundenheit versetzt sei, woraus es jeden Augenblick durch die actio ad exhibendum des Eigenthümers wieder erweckt werden kann. Neben dem neuen Eigenthum an der nova species besteht auch das alte Eigenthum an den einzelnen Bestandtheilen, freilich zunächst nur als ein ruhendes und schlummerndes, noch fort.¹⁵³⁾

73. Unter solchen Umständen muß die Frage nahe liegen, ob nicht vielleicht die Fälle dieser Art von den römischen Juristen auch in der Behandlung ausgezeichnet und nach andern, als den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilt worden seien.

Daß dies zunächst von den ältern Proculianern und Sabinianern nicht geschehen, dürfte sich aus der Darstellung des Gaius in seinen Institutionen II, 79 und in L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 ergeben. Ja es erscheint mir nicht einmal

152) Vgl. L. 7 § 2 ad exhib. 10, 4 (Ulp.), L. 59 de R. V. 6, 1 (Iul.).

153) Die genauere Bestimmung und Ausführung dieser Sätze kann nur in einer Darstellung der Accessionslehre gegeben werden.

besonders wahrscheinlich, daß man wenigstens beim Schiffe nur auf das Eigenthum am Kiel geachtet und danach immer das Eigenthum des ganzen Schiffes bemessen habe, obwohl wir aus L. 61 de R. V. 6, 1 lernen, daß Julian diese Regel befolgt hat, und obwohl auch Pomponius in L. 24 § 4 de egat. I (30) die Identität eines Schiffes lediglich mit Rücksicht auf die Identität des Kiels beurtheilt.

Es wird hier der beste Platz sein, auf die erstgenannte, vielbesprochene Stelle näher einzugehen, wobei freilich nicht beabsichtigt werden kann, die mancherlei, zum Theil recht wunderlichen Auslegungen, die sie erfahren hat¹⁵⁴⁾, sämmtlich zu beleuchten, sondern nur den Sinn der Stelle, wie ich ihn für richtig halte, und ihr Verhältniß zum Justinianischen Rechte kurz zu entwickeln. Sie lautet so:

Iulian. l. VI ex Minicio: — Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus eiusdem navis maneret, respondit manere. Sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse, Iulianus notat; nam proprietates totius navis carinae causam sequitur.

Ich bin hier zunächst der Interpunction gefolgt, welche sich z. B. in der Krieger'schen Ausgabe der Digesten findet, und die mir auch im Sinne Julian's, des ursprünglichen Verfassers, als die richtigere erscheint. Danach wird in der Stelle einfach berichtet, Minicius habe sich dahin ausgesprochen, daß derjenige, welcher sein Schiff mit fremdem Holze ausbessere, demungeachtet Eigenthümer des Schiffes bleibe. Julian aber fügt bei, anders verhalte es sich, wenn Jemand ein Schiff aus fremdem Holze neu erbaue; dann könne er nicht Eigenthümer des Schiffes werden, weil allemal das Eigenthum des ganzen Schiffes dem Kiele folge. Sei also der Kiel aus fremdem Holze gemacht und folglich Eigenthum dessen, dem das Holz gehört habe (s. oben Nr. 27), so müsse diesem auch das Eigenthum des ganzen Schiffes zugeschrieben werden.

Nach dieser Auslegung müßte nun freilich die Stelle, wie

¹⁵⁴⁾ Vgl. z. B. Hilliger in not. 3 ad Donelli Comm. de iure civ. Lib. IV cap. XII.

denn auch öfters angenommen wird¹⁵⁵), mit den Grundsätzen des Justinianischen Rechtes in einem unlösbaren Widerspruche stehen. Allein es ist auch noch eine andere Auslegung möglich, die wir gewinnen, sobald wir mit älteren Digestenausgaben hinter *manere* statt des Punktes ein Komma und hinter *non posse* statt des Komma einen Punkt setzen.

Hienach hätte Minicius folgendes gesagt: Wer sein Schiff mit fremdem Holze ausbessere, bleibe nichtsdestoweniger der (alleinige) Eigenthümer des Schiffes, weil hier die neu eingesetzten Bretter, Planken u. s. w. als bloße Accessionen zu betrachten seien. Wer dagegen bei Erbauung eines Schiffes fremdes Holz verwende, könne nicht als alleiniger Eigenthümer des Schiffes angesehen werden, weil sich die zur ersten Erbauung des Schiffes vernutzten Bretter u. dgl. nicht als Accessionen desselben auffassen ließen. Diese letzte Entscheidung tadelt Julian (notat in diesem Sinne), weil sich das Eigenthum am ganzen Schiffe immer nach dem Eigenthum am Kiel richte, m. a. W. alle übrigen Theile des Schiffes stets als Accessionen des Kiels betrachtet werden müßten. Habe also der Erbauer des Schiffes nur Eigenthum am Kiel gehabt, so müsse er immer das Eigenthum des ganzen Schiffes erhalten, auch wenn er dieses sonst aus fremdem Holze gebaut haben sollte.¹⁵⁶)

155) Vgl. z. B. Vangerow Pand. I § 310 (7. Aufl. S. 565 a. G.), R. Sell Dingl. Rechte I S. 101.

156) Die Glosse, welche die zweite Interpunction zu Grunde legt, bezieht das „*Julianus notat*“ auf die erste, von der Ausbesserung des Schiffes handelnde Entscheidung des Minicius, welche Julian billigend hervorhebe und durch den Satz: „*nam proprietas*“ u. s. w. begründe. Die zweite Entscheidung in Betreff der Erbauung des Schiffes aber will sie auf den Fall einschränken, wenn der Eigenthümer des Holzes dieses schon vollständig zur Erbauung des Schiffes zugerichtet habe und nun ein anderer das Schiff wirklich daraus zusammensetze. Denn weil hier die in der Verfertigung des Schiffes liegende Specification nur eine rückführbare sei, so müsse das Eigenthum des Schiffes dem Eigenthümer des Holzes zufallen. Wenn dagegen Jemand aus fremdem Holze zuerst Bretter und daraus dann ein Schiff verfertige, so müsse er dessen Eigenthum erhalten, weil ihm jene erste, nichtrückführbare Specification das Eigenthum der Bretter verschafft habe, und er also nun bei der zweiten Specification mit eigenem Material arbeite. Von diesem Fall sei L. 26 pr. de A. R. D. 41, 1 zu verstehen.

Obwohl mir nun diese Erklärung nicht so natürlich und ungezwungen erscheint, als die erste, und ich daher letzterer im Sinne Julian's den Vorzug gebe, so ist doch auch jene wenigstens sehr gut möglich und mit den Worten vollkommen vereinbar. Da sie nun zugleich nichts enthält, was den sonstigen Grundsätzen des Justinianischen Rechtes irgend zuwiderliefe, so muß sie im Sinne der Compilatoren und im Zusammenhange des Corpus iuris gewiß als die allein richtige und von jenen gewollte angesehen werden.

74. Es fragt sich, ob auch die Anhänger der Mittelmeinung die Fälle, von denen hier die Rede ist, ganz nach den gewöhnlichen Gesichtspunkten d. h. also bloß mit Rücksicht auf die Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit der *nova species* beurtheilt haben.

Für die zweite Auffassung der Mittelmeinung möchte ich dies im Hinblick auf die Darstellung des Gaius in L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 mit einiger Wahrscheinlichkeit behaupten; dagegen ist, wie mir dünkt, von der ersten Auffassung mit ziemlicher Sicherheit das Gegentheil zu sagen, und für diese mußte in der That nach dem eingenommenen Standpunkte eine besondere Behandlung unserer Fälle fast unabweisbar sein. Denn sie ging davon aus (s. Nr. 28), daß bei Rückführbarkeit der *nova species* gar kein neues Eigenthum an dieser beginne, sondern daß das Eigenthum der *materia* unverändert in ihr fortbauere. Weil sich nun ein Schiff oder Schrank durch Auseinanderlösung der einzelnen Bretter u. dgl. ganz entschieden wieder in die frühere Gestalt zurückbringen läßt¹⁵⁷⁾, so hätte man bloß mit der gewöhnlichen Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit zu dem seltsamen Ergebnisse gelangen müssen, daß an dem Schiff oder Schranke kein selbständiges,

157) Vgl. namentlich L. 10 § 7 quib. mod. ususfr. 7, 4, L. 83 § 5 de V. O. 45, 1, L. 98 § 8 de solut. 46, 3, wo der Fall als möglich gesetzt wird, daß ein Schiff auseinandergenommen und dann aus denselben Brettern und Planken wiederhergestellt wird. S. auch die Glosse „non posse“ zu L. 61 de R. V. 6, 1 und die Glosse „sed si meis“ zu L. 26 pr. de R. V. 6, 1, Donell. Comm. de iure civ. Lib. IV cap. XII § 8.

von dem Eigenthum an den einzelnen Brettern und Planken verschiedenes Eigenthum stattfindet, so daß also jede Vertauschung eines Brettes mit einem andern auch einen Wechsel in den am Schiffe oder Schrank bestehenden Eigenthumsverhältnissen hätte herbeiführen müssen. Aber noch mehr! Man hätte sogar behaupten müssen, daß am Schiff oder Schrank als solchem überhaupt gar kein Eigenthum bestehe, sondern nur an den einzelnen Brettern, weil sich ja diese wieder ablösen und dadurch in ihrem früheren selbständigen Dasein unverändert wiederherstellen lassen. Sonach wäre denn auch keine vindication des Schiffes oder Schrankes, sondern nur eine vindication der in Folge der actio ad exhibendum losgelösten einzelnen Bretter möglich gewesen¹⁵⁸⁾, u. dgl. m.

Solche und ähnliche Sätze konnte man nicht wollen, sondern, wie das Schiff und der Schrank für unsern Begriff und Gebrauch eine selbständige, einheitliche Sache ist, so mußte daran auch ein selbständiges, einheitliches Eigenthum anerkannt werden. Dieses konnte man dann aber nur als ein neues, jetzt erst durch die Fertigstellung des Schiffes oder Schrankes entstandenes ansehen, zumal ja daneben auch das Eigenthum der einzelnen Bretter noch fortbauert und durch deren Ablösung vom ganzen sofort wieder in Wirksamkeit tritt. War nun das Eigenthum am Schiff oder Schrank ein neues, jetzt erst anfangendes, so blieb nach dem eigenen principiellen Standpunkte nichts übrig, als es dem Fertiger des Schiffes oder Schrankes zuzuerkennen. M. a. W. die Fälle, worum es sich hier handelt, mußten, selbst wenn an sich eine Rückführung in die frühere Gestalt möglich war, doch immer wie Fälle nichtrückführbarer Specification behandelt werden.

Was so nach inneren Gründen wahrscheinlich ist, läßt sich aber auch aus äußeren Zeugnissen erweisen. Vor allem wird in L. 26 pr. de A. R. D. 41, 1, einer von den Stellen, welche am bestimmtesten die erste Auffassung der Mittelmeinung bekennen (s. Nr. 28), gesagt: „Sed si meis tabulis navem

158) Vgl. den Ausspruch des Callistratus in L. 12 § 1 de A. R. D. 41, 1 (s. oben Nr. 30).

fecisses, tuam navem esse.“ Freilich wird als Entscheidungsgrund beigelegt: „quia cupressus non maneret, sed cupresseum corpus fieret“, und man könnte daher geneigt sein, trotz jenes Hauptsatzes, welcher unzweideutig auf die Herstellung eines Schiffes aus fremden schon fertigen Brettern hinzuweisen scheint, im Sinne des Paulus doch schließlich nur an den Fall zu denken, wenn Jemand aus fremden Baumstämmen zuerst Bretter und aus diesen dann ein Schiff macht, wonach denn allerdings die Stelle nichts von den gewöhnlichen Grundfägen abweichendes enthielte.¹⁵⁹⁾ Allein abgesehen davon, daß man hienach den Worten „meis tabulis“ eine höchst gezwungene Deutung geben muß, wird das Ergebnis, wie es sich bei unbefangener Betrachtung der Stelle herausstellt, auch noch sehr wesentlich unterstützt durch L. 88 § 1, 2 de legat. III (32) aus dem 5. Buche des Paulus ad legem Iuliam et Papiam, einem Werke, worin dieser Jurist gleichfalls der ersten Auffassung der Mittelmeinung gefolgt ist (S. oben Nr. 31). Im § 1 der Stelle wird gesagt, daß das Vindicationslegat von Werkholz sich nicht auf ein daraus verfertigtes Schiff oder einen daraus gemachten Schrank erstrecke. Ich will zugeben, daß dieser Ausspruch noch nicht ganz zweifellos ist, weil man auch hier an den Fall denken kann, daß aus rohem Werkholze zuerst Bretter und dann erst der Schrank oder das Schiff gemacht werden. Um so unzweideutiger aber ist die Entscheidung in § 2: Nave autem legata dissoluta, neque materia, neque navis debetur. Das Vindicationslegat eines Schiffes soll durch

159) Diese letzte Auslegung findet sich schon in der Glosse (f. glo. „sed si meis“ ad h. l. und bef. glo. „non posse“ ad L. 61 de R. V. 6, 1) und im Anschluß an sie bei Donellus Comm. de iure civ. Lib. IV cap. XII § 8. Das „meis tabulis“ soll nur uneigentlich im Sinne von Brettern stehen, die aus meinen Bäumen geschnitten, aber wegen der hierin liegenden nichtrückführbaren Specification doch nicht mehr in meinem, sondern schon im Eigenthum des Specificanten sind, so daß dieser schließlich das Schiff nicht aus meinen, sondern seinen eigenen Brettern herstellen würde. Vgl. über diese, gewiß sehr künstliche und gezwungene Erklärung z. B. glo. „non posse“ cit. verb.: „et quod ibi dicit „meis“: i. e. mea cupressu factis, non tamen in veritate meis, sed suis, quia bona fide et suo nomine fecerat“.

dessen Auseinanderlösung erlöschen und die Bretter, aus denen das Schiff bestand, nicht erfassen. Und doch liegt hier gewiß ein Fall der Rückführbarkeit vor, indem sich die Bretter zu dem Schiffe wieder zusammensetzen lassen¹⁶⁰⁾. Wäre man also beim Schiffe von den gewöhnlichen Grundsätzen ausgegangen, denen sonst die erste Auffassung der Mittelmeinung folgte (vgl. z. B. den § 3 der Stelle), so hätte man das Legat des Schiffes allerdings auf jene Bretter erstrecken müssen. (S. oben Nr. 31.)

75. Wenden wir uns nun dem Justinianischen Rechte zu, so wird die Verfertigung eines Schiffes von den andern hierher gehörigen Fällen ausgesondert werden müssen.

Das Eigenthum eines Schiffes folgt nach Justinianischem Rechte immer dem Eigenthum am Kiel.¹⁶¹⁾ Hat daher Jemand aus fremdem Holze in gutem Glauben den Kiel verfertigt, so ist er, weil diese nova species nicht mehr in die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, Eigenthümer des Kiels geworden und muß folglich Eigenthümer des ganzen Schiffes werden, selbst wenn er dieses sonst völlig aus fremden und schon fertigen Brettern und Planken hergestellt hätte.¹⁶²⁾

War dagegen der Specificant bei Verfertigung des Kiels in mala fide, oder hat er, selbst im besten Glauben, einen schon fertigen, aber in fremdem Eigenthum stehenden Kiel zur Herstellung des Schiffes benutzt, so kann er niemals dessen Eigenthum erhalten, sollte er auch im übrigen lauter eigene Bretter und Planken verwendet haben.

In den andern verwandten Fällen aber, bei Verfertigung eines Schrankes, einer Bank, eines Schmuckes u. dgl., werden

160) Vgl. die oben Anm. 157 angeführten Stellen.

161) L. 61 in f. de R. V. 6, 1, vgl. L. 24 § 4 de legat. I (30).

162) In diesem Sinne ist, wie schon oben (Nr. 73) ausgeführt, L. 61 de R. V. 6, 1 im Zusammenhange des Corpus iuris zu verstehen. Ähnlich muß aber auch L. 26 pr. de A. R. D. 41, 1 ausgelegt werden. Man muß darin nämlich den Fall unterstellen, wenn Jemand aus fremden Balken und Brettern ein Schiff mit Inbegriff des Kiels erbaut. „Tabulae“ wird hienach allerdings in etwas weitem Sinne genommen, aber immerhin dürfte diese Auslegung noch natürlicher und weniger gewaltsam sein, als die in Anm. 159 angegebene der Glosse und des Donellus.

wir, wie gewöhnlich, von der Rücksicht auf Rückführbarkeit oder Nichtrückführbarkeit ausgehen, also, weil hier stets eine Rückführbarkeit vorhanden ist, das Eigenthum der *nova species* allemal dem Eigenthümer der verwendeten Bretter, Perlen, Edelsteine u. s. w. zusprechen müssen. Denn wir finden nirgends eine Andeutung, daß in diesen Fällen das Eigenthum der *nova species* ausnahmsweise dem Specificanten zuzuschreiben sei, daß sie also juristisch gleich Fällen nichtrückführbarer Specification behandelt werden sollten. Im Gegentheil werden diese Fälle — mit Ausnahme eines sogleich zu berührenden Punktes — in den davon handelnden Stellen, wohin namentlich L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1 und § 25 I. de R. D. 2, 1 gehören, mit andern gewöhnlichen Specificationsfällen auf vollkommen gleiche Linie gestellt, und es wird nicht einmal gesagt, daß, wie beim Schiffe, ein besonderer Theil als die Hauptsache zu betrachten sei, welche das Eigenthum des ganzen nach sich ziehe.

76. Nur in Einer Hinsicht stoßen wir auf eine Eigenthümlichkeit. In Betreff der Erlöschung von Vermächtnissen nämlich werden sämtliche Fälle, in denen der Begriff einer neuen Sache durch Zusammenfügung einzelner Sachen gebildet wird, und zwar mit Inbegriff des Schiffes, gleich Fällen nichtrückführbarer Specification (s. oben Nr. 59) beurtheilt. Wem also Werkholz oder Bretter u. dgl. vermacht sind, der hat keinen Anspruch auf das daraus gefertigte Schiff oder den daraus gemachten Schrank.¹⁶³⁾ Umgekehrt erlischt das Vermächtniß eines Schiffes durch dessen Auseinanderlösung, so daß der bedachte auch keinen Anspruch auf die Bretter und Planken hat.¹⁶⁴⁾ Desgleichen wird das Vermächtniß eines Schmuckes durch die Auseinandernahme der Edelsteine oder Perlen, woraus er bestand, aufgehoben und erstreckt sich auf diese Steine und Perlen nicht, selbst wenn sich dieselben im Nachlasse des Testators noch vorfinden sollten.¹⁶⁵⁾

¹⁶³⁾ L. 88 § 1 de legat. III (32).

¹⁶⁴⁾ L. 88 § 2 eod. S. jedoch die folgende Anmerkung.

¹⁶⁵⁾ L. 6 § 1 vgl. pr. de auro, arg. 34, 2. — Nur wird in allen hierher gehörigen Fällen vorausgesetzt, daß die Auseinandernahme nicht in der Absicht geschehen ist, die einzelnen Bestandtheile zu demselben gan-

Diese eigenthümliche Behandlung erklärt sich aber nach Justinianischem Rechte sehr einfach und leicht. Obgleich sonst bei rückführbarer Specification das Vermächtniß der *materia* auf die *nova species* erstreckt wird, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung des Testators erweislich ist (s. Nr. 59), so hat dies doch seinen Grund allein in der Rücksicht auf den zu vermuthenden Willen des Vermächtnißgebers. Wo nun der Begriff einer gewissen Sache lediglich auf der besondern Art der Zusammenfügung bestimmter einzelner Sachen beruht, da wird im allgemeinen nicht angenommen, daß es bei einem Vermächtnisse solcher Sachen der Wille des Testators gewesen sei, das Vermächtniß zum voraus auch auf jenes etwa daraus zu fertigende ganze auszudehnen, und umgekehrt. Und dies muß sehr natürlich erscheinen. Denn der Gedanke, worauf in den sonstigen Fällen rückführbarer Specification jene Vermuthung beruht, daß nämlich der Testator zunächst und vornehmlich nur den Stoff der vermachten Sache vor Augen gehabt und diesen, einerlei, in welcher Gestalt er sich bei seinem Tode befinden sollte, dem Vermächtnißnehmer habe zuwenden wollen, dieser Gedanke trifft offenbar in unsern Fällen nicht mehr zu. Wer Bretter oder Eisenplatten vermacht, dem dürfen wir gewiß nicht ohne weiteres den Willen unterstellen, daß der Vermächtnißnehmer diese Bretter oder Platten auch in Gestalt eines etwa daraus zu fertigenden Schiffes oder Kastens u. dgl. erhalten solle.

Daß aber mit dem gesagten wirklich der Gedankengang der Justinianischen Gesetzgebung getroffen sein dürfte, möchte sich unzweideutig aus L. 6 § 1 de auro, arg. 34, 2 ergeben, wo die Entscheidung, daß das Vermächtniß eines Schmuckes durch Auseinandernahme der Perlen und Edelsteine (und Verwendung derselben zu einem andern Schmucke) aufgehoben werde, in folgender Weise begründet wird:

quid fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare

zen wieder zusammenzufügen, also nicht etwa bloß zum Behufe der Reparatur. Denn sonst würde das Vermächtniß ungeachtet der zeitweiligen Auseinandernahme fortbestehen. Vgl. L. 83 § 5 de V. O. 45, 1, L. 98 § 8 de solut. 46, 3 und f. auch L. 25 § 11 de auro, arg. 34, 2.

existimetur, quum id quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit? nam quodammodo exstinctum sit, ut interim omittam, quod etiam dissolutione ac permutatione tali voluntas quoque videatur mutata.

77. Es sei mir gestattet, hier am Schlusse des ganzen noch einen Augenblick auf das klassische Recht zurückzukommen. Manchem der Leser sind vielleicht Zweifel übrig geblieben, ob denn wirklich die von mir angenommenen fünf verschiedenen Ansichten unter den römischen Juristen bestanden haben möchten, zumal in den Quellen unmittelbar nur von drei verschiedenen Meinungen berichtet wird, und ich will gerne gestehen, daß ich selbst erst nach langem Zögern mich zu jener Annahme habe entschließen können. Wurde ich zu diesem Entschlusse zunächst dadurch gedrängt, daß es auf keinem anderen Wege gelingen wollte, sämtliche von der Specification handelnde Stellen ausreichend zu erklären: so erschien mir übrigens auch die Sache selbst, sobald ich sie mir erst etwas besser zurechtgelegt hatte, bei weitem weniger bedenklich, als bei der ersten Betrachtung. Vor allem ergeben sich in Betreff der Frage, wem das Eigenthum einer aus fremdem Stoffe verfertigten nova species gebühre, — und man beachte, daß die Stellen, worin von den Streitigkeiten der römischen Juristen die Rede ist: L. 7 § 7 de A. R. D. 41, 1, Gai. II, 79, § 25 I. de R. D. 2, 1 gerade nur diese Frage behandeln, — es ergeben sich, sage ich, in Betreff dieser Frage auch nach meiner Annahme nur drei verschiedene Meinungen: diejenige des Nerva und Proculus, welche das Eigenthum der nova species stets dem Specificanten, diejenige des Sabinus und Cassius, womit diejenige Julian's in dieser Hinsicht übereinkam, welche es stets dem Eigenthümer der verarbeiteten Sache, endlich die Mittelmeinung, welche es — und zwar in ihren beiden Auffassungen — bei Rückführbarkeit der nova species dem Stoffeigenthümer, bei Nichtrückführbarkeit dem Specificanten zuschrieb. Daß dabei im einzelnen und z. B. bei mala fides des Specificanten doch noch weitere Meinungsverschiedenheiten sich geltend machten,

konnte Gaius da, wo es ihm zunächst nur auf eine allgemeine Angabe und Kennzeichnung der verschiedenen Meinungen ankam, übergehen.

Dazu kommt nun aber noch folgendes, was ich dem Leser erst hier, wo er das ganze zu überblicken im Stande ist, vorführen kann, und was daher den eigentlichen Anlaß zu dieser Nachschrift gegeben hat. Die von mir s. g. zweite Auffassung der Mittelmeinung liegt ganz unverkennbar dem Justinianischen Rechte zu Grunde, und namentlich nach § 25 in f. I. de R. D. 2, 1 kann daran auch nicht der Schatten eines Zweifels übrig bleiben. Daraus entspringt aber gewiß von vornherein eine große Wahrscheinlichkeit, daß dieselbe Auffassung auch schon unter den klassischen Juristen vertreten war, und durch die in Nr. 34 ff. angeführten Gründe wird diese Wahrscheinlichkeit meines Erachtens zur Gewißheit erhoben. Ist damit das Dasein der zweiten Auffassung der Mittelmeinung bewiesen, so wird die erste Auffassung völlig unzweideutig in den Quellen, besonders in L. 24, 26 pr. de A. R. D. 41, 1 (s. Nr. 28) ausgesprochen. Hieraus ergibt sich aber wieder von vornherein ein bedeutender Wahrscheinlichkeitschluß auf das Vorhandensein der Ansicht Julian's (Nr. 27), wofür L. 44 § 1 de legat. I. (30) die positive Bestätigung liefert. Die Meinungen endlich, welche ich dem Nerva und Proculus (Nr. 22), ferner dem Sabinus und Cassius (Nr. 23 ff.) zuschreibe, werden durch ganz bestimmte Äußerungen der Quellen außer Zweifel gesetzt.

Sonach muß ich meine Darstellung der verschiedenen Ansichten der römischen Juristen und des dogmengeschichtlichen Entwicklungsganges der Lehre für so gut bewiesen halten, als sich überhaupt irgend etwas dahin einschlagendes nach der Beschaffenheit unserer Quellen beweisen läßt.

Druck von
Johann Neumann
Neudamm
1874

XIV.

Ueber die Bedeutung des Satzes: „*Impossibilium nulla obligatio*.“

Von Herrn Dr. Ude,

Assessor an der braunschweigischen Kreisdirection Holzminden.

(Schluß der Abhandlung Nr. X. im 2. Hefte)

II. Subjective Unmöglichkeit.

Die subjective oder individuelle Unmöglichkeit (die fehlende *facultas dandi*) ist lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Beziehung zu dem Gegenstande der Obligation begründet. Der Grund derselben kann bei Verträgen, die auf individuell bestimmte Sachleistungen gerichtet sind, entweder darin liegen, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung nöthige Recht fehlt, oder auch darin, daß er nicht in demjenigen factischen Verhältnisse zur Sache steht, welches eine nothwendige Voraussetzung für die Erfüllung der Obligation ist; sie kann demnach gleich der objectiven Unmöglichkeit auf rechtlichen und physischen Hindernissen beruhen. Der wichtigste Grund einer solchen subjectiven rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung ist bei denjenigen Leistungen, welche zu ihrer Vornahme ein Recht des Schuldners an der zu leistenden Sache voraussetzen und namentlich bei solchen, welche geradezu auf Uebertragung dinglicher Rechte an denselben gerichtet sind, die mangelnde rechtliche Herrschaft. Diese Art der Unmöglichkeit wird also namentlich bei der Veräußerung fremder, unserer Dispositionsbefugniß nicht unterworfenen Sachen von Bedeutung. Daß einer solchen Obligation entgegenstehende Recht eines Dritten kann allerdings unter Umständen den Erfolg haben, daß das dem Vertrage zum Grunde liegende Object auch der factischen Herrschaft der Paciscenten entzogen, also die Erfüllung vereitelt wird; daß der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß kann aber auch dadurch beseitigt werden, daß der Schuldner das ihm fehlende Recht an der Sache erwirbt, oder den Inhaber dieses Rechts zur Vornahme der versprochenen Leistung,

oder zur Genehmigung der über die Sache getroffenen Dispositionen veranlaßt. Der Natur der Sache nach läßt sich demnach solchen Verträgen über Sachen, die im fremden Eigenthume stehen, nicht ohne Weiteres alle Wirksamkeit absprechen; das Wesen der aus dem fehlenden Eigenthumsrechte sich ergebenden subjectiven Unmöglichkeit kann vielmehr jenen natürlichen Gründen zufolge nur darin bestehen, daß sie sich

- a) nur dann wirksam erweist, wenn das dem Vertrage entgegenstehende Recht eines Dritten zur Geltung gebracht und dadurch dem verpflichteten Schuldner auch die factische Herrschaft über die Sache entzogen wird, und daß
- b) jenes Hinderniß nicht den ganzen obligatorischen Bestand, sondern nur den Modus der Erfüllung berührt.

Das dem Schuldner in Betreff der versprochenen Sache fehlende *commercium* kann demnach in Contractsverhältnissen eine eigentliche — das Zustandekommen eines gültigen Vertrags hindernde — Unmöglichkeit nicht begründen; jenes Verhältniß des Schuldners zur versprochenen Sache bleibt vielmehr auf den obligatorischen Bestand ohne Einfluß und kann nur bedingungsweise, wenn nämlich Entziehung der factischen Herrschaft damit verbunden ist, die Erfüllung der Obligation in tali et tanto ausschließen. Angeedeutet wird dieser Satz in l. 11 § 2 D. de act. emt. et vend. 19, 1.

Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.

Hier ist in Beziehung auf den Kaufcontract auf das Unzweideutigste gesagt, daß die Contractsverbindlichkeiten, auch wenn der Verkäufer als Nichteigenthümer zur Leistung der versprochenen Sache nicht im Stande sein sollte, auf beiden Seiten fortbestehen bleiben, daß sich indeß die Verbindlichkeiten des Verkäufers auf das Interesse wegen Nichterfüllung (auf Evictionsleistung) beschränken. Für gültig wird ein Kaufvertrag über fremde Sachen geradezu erklärt in l. 28 D. de contr. emt. 18, 1.

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio

est, nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest.¹⁾

In Beziehung auf Stipulationen wird in verschiedenen Stellen ganz allgemein der Satz ausgesprochen, daß dieselben auch über Sachen eingegangen werden können, die dem Versprechenden nicht gehören. L. 15 § 3 in f. D. de usurp. 41, 3:

— — concessum est stipulari rem, etiam quae promissoris non sit.

L. 34 D. de verb. oblig. 45, 1:

— — si quis promittat mihi rem cuius commercium non habet, ipsi nocere, non mihi.

Den Grund, weshalb eine solche subjective Behinderung, wie sie z. B. beim Versprechen einer res aliena anzunehmen ist, nicht in Anschlag kommen kann, gibt Benulejus in l. 137 § 4 D. de verb. oblig. 45, 1 folgendermaßen an:

— — Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. — — —

Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.

In gleicher Weise wird jener Grundsatz rücksichtlich des Tauschvertrags, der Sachenmiethe, des Depositums, Commodats, Pfandvertrags, Precariums und Vermächtnisses ausdrücklich in den Quellen anerkannt²⁾; ja ganze Lehren, wie die von der Evictionsleistung und Ersitzung sind wesentlich auf diesen Satz basirt und würden alle Bedeutung verlieren, wenn man den entgegengesetzten Grundsatz als Regel annehmen wollte.³⁾ Aber

1) Gewiß nicht ohne Absicht hat der Jurist, um das Entstehen zweiseitiger Verpflichtungen anzudeuten, die Worte: „nam emptio est et venditio“ gewählt. In anderen Fällen, wo bei unwirksamem Verträge nur einseitige Verpflichtungen auf Seiten des Verkäufers entstehen, ist meistens nur von einer emptio die Rede. L. 4. 6. 34 § 2 D. de contr. empt. 18. 1.

2) L. 1 § 1 D. de rerum permut. 19. 4; l. 9. pr. l. 15 § 8 D. locati 19. 2; l. 39 § 7. l. 71 § 3 D. de leg. I (30); l. 49 § 3 D. de leg. II (31); l. 15 D. commodati 13. 6; l. 16 eodem; l. 22 § 2 D. de pignorat. act. 13. 7; l. 1 § 39 D. depositi 16, 3.

3) Wie Mommsen Beitr. z. Obl. R. I S. 15 aus verschiedenen Quellenausprüchen nachweist, hat jener Grundsatz auch indirect Anerkennung gefunden. Besonders wichtig ist der Umstand, daß die Quellen eine Befreiung

auch ganz abgesehen von dieser Bestimmtheit in den Quellen läßt sich bei den meisten Vertragsarten, z. B. beim Kaufcontracte, der nur auf tradere und Gewährung des habere licere, sowie beim Pfandvertrage, dem Precarium, dem Commodat, Depositum und ähnlichen Verträgen, die nur auf Ueberstragung des juristischen Besitzes oder der nuda detentio gerichtet sind, ein natürlicher Grund für die Annahme des Gegentheils nicht auffinden. Factische und rechtliche Herrschaft über eine Sache können, wie wir namentlich aus der Lehre vom Eigenthum und Besitz ersehen, unabhängig von einander bestehen, eine natürliche oder rechtliche Nothwendigkeit, daß beide Elemente stets in derselben Person vereinigt sein müssen, ist nicht vorhanden. Hieraus folgt, daß die factische Herrschaft über einen Gegenstand von der Person des Rechtsinhabers losgelöst und selbständig d. h. unabhängig von dem Rechte zum Gegenstande eines Rechtsverhältnisses gemacht werden kann. Das dem Dritten zustehende Recht kann nur unter Umständen einen hinreichenden Grund zur Wiedervereinigung jener beiden Elemente abgeben und insofern auf das Fortbestehen jenes factischen Verhältnisses von Einfluß sein. Für den Tauschcontract, der geradezu auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist, und bei dem somit das Eigenthumsrecht eines Dritten mit dem vom Schuldner zu übertragenden gleichen Rechte geradezu collidirt, läßt sich ein solcher natürlicher Grund nicht anführen. Die Zulassung der Möglichkeit der Leistung bei Tauschverträgen über fremde Sachen beruht auf positiver Vorschrift und namentlich auf der Bestimmung, daß die Grundsätze von der Evictionsleistung auch bei der permutatio rerum zur Anwendung kommen sollen; und zwar nach römischem Rechte, sobald der Vertrag nur von der einen oder anderen Seite durch Eigenthumsübertragung erfüllt war, — nach heutigem Rechte, nach welchem jene Verträge schon als Consensualcontracte bindend und wirksam erscheinen, sofort mit erklärtem Consense. Ein solcher Vertrag über fremde Sachen oder Rechte an solchen ist

des Schuldners erst dann annehmen, wenn die Sache in den Händen des dritten Berechtigten untergegangen ist.

nicht allein, wie auch die Theorie und Praxis mit großer Uebereinstimmung anerkennen, gültig und wirksam, er erzeugt unter den Contrahenten auch ganz die gewöhnlichen Wirkungen. Hier, wo das Contractsverhältniß an und für sich als vollständig wirksam zu betrachten ist und dem durch die Nichterfüllung benachtheiligten Interessenten schon nach gemeinem Contractsrechte das *id quod interest* ersetzt werden muß, kann es nicht etwa darauf ankommen, ob der Schuldner beim Contractsabschlusse in *dolo* gewesen ist oder überhaupt nur von dem an der Sache bestehenden fremden Eigenthumsrechte Kenntniß gehabt hat; die Verpflichtung zur Leistung des Interesses ist hier, wie bei jedem andern rechtsbeständigen Vertrage, nothwendige Folge der Nichterfüllung und lediglich nach den für letztere in Betracht kommenden thatsächlichen Momenten zu bemessen.⁴⁾ Eine Ausnahme von jener Regel bildet nach l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18, 1 der Verkauf einer *res furtiva*. Wie schon früher erwähnt wurde, wird nämlich in dieser Stelle entschieden, daß, wenn beide Contrahenten die Furtivität der Sache kannten, auf keiner Seite eine obligatorische Verbindlichkeit entstehen solle;⁵⁾ daß, wenn nur der Käufer mit jenem *vitium* der Sache bekannt gewesen, der Verkäufer zur Lieferung der verkauften Sache nicht verpflichtet, aber auch seinerseits zur Geltendmachung der ihm vertragsmäßig zugesicherten Rechte nur im Falle freiwilliger Erfüllung der ihm obliegenden Vertrags-

4) Uebrigens können die Verbindlichkeiten des Schuldners durch einen bei dem Contractsabschlusse concurrirenden *dolus* desselben gesteigert werden. So gibt z. B. die l. 30 § 1 D. de act. emt. vend. 19, 1 für den Fall, daß der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft haben sollte, noch vor deren *Eviction* eine *actio ex emto utilis* und zwar auf das *quanti mea intersit*, *meam (rem) factam*. Der jenem Klageansprüche mit zum Grunde liegende *dolus* hat hier ausnahmsweise die Folge, daß das Interesse wegen Nichterfüllung schon vor der erfolgten *Eviction* der Sache geltend gemacht werden kann. Auch wird das Wissen des Gläubigers hier ähnlich wie bei Verträgen über *res extra commercium* insofern berücksichtigt, als es dem Schuldner regelmäßig eine *exceptio doli* gegen die auf Erfüllung oder Entschädigung gerichtete Klage gewährt. L. 27 C. de evict. 8, 45.

5) Die gegentheilige Meinung Glück's Pandect. Comm. XVI § 35 läßt sich jener klaren Gesetzesstelle gegenüber schwerlich rechtfertigen.

verbindlichkeiten berechtigt sein solle; und daß endlich, wenn nur der Verkäufer mit jener Eigenschaft der Sache bekannt gewesen, auf beiden Seiten Contractsverbindlichkeiten erwachsen sollen. Als Grund für diese Ausnahmsbestimmung wird von Donell *comm. iur. civ. XII, 20 § ult.* sehr treffend angeführt:

quod si scitur, has res esse furtivas, iis qui sciunt turpis et flagitiosa venditio est, qui aut dando aut accipiendo furti se alligant: —

und ferner:

quod rerum furtivarum conditio pugnat cum fine et natura emtionis.

Dafür, daß es besonders in dem ersteren Falle, wenn beide Theile von der Furtivität der Sache Kenntniß gehabt, auf Bestrafung der beiderseitigen turpitude abgesehen ist, spricht gewissermaßen auch die Analogie der *l. 57 i. f. eod.*

et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, venditionem stare non concedente. Dieser Rechtsgrund macht es aber bedenklich, in dem gedachten Falle der Ungültigkeit des Vertrags eine eigentliche Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen; angemessener erscheint die von Donell angedeutete Auffassung, wonach derartige Dispositionen über gestohlene Sachen den Verträgen über unerlaubte oder verbotene Handlungen an die Seite zu stellen sind.

Schon nach allgemeinen Interpretationsregeln können übrigens die singulären Bestimmungen der *l. 34 § 3 cit.* auf den in dieser Stelle übergangenen Fall, daß keiner von beiden Theilen um die Furtivität der Sache gewußt hat, nicht ausgedehnt werden; in diesem Falle muß vielmehr in Gemäßheit der obigen allgemeinen Regel Gültigkeit des Vertrags angenommen werden.⁶⁾

6) Ein genügender Grund, die Vorschriften des citirten Fragments auf das Kaufgeschäft zu beschränken, ist nicht vorhanden; sie müssen deshalb auch auf andere Veräußerungsgeschäfte Anwendung finden, können indeß nicht, wie solches z. B. von Thibaut *Pand. § 158 ff.* geschieht, generalisirt und auf alle Fälle des Verkaufs einer *res aliena* ausgedehnt werden.

Das der subjectiven Unmöglichkeit zum Grunde liegende Hinderniß kann aber auch rein factischer Natur sein m. a. W. in der Entziehung der factischen Herrschaft über die Sache seinen Grund haben, z. B. wenn die Sache bereits zur Zeit des Contractabschlusses gestohlen oder geraubt war. Ueber die Frage, ob derartige Hindernisse eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung begründen und also Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben, oder ob dieselben die Gültigkeit eines Vertrags an und für sich nicht ausschließen und vielleicht nur eine Einschränkung des obligatorischen Bestandes nach sich ziehen, sprechen sich die Quellen nicht mit genügender Bestimmtheit aus. Die l. 137 § 4 i. f. und § 5 D. de verb. oblig. 45, 1:

— — *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. — Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, quum alii possibile sit, jure factam obligationem, Sabinus scribit.*

ist hier nicht von entscheidendem Gewichte, indem sie nur den Satz statuirt, daß ein Vertrag über fremde Sachen, selbst wenn der Schuldner keine Aussicht auf deren Erlangung habe, nicht ohne Weiteres als ungültig betrachtet werden könne. Ueber den eigentlichen Rechtsgehalt eines solchen Vertrags und die Gewichtigkeit der dabei in Frage stehenden factischen Hindernisse läßt sich jene zunächst nur von Stipulationen handelnde Stelle nicht weiter aus. — Man citirt ferner für die Gültigkeit solcher Verträge verschiedene Stellen: l. 9, 108 D. de leg. I (30), welche das Vermächtniß eines auf der Flucht befindlichen oder in feindliche Gefangenschaft gerathenen Sklaven für gültig erklären; allein von Vermächtnissen und allen andern letztwilligen Verfügungen, die als *causae favorabiles* thunlichst aufrecht erhalten werden sollen, gelten singuläre Grundsätze, die schon an und für sich nicht zur Consequenz gezogen und am wenigsten auf zweiseitige Rechtsgeschäfte übertragen werden können. Die l. 21 D. de hered. vend. 18, 4:

Quid si rem, quam vendidi, alio possidente petii, et

litis aestimationem accepi? utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem: non enim actionem ei, sed rem praestare debeo. Sed si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. — —

erkennt allerdings an, daß der Verkäufer, selbst wenn ihm der Besitz der verkauften Sache gewaltsam entzogen sei, nach wie vor verpflichtet bleibe und sich nicht durch Leistung der von ihm etwa erfrittenen *litis aestimatio* von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit liberiren könne; die Stelle läßt jedoch noch Zweifel darüber, ob in dem concreten Falle jenes Ereigniß der Besitzentziehung schon vor eingegangenem Vertrage eingetreten war, und ob dasselbe nicht etwa in einem Verschulden des Verkäufers seinen Grund gehabt hatte.⁷⁾ Enthalten nun auch die allegirten *leges* keine specielle Entscheidung der vorliegenden Frage, so geben sie doch die allgemeinen Gesichtspunkte, von welchen aus dieselbe zu beurtheilen und zu lösen ist, auf unzweideutige Weise an, indem sie die in der Natur der Handlung selbst liegende Unmöglichkeit (*impedimentum naturale*) von bloß subjectiven Schwierigkeiten in der Erfüllung (*difficultas in praestando*) scheiden und den letzteren alle Bedeutung absprechen. Nach den Worten der l. 137 § 4 D. de verb. oblig. 45, 1:

Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur. — — Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet; — —

sollen rein subjective Beziehungen des Schuldners zu dem Vertragsobjecte den Verhinderungen rein sachlicher Natur an Bedeutung nachstehen. Schon aus den in den Quellen hervorgehobenen obigen Gegensätzen möchte mit einiger Sicherheit zu folgern sein, daß rein subjective Hindernisse der gedachten Art, die durch Diebstahl, Raub u. herbeigeführte *difficultas* in

7) Für jede dieser beiden Annahmen streiten namhafte Autoritäten. Thering, *Abhandlungen*, S. 32 ff. 35 ff. Haffte, *Culpa*, S. 311 ff. Mommsen a. a. O. S. 223 ff.

praestando, eine eigentliche Unmöglichkeit der Leistung nicht zu begründen vermag. Ein ähnlicher Entscheidungsgrund findet sich in l. 55 D. de act. emt. 19, 1 in Beziehung auf die Erbeutung durch den Feind ausgesprochen:

— — *potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura,* — —

Greifen wir nun, von jenen Gesetzesstellen ausgehend und dieselben zur Basis für unsere Betrachtung annehmend, auf analoge Fälle zurück, so bieten uns namentlich Verträge über solche Leistungen, deren Existenz mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden darf, einen sichern Anhaltspunkt. Verträge über *res futurae* werden, wie wir früher gesehen haben, für gültig erklärt, und zwar aus dem Grunde, weil die zum Existentwerden erforderliche Zeit kraft stillschweigender Voraussetzung als einbedungen zu betrachten ist: *tempus tacite in ea (stipulatione) continetur*. In gleicher Weise soll das in Rom gegebene Versprechen, einen bestimmten Gegenstand in Carthago leisten zu wollen, weil die zur Beschaffung der Leistung erforderliche Zeit stillschweigend mit einbedungen gelte, gültig sein; mit dem Zusatz „*hodie*“ soll aber jenes Versprechen, weil es gerade in einem wesentlichen Punkte seines Inhalts (der Zeit) auf unüberwindliche Hindernisse stöße, keine Geltung haben. Ähnliche Nebenumstände wie die Zeit sind es, welche der Leistung einer uns gestohlenen oder geraubten Sache entgegenstehen. Nur die Schwierigkeiten in der Wiederherbeischaffung einer gestohlenen oder geraubten Sache, und die dazu erforderliche Zeit sind in Beziehung auf die Frage von der Möglichkeit allein maßgebend; denn ein *impedimentum naturale*, ein das Vertragsobject selbst betreffendes Hinderniß kommt in solchen Fällen nicht in Frage. Sind nun jene Schwierigkeiten in der Wiederherbeischaffung einer gestohlenen Sache und die dazu erforderliche Zeit mit einbedungen, — was, wenn beide Theile mit dem Sachverhältnisse bekannt gewesen sind, im Zweifel angenommen werden muß, — so wird man ein solches dem angegebenen Inhalte nach als möglich zu betrachtendes Geschäft für gültig erklären müssen. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn der A von mir eine goldene Uhr kauft, die der-

selbe einige Zeit vorher bei mir gesehen hat, die mir aber inzwischen gestohlen und bereits, wie ich aus den Zeitungen ersehen habe, an einem entlegenen Orte sammt dem Diebe als verdächtig angehalten worden ist. Ist der A mit diesem Sachverhältnisse bekannt gewesen, so hat er sich auch stillschweigend damit einverstanden erklärt, daß die Wirksamkeit der Obligation bis zu der mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Herbeischaffung der Sache hinausgeschoben bleibe. Umgekehrt würde, wie in dem oben angeführten Beispiele, die Abrede sofortiger Lieferung den der Zeit nach unmöglichen Vertrag ungültig machen. Die subjective Unmöglichkeit kann aber der durch den Untergang der Sache herbeigeführten objectiven Unmöglichkeit in einzelnen Fällen sehr nahe kommen, wie z. B., wenn mir eine Sache bei Gelegenheit einer Reise gestohlen worden ist, und ich vielleicht nicht einmal Ort und Zeit des Verlustes mehr angeben kann, mir also jede Spur von der Sache verloren gegangen ist. Auch hier ist die Obligation an und für sich als gültig zu betrachten, wenn beide Theile beim Contractsabschlusse jene thatsächlichen Verhältnisse gekannt haben; sie haben stillschweigend eingewilligt, daß die Wirksamkeit der Obligation bis dahin hinausgeschoben sein solle, daß etwa die Herbeischaffung der Sache ermöglicht sein werde. Die Klage auf Erfüllung ist in solchem Falle schon von Richteramtswegen vor der erfolgten Wiederherbeischaffung der Sache nicht zuzulassen. Die l. 55 D. de act. emt. 19, 1, welche den Verkauf eines in Feindesgewalt gerathenen Slaven für gültig erklärt, bemerkt in jener Beziehung:

— *etiamsi officio judicis sustinenda esset ejus praestatio, donec praestari possit.*

Die Geltendmachung der obligatorischen Ansprüche ist gewissermaßen wie durch eine stillschweigend beigefügte Bedingung suspendirt, so daß hier auch die Bestimmung der auf *res futurae* sich beziehenden l. 73 pr. D. de verb. oblig. 45, 1:

— *tunc enim incipit actio, quum ea per rerum naturam praestari potest.* —

und l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1:

Pro quo et illud dici posse, Pedius scribit: si stipu-

latus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeam, donec nascatur, et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit, et per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem.

analog zur Anwendung gebracht werden können; es erscheint dies um so unbedenklicher, als die Ungewißheit, ob die Herbeischaffung des gestohlenen Vertragsobjects dem verpflichteten Schuldner möglich sein werde, in dem aufgeworfenen Falle intensiver stärker ist, als in den aus den Quellen angeführten obigen Beispielen.

Eben jene Annahme, daß Zeit und Ungewißheit in der Herbeischaffung stillschweigend mit einbedungen gelten, ist auch dann gerechtfertigt, wenn nur der Gläubiger, nicht aber auch in dem Falle, wenn nur der Schuldner um das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß gewußt hat. Hier, wo die bei der Erfüllung vorzugsweise betheiligte Person mit dem wahren Sachverhältnisse unbekannt geblieben ist, kann ein stillschweigender Consens, daß die Erfüllung bis zur Beseitigung jener Hindernisse hinausgeschoben werden solle, nicht angenommen werden; es muß hier vielmehr in Ermangelung einer entgegenstehenden Vertragsnorm die allgemeine Regel „*Quod sine die debetur, statim debetur*“ zur Anwendung kommen, und demnach, da die Leistung in wesentlichen Theilen ihres Inhalts (der Zeit) unmöglich erscheint, Nichtigkeit des ganzen Vertrags angenommen werden. Daß schon eine solche Bekanntschaft des Schuldners an und für sich hinreichend ist, gegen denselben einen Anspruch auf Schadenersatz zu begründen, ergibt sich aus den bereits bei Besprechung der objectiven Unmöglichkeit dargelegten Gründen.

Die subjectiven Hindernisse können aber auch in dem Verhältnisse des Gläubigers zu dem zu leistenden Gegenstande ihren Grund haben. Hier ist es vorzüglich die subjective rechtliche Unmöglichkeit, die im Verhältnisse zu der fehlenden *facultas dandi* einer abweichenden rechtlichen Beurtheilung unterliegt. Diese Art der Unmöglichkeit kann darin begründet sein, daß

dem Gläubiger in Ansehung eines ihm zu versprechenden Gegenstandes die Erwerbsfähigkeit (das *commercium*) fehlt, oder daß er dasjenige Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, bereits in seiner Person vereinigt. Die mangelnde Fähigkeit des Gläubigers, den ihm versprochenen Gegenstand erwerben zu können, begründet bei individuell bestimmten Sachenleistungen eine eigentliche Unmöglichkeit und schließt deshalb das Zustandekommen eines gültigen Vertrags aus. § 2 I. d. inut. stipul.; l. 34 D. de verb. oblig. 45, 1:

— — Si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem. —

Jener Satz ergibt sich zwar aus Stellen, welche ausschließlich von Stipulationen handeln, er muß indeß, da er nicht in der eigenthümlichen Natur dieser Contractsform begründet ist, eine allgemeine Anwendung finden. Ein Beispiel solcher Art relativer Unmöglichkeit enthält die Const. unica C. ne christianum mancipium haereticus, vel judaeus, vel paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat 1, 10, wonach Juden, Ketzern und Heiden der Erwerb christlicher Sklaven untersagt wird.⁸⁾ Hierher würde auch z. B. der Fall gehören, wenn Landesgesetze bestimmen, daß der Eigenthümer eines Bauergutes ein anderes Gut dieser Art ohne specielle landesherrliche Genehmigung nicht soll erwerben können. Wo derartigen Vorschriften, wie solches unter andern im Herzogthum Braunschweig der Fall ist, ein die Conservirung der Bauergüter und deren gedeihliches Fortbestehen bezweckendes landespolizeiliches Interesse zum Grunde liegt, ist unzweifelhaft nach der oben gegebenen Regel Nichtigkeit des Vertrags anzunehmen. Der Grund für die strengere Beurtheilung dieses Falles der subjectiven Unmöglichkeit liegt wohl vorzugsweise darin, daß derartige specielle Verbote mehr darauf berechnet sein werden, die Wirkungen eines dagegen eingegangenen Vertrags, also die Erfüllung und deren Folgen,

8) Donell. comment. XII, 20 § 5. Fernere Beispiele: Veräußerungen an die todtte Hand, Veräußerungen von Rittergütern an Personen bürgerlichen Standes, wo solche durch Landesgesetze untersagt sind.

als den an und für sich bedeutungslosen Vertragsabschluß selbst auszuschließen.⁹⁾

Der zweite Fall einer subjectiven rechtlichen Unmöglichkeit in Hinsicht auf die Person des Gläubigers ist, wie schon bemerkt, dann anzunehmen, wenn demselben dasjenige Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, bereits zusteht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dem Gläubiger ein derartiges Recht in seinem ganzen Umfange übertragen werden soll (Uebertragung des Eigenthums an einer dem Gläubiger eigenthümlich zugehörigen Sache), oder ob der Uebertragungsact nur auf einzelne, in jenem Rechte des Gläubigers schon an und für sich enthaltene Bestandtheile (Uebertragung des *habere licere* oder des *ususfructus* an einer dem Gläubiger *pleno jure* gehörenden Sache) gerichtet ist; auch ist es gleichgültig, ob ein solches Recht an und für sich, oder nur dessen periodische Ausübung oder der aus demselben herzuleitende juristische oder natürliche Besitz Gegenstand der Uebertragung ist (z. B. *Miethe*, *depositum*, *pignus*, *commodatum*, *precarium* an einer eigenen Sache). Entscheidend ist vielmehr nur die Identität des dem Gläubiger bereits zustehenden mit dem ihm erst zu übertragenden Rechte. Eine solche Identität des Inhalts liegt aber nicht vor, wenn einzelne in dem Rechte des Gläubigers enthaltene Bestandtheile, welche in Folge eines bestehenden Rechtsverhältnisses einem Dritten übertragen waren und sich in der Person des letzteren zu einem besonderen dinglichen oder persönlichen Rechte gestaltet haben, an den Inhaber des Rechts im Ganzen zurückgegeben werden sollen, wie solches z. B. bei der vorzeitigen freiwilligen Rückgabe einer verpfändeten oder verliehenen, einer dem *ususfructus* unterworfenen Sache und beim Aufgeben anderer Servituten und Berechtigungen der Fall ist. In allen diesen Fällen ist das dem Dritten eingeräumte dingliche oder persönliche Recht als ein besonderes,

9) Derselbe Grundsatz kommt zur Anwendung, wenn die Leistung einer Prädialservitut für ein Grundstück versprochen ist, welches dem Gläubiger nicht gehört. L. 98 pr. D. de verb. oblig. 45 1. Fragm. Vat. § 56. Ueber die Anwendung des Satzes auf Obligationen, welche in einem Thun bestehen vgl. Mommsen a. a. O. Cap. I § 10 S. 96 ff.

von der Totalität des Eigenthums zeitweilig abgetrenntes Recht zu denken, welches, so lange dasselbe die Natur eines solchen selbständigen Rechts behauptet, auch im Verhältnisse zum vollen Eigenthümer Gegenstand eines Vertragsverhältnisses werden kann.

Liegt nun eine Identität des Inhalts in Beziehung auf das dem Gläubiger bereits zustehende und das demselben erst zu übertragende Recht wirklich vor, so muß die darauf bezügliche Leistung, wie solches auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt wird,¹⁰⁾ als unmöglich betrachtet werden. Dieser Satz, auf welchem z. B. auch der Untergang dinglicher Rechte durch Consolidation und Confusion beruhet, und aus welchem sich auch die in Beziehung auf den Servitutenerwerb geltende Regel „nemini res sua servit“ ergibt, beruht auf einer gewissen natürlichen Nothwendigkeit, indem wir Sachen oder Rechte, die bereits unserer rechtlichen Herrschaft unterworfen sind, beziehungsweise uns bereits zustehen, nicht nochmals auf wirksame Weise erlangen können. Auch tritt der fernere Grund hinzu, daß derartige Verträge für den Gläubiger in der Regel keinen Vermögenswerth haben können, es dem obligatorischen Verhältnisse mithin an einem wesentlichen Erfordernisse seines Inhalts — dem Interesse — fehlt. Dieser Grund ist so durchgreifend und von so vorwiegender Bedeutung, daß Verträge über eigene Sachen, sobald mit denselben nur irgend ein noch so geringes Vermögensinteresse für den Gläubiger verknüpft ist, sei es auch nur die Erlangung eines vortheilhafteren Klagerechts oder die Sicherung des Fortbestehens seines Eigenthumsrechts — z. B. wenn ein revocabiles oder wegen einer drohenden in integrum restitutio unsicheres und zweifelhaftes Recht durch neuen Vertrag bestärkt werden soll — volle Geltung haben.

Aus dem Obigen und auch schon aus den Grundsätzen über unmögliche Bedingungen und deren Einfluß auf das Rechtsgeschäft ergibt sich übrigens, daß auch das Versprechen einer Sache unter der Bedingung, daß sie dem Gläubiger gehörig

10) Gajus III § 99. § 2. I. de inut. stip. 3 19. § 14. I. de action. 4. 6. 1. 1 § 10 D. de oblig. et act. 44. 7. 1. 45 pr. D. de div. reg. jur. 50. 17. 1. 4. 10 C. de contr. emt. 4. 38. 1. 20 C. de locato 4. 65. 1. 21 D. de usurp. 41. 3. 1. 31 § 11 f. D. depositi. 16. 3. u. a.

sein werde, ungültig sein muß; auch folgt aus allgemeinen Rechtsätzen über die Perfection bei bedingten Geschäften, daß eine dem Gläubiger für jetzt gehörige Sache unter der Bedingung, daß sie ihm nicht mehr gehören werde, gültig versprochen werden kann: l. 98 pr. D. de verb. oblig. 45, 1. Uebrigens sind Verträge jenes Inhalts, wie solches wohl in ähnlichen Fällen geschieht, nicht in der Weise zu interpretiren, daß diese Bedingung des Möglichwerdens, als in der Absicht der Contractanten liegend, stillschweigend vermuthet wird: l. 72 § 4 D. de solut. 46, 3.

Bei Verträgen über eigene Sachen ist die Nichtigkeit des Vertrags allgemein und ohne Rücksicht auf desfallige Kenntniß oder Unkenntniß der Parteien anzunehmen, auch wird die einseitige Kenntniß des Schuldners, obwohl sie dem letzteren wie in andern ähnlichen Fällen als *dolus* angerechnet werden müßte, nicht leicht eine Verpflichtung zum Schadensersatz zur Folge haben können, weil es dem Gläubiger, dem das ungültig bedungene Recht bereits aus einem andern Grunde gesichert bleibt, meistens an einem zureichenden Interesse fehlen wird.

Als Quelle einer subjectiven rechtlichen Unmöglichkeit werden an dieser Stelle auch gewöhnlich die Veräußerungsverbote in Bezug genommen. Ob derartige Verbote, abweichend von der früher behandelten allgemeinen Regel, eine wahre Unmöglichkeit der Leistung zu begründen vermögen, kann nur in Ansehung der gesetzlichen Veräußerungsverbote mit Grund in Frage gestellt werden. Denn gründet sich das Verbot auf eine letztwillige Verfügung, so kann von der Nichtigkeit der dennoch vorgenommenen Veräußerung nur dann die Rede sein, wenn in dem Veräußerungsverbote zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthalten ist. In diesem Falle coincidirt aber mit dem testamentarischen zugleich ein gesetzliches Verbot. Wäre dagegen das Veräußerungsverbot in Niemandes ersichtlichem Interesse, so ist dasselbe als *nudum praeceptum* gar nicht zu beachten. Ein *pactum de non alienanda re*, dessen Verbindlichkeit für den Fall eines nachweisbaren Interesses erst seit Justinian's Zeit allgemein anerkannt wurde, begründet unter den Contractanten bloß persönliche Ansprüche und gibt dem Be-

rechtigten unter Umständen eine Klage auf das Interesse oder eine Conventionalstrafe. Ist das Veräußerungsverbot noch durch die Abrede, daß die betreffende Sache im Falle einer verbotwidrigen Veräußerung an den Geber zurückfallen solle, bestärkt, so ist letztere ebenfalls ohne allen Effect, jedoch nicht etwa wegen einer hier anzunehmenden Unmöglichkeit der Leistung, sondern lediglich in Folge der bedungenen Revocabilität. Da demnach die gegen ein testamentarisches oder vertragsmäßiges Verbot vorgenommenen Veräußerungen, abgesehen von den obigen, auf andern Gründen beruhenden Ausnahmefällen, als gültig zu betrachten sind, so können jene Arten der Veräußerungsverbote als völlig bedeutungslos für die aufgeworfene Frage hier ganz bei Seite gelassen werden. Aber auch die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote, welchen ersteren abgesehen von den als Antiquität zu betrachtenden Fällen der l. 2 C. de eunuchis 4, 42 und des T. C. de praed. decur. 10, 33 vorzugsweise die res litigiosae, das s. g. peculium adventitium regulare, der fundus dotalis und das Mündelgut unterworfen sind, vermögen eine eigentliche Unmöglichkeit der Leistung nicht zu begründen. Ungeachtet der in diesen Fällen anzunehmenden Richtigkeit der Veräußerung bleibt doch das derselben vorausgehende Geschäft, Verkauf, Schenkung etc., sofern nur der Erwerber die Unveräußerlichkeit der Sache nicht kannte, bindend und wirksam, obgleich freilich die Contractsklage nicht auf Uebertragung der Sache, wohl aber auf Prästation des Interesses, Evictionsleistung u. dgl. ange stellt werden kann.¹¹⁾ Auch sind die Hindernisse, welche derartige Veräußerungsverbote dem Eigenthumsübergange entgegenstellen, nicht gerade unüberwindlich und von der Bedeutung eines *impedimentum naturale*. Die Veräußerung einer res litigiosa, die überdem nicht in Beziehung auf alle Rechtsgeschäfte verboten ist (l. ult. i. f. C. de litig. 8, 36), kann z. B. da=

11) L. 4. 6 pr. l. 34 § 2. l. 62 § 1. l. 70 D. de contr. emt. 18. l. 1. 39 § 3 D. de evict. 21. 2. l. 5 § 5 de reb. eor., qui sub tut. 27. 9. l. 96 de praed. min. 5. 71. l. 4 C. de litig. 8. 37. Nov. 7. c. 5. Brandis in der Gießener Zeitschr. VII S. 181 ff. v. Bangerow, Pand. I. § 299.

durch Gültigkeit erhalten, daß der Veräußerer zu derselben die Einwilligung seines Proceßgegners einholt. Der *fundus dotalis*, dessen Veräußerung erst von Justinian schlechthin untersagt ist, kann insofern wirksam veräußert werden, als der Ehemann das Grundstück tradiren und für die Dauer der Ehe auch das *habere licere* gewährleisten kann. Erst mit der Auflösung der Ehe kann, falls nicht etwa die Veräußerung *convalescirt*, eine Aenderung in jenen Verhältnissen eintreten. Daß der Veräußerung entgegenstehende Hinderniß besteht hier, wie bei Verträgen über fremde Sachen, in dem die Wirksamkeit des Vertrags gefährdenden Vindicationsrechte eines Dritten, und beide Arten von Verträgen sind insofern gültig und wirksam, als daraus ein Anspruch auf Prästation des Interesses, Evictionsleistung u. dgl. hergeleitet werden kann; es liegt deshalb sehr nahe, bei verbotwidrigen Veräußerungen der gedachten Art, gleichwie bei Verträgen über fremde Sachen, nur eine *difficultas in praestando* anzunehmen. Von noch geringerer Bedeutung sind die auf das Pupillen- und Adventizgut sich beziehenden Veräußerungsverbote, indem sich verschiedene Mittel und Wege bieten, deren Wirksamkeit außer Kraft zu setzen.¹²⁾ Ueberdem erscheint es schon an und für sich bedenklich, die Nichtigkeit solcher Veräußerungen und die geschwächte Wirkung der darauf sich beziehenden Verträge lediglich einer hier anzunehmenden Unmöglichkeit der Leistung zuzuschreiben, besonders da sich die gedachten Wirkungen der Veräußerungsverbote auch aus andern Gründen erklären lassen. Der Rechtsgrund, auf welchem die gesetzlichen Veräußerungsverbote beruhen, scheint wenigstens der Annahme einer solchen Unmöglichkeit der Leistung geradezu entgegen zu stehen: Im Verhältnisse zu dem Berech-

12) Die Veräußerung von Pupillengut ist nicht absolut ungültig, sondern nur, wenn dieselbe ohne obrigkeitliches Veräußerungsdecret erfolgt. Das letztere kann dadurch umgangen werden, daß der Minderjährige die Veräußerung durch Eid bestärkt, oder nach erreichter Volljährigkeit *rati-*habirt, oder nach diesem Zeitpunkte 5 Jahre verstreichen läßt, ohne die Veräußerung anzufechten. — Adventizgüter können mit Einwilligung des handlungsfähigen Hauskinds und in einigen andern gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen gültig vom Vater veräußert werden.

tigten ist die Veräußerung *utilitatis publicae causa* untersagt, um jenen die durch individuelle Verhältnisse gefährdete Rechtsverfolgung zu sichern (*res litigiosa*), oder um besonders begünstigten Rechtsverhältnissen (*dos*, *peculium adventitium*, *Pupillengut*) einen außerordentlichen Rechtsschutz zu verleihen. So sagt z. B. die 1. 2 D. de jure dotium 23, 3 in Beziehung auf die *dos*:

— rei publicae interest, mulieres dotes suas salvas habere.

Die gedachten Veräußerungsverbote haben demnach die Bedeutung eines dem betreffenden Rechtsverhältnisse zustehenden *jus singulare*, welches, wie z. B. auch das in eben jenen Fällen gegebene gesetzliche Pfandrecht, lediglich auf die Conservirung von Vermögensmassen besonders bevorzugter Classen von Personen abzielt. Die Erhaltung dieser Vermögensmassen ist *utilitatis publicae causa* und im Interesse der gedachten hilfsbedürftigen Classen von Personen zu einer besondern Rechtspflicht gemacht und die Verletzung dieser Rechtspflicht in den erwähnten Fällen mit besonderen Rechtsnachtheilen bedroht. Die der Veräußerung von Vermögensstücken der gedachten Art angebrohte Nichtigkeit derselben hat demnach für den Veräußerer lediglich die Bedeutung eines in Folge seines widerrechtlichen Handelns eintretenden Rechtsnachtheils, für den Berechtigten aber den Charakter eines auf dessen Vortheil abzweckenden und zugleich dem allgemeinen Besten entsprechenden *jus singulare*. Daß die der Veräußerung angebrohte Nichtigkeit die Bedeutung eines Rechtsnachtheils für den Veräußerer hat, ist besonders einleuchtend bei dem die Veräußerung einer *res litigiosa* betreffenden Verbote, indem solche Veräußerung schon seit den 12 Tafeln nicht allein mit Nichtigkeit, sondern in gewissen Fällen auch mit Privatstrafen bedroht war. Veräußerungen der gedachten Art haben demnach mehr den Charakter von solchen unerlaubten Handlungen, die in Rücksicht auf das allgemeine Beste durch besondere Rechtsvorschrift verboten sind. In dieser Bedeutung können dieselben aber aus Gründen, die schon an einer andern Stelle angeführt sind, den unmöglichen Leistungen

nicht an die Seite gestellt werden.¹³⁾ Aus diesen Gründen erscheint es denn auch bedenklich, die einem Vertrage beigelegte Bedingung, daß das demselben entgegenstehende Veräußerungsverbot wegfallen werde, für zulässig zu halten.

Die Grundsätze über die subjective Unmöglichkeit der Leistung werden von Vielen auch auf die Verpflichtungen zu Leistungen dritter Personen in Anwendung gebracht. Die Ungültigkeit eines Vertrages, der lediglich die Leistung eines Dritten zum Gegenstande hat, beruht aber, wie solches *M o m m s e n a. a. O.* S. 87 überzeugend dargethan hat, nicht auf einer aus dem Mangel der Dispositionsfähigkeit folgenden Unmöglichkeit der Leistung, sondern lediglich auf dem Mangel wesentlicher Voraussetzungen eines jeden obligatorischen Verhältnisses. Nicht die Dispositionsfähigkeit des Verpflichteten ist, wie viele Rechtslehrer annehmen¹⁴⁾, ein wesentliches Erforderniß einer jeden Obligation, — man müßte sonst auch Verträge über eine *res aliena* für ungültig erklären —, wohl aber die Verpflichtung des Schuldners zu einer eigenen Handlung. So fordert namentlich *Donell comment. XII, 19 § 1—4* zu der Gültigkeit einer jeden Obligation ein *factum suum* — *de se promittere*. Fehlt es an der Uebernahme einer solchen eigenen Verpflichtung, so kann von einem obligatorischen Verhältnisse, indem dasselbe nur Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den betheiligten Personen begründen soll, überall nicht die Rede sein. In diesem Sinne sind zu verstehen *l. 38 pr. § 1. l. 8 pr. de verb. oblig. 45, l. 1. 65 D. de fidejuss. 46, l. § 3. 21 l. de inut. stip. 3, 19*. Wie ein Versprechen ohne jene Voraussetzung unwirksam ist und weder auf Seiten des Promittenten, noch des von demselben in Bezug genommenen Dritten irgend welche Verpflichtungen erzeugt, so wird es — beim Vorhandensein aller sonstigen wesentlichen Erfordernisse — gültig und wirksam,

13) Ueberhaupt unterliegen die einzelnen Veräußerungsverbote keiner gleichmäßigen Beurtheilung; der Umfang und die Wirksamkeit derselben ist je nach den einzelnen Rechtsverhältnissen, auf welche sich dieselben beziehen, verschieden.

14) *Puchta Pandecten § 256*. *Unterholzner Schuldverhältnisse I § 100* *Thibaut Pandecten S. 158 ff.*

wenn es die Uebernahme einer wenn auch noch so geringen eigenen Thätigkeit des Promittenten in sich begreift. Eine solche eigene Thätigkeit des Promittenten liegt z. B. in dem Versprechen: dafür sorgen zu wollen, daß die Leistung von Seiten eines Dritten erfolge, oder: diese Leistung des Dritten bewirken zu wollen; ein solches Versprechen, dessen Gegenstand eine *cura* schlechthin, beziehungsweise eine *cura cum effectu* bildet, muß deshalb unter den nöthigen sonstigen Voraussetzungen für bindend gehalten werden. Diese den Gegenstand des Vertrags bildende *cura* kann, wie soeben angedeutet wurde, unbestimmt versprochen werden, so daß sie nur die Vornahme irgend einer zur Bewirkung des *facti alieni* geeigneten Handlung in sich begreift, oder bestimmt, indem sie bis zur Herbeiführung des dabei beabsichtigten Erfolgs gesteigert werden, mithin die Garantie für den Eintritt dieses Erfolges in sich schließen soll. In diesem letzteren Sinne sind l. 18, 19 D. *ratam rem* 46, 8, l. 5 D. *de duob. reis* 45, 2 zu verstehen, obwohl sich in Ansehung der *cautio ratam rem dominum habiturum* und der *cautio alium sisti* die Uebernahme einer *cura cum effectu* (eines Garantieverprechens) schon aus dem Wortsinne und der Natur der Verhältnisse ergibt. Bestimmt und nach Geld schätzbar ist in der Regel nur das Versprechen einer *cura cum effectu*, indem die Handlung des Verpflichteten nicht allein durch die Bezugnahme auf den zu bewirkenden Erfolg genügend begränzt wird, sondern auch in dem zugesicherten Erfolge, dessen Ausbleiben in einem solchen Falle vom Promittenten vertreten werden muß, einen sicheren Haltpunkt für die etwaige Ermittlung ihres Geldwerthes bietet. Das Versprechen: sich alle Mühe geben zu wollen, daß die Leistung eines Dritten erfolge, (einer *cura* schlechthin) läßt die vom Promittenten übernommene Verpflichtung völlig unbestimmt und ist einer sicheren Werthschätzung nicht fähig. Maß und Qualität der versprochenen Handlungen sind in diesem Falle nicht näher begränzt; die unterbliebenen Handlungen, die sich schon an und für sich nicht auf einen bestimmten Geldwerth zurückführen lassen, können aber auch ohne den Nachweis, daß dieselben Erfolg gehabt haben würden, einen Maßstab für das Interesse des Berechtigten gar

nicht abgeben: die aufzuwendende Mühe, als Inbegriff verschiedener, auf einen bestimmten Zweck gerichteter Handlungen, hat an und für sich und unabhängig von dem dadurch herbeizuführenden Erfolge keinen Geldwerth für den Promissar. Demnach kann nur die Verpflichtung: *effecturum curaturum se, ut Titius det vel faciat*, d. h. es bewirken, dahin bringen zu wollen, daß ein Dritter etwas leiste, aber nicht das unbestimmte Versprechen: sich alle Mühe geben zu wollen, z. c. für wirksam gehalten werden. Ob nun ein Versprechen dahin geht: es bewirken, dahin bringen zu wollen, daß die fremde Handlung geschehe, ist eine, jedesmal nach den concreten Verhältnissen zu beurtheilende Interpretationsfrage. Uebrigens ist ein näheres Eingehen auf das Detail dieser Materie hier nicht an seinem Orte, da dieselbe mit der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nichts gemein hat, vielmehr in dem früher erwähnten allgemeinen Satze, daß die Verpflichtung des Schuldners zu einer eigenen Handlung wesentliches Erforderniß einer jeden Obligation ist, ihre Begründung findet.¹⁵⁾

B. Nachfolgende Unmöglichkeit.

Die nachfolgende Unmöglichkeit beruht im Wesentlichen auf denselben Voraussetzungen, wie die sogleich vorhandene, nur steht dieselbe in einer gewissen Abhängigkeit von dem Verhalten des Schuldners in Beziehung auf die ihm durch das Contractsverhältniß auferlegten allgemeinen Verpflichtungen. Die Unmöglichkeit kann auch hier entweder in der Natur der Handlung an sich, oder in den besondern persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründet sein. Die erste Art der Unmöglichkeit (die objective) läßt sich auch hier theils als eine natürliche oder physische, wenn dieselbe, wie z. B. der Tod eines lebenden Wesens, auf Naturgesetzen beruht, theils, wenn dieselbe

15) Damit fällt denn auch die von Glück Pand.-Comment. IV S. 208 ff. und anderen älteren Juristen aufgestellte Ansicht, daß die rechtliche Unmöglichkeit, Handlungen Dritter zuzusagen, als eine römische Spitzfindigkeit heutigen Tages keine Anwendung mehr finde. Auch wird diese letzte Behauptung durch die Praxis keineswegs bestätigt. Vgl. *Leyser med. ad pand. spec. 521. med. 7 und 8.*

auf ein rechtliches Hinderniß sich gründet, die versprochene Sache z. B. hinterher dem Verkehre entzogen wird, als eine rechtliche denken. Auch die subjective Unmöglichkeit kann hier in verschiedenen Erscheinungsformen hervortreten. Zunächst kann sich dieselbe nur auf die Person des Gläubigers oder Schuldners beziehen, wie z. B. der Tod des Verpflichteten oder Berechtigten, der Verlust gewisser persönlicher Eigenschaften, des Gesichts, Gehörs, der Gesundheit im Allgemeinen (Krankheit) u. dergl., letzteres insbesondere bei den in einer persönlichen Thätigkeit bestehenden Leistungen. Diese rein persönlichen Behinderungsgründe finden regelmäßig nur Beachtung, wenn sie nicht bloß von vorübergehender Art sind, nicht vom Verpflichteten selbst verschuldet sind¹⁶⁾, und entweder an und für sich eine Vertretung nicht zulassen oder dem Verpflichteten selbst die ihm solchenfalls schon contractlich obliegende Bestellung eines Vertreters unmöglich machen. Von einer Unmöglichkeit der Leistung kann demnach nicht schon die Rede sein, wenn ein Verkäufer durch ein hitziges Fieber oder eine ähnliche vorübergehende Krankheit an der persönlichen Uebergabe des verkauften Gegenstandes verhindert wird, wohl aber, wenn ein Portraitmaler vom schwarzen Staar befallen und dadurch außer Stand gesetzt wird, ein ihm übertragenes Portrait zu vollenden. — Von größerem Belang sind diejenigen Hinderungsgründe, welche das Verhältniß des Schuldners zu der zu leistenden Sache betreffen, und namentlich auf dem Verluste der factischen Herrschaft über diese beruhen, wie Diebstahl, Raub, gewaltsame Besitzentziehung, Wegnahme durch den Feind und *fuga servorum*.¹⁷⁾ Daß diese factischen Hindernisse eine wahre Unmöglichkeit der Leistung begründen, ist in den Quellen auf das Unzweideutigste ausgesprochen: *rapina*, *furtum* und *fuga servorum* werden sehr

16) Der Schuldner bleibt daher auch verpflichtet, wenn er die Behinderung vorherjah und keinen Vertreter bestellte: 1. 23 pr. D. de usuris 22. 1.

17) Ueber Erbeutung durch den Feind und den Verkehr mit Sachen, die sich in Feindes Gewalt befinden, galten übrigens bei den Römern singuläre Sätze, die in Folge der veränderten völkerrechtlichen Verhältnisse bei uns keine Anwendung mehr finden. Mommsen a. a. O. S. 15 ff.

häufig in Verbindung mit den die Möglichkeit der Erfüllung ausschließenden objectiven Hindernissen, wie der *mors*, *ruina*, dem *incendium* aufgeführt und denselben in der Wirkung gleichgestellt. Letzteres ergibt sich aus Stellen, in welchen der Verlust von Sachen durch *furtum* und *rapina* geradezu als *interitus rei* bezeichnet wird (*res furto, latrocinio perit*)¹⁸⁾, und aus verschiedenen andern Stellen, nach welchen das *furtum*, die *fuga servorum*, der *latronum hostiumve incursus* zu den Fällen einer *vis major*, eines *casus*, *cui resisti non possit*, gerechnet werden.¹⁹⁾ Außerdem spricht hier für die Annahme einer Unmöglichkeit der Umstand, daß in verschiedenen Stellen die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung eines Geldäquivalents lediglich von dem Vorhandensein einer demselben zur Last fallenden *culpa* abhängig gemacht wird.²⁰⁾ Nach den in den Quellen angeführten Analogien können als Gründe einer wahren Unmöglichkeit nur solche Ereignisse in Betracht kommen, durch welche die zur Bornahme der Leistung erforderliche factische Herrschaft über den versprochenen Gegenstand dauernd verloren geht, nicht aber solche, durch welche die Leistung desselben nur erschwert oder nur zur Zeit unmöglich gemacht wird. In dem letzteren Falle rechtfertigt sich nur die Annahme einer zeitweiligen Unmöglichkeit, durch welche das obligatorische Verhältniß nicht aufgehoben, sondern dessen Wirksamkeit bis zu erfolgter Begräumung des demselben entgegenstehenden Hindernisses suspendirt wird. Ob das Eine oder Andere anzunehmen sei, ist als reine *quaestio facti* je nach den individuellen Verhältnissen zu beurtheilen; der schon für die quellenmäßigen Beispiele in Bezug genommene *interitus rei* muß den Maßstab dafür liefern. So z. B. wird man den

18) L. 6 C. de pign. act. 4. 24. 1. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1. 1. 14 § 1 D. de periculo et comm. 18. 6. 1. 14 § 10. 1. 53 § 3 D. de furtis 47. 2. 1. 52 § 2 D. pro socio 17. 2. 1. 9 D. de verb. sig. 50. 16 u. 21.

19) L. 3 § 1 i. f. D. nautae 4. 9. 1. 18 pr. D. commod. 13. 6. 1. 1 § 4 i. f. D. de oblig. et act. 44. 7. 1. 91 § 1 D. de verb. oblig. 45. 1.

20) L. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1. 1. 1 § 4 D. de oblig. et act. 44. 7. 1. 5 § 2 i. f. de cond. caus. data causa non sec. 12. 4 u. 21.

Verlust einer Sache durch Raub oder Diebstahl dem physischen Untergange derselben gleichstellen und also von einem *furto latrocinio perire* reden können, wenn die Sache in Folge solcher Ereignisse spurlos verschwindet, alle Nachforschungen nach dem Thäter oder der abhanden gekommenen Sache erfolglos bleiben, oder es selbst an Anhaltspunkten zu solchen Nachforschungen fehlt. Wenn aber der Dieb oder Räuber gleich nach der That ertappt und die gestohlene oder geraubte Sache noch unverfehrt bei ihm vorgefunden wird, kann man schwerlich von einem dem Untergange der Sache gleichzuachtenden Verluste derselben sprechen, es bleiben dem Verpflichteten ja die auf die Sache sich beziehenden Klagen und folgeweise die factische Möglichkeit, durch deren Anstellung oder Cession das ihm entzogene Dispositionsrecht wieder zu erlangen, beziehungsweise seinem Gläubiger den Besitz der Sache zu verschaffen. Die l. 33 i. f. D. locati 19, 2 und l. 1 § 21, 22 D. depositi 16, 3, auf welche sich Mommsen a. a. D. S. 32 für's Gegentheil beruft, stehen der obigen Annahme nicht entgegen. Die erstgedachte Stelle scheint sich nur auf den Fall zu beziehen, daß der Pächter eines Grundstücks in dessen Benutzung zeitweilig durch fremde Gewalt, welche dessen Verpächter nicht abzuwehren im Stande war, gestört (*sin vero ab eo interpellabitur*), und diese Störung, welche nur eine Verbindlichkeit zur Remission am Pachtgelde zur Folge haben soll, später wieder beseitigt worden ist (*ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fructus non fuerim*). Die zweite Stelle, welche den Depositär von seiner Restitutionsverbindlichkeit freispricht, wenn sich die deponirte Sache zur Zeit der Condemnation ohne sein Verschulden in einem verschlossenen horreum befindet, das derselbe nicht zu öffnen im Stande ist, kann ebenfalls nicht zur allgemeinen Norm dienen, weil die Verbindlichkeiten des Depositärs zunächst nur in dem restituere der hinterlegten Sache bestehen, also schon der Natur der Sache nach wegen ihres rein factischen Gehalts durch die *facultas restituendi* wesentlich bedingt sind. Der gleiche Grund trifft zwar bei den übrigen Realcontracten, welche auf das restituere einer Sache gerichtet sind, nicht aber z. B. bei den Consensual-

contracten zu. Hierfür spricht denn auch das in jener Stelle angeführte fernere Beispiel, daß sich die hinterlegte Sache ohne Verschulden des Depositars an einem entfernten Orte (in der Provinz) befindet. Dieses Hinderniß kann zwar die Möglichkeit der factischen Rückgabe, wie sie beim Depositum in Betracht kommt, ausschließen, keineswegs aber z. B. beim Kaufcontracte eine Unmöglichkeit des tradere begründen. Dem Depositär, dem nur seine frühere *nuda detentio* zu statten kommt, fehlt es meistens an wirksamen Mitteln, Hindernisse jener Art zu beseitigen, dem Verkäufer, der regelmäßig dingliche Rechte an der Sache haben wird, aber nicht.

Die Regel, daß die Entziehung der factischen Herrschaft unter den nöthigen Voraussetzungen eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung begründet, ist eine allgemeine und durch das an der Sache vertragsmäßig zu übertragende Recht oder factische Verhältniß keineswegs bedingt. Nur bei Verträgen über fremde Sachen gilt der aus früher entwickelten Sätzen und der Lehre von der Evictionsleistung sich ergebende Satz, daß dieselben selbst dann ihre Gültigkeit behalten (die Leistung als möglich zu betrachten ist), wenn die Entziehung der factischen Disposition in der Geltendmachung des einem Dritten zustehenden Eigenthumsrechts ihren Grund hat, die Sache also evincirt wird; und daß ein Wechsel in der Person des dritten Berechtigten — Eigenthums- und selbst Besitzesübertragungen unter Dritten — das Fortbestehen der in solchem Falle anzunehmenden Möglichkeit der Leistung nicht ausschließt. Erst der wirkliche Untergang der Sache und die demselben gleichzuachtenden Ereignisse, von welchen jene in den Händen des dritten Berechtigten betroffen werden, haben Unmöglichkeit der Leistungen zur Folge.²¹⁾

Zweifelhafter ist die Frage: ob eine Unmöglichkeit der Leistung auch dann anzunehmen ist, wenn das rechtliche Verhält-

21) L. 30. 47 § 2. 4 D. de leg. I (30). l. 51. 91 § 1 D. de verb. oblig. 45. 1. 1. 98 § 8. l. 92 D. de solut. 46. 3. Manumission eines Slaven durch den Eigenthümer, Auflösung eines Schiffes in dessen ursprüngliche Theile, Flucht eines Slaven aus dem Gewahrsam des Eigenthümers.

niß, in welchem der Schuldner zur Sache stand, aufgehoben wird. Die bejahende Meinung *Mommsen's*,²²⁾ welche derselbe mit den Beispielen der l. 33 D. locati 19, 2, l. 13 § 17 D. de act. emt. 19, 1 und l. 7 § 13 D. comm. div. 10, 3 (Confiscation und Eigenthumsverlust in Folge eines Theilungsprocesses) zu begründen sucht, dürfte nicht ganz unbedenklich sein. Die l. 33 cit. läßt nicht ersehen, ob in dem angeführten Falle einer Confiscation nicht auch bereits die Entziehung der factischen Disposition über den confiscirten fundus erfolgt ist. Nach dem ganzen Zusammenhange ist das letztere wahrscheinlich. Auch scheint es bedenklich, die singuläre Bestimmung von der Confiscation, welche letztere als eine vis major bezeichnet wird — und zwar weil sie auch den Verlust der factischen Herrschaft mit Sicherheit zur Folge haben wird — zur Consequenz zu ziehen. Die andern Stellen beziehen sich auf den Fall, wenn ich mein Miteigenthum an einer gemeinschaftlichen Sache verkaufe, und vor der Erfüllung die mir zustehende Quote in Folge eines gegen mich erhobenen Theilungsprocesses dem Kläger adjudicirt wird. Ob hier die mildere Behandlung des Verkäufers lediglich in dem unverschuldeten Eigenthumsverluste, oder nicht vielmehr schon in dem Inhalte des Vertrags, insofern letzterer über etwas Ungewisses (ein der Theilung unterworfenenes Object) abgeschlossen ist,²³⁾ ihren Grund hat, muß dahin gestellt bleiben. Jedenfalls enthalten beide Fälle singuläre Ausnahmen von der strengen Haftverbindlichkeit des evictionspflichtigen Schuldners und erkennen damit, selbst wenn sie diese Evictionspflicht in ungewöhnlicher Weise mildern, das Fortbestehen der beiderseitigen Contractsverbindlichkeiten stillschweigend an. Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ist schon an und für sich Ausfluß eines contractlichen Verhältnisses, die in jenen Stellen enthaltene Anerkennung einer solchen mithin ein deutlicher Beweis, daß in den bezeichneten Fällen eine Unmöglichkeit der Leistung nicht anzunehmen ist. Noch bedenk-

22) Oblig. R. I §. 37 ff.

23) Ähnlich wie bei Rechten, die am revocabelen Eigenthume bestellt sind.

licher muß es erscheinen, eine Unmöglichkeit der Leistung schon im Falle der freiwilligen Veräußerung des dem Schuldner zustehenden Rechts an der Sache anzunehmen. Da sich in den Quellen keine bestimmten Entscheidungen hierüber finden (es erklärt sich dies daraus, daß eine solche Rechtsübertragung ohne gleichzeitige Uebertragung der factischen Herrschaft abgesehen von der Adjudication und dem Legate eigener Sachen nicht leicht vorkommen kann, wie denn z. B. der Rechtsübergang beim Kaufe mit der Uebertragung der factischen Herrschaft zusammenfällt — Tradition): so liegt es jedenfalls sehr nahe, die für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit bestehenden entsprechenden Sätze hier analog zur Anwendung zu bringen und demnach im Falle des Rechtsverlustes auf Seiten des verpflichteten Schuldners eine Unmöglichkeit der Leistung nicht anzunehmen. Dafür spricht namentlich der schon früher erwähnte Grund, daß es für die Begründung der meisten Rechtsverhältnisse auf Uebertragung des Rechts, wenn nur die factische Disposition, das *habere licere, tenere, possidere* gewährt wird, nicht ankommt. Praktische Bedeutung kann der obigen Frage überall nicht beigelegt werden, weil die Rechtsübertragung, welche in den meisten Fällen durch die Uebertragung des Besitzes (Tradition) vermittelt werden muß, unabhängig von der letzteren in Contractsverhältnissen eben nicht vorkommen wird, und weil solche freiwillige Veräußerungen unabhängig von einem dem Schuldner zur Last fallenden, die Unmöglichkeit der Leistung ausschließenden Verschulden kaum gedacht werden können.

In Beziehung auf bestehende Contractsverhältnisse ist die eintretende Unmöglichkeit der Leistung nur dann von Einfluß auf den obligatorischen Bestand, wenn dieselbe nicht in einer contractswidrigen Handlung des einen oder andern Contractanten ihren Grund hat. Die Eingehung eines Vertrags begründet unter den betreffenden Paciscenten ein besonderes Vertrauensverhältniß und verpflichtet dieselben nicht allein, nach Kräften auf die allenthalbige Erfüllung des Vertrags und die bestmögliche Erreichung der beiderseitigen Vertragszwecke hinzuwirken, sondern auch Alles zu unterlassen und nach bester Möglichkeit abzuwenden, was der Erreichung solcher Zwecke hindernd ent-

gegentreten könnte. Dieses contractgemäße Verhalten, das je nach der Natur des einzelnen Contractsverhältnisses einer strengeren oder milderen Beurtheilung unterliegt (Haften für *dolus* und *lata culpa*, für *omnis culpa*), ist als ein im Wesen der *bonae fidei* Contracte begründetes unerlässliches Gebot zu betrachten. Schon die Verletzung dieses allgemeinen Gebotes an und für sich ist in dem Falle, daß dadurch die Erfüllung ganz oder theilweise vereitelt werden sollte, die Quelle neuer, zum Theil gesteigerter Vertragsverbindlichkeiten, wie dies aus den bekannten Grundsätzen über *dolus* und *culpa* und der Lehre vom Interesse sich ergibt. Die Unmöglichkeit der Leistung ist demnach in dem Falle, daß dieselbe in einem contractswidrigen Verhalten des einen oder andern Contrahenten ihren Grund hat, auf den obligatorischen Bestand ohne Einfluß. Sie hat hier im Verhältnisse zu jenem subjectiven Verschulden nur die Bedeutung eines durch dasselbe hervorgerufenen schädigenden Ereignisses. Die Unmöglichkeit der Leistung ist in einem solchen Falle von dem theilhaftigen Contrahenten, als Folge eines demselben zu imputirenden contractswidrigen Verhaltens zu vertreten; das obligatorische Verhältniß wird mithin nicht allein perpetuirt, ja es kann in Beziehung auf seinen objectiven Bestand noch an Ausdehnung gewinnen. Anders, wenn die Unmöglichkeit der Leistung einer Verletzung bestehender Contractsverbindlichkeiten nicht zugeschrieben werden kann. Hier, wo die Unmöglichkeit der Leistung als selbständig wirksames Moment in Betracht kommt, wirkt dieselbe aufhebend und mindernd auf den obligatorischen Bestand ein. Wie Obligationen, welche unmögliche Handlungen zum Gegenstande haben sollen, von Anfang an keine Geltung haben, ebenso erlöschen bereits bestehende Obligationen in Folge hinzugetretener Unmöglichkeit der Leistung. Bei partieller Unmöglichkeit mindert sich der obligatorische Bestand im proportionalen Verhältnisse, so daß eine quantitativ oder qualitativ unmöglich gewordene Leistung — z. B. in Folge theilweisen Untergangs des Objects, *Deterioration* — nur noch in dem Maße, wie sie möglich ist, geschuldet wird. Es ist also lediglich die durch Zufall (*casus*) herbeigeführte Unmöglichkeit, welche auf bestehende Contractsverhält-

nisse aufhebend oder mindernd einwirkt; und eben diesen Satz, daß der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung an und für sich jene Wirkung zukommt, drückt die von Ulpian in l. 23 D. de reg. jur. 50, 17 angeführte Regel aus:

casus a nullo praestantur.

Der Begriff des casus ergibt sich aber aus dem größeren oder geringeren Vertrauen, welche das einzelne contractliche Verhältniß voraussetzt. Ist dieses Vertrauensverhältniß ein intimeres und engeres und folgeweise auch der Maßstab, nach welchem das contractgemäße Verhalten der Contrahenten beurtheilt wird, ein genauerer und strengerer, so werden dadurch auch dem casus engere Grenzen gezogen, — Haften für *omnis culpa* —; wie im entgegengesetzten Falle, wenn das contractliche Band ein laxeres ist und das contractliche Verhalten der Paciscenten nach einem weniger genauen Maßstabe bemessen wird (Haften für *dolus* und *lata culpa*) der Begriff des casus sich entsprechend erweitert. Es ist demnach lediglich der casus in seiner gegensätzlichen Beziehung zu den einzelnen individualisirten Gradationen der culpa, der als Vorbedingung einer auf den obligatorischen Bestand einwirkenden Unmöglichkeit der Leistung in Betracht kommt; so daß man schlechthin den Satz aufstellen kann: Nur diejenige Unmöglichkeit der Leistung wirkt aufhebend und resp. mindernd auf den obligatorischen Bestand, welche in einem contractwidrigen Verhalten nicht ihren Grund hat.²⁴⁾

In der Bedeutung eines solchen, ohne alle directe oder indirecte Mitwirkung des Schuldners eingetretenen Ereignisses wird der casus in den Quellen nicht selten²⁵⁾ der culpa gegenüber gestellt. Die durch casus veranlaßte Unmöglichkeit

24) Ueber die Ausnahmen, welche dieser Satz erleidet, *concursum causarum lucrativarum, mora, litiscontestatio*, Vertrag vgl. Mommsen a. a. D. § 22 ff. C. 252 ff.

25) L. 11. 1. 32 pr. D. de neg. gest. 3. 5. 1. 1 § 35 D. depositi 16. 3. 1. 9 § 3 D. locati 19. 2. 1. 11 C. de cond. ob. caus. dat. 14. 6. Unbestimmter ist der Ausdruck „*periculum*“. Dieser sehr häufig in der Bedeutung von „*Risiko*“ oder „*Gefahr*“ vorkommende Ausdruck wird promiscue zur Bezeichnung verschuldeter und unverschuldeter Ereignisse gebraucht.

kann zu einer vollständigen Befreiung des Schuldners aber nur dann führen, wenn sie eine dauernde ist (l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1, l. 98 D. de solut. 46, 3). Eine zeitweilige Unmöglichkeit hat hier, wie bei der sogleich vorhandenen, nur die Hinausschiebung des obligatorischen Verhältnisses, also die einstweilige Befreiung des Schuldners zur Folge, so daß also dem Gläubiger ein Anspruch auf Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung nicht zusteht. Ausnahmsweise tritt die vollständige Befreiung des Schuldners ein, wenn der das Contractsverhältniß beherrschende Willen der Contrahenten die zeitweilig unmögliche Leistung an eine bestimmte Frist gebunden hatte und bei Ablauf der letzteren die Möglichkeit der Leistung noch nicht wieder hergestellt war.

In seiner Anwendung auf die einzelnen Verträge erleidet der obige Satz, daß die ohne Verschulden des Debitors eintretende Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung befreie, einzelne Modificationen, die, als den betreffenden speciellen Vertragslehren angehörend, hier nur einer summarischen Betrachtung unterzogen werden sollen. Am vollständigsten tritt jene aufhebende Wirkung der Unmöglichkeit bei denjenigen Verträgen hervor, welche, wie das Commodat, Depositum, pignus, Constitutum, Mandat, die Stipulation u. s. w., nur einseitige Verpflichtungen unter den Contrahenten erzeugen. Während bei zweiseitigen Verträgen jeder Theil schon mit dem Contractabschlusse Gläubiger und Schuldner wird, erscheint bei den genannten einseitigen Verträgen nur jedesmal Einer der Contrahenten als Gläubiger und der Andere als Schuldner. So ist z. B. beim Commodat, Depositum, pignus der Klagenanspruch nur auf Rückgabe der verliehenen, hinterlegten und verpfändeten Sache beschränkt, die den betreffenden Gläubigern, dem Commodanten, Deponenten, Verpfänder zustehende actio auch lediglich nur auf die Sicherung dieses Erfolgs der Rückgabe berechnet. Das Essentiale dieser Verträge besteht demnach lediglich in der Begründung einer Verpflichtung zur Restitution. Daß ein solcher Vertrag auch die Quelle von Gegenverbindlichkeiten werden und aus diesem Grunde eine actio contraria zur Folge haben kann, ändert an der eigentlichen Bedeutung

und dem obligatorischen Bestande solcher Verträge nichts. Diese Gegenverbindlichkeiten sind nicht im Wesen des Vertrags begründet und stehen zu der principalen obligatorischen Verpflichtung nicht in dem Verhältnisse einer Leistung zur Gegenleistung. Die *actiones contrariae* sind nicht schon mit dem Contractsverhältnisse an und für sich gegeben, sie beruhen nicht auf dem Grundsätze der Reciprocität, sie sind vielmehr Billigkeitsklagen, die ein schon bestehendes Contractsverhältniß jener Art voraussetzen und zu ihrer jeweiligen Begründung einer besonderen — nach den Grundsätzen der *bona fides* zu berücksichtigenden — Veranlassung bedürfen. Betrachten wir demnach jene einseitige Verpflichtung zur Restitution als den wesentlichen Inhalt des Commodats, Depositums u., so kann es nicht befremden, daß in Fällen unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung zwar jene Verbindlichkeit zur Restitution, nicht aber ohne Weiteres auch alle mit jener Verbindlichkeit im Zusammenhange stehenden — jedoch nicht damit correspondirenden — Gegenansprüche als erloschen betrachtet werden.²⁶⁾ Der Annahme einer fingirten Erfüllung, für den Fall des Fortbestehens jener selbständigen, von der Unmöglichkeit der Leistung nicht betroffenen Billigkeitsklage, bedarf es demnach nicht.²⁷⁾ Anders gestaltet sich die Sache bei zweiseitigen Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung in synallagmatischer Beziehung zu einander stehen. Daß der betreffende Schuldner von der ihm casuell unmöglich gewordenen Leistung seinerseits liberirt wird, gilt auch hier; nur darin, ob und inwieweit bei casueller Unmöglichkeit der Hauptverbindlichkeit auch die Verpflichtung zu der entsprechenden Gegenleistung aufgehoben oder gemindert, also *vice versa* auch das Gläubigerverhältniß des seinerseits liberirten Schuldners von der Unmöglichkeit betroffen werde, fehlt es an einer gleichmäßigen Behandlung der *Bilateralcontracte*. Am vollständigsten tritt jene aufhebende Wirkung der casuellen Unmöglichkeit

26) L. 10 § 1. 1. 22 D. de neg. gest. 3. 5. 1. 18 § 4 D. commodati 13. 6. 1. 8 pr. D. de pign. act. 13. 7. 1. 4 D. de impensis 25. 1.

27) Auf fingirte Erfüllung wird jener Satz gegründet von Koch, Recht der Forderung. I S. 192 ff. II. § 107. Note 12 und von Fuchs im civil. Archiv XXXIV. S. 115 ff.

bei der Sachenmiete ein. Bei diesem Vertrage, von welchem der Satz gilt, daß das Miethgeld nur insoweit verlangt werden kann, als das *uti frui* in Beziehung auf die vermietete Sache gewährt worden ist, wird in Folge casueller Unmöglichkeit der Hauptverbindlichkeit auch die damit correspondirende Gegenverpflichtung des Miethers aufgehoben, beziehungsweise gemindert. Diese Behandlung der Sache erklärt sich aus dem strengeren Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem bei diesem zweiseitigen Vertrage die Verbindlichkeiten des Miethers zu denen des Vermiethers stehen. Der Miethvertrag, bei welchem, wie bei den übrigen *Bilateralcontracten*, jeder Theil Gläubiger und zugleich Schuldner ist (der Vermiether ist z. B. Gläubiger in Ansehung des Miethgeldes, Schuldner in Ansehung der Gebrauchsüberlassung), verpflichtet nämlich den Miether erst dann zur Erfüllung seiner *Contractverbindlichkeiten*, also namentlich zur Zahlung des Miethgeldes, wenn zuvor der Vermiether den ihm obliegenden Verpflichtungen genügt hat. Es bildet demnach die Sachenmiete gewissermaßen den Uebergang von den einseitigen Verträgen zu den strengen *Bilateralcontracten*. Die synallagmatische Beziehung der bei der Sachenmiete concurrirenden Verbindlichkeiten besteht also besonders darin, daß diejenige Verbindlichkeit, bei welcher der Miether Gläubiger wird (die Gebrauchsüberlassung) als die principale und zuerst zu erfüllende, die Gegenverbindlichkeit des Miethers aber als eine von der Leistung des Vermiethers abhängige, später zu erfüllende betrachtet wird. Diese Abhängigkeit erklärt sich wohl am einfachsten daher, daß das Miethgeld im Grunde nur als eine vertragsmäßig festgestellte Entschädigung für die mit der Benutzung der Sache coincidirende Gebrauchsentziehung anzusehen ist. Bei dem Kaufcontracte dagegen gilt der Grundsatz vollständiger Parität der dabei concurrirenden Verpflichtungen. Die Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises steht der Verbindlichkeit des Käufers zum *tradere* und zur Gewährung des *habere licere* an Wichtigkeit und Bedeutung vollständig gleich. Jeder der beiden Contractanten kann sogleich nach abgeschlossenem Vertrage zur Leistung angehalten werden; für einen jeden derselben ist die betreffende Forderung zu gleicher Zeit begründet

und fällig. Der Kauf ist gewissermaßen die regelmäßige Form unter den zweiseitigen Verträgen. Die *bona fides* würde es nun allerdings mit sich bringen, daß mit dem casuellen Unmöglichwerden der einen Leistung auch die damit in synallagmatischer Beziehung stehende Gegenleistung als aufgehoben betrachtet werden müßte. Dieser Satz ist auch an und für sich völlig zweifellos, wie solches aus verschiedenen ganz gleichen Billigkeitsfällen (daß z. B. die Erfüllung regelmäßig Zug um Zug geschehen muß, daß kein Theil Anspruch auf die Gegenleistung hat, bevor nicht seinerseits der Contract erfüllt ist) auf das Unzweideutigste hervorgeht. Jener Satz verliert indessen insofern alle praktische Bedeutung, als beim Kaufcontracte, soweit dabei die Verbindlichkeiten des Verkäufers in Frage kommen, ein Schweben des Contracts überall nicht eintreten kann: zur Vermeidung von Unbilligkeiten soll nämlich fingirt werden, als habe der Käufer die ihm obliegenden Vertragsverbindlichkeiten sofort mit der Perfection des Vertrags erfüllt.²⁸⁾ In vielen Stellen wird dies so ausgedrückt, daß sofort mit dem Abschlusse des Vertrags das *periculum* der verkauften Sache auf den Käufer übergehe.²⁹⁾ Diese Bestimmung ist offenbar ein Billigkeitsatz, dem die Erwägung zum Grunde liegt, daß der Käufer selbst ohne sein Zuthun durch die erkaufte, noch nicht tradirte Sache gewinnen kann, z. B. durch Alluvion, Fruchtziehung u., und daß es demnach billig und consequent erscheine, daß der Käufer dieselbe Stellung zu der verkauften Sache auch für den entgegengesetzten Fall — des totalen oder partiellen Untergangs derselben — einnehme. Es ergibt sich hieraus die bekannte Regel, daß der Verkäufer durch das casuelle Unmöglichwerden der Leistung nicht nur von jeder Haftverbindlichkeit befreiet wird, sondern auch den Kaufpreis und etwaige Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, vom Käufer

28) L. 5 § 2 D. de rescind. vend. 18. 5. 1. 14. 1. 15 D. de jure dotium 23. 3.

29) L. 62 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. 1. 2 § 1 D. de in diem 18. 2. 1. 1 pr. 1. 4 § 1. 1. 7 pr. 1. 8 pr. 1. 16 D. de periculo 18. 6. 1. 39 f. D. de solut. 46. 3. 1. 14 pr. D. de furtis 47. 2. 1. 1. 2 C. de periculo et comm. 4. 48.

verlangen kann. Die Innominatcontracte, die nach heutigem Recht gleich den Consensualcontracten schon durch den Consens bindend und klagbar werden, sind rücksichtlich der obigen Frage ganz nach den Grundsätzen des Kaufs und der Sachenmiethe zu beurtheilen. Stehen die dabei con.urrirenden Verbindlichkeiten im strengen Paritätsverhältnisse zu einander, wie z. B. beim Tausche, so kommen die Grundsätze des Kaufs, stehen dieselben schon der Natur der Sache nach in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander. — Gebrauchsüberlassung, bei welcher die Gegenleistung nicht in baarem Gelde erfolgen soll, — so kommen die Grundsätze von der Sachenmiethe analog zur Anwendung. Eine ähnliche Abhängigkeit und Aufeinanderfolge der Leistungen, wie bei der Sachenmiethe, findet sich auch bei der *locatio conductio operarum*; die Dienstleistung, welche bei dem Contractsverhältnisse das vorwiegende Element ist, erfüllt gewöhnlich einen längeren Zeitraum und muß schon aus Rücksichten der Billigkeit, wenn nicht der *locator* gewissermaßen *rem* und *pretium* zugleich haben und auf diese Weise vortheilhafter gestellt sein soll, als der *conductor*, der Entrichtung der Gegenleistung vorangehen. Hier, wo es außerdem an einem hinreichenden Grunde zu einer Ausnahmestimmung fehlt (denn bei Dienstleistungen kann von einem auf die Verpflichtung zur Uebernahme des *periculum* einwirkenden *commodum rei* nicht die Rede sein), können Billigkeit und *bona fides*, welche es mit sich bringen, daß bei casueller Unmöglichkeit der Hauptleistung regelmäßig auch die davon abhängige Gegenleistung aufgehoben und beziehungsweise verhältnißmäßig gemindert wird, im weitesten Umfange Berücksichtigung finden. Ob die casuelle Unmöglichkeit der Leistung auch die Verpflichtung zur Gegenleistung aufhebe oder mindere, muß demnach vorzugsweise aus den charakteristischen Eigenthümlichkeiten der einzelnen Verträge sich ergeben; es wird deshalb diese Frage auch regelmäßig in der Lehre von den einzelnen Verträgen abgehandelt. Für die Darstellung der Unmöglichkeit der Leistung im Ganzen genügt es, wenn wir uns auf die aus dem Obigen sich ergebende Regel beschränken: daß bei Bilateralcontracten vor Allem nur derjenige selbständige Obligationen-

theil von der casuellen Unmöglichkeit der Leistung wirksam betroffen werde, dessen Erfüllung durch den Eintritt eines solchen Ereignisses vereitelt wird, und daß die fernere Frage: ob nun auch mittelbar die mit der unmöglich gewordenen Verpflichtung correspondirende Gegenobligation aufgehoben und beziehungsweise gemindert werde, nicht in die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung gehört, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Billigkeit und bona fides und deren Einfluß auf das einzelne Contractsverhältniß zu beurtheilen ist. Solche Billigkeitsrücksichten bringen es nun allerdings mit sich, daß mit dem Unmöglichwerden der Hauptleistung auch die sich darauf beziehende Gegenleistung aufgehoben oder gemindert wird. Unbeschränkte Anwendung findet diese allgemeine Billigkeitsregel indeß nur bei denjenigen Bilateralcontracten, bei denen die eine Leistung in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse von der anderen steht, und bei denen selbst eine theilweise Erfüllung noch immer ein Vermögensinteresse für den betreffenden Empfänger hat. In Beziehung auf die übrigen Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung mehr im Verhältnisse strenger Parität zu einander stehen, erleidet der obige Satz eine aus der Natur und den Eigenthümlichkeiten dieser Verträge sich ergebende Ausnahme, deren Begründung, als eine diesen Verträgen zukommende Singularität, in die betreffenden speciellen Vertragslehren gehört.

XV.

Die neuesten deutschen Gesetzgebungen über eventuelle Eideszuschiebung und Gewissensvertretung.

Von Herrn **F. D. Busch**,
Appellationsgerichtsvicepräsidenten a. D.

Beide Materien sind in diesem Archive vielfach, unter andern auch von mir besprochen worden, und es fragt sich, nach-

dem Jahre hierüber hingegangen und in vielen Staaten Verbesserungen des Civilprocesses eingetreten sind:

welches jetzt der Stand der Gesetzgebungen in Bezug auf beide Gegenstände ist?

Es sei mir gestattet, mit den Staaten zu beginnen, die das gemeinschaftliche Appellationsgericht in Eisenach errichtet haben:

I. Großherzogthum Sachsen Weimar-Eisenach.

Eventuelle Eidesdelation.

Das Gesetz vom 5. Juni 1849 lautet:

§. 1. „Der Eid darf neben andern Beweismitteln über die nämliche Thatfache für den Fall angetragen werden, daß durch die letzteren nicht einmal soviel dargethan wurde, um auf einen nothwendigen Eid (Erfüllungs- oder Reinigungseid) erkennen zu können.“

§. 2. „Ueber die Annahme oder Zurückgabe eines solchen eventuell zugeschobenen Eides hat der Gegner bei Vermeidung derselben Rechtsnachtheile und in der nämlichen Frist sich zu erklären, wie über den unbedingt angetragenen Eid. Eine besondere Gewissensvertretung ist aber dabei nicht zulässig; es ist vielmehr zu diesem Zwecke der Gegenbeweis zu benutzen.“

In Bezug auf die Auslegung des §. 1 haben das Appellationsgericht zu Eisenach und das Oberappellationsgericht zu Jena sich dafür ausgesprochen:

daß, da das erwähnte Gesetz die eventuelle Eidesdelation nur für den Fall gestatte, in welchem durch die neben dem Eide abhübirtten Beweismittel nicht einmal soviel dargethan worden, um auf einen nothwendigen Eid erkennen zu können, hier keiner der Fälle vorliege, in welchen das Gesetz den eventuellen Gebrauch des Eides zulasse; denn offenbar habe das Gesetz bei seiner den eventuellen Eid gestattenden Bestimmung den Fall vor Augen, daß durch die übrigen Beweismittel nichts für den Beweisführer erhoben worden ist, und gehe nicht auf den Fall, wenn sogar gegen ihn Beweise vorliegen. (Vgl. meine Stimme der Praxis. S. 279 Nr. 78.)

In Bezug auf die Gewissensvertretung enthält der zweite Abschnitt des §. 10 des Weimar'schen Proceßgesetzes vom 28. Mai 1857 folgende Bestimmung:

Wenn die Gewissensvertretung in dem Grade mißlungen ist, daß kein richterlicher Eid erkannt werden kann, so findet der Rückgriff zu dem angetragenen Eide in der Art statt, daß der Delat denselben noch ableisten, nicht aber ihn zurückgeben kann.

Zu dieser Bestimmung ist zu bemerken, daß das Wort richterlicher (Eid) für Erfüllungseid zu nehmen ist, indem bei der Gewissensvertretung die Statthastigkeit eines Reinigungseides undenkbar ist.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. VI Nr. 78 Jahrg. 1859 p. 193.

Dagegen ist dem Gewissensvertreter der Rückgriff zur Ableistung des ihm deferirten Eides selbst dann gestattet, wenn er gegen sich bewiesen hat; nur darf kein vollständiger Beweis gegen ihn vorliegen; denn sonst wäre er sachfällig. Das letztere ist unbestritten. Archiv f. civil. Praxis Bd. XLII S. 4 Nr. V und S. 21.

Bedenklich ist aber immer, daß dem Deferenten, wenn der Gewissensvertretungsbeweis gegen ihn ausgefallen ist, nur die Ableistung des angetragenen Eides, nicht auch die Zurückschiebung desselben frei steht; denn es liegt dann ein Impuls für ihn vor, den Eid, auch wenn er es nicht mit gutem Gewissen vermag, abzuleisten, und meistens wird er dann wegen Meineides angeklagt werden. Den Vorzug verdient in diesem Punkte die badensche Gesetzgebung. (S. unten.)

II. Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt. Gesetz, die Verbesserung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, v. 12. November 1858, §. 29 fg.

Eventuelle Eidesdelation.

§. 29. „Neben anderen Beweismitteln kann der Eid, jedoch nur für den Fall zugeschohen werden, daß durch die anderen Beweismittel nicht einmal so viel dargethan wird, um auf einen nothwendigen Eid erkennen zu können, und daß auch das directe Gegentheil, sei es durch den Delaten oder die eigenen Beweismittel des Deferenten, nicht vollständig erwiesen wird.“

Wenn daher gegen den Deferenten halb, ja sogar mehr als halb (sei es durch des Gegners oder seine eigenen Beweismittel)

mittel) bewiesen ist, so muß das Gericht gleichwohl auf Ableistung des deferirten Eides erkennen. Hat also der Delat den Eid acceptirt, so muß er die Wahrheit der Thatfache, die schon halb oder mehr als halb bewiesen ist, beschwören. Dieses erscheint nun allerdings nicht gefährlich; wohl aber tritt die Gefahr des Meineides dann hervor, wenn der Eid dem Deferenten referirt ist, und dieser nun in die Lage kommt, das Gegentheil von dem zu beschwören, was seine oder auch des Delaten Zeugen für wahr erklärt haben. Folgendes Beispiel möge die Sache erläutern: Es handelt sich um einen Pferdekauf, und der klagende Verkäufer behauptet, daß der Kaufpreis 50 fl. für das verkaufte Pferd betragen habe, während sein Zeuge und ein Knecht des Käufers übereinstimmend deponiren, er habe nur 40 fl. betragen. Der von ihm eventuell deferirte Eid ist referirt, und dessen Ableistung muß sonach dem Kläger zuerkannt werden.

In einem solchen Falle rath jedenfalls die Gesetzgebungs-politik, den Deferenten nicht zum Eide zu lassen, da er aller Wahrscheinlichkeit nach falsch schwören, und seinem Eide eine Meineidsanfrage auf dem Fuße folgen würde. Die Heiligkeit des Eides, sowie die traurige Erfahrung, daß die Achtung vor demselben immer mehr sinkt, rath dringend, jeden Anlaß zur Begehung eines Meineides zu vermeiden und sonach die Möglichkeit der Collision der Eide über einen und denselben Punkt zu beseitigen.

Der letzte Satz des §. 29 lautet:

„Die Gewissensvertretung findet gegen einen eventuell zugehobenen Eid, sowie bei zuerkannten nothwendigen Eiden nicht statt.“

Gegen diese Bestimmung ist nichts zu erinnern, vielmehr kann sie nur gebilligt werden, da durch dieselbe eine große Anzahl von Controversen abgeschnitten wird, für deren Lösung alle gesetzlichen Haltpunkte fehlen.

III. Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen.
Gesetz, die Verbesserung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend. Vom 6. Januar 1864.

Eventuelle Eidesdelation.

§. 16. „Der Eidesantrag kann auch neben andern Beweismitteln cumulativ gebraucht werden. Es gilt jedoch, wenn dieses geschieht, der Eid als eventuell und zwar dergestalt angetragen, daß zu demselben nur dann gegriffen werden kann, wenn die mitbenannten andern Beweismittel entweder ganz hinwegfallen, oder durch dieselben nicht einmal soviel für den Beweisführer dargethan wird, um auf einen nothwendigen Eid erkennen zu können.

Dagegen findet der Rückgriff zu dem eventuellen Eide dann nicht statt, wenn sich aus dem Zusammenhalte der geführten Be- resp. Gegenbeweise, oder beider zugleich, das Gesamtergebnat ergibt, daß das directe Gegentheil des Beweissatzes entweder vollständig oder auch unvollständig in einem Grade nachgewiesen worden ist, welcher in andern Fällen nach den allgemeinen Beweisregeln die Auflegung eines richterlichen Notheides zur Folge haben würde.

Auch für den eventuellen Eid gelten die Vorschriften im 2. Absatz des §. 15 (Nothwendigkeit der Erklärung des Delaten: ob er den Eid annehmen, zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten will), jedoch mit der Modification, daß die Erklärung des Delaten auch nur eine eventuelle, und die Gewissensvertretung beim eventuellen Eide ausgeschlossen ist.“

Gewissensvertretung.

§. 17. „Erklärt der Beweisgegner, welchem im Beweisverfahren der Eid angetragen worden ist, sich für die Gewissensvertretung, so hat er zugleich die Thatfachen, welche bewiesen werden sollen, und die deßfalligen Beweismittel bei Verlust der letztern anzugeben. Hierauf ist alsbald mit Production und Erhebung der Beweismittel, wie im Productionsverfahren, vorzuschreiten.

Ist die Gewissensvertretung in dem Grade mißlungen, daß nicht einmal auf einen Notheid erkannt werden kann, so findet der Rückgriff zu dem angetragenen Eide in der Art statt, daß der Delat denselben noch ableisten, nicht aber ihn zurückschieben darf. Dagegen ist der Rückgriff auch hier ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des §. 16 Absatz 2 eintreten.“

Nach meinem Dafürhalten verdient diese Gesetzgebung den Vorzug vor allen andern, weil sie der Begehung von Meinen auf das wirksamste begegnet, denn sie läßt den, gegen welchen Beweis vorliegt, weder bei der eventuellen Eidesdelation noch bei der Gewissensvertretung zum Eide, und erfordert zugleich auf der andern Seite zur Ausschließung des Rückgriffes zum Eide einen gewissen Grad des Beweises des directen Gegentheils des Eidesjages, so daß auch das Interesse des Deficienten gewahrt ist, und nicht auf einen leichten Verdacht hin der Rückgriff zum Eid ihm untersagt werden kann, indem soviel Beweis gegen das *thema probandum* resp. *jurandum* erbracht sein muß, wie zur Auferlegung eines Notheides erforderlich ist.

Eins ist freilich gegen diese Lösung zu erinnern: das Streitverhältniß kommt nicht zum Austrag, sondern es kann bloß das *non liquet* ausgesprochen werden, und die Partei, welche nicht zum Eide zurückgreifen darf, kann doch im Rechte sein. Da diese Fälle aber gewiß immer zu den seltenen gehören, während auf der andern Seite in der Regel ein Meinen zu befürchten sein wird, so scheint doch das Uebergewicht der Gründe für die Lösung der Frage auf dem Wege der Schwarzburg-Sondershausen'schen Gesetzgebung zu sprechen.

IV. Großherzogthum Baden.

Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden. 1864.

Eventuelle Eidesdelation.

§. 390. „Jede Partei kann sich nicht nur zum Beweise verschiedener Thatfachen, sondern auch zum Beweise einer und derselben Thatfache, mehrerer und verschiedenartiger Beweismittel zugleich und nebeneinander bedienen. Nur die Eidesdelation kann mit andern Beweismitteln über die nämliche Thatfache bloß eventuell, nämlich bloß für den Fall geschehen, wenn der Beweis durch die übrigen zugleich vorgeschlagenen Beweismittel gänzlich mißlingen sollte.“

§. 526. „Die Eideszuschiebung findet nicht statt in Fällen, wo das Gegentheil der zu beschwörenden Thatfache vollständig erwiesen, oder offenkundig ist, noch gegen den Inhalt einer voll-

beweisenden Urkunde, soweit diese nicht wegen Verfälschung angegriffen wird."

§. 531. „Die Eideszuschreibung kann auch über die nämlichen Thatfachen mit andern Beweismitteln verbunden werden, jedoch nur in der Art, daß von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden kann, wenn durch die andern Beweismittel nichts für den Beweis *satz* dargethan worden ist.“ (§. 390.)

„Wurde durch diese ein wenn gleich unvollständiger Beweis hergestellt, so erfolgt jetzt das Erkenntniß auf einen Notheid.“

Gewissensvertretung.

§. 542. „Eideszuschreibung zur Gewissensvertretung findet nicht statt; dagegen ist der Gegenbeweis gegen die zur Gewissensvertretung unternommene Beweisführung innerhalb der Frist zulässig, welche nun für dessen Antretung vom Richter festgesetzt wird.“

§. 543. „Die Gewissensvertretung mit Beweis findet nicht statt, wenn der Eid nur für den Fall des Mißlingens der Beweisführung durch andere Beweismittel zugeschoben wurde, welche innerhalb der Beweisfrist wirklich gebraucht, und nicht wieder aufgegeben sind.“

§. 544. „Mißlingt die zur Gewissensvertretung unternommene Beweisführung gänzlich, so steht der Partei das Recht zu, innerhalb der ihr jetzt zu bestimmenden weiteren Frist den Eid noch anzunehmen oder zurückzuschieben.“

§. 545. „Bei der Unvollständigkeit des zur Gewissensvertretung unternommenen Beweises findet der §. 583 Anwendung.“

§. 549. „Die Partei, welche den Eid angenommen hat, kann, so lange er noch nicht geleistet ist, von dieser Erklärung wieder abgehen, um den Eid zurückzuschieben, oder das Gewissen mit Beweis zu vertreten, letzteres jedoch nur dann, wenn sie wegen neuer Beweise Wiederherstellung verlangt hat.“

§. 583. „Ist das Ergebnis der Beweisführung dahin ausgefallen, daß der Beweis weder als völlig geführt, noch als völlig mißlungen erscheint, so wird auf Notheid erkannt.“

Der Sinn dieser Bestimmungen ist, was die eventuelle Eidesdelation anlangt, der, daß diese nur dann in Wirksam-

keit tritt (§. 531 verb. von dem eventuell cumulirten Eide Gebrauch nur dann gemacht werden kann), wenn durch die andern Beweismittel nichts für den Beweisatz dargethan worden ist (§. 531), oder, wie es §. 530 heißt, „wenn dieser Beweis gänzlich mißlungen ist.“ Beides läuft auf dasselbe hinaus und umfaßt sowohl den Fall, daß gar nichts bewiesen ist, als auch den, wo der Beweis gegen den Beweisführer (eventuellen Deferenten) ausgefallen ist; denn in diesem Falle hat er ebenfalls nichts für seinen Beweisatz erwiesen. Ist aber das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache vollständig erwiesen, so kann es nicht mehr zur Ableistung des eventuell deferirten Eides kommen, weil hier nach §. 526 die Eideszuschreibung überhaupt unstatthaft ist.

Dagegen ist in dem Falle, wenn halber oder mehr als halber Beweis gegen den Beweis- resp. Eidesatz des Producenten (resp. Deferenten) vorliegt, auf Ableistung des acceptirten oder referirten Eides zu erkennen. Dieses folgt als *argumentum a contrario* aus §. 526, indem die Eidesdelation dann zulässig sein muß, wenn das Gegentheil des *thema prob. resp. jurandum* bloß unvollständig bewiesen ist.

Die Badensche Gesetzgebung hat sonach keinen Anstand genommen, den Deferenten, wenn ihm der Eid zurückgegeben ist, zum Schwure zu lassen, obwohl dann oft großer Verdacht vorliegen wird, daß er einen Meineid begehen und seiner Eidesleistung eine Anzeige wegen Meineides auf dem Fuße folgen werde.

Auf den ersten Blick scheint diese Bestimmung hauptsächlich darum Bedenken zu haben, weil der Delat, der den eventuell zugeschobenen Eid referirt hat, dadurch, daß ihn der Deferent, obgleich gegen denselben bereits Beweise vorliegen, ableistet, um sein Recht kommen kann, allein dieser Gefahr ist größtentheils dadurch begegnet, daß dem Delaten freisteht, den von ihm acceptirten Eid, so lange er noch nicht abgeleistet ist, zurückzuschieben (§. 549). Die Vorsicht gebietet ihm daher, den Eid unter allen Umständen zu acceptiren und die Ergebnisse des Beweises abzuwarten. Hat nun der Deferent gegen sich bewiesen und liegen sonach Beweise für den Delaten

vor, so kann er mit gutem Gewissen den acceptirten Eid ableisten, und es kommt nichts darauf an, ob man diesen Eid als einen conventionellen oder Notheid ansehen will; denn das materielle Recht ist und bleibt gewahrt. Gibt aber der Delat den Eid gleichwohl zurück, und der Deferent leistet denselben ab, dann wird alle Welt sagen müssen: habeat sibi! Die Gesetzgebung trifft keine Schuld.

Die Gewissensvertretung anlangend, so hat die Badensche Gesetzgebung die Controverse: ob gegen dieselbe ein Gegenbeweis zulässig sei? gleich der kgl. sächsischen entschieden; aber in einem wesentlichen Punkte weicht dieselbe von der letztern ab, indem bei gänzlichem Mißlingen der Gewissensvertretung nach der Badenschen Gesetzgebung der Rückgriff zum Eide noch stattfindet (§. 544), nach der sächsischen nicht, welche letztere Bestimmung wohl jedenfalls den Vorzug verdienen dürfte.

V. Königreich Sachsen. *)

Eid.

a. Allgemeine Bestimmungen.

§. 465. „Wenn durch Erklärungen der schwurpflichtigen Partei oder durch sonstige Umstände ein dringender Verdacht entsteht, daß sie den Eid der Wahrheit gemäß nicht schwören kann, so ist mit Abnahme desselben anzustehen, im abgekürzten Verfahren darüber zu verhandeln, und mittelst Erkenntnisses zu entscheiden, ob sie zur Leistung des Eides, nach Befinden unter Zuziehung eines Geistlichen, zu lassen sei. Bei Verneinung dieser Frage ist der Eid für verweigert zu achten, und soweit es die Sachlage gestattet, zugleich auf die Folgen der Nichtleistung zu sprechen.“

*) Aus den Entwürfen einer bürgerlichen Proceßordnung, einer Konkursordnung und einer Gerichtsordnung in nicht streitigen Rechtsfachen für das Königreich Sachsen nebst den dazu gehörigen Motiven. Dresden, Druck und Verlag der königl. Hofbuchdruckerei von C. Meinfeld und Söhne. Dieses ist der letzte Entwurf, dessen Publication als Gesetz aber noch zur Zeit nicht erfolgt ist. Ein früherer Entwurf vom Oberappellationsgerichtsrath Dr. Marschner zu Dresden in Auftrag der königl. sächs. Staatsregierung bearbeitet und als Manuscript gedruckt von C. Heinrich 1860 ist von mir in diesem Archive Bd. 44 Heft 1 pag. 27 angezeigt und beurtheilt.

b. Eidesantrag.

§. 481. „Die Verbindung des Eidesantrages mit andern Beweismitteln über die nämliche Thatfache hat, selbst wenn sie nicht bloß vorsorglich geschehen ist, die Wirkung, daß auf den Eidesantrag nur in dem Falle zu erkennen ist, wenn der durch andere Beweismittel unternommene Beweis dergestalt mißlingt, daß er nicht einmal zu einem Erkenntnisse auf einen nothwendigen Eid führt.“

§. 496. „Ist ein Beweis weder voll hergestellt, noch ganz mißlungen, so hat das Gericht auf einen nothwendigen Eid, entweder auf einen Erfüllungseid des Beweisführers, oder einen Entlastungseid des Beweisgegners zu erkennen, und dabei darauf Rücksicht zu nehmen, von welcher Partei nach der Beschaffenheit ihrer Kenntniß von der fraglichen Thatfache, sowie nach ihren persönlichen und sonstigen Verhältnissen eine wahrheitsgemäße Angabe muthmaßlich am sichersten zu erwarten steht.“

§. 681. „Ein bloß vorsorglich angetragener Eid gilt erst dann für angenommen, wenn er nicht bis zur Eröffnung der Tagfahrt zur Beweisausführung, oder, im Falle des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung, bis zu der Zeit zurückgegeben wird, wo die dasselbe anordnende Verfügung demjenigen, welchem der Eid angetragen wurde, zugestellt worden ist.“

§. 682. „Durch Annahme des Eides geht das Recht verloren, denselben zurückzugeben, oder das Gewissen mit Beweis zu vertreten. Die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme, oder die Zurückgabe des Eides, oder das Erbieten zur Gewissensvertretung kann nicht widerrufen werden.“

§. 685. „Wer sein Gewissen mit Beweis vertreten will, hat zu beweisen, daß die Thatfachen, über welche ihm der Eid angetragen worden ist, nicht wahr sind. Der Eidesantrag über das gerade Gegentheil dieser Thatfachen ist unzulässig. Wider die Gewissensvertretung steht Gegenbeweis zu.“

§. 686. „Gelingt die Gewissensvertretung nicht vollständig, so ist auf einen nothwendigen Eid zu erkennen. Mißlingt sie gänzlich, so findet ein Rückgriff zum Eide nicht statt.“

§. 687. „Bei einem nur vorsorglich angetragenen Eide hat Gewissensvertretung nicht statt.“

Anlangend zunächst die
eventuelle Eidesdelation

so war in dem früheren (Marfchner'schen) Entwurfe auch der Fall bedacht, wenn die Beweisführung gegen den Beweisführer (eventuellen Deferenten) ausgefallen ist, (s. dieses Archiv, Bd. 44 Heft 1 Seite 43 ff.); in dem gegenwärtigen Entwurfe findet man aber für die Lösung dieser Frage keinen Haltpunkt. Die Motive zu §. 481 enthalten weiter nichts, als daß es für zweckmäßig erachtet worden sei, die eventuelle Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln auch in Sachsen zu gestatten, jedoch nur für den Fall, daß durch die andern Beweismittel gar nichts dargethan werde. Damit ist aber die Frage nicht entschieden: ob die eventuelle Eideszuschiebung auch dann unwirksam werde, wenn der Beweis gegen den Deferenten ausfällt, ohne daß vollständiger Beweis gegen ihn vorliegt. Von einem Noth- und zwar dem Reinigungsseide des Gegners des Beweisführers kann hier eben so wenig die Rede sein, als von einem Erfüllungseide desselben; denn es ist ja nichts für das *thema probandum* bewiesen, und einen Erfüllungseid für den directen Gegenbeweis gibt es nicht. Die Sache liegt sonach gerade so, wie im Großherzogthum Weimar (s. oben I); einige Hülfe schafft indessen gegen den Deferenten und Relaten, der verdächtig ist, wider besseres Wissen zu schwören, der §. 465. Es ist aber immer eine mißliche Sache, wenn von dem Richter, nachdem einmal dem Deferenten und Relaten der Eid rechtskräftig zuerkannt ist, das im §. 465 vorgeschriebene Verfahren eingeleitet werden soll, und die Gesetzgebung hat in dem erwähnten Punkte insofern eine Lücke, als nicht bestimmt gesagt ist, daß, wie in S. Sondershausen, in dem erwähnten Falle die eventuelle Eidesdelation unwirksam sein soll. Für die Unwirksamkeit scheint §. 686 zu sprechen; denn das, was bei gänzlich verfehlter Gewissensvertretung Rechtens ist, muß auch gelten, wenn bei eventuell deferirtem Eide der Beweis gegen den Deferenten ausgefallen ist; in beiden Fällen ist ja *par ratio* vorhanden.

In Betreff der Bestimmungen über Gewissensvertretung ist dem Entwurfe nur beizupflichten, jedoch ist zu §. 687 hervorzuheben, daß die Unstatthaftigkeit der Gewissensvertretung

bei dem eventuell deferirten Eide sich auf die sogen. formelle Gewissensvertretung beschränkt. Dieses geht unverkennbar aus den Motiven zu §. 657 hervor, welche folgendergestalt lauten:

„Ist der Eid nur vorsorglich angetragen gewesen, so hat der Beweisgegner Gelegenheit gehabt, im Gegenbeweise alles das auszuführen, was Gegenstand der Gewissensvertretung sein könnte. Die Nachlassung der G.-V. wider einen bloß vorsorglich angetragenen Eid würde daher, unnöthig für den Rechtsschutz, nur dazu dienen, den Proceßgang zweckwidriger Weise aufzuhalten.“

Diese Bestimmung erhält aber ihre eigentliche Bedeutung erst dadurch, daß, wenn die Gew.-Vertretung gänzlich mißlingt, der Rückgriff zum Eide nicht stattfindet. Gänzlich mißlungen ist sie aber dann, wenn nichts für, sondern gegen den Gewissensvertreter bewiesen worden ist, mag dieses Resultat durch die Beweismittel des letzteren, oder durch die des Gegners, oder durch beide zugleich herbeigeführt worden sein.

Dieses ist das Ergebniß der neuesten Civilproceßgesetzgebungen und des S. Entwurfes über eventuelle Eidesdelation und Gewissensvertretung. Die meiste Garantie gegen Meineide gibt die Gesetzgebung von Schwarzburg-Sondershausen; dann folgt die des Königreichs Sachsen, während die von Baden und Schwarzburg-Rudolstadt die geringste Garantie bieten; denn sie lassen selbst denjenigen eventuellen Deferenten noch zum Eide, gegen welchen halber, ja sogar mehr als halber Beweis vorliegt.

XVI.

Die neuesten Leistungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung.

Von Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI im vorigen Hefte.)

Ob wir die übrigen Bestimmungen des niederländischen Entwurfs mittheilen und prüfen, ist es Pflicht, noch bei einzelnen Vorschriften zu verweilen, welche bereits Gegenstand von Erörterungen waren, wo aber eine wiederholte Prüfung zweckmäßig scheint, indem nach der Veröffentlichung unseres Aufsatzes niederländische Juristen sich über den Werth mancher von uns besprochenen Vorschläge des Entwurfs erklärten. Wir berücksichtigen hier die in einer Uebersetzung unseres Aufsatzes in der niederländischen Zeitschrift *Themis* ¹⁾ enthaltenen Bemerkungen, ferner den sehr beachtungswerthen Aufsatz eines der gründlichsten niederländischen Juristen, Godefroi, der in der *Themis* ²⁾ eine Anzeige der neuen Schrift von Lavielle études benützt, um bei jeder Lehre die Bestimmungen der niederländischen Proceßordnung und der späteren Verhandlungen darüber zu prüfen und Verbesserungsvorschläge daran zu knüpfen. Wir nehmen ferner Rücksicht auf einige briefliche Mittheilungen tüchtiger niederländischer Juristen. Ein Gegenstand vielfach abweichender von niederländischen Juristen geäußelter Ansichten ist das oben S. 298 von uns angeführte System, nach welchem, abweichend von der bisherigen französischen Bestimmung, daß der Anwalt keine Vollmacht seiner Partei vorzulegen nöthig hat, vorgeschrieben ist, daß der Anwalt, welcher für eine Partei aufzutreten will, eine Vollmacht vorzulegen hat. Man findet von Seite vieler niederländischer Juristen, daß kein Bedürfniß ob-

1) *Themis* regtskundig Tydschrift Band XII 1865 pag. 365.

2) *Themis* 1863 p. 1—64.

walte, von dem bisherigen einfachen Systeme abzuweichen und durch das neue System ein unverdientes Mißtrauen gegen Anwälte auszusprechen, da vorzüglich man bei eingeführter Deffentlichkeit Mißbräuche nicht zu besorgen hätte, der Besitz der auf den Proceß sich beziehenden Urkunden die Vermuthung begründe, daß der sie besitzende Anwalt von der Partei bevollmächtigt war, indem es gewiß selten vorkommt, daß ein unberechtigter Anwalt für eine Partei auftritt, und das Mittel des Désaveu einen hinreichenden Schutz gewähre. Die Gegner des neuen Systems machen noch geltend, daß darnach in manchen Fällen den Parteien bedeutende Kosten verursacht werden, z. B. in dem Falle, wo in einer Sache mehrere Personen betheiligt sind, von denen manche im Auslande in verschiedenen Staaten wohnen und vielleicht einige nicht schreiben können, wo dann bedeutende Kosten verursacht werden, bis alle nöthigen Vollmachten beigebracht werden können. Man führt an, daß dies System, welches so streng schriftliche Vollmacht fordert, doch oft keine Sicherheit gewährt, weil nach der Erfahrung es leicht ist, einfachen unerfahrenen Personen ein gedrucktes Formular einer Vollmacht vorzulegen, welches die Partei gläubig unterschreibt. Dieser Gründe ungeachtet, müssen wir dennoch das im Entwurf vorgeschlagene System billigen, weil der Gesetzgeber an das Naturgemäße sich halten soll, und keiner Partei zugemuthet werden kann, sich mit einem Anwalte, der behauptet, daß er von einem Andern zur Vertretung bevollmächtigt sei, in einen kostspieligen Proceß einzulassen, und weil selbst der Besitz der Urkunden eine ungenügende Bürgschaft gibt, daß der Anwalt bevollmächtigt sei. Der Verfasser dieses Aufsatze kennt einen in dem hiesigen Kollegium vorgekommenen erläuternden Fall. Ein Bürger, der mit einem anderen Manne, von dem er wegen Gewerbsverhältnisse abhängig war, in Abrechnung stand, glaubte von diesem benachtheiligt zu sein und zuviel an ihn bezahlt zu haben. Er wendete sich an einen Anwalt, dem er sämtliche auf das Geschäft sich beziehenden Papiere mittheilte, um Rath zu erhalten, wie er zu seinem Gelde kommen könnte. Der Anwalt überzeugte sich durch die Einsicht der Urkunden, daß der Bürger allerdings zuviel bezahlt habe, und stellte nun die Klage

gegen den Andern an. Der Bürger, welcher Gründe hatte, den Andern zu schonen, um seiner Hilfe nicht beraubt zu werden, wollte nur vorläufig den Rath des Anwalts einholen, aber nicht schon Klage anstellen und kam dem Andern gegenüber in Verlegenheit durch die Voreiligkeit des Anwalts, welcher übrigens im guten Glauben gehandelt hatte, da er den um Rath Fragenden nach seinen Worten so verstand, daß er sein ohne Grund bezahltes Geld fordern wollte. Wenn man nach dem französischen Rechte von dem Mittel des Désaveu Heil erwartet, so bitten wir die Vertheidiger des französischen Systems die Masse der Streitfragen zu beachten,³⁾ welche bei dem Gebrauche dieses kostspieligen und langen Proceß herbeiführenden Mittels entstehen. Für die Richtigkeit des niederländischen Entwurfs spricht auch, daß in den neuesten Entwürfen von Proceßordnungen von Baiern und Preußen, wo der Entwurf sich größtentheils auf französischen Proceß stützt, der Anwalt schuldig erklärt wird, die Vollmacht vorzulegen.⁴⁾ Auch der für Deutschland von der Commission in Hannover bearbeitete Entwurf fordert⁵⁾ die Vorlage einer Vollmacht; und die in jenen Entwürfen vorkommenden Bestimmungen verdienen Nachahmung auch in den Niederlanden. Mit Recht sprechen die bairischen Motive S. 563 aus, daß das französische System der nöthigen Sicherheit entbehrt, daß dabei die Rechtskraft der Urtheile bis zum Vollzuge in Frage gestellt ist, und das System zu bedenklichen Mißbräuchen und Verwickelungen Raum gibt.

Eine andere Abweichung der Ansichten betrifft das in diesem Archive S. 307 von uns erhobene Bedenken, daß die mündliche Verhandlung durch die Vorschriften beschränkt sei, nach welcher im Vorverfahren alle thatsächlichen und rechtlichen Erklärungen der Parteien vorgebracht werden müßten und die Vorträge in den mündlichen Verhandlungen nur innerhalb

3) Darüber: Boitard, Code de procédure civile. Leçons publiées par de Linage. Vol. II p. 20—31. Bioche, Dictionnaire de procédure. Vol. III p. 113—134.

4) Bairischer Entwurf § 65—76, Motive dazu S. 563. Preussischer Entwurf § 92—108, Motive S. 29.

5) Entwurf § 103.

der Gränze jener vorgebrachten Erklärungen zulässig seien. In der Themis p. 374, sowie in schriftlichen Mittheilungen, wird gegen diesen Vorwurf bemerkt, daß die Vorschrift, nach welcher der rechtliche Charakter der Klage schon im Vorverfahren festgestellt werden muß, nothwendig ist, um der mündlichen Verhandlung eine feste Grundlage zu geben, daß der Entwurf im Art. 5 Buch 1 Titel VI von regtsgronden spricht im Gegensatz von regtsmiddelen, und daß in Bezug auf die ersten der Richter nach Art. 5 verpflichtet ist, die zur Sache dienenden regtsgronden bei seiner Entscheidung zu beachten, wenn sie auch die Parteien nicht anführten, und nach Art. 7 Buch II Titel 1 nur neue regtsmiddelen nicht vorgetragen werden sollen. Es scheint, daß der Gesetzgeber damit dem Grundsatz huldigen wollte, nach welchem der Richter das Gesetz selbst kennen muß, daher von den Parteien nicht angeführte Gesetzesstellen zu benützen hat, daß aber die Partei im mündlichen Vortrag nicht neue Rechtsgründe vorbringen darf. Nie aber kann man zugeben, daß der niederländische Entwurf das Prinzip der Mündlichkeit consequent durchführt, wenn das Verbot des Gebrauchs neuer regtsmiddelen so gemeint ist, daß kein neuer rechtlicher Gesichtspunkt in der Sitzung geltend gemacht werden darf, daß daher eine Partei, die im schriftlichen Vorverfahren einen Anspruch schon durch das Gesetz begründet behauptete, in mündlicher Verhandlung nicht auf ein Versprechen des Gegners bauen darf, oder daß eine Partei, die im Vorverfahren auf Mandat die Klage baut, in der mündlichen Verhandlung sie nicht als negotiorum gestio, oder statt der ursprünglichen Begründung des Anspruchs als Schenkung, später ihn als Vermächtniß rechtfertigen darf.

Eine für die richtige Auffassung des Prinzips der Mündlichkeit wichtige Frage ist die: ob den Parteien gestattet werden soll, statt der mündlichen Verhandlung mit Vorlage der schriftlichen im Vorverfahren gewechselten Vorträge an das Gericht auf Entscheidung über die Sache anzutragen. Wir haben die Zweckmäßigkeit dieser im niederländischen Entwurf gestatteten Befugniß oben (Archiv S. 307) bestritten. In den Niederlanden wird dagegen zur Rechtfertigung des Entwurfs ange-

führt (Themis p. 377), daß ohnehin auch bisher, wenn Contumacialurtheile gefällt werden, das Gericht auf den Grund der Schriften urtheilt, und daß man Mündlichkeit nicht als eine Verpflichtung der Parteien, sondern nur als ihr Recht, worauf sie auch verzichten können, auffassen muß. Gegen diese Ansicht haben wir fortdauernd das Bedenken, daß das Vorverfahren nur als vorbereitendes, und die mündliche Verhandlung als das eigentliche Hauptverfahren erscheint, daß der Gesetzgeber die Mündlichkeit nicht als ein Recht der Parteien, sondern als die Form auffaßt, durch welche im Interesse der Gerechtigkeit am sichersten das Gericht die Materialien und zugleich die Mittel erhält, am ersten das wahre Sachverhältniß zu erfahren. Auf jeden Fall müssen die Verteidiger des Entwurfs zugeben, daß, wenn auch die Parteien auf mündliche Verhandlungen verzichteten, dem Gerichte die Befugniß gegeben werden muß, da, wo es aus den Schriften über wichtige Punkte keine Aufklärung findet, die Parteien vorzuladen und geeignete Fragen an sie zu stellen, wodurch von selbst eine mündliche Verhandlung herbeigeführt wird.

Eine der wichtigsten Fragen von allgemeinem Interesse ist die: ob das neue im Entwurf vorgeschlagene Vorverfahren unter Intervention des Gerichts (oben Archiv S. 300) sich so bewähren wird, daß auf Vereinfachung des Verfahrens und auf Abkürzung sicher gerechnet werden kann. Eine uns zugekommene schriftliche Mittheilung eines ausgezeichneten niederländischen Juristen bezweifelt, ob die Vortheile, welche man von dem neuen Verfahren erwartet, wirklich eintreffen werden, so daß die französische, auf jeden Fall. consequentere Proceedur, den Vorzug verdient. Die Ursache, aus welcher der Vorzug des in dem Entwurf vorgeschlagenen Verfahrens gerechtfertigt wird, soll darin liegen, daß der in der obigen Mittheilung angegebenen Erfahrung gemäß schon bisher nach der Praxis in den meisten niederländischen Gerichten das Prinzip festgehalten wurde, daß, wo gegenseitige Uebereinstimmung der Parteien (in der Wirklichkeit ihrer Vertreter) besteht, wenn über eine Frist für den Schriftenwechsel im Vorverfahren eine Uebereinstimmung beider Parteien vorliegt (sei die Verlängerung noch so groß),

der Richter nicht einzutreten, und nur die verabredete Frist festzustellen hat. Darnach hat der Richter nur eine passive Stellung in Bezug auf Instruktion der Sache, so daß die eigentliche Aufgabe des Richters die Entscheidung des vor ihn gebrachten Streitfalles sein soll. In den Niederlanden war nun öfter die Frage verhandelt, ob nicht dem Richter ein größerer Einfluß auf die Instruktion gegeben werden soll. In dem 1855 den Generalstaaten vorgelegten Entwurf war die Befugniß des Richters ausgedehnt und insbesondere ausgesprochen, daß die Verlängerung einer gesetzlich festgestellten Frist, auch wenn Uebereinstimmung beider Parteien die Verlängerung bewilligt, nicht gestattet werden soll, wenn nicht der Richter die Ansicht hat, daß ein wahres Interesse vorliegt, die Frist zu verlängern. Im neuen Entwurfe ist ein solches Prinzip nicht aufgenommen, und nur ein Minimum für die Dauer der Fristen gesetzt, woraus folgt, daß der Verlängerung der Fristen keine Schranken gesetzt werden sollen. Der Grundsatz der Passivität des Richters scheint darnach vom neuen Entwurf gebilligt und daher auch die Befugniß der Parteien, die Fristen beliebig zu verlängern, anerkannt. Mit Recht fragt man nun, ob im Ernste erwartet werden darf, daß durch die im Entwurfe vorgeschlagene Intervention für die Vereinfachung des Verfahrens etwas gewonnen wird. Bekanntlich kennt der neue Entwurf nicht die französische Unterscheidung von *avoué* und *avocat*; beide Stellen sind in einer Person vereinigt. Nimmt man nun nach dem Entwurf die Intervention des Gerichts im Vorverfahren an, so werden oft Fälle vorkommen, in welchen wegen Punkte der Instruktion im Vorverfahren vor der mündlichen Hauptverhandlung von dem Gerichte Verhandlungen angeordnet werden müssen, zu welchen die Advocaten vorgeladen werden sollen. Es kann nicht verkannt werden, daß dadurch den vielbeschäftigten Advocaten eine große Last aufgelegt wird, was die Folge hat, daß sie in solchen Fällen die Vertretung jungen Männern, die bei ihnen arbeiten, oder jüngeren Kollegen übertragen. Es verdient ernsthafte Erwägung, ob der Gesetzgeber die passive Stellung des Richters, wie er sie im französischen Rechte hat, beibehalten und nur anerkennen will, daß der Richter eigentlich

nur zur Entscheidung berufen ist, oder ob der Richter eine mehr active Stellung haben soll. Gewiß ist, daß wenn das Gesetz im Vorverfahren richterliche Intervention aufnimmt, es auch sorgen muß, daß nicht große Verzögerungen herbeigeführt und Kosten verursacht werden, so daß für das einfache Verfahren ohne richterliche Intervention gewichtige Gründe sprechen. Nicht wenige Beachtung verdient die Frage, ob die im neuen Entwurf aufgenommenen Vorschriften über Verhandlung im abgekürzten Termin (oben Archiv S. 302) mit der Hauptrichtung, durch Verkürzung der Fristen zu helfen, genügend sind, insbesondere für Handelsfachen geringeren Werths. Den deutschen Juristen drängt sich die Frage auf: warum man in Holland nicht, wie in Frankreich und nach allgemeiner Forderung in Deutschland, Handelsgerichte einführt. Das Ergebnis der bei erfahrenen Männern in den Niederlanden eingezogenen Erkundigungen ist allerdings, daß man in Holland diesen Gerichten allgemein abgeneigt ist, und daß bei Gelegenheit der Berathung des Gesetzes über gerichtliche Organisation die vornehmsten Handelskammern gegen Einführung der Handelsgerichte sich erklärten. Es ist merkwürdig, daß in den Niederlanden angesehenen Juristen⁶⁾ als das beste Mittel, den Parteien die Möglichkeit, durch eine raschere Proceßur einen Rechtsanspruch verfolgen zu können, zu verschaffen, die Einführung des in einigen deutschen Staaten gestatteten Mahnverfahrens empfehlen. Wir können aus der Erfahrung in Baden versichern, daß mit dem besten Erfolg in der Mehrzahl der Streitfachen die bedingten Zahlungsbefehle im sogenannten Mahnverfahren angewendet werden.

Wir wollen nun unsere Leser mit weiteren bemerkenswerthen Bestimmungen des niederländischen Entwurfs bekannt machen.

Die Art. 22—27 regeln das Verfahren in den Fällen, in welchen eine Partei nicht in der Sitzung erscheint. Die Bestimmungen der jetzigen Proceßordnung von 1835 sind im Wesentlichen die des französischen Code; allein in der Rechts-

6) Ausführlich erklärte sich in diesem Sinne der gründliche Jurist Godefroi in der Themis 1863 pag. 12.

übung zeigten sich (ebenso wie in Frankreich, daher man dort oft auf die Verbesserungen im Genfer Gesetzbuch hinweist. *Régard de l'organisation judiciaire* p. 370) manche Streitfragen, und zwar schon in Bezug auf den Fall, wenn der Beklagte zwar in der ersten, aber nicht in der zweiten Sitzung erscheint. Der im Entwurf von 1855 vorgeschlagene Weg wird mit Recht in den Motiven S. 75 getadelt. Daß die beiden Fälle nicht gleich stehen, ist gewiß: ist der Beklagte in der ersten Sitzung erschienen und hat verhandelt, bleibt aber in einer spätern Sitzung aus, so lag für den Richter schon ein sogenanntes contradictorisches Verfahren vor, und so kann ohne Hinderniß das Verfahren fortgesetzt werden. Der Richter gibt nach Art. 26 sein Urtheil, das aber kein Contumacialurtheil ist, daher auch der sonst gegen Urtheile der letztern Art zulässige Einspruch nicht stattfinden kann. Wichtiger ist die zweite Streitfrage, ob, wenn der Beklagte nicht erscheint, die von dem Kläger angeführten Thatfachen als gewiß von dem Richter angenommen werden dürfen. Nach Art. 76 des Gesetzbuchs von 1838 sollen die Conclusionen des Klägers diesem zugebilligt werden, wenn sie nicht dem Richter *onregtmatic or ongegrond* vorkommen. Diese Worte erregten viel Streit. Der neue Entwurf 23 bestimmt, daß der Richter die Conclusionen dem Kläger zubilligen soll, wenn sie nicht *onregtmatic* sind, daß die von ihm angeführten Thatfachen als wahr angenommen werden, wenn sich nach den Vorlagen ihre Wahrheit ergibt, daß aber der Beweis behaupteter Thatfachen dann geliefert werden muß, wenn sie auf den Status einer Person sich beziehen oder von der Art sind, daß nach dem Gesetze das bloße Geständniß des Beklagten nicht genügen kann. Die Ausführung in den Motiven S. 73—74 verdient allgemeine Beachtung, insbesondere die Rechtfertigung der Vorschrift, daß die vom Kläger angeführten Thatfachen im Falle des Ungehorsams des Beklagten nicht bewiesen zu werden brauchen, jedoch mit der im Artikel aufgestellten Ausnahme und daß, wenn Kläger Urkunden zur Begründung seines Anspruchs anführte, der Richter diesen nur als rechtlich begründet betrachten kann, wenn aus den Urkunden sich diese Begründung ergibt. Auch die

Streitfrage, ob im Falle des Ausbleibens des Beklagten der Kläger zu einem mündlichen Vortrage, ehe der Richter entscheidet, zugelassen werden soll, ist mit Recht im Art. 24 bejahend entschieden. Wenn von mehreren vorgeladenen Streitgenossen Einer erscheint, und Andere nicht, so soll nach Art. 25 in Bezug auf die Letztern das Ungehorsamsurtheil ausgesprochen, in Bezug auf den Erscheinenden die Verhandlung fortgesetzt und von dem Richter zugleich der Sitzungstag angesetzt werden, an welchem die Sache weiter verhandelt werden soll (Motive S. 74). Die Vorschrift scheint bedenklich (in Frankreich und in den Rheinprovinzen ist die Praxis eine verschiedene); es können durch eine Vorschrift, wie sie der niederländische Entwurf enthält, große Störungen veranlaßt werden, wegen des Widerspruchs der Entscheidung in dem Veräumnisurtheil und der Entscheidung, welche in Bezug auf den gehorsamen Streitgenossen ergeht, z. B. wenn gegen mehrere Erben eine Erbschaftsschuld eingeklagt wird, oder wenn der Proceß untheilbare Gegenstände betrifft, und ein Streitgenosse ausbleibt, der Andere erscheint. Richtiger hat für diese Fälle der neue preussische Entwurf⁷⁾ gesorgt, indem er vorschreibt, daß in solchen Fällen auf den Antrag des Gegners entweder gegen den Ungehorsamen ein Veräumnisurtheil erlassen werden kann oder durch Urtheil anzuordnen ist, daß zum Zwecke der contradictorischen Verhandlung gegen alle Streitgenossen die nochmalige Ladung der Nichterscheinenden zu bewirken sei. Uns scheint, daß auch ohne Antrag dem Richter überlassen werden soll, das ihm am Meisten geeignet scheinende Verfahren einzuleiten.

Während der französische Code in Bezug auf das Vorbringen der Einreden mit kurzen Andeutungen sich begnügt und der Rechtsübung die Einzelheiten überläßt, findet der niederländische Entwurf (wie schon das Gesetzbuch von 1838) es für nothwendig, das Verhältniß der Einreden genauer zu regeln, und bestimmt (Buch II Titel VIII Art. 28), daß die Einrede des unzuständigen Gerichts aus dem Grunde, daß die Sache nach Art. 72 des Gesetzes über richterliche Organisation⁸⁾ an ein

7) Preuß. Entwurf § 391, Motive S. 86.

8) Nach Art. 72 sollen mit Ausnahme der dinglichen Klagen, die

bestimmtes Gericht gewiesen wird, in jeder Lage des Streits angebracht, und wenn der Beklagte sich darauf auch nicht beruft, vom Gerichte von Amtswegen berücksichtigt werden. Nach Art. 29 soll aber die Einrede der Unzuständigkeit aus andern Gründen von Amtswegen nicht beachtet, von dem Beklagten aber vor allen andern Vertheidigungsmitteln angebracht werden. Das Eventualprinzip ist in Art. 32 in der Art ausgesprochen, daß alle dilatorische Einreden auf einmal und vor anderen Einreden, sowie vor der Vertheidigung über die Hauptsache vorgetragen werden müssen.⁹⁾ Der Art. 33 erkennt aber (man bemerkt, daß die Ansicht von den deutschen prozeßhindernden Einreden vorschwebt) einige Einreden als diejenigen an, welche vor dem Vorbringen der Vertheidigung auf die Hauptsache vorgebracht werden können. Dahin gehören: 1) die Einrede der Rechtskraft eines richterlichen Urtheils oder eines Schiedsspruchs, 2) Einrede des Vergleichs, 3) Einrede, daß der Kläger die Eigenschaft nicht hat, welche er sich zuschreibt, oder der Beklagte die vom Kläger von ihm behauptete Eigenschaft nicht besitzt. Man bemerkt, daß in der letzten Beziehung der Entwurf die *exceptio* der fehlenden Legitimation zur Sache¹⁰⁾ zu den prozeßhindernden Einreden rechnet und damit eine auch in Frankreich vorkommende Streitfrage entscheidet (Motive S. 77). Bei der Verathung des Entwurfs von 1855 waren darüber Regierung und Generalstaaten verschiedener Ansicht. Die erste fand in einer solchen Erklärung des Beklagten eigentlich eine Vertheidigung in der Hauptsache und wollte keinen abgesonderten Vortrag gestatten, wogegen die Generalstaaten und der jetzige Entwurf die Natur einer Einrede annahmen, insofern darin die thatsächliche Befähigung einer Partei bestritten wird, über den in Frage stehen-

bei dem ordentlichen Richter anzubringen sind, Klagen gegen den König oder ein Mitglied der königlichen Familie oder den Staat bei der *haute cour* angebracht werden.

9) Ausnahmen sind zulässig, insofern Erben, Wittwen, Frauen die geschieden sind, die Einrede, daß die *Deliberationsfrist* noch nicht abgelaufen ist, vor allen andern Einreden vorbringen können.

10) Bekanntlich in Frankreich mit *Défaut de qualité* bezeichnet, in den Niederlanden *exceptio van non qualificatie*.

den Gegenstand zu streiten, und für die Annahme der prozeßhindernden Kraft auch die Rücksicht spricht, daß man den Beklagten nicht zwingen kann, da, wo er von dem Nichtdasein der die Legitimation begründenden Thatfachen überzeugt ist, eine zu vermehrten Kosten führende Vertheidigung in der Hauptsache vorzutragen.¹¹⁾ Mit Recht entscheidet der Entwurf die Streitfrage, ob, wenn eine solche prozeßhindernde Einrede ohne Einlassung in die Hauptsache vorgebracht ist, auch Replik und Duplik zugelassen werden sollen, dahin, daß nach Beschaffenheit der Einrede, die oft an sich sehr schwierig sein kann, das Verfahren zu regeln ist. In Bezug auf Widerklage enthält der Entwurf Art. 36 bis 38 Vorschriften, (die im französischen Code fehlen), nach welchen der Beklagte Widerklage in allen Sachen anstellen kann, nur nicht da, wo der Kläger in der Hauptklage in einer fremden Eigenschaft auftritt, und die Widerklage ihn persönlich betreffen würde, oder wenn der Richter der Hauptklage unbefugt ist, über die Gegenklage nach ihrem Gegenstand oder die Person des Widerbeklagten zu entscheiden.¹²⁾ Nach Art. 39—41 kann der Richter in jeder Lage des Prozesses von Amtswegen oder auf Antrag einer Partei einen Sühneversuch machen, wobei bestimmt ist, daß der Versuch, wenn die Sache am Kollegialgericht anhängig ist, vor dem ganzen Gerichte stattfinden soll, damit jedem Mitgliede Gelegenheit gegeben wird, zum Vergleich mitzuwirken. Wenn beide Parteien oder eine derselben auf Vorladung nicht erscheint, kann das Gericht nach seinem Ermessen entweder zu einem neuen Sühneversuch vorladen, oder sogleich die Sitzung bestimmen, in welcher die Sache verhandelt werden soll.

Um unsere Darstellung des Entwurfs nicht übermäßig auszudehnen, wenden wir uns sogleich zu den Vorschriften über das Beweisverfahren, welche allgemeines Interesse haben

11) Der bair. Entwurf § 48 verweist die Frage über Sachlegitimation zur Entscheidung nach den bürgerlichen Gesetzen. Dagegen erklärt sich der Referent von Neumayr S. 31. In den Verhandlungen des Ausschusses S. 77 wurde beschlossen, den § 48 ganz wegzulassen.

12) Daher kann keine petititorische Klage in Besitzstreitigkeiten angebracht werden.

und wo der Entwurf viel Beachtenswerthes enthält, und bemerken nur, daß der Titel I unter der Aufschrift: Incidentsforderungen in sehr ausführlichen Vorschriften, unter denen viele gute und wesentlich die französische Rechtsübung verbessernde (auch mit wichtigen Erörterungen in den Motiven S. 82—93) vorkommen, das Verfahren im Allgemeinen und bei den einzelnen Zwischenhandlungen, z. B. von Aufschubung und Wiedererneuern des Prozesses, von Streitverkündigung, von Intervention regelt.

Bei der Zeugenvernehmung bemerken vorerst die Motive S. 93, daß wesentliche Verbesserungen in Bezug auf das bisherige Verfahren nöthig wurden, weil mit der im Entwurf ausgesprochenen Aufhebung des Unterschieds vom ordentlichen und summarischen Verfahren auch die im französischen Code vorkommenden Unterschiede einer zweifachen Art der Zeugenvernehmung wegfallen mußten. Wir müssen daran erinnern, daß in den Niederlanden der Zeugenbeweis weniger als in andern Ländern vorkommt, in welchen dieser Beweis unbeschränkt gebraucht werden kann, indem die niederländische Gesetzgebung das, wie wir nachgewiesen haben,¹³⁾ grundlose französische System angenommen hat, nach welchem in Sachen, deren Gegenstand eine gewisse Summe übersteigt, kein Zeugenbeweis zugelassen wird. Ueber keinen Punkt ist die Wissenschaft in neuester Zeit in Frankreich einiger, daß eine tiefgehende Reform dringend nothwendig ist, als darüber, daß die französische Gesetzgebung über Zeugenverhör nur höchst mangelhaft ist, vielfache Chikanen, wegen der Masse unnöthiger Formalitäten große Kosten, Zeitverlust veranlaßt und zur Herstellung der Wahrheit selten beiträgt.¹⁴⁾ Herr Godefroi bemerkt zwar, daß es in den Niederlanden doch nicht so schlimm aussieht, bezeichnet aber doch mehrere Punkte,¹⁵⁾ worauf die Verbesserung gerichtet sein

13) Wir haben in diesem Archiv Band 48 v. S. 114 an die Grundlosigkeit dieses franzöf. Systems nachgewiesen.

14) Boitard Art. 556, Bordeaux philos. de la procédure p. 542, Regnard de l'organis. judic. p. 361, Seligmann réforme dans notre proc. civ. p. 191, Lavielle études p. 163—177.

15) Themis 1863 p. 21—26.

Archiv f. civ. Praxis. 48. Bd. 3. Heft.

muß, und findet in der Vornahme des Zeugenverhörs vor versammeltem Gerichte ein Hauptmittel der Verbesserung. Die Motive zum neuen Entwurf S. 93—95 erkennen auch richtig an, welche Aufgabe der Gesetzgeber hat. Nach Art. 26 hat der Richter, wenn die zur Sache gehörigen erheblichen Thatfachen nicht vollständig bewiesen sind, Zeugenbeweis, insofern dieser gesetzlich zulässig ist, auf Antrag einer Partei, oder auch von Amtswegen, insofern dies für die Entscheidung nöthig ist, durch Urtheil anzuordnen. Nach Art. 27 müssen die durch Zeugen zu beweisenden Thatfachen bestimmt ausgedrückt werden. Der Gegner muß in seiner Antwort aussprechen, welche dieser Thatfachen er zugibt, oder läugnet; geschieht dies nicht, so werden die Thatfachen, insofern sie erheblich sind und nicht der Fall vorliegt, daß nach dem Gesetze das Geständniß nicht Beweismittel sein kann, als bewiesen betrachtet. In dem Urtheile, welches das Zeugenverhör anordnet, werden die Thatfachen, worüber Zeugen auszusagen haben, und der Tag des Verhörs bezeichnet. Nach Art. 31 müssen die Namen und Wohnsitze der vorgeschlagenen Zeugen dem Gerichte angegeben werden. Nach Art. 37 ist das Zeugenverhör in der öffentlichen Gerichtsitzung vorzunehmen. Die Motive S. 97 rechtfertigen sehr gut diese Vorschrift und zeigen, daß die Wahrheit weit sicherer durch die Oeffentlichkeit und die Vornahme des Verhörs in der Gerichtsitzung ausgemittelt werden kann.¹⁶⁾ Alle Gründe, welche im Strafverfahren die öffentliche Vernehmung der Zeugen in der Gerichtsitzung rechtfertigen, entscheiden auch im Civilprozeß.¹⁷⁾ Die Vernehmung, bei welcher jeder Zeuge einzeln zu vernehmen ist, wird von dem Vorsitzenden geleitet. Jedes Gerichtsmitglied kann ebenfalls Fragen stellen. Die Parteien, die zwar nicht in die Rede fallen dürfen, sind befugt, (wie es scheint nach Schluß des Verhörs) auch Fragen an die

16) Der Verfasser dieses Aufsatzes hat in diesem Archive Band V S. 196 die Nothwendigkeit öffentlicher Vornahme der Zeugenverhöre gezeigt.

17) Auch in Frankreich erkennen dies alle besseren Schriftsteller an. Lavielle p. 173, Regnard p. 369, Seligmann p. 197. Nur Bordeaux p. 543 äußert einige Besorgnisse.

die Zeugen zu stellen; der Richter aber kann auf Antrag des Gegners des Fragenden oder des Zeugen verfügen, daß eine gestellte Frage nicht zu beachten sei. Wenn eine Partei mehr als 5 Zeugen vernommen haben will, so muß sie nach Art. 42 die Kosten der Vernehmung der andern Zeugen zahlen. In Bezug auf die Verwerfung der Zeugen und die Anträge des Zeugen, ihn vom Zeugniß zu befreien, gibt Art. 44 nicht die besonderen Ursachen an, sondern überläßt es dem Richter, angegebene Gründe zu prüfen. (Motive S. 97.) Die Gründe müssen mündlich und zwar vor der Beeidigung der Zeugen vorgetragen werden. Gründe, aus denen der Zeuge von dem Zeugnisse befreit sein will, müssen, wenn die Parteien sie nicht als genügend anerkennen, schriftlich bewiesen werden. Der Umfang, in welchem im Protokoll die Vornahme des Verhörs aufzunehmen, wird verschieden bestimmt, je nachdem in einer Sache das Gericht endlich, ohne daß Rechtsmittel zulässig sind, oder in erster Instanz entscheidet (Art. 54). Wenn die Zeugenverhöre beendet sind, können die Parteien in mündlichen Vorträgen über den Gehalt der Zeugenaussagen sogleich oder in einer folgenden Sitzung sich erklären. — Wir sind überzeugt, daß die Anwendung der mitgetheilten Vorschriften über Zeugenvernehmung wesentlich dazu beitragen wird, das bisherige Verfahren zu verbessern; allein man darf dabei sich nicht zu sehr trüglischen Hoffnungen hingeben. Wer die Einfachheit des englischen Verfahrens bei Zeugenbeweis kennt und als Wirkung desselben die Erscheinung beobachtet, daß der Richter weit sicherer, als es in andern Ländern der Fall ist, die Wahrheit erfährt, muß wünschen, daß man auch auf dem Festlande mit dem Streben sich befreunde, ein ähnliches Verfahren einzuführen.¹⁸⁾ Die Kraft des englischen Verfahrens besteht darin, daß in demselben nicht der Richter, sondern die Parteien (oder ihre Anwälte) die Zeugen verhören in der Art, daß der Beweisführer die von ihm vorgeladenen Zeugen vernimmt, dann im Kreuzverhör der

18) Der neue Entwurf der Prozeßordnung für Zürich § 161 zc. folgt dem englischen System, so daß der Beweisführer seine Zeugen in bestimmter Reihenfolge vernimmt, und dann der Gegner seine Fragen vorlegen kann.

Gegner Fragen an den Zeugen stellt, worauf er ebenfalls seine Zeugen vernimmt, welche wieder dem Kreuzverhör des Beweisführers unterworfen sind. Wer nicht selbst die treffliche Wirkung dieses englischen Verfahrens beobachtete, kann sich keine Vorstellung machen, welche Macht insbesondere das Kreuzverhör ausübt, indem es den Zeugen, wenn er auch noch so entschlossen ist, der Partei, welche ihn vorlud, günstig auszusagen, zwingt, auf die gestellten Kreuzverhörfragen Umstände zuzugeben, welche die Kraft der direkten Aussagen vermindern oder wodurch die Glaubwürdigkeit des Zeugen wesentlich geschwächt wird. Nach dem im niederländischen Entwurfe vorgeschlagenen Verfahren vernimmt der Vorsitzende die Zeugen, und die Parteien können nur Fragen nach beendigtem Zeugenverhör stellen. In Bezug auf den ersten Punkt ist es klar, daß der noch so gewandte Vorsitzende häufig in verwickelten Fällen nicht im Stande sein wird, so genau, als es der Partei möglich ist, um alle oft scheinbar unbedeutenden, aber in der Sache für die beabsichtigte Beweisführung wichtigen Nebenumstände den Zeugen zu befragen. Die der Gegenpartei gestattete Fragestellung nach geschlossenem Zeugenverhör wird häufig nicht zum Ziele führen, weil, wenn die Vernehmung eines Zeugen oft eine langdauernde ist, die Partei kaum im Stande ist, zu folgen und die gestellten Fragen so einzurichten, wie durch das Kreuzverhör dies möglich ist, um für das Interesse der Vertheidigung zu sorgen.¹⁹⁾ Im niederländischen Entwurf fehlt eine Vorschrift, die zur Ausmittelung durchaus nothwendig ist, nämlich daß, wenn die verschiedenen Zeugen abweichende Aussagen machen oder wenn die Aussage eines Zeugen unvollständig ist, der Richter die Zeugen noch einmal vernehmen und selbst sie confrontiren kann, um Zweifel und Lücken zu beseitigen.²⁰⁾ In der Lehre vom Beweise durch Sachverständige (deskundigen) enthält der Entwurf bedeutende Verbes-

19) Nach dem Entwurf der Prozeßordnung für Preußen § 473 kann der Richter den Parteien gestatten, unmittelbar Fragen an die Zeugen zu richten.

20) Der preussische Entwurf § 476 enthält eine solche Vorschrift, die auch in den Motiven von S. 120 gut gerechtfertigt wird.

ferungen;²¹⁾ wir werden aber sogleich zeigen, daß die vielfach in wissenschaftlichen Arbeiten über diesen Entwurf vorkommende unrichtige Auffassung der Sachverständigen, die man bald den Zeugen gleichstellt, bald als Gehülfen des Richters betrachtet, ein Hinderniß einer befriedigenden Gesetzgebung ist. In Frankreich erkennen neuere Schriftsteller²²⁾, daß das im Code vorgeschriebene Verfahren ein sehr mangelhaftes, kostspieliges, verzögerndes und doch unsicheres ist; auch die Motive zum niederländischen Entwurf S. 100 erkennen dies an und finden das Uebel vorzüglich darin, daß das Gesetz mit schriftlichen Gutachten sich begnügt, auf welche das Gericht sein Urtheil baut. Nach dem niederländischen Entwurf Art. 60, ordnet das Gericht, wenn es nöthig ist, durch Urtheil auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen Vernehmung von Sachverständigen an, bezeichnet den Gegenstand und einen oder drei Sachverständige. So oft die Parteien es wünschen, müssen drei benannt werden. Hat das Gericht bei Anordnung von Amtswegen nur Einen bestimmt, so können die Parteien noch zwei andere Sachverständige bezeichnen; sind die Parteien mit den von dem Richter benannten Sachverständigen nicht zufrieden, so können sie binnen acht Tagen andere bezeichnen; thun sie dies nicht, so werden die von dem Gerichte benannten vorgeladen. Sachverständige können aus den Gründen abgelehnt werden, aus welchen Zeugen verworfen werden können.²³⁾ Die von den Parteien be-

21) Angeedeutet schon bei Godefroi in der Themis p. 27.

22) Vorzüglich Regnard de l'organisation p. 379, Bordeaux philosophie de la procédure p. 549, Seligmann p. 201. Lavielle p. 700 ist in dieser Lehre weniger entschieden.

23) In Bezug auf die Recusation der Sachverständigen zeigt sich recht, wie sehr die Grundansicht, von welcher der Gesetzgeber ausgeht, Einfluß hat. Der preuß. Entwurf § 502, ital. Gesetzbuch § 251, bair. Entwurf § 315 lassen Sachverständige ablehnen aus Gründen, welche berechtigen, um Richter abzulehnen. Der niederländische Entwurf nimmt die Analogie von den Zeugen an. Beide Vorschriften beruhen auf irrigen Voraussetzungen, da, wie wir unten nachweisen werden, der Beweis durch Sachverständige ein eigenthümlicher ist, und es dabei vorzüglich auf Vermuthungen ankommt und daher auch Recusationen erlaubt sein müssen, die sich auf die Fähigkeit der Sachverständigen beziehen.

zeichneten können auch aus den nach der Ernennung sich ergebenden Gründen abgelehnt werden. Nach Art. 65 bestimmt das Gericht den Termin, binnen welchem die Sachverständigen ihr schriftliches Gutachten vorzulegen haben, oder den Tag, an welchem die Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung erscheinen sollen, und für den Fall, daß schriftliche Gutachten angeordnet sind, den Tag, an welchem die Sache in der Sitzung verhandelt werden soll. In den Fällen, in denen das Gericht entscheidet, ohne daß Appellation zulässig ist, kann nur mündliche Verhandlung angeordnet werden. Nimmt ein gewählter Sachverständiger die Wahl nicht an, oder wenn er in der Sitzung nicht erscheint, wählen die Parteien sogleich andere Sachverständige, oder in Ermangelung bezeichnet sie der Richter. In der Sitzung werden dem Sachverständigen die zur Aufklärung nöthigen Akten zugestellt und von den Parteien Punkte bezeichnet, deren Berücksichtigung sie für die Begutachtung für zweckmäßig erachten (Art. 68). Wenn schriftliche Gutachten angeordnet wurden, so berathen die Sachverständigen, und das Gutachten wird nach Mehrheit der Stimmen mit Gründen versehen abgegeben. Bei Verschiedenheit der Ansichten werden die verschiedenen Meinungen mit den entsprechenden Gründen angegeben.²⁴⁾ Das schriftliche Gutachten wird auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt. In der Sitzung, zu welcher die Sachverständigen vorgeladen werden, erfolgt die Vernehmung derselben nach den für die Zeugenvernehmung geltenden Regeln. Nach Art. 73 ist der Richter nicht verpflichtet, das Gutachten, wenn es seiner Ueberzeugung widerspricht, seinem Urtheil zum Grunde zu legen. Wird durch das Gutachten nicht genügend die Sache aufgeklärt, so können andere Sachverständige vorgeladen und vernommen werden. Die Motive zum Entwurfe S. 99—105 enthalten

24) Nach Art. 318 des franzöf. Code soll im Falle der Verschiedenheit der Meinungen nicht angegeben werden, welche Sachverständigen die Meinungen hatten. Ueber die Unzweckmäßigkeit dieser Vorschrift Boncenne, *Théorie* IV p. 487 und Regnard p. 384. Im preuß. Entwurf § 506 (Motive S. 114) ist mit Recht bestimmt, daß erhellen muß, welcher Ansicht jeder einzelne Sachverständige ist.

manche gute Erörterungen, vorzüglich über die Frage: ob es dem Richter überlassen werden soll zu bestimmen, daß die Sachverständigen ein schriftliches Gutachten abgeben, oder ob sie zur mündlichen Verhandlung in der Gerichtsfigung vorgeladen werden sollen. Es wird aufmerksam gemacht, daß in Genf, wo der Verfasser des Gesetzbuchs selbst erklärte, daß die mündliche Verhandlung die Regel, das schriftliche Gutachten die Ausnahme bilden soll, nach der Erfahrung dennoch von 563 Anträgen auf Sachverständige nur 17 Fälle mündlich verhandelt wurden, was, wie die niederländischen Motive bemerken, darauf deutet, daß viele Richter in Genf selbst eingesehen hätten, daß schriftliche Begutachtungen vorzuziehen seien. Die Motive heben noch hervor, daß für die letzte Art auch der Grund spricht, daß da, wo in der Sache gegen das Urtheil Appellation zulässig ist, ein zu den Akten gekommenes Gutachten doch vollständiger und klarer ist und bessere Grundlage dem oberen Richter liefert, als die von dem Gerichtsschreiber im Protocoll gemachte Aufzeichnung. Der Entwurf überläßt es dem Ermessen des Richters, welches Verfahren er anordnen will.

Vergleicht man alle neuen Gesetzbücher und Entwürfe in Bezug auf den Beweis durch Sachverständige, so überzeugt man sich bald, daß häufig diejenigen, welche die Gesetzesbestimmungen entwerfen, auf neuere Forschungen über Beweis durch Sachverständige im Strafverfahren keine Rücksicht nahmen, und unklare Vorstellungen von diesem Beweise haben. So lange man in den Gesetzen und der Praxis Sachverständige den Zeugen gleich stellt oder von Sachverständigen als von Gehülfen des Richters spricht, kann keine Klarheit gewonnen werden. Im Strafverfahren hat die bessere Ansicht allmählig gesiegt, im Civilverfahren hängt man noch an veralteten Vorstellungen. Nach richtiger Ansicht²⁵⁾ ist der Beweis durch Sachverständige eine besondere Art des Beweises, dessen Wesen darauf beruht, daß in Fällen, in welchen Verhältnisse vorkommen, zu deren richtiger Beur-

25) Die nähere Begründung dieser Ansicht habe ich geliefert in dem Archiv für preuß. Strafrecht I S. 23 und in Friedreich's Blättern für gerichtl. Medicin fortgesetzt von Buchner 1863 S. 163.

theilung besondere Fachkenntnisse gehören, zu dieser Beurtheilung Männer beigezogen werden, von denen man vermutet, daß sie die nöthigen Kenntnisse besitzen, mit dem Rechte des Richters, ihre Gutachten, wenn nach seiner Ueberzeugung keine Zweifel vorliegen, seinem Urtheile zum Grunde zu legen. Der Beweis durch Sachverständige ist eine besondere Art des Beweises, bei welchem die Beweiskraft in einer Kette von Vermuthungen liegt, welche den Richter bestimmen können, dem Gutachten Vertrauen zu schenken. Der Sachverständige kann nur eine Meinung aussprechen, die sich auf seine Erfahrungen und seine wissenschaftlichen oder technischen Kenntnisse gründet. Wenn schon alte Juristen behaupteten, daß die Sachverständigen nur ein *juramentum credulitatis* leisteten, so liegt in dieser Behauptung viel Wahres, indem in sehr vielen Fällen die Sachverständigen nur die Thatsachen unter ihre Erfahrungen und die ihnen bekannten Lehrsätze subsumiren und Folgerungen ableiten, wobei nicht verkannt werden darf, daß bei den gewaltigen Fortschritten der Naturwissenschaften ein großer Theil von Lehrsätzen vielfach bestritten, und Sätze, die noch vor zehn Jahren als die allein richtigen erkannt waren, jetzt als Irrthümer erklärt sind. Daraus rechtfertigt es sich, wenn in den neuen Gesetzgebungen (z. B. im preuß. Entwurf §. 508) ausgesprochen ist, daß die Richter nach freier Ueberzeugung das Gutachten würdigen.²⁶⁾ Die Wichtigkeit dieser Auffassung zeigt sich in Streitfällen, wie z. B. wenn in Versicherungstreitigkeiten es auf die Frage ankommt, ob der verstorbene Versicherte an einer Krankheit oder, wie behauptet wird, durch Selbstmord gestorben ist, oder, wenn entschieden werden soll, ob eine Person an Seelenstörung leidet und sie interdicirt oder ein von ihr geschlossenes Rechtsgeschäft vernichtet werden soll, oder in Streitigkeiten, wenn Beschädigung durch Eisenbahn vorliegt, wo es auf Verschuldung ankommt. Wer in solchen

26) Im Gutachten, das nur Meinung ist, liegt für sie nur ein Rath. Daß die Juristen noch immer nicht die klare Vorstellung haben, lehren die neuesten Erklärungen z. B. von Wolf im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft 1. Bd. S. 375 und im Braunschweig. Urtheil bei Seuffert Archiv 17. Band S. 296.

Streitsachen, in welchen Gutachten von Sachverständigen eingeholt waren, als Jurist beschäftigt war, weiß aus Erfahrung, daß schriftliche Gutachten selten dem Gerichte ein klares Bild geben²⁷⁾, daß ein Verfahren vor einem beauftragten Richter (wie in Frankreich) ein trügerisches Ergebnis liefert, während, wenn die Sachverständigen mündlich vor dem versammelten Gerichte öffentlich aussagen müssen, und strenger Befragung, um jede Unklarheit und jeden Zweifel zu beseitigen, und einer Art Kreuzverhör unterworfen werden, das Gericht ein weit besseres Material erhält. Die Gesetzgebung wird am besten dem Ermessen des Gerichts überlassen zu bestimmen, ob Sachverständige zur mündlichen Verhandlung in die Sitzung zu laden (was die Regel bilden soll) oder über gewisse Fragen zum schriftlichen Gutachten aufzufordern sind.²⁸⁾ Mit Recht hat daher der niederländische Entwurf (bei dem es jedoch genauerer Vorschriften bedarf), sowie der preussische Entwurf²⁹⁾, das Gericht nicht beschränkt, ob es die Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung laden oder ihnen schriftliches Gutachten auftragen will; billigen muß man daher auch, wenn der Referent des bairischen Ausschusses³⁰⁾ beantragt, den Vorschlag des Entwurfs §. 303, der dem französischen Systeme folgt, nicht anzunehmen, wenn er daher die Vernehmung in der Sitzung vorschlägt.³¹⁾ Bedauern muß man, daß fortdauernd

27) Alle Gründe, aus welchen man im Strafverfahren die Unzweckmäßigkeit des Vorlesens schriftlicher Gutachten anerkennt (s. darüber meinen Aufsatz in Buchner's Zeitschrift 1863 S. 404), entscheiden auch im Civilprozeß.

28) Es wird auch darauf ankommen, ob nur über einfache Fragen Gewerksleute zu befragen sind, oder ob wissenschaftlich gebildete Männer über Verhältnisse, die höhere wissenschaftliche Bildung voraussetzen, als Sachverständige zu vernehmen sind.

29) § 505 Motive S. 114.

30) v. Neumayr in seinem Referat über den Entwurf S. 129.

31) Nach seinem Vorschlag soll nur in Fällen, in denen die Abgabe eines Gutachtens die vorgegangene Untersuchung oder Befichtigung eines Gegenstands fordert, die in der öffentlichen Sitzung nicht vorgenommen werden kann, oder wenn die Sache sich zur Erholung eines Gutachtens in umfassender Art eignet, ein Richter beauftragt werden. Uns scheint aber,

neue Gesetze sich zu sehr durch französische Ansichten, die in Frankreich selbst getadelt werden, leiten lassen.³²⁾ Bei dem richterlichen Augenschein enthält §. 76 die Bestimmung, daß das Gericht ein oder mehrere Gerichtsmitglieder auffordern kann, den Augenschein einzunehmen. Wir empfehlen den Gesetzgebern, hier eine in Schweizercantonen jetzt noch vorkommende wohlthätige Einrichtung nachzuahmen, nach welcher in geeigneten Fällen (z. B. Wasserbau- oder Dienstbarkeitsstreitigkeiten) das ganze Gericht mit den Parteien sich an den Ort begibt und nach vorgenommener Besichtigung sogleich an Ort und Stelle oder in einem nahe liegenden Gasthaus die Verhandlungen über die Sache vorgenommen werden und das Urtheil gefällt wird. Die Erfahrung lehrt, daß hierdurch oft die unter dem frischen Eindruck der Besichtigung urtheilenden Richter weit besser abstimmen, und wegen der raschen Entscheidung die größeren Kosten nicht in Betracht kommen.³³⁾ In Bezug auf den Urkundenbeweis und das zur Herstellung der Richtigkeit einer bestrittenen Urkunde nöthige Verfahren enthält Art. 82 die Bestimmung, daß dies Verfahren eintreten soll 1) wenn eine Partei die Richtigkeit einer angeblich von ihr geschriebenen oder unterschriebenen Urkunde nicht anerkennt oder 2) behauptet, daß sie die Schrift oder Unterschrift desjenigen, der sie geschrieben haben soll, nicht kenne, 3) wenn eine Partei die Falschheit oder Verfälschung einer Urkunde behauptet. In den Fällen 1 und 2 kann die Partei, welche die Richtigkeit be-

daß eben in solchen Fällen, wenn der Sachverständige die nöthige Vorberathung gemacht hat, die Vorladung desselben zur Sitzung nothwendig ist.

32) Dies zeigt sich z. B. in Bezug auf die (oben Note 24) getadelte Vorschrift des Code, daß bei Verschiedenheit der Ansichten der Sachverständigen die Namen der Dissentirenden nicht genannt werden sollen, z. B. nach bair. Entwurf § 320, neues italienisches Gesetz § 261. Richtiger bestimmt der Züricher Entwurf der Prozeßordnung § 189, daß, wenn die Sachverständigen uneinig sind, Jeder sein Gutachten besonders abgibt.

33) Mit Recht hatte Godefroi in der *Themis* p. 29 bemerkt, daß im Gesetzbuch deutlich ausgedrückt werden muß, daß das Gericht sich an den Ort begeben. Lavielle in seinen *études* p. 213 erklärt, daß in Frankreich dies nicht gestattet ist, daß aber eine solche Vorschrift in das Gesetz aufgenommen werden soll. S. noch Seligmann p. 207.

hauptet, fordern, daß sie zu dem Beweise derselben durch Urkunden, Sachverständige oder Zeugen zugelassen werde.³⁴⁾ Zweckmäßig ist es gewiß, daß nach dem Entwurf das Verfahren über Richtigkeit stattfinden soll. In Bezug auf die Schriftenverglei-
chung bezeichnet Art. 90 als Urkunden, die zur Vergleichung gebraucht werden dürfen 1) öffentliche Akten, 2) Schriften, deren Richtigkeit die Partei schon anerkannt hat, 3) übrige Theile einer vorgelegten Urkunde, die bereits von der Partei als ächt anerkannt ist.³⁵⁾ Die Partei, gegen welche die Richtigkeit bewiesen werden soll, kann angehalten werden³⁶⁾, in der Sitzung zur Vergleichung etwas niederzuschreiben.³⁷⁾ Eine der wichtigsten Bestimmungen enthält der Entwurf Art. 95 (Motive p. 107), daß das Gericht nicht nothwendig zur Vergleichung immer Sachverständige vorrufen muß, daß vielmehr das Gericht selbst ohne Sachverständige die Vergleichung vornehmen kann³⁸⁾, da die Erfahrung lehrt, daß schon die Auswahl der geeignetsten Sachverständigen Schwierigkeit hat,³⁹⁾ daß für die Kunst der zuverlässigen Vergleichung keine sichern Regeln bestehen und das Gutachten der Sachverständigen nur auf Ver-

34) Ueber das schleppende, kostspielige französ. Verfahren, wenn Falschheitsbeweis zu führen ist, Seligmann p. 410.

35) Mit Recht macht der Referent des Ausschusses über den bair. Entwurf S. 141 die Bemerkung, daß das Gesetz nicht zu eng die Zahl der zur Vergleichung dienenden Urkunden beschränken soll, und schlägt vor zu bestimmen: als Vergleichungsschriften sind alle Schriften zulässig, von welchen feststeht, daß sie von der Hand des angeblichen Ausstellers geschrieben sind.

36) Die Trüglichkeit dieses Mittels habe ich nachgewiesen in der Zeitschrift für Civilrecht VII. Band S. 168. Was Bayer in seinen Vorträgen über Civilprozeß S. 863 darüber sagt, verdient Beachtung.

37) Nach der Erfahrung in Baden gibt dieses Mittel, das oft gar nicht anzuwenden ist, kein gutes Zeugniß. Auf jeden Fall mußte der Entwurf nähere Bestimmungen geben, z. B. wie sie der preuß. Entwurf § 161 enthält.

38) Auch in Frankreich (Seligmann quels sont les réformes pag. 217) erkennt man dies an.

39) Durch Beiziehung von Schreibverständigen wird selten etwas gewonnen. Am geeignetsten sind Personen, die große Übung in Beurtheilung fremder Schriften haben, z. B. Gerichtsschreiber, Buchhalter von großen Kaufleuten.

muthungen beruht, während verständige Richter durch allgemeinere Bildung und Uebung in Geschäften oft sicherer zu einer richtigen Beurtheilung kommen.⁴⁰⁾

In Bezug auf die schwierigen Fälle, in welchen alte Urkunden, z. B. aus dem XIII. Jahrhundert, vorgelegt werden, enthalten die neuen Gesetzbücher keine Vorschriften,⁴¹⁾ vorzüglich wenn unter den Parteien Streit darüber ist, welche Erfordernisse zur Gültigkeit einer Urkunde in der Zeit, aus welcher die Urkunde stammt, und in dem Lande nöthig waren.

Das wichtigste Mittel zur Ausmittlung der Wahrheit ist die Befragung der Parteien vor Gericht, theils insofern eine Partei an die andere Fragen stellen darf, theils insofern das Gericht die Parteien zum persönlichen Erscheinen vorladen und sie befragen kann. Dies Mittel,⁴²⁾ welches schon im römischen Rechte in dem Institute der *interrogationes in jure* einen bedeutenden Einfluß hatte und im Mittelalter auch nach Ausbildung des schriftlichen Verfahrens in dem Institute der *Positiones* sich erhielt, ist im Lauf der Zeit vielfach unrichtig aufgefaßt worden, insbesondere in Deutschland durch den Sieg des schriftlichen Verfahrens, durch das Verschwinden des Sinnes für die Pflicht, auch in Rechtsstreitigkeiten vor Gericht Wahrheit zu sagen, und durch die von manchen Anwälten, die von der Heiligkeit ihres Berufs nicht erfüllt waren, verbreitete Ansicht,⁴³⁾ daß in der Vorladung der Parteien, Rede vor Gericht zu stehen, ein Mißtrauen gegen die Advocaten liege. In Frankreich wurde durch die höchst mangelhafte Art, wie das Institut bei Abfassung der *ordonnance* von 1667 verdorben wurde⁴⁴⁾, und die

40) Motive zum preuß. Entwurf S. 103, v. Neumayr in seinem Vortrag über den bair. Entwurf S. 190.

41) Hier bleibt nur das Mittel, an Personen sich zu wenden, welche als Archivsbeamte, als Historiker mit dem Lesen alter Urkunden vertraut sind.

42) Der Verfasser dieses Aufsatzes hat im Archiv für civil. Praxis Band 39 Nr. 12 die Geschichte des Fragerrechts und die allmälige Ausbildung in den verschiedenen Gesetzgebungen entwickelt.

43) Bei Abfassung der franzöf. *ordonnance* von 1667 wurden solche Ansichten offen geltend gemacht.

44) Nachweisungen in Lavielle études p. 179.

Art, wie der noch geltende Code das Mittel der interrogations sur faits et articles regelte, so daß die Stimmen der besten Juristen über den Werth des Mittels den Stab brachen⁴⁵⁾, die richtige Würdigung des Instituts des Fragerichts der Parteien behindert, und dasselbe wegen der vielen Kosten, sowie wegen seiner häufigen Nutzlosigkeit mit Ungunst betrachtet wurde. Bei der Abfassung des Genfer Gesetzbuchs wurde durch den geistvollen Bellot⁴⁶⁾ zuerst auf die Weise aufmerksam gemacht, wie ein Gesetzgeber von dem Institute Gebrauch machen soll. Seit dem Genfer Gesetzbuch wurde in Deutschland die Ansicht herrschend, daß die zwei Institute des Code: des interrogatoire und der comparution des parties in ein Institut verschmolzen werden sollen, und für das Interesse der Wahrheit durch die Anordnung, daß das Gericht die Parteien zur persönlichen Befragung vorladen kann, genügend gesorgt sei. Auf diese Art ist auch in den neuesten deutschen Gesetzesarbeiten das Institut des interrogatoire nicht aufgenommen, dagegen die Vorschrift gegeben, daß das Gericht die persönliche Erscheinung der Parteien bei der mündlichen Verhandlung anordnen und an die Parteien Fragen stellen kann, die zur Ermittlung des Sachverhalts dienlich sind.⁴⁷⁾ Daß diese Anordnung und die Fragestellung an die persönlich erscheinenden Parteien wohlthätig für die Entdeckung der Wahrheit wirkt, ist mit Grund von einem Kenner des französischen Verfahrens nachgewiesen worden⁴⁸⁾, und die Befugniß des Gesetzgebers, den Rechtsuchenden zur persönlichen Erscheinung vor Gericht anzuhalten, kann von Niemanden bezweifelt werden, der die Wichtigkeit kennt, die Sittlichkeit des Volkes zu beleben und dahin zu wirken, daß die Bürger ihre

45) Boncenne *Théorie de la procédure* IV p. 519, Regnard p. 351, Bordeaux p. 537, Seligmann p. 186, Lavielle p. 180.

46) Bellot *loi sur la procédure civile du Canton de Genève*. Genève 1837 p. 147. Auszüge in diesem Archiv Bd. 39 S. 290.

47) Solche Bestimmungen finden sich in dem von der Commission in Hannover für Deutschland bearbeiteten Entwurf § 149, 150, holländischer Entwurf § 130, preussischer Entwurf § 263.

48) Bomhard in seiner Schrift: *Die Civilrechtspflege in der Pfalz* S. 39.

Pflicht anerkennen, vor Gericht Wahrheit zu sagen. Eine lange Erfahrung⁴⁹⁾ und Erfundungen bei Praktikern verschiedener Länder begründen die Ueberzeugung, daß das in neuester Zeit empfohlene Mittel, nach welchem das Gericht die Parteien persönlich befragen kann, nicht genügt, und neben diesem Mittel auch die Anordnung aufgenommen werden muß,⁵⁰⁾ daß eine Partei, wenn auch das Gericht von seinem Standpunkt aus die persönliche Erscheinung der Parteien nicht verordnet, im Interesse, über gewisse Thatfachen ein Geständniß des Gegners zu erhalten, den Antrag stellen kann, daß Gegner in die Sitzung vorgeladen wird, um über gewisse Fragen zu antworten.⁵¹⁾ Die Erfahrung beweist, daß sonst eine große Lücke bleibt und für den Beweis der Thatfachen und den Sieg der Wahrheit nicht genug gesorgt wird,⁵²⁾ daß insbesondere oft die Eideszuschreibung vermieden werden kann, wenn man der beweispflichtigen Partei das Mittel gibt, welches leicht so geregelt werden kann, daß alle Vortheile, welche die interrogatio bezweckt, erreicht und alle bei dem französischen interrogatoire vorkommenden Mängel beseitigt werden können. Von den neuesten Gesetzgebungsarbeiten haben nur das neue italienische Proceßgesetzbuch,⁵³⁾ der Entwurf für Zürich⁵⁴⁾ und der niederländische Entwurf

49) Der Verfasser dieses Aufsatzes hat im Archiv Bd. 39 S. 296 diese Ansicht zu rechtfertigen versucht.

50) Die Juristen, welche das französ. System vertheidigen, nach welchem der Zeugenbeweis in Sachen über eine gewisse Summe beschränkt werden soll, scheinen zu vergessen, daß in Frankreich die durch eine solche Beschränkung schlimme Lage für eine beweispflichtige Partei dadurch verbessert wird, daß sie das interrogatoire sur faits et articles beantragt, um dadurch zu ersehen, was ihr das Gesetz raubt.

51) Eine der besten Erörterungen über dies Mittel findet sich im *Coment. del Codice di procedura civile per gli stati Sardi de Mancini. Torino 1855 vol. III p. 20.*

52) Der Verfasser hat im Archiv I. c. S. 300—304 die Gründe, aus welchen die persönliche Vernehmung der Parteien durch die Richter nicht genügt, so wie die Grundzüge des Verfahrens angegeben.

53) *Codice di procedura civile del Regno d'Italia v. 25 Juni 1865 Art. 216—219.*

54) *Gesetzesentwurf für Zürich v. 1865 Art. 135—148.*

die Befragung der Parteien aufgenommen. Bei dem ersten muß man bedauern, daß der Gesetzgeber noch zuviel durch die französische Gesetzgebung sich leiten läßt, während der Züricher Entwurf zweckmäßig das Institut (selbst besser als in Genf) regelt und gut alle Einzelheiten ordnet. Eine besondere Beachtung verdient der niederländische Entwurf.⁵⁵⁾ Schon Godefrroi⁵⁶⁾ hatte die Verbesserungen gut bezeichnet, welche in Bezug auf das Gesetz von 1838 zu treffen sein würden. Nach Art. 103 kann eine Partei in allen Sachen, in welchen das Geständniß ein Beweismittel sein kann, und in jeder Lage des Streits die Vorladung des Gegners fordern, um über gewisse Thatfachen sich zu erklären. Das Urtheil ladet die Parteien vor; erscheint die zu vernehmende Partei in der Sitzung nicht, ohne gültige Entschuldigungsgründe zu bringen, so können die Thatfachen, worüber zu fragen ist, als zugestanden erklärt werden; allein es wird zugleich zur weiteren Verhandlung ein neuer Termin gegeben. Erscheint dann die Partei, so wird sie vernommen, muß aber die durch ihr Ausbleiben verursachten Kosten bezahlen. Beide Parteien können in die Sitzung Anwälte mitbringen. Die Befragung geschieht durch den Vorsitzenden, jedes Gerichtsmitglied kann Fragen stellen. Die beantragende Partei kann Fragen bezeichnen, die der Richter stellen soll, und der Richter entscheidet, wenn der Gegner gegen die Stellung einer Frage sich erklärt. Ein genaues Protokoll wird aufgenommen. Körperschaften, Handelsgesellschaften können eines ihrer Mitglieder abordnen. (110.) Nach dem Verhör oder in einer folgenden Sitzung können die Parteien über das Ergebnis verhandeln. Nach Art. 114 kann das Gericht in jeder Lage des Streits die Parteien zum persönlichen Erscheinen vorladen, wenn es dies zur Aufklärung der Sache für dienlich hält. Ueber die Befragung gelten die obigen Vorschriften. Nach Art. 118 hat das Verhör der Parteien immer bei geschlossenen Thüren statt. Die Motive 110 bis 114 enthalten sehr beachtenswerthe Erörterungen über die

55) Er handelt in Art. 103—113 von dem Verhör auf Antrag einer Partei und 114—118 vom Verhör, das amts halber der Richter anordnet.

56) In der Themis p. 26.

wichtigsten Fragen, und zwar schon über das Verhältniß des Verhörs auf Antrag der Parteien zu der vom Gericht für wichtig gehaltenen Befragung einer Partei. Mit Recht wird gezeigt, daß bei dem ersten der Gesichtspunkt entscheidet, dadurch ein Geständniß des Gegners über die von ihm noch nicht zugegebenen Thatfachen durch zweckmäßige Befragung zu erhalten (ähnlich wie bei der interrogatio und den positiones) und kostspielige Beweisführungen zu vermeiden. Daß dabei scheinbar eine Art von Inquisition zum Grunde liegt, ist richtig; aber bei der Eideszuschreibung ist dies auch der Fall. Bei der von dem Gerichte angeordneten Befragung entscheidet dagegen der Gesichtspunkt, daß der Richter dies Mittel braucht, um Aufklärung über Dunkelheit oder Unvollständigkeiten in den Vorträgen der Parteien zu erhalten. Die Motive heben hervor, daß daher auch die Befragung bei beiden Mitteln eine verschiedene ist; bei dem ersten bezieht sich die Befragung auf Thatfachen, die für die Pflicht zu beweisen wichtig werden, bei der zweiten betreffen die Fragen nur die von den Parteien vorgetragenen Thatfachen, deren bessere Aufhellung durch die Befragung bezweckt werden soll. Diejenigen, welche an dem Werth des Mittels der Befragung durch die Parteien zweifeln, weisen wir auf die Erfahrung Englands hin, welche lehrt,⁵⁷⁾ daß dadurch häufig die Partei, welche eine Thatfache läugnet, bei der öffentlichen Befragung im Gefühle, daß sie durch ein schamloses Abläugnen mancher Thatfache ihren guten Ruf als wahrhafter Mann verliert, bewogen wird, zu gestehen. Zu beachten ist, daß nach Art. 103—104 nur die Thatfachen (feiten), nicht die einzelnen Fragen, welche gestellt werden sollen, voraus anzugeben sind. Wichtig ist auch, daß, wenn die zu befragende Partei in der Sitzung nicht erscheint, nach 105 die Thatfachen als zugestanden angenommen werden, aber die Partei diesen Nachtheil

57) Namentlich zeigt sich dies in Handelsfachen, wo der Betrogene auf die dem Geschäfte vorangegangenen Verabredungen sich bezieht, sowie bei dem circumstantiellen Beweis, wo aus dem Geständniß der Thatfachen, die der Befragte nicht läugnen kann, wichtige Folgerungen abgeleitet werden. Wir verweisen auf Mittheilungen in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bb. XXVIII S. 268.

abwenden kann, wenn sie in der nächsten Sitzung erscheint und ordentlich antwortet. Merkwürdig ist in den Motiven S. 113 die Erörterung, in welchen Punkten die amts halber geschehene Befragung von dem Verfahren bei der interrogatio der Parteien sich unterscheidet.⁵⁸⁾ Nicht zustimmen kann man aber der in den Motiven S. 113 versuchten Rechtfertigung der Vorschrift, daß das Verhör nicht öffentlich sein soll. Wir sind überzeugt, daß die Oeffentlichkeit nach den Erfahrungen Englands vorzüglich geeignet ist, den Befragten durch das Gefühl, daß sein Benehmen von den Mitbürgern beobachtet wird, häufig von frivolem Abläugnen von Thatfachen abzuhalten.⁵⁹⁾

Wir werden auf den übrigen Theil des niederländischen Entwurfs im Verfolge dieser Abhandlung zurückkommen und halten es vorerst für Pflicht, unsere Leser auf das neueste Proceßgesetzbuch, auf die für das Königreich Italien verkündete Civilproceßordnung aufmerksam zu machen.⁶⁰⁾ Wir werden nachweisen, daß dies Gesetzbuch nicht völlig den Forderungen entspricht, welche im Angesichte neuer Forschungen und Erfahrungen an eine die Bedürfnisse der Rechtssuchenden beachtende neue Proceßgesetzgebung gemacht werden können, und der Grund der Mängel vorzüglich darin liegt, daß viele Juristen Italiens noch immer nur durch französische Rechtsanschauungen bestimmt werden. Wenn wir dennoch Allen, die sich mit Gesetzgebungsarbeiten beschäftigen, dringend empfehlen, dem Gang der neuen italienischen Proceßgesetzgebung zu folgen, so liegt der Grund darin, daß in keinem Lande so reiche Materialien für die Civilproceßgesetzgebung vorliegen als in Italien. Wir haben in dem Archive den Charakter des 1854 verkündigten Proceßgesetzbuchs für Piemont und des 1859 für das ganze Königreich gegebenen Gesetzbuchs mitgetheilt. Die Wirksamkeit beider Gesetzbücher hat eine Masse von Erfahrungen über den Werth der neuen Gesetze, aber auch mehrere wissen-

58) Insbesondere wird bemerkt, daß bei der zuerst genannten Befragung kein Zwang zur Antwort, wie in Art. 105, vorkommt.

59) Auch Lavielle études p. 184 fordert Oeffentlichkeit.

60) Codice di procedura civile del Regno, d'Italia, genehmigt am 25. Juni 1865.

schaffliche Arbeiten in das Leben gerufen, von denen insbesondere ein Commentar wegen des Eingehens in alle Einzelheiten und der Masse der gesammelten Erfahrungen die allgemeine Beachtung verdient,⁶¹⁾ um so mehr, als das Werk eine beständige Vergleichung mit den Gesetzen anderer Staaten, insbesondere Frankreichs und Neapels, und ein Anknüpfen an die frühere Literatur Italiens über Civilproceß enthält. Als 1859 die Revision des Gesetzbuchs verkündet wurde, veranlaßte dies neue wissenschaftliche Arbeiten vorzüglich mit der Richtung, das in einzelnen Provinzen, in denen die bisherige Gesetzgebung fortbauerte, z. B. in der Lombardei, geltende Verfahren mit dem im Gesetze von 1859 eingeführten zu vergleichen. Immer dringender wurde im neuen Königreich die Nothwendigkeit der Rechtseinheit im ganzen Reiche gefühlt, und nun legte der Justizminister Pisanelli am 26. Nov. 1863 dem Senate einen neuen Gesetzesentwurf mit einem einleitenden Vortrage vor,⁶²⁾ welcher der sorgfältigsten Beachtung würdig ist, da darin tiefeingehend auf den Grund der eingeholten Berichte der ausgezeichneten Praktiker jede einzelne Lehre nach den Erfahrungen und nach allgemeinen Grundsätzen erörtert, und dasjenige gerechtfertigt wird, was als Verbesserung angeführt ist.⁶³⁾ Die Vorlage veranlaßte in den Kammern nur kurze Verhandlungen. Der Justizminister legte nunmehr den Entwurf, zu dessen Verkündung im Interesse der Beschleunigung, die Rechtseinheit herbeizuführen, die Regierung ermächtigt wurde, einer Commission der tüchtigsten Juristen am 12. April 1865 eine Reihe von Fragen vor, die auf die einzuführenden Verbesserungen sich bezogen, und erstattete auf den Grund des von der Commission ge-

61) Dieser Commentar erschien 1855: *Comentario del Codice di procedura civile per gli stati Sardi con la comparazione degli altri Codici* p. Mancini, Pisanelli, Scialoja. Torino von 1855 bis jetzt 6 Quartbände. Die Herausgeber waren die ausgezeichnetsten Advokaten in Neapel und Verfasser geachteter wissenschaftlicher Werke.

62) *Relazione sul progetto del Codice di procedura penale presentato al Senato 26 Nov. 1863.*

63) Wir wollen vorläufig nur auf die treffliche Ausführung pag. 106—109 über die Erfahrungen und Verbesserungen in Bezug auf das Fragerecht der Parteien aufmerksam machen.

benen Gutachtens am 25. Juni dem Könige einen Vortrag,⁶⁴⁾ worin er die Grundsätze und die einzuführenden Verbesserungen begründet. Die königliche Sanction erfolgte hierauf. Wir werden nun bei den Einzelheiten des neuen Gesetzbuchs mit Rücksicht auf die verschiedenen Begründungen verweilen. Wir wollen vorerst nur auf eine Schrift aufmerksam machen, welche Allen, die mit der Verbesserung der Civilproceßgesetzgebung sich beschäftigen, dringend empfohlen werden darf, da der Verfasser Maltini,⁶⁵⁾ bei welchem die in Italien seltene Eigenschaft eintritt, daß der Verfasser mit den wissenschaftlichen und legislativen Arbeiten des Auslandes genau vertraut ist, insbesondere alle neuen deutschen Arbeiten über Civilproceß kennt und mit der französischen Praxis bekannt ist, eine vergleichende Darstellung der Civilproceßgesetzgebung liefert, und bei dieser Vergleichung alle Hauptfragen, die den Gesetzgeber beschäftigen, mit Prüfung der gemachten Erfahrungen und mit Aufstellung fester Grundsätze, wissenschaftlich und praktisch klar zergliedert. Wir werden auf seine Ansichten bei der Darstellung des neuen italienischen Gesetzbuchs zurückkommen.

64) Abgedruckt im *Monitore dei tribunali*. Milano 1865 pag. 728 bis 48.

65) *Studi intorno alla riforma del processo civile dall' avvocato Maltini*. Milano 1865. Die Fortsetzung der Abhandlung erschien in der in Mailand herausgegebenen Zeitschrift: *Monitore dei tribunali* 1865 Nr. 28 pag. 685, Nr. 29 39—40 44.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)
