Werk

Titel: Obligation und Haftung

Autor: Brinz, von

Ort: Freiburg

Jahr: 1886

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1886_0020|log27

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

XII.

Obligation und Haftung.

Von

Herrn Dr. **v. Brinz,**
Professor in München.

Unlängst ist in dieser Zeitschrift von der „Haftung“[1]) die Rede gewesen. Das Wort ist deutsch, zweifelsohne wie die „obligatio“ ebensowohl für die Obligation von Personen als von Sachen (Pfandrecht) im Gebrauch, so denn auch von dem Schreiber dieser Zeilen für eine Begriffsgemeinschaft zwischen Obligationen und Pfandrecht verwerthet worden. Innerhalb der Personen-Haftung glaubte derselbe zwischen bloßer Haftung, Verbindlichkeit, und Schuld unterscheiden zu sollen. Nicht so sehr dieser Unterscheidung als dem Haftungsbegriffe überhaupt tritt obenerwähnter Artikel des Archivs mit abfälliger Kritik entgegen. Mit was für Gründen, soll im folgenden, und zwar in der dort eingehaltenen Ordnung, betrachtet werden.

I.

Daß „Haftung“ der „obligatio“ entspreche, stellt Recensent nicht in Abrede. Denkt man an ligamen und das vinculum juris, so tritt auch in der That kein deutsches Wort so vollständig an die Stelle der „obligatio“, als die „Haftung“, deren Aktivum in der „Hafte“ (einer Klammer) liegt. Die „Verbindlichkeit“ läge, was das Band oder die Gebundenheit anlangt, nicht weniger nahe; allein die deutsche Sprache kennt keine Verbindlichkeit von Sachen, während der römische Sprachgebrauch Obligationen gleichmäßig von Sachen wie von

1) „Obligation und Haftung“. Von Herrn Dr. G. Rümelin, Professor in Freiburg, Bd. 48 S. 151—216.

Personen mit sich führt. Als eine solche Zweifaltigkeit findet die „obligatio“ nur in der „Haftung“ ihres gleichen; Juristen wie Laien lassen im Hinblick auf das Pfandrecht Sachen, im Hinblick auf die Forderungen Personen haften.

Erfreut sich die Haftung insoweit der Zustimmung ihres Recensenten, so entgeht ihr dieselbe fast in allen weiteren ihr beigelegten Eigenschaften. Ja selbst jene eine und einzige Zustimmung löst sich nachträglich in Widerspruch auf. Denn weiterhin will es derselbe nicht gelten lassen, daß im Falle einer Obligation jemals die Person hafte. Damit wird der Haftung die Gleichbedeutung mit obligatio abgesprochen. Die Römer denken und nennen da, wo die obligatio nicht rei obligatio ist, eine Person obligirt; die „Haftung“ dagegen soll niemals Haftung einer Person sein können.

Aber, wenn Recensent einerseits zugibt, daß bei persönlicher Obligation eine Haftung vorliege, anderseits leugnet, daß die Person hafte: was ist denn Gegenstand der Haftung? Man kann sich denken, daß auf das Vermögen abgelenkt wird; wiewohl s. Z. Bekker hiegegen angekämpft hat, und es auch meinerseits an dem Bemühen, diese Vorstellung hintanzuhalten, nicht gefehlt hat, erklärt Rümelin als den „einzig „korrekten Ausdruck für dieses Verhältniß“ den, „daß das „Vermögen haftet“. Den Einwand, daß wenn anstatt der Person das Vermögen haftete, mit jeder Forderung auch eine Generalhypothek bestünde, und daß dann die Sachen des Schuldners nicht erst „gepfändet“ werden müßten, falls es zur Exekution kommt, läßt er nicht gelten. Er kennt außer der Generalhypothek noch eine andere, der Generalhypothek ähnliche, aber auch nur ähnliche Haftung des Vermögens; daß es bei der Forderung erst zur Pfändung kommen muß, damit der Gläubiger Sachen des Schuldners zu Pfand bekomme, „scheint mir kein Hinderniß für die Vorstellung zu sein, daß das Vermögen haftet“. Und allerdings, wenn das Vermögen vorher nicht pfandweise, sondern sonstwie gehaftet hat, ist immer noch eine Pfändung an demselben denkbar.

Aber von welcher Art ist denn diese Vermögenshaftung, die keine Pfandhaftung ist? unter welchem Namen, mit was für Sätzen, mit welchen Distinctionen von der Generalhypothek kommt sie in den Quellen vor? oder, wenn auf die Quellen nichts ankommt, wie sollen, wie können wir sie nennen und

denken? Quellen nennt R. keine; aber „abgesehen von „anderen Verschiedenheiten, fehlt bei der Haftung des Obli„girten das Vorzugsrecht des Gläubigers vor Dritten, auf „dem beim Pfandrecht der Hauptnachdruck liegt". Da sehen wir, was dem Dinge fehlt; worin es besteht, werden wir nicht inne; wahrscheinlich steckt es unter den Dingen, von denen „abgesehen" wird. — Wenn bei dieser Vermögenshaftung „das Vorzugsrecht vor Dritten" fehlt, will dem Gläubiger offenbar irgend ein Recht auf das Vermögen des Schuldners vorbehalten werden. Was ist das für ein Recht, und worin liegt es? Bekanntermaßen behält der Schuldner Disposition — alienandi und obligandi potestatem — über sein Vermögen; selbst insolvent geworden und zum Nachtheil seiner Gläubiger besitzt er sie fort; erst cessio bonorum oder missio in bona, womit die Gläubiger Pfandrecht, Custodia und Administration erlangen, setzt ihr ein Ziel für die Zukunft, und nur ein Delikt (in fraudem creditorum gestum) und außerordentliche Rechtsmittel machen sie rückgängig in Betreff der Vergangenheit. Was ist das für ein Recht auf das Vermögen, welches den Vermögensinhaber in keiner Weise beschränkt? — In der streitigen Bethätigung der Privatrechte kommen wir noch immer über die summa divisio der actiones in rem und in personam nicht hinaus. Bestünde eine von der Generalhypothek verschiedene Vermögenshaftung zu Recht, so würde sie in einer von der hypothecaria verschiedenen, aber doch in einer in rem actio Ausdruck gefunden haben. Nun aber steht dem Gläubiger, insolange er nicht, es sei nun durch Pfändung, missio, Vertrag oder sonstwie, Pfandrecht erlangt hat, keinerlei in rem actio — es steht ihm nur in personam actio zu; wenn irgend etwas, ist ihm nur die Person verfolgbar, haftbar. —

Um mit R. zu reden, so „bezweifle ich, daß es eine Beanstandung finden wird, wenn ich behaupte", daß die Person nicht blos aus Leib und Seele bestehe; daß die Erwerbsfähigkeit eine der Person innewohnende Eigenschaft ist; daß desgleichen ihr jeweiliges Vermögen eine Eigenschaft oder Pertinenz der Person ist und also mit zur Person gehört; daß in Einem mit der Person deren Vermögen haftet, insoferne und insolange es Eigenschaft oder Pertinenz der Person ist; daß ohne die Person und außerhalb derselben das Vermögen

nur kraft eines eigenen Titels (Verpfändung, Pfändung) haftbar werden kann; daß demnach zufolge persönlicher Obligation das Vermögen des Schuldners nur in und mit der Person haftbar ist; daß es der Haftung ledig wird, insoweit es der annoch dispositionsfreie Schuldner veräußert, und daß es erst verpfändet oder gepfändet werden muß, um einer von der Person unabhängigen Haftung (rei obligatio) unterliegen zu können. — Begreiflich ist aber auch das, daß die endliche Realisirung der persönlichen Haftung, d. i. die Exekution und Satisfaktion, auf die Pertinenz der Person beschränkt werden konnte, ohne daß darum die Haftung in irgend einem Momente ihres Daseins Haftung der Person zu sein aufhört. Denn obwohl diese, von der Person auf das Vermögen abgedrängte, Exekution letzteres selbst und für sich zum Gegenstand einer Haftung (rei obligatio) macht, dauert die Haftung der Person fort, bis das ihr abgepfändete Vermögen völlig von ihr losgerissen (distrahirt) und der Gläubiger satisfacirt ist. Die Person des Schuldners ist das Objekt, welches ursprünglich selbst und im ganzen Umfange, späterhin aber immer noch soweit und insolange zur Satisfaktion des Gläubigers herangezogen wird, als ein zur Befriedigung des Gläubigers nothwendiges Vermögen zu ihr gehört und von ihr abgetrennt werden kann. Nicht auf der ersten Stufe ihrer Realisirung (missio in p., pignoris capio, Begründung einer rei obligatio), noch auf der zweiten (distractio) hört an und für sich die personae obligatio auf; die distractio muß dem Gläubiger auch volle Befriedigung bringen; sonst bleibt die Person des Schuldners dem Gläubiger ausgesetzt als das Objekt, aus welchem er, durch Abpfändung und Losreißung des noch übrigen oder neu zugewachsenen Vermögens, seine endliche Befriedigung schöpft. Losreißung einer Accession von der res principalis, d. i. der Person des Schuldners ist die Exekution, welche zur Realisirung der persönlichen Haftung führt; der Vollzug der Leistung, für welche die Person des Schuldners haftet, ist Endigung, nicht Realisirung der Haftung; damit es zur Realisirung der Haftung komme, muß wahr werden, daß nicht geleistet sei; denn die Leistung ist das, wofür gehaftet wird, und der Begriff der Haftung darin gelegen, daß das haftende Ding — Person oder Sache — für die Nichtleistung aufkommen oder herhalten muß. Der Restitutionszwang oder

die Naturalexekution ist also unter obiger Exekution nicht verstanden; die Naturalexekution ist nicht Realisirung der Haftung; sie ist vielmehr Nichtrealisirung der Haftung, Befreiung von der Haftung. — —

„Noch eine weitere Differenz, zwischen Hartmann und Brinz, könne an dieser Stelle erledigt werden"(S. 155). Ich habe nämlich Anstand genommen, das Ding, wofür gehaftet wird, d. i. die Leistung, mit Hartmann den Zweck der Haftung, die Haftung das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes zu nennen, mich vielmehr darzulegen bemüht, daß die Leistung ein Mittel zur Endigung oder Lösung der Haftung sei. Meine Gründe waren zunächst allgemeiner Natur; das „wofür", meinte ich, sei unzertrennlich von dem Gedanken der Haftung, mithin ein Theil ihres Begriffes oder des Ganzen der Haftung; kein Ganzes aber habe einen seiner Theile zum Zweck, wie z. B. das Schiff weder den Kiel, noch den Mast, noch sonst einen seiner Theile zum Zweck habe. Dieses Beispiel nun scheint meinem Recensenten „nicht glücklich gewählt zu sein"; der These selbst aber stellt er unter Berufung auf seine Ausführungen in den Göttinger-Gelehrten Anzeigen den Satz entgegen, „der Zweck sei das Gewollte". Ob dieser Satz den Zweck zu definiren ausreichend, oder ob mit ihm mein Satz widerlegt sei, will ich einem Dritten zu entscheiden überlassen, vorausseţend, daß er Rümelins eigene Ausführungen nicht als Auktorität für dessen Dictum gelten lasse. Ich habe aber weiterhin behauptet, daß wenn die Leistung der Zweck der Haftung wäre, diese mit dem Augenblick, da die Leistung unerreichbar wird, überall erlöschen müßte, daß aber im geraden Gegensatze hiezu die Haftung zumeist dann erst, wenn die Leistung unerreichbar geworden ist, ihr Wesen hervorkehrt und ihre Zweckmäßigkeit offenbart, indem sie nunmehr verwirkend zur Exekution und Satisfaktion wegen Nichtleistung führt. Indeß „ohne erhebliche Schwierigkeit" weiß R. auch dem zu begegnen. Er ruft, was Vielen unserer Tage bequem zu werden anfängt, den Gesetzgeber zu Hilfe. Der Gesetzgeber will, daß geleistet werde, also ist die Leistung Zweck der Haftung. Was wollen diese aus der Schattenwelt citirten Gesetzgeber nicht alles! wollen sie nicht auch, daß der Haftende, wenn er nicht leistet oder zur Leistung nicht gezwungen werden kann oder will, gepfändet werde? wollen sie nicht, daß inner-

halb der Haftung ein jus actionis und exactionis, eine Potestät des Gläubigers, eine Botmäßigkeit des Schuldners bestehe? und wollen sie nicht gleichzeitig innerhalb dieser Botmäßigkeit eine unter keiner anderen Potestät vorkommende Freiheit, die Befugniß und Macht des Unterworfenen nämlich, sich wider Willen des Gewalthabers vom Banne der Haftung zu lösen — durch Leistung nämlich? Sollte dies Alles „vom Gesetzgeber" gewollt sein, so wäre dies alles, das Ganze der Haftung, nicht die Leistung allein, das Gewollte und also nach Rümelin Zweck der Haftung.

Nachträglich bemerkt R. selbst, „daß dieser Zweck (die Leistung) in gewissen Fällen nicht erreicht werden kann", daß es „natürlich unrichtig" wäre, wenn man den Ausdruck, die Haftung habe die Leistung zum Zweck, urgiren wollte, daß man ihn aber „auch noch passiren lassen" könne, wenn man bedenke, daß in den „normalen Fällen" die Haftung den Schuldner „zur Leistung" bestimme. Aber sind es „abnorme Fälle", in denen Pfändung an die Stelle der Leistung tritt?

II.

Meines Erachtens konnte für das Verlangen, der römischen obligatio einen deutschen, gleich ihr die personae und rei obligatio umfassenden Ausdruck zu substituiren, nichts entscheidender, nichts vernichtender sein, als die Behauptung, daß die Haftung des Titius keine Haftung einer Person sei. Ich war darum einigermaßen überrascht, daß Rümelin seine Nummer II mit der Bemerkung eröffnet: es komme seinen bisherigen Einwendungen (gegen meine Haftung) „eine entscheidende Bedeutung nicht zu". Nachdem er von den zwei wesentlichen Punkten meiner Haftung den einen — die Begriffsgemeinschaft für Forderung und Pfandrecht — übergangen, und den anderen — daß in der einen Haftung in der That die Person hafte — sub I verworfen, diese Verwerfung aber für nicht entscheidend erklärt hat, schreitet er nunmehr zu der Bemerkung fort, daß „zunächst der Hauptinhalt der (Brinz'schen) Lehre, sowie ihr Unterschied von der herrschenden Auffassung genauer zu präzisiren" sei. Indem er sofort sich zur Präzisirung dieses Unterschiedes wendet, gedenkt er zweifelsohne in Einem den Hauptinhalt meiner Lehre darzulegen. Auch bei mir (so hebt der Unterschied an) sei

von einer Leiſtung (als dem wofür der Haftung) die Rede; allein „während die gewöhnlichen Definitionen der Obligation „gerade auf dieſe Leiſtung Bezug nehmen und in verſchiedenen „Wendungen das Verhältniß auszudrücken ſuchen, in dem der „Gläubiger oder Schuldner zu dieſer Leiſtung ſteht, von einem „Soll, von einer Verpflichtung, einem Recht auf die Leiſtung „ſprechen, betont Brinz in der Definition der Obligation als „einer Haftung die Exekutionsmittel, die dem Gläubiger im „Falle des Ausbleibens der Leiſtung zur Dispoſition ſtehen" — und „der Streit dreht ſich nur darum, was in der Defi- „nition vorangeſtellt werden ſoll", ob „die Haftung oder „Exekutionsmaßregeln", oder „das Verhältniß (des Obligirten „oder Gläubigers) zur Leiſtung". Gewöhnlich ſtelle man letzteres voran, die Zwangsmaßregeln nach; bei mir ſei das Umgekehrte der Fall.

Alſo blos in einer Aeußerlichkeit, in einer Umſtellung in der Definition liege der Unterſchied, in ihr der Hauptinhalt meiner Lehre. Gleichwohl werden 66 gedruckte Seiten gegen dieſelbe geſchrieben! — Bei dieſer „Präziſirung" meiner Lehre war es aber wenig genau, wenn die Haftung mit Zwangs- maßregeln identificirt wurde; allerdings führt die Haftung unter gewiſſen Vorausſetzungen zu Maßregeln, nicht ſowohl des Zwanges, als der vis ablativa; allein darum iſt ſie nicht ſelbſt Gewalt; auch iſt nicht das das Charakteriſtiſche der Haftung, daß ſie mit Gewalt zu ihrem Ziele kommen kann; die Natural- exekution verläuft unter Zwang und Gewalt, ohne daß ihr Haftung zu Grunde liegt. Wichtiger als dieſe Ungenauigkeit iſt aber das Ueberſehen, welches dem Recenſenten bei der Ver- gleichung meiner mit der gewöhnlichen Auffaſſung begegnet. Er ſpricht von bloßer Umſtellung, wo er von Zuſammenhang ſprechen ſollte. Nach der gewöhnlichen Auffaſſung iſt der Zu- ſammenhang, in welchem die Gewalt mit dem Rechte der Forderung ſteht, ein äußerlicher; ſie kommt von außen oder oben herab hinzu; es iſt der Staat oder wieder der Geſetz- geber, der ſie anordnet; — nach meiner Auffaſſung kommt ſie von innen, aus dem Begriffe der Obligation, die keine bloße Verpflichtung, ſondern eine Haftung iſt, als ſolche, ob ſie nun personae oder rei obligatio ſei, den Gedanken der Verpfändung, als Pfandhaft aber den der Handanlegung oder Gewalt, ob dieſe nun rein privativ oder von der Obrigkeit

gewährt, unterstützt, oder von dieser vormundschaftlich ausgeübt sei, in sich trägt. Insonderheit setzt auch heute noch, wer sich obligirt, seine Person zu Pfand aus — zu einem Pfande, das der Gläubiger nicht mehr so wie vor Alters abduciren und in seinem ganzen Umfange distrahiren, das er aber immer noch so wie Apollo den Marsyas behandeln kann, indem er ihm die Pertinenz abzieht und diese zu Markt trägt. —

In Konsequenz der Behauptung, daß meine Auffassung von der gewöhnlichen sich nur durch eine gewisse Umstellung in der Definition unterscheide, wäre dem Recensenten, wenn irgend etwas, nurmehr eine gewisse Accentlehre obgelegen: etwa, daß auf dem Sollen, nicht auf den „Zwangsmaßregeln" der Ton liege; statt dessen geräth derselbe unvermerkt in einen andern Gedankengang. Meinerseits wurde das Sollen, besser das Müssen nicht sowohl hinter die Haftung zurückgestellt, denn als ein Produkt der Haftung bezeichnet, welches allenfalls auch ausbleiben könne. Weil und insoferne der Haftende im Falle der Nichtleistung Satisfaktionsobjekt ist, muß er leisten; allein häufig ist das Recht auf die Leistung (actio, Verfolgungsrecht) und damit der Fall der Nichtleistung nicht sofort (initio obligationis, mit dem Dasein der Haftung) da. M. E. nun kann von einem Müssen des Obligirten keine Rede sein, bevor auf der andern Seite ein Verfolgungsrecht da (actio nata) ist; mithin nicht die Rede sein, bevor der dies gekommen, wenn die Forderung betagt, nicht die Rede sein, bevor die gewisse Eventualität eingetreten ist, wenn das Verfolgungsrecht von einer juris conditio abhängt. Dem entgegen bezeichnet es R. als die herrschende und seine Meinung, daß die Obligation stets und überall ein Müssen sei. Also taucht hinter der angeblich einzigen Differenz zwischen meiner und der herrschenden Lehre eine zweite und ganz andere auf. Handelte es sich vorher blos um die Stellung des Müssens, so steht jetzt seine Essentialität in Frage; nicht mehr daß ich die Haftung vor das Müssen stelle, sondern daß ich Haftungen ohne Müssen kenne („bloße Haftungen" im Gegensatze zu Haftungen, die zugleich Müssen, d. h. Verbindlichkeiten oder Schulden sind), ist plötzlich zum Differenzpunkt und Gegenstand des Angriffs geworden.

Dieser Angriff wird zunächst vom Begriffe des Müssens

aus geführt. Die herrschende Auffassung fasse das Müssen nicht als Gegenstück des Verfolgungsrechtes; mit dem Verpflichtetsein, Sollen, Müssen wolle nur auf „die Beziehung der „betheiligten Subjekte hingewiesen, nicht der Gedanke aus„gesprochen werden, daß diese Beziehung in einem sofortigen „Verfolgungsrecht besteht". Diese „Beziehung" wird, ähnlich wie sub I. die Vermögenshaftung, in keiner Weise näher bestimmt; an und für sich aber besagt die „Beziehung" gleich dem „Verhältniß" nichts; sie gehört zu den Wörtern, welche sich bei fehlendem Begriffe einstellen. Der Schuldner stünde in einer Beziehung zur Leistung, wenn er blos (moralisch) verpflichtet, nicht belangbar wäre; nicht minder dann, wenn er weder moralisch verpflichtet noch rechtlich belangbar wäre; ja das ist auch eine Beziehung zu etwas, daß man zu ihm in keiner Beziehung steht. Die herrschende (von R. übrigens nicht belegte) Auffassung wäre darum zu bedauern, wenn sie an Stelle des Leisten-Müssens eine bloße Beziehung zur Leistung setzte. — Indessen stützt R. seine Behauptung, daß dem Müssen (ob R. damit das wirkliche Müssen oder die „Beziehung" meint, bleibt dahin gestellt) kein Verfolgungsrecht zu entsprechen brauche, auf Beispiele. Ein Erstes ist die negative Obligation, bei welcher sich der Obligirte der gewissen Handlung enthalten müsse, „ohne sofort geklagt werden zu können". Und in der That, wenn man sich unter dem Verfolgungsrecht ausschließlich das Klagerecht denkt, dann ist es wahr, daß hier das Müssen vor dem Verfolgungsrechte da sei: denn klagen kann hier der Gläubiger erst, wenn der Obligirte thut, was er nicht thun soll, also möglicherweise erst lange, nachdem er gemußt und diesem Müssen entsprechend unterlassen hat. Allein in dem Verfolgungsrechte ist, wie die „petitio" und die Lehre von der mora zeigt, nicht blos das Klagerecht, sondern auch schon das Recht des Forderns oder Anforderns mitbegriffen, und in dieser seiner ersten Erscheinung liegt das Verfolgungsrecht, woferne kein dies und keine juris conditio hemmt, auch bei der obligatio non faciendi in deren erstem Anfange vor; der Gläubiger kann die Unterlassung fordern und der Obligirte muß sie „leisten" (l. 83 pr. D. V. O.), wenn die Obligation nicht verwirken, die obligatio non faciendi nicht in ein praestare oportere, das Verfolgungsrecht aus einem bloßen Recht der Anforderuug in ein

Klagrecht umschlagen soll. Wesentlich denselben Verlauf nimmt auch die obligatio faciendi, dandi. Auch hier besteht, wenngleich die Obligation unbetagt und rechtlich unbedingt ist, kein unmittelbares, sondern ein durch vorgängige Anforderung und deren Mißerfolg bedingtes Klagerecht; auch hier ist ein sofortiges Müssen nicht durch sofortiges Klagrecht, wohl aber durch ein sofortiges, das Recht der Anforderung in sich schließendes Verfolgungsrecht vorhanden. Kommt es bei der negativen Obligation zu keinem Klagrecht, so geschieht das nicht in Ermangelung des Verfolgungsrechtes oder zum Beweise, daß kein Verfolgungsrecht da sei, sondern darum, weil der Obligirte einem bereits bestehenden Petitionsrechte entsprechend oder zuvorkommend unterläßt, was er unterlassen muß — weil er seine Obligation erfüllt. Genau so bewirkt auch bei der positiven Obligation, bei welcher der Recensent sein sofortigem Verfolgungsrecht entsprechendes Müssen zuzugeben scheint — Erfüllung den Aufschub und Ausschluß des Klagerechts. Also besteht zwischen negativer und positiver Obligation in Ansehung des Müssens kein Unterschied. Das bewährt sich auch, wenn man die negative Obligation in die positive, welche stillschweigend in ihr gelegen ist (l. 83 pr. cit.), umkehrt. — Das andere Beispiel für ein Müssen ohne Verfolgungsrecht findet R. in der naturalis (tantum) obligatio. Offenbar ist hier nur an den naturaliter Obligirten selbst, nicht etwa seine Bürgen, Konstituenten, — mithin daran gedacht, daß gegen ihn allfällig soluti retentio, Kompensation, peculii deductio stattfindet. Man könnte fragen, ob bei so bewandtem Verhältniß noch von einem Müssen des Obligirten die Rede sein könne; nimmt man aber mit R. ein solches an, so wird man auch von einem gewissen Drucke Notiz nehmen müssen, der von Seite des Gläubigers her wider denselben besteht, eben in der soluti retentio, in dem Kompensations- und Retentionsrecht gelegen ist, und wohl auch noch als ein Verfolgungsrecht (in der Defensive) bezeichnet werden darf. Würde der naturaliter Obligirte auch diesem Drucke oder Verfolgungsrechte nicht unterliegen, trotzdem der Gläubiger empfangen oder eine kompensable Gegenforderung hat — wie das beim Pupillen der Fall ist, welcher sine tutoris auctoritate versprochen hat —, oder würde zufällig auf der anderen Seite weder Zahlung noch Gegenforderung vorliegen, so bestünde

freilich keinerlei Verfolgungsrecht, hinwieder auch kein Müſſen des naturaliter Obligirten. —

So weit der erſte Einwand gegen das Daſein von Obligationen ohne Müſſen, oder gegen meine „bloßen Haftungen". In ihm iſt noch nicht ihr Vorkommen überhaupt, ſondern das von mir zu Gunſten derſelben vorgeführte Argument bekämpft. Ich habe geſagt: es gibt Obligationen ohne ſofortiges Verfolgungsrecht, ergo ohne ſofortiges Müſſen; der Recenſent ſagt: es gibt Obligationen ohne ſofortiges Verfolgungsrecht mit gleichwohl ſofortigem Müſſen. Hiegegen iſt replicirt. Nunmehr folgt aber der Angriff auf das Daſein meiner „bloßen Haftung" ſelbſt; R. gibt zu, daß in den Fällen, welche ich als Obligationen oder perſönliche Haftungen ohne ſofortiges Verfolgungsrecht anführe (z. B. die Obligation des Mandanten, die betagte Obligation), noch kein Verfolgungsrecht da ſei, allein er beſtreitet, daß in dieſen Fällen auch ſchon eine Haftung vorliege. Daß bereits eine Obligation vorliege, wird hieroris noch nicht beſtritten; vorderhand wird nur verworfen, daß ich ſie Haftung nenne. Die Begründung dieſes Widerſpruchs iſt meines Erachtens nur eine Variation zu dem Thema von der Stellung einerſeits des Sollens oder Müſſens, anderſeits der Exekutionsmittel in der Definition der Obligation. Die Exekutionsmittel (nach der Auffaſſung des Recenſenten identiſch mit Haftung) ſollen (ſo lautet nunmehr das Verdikt) nicht vorangeſtellt werden; das Müſſen anderſeits iſt ihm, wie oben geſehen, eine bloße Beziehung des Obligirten zur Leiſtung; ſteht dem Müſſen zur Zeit noch kein Verfolgungsrecht gegenüber, ſo iſt es eben eine Beziehung auf künftige oder künftig etwa verfolgbare Leiſtungen; darum liege, wenn in Ermangelung präſenten Verfolgungsrechtes gleichwohl eine Obligation da ſein ſollte, doch kein Grund vor, von Haftung zu reden — anſtatt von einer Beziehung des Obligirten zu künftigen oder etwa künftig möglichen Leiſtungen. — Bei ſolchem Gedankengange nun hätte der Recenſent meine „bloße Haftung" nicht zu verwerfen gebraucht, ihr vielmehr die „Beziehung auf künftige Leiſtungen" blos vorziehen ſollen. Ein größeres Unrecht aber begeht er an derſelben, wenn er ſie, die verworfene, nachher zu ſeiner „Beziehung" verdünnt, indem er bemerkt, daß die Haftung ſelbſt nur ſeine „Beziehung zur Leiſtung ſei". Ich muß wiederholen: Die „Beziehung" iſt

nichts, meine Haftung dagegen etwas, eine Gebundenheit nämlich, welche, wenn die Haftung eine „bloße Haftung“ (der Haftende nicht schon verfolgbar, die Haftung noch nicht Verbindlichkeit oder Schuld, die Leistung, wofür gehaftet wird, noch kein Muß) ist, darin besteht, daß der von ihr Betroffene es nicht mehr einseitig in seiner Macht hat, die Leistung, die er jetzt oder unter obwaltenden Umständen nicht erbringen muß, niemals und unter keinerlei Umständen erbringen zu müssen, oder wegen Nichtleistung niemals zur Satisfaktion zu dienen.

Nebenher (S. 161) erkärt sich R. noch gegen zwei Seiten meiner Haftung: es sei nicht wahr, daß die Entstehung der Haftung mit der der Obligation zusammenfalle; eine Haftung könne noch vor der Obligation da sein; — auch um zu erklären daß eine Obligation erlöschen, und aber in gewissen Folgen (Schulden) fortdauern könne, bedürfe man der Haftung nicht; jene Erscheinung erkläre sich leichter aus den verschiedenen Imperativen, welche sich an eine Obligation anschließen können. — Das eine Mal ist nach der wandelbaren Ansicht des Recensenten die Haftung nichts, dann ein (allerdings wesenloses) Etwas (Beziehung); das eine Mal ist sie mit der „Beziehung des Obligirten zur Leistung“ identisch, das andere Mal bloße Vermögenshaftung; das eine Mal ist sie mit der Obligation noch nicht, das andere Mal vor dieser da: nämlich als Vermögenshaftung; das Vermögen hafte nicht nur für gegenwärtige, sondern auch für künftige (darunter auch für die noch unkontrahirten) Schulden. Sub I ist das Dasein einer Haftung mit dem Dasein der Obligation zugegeben, aber als bloße Vermögenshaftung definirt worden; nunmehr stoßen wir auf eine Vermögenshaftung, welche noch keine Obligation — m. E. aber wiederum überhaupt Nichts ist. War schon die Vermögenshaftung, welche R. in der Obligation erblickte, kein nachweislicher oder faßbarer Begriff, so kann es die Vermögenshaftung ohne oder vor der Obligation noch weniger sein. — Hat man einmal zugegeben, daß z. B. der Mandant haftet (obligirt ist), bevor er schuldig wird, so ist es leicht begreiflich, daß seine Haftung erlöschen kann, ohne daß er schuldig geworden ist. Nicht minder begreiflich scheint es, daß nachdem auf dem Grunde seiner Haftung Schulden erwachsen sind, seine Haftung für die Zukunft erlöschen, als Quelle künftiger Schulden versiegen kann, indeß die bereits entstandenen

Schulden noch bestehen. Also glaubte ich die denn doch bemerkenswerthe Erscheinung, daß gewisse Obligationen (wie die aus Mandat, locatio conductio, societas) durch Zeit, Tod, Kündigung endigen, während doch actiones mandati, l. conducti, pro socio noch bestehen können, auf den Gegensatz von bloßen Haftungen und Schulden zurückzuführen zu können; während z. B. Puchta die Obligationen aus Mandat ꝛc. fortbestehen und nur das Mandats- ꝛc. Verhältniß erlöschen läßt, ist was m. E. erlischt, eine Obligation, aber „bloße Haftung", was fortbesteht, abermals Obligation, aber Schuld. An Stelle des „Verhältnisses" ein Begriff schien mir Gewinn zu sein. An Stelle desselben einen Imperativ, d. h. wieder einmal den Gesetzgeber zu setzen, mag „leichter" gewesen sein; ob besser, mögen Andere beurtheilen.

III.

Nunmehr bestreitet R. den bisher blos vorläufig zugegebenen Satz „daß bei dem von einem dies oder einer conditio juris abhängigen Forderungsrechte eine wirkliche Obligation (schon jetzt) vorhanden sei". Da ich für das jure bedingte Forderungsrecht einen Fall der s. g. obligationes bilaterales inaequales, nämlich das Mandat, als Beispiel angeführt und behauptet habe, daß der Mandant sofort mit Annahme des Mandats, also noch bevor der Mandatar Auslagen gemacht und die actio mandati contraria erlangt habe, obligirt (haftbar) sei, behauptet mein Gegner das Gegentheil. Hierin befindet er sich in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht; insolange man innerhalb der Obligation (bloßer Haftung) nicht unterscheidet, namentlich bloße Haftung und Schuld nicht auseinanderhält, ist es schwer, den Mandanten sofort obligirt sein zu lassen; denn offenbar ist seine Lage, nachdem der Mandatar Auslagen gemacht und mandati actio contraria erlangt hat, eine ganz andere, als zuvor; sicher ist er jetzt erst etwas schuldig geworden; diesen seinen nunmehrigen Zustand kann man sicher Obligation nennen; für den vorausgegangenen hat man ohne die Distinktion von obligatio und debitum weder Begriff noch Namen, läßt also wohl den Mandatar sofort, nicht ebenso den Mandanten obligirt sein. In Uebereinstimmung hiemit sagt R.: „So lange nur der Mandatsabschluß vorliegt, ist der Mandant nicht obligirt."

Eine Schwierigkeit hiebei liegt freilich darin, daß, wenn der Mandant jetzt noch nicht obligirt ist, er erst später, durch die Auslagen obligirt wird, er also nicht durch die Mandatsertheilung, nicht durch sein Wort, sondern re, quasikontraktlich obligirt erscheint, während die Quellen doch eine actio mandati gegen ihn geben. Dieß hält aber meinen Gegner in seinem Widerspruche nicht auf; ihm „scheint das Verhältniß ein einfaches zu sein; Mandatsabschluß und Auslage zusammen führen die Obligation des Mandanten herbei. So lange nur der Mandatsabschluß vorliegt, ist der Mandant nicht obligirt, aber (!) seine Stellung unterscheidet sich auch wieder von derjenigen, welche er vor der Mandatsertheilung inne hatte." Daß er nicht mehr in derselben Lage wie zuvor und aber doch nicht obligirt ist, wird man kein „einfaches" Verhältniß nennen dürfen. Auch das, daß Mandatsabschluß und Auslage zusammen die Obligation herbeiführen, ist nicht so einfach als es aussieht; denn darnach hat doch schon der Mandatsabschluß etwas von der Obligation herbeigeführt und uns in die Lage versetzt, eine Obligation halbwegs schon jetzt annehmen zu müssen. Fragen wir aber nach dem Wort oder Begriff, mit welchem R. diese Lage des Mandanten faßt, so erfahren wir nur, daß „nun die Thatsache, daß der Mandatar Auslagen macht, allein seine Obligation herbeiführt". Nach dem Wortlaut widerspricht sich R., wenn er jetzt durch die Auslagen „allein" die Obligation herbeiführen läßt, während dies vorher nur Mandatsabschluß und Auslagen zusammen thun. Gewiß ist aber der Sinn dieses „allein" ein anderer, nämlich der, daß es jetzt, nachdem der Mandatsabschluß erfolgt ist, keiner weiteren Abmachung, kurz keiner was immer für Namen habenden Weiterung als eben der Auslage bedarf, um den Mandanten obligirt zu machen. — In diesem eben ausgesprochenen Gedanken ist etwas richtig; es bedarf nurmehr der Auslage, um einen gewissen rechtlichen Effekt hervorzubringen; allein während dieser Effekt nach der herrschenden und Rümelin's Ansicht überhaupt erst die Obligation ist, ist es nach meiner Meinung die actio, das debitum, oder die Schuld. Die Obligation ist nicht erst durch die Auslage, sondern sofort durch das Mandat, genauer durch die in der Mandatsertheilung stillschweigend enthaltene cautio (Deckungsversprechen) vorhanden. Diese sofort vorhandene Obligation ist noch nicht verfolgbar, bloße Haftung, von wesenhafter Be-

deutung aber dadurch, daß der Haftende durch eine künftig mögliche, von ihm unabhängige Thatsache (Auslage) dem Zahlenmüssen ausgesetzt ist, und sich von diesem Muß nicht mehr durch bloße Willensänderung oder einseitiges Nichtwollen befreien kann. Andere Kontrahenten können sich in solcher Lage schlechthin nicht mehr einseitig befreien; der Mandant kann kündigen. Gerade das aber, daß er erst handeln, kündigen muß, um sich von der Eventualität einer Ersatzschuld frei zu machen, ist ein Beweis für das Dasein jener Gebundenheit, als welche oben sub II die bloße Haftung gekennzeichnet worden ist. — In einer ähnlichen Lage wie der Mandant nach dem mandatum susceptum ist der Kommodator nach Hingabe der Sache; hier ist denn auch von einer suscepta obligatio inter dandum (dantem?) accipiendumque (accipientemque?) die Rede (l 17 § 3 D. h. t.). Zu diesem meinem Argument bemerkt R. mit Recht, daß von einer suscepta obligatio des Kommodators im Hinblicke darauf die Rede sein könne, daß er die Sache einige Zeit beim Kommodatar belassen muß; dies trifft um so mehr zu, als von dieser Obliegenheit des Kommodators zuvor die Rede ist; allein anderseits ist von einer suscepta obligatio des Kommodators *nicht blos in diesem* Sinne die Rede; Paulus will nicht sagen, der Kommodator muß dem Kommodatar die Sache einige Zeit belassen, „denn er ist *dazu* obligirt"; sondern: er muß sie ihm belassen; „denn daß er (stillschweigend auf gewisse Zeit) leiht, ist sein guter Wille, aber nachdem er einmal geliehen, ist nicht mehr sein guter Wille, sondern die Obligation maßgebend, welche auch seitens des Kommodators gegen den Kommodatar besteht." So wenig nun in der Obligation des Kommodatars blos an die Zeit gedacht ist, nach welcher er zurückgeben muß, ist unter der des Kommodators *blos* daran gedacht, daß er zu zeitlichem Belassen obligirt ist; an Haftung für dolus und gewisse Auslagen ist auch gedacht. — Wenn ich ferner Julian's Worte in l. 26 pr. D. mand. (mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare) dahin verstanden habe, daß die durch das Mandat übernommene Haftung für Deckung den Mandanten zuweilen überdaure, trotzdem das Mandat im übrigen (als aktueller Wille, als Vollmacht) durch den Tod desselben erloschen ist, so will R. die Möglichkeit einer solchen Auslegung nicht in Abrede stellen; allein etwas anderes als

die Möglichkeit ist die Zulässigkeit; diese bestreitet er auf Grund der l. 58 pr. eod., wo sich „Paulus in Beziehung „auf denselben Fall der Wendung bedient, die Klage sei zu„lässig quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati „actio solvitur"; nicht „die Möglichkeit des Verpflichtetwerdens", sondern „die Möglichkeit der Entstehung einer actio" sei hier als den Tod des Mandators überdauernd hingestellt (S. 164 oben). Wenn ich recht verstehe, ist R. nicht der Meinung, daß Julian etwas anderes gesagt habe, als Paulus, etwa das was ich meinte; denn warum sollte gerade das „unzulässig" sein, was Julian sagt? vielmehr ist R. der Ansicht, daß Julian und Paulus denselben Fall vor Augen haben und auch dasselbe sagen, daß also das obligationem aliquando durare Julian's nicht von der Möglichkeit fortdauernder Haftung, sondern von der fortdauernden Möglichkeit der Entstehung einer actio zu verstehen sei. Sachlich wäre meinerseits gegen diese Auslegung Julian's nichts einzuwenden; denn mit der fortdauernden Haftung ist auch die Möglichkeit einer jetzt erst entstehenden actio oder Schuld gegeben, wie nach meiner Auffassung eine nachträgliche Schuld ohne voraufgehende Haftung nicht möglich ist. Allein sprachlich nimmt sich die Uebersetzung von obligationem durare in fortdauernde Möglichkeit der Aktions-Entstehung doch sonderbar, jedenfalls gezwungen aus. Dann aber zeigt der übrige Inhalt von l. 58 pr., daß Paulus nicht mehr „denselben Fall" vor Augen hat, wie Julian. Ausdrücklich spricht Paulus von dem Fall, wo der Mandatar, nichtswissend von dem Tode des Mandanten, das Mandat verrichtet, den Todten defendirt hat; hierauf bezüglich spricht Paulus von einer, erst nach dem Tode des Mandanten eingetretenen Entstehung der actio („non solvitur actio" anstatt nascitur actio steht infolge der Zusammenziehung mit mandatum solvitur), — wobei die Fortdauer der obligatio (Haftung) nicht geläugnet, sondern vorausgesetzt wird; die bloße Haftung ist durch die Defension und die damit verbundenen Kosten zur actio oder Schuld geworden. Julian dagegen spricht allgemeiner; er läßt dahin gestellt, ob der Mandatar bereits gehandelt habe oder nicht; jedenfalls bleiben die Erben des Mandanten, so lange der Mandatar vom Tode nichts erfährt, und noch handeln kann, in Obligo (Haft).

Die betagten Obligationen anlangend, geht die römische

Rechtssprache bekanntlich derart auseinander, daß sie das eine Mal vor dem dies keine „obligatio“ zuläßt (ex die incipit „obligatio“ — l. 44 § 1 D. o. e. a.), das andere Mal eine obligatio annimmt und nur den Zahlungszwang (das Müssen) aufschiebt (praesens obligatio, sed in diem dilata solutio [l 46 pr. D. V. O.]), endlich sogar sofortige Schuld annimmt, und von dieser die Klage trennt (z. B. statim quidem debetur, sed peti . . prius non potest l. 46 D. V. O.). Diese Differenzen beweisen, daß die klassischen Juristen zu keinem einigen Ausdruck für den Unterschied innerhalb der obligatio gekommen sind; daß aber ante diem nichts da sei, hat selbst derjenige Jurist nicht gemeint, von welchem das ex die incipit obligatio herrührt (Paulus); denn derselbe spricht oder referirt unentwegt auch das Wort von der praesens obligatio und dilata solutio. Mir schien die praesens obligatio „bloße Haftung“, ex die die verfolgbare obligatio oder die Schuld da zu sein. Ueber eine sofortige „Gebundenheit“ kommt auch R. nicht hinaus; aber sofortige „Haftung“ sei „kein glücklicher Ausdruck“, weil Haftung auch bei dem in keiner Weise Obligirten vorliegen könne, — eine Behauptung, auf die wir schon früher gestoßen sind, für die wir jedoch weder in der Sache selbst, noch in der Sprache, der Juristen wie der Laien, einen Boden gefunden haben.

IV.

Hier greift R. die Haftung mit seiner „juristischen Begriffsbildung“, insonderheit mit seiner „diagnostischen Definition“ an. Man möge immerhin „die Haftung“ resp. die Möglichkeit der „Anwendung von Zwangsmitteln“ in die Definition der Obligation mit aufnehmen; aber in die diagnostische, d. i. abgekürzte, nur das ausschlaggebende Moment des Dinges aufgreifende Definition gehöre die Verpflichtung; diese bilde den der Obligation eigenthümlichen Inhalt: „von den Zwangsmitteln ist im Obligationenrecht nicht die Rede, dieselben finden ihre Darstellung im Civilprozeßrecht“; nur mit dem Wofür der Haftung (R. meint wohl die Verpflichtung) habe sich das Obligationenrecht zu befassen, wornach denn (das ist die stillschweigende Konsequenz des Gesagten) auch nur die Verpflichtung in die diagnostische Definition der Obligation gehöre.

Hiegegen ist folgendes einzuwenden:

1. Meine Haftung ist nicht Merkmal der Obligation, sondern die Obligation selbst. R. hatte zu beweisen, daß die Definition meiner Haftung falsch sei, mit nichten sie zu einem Merkmal in seiner diagnostischen Definition zu degradiren.

2. Meine Haftung ist kein Zwangsmittel, sondern, auf Seite des Gläubigers, ein (sofortiges, oder künftiges, oder jure bedingtes) Zwangsrecht. Die Zwangsmittel mögen mehr oder weniger in den Civilprozeß gehören; das Zwangsrecht gehört ausschließlich in das materielle Recht.

3. Zwischen der „Möglichkeit der Anwendung von Zwangsmitteln" oder der „Erzwingbarkeit" auf der einen, und den Zwangsmitteln selbst auf der andern Seite schwankt die Nummer IV hin und her; bald erscheint ihr die Haftung als Erzwingbarkeit, bald als Zwangsmittel. Von der Erzwingbarkeit kann sie nicht sagen, daß sie dem Civilprozeß angehöre; wohl aber sei sie ein so gemeines, jedwedem Privatrechte anklebendes Ding, daß man sie zur diagnostischen Definition nicht verwenden könne. Aber wie, wenn es ein Recht gäbe, welches in nichts anderem als in der Erzwingbarkeit, einer Leistung nämlich, bestünde, und wenn gerade das der Haftung gegenüberstehende Recht dieses Recht wäre? Die Römer haben für die Forderung nur den Namen actio, darum, weil sie wesenlich in nichts anderem besteht, als in dem Rechte, die Haftung mit Hilfe des Gerichtes, allenfalls mit Gewalt, zu realisiren. Darnach gehört freilich nicht die Haftung in die Definition der Obligation, mit der die Haftung eins ist, wohl aber das von R. bei Seite geschobene Zwangs- oder Gewaltsrecht, dieses so nothwendig, als das necessitudine adstringi alicujus rei solvendae in der römischen Definition steht (pr. J. oblig.), und als ohne ein (gegenwärtiges, oder künftiges, oder eventuelles) Müssen die Haftung der Person nicht zu denken ist.

4. Nicht im Zwangsrecht, sondern in einer „Verpflichtung" erblickt R. das in die diagnostische Definition gehörige Moment. Nun ist aber die Verpflichtung, der kein Zwangsrecht gegenübersteht, oder die keine sog. Zwangspflicht ist, gar kein juristisches, sondern wie die Pflicht ein lediglich ethisches Ding, also damit, daß eine Verpflichtung bestehe, noch gar keine Obligation angezeigt. Entweder hat R. unter der Verpflichtung eine Zwangs-

pflicht verstanden: dann hat er das Zwangsrecht, das er aus dem einen Thore der diagnostischen Definition ausgewiesen, unbewußt durch das andere Thor hineingelassen; oder er denkt unter der Verpflichtung die blos moralische Pflicht: dann bleibt von seiner Definition das Wesen der Obligation unberührt.

5. Im Gedanken daran, daß in die obligatio nur deducirt werden kann, was pecunia lui praestarique potest, war ich der Meinung, daß die Prästation, das ist der Ersatz der Nichtleistung durch Geld, nicht die Naturalexekution zum Wesen der Obligation gehöre, daß also eine Obligation, welche diese Prästation, damit die eventuelle Satisfaktion des Gläubigers nicht in sich schlöße, keine Obligation wäre. Dem begegnet Recensent mit der Bemerkung, daß es „natürlich jedem Einzelnen frei stehe, eine Definition der Obligation aufzustellen und den unerschütterlichen Entschluß zu verkünden, daß er niemals etwas Obligation nennen werde, was nicht unter die aufgestellte Definition fällt". Ob zu dieser Ironie berechtigt ist, wer eine Definition der Obligation aufstellt, aus welcher die Nothwendigkeit weder der Naturalexekution, noch der Prästation oder Satisfaktion, überhaupt die Nothwendigkeit von Nichts hervorgeht — ? der die Wesentlichkeit des praestare oportere oder des Satisfaktionszwanges für den Obligationsbegriff leugnet, trotzdem die Thatsache vor Aller Augen liegt, daß das römische Recht die Naturalexekution spät und nur in einem beschränkten Kreise von Fällen, die Satisfaktion in allen Fällen der Obligation kennt, und daß selbst im heutigen Prozeß die Naturalexekution nur Platz greift, wenn Gläubiger sie will, die Prästation oder das Satisfaktionsverfahren dagegen als ultima spes einer jeden Obligation besteht, deren Grund- und Schlußstein bildet — ?

V.

In dieser Nummer scheint R. mehr von seiner bisherigen Polemik ausruhen, oder gar abrüsten, als in der alten Schärfe wider mich vorgehen zu wollen. „Ich habe auch bei den Brinz'schen Ausführungen, gegen die ich polemisirt habe, öfters das Gefühl gehabt, daß Brinz sich die Verhältnisse ebenso vorstellt, wie dies sonst gewöhnlich geschieht, und daß er nur andere Ausdrücke wählt". Umgekehrt aber ist mir zu Muthe,

als ob ich von der gewöhnlichen Auffassung sachlich wie sprachlich jedenfalls dann abweiche, wenn sie in R.'s bisheriger Polemik ihren Ausdruck gefunden haben sollte.

VI.

Auch hier ist R. immer noch mehr der angenehme Causeur, als der streitbare Gegner. Er spricht in seiner Weise von dem Verhältniß des allgemeinen Theils zum besondern, daß nicht alles, was im allgemeinen Theile steht, für jegliches Ding des besonderen Theiles gelte, daß „die Lehre von der Entstehung der Obligationen keine Geltung für alle Obligationen beanspruche" (was doch zu bescheiden ist), daß für positive Obligationen etwas anderes gelte als für negative u. dgl. m. Selbst mit der Wiederholung, daß in der diagnostischen Definition die Verpflichtung vor den „Zwangsmitteln" den Vorzug verdiene, scheint er mehr in die Verwechslung von Zwangsmitteln und Zwangsrecht zurückfallen, als neue Argumente gegen die Haftung ins Feld führen zu wollen. Darum mag auch meinerseits die Bemerkung genügen, daß diesmal von der Verpflichtung und den Zwangsmitteln fälschlich als von „beiden" Elementen der Obligation gesprochen wird. Entweder ist die Verpflichtung Zwangspflicht: dann ist sie mit den Zwangsmitteln Eins und mit diesen Ein Element der Obligation; oder sie besteht ohne Zwang: dann ist sie kein Element der Obligation.

VII.

Handhafter wird die Polemik erst wieder entgegen meiner Behauptung, daß wir „Konstituirungen, Novationen, Delegationen, Cessionen, Kompensationen nur bei Schulden, nicht bei bloßen Verbindlichkeiten, geschweige denn bei bloßen Haftungen antreffen werden". R. gibt zu, daß wenn dieser Satz richtig wäre, die Unterscheidung „von Schuld und Verbindlichkeit nicht werthlos" wäre; allein der Satz sei nicht richtig; daß die Cession blos bei Schulden vorkomme, sei von mir selbst zurückgenommen worden, da ich dieselbe S. 404 „möglicherweise" auch bei Verbindlichkeiten vorkommen lasse; daß die Novation blos Schulden betreffe, sei aus der Legaldefinition (l. 1 pr. D. h. t.), nach welcher sie vetus debitum in eine neue Obligation umsetzt, nicht zu beweisen; denn es

könne „nicht zugegeben werden, daß die Römer das Wort debitum in dem Brinz'schen Sinne verwenden"; mit nichts zu wünschen übrig lassender Deutlichkeit zeige sofort l. 1 § 1 eod., daß jede Obligation, also nicht blos Schulden novirt werden können. Damit, und auch noch aus anderen Gründen falle mein Satz auch in Ansehung der Kompensation zusammen. „Aehnlich wird auch die Sachlage bei dem constitutum sein"; der Beweis, daß das constitutum debiti nicht auch bei Verbindlichkeiten möglich sei, falle mir zur Last. Daß Kompensationen zu Verbindlichkeiten meines Sinnes nicht verwendet werden können, sei richtig, aber nichts besonderes; denn es können nicht einmal alle Schulden dazu verwendet werden. Meiner Behauptung, daß noch weniger als bei Verbindlichkeiten bei bloßen Haftungen Cessionen ꝛc. vorkommen, wird der Umstand entgegengehalten, daß in der einen Hälfte meiner Haftungen, nämlich in derjenigen, wo die Haftung eventuell in Verbindlichkeit oder Schuld übergeht, die herrschende Meinung überhaupt keine Obligation annehme, somit freilich auch keine Cession ꝛc. Platz greife; daß in der anderen Hälfte, bei den betagten Obligationen, an anderer Stelle von mir selbst Novationen zugelassen werden.

Daß innerhalb der Obligationen „der Gegensatz von Schulden und Verbindlichkeiten, wie ihn Brinz formulirt", vorhanden, und daß „das Vorkommen der Erscheinungen, welche B. als Entwicklung der Haftung zum Müssen, zur Schuld und Verbindlichkeit" hinstellt, nicht zu bestreiten sei, hat inmitten von so vielen Einwendungen besonderen Werth und könnte über Fehlgriffe, die ich in der Verwerthung jener Unterschiede gemacht habe und gemacht haben soll, trösten; denn sind es nicht diejenigen Folgen, welche ich mit denselben in Verbindung gebracht habe, so sind es andere; ohne praktische Folge bleibt keine theoretisch richtige Unterscheidung. Indessen will ich die von mir aufgestellten Folgen so weit als möglich zu retten suchen.

1. Genauer betrachtet habe ich keinen „Satz" aufgestellt; ich habe nicht gesagt: Cessionen ꝛc. sind nur bei Schulden möglich — sondern nur gemeint, daß wir „sie nur bei Schulden antreffen werden". Damit scheint mehr die Seltenheit, als die Unmöglichkeit entgegengesetzten Vorkommens, mehr etwas Faktisches als Begriffliches behauptet zu sein. Darum ist der

Widerspruch, in den ich verfalle, nicht groß, wenn ich an einer anderen Stelle der Möglichkeit von Cessionen auch bei bloßen Verbindlichkeiten Ausdruck gegeben habe. Ohne inneren Grund, d. i. ohne Zusammenhang mit dem Wesen, einerseits der Verbindlichkeiten und Schulden, anderseits der Cessionen ꝛc., wird freilich auch das bloße Faktum, die Frequenz oder Seltenheit des Vorkommens, das Vorkommen oder Nichtvorkommen — nicht sein.

2. Was insonderheit die Cessionen anlangt, so sind es gemeiniglich Schuldforderungen, und zwar Geldschuldforderungen, welche cedirt werden und z. B. der lex Anastasiana allein zum Vorwurf dienen. Durchweg auf Geldforderungen verweisen z. B. die Register des Seuffert'schen Archiv's; die Klage auf Herausgabe z. B. einer deponirten oder geliehenen Species kann man cediren; aber in Handel und Wandel, ein Verkehrsmittel, sind solche Cessionen nicht. Auch R. sieht sich bemüßigt, lieber mir den Beweis zuzuschieben, daß sie nicht vorkommen, als solche Blümlein selbst zu suchen und zu pflücken. Dieselben lassen sich auch nicht denken, ohne daß mitsammt der Forderung die Sache selbst veräußert werden will; wahrscheinlich hierin hat die Seltenheit ihres Vorkommens ihren Grund; wenigstens in Kauf, an Zahlungsstatt, Tausch nimmt man nicht gern Sachen, die man erst von einem Dritten einfordern oder einklagen muß. — Von den Cessionen, welche aus freiem Handel entspringen, hätte ich aber diejenigen vornherein unterscheiden sollen, welche, aus anderweitigen Geschäften (Kontrakten und Quasikontrakten) herrührend, dem Cessionar mehr aufgedrungen als von ihm gewollt, ein Surrogat oder Minimum von dem sind, was er eigentlich bekommen sollte; hier fragt sich blos, ob der Obligirte, Beklagte eine Forderung hat, auf welche Kläger deckungshalber Anspruch hat; ob sie Schuldforderung oder bloße Verbindlichkeit sei, ist gleichgiltig. Eine derart „nothwendige" Cession einer bloßen Verbindlichkeit läge z. B. in l. 14 pr. D. mand. dann vor, wenn die vom Mandatar gekaufte Sache dem Mandanten schon gehörte, wie dies in l. 49 § 2 D. a. v. a. p. zutrifft (nur daß hier nicht die Klage auf die zu restituirende Sache, sondern die ob evictionem cedirt wird). Verzeihlicher war, daß ich innerhalb der Obligationen an die Cession blos von Forderungen, nicht auch von

in rem actiones gedacht habe. — Um endlich natürlich zu finden, daß es eine Ceſſion von bloßen Haftungen nicht gibt, braucht man bloß daran zu denken, daß die Ceſſionen eine actionum cessio und bei bloßen Haftungen noch keine Aktionen da ſind; daß es Obligationen gibt, die bloße Haftungen ſind, braucht man darum nicht zu läugnen.

3. Wenn man, wie R. zugibt, innerhalb der Obligationen ſolche unterſcheiden muß, welche, weil auf dem Vermögen des Obligirten laſtend und aus ihm zu entrichten, Paſſiva, Schulden ſind, im Gegenſatze zu ſolchen, deren Berichtigung den Obligirten nichts koſtet, da er nichts ihm Gehöriges zu reſtituiren hat — und nichts iſt gewiſſer, als daß unter die Paſſiva in Inventaren nicht alle Obligationen des Erblaſſers, Gantirers, nicht die bei demſelben deponirten, ihm geliehenen Sachen u. ſ. f. aufgenommen werden —, dann, ſollte man denken, habe auch die römiſche Rechtsſprache ein Wort für derart ausgezeichnete Obligationen gehabt und dafür namentlich ihr „debitum“ gebraucht. Aber das „kann nicht zugegeben werden“. Damit iſt gründlich widerſprochen; allein der Beweis, daß z. B. die indebiti condictio die Berichtigung einer anderen Obligation vorausſetze, als die nach meinem Begriffe Schuld iſt, daß die debita pecunia, welche konſtituirt wurde, etwas anderes als Geldſchuld meines Sinnes geweſen ſei, daß die debiti transfusio bei der Novation keine derartige Schuld verwandle, oder daß für die bloße Verbindlichkeit (zur Reſtitution einer fremden Sache) das Wort debitum vorkomme, oder daß etwa gar ſchon die bloße Haftung debitum heiße, — dieſer Beweis iſt nicht angetreten, geſchweige denn erbracht. Daß debitum nicht dasſelbe Wort iſt wie obligatio und alſo etwas anderes oder mehreres bedeuten müſſe als obligatio, iſt nicht zu bezweifeln; was es anderes bedeute als meine „Schuld“, hätte Recenſent ſagen ſollen; er hat es nicht geſagt. Er gibt zu, daß meine „Schuld“ von bloßer Verbindlichkeit zu unterſcheiden und alſo eine Spezies der Obligation ſei, wird auch nicht läugnen, daß debitum mit Schuld überſetzt wird und zu überſetzen ſei, iſt aber der Meinung, daß die Schuld, in welche debitum überſetzt wird und zu überſetzen iſt, eine andere ſei, als meine „Schuld“; was für eine, iſt wieder nicht geſagt.

4. Illud non interest, qualis praecessit obligatio, damit

Novation da sei (l. 1 § 1 D. h. t.). Hier „ist mit einer Deutlichkeit, die nichts zu wünschen übrig läßt, gesagt, daß jede Obligation, also nicht blos Schuld, sondern auch Verbindlichkeit novirt werden kann." Allein voraus (pr.) ist das, was nachher obligatio heißt, debitum genannt; obligatio ist der weitere Begriff, mehrdeutig, kann auch debitum bedeuten; wollte l. 1 § 1 sagen, daß nicht blos debita novirt werden, so läßt die Deutlichkeit zu wünschen übrig. Nachher folgt die Ausführung, was für verschiedene Obligationen novirt werden können; allein von dem Unterschiede zwischen Verbindlichkeit und Schuld ist keine Rede; namentlich nicht von dem der stricti juris und der b. f. obligationes, der am ehesten an jenen streift; wollte l. 1 § 1 sagen, daß auch bloße Verbindlichkeiten, etwa obligationes, die nur in b. f. judicio, nicht mit condictio verfolgt werden können, novirt werden, und hat sie dies in der Ausführung zu bemerken versäumt, so ist nicht mit der wünschenswerthen Deutlichkeit gesprochen. Und wie verhält sich die Novation zu bloßen Haftungen?

Von l. 1 cit. aus scheint also meine These, daß man Novationen nur bei Schulden, nicht auch bei Verbindlichkeiten antrifft, nicht widerlegt. Dagegen läßt sich, das Verhältniß der Obligationen zur Novation anlangend, von anderwärts her mehr beweisen, als R. selbst anstrebt: die Thatsache nämlich, daß die Novation bei einer Obligation vorkommt, welche nicht einmal Verbindlichkeit, sondern bloße Haftung ist. Ich meine die Novation einer betagten Obligation (l. 5 l. 8 § 1 D. h. t.). Wie reimt sich meine These mit diesem Vorkommen? ist R. nicht vollkommen im Rechte, wenn er mir vorhält, daß ich aus meiner Rolle gefallen sei, indem ich die betagte Obligation als bloße Haftung bezeichne, Novationen nur bei Schulden finden will, dann aber bei der Novation unter der praecedens obligatio auch die betagte Obligation aufführe?

Eine Mangelhaftigkeit in meiner Darstellung hat R. hiermit wirklich aufgedeckt; denn selbst wenn der Widerspruch ein blos scheinbarer sein sollte, war eine Konstatirung und Aufklärung, an der es fehlt, nothwendig. Anderseits hat Recensent unbewußt zugleich ein Argument gegen sich selbst zu Tage gefördert; denn bloße Haftungen können nicht nichts

ſein, wenn ſie novirt werden können. In Wirklichkeit aber iſt der Widerſpruch m. E. ein bloß ſcheinbarer und die Löſung in zweifacher Weiſe möglich. Entweder geht man von der Verſchiedenheit der Darſtellung aus, welche die betagte Obligation in den Quellen findet, und ſagt, ſie ſei hier, bei der Novation, als praesens debitum, mit dilata petitio, gedacht; da bleibt denn auch die Novation einer betagten Obligation debiti transfusio atque translatio. Oder man bedenkt, daß in der betagten Obligation nicht blos ein ſicheres Praeſens (die bloße Haftung), ſondern auch eine ſichere Zukunft (die künftige Schuld, futura obligatio) vorliegt (ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est [wie die credita pecunia], quia certum est eam debitum iri Gaj. 3, 124), und ſagt, bei der Novation einer betagten Obligation ſei nicht ſowohl an das Praeſens, als an das Futurum gedacht, wornach jene wieder debiti transfusio atque translatio bleibt. Gerade das: die künftige Schuld zu einer präſenten zu machen, kann Zweck der Novation ſein (l. 8 § 1 cit.). Techniſch kommt der Ausdruck futura obligatio nicht für blos irgendwie künftig mögliche, ſondern für ſolche Verbindlichkeiten oder Schulden vor, welche den Grund ihrer künftigen Entſtehung ſchon in der Gegenwart haben, nämlich in einer ſchon jetzt beſtehenden (bloßen) Haftung[2]); ſie iſt gleichbedeutend mit dem quidquid dare facere oportebit z. B. conductorem (l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4). Denkbar iſt die Novirung auch einer ſolchen künftigen Schuld oder einer ſolchen nur unter gewiſſen Eventualitäten in Schuld übergehenden Haftung; allein wozu eine ſolche novirt werden ſollte, iſt eben ſo ſchwer erfindlich, als ein Beiſpiel ihrer Novation. Aehnlich verhält es ſich mit bloßen Verbindlichkeiten; ein Produkt von bonae fidei Geſchäften werden ſie ſich nicht gerne in Stipulationen deduciren und alſo in einſeitige Obligationen überſetzen laſſen.

Meine Bemerkung, daß wir auch Delegationen nur bei Schulden antreffen werden, läßt den Recenſenten im Ungewiſſen, was ich damit meine; meine ich, daß zwiſchen dem Delegan-ten und Delegaten eine Schuld beſtehen müſſe, ſo ſei ich mit meiner eigenen Delegationslehre im Widerſpruch; meine

2) Vgl. meine Pand., 2. Aufl., Bd. 2, S. 860, Anm. 4.

ich, daß die zufällig in der Delegation enthaltene Novation die Novirung einer Schuld sein solle, so falle das mit meiner falschen Behauptung, daß nur Schulden novirt werden können, zusammen; sei ich endlich der Meinung, daß die Obligation, welche bei der Delegation (zur Promission) zwischen dem Delegaten und Delegator entsteht, überall eine Schuld sei, so sei auch das nicht richtig; denn es sei „nicht einzusehen", weshalb dieselbe nicht ebensowohl Verbindlichkeit als Schuld sein könne (!), wiewohl zuzugeben sei, daß regelmäßig Schulden herauskommen. Meine Meinung aber war und konnte keine andere sein als die, daß wenn die Delegation von wegen vorausgehender Obligation platzgreift, diese Obligation eine Schuld sein werde. In diesem Falle ist die Delegation zugleich Novation. Das zu dieser Bemerkte gilt darum auch für die Delegation, für diese in verstärktem Maß. War es schwer zu denken, daß bloße Verbindlichkeiten unter denselben Personen novirt werden, so grenzt z. B. die Uebernahme der Restitution einer deponirten Sache durch Nichtdepositare ans Fabelhafte. Aehnlich verhält es sich mit bloßen Haftungen, wenn nicht betagte Schulden, Obligationen in Frage stehen.

5. „Aehnlich (wie bei Novation und Delegation) wird die Sachlage beim constitutum sein. „Der Beweis . . . daß im heutigen Rechte das constitutum debiti nur bei einer Schuld, nicht bei einer Verbindlichkeit möglich sei, wird Brinz zuzuschieben sein." So rücksichtsvoll ist mein Gegner, daß er mir wenigstens den Beweis noch offen läßt: den Beweis, daß das Konstitutum nicht auf Verbindlichkeiten gehe. Das vorjustinianische Recht kennt nur pecuniam constitutam, also sogar nur Konstituirung von Geldschulden; wir sprechen, doch wohl im Gedanken an Schulden, von Zahlungsversprechen; R. selbst scheint keinen Fall einer Verbindlichkeitskonstituirung weder aus alter noch neuer Zeit zu kennen: die Freiheit, einen zu suchen, läßt er mir.

6. Daß die Kompensation nur zwischen Schulden Platz greift, wird zugegeben; das sei aber „nichts besonderes"; nicht einmal alle Schulden seien kompensabel. Damit, daß die Kompensation nicht einmal zwischen allen Schulden Platz greift, ist das Besondere, daß sie, darin z. B. von solutio, confusio, rei interitus u. a. m. verschieden, nur bei Schulden platzgreift, m. E. nicht beseitigt. Werthvoll aber bleibt über-

dieß das Zeugniß, welches für die Nothwendigkeit einer Distinktion innerhalb der Obligation mit obigem stillschweigend oder unbewußt ausgestellt wird: marktgängige Cessionen, Novationen, Delegationen *werden* — Kompensationen *können* bei bloßen Haftungen und Verbindlichkeiten nicht stattfinden. Die Verbindlichkeit des Depositars muß erst in eine Geldschuld ausschlagen oder in eine solche verwandelt werden, damit sie kompensabel werde; die bloße Haftung ist selbst dann nicht kompensabel, wenn sie in einer betagten Geldschuld besteht (l. 7 pr. D. h. t.); betagte Geldschulden kann man noviren, sei es daß auch die neue Schuld eine künftige, oder daß sie eine präsente sein soll; kompensiren kann man mit ihr nicht; denn von selbst, wie die Kompensation geschieht, kompensiren sich Künftiges und Gegenwärtiges nicht.

VIII.

Nachdem die Distinktion der Obligation wenigstens in Verbindlichkeit und Schuld zugegeben, deren praktische Bedeutung aber verworfen ist, wendet sich die Kritik der Haftung zu — dem Worte, welches nach meiner Auffassung die „Obligation" wiedergibt, also die Verbindlichkeit und Schuld, aber auch die „bloße Haftung" in sich begreift. Die Kritik wendet sich *gegen* diese meine Haftung. Ihr Angriff besteht aber nicht mehr in Behauptungen, aus denen man folgern konnte, daß an ihr nichts sei — wie damals da R. sagte, Haftung bestehe auch schon vor der Obligation —, sondern umgekehrt in einer Ausdehnung ihres rechtswirksamen Vorkommens, in einer Verallgemeinerung ihres Begriffs, also in einer Steigerung ihrer Bedeutung und ihres Werthes. Denn Grundgedanke dieser Nummer ist, daß die Haftung nicht blos bei den Obligationen, sondern auch bei den dinglichen Ansprüchen vorkomme, für die Definition der Obligation also nicht ausschlaggebend sei; Exekution und Satisfaktion komme ebensowohl in Verfolgung der dinglichen Ansprüche als der Obligation vor, so daß Haftbarkeit hier wie dort vorliege. Ich habe in meinen Pandekten, diesen Einwurf antizipirend, erwiedert, daß die dinglichen Ansprüche erst zu Obligationen werden, durch Litiskontestation und Urtheil in solche verwandelt werden müssen, um derselben Exekution wie die Obligationen unterworfen werden zu können; allein R. hält „dieses Auskunftsmittel"

für „nicht hinreichend“. Zwar vermag er nicht zu widersprechen, daß der dinglich Belangbare erst kondemnirt — d. i. schuldig gesprochen, in eine Geldschuld verfällt, vor Alters zur manus injectio, Addiktion und Abduktion, später zur obligatio, actio judicati reif gemacht werden mußte, um exequirbar zu werden; er gibt zu, daß „in beiden Fällen“ (bei den dinglichen wie persönlichen Ansprüchen) zur Durchführung der Exekution eine Kondemnation nöthig sei; allein „es ist nicht ersichtlich, weshalb in dem einen Fall die Haftung erst durch die Kondemnation begründet werden soll, in dem anderen Falle nicht“ (S. 189). Auch hält er es für „allerdings richtig“, daß die Quellen „von einer obligatio judicati reden“; allein es ist dies eine obligatio, „welche sich an die Kondemnation (nur) anschließt“, und es hat „diese Annahme (von einer an die Kondemnation sich anschließenden Obligation) darin ihren Grund, daß durch die Kondemnation das Rechtsverhältniß Regeln des Obligationenrechts unterstellt wird, welche bis dahin keine Anwendung fanden“.

Aus diesen Zeilen schaut wieder der Gesetzgeber oder Normenmacher hervor; die condemnatio, zu welcher die Magistratur ermächtigt und welche der Richter imperativisch verhängt, erzeugt die obligatio — die strengste, welche das römische Recht kennt — nicht; mehr noch: es wird weder durch sie selbst, noch durch sonst einen Faktor überhaupt eine obligatio geschaffen, sondern nur das Rechtsverhältniß, wie es vor der Kondemnation war, Regeln des Obligationenrechts unterstellt, solchen Regeln, die sonst nicht platzgriffen. Das will es heißen, daß an die Kondemnation eine Obligation „angeschlossen“ wird. Der dinglich Belangte wird durch die Kondemnation *nicht obligirt*, aber Regeln des Obligationenrechts unterstellt, fiktizisch behandelt, wie wenn er obligirt wäre, und zwar recht strenge; der persönlich Belangte wird, trotzdem apud veteres scriptum est ante litem c. dare debitorem oportere, ꝛc. trotzdem die condemnatio gleich der litis contestatio einerseits ein modus tollendi obligationem ist, doch anderseits durch condemnatio nicht neu obligirt, sondern nur schärferen Regeln des Obligationenrechts unterstellt; damit nicht wahr sei, daß der dinglich Belangte durch die Kondemnation obligirt werde, darf der persönlich Belangte, schon ante litem contestatam Obligirte durch die condemnatio nicht neu *und*

strenger obligirt, sondern nur wie ein strenger Obligirter behandelt werden; an Stelle des „judicatum facere oportere", der wirklichen, den Fällen des Projudikats zum Muster dienenden Obligation setzt der Gesetzgeber eine fiktive Obligation, nach welcher der Judikatus behandelt werden soll. Konsequent wird R. annehmen müssen, daß auch durch das Damnationslegat, überhaupt durch Damnation beim negotium per aes et libram keine obligatio erzeugt wurde; und was das interessanteste ist: selbst wenn eine lex, also doch wohl der Gesetzgeber selbst sein damnas esto gesprochen, obligirt nicht die damnatio, sondern Einer daneben, der den Damnatus den Regeln des Obligationenrechts unterwirft. Woher der Mann nur diese Regeln und sein Unterwerfungsrecht hat!

Fragt man, was für besonderen sonst nicht platzgreifenden Regeln des Obligationenrechts das Rechtsverhältniß des Damnatus unterworfen werde, so wird beispielsweise die solutio per aes et libram und die actio de peculio genannt — als ob derlei vergängliche und vergangene Folgen Zweck und Ziel eines Institutes gewesen seien, welches in seiner wesentlichen Bedeutung Rom überdauert hat und unter uns fortlebt. Recensent muß die Damnation, er muß Litiskontestation und Urtheil, die novatio necessaria, die obligatio judicati mit ihrer Litiskreszenz erst in Dunst auflösen, um gegen die Thatsache, daß der dingliche Anspruch zur persönlichen Forderung werden muß, um exekutionsreif zu werden, aufzukommen.

Sonst ist hierorts nur noch zu bemerken, daß ein Begriffsaustausch unterläuft, wenn R. befindet, daß meine Haftung ebenso bei dinglichen Ansprüchen als wie bei Obligationen stattfindet. Meine Haftung ist, insoweit nicht blos rei obligatio in Frage steht, eine der Person, mit obligatio gleichbedeutend, die Person selbst der actio, executio aussetzend, sich schließlich mit Vermögenslosreißung (rerum distractio) begnügend; des Recensenten Haftung dagegen ist eine undefinirte und undefinirbare Vermögenshaftung. Diese nennt er meine Haftung, von ihr sagt er, daß sie bei dinglichen wie bei persönlichen Ansprüchen vorkomme. Ihr muß ich aber wiederholt vorwerfen, daß sie weder bei persönlichen, noch bei dinglichen Ansprüchen vorkommt.

Im Uebrigen bereitet VIII den Schluß, die exaequatio obligationum et jurium in re, vor; hierüber

IX. und X.

Wer gegen die Definition der Obligation als einer Haftung u. a. darum ankämpft, weil dadurch die Obligation nicht genügend von dinglichen Ansprüchen unterschieden werde, sollte nachweisen, daß durch eine andere Definiton, z. B. die der Obligation als einer „Verpflichtung" oder als einer „Willensunterwerfung" dieser Uebelstand vermieden werde. Das thut R. nicht; vielmehr geht derselbe noch sub VIII auf eine Verwischung der Grenzlinie zwischen Obligationen und dinglichen Ansprüchen aus. Von dem Satze, daß „der allgemeine Theil des Obligationenrechtes nicht auf alle Obligationen gleichmäßig Anwendung findet", schreitet er zu der Bemerkung fort, daß die allgemeinen Lehren des Obligationenrechtes „auch nicht ausschließlich nur auf Obligationen Anwendung finden", daß alles, was ich in den Begriff der Haftung lege, auch bei den dinglichen Ansprüchen vorkomme, daß „der dingliche Anspruch dadurch, daß der Verpflichtete thut, was der Berechtigte fordert, ganz ebenso aufgehoben werde, wie das Forderungsrecht, und es mithin nur ein Namensunterschied sei, wenn der Ausdruck solutio in den Quellen für den dinglichen Anspruch nicht vorkommt"; gleich dem Forderungsrecht könne auch der dingliche Anspruch auf Interesse, Geld, Zinsen gerichtet sein, durch kasuelle Unmöglichkeit, dolus, culpa betroffen werden, nach Art und Zeit in Frage kommen, Gegenstand der Cession, Novation, Kompensation, datio in solutum, Konfusion und Erlaß sein; wie bei jeder Haftung sei auch beim dinglichen Anspruch das Vermögen des Verpflichteten zur Satisfaktion bestimmt, „wenn die Verpflichtung nicht auf irgend eine Art beseitigt wird".

Ohne Zweifel hält R. darnach auch das für einen Zufall, daß die dinglichen Ansprüche in den Quellen nicht obligatio heißen, sowie daß in den Institutionen § 1 J. act. 4, 6 von demjenigen, der nur dinglich belangbar ist, geschrieben steht, daß er nullo jure obligatus sei. Sub IX wird denn auch allen Ernstes die Frage, ob „der Begriff der Obligatio nicht auf die dinglichen Ansprüche auszudehnen sei", nicht nur aufgeworfen, sondern ihre Bejahung auch befürwortet. Windscheids Bemerkungen, „daß die Verpflichtungen, die sich aus dinglichen Rechten ergeben, ganz anderer Natur" seien, als die Verpflichtungen beim persönlichen Recht, und

„daß die Unterscheidung der beiden Arten von Verpflichtung das Fundament einer jeden gesunden Jurisprudenz bilde", sind nicht übersehen; allein die erstere muß „schon nach dem Bisherigen für bedenklich" und die zweite „für noch weniger haltbar" erachtet werden (S. 203 Abs. 2). Auch läßt es R. dabei, daß der dingliche Anspruch, nach ihm eine aus dem dinglichen Rechte mittelst Eingriffes eines Dritten für diesen entstandene positive Verpflichtung, unter die Obligationen zu subsumiren sei, nicht bewenden; selbst das scheint ihm zunächst fraglich, ob „nicht auch die mit dem dinglichen Recht (für alle Welt) gegebenen negativen Verpflichtungen als Obligationen aufzufassen sind" (S. 196); und wenn er nun auch in Folgendem diese Frage nicht geradezu bejaht, so wird doch „zu sagen sein, daß eine derartige Verpflichtung sich nicht viel von einer negativen Obligation unterscheidet", oder „kein erheblicher Unterschied zwischen den beiderlei Verpflichtungen bestehe" (S. 197); ja die ausdrückliche „Subsumtion des (dinglichen) Verhältnisses unter die Obligation" wird nicht unterlassen, weil sie begrifflich unzulässig, sondern weil sie (da nur von dem Berechtigten und seinem Rechte die Rede sei) „überflüssig" und „ohne praktische Bedeutung" sei (S. 197). Schlechthin wird jedoch selbst der dingliche Anspruch mit der Obligation nicht identificirt; vielmehr sei zwischen dem Willen des Gesetzgebers und der Darstellung des geltenden Rechtes zu unterscheiden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sei der dingliche Anspruch keine Obligation; sonst würde, was von der Obligation, im Zweifel auch von dem dinglichen Anspruche gelten müssen (S. 193); die Darstellung des geltenden Rechtes dagegen werde einfacher, „wenn man die dinglichen Ansprüche mit unter die Obligationen stellt"; so lange das nicht der Fall sei, werde es „an verschiedenen Stellen des Obligationenrechts, z. B. bei der Cession, bei der Kompensation nothwendig, ausdrücklich zu sagen, daß die Lehre auch auf die dinglichen Ansprüche Anwendung findet", während sich dies andernfalls von selbst verstünde. Allerdings seien nicht alle Sätze des Obligationenrechts auch auf die unter die Obligationen aufgenommenen dinglichen Ansprüche passend; allein „ich vermuthe, daß die Fälle, in denen der allgemeine Theil (des Obligationenrechts) auf die dinglichen Ansprüche Anwendung findet, überwiegen", wonach es profi-

tabler ist, bei den nicht zutreffenden Sätzen eine Ausnahme, als bei jedem zutreffenden Satze den Zusatz zu machen, daß er auch für die dinglichen Ansprüche passe. — Trotzdem diese Deduction, statistisch wie sie ist, auf die Zahl der Sätze gestützt wird, überhebt sich ihr Auctor der Zählung; seine Vermuthung genügt.

Nunmehr versteht es sich, warum man bei R. vergebens nach einer Definition der Obligation sucht, welche, besser als die Personenhaftung, das dingliche Recht von der Obligation ausscheidet; es kann und es darf keine solche Obligation geben; denn das dingliche Recht fällt ja größtentheils unter den Begriff der Obligation. Zum Ueberfluß wird denn (S. 194) auch noch ausdrücklich ausgesprochen, „daß es keine Definition der Obligation gibt, unter welche der dingliche Anspruch nicht subsumirt werden kann". Um diese auszuschließen, müsse man wie Bruns die dinglichen Ansprüche sofort bei der Definition eigens ausnehmen. Auch verdanke die Gewohnheit, Obligation und dingliche Ansprüche zu unterscheiden, nur der Neigung, aus dem Einzelnen anstatt aus dem Begriffe zu schöpfen — also einer gewissen Begriffslosigkeit — ihr Dasein, — da wir „bei der Feststellung, ob ein Rechtsverhältniß Obligation sei, nicht den Weg über den Begriff der Obligation nehmen, sondern . . . heute noch, wie die römischen Juristen, die einzelnen Obligationen als solche kennen. Werde aber einmal definirt, so müsse als Obligation bezeichnet werden, was unter den Begriff der Obligation fällt (wie der dingliche Anspruch) — wenngleich nicht alles Obligationenrecht für ein solches Ding gelte; denn „der Umfang des Begriffes" und „das Geltungsgebiet allgemeiner Regeln" müsse unterschieden werden.

Im Uebrigen befaßt sich R. mehr mit Beseitigung von Einwänden, die man gegen die Reception der dinglichen Ansprüche unter die Obligationen etwa erheben wird, als mit deren weiterer Begründug. Daß man durch Besitzverlust von der in rem actio frei werde — eine der ersten üblichen Distinktionen des dinglichen von dem persönlichen Anspruche — komme auch bei obligatorischen Ansprüchen, z. B. der actio ad exhibendum vor; es sei „nichts destoweniger wahr, daß er (der in rem actione tenetur) hafte, daß sein Vermögen zur Satisfaktion bestimmt ist, wenn die Verpflichtung nicht

auf irgend eine Art beseitiget wird" (so schon S. 188). Auch die Unmittelbarkeit der Beziehung zur Sache sei keine dem dinglichen Rechte ausschließend zukommende Eigenschaft, sondern finde sich auch bei den obligationes in non faciendo vor; der Unterschied sei nur der, daß hier nur gewisse, dort alle möglichen Personen als Verpflichtete dem Berechtigten gegenüberstehen — ein Unterschied, der nicht auf den des dinglichen und persönlichen, sondern auf den des absoluten und relativen Rechts zurückgehe. Endlich enthalte auch die „Dinglichkeit" nichts, was einem Forderungsrecht entgegenstehe; bedeute sie Herkunft des Anspruchs aus einem dinglichen Rechte, so könne immer noch der Anspruch selbst und seine Durchführung forderungsartig sein; werde an die Form der intentio gedacht, so hänge diese mit der Herkunft zusammen; denke man an die arbiträre Natur und die Naturalexekution, so kämen beide auch bei in personam actiones vor; daß die in rem actio ursprünglich blos auf ein passives Verhalten des Beklagten (Sichwegnehmenlassen) gehe (Jhering), sei wiederum nicht entscheidend, könne auch bei in personam actiones vorkommen; die bevorzugte Stellung des Klägers im Konkurs möge als „eine besondere Eigenschaft der dinglichen Klage zu erkennen" sein, sei aber doch nur „eine nothwendige Ergänzung des absoluten Schutzes des dinglichen Rechtes".

Zu guter Letzt (X.) das Facit, daß nunmehr, nach der Reception der dinglichen Ansprüche unter die Obligationen, die Mannigfaltigkeit des Obligationenrechts und die Zahl von Obligationen, die sich dem allgemeinen Obligationentheil nicht fügen, größer sei, als zuvor; das schade nichts; dingliche und obligatorische Ansprüche gehen immerhin nicht so weit auseinander als negative und positive Forderungsrechte. — —

Verzicht, ja Protest gegen eine Definition der Obligation, welche diese von den dinglichen Ansprüchen unterscheidet, Ausstreckung eines Gemeinplatzes, auf welchem sich dingliche Rechte und Obligationen weithin zusammenfinden, aber nicht unter einem allgemeineren Namen, sondern just als Obligationen fortan vorgeführt werden sollen: das ist das Resultat der Rümelin'schen Kritik meines Obligationenbegriffs. In der Meinung, daß dieses Resultat eine Probe für die Kritik selbst sei, muß ich mir zu demselben noch folgende Bemerkungen erlauben:

1. R. erweist sich gegen den Gesetzgeber, der ihm so oft aus der Noth hilft, wenig erkenntlich, daß er das geltende Recht anders dargestellt haben will, als es der Gesetzgeber verlangt, — daß er bewußt gegen den Willen des Gesetzgebers die dinglichen Ansprüche zu Obligationen macht.

2. Die Statistik mag zu vielem anderen taugen; den Begriff gibt sie nicht. Für diesen ist die Eigenschaft der Dinge und Fälle, nicht ihre Zahl entscheidend.

3. Nicht der allgemeine Obligationentheil, sondern ein über den Unterschied der dinglichen und Obligationenrechte erhabener, noch allgemeinerer Theil enthält Fälle, besser Sätze und Institute, welche beiden, den dinglichen und den Obligationen-Rechten gemeinsam sind; macht R. die dinglichen Ansprüche um solcher, ihnen und den Obligationen gemeinsamer, Sätze und Institute willen zu Obligationen, so könnte er um eben derselben willen die Obligationen zu dinglichen Ansprüchen machen. Führt R. z. B. die Cession, Kompensation, mora als Institute des allgemeinen Obligationentheiles an, so hat er Recht im Hinblick auf unsere Systeme oder Kompendien; allein diese sind noch nicht das Recht selbst. Im Rechte selbst sind Aktionen, sowohl in rem, als in personam actiones, Gegenstand der Cession; die Cessionen also ebenso sehr innerhalb der dinglichen als der persönlichen Ansprüche zünftig, kein Reservatrecht der Obligationen. Die Kompensation ist als materiellrechtliche, von selbst eintretende Abgleichung, nur innerhalb der Forderungen daheim, ein ausschließlich obligationenrechtliches Institut; als prozeßualisches Rechtsmittel hinwieder auch gegen in rem actiones brauchbar, insoweit sowohl den dinglichen als den persönlichen Ansprüchen zugehörig. Die Novation ist ausschließlich obligationenrechtliches Institut, wenn man den dinglichen Anspruch (wie behufs Acceptilation) erst in eine Stipulation deduciren mußte, um ihn noviren zu können. Daß man bei dinglichen Ansprüchen wie R. annimmt allgemein, auch vor der Einklagung, von einer Mora reden könne, ist unerwiesen; nach der Einklagung ist der dingliche Anspruch aber zu einem obligatorischen geworden; also ist die Mora ein blos obligatorisches Institut.

4. Daß es keine Definition der Obligation gebe, welche den dinglichen Anspruch nicht mitbegriffe, wird richtig sein,

wenn man sie als eine rechtlich nichts bedeutende Verpflichtung, oder als ein Werthverhältniß u. dgl. m. diagnostizirt; nennt man sie dagegen eine Haftung, und zwar die persönliche Obligation eine Haftung der Person, vermöge deren diese für eine gewisse Leistung zwar nurmehr mit ihrer Pertinenz, mit dieser aber so lange ausgesetzt ist, bis der Gläubiger befriediget ist, oder wegen gewisser Ereignisse (kasueller Untergang ꝛc.) sich für befriediget erachten muß, dann fehlt es nicht mehr an Distinktion vom dinglichen Anspruch.

5. Rümelins „diagnostische Definition" der die dinglichen Ansprüche mitumfassenden Obligation enthält nach allem was wir wissen eine Verpflichtung; verpflichtet denkt er den persönlich, verpflichtet den dinglich Verfolgbaren, verpflichtet diesen wie jenen zu einer Leistung an den Berechtigten. Denkt man die Verpflichtuug mit Zuthat der Exequirbarkeit des Verpflichteten, so ist die Definition in Ansehung der personae obligatio nicht falsch. Daß dagegen bei dinglichem Anspruch der Anzusprechende ehevor der Anspruch erhoben und gerichtlich anhängig geworden ist, irgendwie verpflichtet, oder zu einer Leistung an den Berechtigten verbunden sei, ist falsch. Heißt es in l. 80 D. r. v. „in rem actionem pati non compellimur", so kann das nicht blos sagen wollen: „bei dinglichem Anspruch brauchen wir es nicht bis zur Klage kommen zu lassen: wir können restituiren und dadurch die Klage von uns abwenden" — denn das können wir auch bei persönlichem Anspruch und gegenüber der in personam actio; der Jurist kann nur sagen wollen: „bei dinglichem Anspruch können wir die Sache preisgeben, derelinquiren, uns ohne Leistung an den Berechtigten frei machen"; denn das können wir bei persönlichem Anspruche nicht. Hierin liegt ein durchgreifender Unterschied von der Obligation oder persönlichen Haftung, welche auch wenn sie noch bloße Haftung (noch nicht verfolgbar) ist, den Haftenden doch nicht nach dessen Willkür losläßt, und wenn sie verfolgbar ist, ein Leistenmüssen darstellt, von welchem der Haftende nicht ohne Satisfaktion oder doch nicht durch seine bloße Willkür loskommt. Darum daß die Vermeidung der Klage in seine bloße Willkür gelegt ist, heißt der blos dinglich Verfolgbare omnino non obligatus; denn darin liegt der reine Gegensatz der Obligation. Infolge des Juvencianischen Senatuskonsultes nützt auch dem dinglich Verfolgbaren

die Preisgebung der Sache nichts mehr, wenn sie mit der dolosen Absicht, dem Berechtigten die Besitzergreifung oder Klage zu verlegen, verbunden ist; aber die Preisgebung bleibt ohne diesen dolus möglich. Rümelin glaubt diesen Unterschied des dinglichen Anspruches von der Obligation zunächst damit zu beseitigen, daß hier wie dort actio, executio, satisfactio platzgreife, „wenn die Verpflichtung nicht auf irgend eine Art beseitigt wird." Allein entscheidend ist nicht „irgend eine Art", sondern die Art der Beseitigung; der dingliche Anspruch kann auf eine Art beseitiget werden, die da zeigt, daß der Belangbare nicht verpflichtet, nicht gebunden ist; der Obligirte kann auf solche Art nicht befreit werden. Von Anhängigmachuug der Klage an ist auch der dinglich Belangbare nicht mehr frei; von jetzt an ist der dingliche Anspruch aber auch obligatorisch geworden. Sodann aber beruft sich R. auf die actio ad exhibendum um zu zeigen, daß bei Obligationen dem Obligirten dieselbe Freiheit vorkomme, wie bei dinglichem Anspruche dem Besitzer. Allein schon Donellus hat sich dem obligatorischen Charakter der ad exhibendum actio widersetzt (vgl. meine Pand. 2. Aufl., Bd. 2, S. 687, Anm. 42 und Anm. 47); wäre er im Unrecht, so würde darum nicht der dingliche Anspruch obligatorisch, sondern eine Obligation einmal dinglich. Die actio quod metus ist mixta, in personam und in rem; in personam gegen den Thäter, der obligirt ist, in rem gegen den Besitzer, der actionem pati non compellitur, — der sich nicht nur der Klage, sondern auch der Leistung entschlagen kann. Die Dinglichkeit, welche R. auf die Herkunft des dinglichen Anspruches aus einem dinglichen Rechte zu beschränken und ihrem Inhalte nach mit der Obligation zu identifiziren sucht, besteht also recht eigentlich in einer Nichtobligirtheit. Sie besteht aber auch nach wie vor

6. in einer Unmittelbarkeit der Berechtigung zur Sache. Sie wird von R. dem dinglichen Rechte nicht abgesprochen, wohl aber auch dem Forderungsrechte vindicirt, dadurch daß er dem dinglichen Rechte ein negatives Forderungsrecht, und zwar beispielsweise der servitus altius non tollendi die „obligatorische Verpflichtung nicht über eine gewisse Höhe hinauszubauen" zur Seite stellt; da sei „nicht schwer einzusehen, daß in beiden Fällen die Beziehung zur Sache die gleiche ist, das

Verhalten des Verpflichteten in beiden Fällen genau dieselbe Funktion hat". Hiebei ist nun aber unversehens das Verhältniß, in welchem der Berechtigte zur Sache steht und auf welches alles ankommt, in eines des Verpflichteten umgesetzt. Würde R. den Berechtigten im Auge behalten haben, so hätte er nicht verkannt, daß bei der servitus altius non tollendi ein unmittelbares Recht an der Sache (jus in re) der Grund des Prohibitionsrechtes, und dessen Richtung gegen was immer für zuwiderhandelnde Personen bloße Folge — bei der Obligation zu einem altius non tollendi dagegen die Haftung einer gewissen Person der Grund des Verbotsrechtes, und dessen Beziehung zu einer gewissen Sache bloße Folge ist und nur mittelst der Obligation besteht.

7. Daß persönliche wie dingliche Klagen arbitrariae sind oder sein können, ist richtig. Richtig aber wird auch das sein, daß hierin ein Zug nicht der dinglichen zu den persönlichen, sondern gewisser persönlichen zu den dinglichen zu erblicken ist. Alle dinglichen Klagen sind arbiträr, von den persönlichen sind es nur einige, wie mir scheint solche, in denen der Kläger wie z. B. bei der actio quod metus auch abgesehen von der Obligation ein Anrecht auf die zu restituirende Sache hat; hier ward durch das arbitrium ut restituatur dafür gesorgt, daß der Kläger geradeso, wie wenn er in rem actione klagte, womöglich anstatt durch Kondemnation zur Prästation oder Satisfaktion, zu seiner Sache selbst gelange; hier und nur hier griff auch später Naturalexekution Platz. Hier liegt das Motiv vor, welches Jhering den utiles in rem actiones unterlegt (vgl. m. Pand. 2. Aufl. Bd. 2. S. 29). — Um einzusehen, daß das Separationsrecht dinglich Berechtigter im Konkurse ein „Vorrecht", zur Vervollständigung des Schutzes absoluter Rechte erst erfunden oder eingeführt, keine nothwendige Folge des dinglichen Rechtes selbst sei, muß man das dingliche Recht zuvor in ein Forderungsrecht verwandelt haben, wie Rümelin.

Zum Schlusse (X) bemerkt R. noch, daß dem Begriffe der Obligation „keine große Bedeutung" beizumessen sei. Das ist an sich und besonders als Endergebniß der hier beleuchteten Kritik auffallend. Denn der Begriff der Obligation scheint in dem Maße bedeutungsvoller zu werden, als er außer dem ihr bisher zugewiesenen Inhalt auch die dinglichen Ansprüche, und

wie R. andeutet, auch die familienrechtlichen Verpflichtungen in sich aufnehmen, also gewissermaßen zur Central- und Sammelstelle von allen Rechten werden soll, denen „Verpflichtungen" entsprechen oder zu entsprechen scheinen. Ferner kommt die bisherige angeblich fehlerhafte Neigung, dingliche Ansprüche und Obligationen zu unterscheiden, nach R. daher, daß die Unsrigen gleich den römischen Juristen ihren Weg nicht über den Begriff der Obligation nehmen; und diesem Begriff, von welchem R. doch wohl das Heil der Obligationenlehre erwartet, und von dem er gewiß selbst ausgegangen ist, mißt er keine große Bedeutung bei. Völlig Unrecht aber hat Rümelin, wenn er obendrein meint, daß seine „Erörterungen der Hauptsache nach zu einem negativen Resultate führen"; denn was kann positiver sein, als das der gemeinen Annahme entgegengesetzte Resultat, daß der Besitzer einer fremden Sache als solcher dem Eigenthümer obligirt ist und daß ebenso der Eigenthümer des praedium serviens dem des praedium dominans, nicht minder der Vater dem Kinde schon als solcher obligirt ist? Damit ist das alte A B C nicht blos umgeworfen, sondern durch ein neues ersetzt. — —

Hiemit scheide ich von meinem Gegner. Es geschieht mit dem Wunsche, ihn überall richtig verstanden, von seinen Einwendungen nichts wesentliches übersehen, dem Urtheil über die Stichhaltigkeit derselben vorgearbeitet, und so in Gemeinschaft mit ihm die Einsicht in das Wesen der obligatio gefördert zu haben.