



Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

### **Правила пользования**

Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

### **О программе**

Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу <http://books.google.com>.



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



L. J. rom. M.

538<sup>de</sup>

Windscheid

Augustbr. 2. 12. 76

E, A



**<36622883130015**

**<36622883130015**

**Bayer. Staatsbibliothek**



Die

# Actio des römischen Civilrechts,

vom

## Standpunkte des heutigen Rechts.

Von

**Dr. Bernhard Windscheid,**

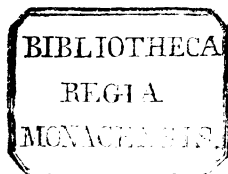
ordentlichem Professor der Rechte an der Universität zu Greifswald.

---

Düsseldorf.

Verlagshandlung von Julius Budeus.

1856.





## Vorwort.

Diese Schrift bezweckt nicht eine vollständige Darstellung der Lehre von der Actio. Ihren Ausgangspunkt bildet der Gedanke, daß die Actio des römischen Civilrechts nicht ist, was heutzutage unter Klage oder Klagerecht verstanden wird, ein Schutzmittel des verletzten Rechts, sondern ein selbständiger Ausdruck des Rechts oder vielmehr des Rechtsanspruchs. Auf Grund dieses Gedankens habe ich es unternommen, dasjenige, was das römische Recht in der Sprache der Actio ausdrückt, in die Sprache unserer Rechtsanschauung zu übertragen. Dabei konnte es jedoch nicht vermieden werden, auf Eines und das Andere näher einzugehen, als durch die bezeichnete Aufgabe unmittelbar geboten war; eine feste Grenze war hier nicht gegeben, und so wird man es mir zu Gute halten, wenn ich bei der Ziehung derselben ein gewisses Maaß subjectiven Beliebens habe walten lassen.

Ist der Grundgedanke dieser Schrift richtig, so muß namentlich auch die Lehre von der Cession eine ganz andere Gestalt annehmen, als ihr heutzutage allgemein gegeben wird, und es ist auszusprechen, daß die Singularsuccession in Forderungsrechte, welche von der herrschenden Ansicht selbst für das heutige Recht bestritten wird, bereits von dem römischen anerkannt worden ist. Da die Frage nach der Zulässigkeit der Singularsuccession in Obligationen zu den am lebhaftesten verhandelten der Gegenwart gehört, so ist auf die Ausführung dieses Punktes besondere Sorgfalt verwendet worden. —

Es ist mein Streben gewesen, in dieser Schrift einen Beitrag zur Lösung der großen Aufgabe zu geben, welche der heutigen Rechtswissenschaft gesetzt ist: das römische Recht, dessen wir nicht entrathen wollen und nicht entrathen können, in ein Recht umzugießen, welches nicht mehr ein fremdes Recht ist, sondern unser Recht, das römische Recht auf seinem eigenen Boden zu überwinden. Möge dieses Streben nicht ganz ohne Frucht geblieben sein!

Greifswald, den 26. Juni 1856.

**Bernhard Windscheid.**

**Verichtigung.**

Auf Seite 43 Zeile 21 von oben ist statt „nicht sagen“ zu lesen „nicht nicht sagen“.

„ „ 188 „ 15 „ unten „ „ „mand.“ zu lesen „de novat.“

Andere weniger sinnstörende Druckfehler sind am Schlusse der Schrift angezeigt.

## L Begriff der Actio.

Das römische Wort actio bezeichnet Klagehandlung, dann Klagrecht. „Nihil aliud“, definiert Celsus, „est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi“<sup>1)</sup>. Hier geht uns nur die letztere Bedeutung an. Aber was ist unter Klagrecht zu verstehen?

Die herrschende Auffassung, welcher, nachdem sie schon früher vorgetragen worden war<sup>2)</sup>, zuletzt Savigny<sup>3)</sup> den prägnantesten Ausdruck gegeben hat, versteht unter Klagrecht das durch die Verletzung eines Rechts erzeugte Recht auf gerichtlichen Schutz, dasjenige Recht, in welches sich ein Recht durch seine Verletzung verwandelt. Die Schärfe und die Klarheit dieses Begriffes nimmt für ihn ein, und diesem Umstande ist es wohl zuzuschreiben, daß man so schnell bereit war, ihn in der römischen Actio wiederzufinden. Es ist dies keine vereinzelte Erscheinung, sondern nur eine Aeußerung eines allgemeinen Zuges, welcher die Wissenschaft des römischen Rechts eine lange Zeit hindurch beherrscht hat, und auch heutzutage noch mehr beherrscht, als gut ist. Man lehrte freilich nicht, daß das römische Recht das absolute Recht sei; aber bei der wissenschaftlichen Darstellung desselben vergaß man zu leicht, daß es das nicht sei. Man war fortwährend geneigt, das römische Recht gleichsam apriorisch zu construiren, und Alles, was man als an und für sich begründet ansah, in demselben ausgesprochen zu finden. Man frug zuerst: was ergibt sich aus der Natur der Sache? und war dann überzeugt, daß das auch im römischen Rechte anzutreffen sei. Es gibt wohl kaum einen der jetzt lebenden Romanisten, welcher diesem Zuge nicht mehr oder minder sich hingeeben hätte, — und der Verfasser dieser Schrift ist weit davon entfernt, sich selbst ausnehmen zu wollen. Die Strömung der Zeit trug das römische Recht hoch empor, und ganz hat sich dieser Strömung Niemand entzogen. Jetzt ist eine Richtung wach geworden, und

<sup>1)</sup> L. 51. D. de O. et A. (44. 7). Vergl. pr. I. de act. (4. 6).

<sup>2)</sup> Vergl. G. Haffke über das Wesen der actio, Rheinisches Museum für Jurisprudenz VI. Nro. 1.

<sup>3)</sup> System des heutigen römischen Rechts V. §. 204. 205.

gewinnt immer mehr an Boden, deren Charakteristisches gerade in dem besondern Maaße von Eifer liegt, womit sie sich davor zu hüten bestrebt ist, daß ihr nicht ein römisches Rechtsfaß als allgemeingültiger Ausdruck des rechtlichen Gedankens erscheine, ohne es wirklich zu sein. Wenn diese Richtung einerseits viel bereiter ist, als man früher es war und noch Mancher heutzutage es ist, rechtliche Bildungen als berechtigt und lebensfähig anzuerkennen, welche nicht römisch sind: so hat sie auf der andern Seite auch eine größere Sicherheit gegen die Gefahr, in das römische Recht etwas hineinzutragen, welches nicht in demselben enthalten ist. Von diesem Standpunkte aus wird die Theorie des heutigen römischen Rechts noch manche Läuterung erfahren, und gerade dieser Versuch ist dazu bestimmt, hierzu einen Beitrag zu geben.

Was den Begriff der Actio angeht, so lag Eine Unrichtigkeit in der oben bezeichneten Auffassung denn doch zu sehr auf der Hand, als daß sie nicht bald sich hätte aufdrängen sollen. Man brauchte nicht manches Blatt im Corpus Juris umzuwenden, um von Actionen zu lesen, welche eine Rechtsverletzung nicht voraussetzen. Kein Zweifel, daß Demjenigen, welcher in einem ihm zustehenden Rechte verletzt worden ist, eine Actio zugeschrieben wird; aber nicht bloß ihm. Wenn gesagt wird: der Käufer hat die actio emti und kann damit Das und Das verlangen, so liegt dabei allerdings der Gedanke zu Grunde, daß er diese Actio nicht anders gebrauchen werde, als wenn ihm verweigert wird, was er beanspruchen kann: aber daß ihm die Actio nicht auch vor der Verweigerung zustehen sollte, würde ein Römer gar nicht verstanden haben. — Deswegen haben denn auch neuere Schriftsteller zwischen eventuellem und wirklich entstandenem Mlagrecht unterschieden. Actio, haben sie gesagt, ist nicht bloß das letztere, sondern auch das erstere. Actio ist die jedem Recht anflebende Befugniß, für den Fall, daß es verletzt werden sollte, den Schutz der richterlichen Gewalt anzurufen; sie ist vorhanden auch vor der Verletzung, wird aber realisirbar erst durch dieselbe. Ueber das Verhältniß der so gefaßten Actio zum Rechte sind die Meinungen noch verschieden. Auf der einen Seite wird sie ein „Annezum“ desselben, ein „Zusatz zu seinem Inhalt“, eine „Zugabe“, ein „Bestandtheil“ desselben genannt <sup>4)</sup>. Auf der anderen Seite wird mit einer spiritualistischeren Wendung gelehrt, daß die

<sup>4)</sup> Puchta Pandekten §. 81, Vorlesungen I. S. 183—186. — Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 96. — Wächter Württembergisches Privatrecht II. §. 62.

Actio nichts sei, als das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen 5).

Diese Auffassung hat Eine Unrichtigkeit der zuerst bezeichneten abgestreift, eine andere aber hat sie festgehalten. Auch sie ist der Gefahr nicht ganz entgangen, eine Anschauung des heutigen Rechtsbewußtseins in das römische Recht hineinzutragen. So wenig Actio das durch die Verletzung eines Rechts entstandene Recht auf Schutz in demselben ist, so wenig ist sie die Befugniß, Schutz für das Recht auf den Fall der Verletzung zu verlangen; Actio ist die Befugniß, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen.

Für das heutige Rechtsbewußtsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spättere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte. Das Recht weist jedem Individuum den Herrschaftskreis zu, in welchem sein Wille Gesetz für die anderen Individuen ist; wird das Individuum in diesem Herrschaftskreise nicht anerkannt, so darf es sich darüber bei dem Staate, dem Wächter des Rechtes, beschweren, beklagen, und der Staat hilft ihm zu dem Seinigen. Die Rechtsordnung ist die Ordnung der Rechte.

Ich bin weit davon entfernt, zu behaupten, daß diese Auffassung den Römern unbekannt gewesen sei. Aber neben und vor sie drängte sich bei ihnen eine andere. In dieser anderen Auffassung tritt an die Stelle des Rechts die Actio. Die Rechtsordnung sagt nicht zu dem Individuum: du hast dieses und dieses Recht, sondern: du hast diese und diese Actio. Sie sagt nicht: in dieser Beziehung ist dein Wille für die anderen Individuen Gesetz, sondern: in dieser Beziehung kannst du deinen Willen den anderen Individuen gegenüber gerichtlich geltend machen. Die Rechtsordnung ist nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbarren Ansprüche. Sie gibt dadurch Rechte, daß sie gerichtliche Verfolgung bewilligt. Die Actio ist nichts Abgeleitetes, sie ist etwas Ursprüngliches und Selbständiges.

Der Grund dieser Auffassung mag zum Theil in dem praktischen Sinne der Römer zu suchen sein, welcher in Betracht zog, daß man dessen, was Einem gebührt, sicher doch nur dann ist, wenn eine ausreichende Macht bereit steht, es Einem auch von dem Widerstrebenden zu verschaffen 6), — der einzige, und selbst der hauptsächlichste Grund war

5) Böcking Pandekten I. §. 131. Note 2. — Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts I. S. 156. 157.

6) Kierulff Theorie S. 156.

dies meiner Ansicht nach nicht. Ich sehe den hauptsächlichlichen Grund in der eigenthümlichen Stellung der römischen rechtspflegenden Magistrate. Bei uns steht der Richter unter dem Rechte; seine Aufgabe ist es, die von demselben gebotenen Zustände zu verwirklichen. Von dem römischen rechtspflegenden Magistratus sagt man nicht zu viel, wenn man ausspricht, daß er über dem Rechte stand. Nicht als ob er das Recht bei seiner Thätigkeit gar nicht in Betracht gezogen hätte: aber in der Theorie war er an dasselbe nicht gebunden, und was die Praxis angeht, so weiß Jeder, wie oft er seine Hülfe verweigerte, wo das *ius civile* ein Recht anerkannte, wie viel öfter er sie gewährte, wo dasselbe dem Bittenden nicht zur Seite stand. So war also für den Römer das Entscheidende nicht, was das Recht, sondern was das Gericht sagte, und Derjenige, dem ein Anspruch bestritten wurde, frug nicht, ob derselbe durch das Recht gewährleistet sei, sondern ob der das Gericht hegende Magistratus geneigt sei, ihn zur gerichtlichen Verfolgung zuzulassen, zur Geltendmachung desselben eine *Actio* zu gewähren. Und so fest wurzelte diese Betrachtungsweise in dem römischen Volksbewußtsein, daß sie selbst auf solche Organe, welche *ius* zu schaffen wohl im Stande waren, ihre bestimmende Kraft erstreckte, wie denn z. B. der Macedonianische, der Vellejanische und der Trebellianische Senatsschluß nicht Rechte, sondern *actiones* absprachen und gewährten<sup>7)</sup>.

Ich wiederhole es also: die *Actio* ist anstatt des Rechtes; sie ist nicht ein Ausfluß des Rechtes. Man kann eine *Actio* haben, ohne ein Recht zu haben, und keine *Actio*, wenn Einem ein Recht zusteht. Also darf man auch in dem Falle, wo *Actio* und Recht zusammen sind, wo die *Actio* gerade auf Anerkennung des Rechtes geht, wenn man genau sein will, nicht sagen, daß die *Actio* durch das Recht da sei; sie ist durch die Thätigkeit des Magistratus da, der sie auch hätte verweigern können. — Aber wenn die *Actio* auch nicht der Ausfluß des Rechtes ist, so ist sie doch der Ausdruck desselben. Der Magistratus, der sie gibt und verweigert, thut das nicht willkürlich. Wenn er dabei nicht geradezu die Vorschriften des Rechtes befolgt, so handelt

<sup>7)</sup> L. 1. pr. D. de SC<sup>o</sup> Maced. (14. 6), l. 2. §. 1. D. ad SC<sup>um</sup> Vellei. (16. 1), l. 1. §. 2. D. ad SC<sup>um</sup> Treb. (36. 1). Die Vorschrift des SC<sup>um</sup> Macedonianium lautet z. B.: „— placere ne cui qui filiofamilias mutam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur“. — Das Trebellianium schrieb vor: „— placet, ut actiones quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituisent, sed his et in eos, quibus ex testamento fidei commissum restitutum fuisset“.

er doch in Anerkennung einer Ordnung der Dinge, welche zwar nicht Rechtsordnung ist, welche aber gerade er durch seine Thätigkeit zur Rechtsordnung macht. Die römischen Juristen sagen auf der einen Seite: *praetor ius facere non potest*, und auf der anderen Seite nehmen sie keinen Augenblick Anstand, von einem *ius praetorium* zu reden. Die *Actio* ist Organ der Rechtsordnung, wie die Rechtsvorschrift, und so konnte sie immer definiert werden, als „*ius persequendi iudicio, quod sibi debetur*“.

Ich sagte: die *Actio* ist anstatt des Rechtes. Das ist nicht ganz genau gesagt. Anstatt des dinglichen Rechtes ist sie nicht; das dingliche Recht geht nicht in ihr auf. Die *Actio* ordnet nicht die Beziehungen zwischen Personen und Sachen, sie ordnet nur die Beziehungen zwischen Person und Person. Die *Actio* setzt immer einen bestimmten Gegner voraus; auf dem Standpunkte der *Actio* ist die Frage immer die: was kann Einer von dem Andern verlangen? So ist die *Actio* der unmittelbare und erschöpfende Ausdruck des Forderungsrechtes, der *Obligatio*, und es ist bekannt, daß unsere Quellen häufig von *Actio* reden, wo sie die *Obligatio* bezeichnen wollen. Statt vieler Stellen will ich nur folgende hierher setzen.

L. 8. §. 11. D. ad SCum Vell. (16. 1).

Quamquam in omnes qui liberati sunt restituitur *actio*, non tamen omnibus restituitur; ut puta duo rei stipulandi fuerunt, apud alterum mulier intercessit: ei soli restituitur *obligatio*, apud quem intercessit.

L. 10. D. de A. E. V. (19. 1).

Non est novum, ut duae *obligationes* in eiusdem persona de eadem re concurrant; cum enim is, qui venditorem obligatum habet, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres exstiterit, constat duas esse *actiones* in eiusdem persona concurrentes —

Aber die *Actio* beschränkt sich nicht auf die *Obligatio*. Wenn Jemand von dem Andern verlangt, daß er ihn als Eigenthümer, oder daß er die Existenz irgend eines anderen rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses anerkenne, so verlangt er immerhin etwas von ihm, und insofern ihm für das, was er verlangt, gerichtliche Hülfe gewährt wird, wird ihm *Actio* zugeschrieben. *Actio* ist also der Ausdruck für dasjenige, was man von einem Andern verlangen kann; suchen wir dafür nach einer kurzen Bezeichnung, so werden wir passend sagen können: *Actio* ist der Ausdruck für den Anspruch. Daraus erklärt sich auch ein Wort in der oben erwähnten quellenmäßigen Definition

der Actio, an welchem man Anstoß genommen hat. Es ist dies das Wort *debetur*. Man hat gesagt, das passe nur auf die *actio in personam*, und hat daher die Behauptung aufgestellt, Celsus habe hier von *actio* in dem engern Sinn von *actio in personam*<sup>8)</sup> gesprochen. Keineswegs. Der Ausdruck *deberi* ist hier in dem weitern Sinne genommen, wo er nicht bloß bezeichnet, was Einem verschuldet wird, sondern überhaupt, was Einem gebührt. Es gebührt mir aber ebenso sehr, daß Jemand mein Eigenthum anerkenne, welches er mit Unrecht bestreitet, als daß er mir die Hundert zurückerstatte, die ich ihm zum Darlehn gegeben habe<sup>9)</sup>.

Die Actio ist also anstatt des Anspruches. Jemand hat eine Actio, heißt, in die Sprache unserer Rechtsanschauung, für welche die gerichtliche Verfolgbarkeit erst die Consequenz des Rechtes ist, übersetzt: Jemand hat einen rechtlich anerkannten Anspruch. Oder geradezu: Jemand hat einen Anspruch. Denn unser Sprachgebrauch zeigt hier dieselbe Erscheinung, wie der römische in Betreff des Wortes *actio*, daß er die Thatsache nennt statt des Rechtes auf dieselbe<sup>10)</sup>. —

Ich bin nicht gemeint, für das im Vorstehenden Vorgetragene das Verdienst unbedingter Neuheit in Anspruch zu nehmen. Daß die Römer das Wort *actio* häufig zur Bezeichnung nicht sowohl einer prozessualischen, als einer materiellen Befugniß gebrauchen, ist schon von andern Schriftstellern bemerkt worden<sup>11)</sup>. Nur tritt bei denselben das Verhältniß des Begriffs der Actio zu dem des Rechtes nicht immer in das gehörige Licht<sup>12)</sup>. Wichtiger ist, daß diese Bemerkung für die Theorie des heutigen römischen Rechtes noch nicht in genügender Weise verwerthet worden ist. An einzelnen Punkten hat sich zwar auch in dieser Beziehung die richtige Ansicht geltend gemacht; aber im Ganzen und Großen wird das Recht der Actio, so weit es nicht für ganz unpractisch gilt, in unseren heutigen Systemen noch als Recht der Klagerrechte, der Klagen, vorgetragen. Es ist der leitende Gedanke der vorliegenden Schrift, das Recht der Actio von dem im

<sup>8)</sup> L. 28. D. de O. et A. (44. 7).

<sup>9)</sup> So auch Buchta Vorlesungen I. S. 183. — Böcking Pandekten I. S. 131. Note 3. — Vergl. auch Savigny System V. S. 11.

<sup>10)</sup> Vergl. die Ausdrücke: *ususfructus* — Nießbrauch, *servitus* — Dienstbarkeit, *pignus* — Pfand, *superficies*, *emphyteusis*.

<sup>11)</sup> Vergl. namentlich Rerulff Theorie I. S. 156. — Wächter Württembergisches Privatrecht II. S. 62. Note 2. — Böcking Pandekten S. 131. — Mühlensbruch Cession S. 17. — Buchta Vorlesungen II. S. 3.

<sup>12)</sup> Dies gilt besonders von der Darstellung Rerulffs, wie mir scheint, auch von der Böcking's.



Obigen bezeichneten Standpunkte aus einer Revision zu unterwerfen, und festzustellen, welche Bedeutung die einzelnen Sätze desselben für unsere veränderte Rechtsanschauung noch haben, und welcher Ausdruck ihnen im Sinn derselben zu geben ist. Es wird dabei freilich nicht ganz vermieden werden können, auf Einzelnes näher einzugehen, als durch jene Aufgabe unmittelbar geboten ist. — Vorher ist aber über den Begriff der Actio hier noch Einiges nachzutragen.

Man würde sehr Unrecht thun, wenn man über dem in der vorstehenden Darstellung Hervorgehobenen die prozessualische Seite des Begriffs der Actio ganz übersehen wollte. Wenn es wahr ist, daß der Satz: Jemand hat eine Actio, in die Sprache unserer Rechtsanschauung übersetzt, heißt: Jemand hat einen Anspruch; so ist es doch nicht minder wahr, daß Actio zunächst nicht die Bezeichnung für den Anspruch, sondern für die gerichtliche Geltendmachung desselben ist. Actio ist die gerichtliche Verfolgung; man kann dieselbe von Seiten ihrer thatsächlichen Existenz, oder von der Seite ihrer möglichen, innerhalb der Befugnisse der betreffenden Person liegenden Verwirklichung auffassen. Im letzteren Falle sagen die Römer in ihrer Sprache dasselbe, was wir sagen, wenn wir Jemanden einen Anspruch zuschreiben; aber sie sprechen deswegen nicht weniger von gerichtlicher Verfolgung.

Ein Anderes, worauf hier aufmerksam zu machen vielleicht nicht überflüssig ist, ist Folgendes. Wir sind durch die Einrichtungen unseres prozessualischen Verfahrens daran gewöhnt, uns unter Klage einen bestimmten einzelnen Prozeßschritt Desjenigen zu denken, welcher einen Anspruch erhebt. Die römische Bezeichnung actio bezieht sich nicht bloß auf das erste Vorbringen des klägerischen Anspruchs, sondern auf die gesammte Thätigkeit des Klägers. Die Actio, welche der Prätor ihm versprochen hat, verwirklicht sich im Prozeß, und sie hört nicht auf, bis das Urtheil gesprochen ist. Ja es liegt auf der Hand, daß, soweit der Beklagte sich nicht auf einfache Verneinung des klägerischen Anspruchs beschränkt, sondern demselben eine selbständige Vertheidigung entgegensetzt, seine Thätigkeit der des Klägers gleich, und daher auch für seine Thätigkeit die Bezeichnung actio passend wird. Und es ist bekannt, daß diese Bezeichnungsweise sich in den Quellen auch wirklich findet<sup>13)</sup>.

Endlich ist noch das Verhältniß des Begriffs der Actio zum Be-

<sup>13)</sup> L. 1. D. de exc. (44. 1). „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est“.

griff des *iudicium* zu bestimmen. Der Prätor gebraucht in seinem Edicte die Ausdrücke *actio* und *iudicium* als gleichgeltende; er verspricht bald *actionem*, bald *iudicium*<sup>14)</sup>. Und in der That, gerade dadurch gewährt der Prätor gerichtliche Verfolgung eines Anspruchs, daß er ein *iudicium* niederlegt, welches er anweist, gemäß desselben zu erkennen. Der Ausdruck *iudicium* ist also genauer, als der Ausdruck *actio*; aber er geht auf keinen anderen Begriff, als dieser. — In anderen Fällen ist das Versprechen des Prätors auch nicht auf ein *iudicium*, sondern auf einen Befehl oder ein Verbot gerichtet. Aber das ist ein Unterschied auch nur in der Ausdrucksweise; denn indirekt verspricht er dadurch doch *iudicium*, zu dem es kommt, sobald der Beklagte seine Verpflichtung bestreitet, dem *interdictum* zu gehorchen.

---

Der Plan der folgenden Darstellung ist ein sehr einfacher. Es soll zuerst von den Gegensätzen innerhalb des Begriffs der *Actio*, darauf von ihrer Beendigung, sodann von dem Einflusse, welchen ihre Verwirklichung im Prozesse auf sie hat, endlich von ihrem Uebergange von einem Subject auf das andere geredet werden.

## §. 2.

### II. Gegensätze in der *Actio*. 1. *Actio in rem* und *in personam*.

Es ist nicht die Absicht, auf alle Unterscheidungen der *Actio*, welche in den Quellen erwähnt werden, hier einzugehen. Diejenigen, welche entschieden und anerkannt heutzutage nicht mehr practisch sind, bleiben von der Darstellung ausgeschlossen. Unter denjenigen, welche dahin nicht gehören, steht obenan die Unterscheidung in *actio in rem* und *actio in personam*.

So viel auch schon über die Bedeutung dieses Gegensatzes verhandelt worden ist, so wenig hat bisher eine Uebereinstimmung der Ansichten erzielt werden können. Zwei Auffassungen machen sich geltend; die eine sagt: die *actio in rem* ist die Klage auf die Sache, die

---

<sup>14)</sup> Belegstellen sind nicht nöthig. Vergl. statt aller l. 1. §. 1. D. de dolo (4. 3). „Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia *actio* non erit, et iusta causa esse videbitur, *iudicium* dabo“.

actio in personam die Klage auf die Person, die andere: die actio in rem ist die unpersönliche, die actio in personam die persönliche Klage. Bei der letzteren Auffassung wird das Gewicht bald mehr darauf gelegt, daß der Gegenstand der actio in rem etwas Unpersönliches, der actio in personam etwas Persönliches sei, bald mehr darauf, daß die actio in personam an eine bestimmte Person gebunden sei, die actio in rem nicht; gewöhnlich wird Beides mit einander combinirt. Auch jener Hauptgegensatz wird nicht immer schroff festgehalten, manche Schriftsteller verbinden die eine und die andere Auffassung in der Weise mit einander, daß sie einen verschiedenen Sprachgebrauch der Quellen annehmen<sup>1)</sup>. Ich halte die letztere Meinung für die richtige, und obgleich eine Untersuchung dieses Gegenstandes eigentlich nicht in den Grenzen meiner Aufgabe liegt, muß ich doch, um für das Folgende eine sichere Basis zu gewinnen, meine Gründe kurz angeben.

1) Für die Auffassung der actio in personam und actio in rem als der persönlichen und unpersönlichen Klage spricht die Thatsache, daß die Ausdrücke in personam — in rem in den Quellen auch in zahlreichen anderen Verbindungen den Gegensatz des Persönlichen und Unpersönlichen bezeichnen. Es liegt die Annahme nahe, daß der Sinn dieser Ausdrücke kein anderer sein werde, wo sie mit dem Worte actio in Verbindung gebracht werden. Es ist aber bestimmter anzugeben, was hiernach unter actio in personam und unter actio in rem zu verstehen sein würde. Man hat von Klagen, die bloß gegen eine bestimmte Person, oder nicht bloß gegen eine bestimmte Person wirken, gesprochen. Das ist nicht genau. Vergleicht man nämlich die Redeweisen, in denen durch in rem und in personam der Gegensatz zwischen dem Unpersönlichen und dem Persönlichen wirklich ausgedrückt wird, so findet man, daß in sämtlichen von einer menschlichen Erklärung ausgesagt wird, ob sie in personam oder in rem sei, d. h. ob sie eine Beziehung auf eine bestimmte Person habe, oder nicht<sup>2)</sup>.

1) Die Citate s. in der Abhandlung Wächter's in den Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht I. S. 88 fg. Ich trage nach: G. Haffte im Rheinischen Museum VI. S. 13 fg. 154 fg. — Kierulff Theorie I. S. 10. — Keller römischer Civilprozeß S. 87. — Arndts Pandekten S. 97. — Böcking Pandekten S. 131.

2) Die einzelnen Verbindungen sind folgende:

Pactum in rem — in personam conceptum, in rem — in personam: l. 7. §. 8. l. 17. §. 5. l. 57. §. 1. D. de pactis (2. 14), l. 8. §. 4. de pign. act. (13. 7).

Stipulatio in rem concepta: l. 10. D. ut. leg. (36. 3).

Also darf man auch auf Grund dieses Argumentes unter *actio in personam* und *in rem*, wenn überhaupt etwas Persönliches und Unpersönliches, nur die in Beziehung auf eine bestimmte Person oder nicht auf eine bestimmte Person redende, gefasste *Actio* verstehen, wobei es freigestellt bleibt, ob man an die Fassung des Edicts oder die der Formel denken will. Welches die Person sei, auf welche es ankommt, wird an und für sich für gleichgültig erklärt werden müssen; doch dringt sich allerdings der Gedanke an den Beklagten in den Vordergrund. Hält man diesen Gedanken fest, so ist die *actio in rem* diejenige, welche als Voraussetzung eine dem Beklagten nicht persönliche Thatsache angiebt. Indem sie das thut, läßt sie die Person des Beklagten unbestimmt, und wird so im Resultate allerdings zu einer nicht bloß gegen eine bestimmte Person wirkenden *Actio*.

Was in dem Vorstehenden nur als nahe liegende Annahme bezeichnet worden ist, ist durch Eine Stelle der Quellen wirklich bezeugt. In L. 9. §. 8. D. *quod metus causa* (4. 2) wird die *actio quod metus causa in rem scripta* deswegen genannt, weil sie als Bedingung der Condemnation Vergewaltigung, nicht eine vom Beklagten geübte Vergewaltigung bezeichnet<sup>3)</sup>. Man würde Unrecht thun, wenn man geltend machen wollte, daß es sich hier eben von einer *actio in rem scripta*, nicht einer *actio in rem* handle, da ja nach dem vor-

*Mentio doli mali in rem concepta* (in der Stipulation): l. 5. pr. D. *usufr. quemadmod.* (7. 9).

*Verba liberationis* (im Legate) *in rem collata*: l. 8. §. 4. D. *de lib. leg.* (34. 3).

*Iurare in rem*: l. 1. §. 3. D. *quar. rerum actio* (44. 5): vergl. l. 28. §. 1. D. *de iur.* (12. 2).

*Edictum in rem scriptum*: l. 5. §. 3. D. *quib. ex caus. in po.* (42. 4).

Vom Edicte wird noch gesagt:

— *in rem permissum est*: l. 12. pr. D. *de rebus auct. iud.* (42. 5).

— *in rem exactum est*: l. 5. §. 2. D. *de pec. const.* (13. 5).

*Exceptio in rem scripta* (von der Formel): l. 4. §. 33. D. *de doli mali* (44. 4).

*Exceptio non in rem exprimenda est*: l. 2. §. 1. eod.

Auch das restituere *in rem* in l. 13. §. 1. D. *de min.* (4. 4) ist in diesem Sinne (Auspruch des Prätors) zu verstehen, und ebenso, was l. 10. D. *de O. N. N.* (39. 1) sagt, daß die *operis novi nuntiatio in rem sit, non in personam* (vergl. Schmidt von Simenau *civilistische Abhandlungen* S. 27). In beiden Fällen bleibt allerdings auch die Möglichkeit, daß *in rem* „auf die Sache“ bedeute.

<sup>3)</sup> In der Formel; denn das Edict über den *dolus* erwähnt ebenfalls die Person der Delinquenten nicht, und doch ist die *actio de dolo* nicht *in rem*. L. 1. §. 1. *de dolo* (4. 3). Schmidt a. a. D. S. 13.

hin Erörterten *actio in rem* nur ein kürzerer Ausdruck für *actio in rem scripta* ist, wie es ja auch *pactum in rem* heißt statt *pactum in rem conceptum*, oder, was noch näher liegt, *exceptio in rem* statt *exceptio in rem scripta*<sup>4)</sup>.

2) Der im Vorstehenden bezeichnete Sinn von *actio in rem* und in *personam* kann nun aber auf jeden Fall nicht der einzige sein, dessen diese Ausdrücke fähig sind. Denn gerade die *actio quod metus causa* wird in einer anderen Stelle<sup>5)</sup> als *actio in personam* den *actiones in rem* entgegengesetzt. *Actio in personam* kann also hier nicht eine an die Person gebundene Klage bezeichnen; es muß darunter entweder eine Klage, die auf etwas Unpersönliches gerichtet ist, oder eine Klage auf die Person, im Gegensatz der Klage auf die Sache, verstanden sein, — welches von beiden, läßt sich aus der fraglichen Stelle nicht mit Sicherheit entnehmen.

Ein gleicher Ausdruck, wie für die *actio quod metus causa*, findet sich für die mit ihr ganz gleichartige *actio aquae pluviae arcendae*<sup>6)</sup>.

3) In §. 1. I. de act. (4. 6) wird der Gegensatz zwischen *actio in personam* und *actio in rem* dahin bestimmt, daß jene die *Actio* sei, womit Jemand gegen Denjenigen klage, „*qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio*“, diese aber stattfinde, wenn Jemand „*cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam*“. Der Gedanke an Klagen, welche sich ohne oder mit Beschränkung auf eine bestimmte Person ausdrücken, liegt hier durchaus fern. Ebenso wenig kann hier aber auch unter *actio in rem* die Klage auf die Sache, unter *actio in personam* also die Klage auf die Person verstanden sein; als *actio in rem* wird jede Klage bezeichnet, die nicht *actio in personam* ist. Folglich bleibt nur die Annahme übrig, daß die Auffassung des §. 1 diese sei: die *actiones* gehen entweder auf eine persönliche Leistung, oder auf etwas Unpersönliches. Die *actiones* werden hier in persönliche und unpersön-

<sup>4)</sup> L. 2. §. 2. D. de doli m. exc. (44. 4). — Schmitt (a. a. D. S. 5 fg.) bezieht den Ausdruck *in rem scripta* (*actio, exceptio*) auf die in der Formel vorkommenden Worte: *in ea re*. Ich halte dies nicht für richtig. Vergl. z. B. l. 5. §. 5. D. quib. ex. causis in po. (42. 4), l. 12. pr. D. de reb. auct. iudicis (42. 5), l. 5. §. 2. D. de pec. const. (13. 5). u. a. m.

<sup>5)</sup> §. 31. I. de act. (4. 6).

<sup>6)</sup> L. 6. §. 5. D. de aqua et aquae (39. 3) „*Aquae pluviae arcendae actionem sciendum est non in rem, sed personalem esse*“.

liche nach ihrem Gegenstande unterschieden. In diesem Sinne werden denn auch die *praeiudicia* zu den *actiones in rem* gerechnet.

§. 13. I. de act. (4. 6).

*Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo.*

Man hat Gewicht darauf gelegt, daß es hier nur heiße: *praeiudiciales actiones in rem esse videntur*. Dem steht einmal der bekannte Sprachgebrauch der Quellen in Betreff des Ausdrucks *videri* entgegen; und dann ist ja das *praeiudicium* in dem Sinne, welchen der citirte §. 1 mit *actio in rem* verbindet, nicht bloß uneigentlich, sondern eigentlicher eine *actio in rem*.

Es darf nicht angenommen werden, daß der hier erörterte Sprachgebrauch erst den Compilatoren Justinian's angehöre, der citirte §. 1 ist unzweifelhaft aus einem älteren Schriftsteller entlehnt 7).

4) Ebensovienig kann es nun aber auch geleugnet werden, daß die Ausdrücke *actio in personam* und *actio in rem* in den Quellen ebenfalls in dem Sinne von: Klage auf eine Person, auf eine Sache gebraucht werden. Ja man kann sich kaum der Annahme entziehen, daß dies der vorwiegende Sinn der Ausdrücke sei. Denn es findet sich eine sehr große Anzahl von Stellen, in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, unter *actio in rem* etwas Anderes zu verstehen, als: Klage auf die Sache, woraus sich denn der entsprechende Sinn von *actio in personam* von selbst ergibt. Ich hebe folgende Stellen hervor.

Gaius IV. 51.

— *si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus* —

— IV. 86.

— *in rem quoque si agat, intendit P. Maevii rem esse ex iure Quiritium* —

— IV. 87.

— *sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit persona eius, cum quo agitur, — tantum enim intenditur rem actoris esse.*

— IV. 89.

*Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est, te de eo, quod interea*

7) Savigny System V. §. 206. Note a.

rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere —

— IV. 91.

Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem —

— IV. 92.

Petitoria autem formula haec est, per quam actor intendit, rem suam esse.

L. 24. §. 2. D. de iud. (5. 1).

Sed si postulatur in rem actio adversus legatum, numquid danda sit, quoniam ex praesenti possessione haec actio est? —

L. 23. pr. D. de R. V. (6. 1).

In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit.

L. 14. §. 2. D. de exc. rem iud. (44. 2).

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitatur; at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse aio —

Dadurch, daß in diesen Stellen unter actio in rem immer nur die Eigenthumsklage verstanden wird, wird ihre Beweiskraft nicht vermindert. Auf jeden Fall beweisen sie, daß der Ausdruck in rem „auf eine Sache“ bedeute <sup>7)</sup>. Bedeutet er aber „auf eine Sache“, wenn die Eigenthumsklage actio in rem genannt wird, so wird er keine andere Bedeutung haben, wenn die Servitutenklage z. so bezeichnet wird. —

Das Resultat der bisherigen Erörterungen ist folgendes. Der Inhalt der römischen Eintheilung der Actionen in actio in rem und actio in personam stellt sich in folgenden Sätzen dar.

1) Es gibt Actionen, welche auf eine Sache, und solche, welche auf eine Person gehen. Unter den ersteren sind näher diejenigen

<sup>7)</sup> Savigny (System V. S. 209) erklärt die Ausdrucksweise jener Stellen als eine Reminiscenz aus der Zeit, wo die petitoria formula die einzige nicht in personam gerichtete Actio gewesen sei. Ich gebe gerne zu, daß sich hier eine absolute Gewißheit nicht erreichen läßt; aber ich wenigstens würde mich zu dieser Annahme selbst dann nicht entschließen können, wenn auch nicht die Klage auf eine Sache per sponsionem von Gajus (IV. 91) ausdrücklich als in rem actio bezeichnet würde.

verstanden, welche, wie die Eigenthumsklage, die rechtliche Herrschaft über einen Gegenstand beanspruchen, unter den letzteren diejenigen, welche von Jemandem verlangen, daß er leiste, wozu er verpflichtet (obligatus) sei<sup>8)</sup>. — Die ersteren können gegen Jeden gerichtet werden, welcher sich der beanspruchten Herrschaft entgegenstellt<sup>9)</sup>; die letzteren sind regelmäßig an eine bestimmte Person gebunden<sup>10)</sup>, doch können sie auch möglicherweise die Einrichtung haben, daß der Gegner unbestimmt bleibt, also in so fern in rem sein.

2) Es gibt Actionen, welche auf etwas dem Gegner Unpersönliches gehen. Den Gegensatz bilden wieder diejenigen, welche auf eine Leistung gehen, zu welcher er verpflichtet ist.

Faßt man nun die Actio im Sinne der Neueren als das zum Schutze eines Rechts bestimmte (bereits durch die Verletzung entstandene oder nur eventuelle) Klagerecht, so wird nimmermehr die Frage beantwortet werden können, wie die Römer dazu gekommen sind, für die Actio diese Eintheilung aufzustellen und mit der Sorgfalt, mit welcher sie es gethan haben, auszubilden und durchzuführen. Denn ob das zum Schutze eines Rechts bestimmte Klagerecht auf die Person oder die Sache, etwas Persönliches oder Unpersönliches geht, kann nur davon abhängen, ob das Recht, welches es schützen soll, auf das Eine oder die Andere geht. Daß die Römer diese Eintheilung der Actionen neben und selbst vor die Eintheilung der Rechte gestellt haben, erklärt sich nur daraus, daß ihnen dieselben, in dem oben entwickelten Sinn, etwas Selbständiges, von den Rechten Unabhängiges waren.

Die römischen Actionen sind für uns, wie oben gezeigt wurde, Ansprüche. Also haben wir auch diese Eintheilung der Actionen auf die Ansprüche zu beziehen. Ein Anspruch, den Jemand hat, kann möglicherweise auf Anerkennung seiner Herrschaft an einer Sache, möglicherweise auf eine obligatorische Leistung — mit bestimmtem oder unbestimmtem Gegner, er kann möglicherweise auf etwas Per-

<sup>8)</sup> Die actio in rem geht nicht zunächst auf eine Leistung des Beklagten, sondern zunächst auf Anerkennung der vom Kläger behaupteten Herrschaft, z. B. daß die Sache sein sei. Jenes ist eine Consequenz von Diesem, und bestimmt nicht das Wesen der Actio. Dies verkennend, nimmt G. Haffke (Rheinisches Museum VI. S. 159 fg.) an, daß die actio in rem nicht bloß in rem, sondern auch in personam sei.

<sup>9)</sup> L. 25. pr. D. de O. et A. (44. 7): „— et semper adversus eum est, qui rem possidet —“

<sup>10)</sup> Dasselbst: „— et semper adversus eundem locum habet“.



sönliches, möglicherweise auf etwas Unpersönliches gehen. Es fragt sich aber nun ferner, ob wir diese Eintheilung auch bei den Ansprüchen sollen stehen lassen, ob wir sie nicht weiter auf die Rechte übertragen sollen. Offenbar ist auch dieser Schritt noch zu machen. Ein Anspruch setzt ein Recht voraus, und auch er wieder kann auf nichts Anderes gerichtet sein, als worauf das Recht gerichtet ist. Aus dem auf die Sache gerichteten Recht wird ein Anspruch auf die Sache, aus dem auf die Person gerichteten Recht ein Anspruch auf die Person erhoben; ob der Anspruch auf etwas Persönliches oder Unpersönliches geht, kann von nichts Anderem abhängen, als davon, worauf das Recht geht. So langen wir also schließlich bei einer Eintheilung der Rechte in persönliche und unpersönliche an. In der That ist dies der ganze für uns brauchbare Kern der römischen Eintheilung in *actio in rem* und *actio in personam*. Sie selbst festzuhalten, fördert in keiner Beziehung und kann nur verwirrend wirken. Und noch mehr, — es kann schädlich wirken, und hat schädlich gewirkt. Auf diesen letzteren Punkt werde ich sogleich zurückkommen; zuvörderst ist die Bedeutung der Eintheilung der Rechte, auf welche uns die römische Eintheilung in *actio in rem* und *actio in personam* zurückweist, näher zu bestimmen <sup>11)</sup>.

Ich bezeichnete diese Eintheilung vorhin als die Eintheilung in persönliche und unpersönliche Rechte. Es wird aber nothwendig sein, hierbei die verschiedenen Bedeutungen, welche die Bezeichnungen *actio in rem* und *in personam* haben können, zu unterscheiden. Bleiben wir nun zunächst dabei stehen, daß *actio in rem* die Klage auf die Sache, *actio in personam* die Klage auf die Person bezeichnet, so ergibt sich uns der Gegensatz zwischen Rechten an Sachen und Forderungsrechten, Obligationen. Es ist jedoch wohl zu bemerken, in welchem Sinne der Ausdruck Sache hier zu nehmen ist. Es ist darunter nicht bloß die körperliche Sache zu verstehen, sondern auch die unkörperliche, — eine Ausdrucksweise, welche, wieviel man auch dagegen gesagt hat, doch schwer zu entbehren ist. Die *hereditatis petitio* ist *actio in rem* wie die *rei vindicatio*, obgleich sie auf eine körperliche Sache nicht geht. In derselben Weise wie die Erbschaft, können auch andere Vermögensgegenstände, welche nicht körperliche Sachen

<sup>11)</sup> Daß die Eintheilung der *Actio* in *actio in rem* und *actio in personam* auf eine Eintheilung der Rechte zurückweise, erkennen auch die neueren Schriftsteller bereitwillig an. Aber warum beläßt man es denn nicht bei der Eintheilung der Rechte? Kierulff (*Theorie* S. 10) handelt unter der Rubrik: vom Recht als Klage geradezu von dinglichen und persönlichen Rechten.

sind, den Gegenstand einer rechtlichen Herrschaft bilden, an einer Obligation z. B. ist ein Nießbrauch, ein Pfandrecht möglich. Ich weiß nicht, ob dieses Verhältniß immer klar genug erkannt wird. Gewöhnlich auf jeden Fall denkt man nur an den Gegensatz zwischen Forderungsrechten und Rechten an körperlichen Sachen, obgleich der Gegensatz offenbar der ist: entweder ist der Inhalt eines Rechtes der, daß ich von einem Andern eine bestimmte Willensäußerung verlangen kann, oder er besteht in der Herrschaft über einen Gegenstand. Man sollte daher auch nicht, wie man gewöhnlich thut, von persönlichen und dinglichen Rechten, sondern, wie ich soeben gethan habe, von persönlichen und unpersönlichen Rechten reden, wenn man nicht geradezu den Ausdruck „Rechte an Gegenständen“ acceptiren will. Vielleicht bildet sich auch mit der Zeit ein Sprachgebrauch, der es erlaubt, sich des Ausdrucks „dingliche Rechte“ ohne Furcht vor Mißverständnis zu bedienen, wo denn die Rechte an körperlichen Sachen von den dinglichen in diesem Sinne etwa als sachliche Rechte oder Sachenrechte unterschieden würden: einstweilen ist dieser Sprachgebrauch gewiß noch nicht vorhanden, vielmehr eine entschiedene Neigung der Rechtsprache, unter dinglichen Rechten Rechte an körperlichen Sachen zu verstehen.

Das persönliche Recht, die Obligation, setzt regelmäßig einen bestimmten Verpflichteten voraus, möglicherweise kann es aber auch einen unbestimmten Schuldner haben. Das ist für uns die Bedeutung der römischen *actio in rem scripta*.

Es ist bisher davon geredet worden, welche Rechte den *actiones in rem* und *in personam* gegenüberstehen, wenn man darunter Klagen auf die Sache — auf die Person versteht. Welche Rechte stehen ihnen aber gegenüber, wenn man sie als Klagen auf das Unpersönliche, das Persönliche auffaßt? Der *actio in personam* entspricht auch bei dieser Auffassung die Obligation. Der *actio in rem* aber entsprechen zunächst wieder die Rechte an Gegenständen; denn die *actio in rem* in diesem Sinne umfaßt die *actio in rem* in dem zuvor erwähnten. Aber sie umfaßt nicht bloß diese, sondern auch die *praeiudicia*. Welche Rechte entsprechen nun den *praeiudicia*? Wie mir scheint, hat sich in dieser Beziehung seit langer Zeit ein sehr böses Mißverständnis geltend gemacht. Ich will zuerst sagen, was mir das Richtige zu sein scheint, und dann angeben, wie sich dazu die herrschende Auffassung verhält. Das *praeiudicium* verlangt nicht Realisirung, es verlangt nur Anerkennung eines Rechtes. Und nicht einmal nothwendigerweise eines Rechtes, es kann ein *praeiudicium* bloß

auf ein rechtliches Verhältniß gerichtet werden, z. B. daß man frei, freigebohren sei. Und auch das ist nicht nöthig, daß das Verhältniß ein rechtliches sei, auch eine bloße Thatfache kann den Gegenstand des *praeiudicium* bilden; bekannt sind ja die *praeiudicia quanta dos sit, an praedictum sit* <sup>12)</sup>. Das *praeiudicium* verlangt also im Allgemeinen, daß durch den Richter festgestellt werde, daß Etwas in bestimmter Weise sei; deswegen ist es auch *actio in rem*. Denn indem dies verlangt wird, wird nicht von dem Beklagten eine persönliche Leistung verlangt. Hiernach kann auf die Frage, welches Recht dem *praeiudicium* entspreche, die Antwort keine andere als die sein: soll ihm überhaupt ein Recht entsprechen, so kann es nur das Recht auf Anerkennung des — rechtlich oder factisch — Bestehenden sein. In welchem Umfang überhaupt und namentlich auch für das heutige Recht dieses Recht als solches anzuerkennen ist, d. h. inwiefern Jemandem die Befugniß zuzugestehen ist, von dem Richter zu verlangen, daß er über einen Punkt, auf Grund dessen er einen Anspruch zu erheben gedenkt, die Entscheidung auch abgefordert von der Entscheidung über diesen Anspruch abgebe, ist eine Frage für sich, die Verschiedene verschieden beantworten <sup>13)</sup>. Auf jeden Fall, so weit das *praeiudicium* anerkannt wird, kann das ihm gegenüberstehende Recht nur in der angegebenen Weise bestimmt werden, und dieses Recht geht denn freilich auf etwas Unpersönliches. Dagegen ist es falsch, dem *praeiudicium* die Rechte gegenüberzustellen, auf deren Anerkennung mit demselben geklagt werden kann, und aus seiner unpersönlichen Natur auf die unpersönliche Natur derselben zu schließen. Das *praeiudicium* behauptet, daß Etwas sei, und deswegen etwas Unpersönliches, aber das Unpersönliche ist das Sein, und nicht das Etwas. Ob das Etwas etwas Persönliches oder Unpersönliches sei, ist natürlich damit nicht entschieden, daß gesagt wird, die Behauptung, daß es sei, gehe auf etwas Unpersönliches. Man kann auch so sagen: das *praeiudicium*, auch wo es ein Recht geltend macht, macht nicht den Inhalt des Rechtes geltend, sondern sein Bestehen. Also wird auch seine juristische Natur durch den Inhalt des Rechtes, der ihm gleichgültig ist, nicht bestimmt, und umgekehrt kann aus seiner juristischen Natur auf die Natur des Rechtes, welches es geltend macht, kein Schluß gezogen werden. Um ein Beispiel anzuführen: das *prae-*

<sup>12)</sup> *Gaius* IV. 44. III. 123.

<sup>13)</sup> Vergl. die folgende Note.

judicium behauptet das Bestehen einer Obligation, kraft deren der Gegner dem Kläger jährlich eine gewisse Leistung zu machen habe. Ist hier das geltendgemachte Recht weniger ein persönliches, oder das praeiudicium weniger in rem<sup>14)</sup>? — Im Widerspruch mit dem hier Gelehrten ist die Doctrin von jeher geneigt gewesen, aus der unpersönlichen Natur der praeiudicia auf die unpersönliche Natur gewisser Rechte zu schließen, von welchen sie annahm, daß für sie die praeiudicia die zutreffenden Rechtsmittel seien, namentlich der Status- und Familienrechte. Wenn man früher so weit ging, diese Rechte, weil sie mit einer actio in rem geschützt seien, geradezu dingliche Rechte zu nennen, so hat das heutzutage wohl kaum noch einen Vertheidiger<sup>15)</sup>. Aber daß die Familienrechte mit den Rechten an Sachen zusammenzustellen seien, weil bei beiden eine actio in rem

<sup>14)</sup> Die Zulässigkeit eines solchen praeiudicium war für das römische Recht außer allem Zweifel; aber auch für das heutige scheint sie mir nicht bestritten werden zu können. Für die Behauptung, daß heutzutage ein praeiudicium nur bei einem Status- oder Familienrechte vorkommen könne, sehe ich gar keinen Grund. Vergl. auch Wächter Württemb. Privatrecht II. S. 413. 421. Für die Zulässigkeit eines praeiudicium auf Anerkennung eines Verwandtschaftsverhältnisses hat das Ober-Tribunal in Berlin am 18. October 1852 erkannt. (Zettwach, Decker und Heinßius Entscheidungen des Kön. Obergerichtsrats XXIV. S. 23.) Eine Klage auf Anerkennung eines Lehnverhältnisses wurde vom Obergericht zu Stuttgart durch Erkenntnis vom 27. Juni und 14. Juli 1849 für zulässig erachtet (Seuffert's Archiv III. 304); derselbe Gerichtshof hat für die Zulässigkeit einer Klage auf Anerkennung eines Pachtverhältnisses, so wie eines Vertrags vor fällig gewordener Leistung entschieden (Erkenntnis vom 22. Mai 1846 und Entschliebung vom 12. März 1836, Seuffert's Archiv III. 305. 306). Mit der letzteren Entscheidung stimmt ein Erkenntnis des D. A. G. zu Dresden bei Seuffert II. 27. überein. — Daß auf Anerkennung einer Obligation nicht geklagt werden könne, hat das D. A. G. zu Darmstadt am 24. Juni 1853 (Seuffert's Archiv VII. 298) angenommen. Ebenso hat das Obergericht zu Stuttgart am 5. August 1851 die Klage auf Anerkennung der Nichtexistenz einer Verbindlichkeit als unzulässig verworfen (Seuffert's Archiv VI. 319).

<sup>15)</sup> Doch gebraucht noch Kierulff (Theorie S. 160) diesen Ausdruck, obgleich er ihn preiszugeben geneigt ist. — In dem Streit über die Natur der Realkaften hat man für die Dinglichkeit derselben auch das angeführt, daß dieselben mit einer actio in rem verfolgt werden könnten. Es ist diese actio in rem keine andere, als unser praeiudicium, wenn man nicht gar an die actio in rem scripta auf die einzelne Leistung denkt. Diejenigen, welche die dingliche Natur der Realkaften bestreiten, gehen dann wohl umgekehrt so weit, dem Berechtigten jede actio in rem zur Verfolgung seines Rechtes abzusprechen. Vergl. z. B. Gerber System des deutschen Privatrechts S. 170.

stattfinde, lehrt z. B. noch Savigny<sup>16)</sup>. Mir scheint das nicht gerechtfertigt zu sein. Was wir Familienrechte nennen, stellt sich, wenn man unter diesem Ausdrucke nicht auch die auf den Familienverhältnissen beruhenden Vermögensrechte mit umfaßt, als ein Complex von Ansprüchen gegen die Person dar, die auf der sittlichen Idee des Familienverhältnisses beruhen. Dieselben haben, wenn überhaupt Aehnlichkeit mit irgend einem Vermögensrechte, eine viel größere mit den Obligationen, als mit den Rechten an Gegenständen. Unterscheidet man aber von den einzelnen Aeußerungen des Familienverhältnisses dieses selbst, so ist dasselbe wieder mit den Rechten an Sachen nicht verwandter, als jedes andere Rechtsverhältniß. Es verpflichtet Jeden zur Anerkennung; das thut jedes andere Rechtsverhältniß ebenfalls, auch das obligatorische. Allerdings kann es leichter geschehen, daß Dritte mit einem Familienverhältnisse, als daß sie mit einem obligatorischen Verhältnisse in Collision gerathen; aber das ist nur ein factischer, kein juristischer Unterschied. Ganz ausgeschlossen ist diese Möglichkeit auch bei obligatorischen Verhältnissen nicht. Z. B. Jemand befindet sich im Besitze einer durch Testament begründeten terminlichen Hebung; ein Anderer tritt auf und behauptet, er sei der eigentliche Vermächtnißnehmer. —

Ich sagte oben, daß die Festhaltung der römischen Eintheilung in *actio in rem* und *actio in personam* nicht nur keinerlei Förderung gewähre, sondern auch schädlich zu wirken geeignet sei. Hierfür ist schon die im Vorstehenden bemerkbar gemachte Verwirrung ein Beweis. Was ich aber im Sinne hatte, ist noch ein Anderes. Es gibt eine Auffassung der rechtlichen Verhältnisse, die sich sehr zu empfehlen scheint, und die doch sehr zu vermeiden ist. Nach dieser Auffassung ist der Inhalt eines jeden Rechtes der, eine Verpflichtung zu begründen. Jedes Recht geht darauf, daß ein Anderer in einer gewissen Beziehung seinen Willen nach dem meinigen bestimme. Dies ist eine Verkennung des wahren Verhältnisses. Allerdings ist die Aufgabe der Rechtsordnung die: festzusetzen, inwiefern jedes Individuum von jedem andern Individuum verlangen könne, daß dasselbe sich seinem Willen füge. Aber dieser Wille ist nicht nothwendig unmittelbar darauf gerichtet, daß ein anderes Individuum sich seinem Willen unterwerfe, sein unmittelbarer Inhalt kann auch die Herrschaft über eine Sache (Gegenstand) sein. Die Rechte sind nicht einartig, sie sind eben entweder dingliche oder persönliche, oder wie

<sup>16)</sup> System V. §. 207.

man diesen Gegensatz sonst ausdrücken will. Auch aus den ersteren ergeben sich Verpflichtungen, aber diese Verpflichtungen sind von ganz anderer Art als die Verpflichtungen, welche die andere Seite des persönlichen Rechtes bildet. Die Unterscheidung der einen und der andern Art von Verpflichtung ist das Fundament einer jeden gesunden Jurisprudenz. Jene falsche Auffassung nun, welche sie nicht unterscheidet, findet an der römischen Eintheilung in *actio in rem* und *actio in personam* fortwährende Nahrung, und es läßt sich mit Zuversicht behaupten, daß die Breite, in der sie sich in unserer Wissenschaft geltend gemacht hat, zum guten Theil in dieser Eintheilung ihren Grund hat. Die Eintheilung wird zwar dabei in einem Sinne genommen, den sie nach der obigen Ausführung im römischen Recht nicht unmittelbar hat, als Eintheilung in Klagen, welche absolut, gegen Jedermann, und in solche, welche nicht absolut, nicht gegen Jedermann, wirken. Aber immerhin ergibt sich dieser Sinn denn doch als Resultat der römischen Auffassung, und scheinbar wird er durch den Gebrauch, welchen die Quellen von den Ausdrücken in *rem* und in *personam* machen, ohne Weiteres bewiesen. Faßt man aber die Eintheilung in diesem Sinne, so hat man: was ich gerichtlich verfolgen kann, kann ich entweder gegen Jedermann verfolgen, oder nur gegen bestimmte Personen, d. h. meinen rechtlichen Ansprüchen stehen entweder die Verpflichtungen Aller, oder es steht ihnen nur die Verpflichtung Eines gegenüber. Eine Auffassung aber, in welcher die Natur der Sache mit dem Zeugnisse des römischen Rechtes übereinzustimmen scheint, welche Kraft hat die nicht <sup>17)</sup>?

Wenn sie nichtsdestoweniger durch die neuere Rechtswissenschaft überwunden worden ist <sup>18)</sup>, so haben wir uns dessen dankbar zu erfreuen. Welche Herrschaft sie aber in früherer Zeit ausgeübt hat, mag mir jetzt noch durch einen Blick auf die drei großen Gesetzbücher Europa's zu zeigen erlaubt sein.

Das Oesterreichische Gesetzbuch faßt die dinglichen und persönlichen Rechte als Sachenrechte zusammen. Unter jenen versteht es „Rechte, welche einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf

<sup>17)</sup> Es mag dahin gestellt bleiben, inwiefern sich hier nicht auch ein Nachklang altdeutscher Rechtsansichten geltend gemacht hat. Im alten deutschen Recht stellte jeder Streit um Sachen sich als ein Streit darüber dar, welche Partei der anderen gegenüber ein besseres Recht zum Besitz habe. Vergl. B. Delbrück *Der Schutz des Eigenthums und des Besitzes nach älterem deutschem Recht* in der Zeitschrift für deutsches Recht XIV. Nr. 7, nam. S. 244. 260.

<sup>18)</sup> Doch vergl. auch Note 21.

gewisse Personen zustehen“, unter diesen „Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar aus einem Gesetze oder einer verbindlichen Handlung entstehen“<sup>19)</sup>. Den Begriff der Dienstbarkeit bestimmt es folgendermaßen<sup>20)</sup>. „Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheil eines Andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besizer der dienstbaren Sache wirksames Recht“. Dem Oesterreichischen Gesetzbuch, dem er sich überhaupt anschließt, folgt auch in dieser Beziehung der Entwurf des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>21)</sup>.

Dem französischen Gesetzbuch verschwindet der Begriff der Prädialservitut — bei der Personalservitut hat es den reinen Inhalt des römischen Rechts aufgenommen, während es sich bei jener mehr auf eigene Füße stellt, — ganz. Es nennt sie „une charge imposée sur un héritage“, es läßt sie entstehen „des obligations par la loi“, es spricht von ihr geradezu unter den „engagemens“, die ohne Vertrag entstehen<sup>22)</sup>. Die Hypothek ist ihm entschieden ein Forderungsrecht gegen den jedesmaligen Inhaber des Grundstücks<sup>23)</sup>. Den Satz, daß Eigenthum durch den bloßen Vertrag, ohne Tradition, übergehe, drückt es so aus, daß Eigenthum übergehe, sobald die „obligation de livrer la chose“ perfect geworden sei<sup>24)</sup>, wo denn die gesammte französische Jurisprudenz nicht begreifen kann, daß andere Stellen, wo unter obligation die obligatorische Verpflichtung verstanden wird, mit derselben das Eigenthum nicht ohne Weiteres erworben sein lassen<sup>25)</sup>. Durch die Verjährung der „action réelle“ läßt es das Eigenthum untergehen<sup>26)</sup>.

Am Meisten hat das Preussische Gesetzbuch unter der falschen

<sup>19)</sup> §. 14. 307.

<sup>20)</sup> §. 472.

<sup>21)</sup> §. 101. 102. Vergl. auch Wächter der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen S. 182—184.

<sup>22)</sup> Art. 637. 639. 1370.

<sup>23)</sup> Art. 2167—2169.

<sup>24)</sup> Art. 1138.

<sup>25)</sup> S. meine Schrift „Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“ (1847) S. 335 fg. Mitbestimmend ist für das französische Recht die Idee gewesen, daß jedem Vertrage eine Obligation entsprechen müsse.

<sup>26)</sup> In Art. 2180 Nr. 4 ist von einer Eigenthumsverfälschung die Rede, die keinen Titel erfordert. Diese ist im C. N. sonst nicht sanctionirt, und kann daher nur auf den Art. 2262, welcher von der Verjährung der action réelle handelt, zurückgeführt werden.

Auffassung gelitten. Zwar definiert es die dinglichen Rechte als solche, „deren Gegenstand eine Sache ist“, fügt aber doch hinzu „ohne Rücksicht auf die Person, bei welcher diese Sache sich befindet“<sup>27)</sup>, und daß dieser Zusatz dasjenige enthält, worauf es ihm eigentlich ankommt, geht aus der Definition hervor, die es von den persönlichen Verbindlichkeiten gibt<sup>28)</sup>. „Persönliche Verbindlichkeiten heißen diejenigen, wozu nur gewisse Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz einer Sache, verpflichtet sind“. Also dingliche Verbindlichkeiten sind diejenigen, die Jedermann verpflichten. Daher heißt es auch an einer anderen Stelle<sup>29)</sup>: „Die aus dinglichen Rechten auf eine fremde Sache entstehenden Verpflichtungen muß in der Regel jeder Besitzer derselben anerkennen. Ist aber der Besitzer der Sache nicht zugleich persönlich verpflichtet, so dauert seine Verbindlichkeit nur so lange, als er sich in dem Besitz der verpflichteten Sache befindet“. Wie nun dem Preussischen Gesetzbuch das dingliche Recht in das persönliche überschlägt, so das persönliche in das dingliche. „Persönliche Rechte zu einer fremden Sache äußern ihre Wirksamkeit auf dieselbe nur so lange, als die Sache sich noch im Besitz des persönlich Verpflichteten befindet“<sup>30)</sup>. Und das persönliche Recht wird ohne Mühe zum dinglichen. „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“<sup>31)</sup>. Man hat diese Bestimmung vertheidigt<sup>32)</sup>, aber, wie mir scheint, nicht mit Glück. Wenn das Preussische Landrecht das Princip durchführt, kein dingliches Recht entstehen zu lassen, ohne daß es durch Besitz oder Eintragung erkennbar geworden ist, so darf das gewiß als ein Vorzug desselben bezeichnet werden. Es ist ferner zuzugeben, daß die Frage, in welchen Fällen anzunehmen sei, daß Jemand ein dingliches, in welchen Fällen, daß er ein persönliches Recht habe bestellen wollen, möglicherweise auch anders beantwortet werden könne, als sie im

27) A. L. R. I. 2. §. 126.

28) Das. I. 2. §. 122. Wenn das A. L. R. hier nicht sowohl das persönliche Recht, als die persönliche Verbindlichkeit definiert, so liegt dieß nur daran, daß der Ausdruck persönliches Recht ihm schon zur Bezeichnung des von Seiten des Berechtigten nicht an den Besitz einer Sache gebundenen Rechts vorweg genommen war. Vergl. das. §. 125. 129.

29) A. L. R. I. 19. §. 7. 8.

30) A. L. R. I. 19. §. 2.

31) A. L. R. I. 2. §. 135.

32) Bornemann systematische Darstellung des preussischen Civilrechts I. S. 185 ff.



römischen Rechte beantwortet ist, und so z. B. der Miether zu einem dinglichen Rechte gelangen kann. Zu sagen aber, daß in allen Fällen, in denen eine Verbindlichkeit in Beziehung auf eine Sache eingegangen ist, dadurch, daß eine Voraussetzung, ohne welche ein dingliches Recht nicht entstehen kann, hinzutritt, das dingliche Recht wirklich entstehe, ist und bleibt eine Begriffsverwirrung, das Resultat einer Auffassung, der dingliches und persönliches Recht in den farblosen Begriff der Verbindlichkeit zusammengeht.

### §. 3.

## II. Gegensätze in der Actio. 2. Actio quae poenam persequitur, poenalis — actio quae rem persequitur.

Heutzutage spricht man von Straffklagen und erhaltenden oder Ersatzklagen.

Eine Straffklage ist eine Klage, mit der eine Strafe eingetrieben wird. Nun aber kann doch Niemand eine Strafe einklagen, der nicht einen Anspruch auf eine Strafe hat; warum heben wir denn als eine Eigenthümlichkeit der Klage hervor, was in der That eine Eigenthümlichkeit des Anspruches ist? Der Anspruch auf Strafe setzt seinerseits eine Obligation auf Strafe voraus. Der römische Satz: es gibt actiones poenales, hat für uns in der That keine andere Bedeutung, als: es gibt Obligationen, deren Gegenstand eine Strafe ist.

Den Gegensatz der Strafansprüche bilden diejenigen, welche auf etwas Anderes als Strafe gehen. Das Recht, welches ihnen zu Grunde liegt, kann sowohl ein obligatorisches, als irgend ein anderes Recht sein. Ich sagte: bilden diejenigen, welche auf etwas Anderes als Strafe gehen. Ich glaube nicht, daß der römische Ausdruck „actio quae rem persequitur“ einen bestimmteren Sinn hat. Alle Versuche, die man gemacht hat, ihn durch einen entsprechenden positiven wiederzugeben, sind auch mißlungen. Die Klage z. B. auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens ist keine Ersatzklage, eine erhaltende ist sie nur in so fern, als man das durch die Schenkung begründete Forderungsrecht bereits als Vermögensbestandtheil ansieht. In diesem Sinne ist aber auch die actio poenalis eine actio quae rem persequitur; denn auch sie macht ein erworbenes Forderungsrecht geltend. Sachverfolgende Klage ist, wenn es nicht unrichtig sein soll, nicht bestimmter, als der römische Ausdruck.

Ein Anspruch, der nicht auf Strafe geht, kann doch Demjenigen,

gegen den er durchgeführt wird, zur Strafe ausschlagen. Das ist die *actio mixta* der Römer, was Savigny einseitige Strafflage nennt.

Ansätze zur richtigen Auffassung finden sich auch hier. Savigny bemerkt<sup>1)</sup>: „Der Hauptsache nach könnte man diese Lehre als eine Eintheilung der Obligationen behandeln und aus dem Actionenrecht ganz verweisen; sie greift jedoch auf so mannigfaltige Weise in die Behandlung der Klagen ein, daß ihre Kenntniß schon an dieser Stelle nicht zu entbehren ist“. Ich kann mir nicht denken, was mit dem Letzteren gemeint ist. Wächter will die Lehre vom Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben, um derentwillen gerade unsere Unterscheidung hauptsächlich da ist, als Lehre vom Uebergang der klagbaren Rechte gefaßt wissen; nichtsdestoweniger stellt er sie selbst als Unterscheidung der Klagen dar<sup>2)</sup>. Kierulff, der, wie bemerkt wurde, unter der Rubrik „vom Recht als Klagrecht“ von der Eintheilung in dingliche und persönliche Rechte spricht, fällt hier in die Auffassung und Terminologie der Klage zurück<sup>3)</sup>.

Ich will noch eine Bemerkung hinzufügen, die sich allerdings nicht sowohl auf den Begriff der *actio poenalis* im eigentlichen Sinn, als auf den der *Actio aus Delict* überhaupt bezieht.

Ein eigenthümlicher Abweg liegt hier für Diejenigen nahe, welche unter *Actio* das durch die Verletzung eines Rechtes entstandene Klagrecht verstehen. Dieser Abweg ist der, daß als das die Klage erzeugende verletzte Recht das durch das *Delict* verletzte Recht angesehen, und dabei die in der Mitte liegende Obligation ignorirt wird. Vom römischen Standpunkt aus ist es freilich vollkommen wahr, daß das *Delict* es ist, welches die *Actio* erzeugt. Von diesem Irrthum hat sich selbst Savigny nicht freigehalten<sup>4)</sup>. O. Haffe ist durch die Betrachtung, daß hier die Klage auf etwas Anderes, als das verletzte Recht, gehe, zu der Annahme verleitet worden, daß jede (auf eine Condemnation gerichtete) Klage dies thue. Auch mit der *Contractsklage* z. B. werde nicht Erfüllung der Verpflichtung, sondern *Contractsklage* z. B. werde nicht Erfüllung der Verpflichtung, sondern Ersatz für die Nichterfüllung verlangt<sup>5)</sup>.

1) System V. S. 210. Note a.

2) Württembergisches Privatrecht II. S. 412. Note 2. S. 424.

3) Theorie S. 172.

4) System V. S. 16. An einer anderen Stelle hat er ihn selbst gerügt (System V. S. 239. Note q). Diesen Widerspruch hat bereits Arndts (Banken S. 97. Anm. 2) bemerkt.

5) Rheinisches Museum VI. S. 13 ff. Vergl. S. 63.

## §. 4.

## II. Gegensätze in der Actio. — 3. Actiones bonae fidei — stricti iudicii.

Der Inhalt der obligatorischen Ansprüche kann durch die Rechtsregel, auf welcher sie beruhen, in verschiedener Weise ausgedrückt sein. Es ist möglich, daß diese Rechtsregel im Einzelnen angibt, was der Schuldner dem Gläubiger zu leisten hat, es ist aber auch möglich, daß sie es nur im Allgemeinen bezeichnet, wo denn in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände desselben gefunden werden muß, was sich gerade für ihn aus jener allgemeinen Bezeichnung ergibt. Im ersteren Falle ist der Inhalt der Obligation sogleich entfaltet, im letzteren muß er erst entfaltet werden; die Rechtsregel hat nur einen obligatorischen Kern gesetzt, der zwar die Norm für das, was der Gläubiger vom Schuldner fordern kann, vollständig in sich trägt, aber noch eingewickelt und verhüllt, wartend auf Enthüllung und Auseinanderlegung durch die Thätigkeit des Richters.

Diesen Gegensatz drücken die Römer so aus, daß sie sagen, die Actio sei entweder actio bonae fidei, oder sie sei es nicht. Denn für den Fall, wo der iudex auf eine nicht entfaltete Rechtsregel anzuweisen war, hatte sich bei ihnen die Bezeichnung festgestellt, er habe den Beklagten auf Alles zu condemniren, was ein gewissenhafter Mann in dem vorliegenden Falle von selbst leisten würde, — *quidquid reum actori dare facere oportet ex bona fide*<sup>1)</sup>, — während bei entfalteter Rechtsregel die Verweisung auf ein *oportet* schlechthin als das Zutreffende erschien.

Es liegt auf der Hand, daß dies keine Eintheilung der Klagen oder Klagerechte in unserem Sinne, daß es, nur römisch ausgedrückt, eine Eintheilung der obligatorischen Ansprüche, und da diese ihren Inhalt lediglich aus den Obligationen schöpfen, deren Ausfluß sie sind, der Obligationen selbst ist. In der That ist der Ausdruck, den wir derselben vom Standpunkte des heutigen Rechts zu geben haben, kein anderer als dieser: der Inhalt der Obligationen ist entweder durch die Thatfache, worauf sie beruhen, im Einzelnen, oder nur im Allgemeinen bezeichnet.

Ueber die Bedeutung, welche die Eintheilung der Actionen in *bonae fidei actiones* und solche, die es nicht waren, für das römische

<sup>1)</sup> Nur nicht *ex bona fide eius*, wie gewiß mit Recht Huschke Gajus S. 234 bemerkt.

Recht hatte, gehen bekanntlich die Meinungen sehr auseinander. Es ist nicht meine Absicht, auf diesen Punkt hier näher einzugehen; für den Zweck dieser Schrift genügt es, festgestellt zu haben, daß es eine Eintheilung der Ansprüche und nicht der Klagen war. Nur das will ich bemerken, daß es mir entschieden irrig zu sein scheint, wie Savigny gethan hat, diese Eintheilung als einen Ausfluß des Gegensatzes zwischen dem strengen und billigen Recht aufzufassen. Wie hätten die Römer dazu kommen sollen, für das Darlehn strenges Recht in Anwendung zu bringen, für den Kauf aber billiges? Das Recht, welches für jenen, und dasjenige, welches für diesen zur Anwendung gebracht wird, ist gleich billig, für diesen ist die Rechtsregel offener, für jenes geschlossener, für diesen läßt sie dem richterlichen Ermessen größeren Spielraum, für jenes geringeren: aber das ist eben für diesen und für jenes das Billige, d. h. das Angemessene, das aequum, das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht. Wer ein Darlehn von Hundert empfangen hat, der hat sich verpflichtet, Hundert zurückzugeben; aber wozu hat sich verpflichtet, wer gesagt hat, er kaufe? Nicht das ius ist bei den Actionen, welche nicht bonae fidei actiones sind, strictum, sondern das iudicium. Die Bezeichnung actio stricti iuris, die auf jeden Fall viel zu selten vorkommt, um als technische gelten zu können, steht nirgends fest<sup>2)</sup>; so sehr sie hergebracht ist, so sehr sollte man sie aufgeben.

Auch darin kann ich nicht mit der herrschenden Meinung übereinstimmen, daß dieser Gegensatz für uns gar keine Bedeutung mehr habe. Die Grundlage desselben ist für uns noch vorhanden, wie sie für die Römer vorhanden war; in dem Sinne, in welchem für die Römer der Darlehnsvertrag ein anderer Vertrag war, als der Kaufvertrag, ist er es auch für uns noch. Wenn für uns dasjenige, was sich aus der Intention des Kaufvertrages ergibt, durch das Recht auseinandergelegt ist, so war das bereits für das klassische römische Recht nicht anders, nur daß sich dort nicht die Gesetzgebung thätig erwiesen hatte, sondern die Rechtswissenschaft, deren Ergebnisse dann in unsere Gesetzbücher übergegangen sind. Das ist allerdings wahr,

<sup>2)</sup> In §. 28 I. de act. (4. 6) findet sich neben der Lesart actiones stricti iuris nach Schrader und Spangenberg die andere: actiones stricti iudicii, Theophilus übersetzte: strictas actiones, wie es im §. 30 sogleich darauf heißt: stricta iudicia. Der Ausdruck actiones stricti iudicii kommt auch in l. 4. §. 5. D. de in litem iurando (12. 3) vor; in l. 3. §. 2. D. comm. (13. 5) ist auf jeden Fall die Florentinische Lesart unrichtig, und da liegt es noch viel näher „strictis“ zu lesen, als „stricti iuris“.

daß aus dem Umstand, ob der iudex auf fides bona angewiesen war, oder nicht, auch Consequenzen hergeleitet wurden, die mit der Natur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nichts zu thun hatten, und diese Consequenzen gelten freilich für uns nicht mehr. —

Ich verlasse jetzt die Eintheilungen der Actio<sup>3)</sup>, und gehe zur Betrachtung der Thatfachen über, durch welche sie untergeht.

## §. 5.

### III. Untergang der Actio. — 1. Tod.

Die Actio überdauert regelmäßig den Tod sowohl Desjenigen, dem sie zusteht, als Desjenigen, gegen den sie gerichtet ist; sie geht auf und gegen die Erben über. Von dem Einen und dem Andern gibt es aber Ausnahmen.

Auf die Erben des Berechtigten gehen nicht über die actio iniuriarum und die ihr gleichstehenden Actionen, welche, wie jene, „magis vindictae quam pecuniae habent persecutionem“<sup>1)</sup>. Sie sind zwar auf eine Vermögensleistung gerichtet, aber nicht auf eine Vermögensleistung als solche, sondern in ihr auf Genugthuung für eine persönliche Unbill; eine Unbill aber, die der Beleidigte nicht hat rächen wollen, darf auch sein Erbe nicht aufnehmen wollen. Die der actio iniuriarum gleichgestellten Actionen, welche in den Quellen vorkommen, sind

<sup>3)</sup> Ich will hier in der Note eine Bemerkung hinzufügen, die allerdings über den Gegenstand der hier angestellten Untersuchung hinausgeht. Unter den Eintheilungen der Actionen, welche für das heutige Recht noch Bedeutung haben, wird ganz gewöhnlich auch die in actiones duplices und solche, welche es nicht sind, aufgeführt. In gewissen Fällen, lehrt man, ist der Kläger zugleich Beklagter, und kann deswegen nicht bloß abgewiesen, sondern auch condemnirt werden. Auch ohne Antrag des Beklagten? Das wird Niemand behaupten wollen. Auf Antrag des Beklagten kann aber heutzutage der Kläger in allen Fällen condemnirt werden, da es dem Beklagten unbenommen ist, als Reconvenient aufzutreten. Im römischen Formularprozeß aber genügte dieser Antrag nicht, wenn nicht auch der iudex auf die Condemnation des Klägers angewiesen war, und so hatte es hier allerdings guten Sinn, diejenigen Actionen hervorzuheben, deren Formel so concipirt war, daß sie dem iudex diese Möglichkeit eröffneten. Dabei ist, was die Theilungsklagen angeht, offenbar die Rücksicht darauf maassgebend gewesen, daß es sich empfehlen kann, die Theilung dadurch zu vollziehen, daß dem Einen das Theilungsobject, dem Andern eine Geldentschädigung zugesprochen wird, — und die Condemnation hierauf erfolgte und erfolgt freilich ohne Antrag des Klägers, nicht aber z. B. die auf Ersatz für Verwendungen, — bei den interdicta retinendae possessionis aber, daß es eine gewöhnliche Erscheinung ist, daß bei Besitzstörungenstreitigkeiten jede Partei der wahre Besitzer zu sein behauptet.

<sup>1)</sup> Vergl. l. 2. §. 4. D. de coll. (37. 6).

folgende: die Actio wegen unerlaubter in ius vocatio des Parentis oder Patronis, die actio calumniae, die actio sepulchri violati, die Actio wegen verhinderten Beerdigung?). — Daß nun in allen diesen Fällen unter Actio nicht Klage oder Klagerrecht in unserem Sinne zu verstehen sei, braucht eigentlich gar nicht erst gesagt zu werden. Die Actio, welche auf die Erben nicht übergehen soll, wird nicht als Ausfluß eines Rechts gedacht; sie hat in der Auffassung der Römer nichts über sich, und ist allein da. Was Jemand gerichtlich verfolgen kann, heißt es, kann regelmäßig auch sein Erbe statt seiner verfolgen; in gewissen Fällen aber nicht. Das will für uns sagen: die Ansprüche gehen regelmäßig auf die Erben über, gewisse aber nicht. In allen genannten Fällen aber handelt es sich um obligatorische Ansprüche; so ergibt sich also für uns schließlich der Satz, daß die Forderungsrechte, welche auf Genugthuung für eine persönliche Unbill gerichtet sind, auf die Erben des Gläubigers nicht übergehen.

Mit den vorhin erwähnten Fällen werden gewöhnlich zwei andere ganz auf gleiche Linie gestellt, die sich doch in mehr als einer Beziehung von ihnen unterscheiden; ich meine die Revocation der Schenkung wegen Undankbarkeit und die querela inofficiosi testamenti. Einmal kann man weder von jener noch von dieser eigentlich sagen, daß der Erbe deswegen zu ihr nicht zugelassen werde, weil damit Genugthuung für eine persönliche Unbill gefordert würde. Namentlich bei der querela inofficiosi testamenti tritt dieser Gesichtspunkt weit in den Hintergrund; sie wird nicht vorzugsweise deswegen angestellt, um zu zeigen, daß man die Ausschließung nicht verdient habe, sondern weil man die Erbschaft haben will. Aber das liegt freilich auch in diesen beiden Fällen vor, daß eine persönliche Unbill der Grund der Berechtigung ist; so ist auch hier das Entscheidende, daß, ob von einem Rechte Gebrauch gemacht werden soll, welches auf einer persönlichen Kränkung beruht, der Beurtheilung Dessen überlassen werden muß, welcher sie erfahren hat. Bemerkenswerther ist folgender Unterschied. Es handelt sich in diesen Fällen überhaupt nicht von Ansprüchen, sondern von dem Rechte, eine Willenserklärung zurückzunehmen, beziehungsweise umzustößen, wodurch dann erst ein Anspruch begründet werden soll. Deswegen ist auch in l. 10. C. de revoc. don. (8. 56) von Nichtübergang der Actio auf die Erben nicht die Rede. Allerdings aber liegt es nahe, statt des Widerrufsrechts sogleich das durch dasselbe begründete Rückforderungsrecht zu nennen, und so heißt

2) Die Beläge s. bei Arndts Pandekten S. 104. Anm. 1.

es denn auch in der l. 7. C. eod., daß die „actio“ des Schenkers dem Erben desselben nicht zu geben sei. Hiermit mag es zusammenhängen, daß in diesen Fällen die bloße Erklärung, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, genügt, damit es auf die Erben übergehe, während in den zuvor erwähnten der Beginn des Prozesses, die Erlangung der Actio, nothwendig ist <sup>3)</sup>. — Was die querela inofficiosi testamenti angeht, so kommt noch in Betracht, daß der für die Befestigung des Testaments vorgeschriebene Weg die Erwirkung eines richterlichen Spruches ist. Hier handelt es sich also von einem Rechte, dessen Ausübung in der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens besteht, und so können hier auch wir sagen, daß das Recht, auf Rescission des Testaments zu klagen, auf die Erben des Berechtigten nicht übergeht. Die Römer sprechen von dem Nichtübergang der querela, der accusatio, und, da darauf wenigstens im weiteren Sinne auch die Bezeichnung actio paßt, auch der actio <sup>4)</sup>.

Um zu den actiones im eigentlichen Sinne zurückzukehren, so ist der bisher hervorgehobene Gesichtspunkt nicht der einzige, welcher den Uebergang derselben auf die Erben des Berechtigten ausschließt. Im römischen Rechte findet sich noch ein anderes hierher Gehöriges, wovon allerdings bei uns nichts mehr praktisch ist. Auch die actiones populares gehen auf die Erben nicht über. Actiones populares sind, in unsere Sprache übersetzt, Forderungsrechte, welche keiner bestimmten Person zustehen, sondern von Jedermann in die Hand genommen werden können; ehe sie Jemand aber in die Hand genommen hat, hat er sie eben auch nicht. — Ferner gehört hierher die Actio, d. h. das Forderungsrecht des adstipulator; hier hat, in einer für das römische Recht merkwürdigen Weise, über das formale Recht der Stipulation die materielle Bedeutung derselben überwogen <sup>5)</sup>. — Endlich ist, was oft übersehen wird, auch die actio rei uxoriae zu nennen <sup>6)</sup>, das Forderungsrecht der Frau auf Rückgabe der Dos. Nach der Ansicht des klassischen römischen Rechts soll die Dos, wenn sie

<sup>3)</sup> Für die querela inofficiosi testamenti ist dies ausdrücklich, für die Revocation der Schenkung nicht das Gegentheil gesagt.

<sup>4)</sup> L. 6. §. 2; l. 7. D. de inoff. (5. 2).

<sup>5)</sup> Gaius III. 114. IV. 113. Savigny (System V. S. 202) meint, Gaius zähle mit Unrecht diesen Fall unter die positiven Ausnahmen von der Vererblichkeit der Klagen, da ja jedes Mandat mit dem Tode des Beauftragten untergehe. Aber doch nicht die in Folge des Mandats begründeten Rechtsverhältnisse. So nimmt auch der Tod des eigentlichen Gläubigers dem Adstipulator nicht die Klagbefugniß. Vergl. Bekker processualische Consumption S. 168.

<sup>6)</sup> Ulp. VI. 7.

ihre principale Bedeutung nicht erfüllen kann, der Frau eine zweite Ehe möglich zu machen, an den Mann zum Ersatz der ihm in den Kindern gebliebenen onera matrimonii fallen. —

Auf die Erben des Verpflichteten gehen diejenigen Actionen nicht über, welche auf eine Strafe gerichtet sind, — „in poenam heres non succedit“ 7). Es ist bekannt, daß der Begriff der Strafe hier im weitesten Sinne genommen, zur Strafe auch die Entschädigung gerechnet wird, welche der Verpflichtete ohne Rücksicht auf seine Bereicherung leisten muß; so wie, daß das canonische Recht, oder vielmehr die Praxis, die Erben in gewissem Maasse doch verhaftet sein läßt 8). Darauf kommt es hier nicht an, hier ist bloß festzustellen, daß auch bei dieser Bestimmung das römische Recht unter actiones versteht, was wir von unserem Standpunkte aus Ansprüche, oder, da es sich wieder um obligatorische Ansprüche handelt, geradezu Obligationen zu nennen haben. Neben den Satz: gewisse Obligationen gehen nicht auf die Erben des Gläubigers über, stellt sich der andere: gewisse Obligationen gehen nicht auf die Erben des Schuldners über. Dies im Einzelnen nachzuweisen, erscheint in der That als überflüssig; um das Erste Beste herauszugreifen: was heißt der Satz, daß die actio doli gegen den Erben nur auf die Bereicherung gegeben werde 9), anders, als daß derselbe nicht in die unbedingte Entschädigungsverpflichtung des Erblassers succedire?

Es ist in dem Vorstehenden die Lehre vom Nichtübergang der Actio auf die Erben nur auf die actiones in personam bezogen worden. Gewöhnlich wird gelehrt, daß auch die actiones in rem auf den Erben des Beklagten nicht übergangen, weil der Erbe als solcher in den Besitz nicht succedire. An und für sich wäre es nun auch möglich, daß dies wirklich die Vorstellungsweise des römischen Rechtes gewesen sei. Es scheint aber nicht, daß dieses Mögliche auch das Wirkliche sei; wenigstens ist mir keine Stelle bekannt, in der ausgesprochen würde, daß die actio in rem auf den Erben als solchen nicht übergehe. In der That liegt auch eine andere Vorstellungsweise viel näher, nämlich die, daß es sich von selbst verstehe, daß die actio in rem, als eine Klage, die es nicht mit der Person, sondern mit der Sache zu thun habe, nur gegen den Inhaber der Sache gehe 10).

7) L. 22. D. de O. N. N. (39. 1).

8) Vergl. Arnolds Pandekten S. 104. Anm. 2.

9) L. 26. 27. D. de dolo malo (4. 3).

10) Vergl. l. 55. D. de R. V. (6. 1). In l. 52. eod. kann die Actio,



Die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung der römischen Lehre von dem Nichtübergang der Actio auf die Erben liegt so sehr auf der Hand, daß man hier vor Allem sich wundern muß, daß das Richtige nicht schon längst zur allgemeinen Anerkennung gelangt ist. Statt dessen ist Wächter<sup>11)</sup> der einzige Schriftsteller, welcher diese Lehre aus der Theorie der Klagen ausweist, und von dem Einflusse des Todes auf die Rechte, statt von dem Einflusse des Todes auf die Klagen, spricht.

### §. 6.

## III. Untergang der Actio. — 2. Concurrrenz.

Es kann vorkommen, daß Einem für Ein und Dasselbe, was man von einem Andern will, mehrere Actionen zu Gebote stehen. Dann kann man es deswegen nicht öfter fordern. „Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet“<sup>1)</sup>. Hat man es mit der einen Actio erlangt, so ist die andere ausgeschlossen.

Beispiele, welche in den Quellen vorkommen, sind folgende.

Jemand ist bestohlen worden, er kann die gestohlene Sache sowohl mit der rei vindicatio, als mit der *condictio furtiva* zurückfordern, möglicherweise auch mit einer *Contractsklage*, der *actio pro socio*, *commodati* u. s. w.<sup>2)</sup>. — Ebenso kann Demjenigen, dem eine Sache widerrechtlich beschädigt worden ist, neben der *actio legis Aquiliae* die *rei vindicatio* und eine *Contractsklage* zu Gebote stehen<sup>3)</sup>. — Ist die gestohlene Sache zugleich beschädigt worden, so concurriren die *condictio furtiva* und die *actio legis Aquiliae*<sup>4)</sup>. — In derselben Weise können die *actio de dolo* und die *actio quod metus causa*, oder zwei *Contractsklagen* zur Erlangung einer Entschädigung begründet sein<sup>5)</sup>. — Ein Gesellschafter kann Erfaß für

---

von welcher gesagt wird, daß sie „*heredes suscipere cogendi non sunt*“, allerdings als die gegen den Erblasser begründete Actio gefaßt werden. Aber sie ist auch, wenn sie gleich *actio in rem* genannt wird, eigentlich *Delictus*, also persönliche Klage.

<sup>11)</sup> Württembergisches Privatrecht II. S. 467. §. 2.

<sup>1)</sup> L. 43. §. 1. D. de R. J. (50. 17). Vergl. I. 57 eod.

<sup>2)</sup> L. 9. §. 1. D. de furtis (47. 2), I. 45. 47. D. pro socio (17. 2), I. 2. §. 1. D. de tutelae (27. 3), I. 34. §. 1. 2. D. de O. et A. (44. 7).

<sup>3)</sup> L. 13. D. de R. V. (6. 1), I. 36. §. 2. D. de H. P. (5. 3), I. 18. I. 27. §. 11. D. ad leg. Aq. (9. 2), I. 7. §. 1. D. comm. (13. 6), I. 47. §. 1. I. 50. D. pro socio (17. 2), I. 43. D. loc. (19. 2).

<sup>4)</sup> L. 2. §. 3. D. de priv. del. (47. 1).

<sup>5)</sup> L. 14. §. 13. D. quod met. causa (4. 2), I. 35. §. 1. D. loc. (19. 2).

Verwendungen, die er auf die gemeinschaftliche Sache gemacht, und für Früchte, welche der andere Gesellschafter von derselben gezogen hat, sowohl mit der *actio communi dividundo*, als mit der *actio pro socio* fordern <sup>6)</sup>. — Hat der Käufer sich zu einem Thun anheißig gemacht, und für den Fall des Nichtthuns dem Verkäufer noch besonders fein Interesse (*poena*) durch Stipulation versprochen, so concurriren die *actio venditi* und die *actio ex stipulatu* <sup>7)</sup>. — Ist der Frau die Dos relegirt, so hat sie die Vermächtniß- neben der Dotalklage <sup>8)</sup>. — Die mehreren Actionen, welche mit einander concurriren, können auch gegen verschiedene Personen gerichtet sein, z. B. wenn Mehrere für einen und denselben Schaden einzustehen haben <sup>9)</sup>.

Was die Römer *actio* nennen, ist von dem Standpunkt der heutigen Rechtsanschauung rechtlich anerkannter Anspruch. Der im Vorstehenden vorgetragene Rechtsatz lautet also, in unserer Sprache ausgedrückt, so: wenn Jemand auf Ein und Dasselbe einen mehrfachen Anspruch hat, so bekommt er es deswegen nicht mehrfach. Es ist aber noch näher zu sagen, wie es vorkommen kann, daß Jemand auf Ein und Dasselbe einen mehrfachen Anspruch habe. Es kann das zunächst so vorkommen, daß er mehrere auf eine und dieselbe Leistung gerichtete Forderungsrechte hat, z. B. auf Entschädigung ein Forderungsrecht aus rechtswidriger Handlung, ein anderes aus Vertrag. Es kann aber auch vorkommen, daß derjenige, welcher ein Forderungsrecht auf eine bestimmte Leistung hat, sich das ihm kraft desselben Gebührende auch durch ein ihm zustehendes dingliches Recht verschaffen kann. Der eigentliche Kern der Lehre von der f. g. Klagenconcurrentz ist also dieser: eine Obligation geht durch Befriedigung des Gläubigers selbst dann unter, wenn diese Befriedigung nicht aus ihr, sondern kraft eines anderen, dinglichen oder obligatorischen Rechtes erlangt worden ist, und ebenso hört der Anspruch auf dasjenige, was man kraft eines dinglichen Rechtes verlangen kann, durch die Wiederherstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes selbst dann auf, wenn dieselbe nicht auf Grund des dinglichen Rechtes stattgefunden hat. Diesen letzteren Satz besonders hervorzuheben, wird

<sup>6)</sup> L. 38. §. 1. D. pro socio (17. 2).

<sup>7)</sup> L. 28. D. de Set. E. V. (19. 1).

<sup>8)</sup> L. 1. §. 12. D. de dote prael. (33. 4).

<sup>9)</sup> L. 5. §. 15 D. comm. (13. 6), l. 1. §. 43. de dep. (16. 3), l. 1. §. 10. l. 2 — 4. D. de eis qui effud. (9. 3), l. 14. §. 15. D. quod metus causa (4. 2), l. 17. pr. D. de dolo (4. 3).

man kaum Veranlassung haben; der erstere, auf welchen aufmerksam zu machen allerdings nicht überflüssig ist, gehört in die Lehre von der Beendigung der Obligationen.

Es ist bekannt, wie viel Ungehöriges früher in die Lehre von der s. g. Klagenconcurrentz hineingemischt worden ist, und ein wie großes Verdienst sich namentlich Savigny<sup>10)</sup> durch Säuberung derselben erworben hat. Man hat jetzt den thörichten Begriff der cumulativen Concurrentz aufgegeben, und spricht von Concurrentz der Klagen nur da, wo die eine Klage zu der andern im Verhältniß der Ausschließung steht; vielleicht thäte man besser, nach dem Vorgange neuerer Schriftsteller<sup>11)</sup>, statt des Ausdruckes Concurrentz den Ausdruck Collision zu gebrauchen. Man hat sich ferner zum Bewußtsein gebracht, daß nicht das bloße Bestehen einer Klage neben der andern, und eben so wenig der bloße Gebrauch oder die Durchführung der einen von zerstörender Wirkung für die andere ist, sondern nur die auf Grund derselben erlangte Befriedigung<sup>12)</sup>. Damit ist zu gleicher Zeit gesagt, daß die Lehre von der Klagenconcurrentz mit den Lehren von der processualischen Consumtion und von der Rechtskraft nichts gemein hat<sup>13)</sup>. Aber mit alle dem ist das letzte Wort der Lösung noch nicht gesprochen. Erst dadurch, daß diese Lehre, statt auf die Klagen, auf die Ansprüche und Rechte bezogen wird, tritt sie in das wahre Licht und erhält ihren eigentlichen Inhalt. Anflänge an das Richtige finden sich auch hier, so z. B. wenn Savigny lehrt, daß die Gleichheit des Entstehungsgrundes nicht nothwendigerweise eine Klagenconcurrentz bewirke<sup>14)</sup>. Von Savigny's Standpunkt aus ist der Entstehungsgrund einer Klage lediglich das durch sie geschützte Recht, welches nicht neben dieser noch eine andere Klage erzeugen kann. Hier aber faßt Savigny als Entstehungsgrund der Klage die derselben zu Grunde liegende Thatsache auf, und versteht unter Klage, was die Römer unter actio verstehen, den durch diese Thatsache erzeugten Anspruch, z. B. auf Strafe und Entschädigung. Wächter macht ausdrücklich darauf aufmerksam, wie eine Quelle

<sup>10)</sup> System V. §. 231—236.

<sup>11)</sup> Böcking Grundriß zu Pandektenvorlesungen Buch I. §. 155. — Martens die Concurrentz und Collision der römischen Civilklagen, Berlin 1856. S. 2. 63—65.

<sup>12)</sup> Wächter Württembergisches Privatrecht II. S. 457 unt.

<sup>13)</sup> Namentlich Pierulff's (Theorie I. S. 241 — 268) Auffassung ist durch die Hineinmischung der letzteren Lehre getrübt.

<sup>14)</sup> A. a. D. S. 206.

des Mißverständnisses in dieser Lehre namentlich die gewesen sei, daß man nicht gehörig beachtet habe, „daß die römischen Quellen durch *actio* nicht bloß das Moment der Klagbarkeit, sondern gewöhnlich das ganze obligatorische Rechtsverhältniß, auf welches eine Klage sich bezieht, bezeichnen“<sup>15)</sup>. Aber er selbst hat es unterlassen, diese Bemerkung in der gehörigen Weise zu verwerthen. Von Concurrenz der Klagen, sagt er, kann nicht da die Rede sein, wo verschiedene klagbare Rechte, sondern nur da, wo verschiedene Klagmittel zur Erreichung desselben Zwecks, zur Realisirung desselben Anspruchs, zur Hebung einer und derselben Störung des Rechtszustandes zusammen treffen. Dies kann so vorkommen, fährt er fort, daß in der That auch nur ein Rechtsverhältniß vorhanden ist (Beispiele: *actio quod metus causa* und *actio de dolo*, *condictio sine causa* und *actio locati* auf Rückgabe der Entschädigung, nachdem der Entschädigte die Sache, wofür er entschädigt worden ist, wiedererlangt hat), aber auch so, daß mehrere Rechtsverhältnisse vorliegen, welche aber ganz oder theilweise in einen und denselben Zweck ausgehen, so daß also die mehreren zustehenden Rechte in Beziehung auf den Erfolg, in welchem sie sich vereinen, nur scheinbar mehrere Rechte sind, in der That aber sich zu einander als verschiedene Mittel, denselben juristischen Zweck zu realisiren, verhalten und daher als bloße concurrirende Klagen aufzufassen sind (Beispiel: *actio commodati* und *rei vindicatio*)<sup>16)</sup>. Man sieht, das Richtige wäre gewesen, umgekehrt zu sagen, daß nicht bloß in diesem letzteren Fall, sondern auch da, wo scheinbar nur eine Mehrheit von Klagen stattfindet, in der Wirklichkeit eine Mehrheit von Rechten vorliege. Der Miether, welcher nach Verlust der gemietheten Sache den Vermiether für dieselbe entschädigt hat, hat, nachdem die Sache in den Besitz des Vermiethers zurückgekehrt ist, auf Rückgabe des als Entschädigung Gegebenen ebenso sehr ein doppeltes Recht, eine doppelte obligatio, nämlich 1) aus seinem Miethvertrage, 2) aus der Voraussetzung, unter welcher er dem Vermiether geleistet hat, wie der Vermiether von ihm die Herausgabe der Sache kraft eines doppelten Rechtes fordern kann, kraft seines Eigenthums- und kraft seines Vertragsrechtes.

Der nähere Inhalt dessen, was man die Lehre von der Klagenconcurrrenz nennt, wird durch die Untersuchung bestimmt, wann man sagen könne, daß ein Forderungsrecht auf eine und dieselbe Leistung

<sup>15)</sup> Württembergisches Privatrecht II. S. 67. Anm. 2.

<sup>16)</sup> A. a. O. S. 458—460.

gehe, wie ein Anderes, oder auf diejenige Leistung, welche auch kraft eines dinglichen Rechtes verlangt werden könne. Es ist nicht meine Absicht, auf diese Unterfuchung, welche mit der Aufgabe dieser Schrift in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht, näher einzugehen. Doch kann ich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß bisher noch keine präcise Formel zur Beantwortung der bezeichneten Frage gewonnen zu sein scheint. Savigny<sup>17)</sup> erklärt für das entscheidende Moment die Identität des juristischen Gegenstandes. Aber was ist juristischer Gegenstand? Savigny will mit diesem Ausdruck den Gegensatz gegen den materiellen Gegenstand bezeichnen; also nicht: dieses Pferd, dieses Haus, sondern: dieses Pferd, dieses Haus in seiner juristischen Qualification, in seiner juristischen Bestimmung. Woher anders aber soll die juristische Qualification und Bestimmung einer Leistung entnommen werden, als aus der Rechtspflicht, welcher sie Genüge zu leisten zur Aufgabe hat? so daß uns die Savigny'sche Regel dahin zu führen scheint, daß wir Alles von der Identität der Rechtspflicht, der Obligation, abhängig zu machen haben, was doch offenbar unrichtig ist. Dieser Annahme widersprechen freilich die Beispiele, welche Savigny anführt; Identität des juristischen Gegenstandes soll vorhanden sein, wenn mehrere Klagen die Entschädigung für denselben Verlust, oder die Wiedererlangung desselben Besitzes bezwecken. Ich meine aber, daß die Entschädigung für einen Verlust oder die Wiederherstellung eines Besitzes an und für sich keine juristischere Natur habe, als das Geben eines Pferdes oder eines Hauses. So kann ich denn auch den Satz nicht als unbedingt wahr anerkennen, daß die Entschädigung für einen Verlust nur Ein Mal gefordert werden könne. Man nehme folgenden Fall. Jemand bittet einen Andern, ihm eine Sache zu leihen; dieser schlägt das Begehren ab, weil er dem Bittenden nicht die gehörige Sorgfalt zutraut. Ein Dritter kommt dazwischen, und verspricht ihm, um ihn zu bestimmen, die Bitte zu erfüllen, Entschädigung für den Fall des Verlustes der Sache. Die Sache geht verloren. Der Dritte leistet die Entschädigung; will man deswegen dem Eigenthümer jeden Anspruch gegen den Leihenden versagen? Wenn der Dritte sich für den Leihenden verbürgt hat, gewiß; aber es ist keineswegs nothwendig, daß er das gethan habe, er kann seine Verpflichtung auch ganz unabhängig von der Verpflichtung des Leihenden übernommen haben. — Was Savigny Identität des juristischen Ge-

<sup>17)</sup> A. a. D. S. 208. 209.

genstandes nennt, nennt Huschke<sup>18)</sup> Identität des zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses, womit er aber die Identität „des (immer nur in einer bestimmten Form bestehenden) Rechts, welches dingliches Recht und Obligation, verschiedene Obligationen, Grund einer Klage und einer Einrede sein kann“, nicht wechselt haben will. Auch hiermit weiß ich keinen bestimmten Begriff zu verbinden, wie auch durch das, was Huschke später<sup>19)</sup> sagt, daß es bei reipersecutorischen Klagen darauf ankomme, „zu bestimmen, ob nach der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, aus dem die concurrenten Klagen herrühren, das Unrecht, über welches sich der Kläger beschwert, wirklich dasselbe materielle Vermögensinteresse betrifft“, die Einsicht in die Sache nicht gefördert wird. — Auch was Wächter<sup>20)</sup> in den Vordergrund, und Savigny als gleich geltend neben die Identität des juristischen Gegenstandes stellt, und wovon auch Andere sprechen, Identität des Zwecks, ist ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß man sich damit zufrieden geben möchte. Ueberdies, wo ist in folgendem Falle von Identität des Zwecks die Rede? Jemand fordert von seinem Gesellschafter seinen Theil an den Früchten der gemeinschaftlichen Sache 1) kraft des Gesellschaftsvertrages, 2) wegen der Gemeinschaftlichkeit der erzeugenden Sache<sup>21)</sup>. — Auch der neueste Schriftsteller über unsere Lehre, Martens<sup>22)</sup>, spricht von Identität des rechtlichen Gegenstandes, Identität der Bestimmung der Leistung, kommt aber im Einzelnen nicht weiter als zur Unterscheidung von poena und rei persecutio<sup>23)</sup>, wofür er dann freilich die Klagenollision noch an eine andere Voraussetzung binden will, Identität der zu Grunde liegenden Handlung<sup>24)</sup>, — gegen die Aussprüche der Quellen, wie er zum Theil selbst anzuerkennen nicht umhin kann<sup>25)</sup>.

Besonders lebhaft ist unter unseren Schriftstellern über das Verhältniß mehrerer aus einem Delicte entstehenden Strafflagen verhandelt worden. Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze

<sup>18)</sup> Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. N. F. II. S. 182. 183.

<sup>19)</sup> A. a. D. S. 187.

<sup>20)</sup> S. Note 16.

<sup>21)</sup> L. 38. §. 1. D. pro socio (17. 2).

<sup>22)</sup> S. Note 11.

<sup>23)</sup> A. a. D. 1. Theil §. 3.

<sup>24)</sup> A. a. D. S. 4—7. S. 65—69.

<sup>25)</sup> L. 28. de A. E. V. (19. 1). Martens a. a. D. S. 4. 5. Vergl. außerdem 1. 2. §. 3. D. de privatis delictis (47. 1).

verlegt, und in Folge davon mehrere Forderungsrechte auf Privatstrafe erzeugt, so ist gewiß die nächstliegende Auffassung die, daß jedes dieser Forderungsrechte einen verschiedenen Gegenstand habe, nämlich eine Strafe für ein verschiedenes Delict. Doch läßt es sich auch denken, daß Jemand sich zu der entgegengesetzten Auffassung durch die Betrachtung bestimmen lassen könnte, daß alle diese Forderungsrechte doch nur Strafe für Eine unrechtmäßige Handlung verlangen. Auch von der ersten Auffassung aus kann man dazu gelangen, die Geltendmachung der einen Strafforderung nach der anderen nur insoweit zu gestatten, als sie auf ein Mehr gerichtet ist, nach dem Grundsatz: *poena maior absorbet minorem*. Darüber, ob und inwiefern alle diese verschiedenen Gesichtspunkte in unseren Quellen vertreten seien, ist viel Streit<sup>26)</sup>; natürlich kann hier auf diese Specialfrage am Wenigsten eingegangen werden. —

Zum Schluß ist noch die Bemerkung zu machen, daß eine *Actio* mit einer andern möglicherweise nicht bloß den Gegenstand gemein haben kann, sondern auch den Rechtsgrund, auf dem sie beruht, so daß durch beide nur ein und dasselbe rechtliche Dürfen und Müssen zur Geltung gebracht wird. In diesem Falle wird die eine *Actio* nicht erst durch die Befriedigung der anderen ausgeschlossen, sondern bereits durch ihren Gebrauch; es macht sich dann die Lehre von der prozessualischen Conjunction geltend, von welcher fogleich näher gehandelt werden wird. —

### §. 7.

### III. Untergang der *Actio*. — 3. Verjährung.

Die *Actio* geht auch durch Zeitablauf unter. Der Berechtigte, der binnen gewisser Zeit keinen Gebrauch von ihr gemacht hat, kann es fortan nicht mehr. Die heutige Rechtsprache sagt: die *Actio* ist der Verjährung unterworfen, und indem man auch hier *Actio* durch Klage wiedergibt, spricht man von einer Klagenverjährung.

Ist aber in der That, wie sich durch die bisherige Ausführung herausgestellt hat, *actio* der römische Ausdruck für Rechtsanspruch, sprechen die Römer da von gerichtlicher Verfolgbarkeit, wo wir von rechtlicher Begründetheit reden: so dürfen wir auch die Lehre von

<sup>26)</sup> Vergl. Savigny System V. S. 236 fg. — Wangerow Lehrbuch der Pandekten III. S. 572 Anm. — Huschke Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. II. S. 180 fg. — Martens die Concurrrenz und Collision der römischen Civilklagen 1. Theil S. 4, 5, 2. Theil S. 5. Es scheint mir durch diese neueste Bearbeitung die Sache wenig gefördert zu sein.

der Verjährung nicht auf die Klagen, sondern müssen sie auf die Ansprüche beziehen. Der Ausdruck: Klagenverjährung, so fest er gewurzelt ist, ist aufzugeben. Vereinzelt haben darauf auch schon Andere gedrungen; nur ist dasjenige, was sie an die Stelle haben setzen wollen, auch nicht das Richtige. Linde<sup>1)</sup> will von einer Rechtsverjährung geredet wissen. Hiergegen genügt schon die Bemerkung, daß das dingliche Recht durch praescriptio actionis gewiß nicht untergeht. Wächter<sup>2)</sup> schlägt den Ausdruck: Schuldverjährung vor. Aber dieser Ausdruck umfaßt umgekehrt die actiones in rem gar nicht. Ueberdies verjährt, auch was die actiones in personam angeht, nach römischer Auffassung nicht sowohl die Schuld, als der Anspruch des Gläubigers, wovon der Untergang der Obligation und die Befreiung des Schuldners erst die Folge ist.

Aus dem hier geltend gemachten Gesichtspunkt ergeben sich für die Lehre von der s. g. Klagenverjährung Konsequenzen, welche nicht unwichtig sind. Dies soll in Folgendem näher ausgeführt werden.

1. Während man heutzutage darüber einig ist, daß durch die Verjährung der actio in rem das dingliche Recht, welches ihr zu Grunde liegt, nicht berührt werde, wird noch fortwährend, und ohne daß irgend welche Aussicht auf Einigung vorhanden wäre, darüber gestritten, welchen Einfluß die Verjährung der actio in personam auf den Bestand der ihr entsprechenden Obligation habe. Die Ansicht, daß auch die Obligation die Actio überdauere, so gut wie das dingliche Recht, um als naturalis obligatio fortzubestehen, und die entgegengesetzte, daß sie mit der Actio untergehe, stehen sich noch immer schroff gegenüber<sup>3)</sup>. Bei der Beantwortung dieser Frage ist nun vor allen Dingen ein Argument zu beseitigen, welches die Fortdauer der naturalis obligatio ohne Weiteres darzuthun geeignet scheint, und welches, wenn es auch nicht von allen Vertheidigern dieser Ansicht vorgebracht worden ist, doch der herrschenden Auffassung der Actio so nahe liegt, daß es sich nothwendigerweise immer wieder eindringen muß. Dieses Argument ist, daß ja durch die Verjährung der Actio eben auch nur sie beseitigt werde, weswegen es sich von selbst verstehe, daß das

<sup>1)</sup> Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß II. S. 253.

<sup>2)</sup> Württembergisches Privatrecht II. S. 806.

<sup>3)</sup> Mit Unrecht, wie mir scheint, hat sich Savigny (System V. §. 248) gegen diesen Ausdruck der Streitfrage: geht durch die Klagenverjährung auch das Recht oder nur die Klage unter? erklärt. Denn daß die Verjährung jedenfalls nur opo exceptionis wirkt, worauf sich Savigny beruft, weiß und setzt ja Jedermann voraus. Aber die Frage ist: welche Tragweite hat diese exceptio?



Recht, auf dem sie beruhe, möge es ein dingliches oder ein persönliches sein, unberührt bleibe. So schlagend dieses Argument auf den ersten Blick zu sein scheint, so sehr ist es widerlegt, sobald festgestellt ist, daß *Actio* hier eben nicht die Klage, sondern den Anspruch bezeichnet. Denn der obligatorische Anspruch fällt mit dem obligatorischen Rechte vollkommen zusammen; während das dingliche Recht von den Ansprüchen, welche aus demselben gegen die sich mit ihm in Widerspruch Setzenden entstehen, durchaus verschieden ist, hat das obligatorische Recht in dem Anspruch seinen vollkommen erschöpfenden Ausdruck. Ich glaube die Wichtigkeit dieses Punktes nicht zu überschätzen<sup>4)</sup>, wenn ich zum Schutze desselben gegen möglichen Widerspruch noch Einiges hinzuzufüge.

Man könnte nämlich im Allgemeinen zugeben, daß die Römer mit *actio* bezeichneten, was wir Anspruch nennen, und dennoch behaupten wollen, daß gerade in Beziehung auf die hier vorliegende Frage das Wort in diesem Sinne nicht verstanden werden dürfe. Man könnte sagen: *actio* hieße doch zunächst Klage; wenn nun auch anzuerkennen sei, daß die Römer dadurch, daß sie Jemanden eine *actio* zuschrieben, in ihrer Sprache ausdrückten, daß er einen rechtlich begründeten Anspruch habe, so müsse man doch eine strengere Interpretation eintreten lassen, wo Jemandem eine *actio* abgesprochen werde; hier müsse man dabei stehen bleiben, daß ihm eben auch nur die *actio* abgesprochen sei, also nicht das zu Grunde liegende Recht. — Hierauf wäre zunächst schon das zu erwiedern, warum man denn dieselbe Betrachtung nicht in einem ganz gleichen Falle wolle eintreten lassen, beim Untergang der *Actio* durch den Tod der Parthei, wo es in den Quellen in ganz gleicher Weise heißt, wie hier: *actio post annum non datur*, so dort: *actio heredi* oder in *heredem non datur*? Da in diesem Falle noch Niemanden in den Sinn gekommen ist, daß das Recht fortbauere, warum soll es in dem unsrigen denn anders sein? Aber

<sup>4)</sup> Das bezeichnete Argument hat von Älteren Weber (natürliche Verbindlichkeit S. 92) geltend gemacht, von Neueren Guyet (Archiv für civilistische Praxis XI. S. 78), Francke (civilistische Abhandlungen Nr. 2), und der Recensent in der Hallischen allgemeinen Literaturzeitung von 1835, Nr. 75. Auch der Berufung darauf, daß Exzeptionen nicht verjähren, der man nicht selten begegnet (vergl. Büchel civilrechtliche Erörterungen Band I. 1. Note 13, Band II. Anhang S. 257) liegt es zum Grunde, wie denn auch mit ihm fällt, worauf sich Buchta (Institutionen II. S. 410, Vorlesungen I. S. 211) stützt, daß ja dasjenige, was versäumt sei, nur die *Actio* sei. Aber die Hauptsache ist, wie gesagt, der bestechende Schein des Argumentes, der fortwährend die Unbefangtheit des Blicks von vorne herein zu trüben droht.

auch abgesehen hiervon, ist Folgendes zu erwägen. Eine Beschränkung auf Zeit findet sich zunächst bei den prätorischen Actionen. Die prätorische Actio ist ganz gewiß nur dieses; ein ius liegt ihr nicht zu Grunde. Folglich kann auch keine Rede davon sein, daß ein ius übrig bleibe, nachdem sie weggefallen ist<sup>5)</sup>. Diese Betrachtung paßt nun zwar nicht auf die später ebenfalls verjährbar gewordenen civiles actiones, und es ist hinzuzufügen, daß im Laufe der Zeit für das römische Recht auch die prätorischen Klagen so gut auf dem Recht beruhende Klagen geworden sind, wie die civilen Klagen es nur jemals gewesen waren. Daß aber auch die Negation der civilis actio nicht den Sinn hat, daß damit bloß die Klage ausgeschlossen sein soll, zeigt unwiderleglich das Beispiel des SC. Velleianum und des SC. Trebellianum, welche ebenfalls „als die Actio abgesprochen haben<sup>6)</sup>, ohne daß jemals in der römischen Jurisprudenz nur der Gedanke aufgetaucht wäre, daß die intercedirende Frau oder der Erbe nach der Restitution der Erbschaft fortfahre, naturaliter obligirt zu sein. Dazu stimmt denn auch die Unbefangtheit, mit welcher die Quellen Wegfall der actio und Aufhören der obligatio als identische Bezeichnung behandeln<sup>7)</sup>.

<sup>5)</sup> Man hat gefragt: wie erklärt es sich denn, daß nach Verjährung einer prätorischen Klage eine exceptio übrig sein kann? Man hat sich für diesen Satz zuerst auf l. 5. C. de exc. (8. 36) berufen, nach welcher dem gewaltsam Entsetzten das interdictum unde vi zwar nur ein Jahr, eine exceptio dagegen, wenn er den Besitz wieder erlangt hat, ohne Zeitbeschränkung zustehen soll. Hierauf ist schon von Anderen erwiedert worden, daß der Anspruch aus der gewaltsamen Entsetzung, so weit er auf die Bereicherung geht, an die einjährige Verjährung nicht gebunden ist. Nicht in derselben Weise läßt sich der l. 5. §. 6. D. de doli mali exc. (44. 4) begegnen, in welcher die entsprechende Entscheidung für actio und exceptio dadurch ausdrücklich motivirt wird, daß die exceptio nicht habe geltend gemacht werden können. Es dauert hier aber auch nur diejenige exceptio fort, deren Inhalt durch actio geltend gemacht werden konnte, also z. B. bei einer durch Betrug hervorgerufenen Obligirung nicht die exceptio, daß der Kläger den Beklagten zu liberiren habe, sondern die exceptio, daß er von seiner Obligation keinen Gebrauch machen dürfe. Der Anspruch auf Restitution (durch den Gegner) ist durch die Verjährung der doli actio vollständig beseitigt.

<sup>6)</sup> L. 2. §. 1. ad SC. Vellei. (16. 1), l. 1. §. 2. ad SC. Treb. (36. 1).

<sup>7)</sup> So gibt sogleich das SC. Velleianum als Grund seiner Vorschrift an: „cum eas (mulieres) eius generis obligationibus obstringi non sit aequum“. Von den übrigen hierher gehörigen Stellen ist die bekannteste die l. 6. D. de O. et A. (44. 7): „In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem“. Vergl. außerdem l. 1. §. 3. D. quando de pec. (15. 2) und l. 21. §. 2. D. de fidei. (46. 1), so wie die Stellen, in welchen der Schuldner nach der Verjährung der Klage als liberatus bezeichnet wird: l. 10. pr. D. si quis caut. (2. 11), l. 9. §. 3. D. de iurei.

Die Verjährung der Actio vernichtet also den Anspruch und damit im Resultat die Obligation. Indem dies nun aber festgestellt ist, ist freilich auch nicht mehr erreicht, als die Beseitigung eines Argumentes für die Fortdauer der *naturalis obligatio*, nicht aber die Fortdauer derselben widerlegt. Denn nun entsteht die Frage: ist die Vernichtung des Anspruchs von der Art, daß auch nach natürlicher Betrachtung keiner mehr übrig ist, oder müssen wir sagen, daß sich hier die natürliche Betrachtung mit der juristischen Regel in Widerspruch setzt, und ihrerseits einen Anspruch fortwährend anerkennt, obgleich diese ihn ausschließt? Denn das ist meiner Ansicht nach eben die Bedeutung der *obligatio naturalis*, nicht: daß sie die im Civilrecht nicht bestätigte Obligation des *ius gentium*, sondern daß sie die Obligation des natürlichen Rechtsgefühls ist, welche in dem positiven Rechte noch keine Anerkennung gefunden hat, und die doch das positive Recht sich nicht entschließen kann, ganz unberücksichtigt zu lassen, — was freilich hier nicht nachgewiesen werden kann. Die Untersuchung aber nun, in welchem Sinne das römische Recht dem Zeitablauf die Kraft beigelegt hat, den Anspruch zu vernichten, gehört eben so wenig hierher: sie hat es mit dem Wesen der Actio nicht mehr zu thun. Nur das will ich noch bemerken, daß, wenn sich in Folge dieser Untersuchung herausstellen sollte, daß die Klagenverjährung eine *naturalis obligatio* übrig lasse, damit denn auch dargethan wäre, daß sie nur die Klage beseitige, nicht aber das Recht, insofern nämlich der *naturalis obligatio* alle Wirkungen der *civilis* außer der Klagbarkeit zuzuschreiben sind; daß jedoch daraus immer noch nicht folgen würde, daß in der Regel: die actio geht durch Zeitablauf unter, actio Klage und nicht Anspruch bezeichne. So ist auch der Haussohn, welcher ein Darlehn genommen hat, nicht deswegen naturaliter verpflichtet, weil der Senat vorgeschrieben hat, daß keine actio gegen ihn gegeben werden solle, sondern weil er zur Strafe des Gläubigers von seiner Verpflichtung entbunden worden ist<sup>8)</sup>.

2. Auch für die Frage nach dem Beginn der s. g. Klagenverjährung erweist sich die hier geltend gemachte Auffassung der Actio als

(12. 2). Ich habe hier nur solche Stellen genannt, in denen unzweifelhaft von einer *temporalis actio*, nicht auch solche, in denen nur im Allgemeinen von der Wirkung des Zeitablaufs die Rede ist, aber die Möglichkeit einer andern Beziehung bleibt. Die letzteren umfaßt mit die Aufzählung, welche Büchel a. a. D. Noten 155 und 157 gibt.

<sup>8)</sup> L. 19. pr. 1. 40. pr. D. de cond. ind. (12. 6), l. 9. §. 4. D. de SC. Maced. (14. 6).

fruchtbar. Bekanntlich gibt es einen Fall, für welchen die Beantwortung dieser Frage noch fortwährend sehr streitig ist. Dieser Fall ist der einer vertragsmäßigen Obligation, die zwar nicht befristet ist, aus der aber doch der Gläubiger Erfüllung nicht sofort, sondern erst nach einer an den Schuldner gerichteten Aufforderung erwartet, von welcher Art z. B. die Obligation aus einem ohne Bestimmung des Rückgabetermins gegebenen Darlehn ist. Diese letztere Anwendung des genannten Falles wird gewöhnlich besonders hervorgehoben, und deswegen soll auch die folgende Darstellung vorzugsweise auf dieselbe gerichtet werden. Andere Anwendungen, welche durchaus derselben Beurtheilung unterliegen, bieten der Hinterlegungsvertrag, der Leihvertrag und das Precarium, und das vorbehaltene Rückkaufsrecht dar. Nach Einer Meinung soll in dem genannten Fall die Klagenverjährung erst von der Zeit an beginnen, wo der Gläubiger den Schuldner zur Erfüllung aufgefordert, und dieser dagegen Widerspruch erhoben hat, nach einer andern aber sogleich, gemäß der für alle unbefristeten Obligationen geltenden Regel<sup>9)</sup>. Der Hauptgrund für die erstere Meinung wird nun darin gefunden, daß, so lange der Gläubiger damit einverstanden ist, daß die Obligation unerfüllt bleibe, keine Rechtsverletzung, also auch gar keine Actio, welche verjähren könnte, vorhanden sei, daß vorher nicht actio nata sei, was doch die Quellen zum Beginn der Klagenverjährung ausdrücklich verlangten<sup>10)</sup>. Diesem Argument gegenüber hat man von der anderen Seite den Nachweis zu führen gesucht, daß die Quellen in dem genannten Falle eine Actio auch ohne vorhergehende Aufforderung des Gläubigers und Weigerung des Schuldners allerdings anerkannten. Dieser Nachweis ist meiner Ansicht nach gelungen, in welcher Beziehung ich, um den Zusammenhang nicht zu unterbrechen, auf die Note<sup>11)</sup> verweise.

<sup>9)</sup> Der hauptsächlichste Vertreter der ersteren Meinung unter den Neuern ist Savigny System V. S. 239—241. Zu der entgegengesetzten bekennen sich: Lyon in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß VIII. Nr. 1. S. 13 fg. — Lenz Studien und Kritiken Nr. 6. — Bangerow Archiv für civilistische Praxis XXXIII. Nr. 12 und Lehrbuch der Pandekten I. S. 147. Anm. — Wächter Württembergisches Privatrecht II. S. 118. — Arndts Pandekten S. 107.

<sup>10)</sup> L. 1. §. 1. C. de ann. exc. (7. 40). Vergl. l. 3. C. de praeser. XXX. (7. 39).

<sup>11)</sup> Die erste Stelle, welche hier in Betracht kommt, ist die l. 9a. §. 1. D. de sol. (46. 3). In derselben heißt es, daß, wenn Jemand Geld zum Darlehn gegeben habe, welches mit einem Andern gemeinschaftlich ist: „confestim pro parte mea nascetur actio“. Savigny bemerkt: das will nicht sagen: vor der Rückgabung, sondern vor der Consumtion, welche nöthig ist bei fremdem Gelde

Man hat sich ferner darauf berufen, daß aus der Ansicht der Gegner sich das Resultat ergebe, daß ein nicht gekündigtes Darlehn selbst nach hundert und mehr Jahren nicht zurückgefordert werden könne, ohne daß der Schuldner sich mit der Verjährungseinrede verteidigen dürfte, was doch mit „Wort und Geist der Justinianischen Gesetzgebung“ in schneidendem Widerspruch stehe<sup>12)</sup>. Und auch die Kraft dieses Gegengrundes wird, denke ich, anerkannt werden müssen, indem doch bei der Klagenverjährung, wie bei der Verjährung überhaupt, zuletzt Alles darauf hinauskommt, daß nicht bestritten werden soll, was die Zeit geheiligt hat. Nichtsdestoweniger wird durch beide Gegengründe jenes Hauptargument nicht aus dem Wege geräumt, und so lange dies nicht geschehen ist, ist es unvermeidlich, daß die Ansicht, welche sich auf dasselbe stützt, immer wieder von Neuem sich geltend mache. Wie kann etwas verjähren, was nicht da ist? Wie kann die Actio, die in dem Rechte nur potentiell, nur als Möglichkeit enthalten ist, zu deren realer Entfaltung es erst eines äußeren Anstoßes bedarf, durch Zeitablauf aufgehoben werden? Um dieser Schwierigkeit zu entgehen, hat Wächter<sup>13)</sup> die Sache so gefaßt, daß unter diesem äußeren, die eventuelle Klagebefugniß in ein wirkliches Klage-

(*princ. daselbst*). Es will allerdings sagen: vor der Consumtion; aber es will nicht sagen: vor der Kündigung; es will eben sagen: *confestim*, d. i. sobald das Geld gegeben ist, — wie das schon Andere bemerkt haben. Ebenso wenig ist der Erklärung zuzustimmen, welche Savigny von l. 1. §. 22. D. dep. (16. 3) gibt. Hier wird gesagt: „*eum qui rem deposuit statim posse depositi agere; hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod repositi non reddat*“. Savigny will das *statim* verstehen: auch bevor der Empfänger die Sache verbraucht oder veräußert hat, das *repscero* von einem außergerichtlichen Zurückfordern. Die richtige Erklärung ergibt sich unwiderleglich aus l. 1. §. 20 eod. „*Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam*“. Es ist nicht nöthig, daß der dolus, ohne welchen der Beklagte nicht condemnirt werden kann (Verbrauch, Veräußerung der Sache oder Weigerung der Zurückgabe) der Actio vorhergehe, wenn er nur zur Zeit des Urtheils vorhanden ist. Vergl. auch Bangerow Archiv a. a. D. S. 307—310. — Zu diesen Stellen kommt nun noch eine andere, auf welche Schmidt Interdiktverfahren S. 122. Note 16. aufmerksam gemacht hat, die l. 8. §. 7. D. de prec. (43. 26). „*Interdictum hoc et post annum competere, Labeo scribit, eoque iure utimur; quam enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum*“. Es wird hier als ganz unzweifelhaft hingestellt, daß die Verjährung des Klagerrechtes, wenn sie überhaupt zu statuiren wäre, sogleich mit dem Geben des *precarium* beginnen würde.

<sup>12)</sup> Bangerow a. a. D. S. 305 und 252.

<sup>13)</sup> A. a. D. S. 807. 413.

recht verwandelnden Anstoß nicht ein Sichinwiderspruchsetzen des Verpflichteten mit dem Willen des Berechtigten zu verstehen sei, sondern daß die reelle Actio schon dadurch erzeugt werde, daß dem Berechtigten das seinem Rechte Entsprechende nicht gewährt sei. Ich fürchte nur, daß hierauf von dem Standpunkte aus, auf dem auch Wächter sich befindet, auf welchem die Actio als das zum Schutze des Rechtes eingeführte Mittel erscheint, erwiedert werden wird, daß doch ein Schutz eines Rechtes nur denkbar sei, wenn der Berechtigte nicht habe, was er haben wolle, nicht aber, wenn er entbehre, was er entbehren wolle, z. B. das ohne Bestimmung des Rückzahltermins gegebene Darlehn unmittelbar nach der Rückgabe. Was Penz<sup>14)</sup> ausgeführt hat, läßt sich dahin zusammenfassen, daß, während das dingliche Recht seinen Inhalt in dem Unterworfensein der Sache habe, zum Wesen der Obligation die Actio gehöre, und deswegen auch die Actio mit der Obligation geboren sei. Daran ist — von dem Standpunkte der hier bekämpften Auffassung der Actio aus — wahr, daß zum Wesen der Obligation, nicht aber des dinglichen Rechts, die Richtung des berechtigten Willens unmittelbar auf einen gegenüberstehenden Willen gehört, das Wollen des Berechtigten, daß ein anderer Wille seinem Willen sich unterwerfe. Damit ist aber, wenn die Actio in der That Mittel zum Schutze eines Rechtes ist, immer noch nicht erklärt, wie eine Actio vor der Verletzung jenes Willens stattfinden könne. Es folgt daraus nicht, daß unmittelbar mit der Obligation die Actio in jenem Sinne, sondern daß mit ihr der Anspruch gesetzt sei. Und das ist denn nun auch hier wieder die wirkliche Lösung der Schwierigkeit, daß actio eben nicht das Klagrecht als Mittel zum Schutz eines Rechts, sondern das Mittel, durchzusetzen was man will, und damit den Anspruch als rechtlich begründeten bezeichnet. In diesem Sinne ist freilich die Actio mit der Obligation geboren, sie hat keine andere Voraussetzung, als daß man verlangen dürfe, was man verlangt. Und wenn man es auch wirklich nicht verlangt, man hat doch Actio, wenn man es verlangen darf, und verliert sie daher auch, wenn man binnen der festgesetzten Zeit keinen Gebrauch von ihr gemacht hat<sup>15)</sup>. In Uebereinstimmung hiermit sagt auch

<sup>14)</sup> A. a. D. S. 237—240. 1—10. Vergl. S. 244. 246. 251.

<sup>15)</sup> Auf die Frage Savigny's: wie kann man sagen, daß Der nachlässig ist, der ein Darlehn nicht zurückfordert, welches er eben gegeben hat? hat schon Wangerow (Archiv a. a. D. S. 304 und 305) geantwortet. Verschuldung trifft ihn allerdings nicht, aber er läßt doch immer seine Actio unausgeübt, und das reicht zur Klagenverjährung hin.

Bangerow<sup>16)</sup>: „das juristische Wesen der Klage besteht einfach darin, daß es eine gerichtliche Forderung ist“. Gewiß; nur ist dies eben eine allgemeine Wahrheit, und ihre Bedeutung beschränkt sich nicht auf diesen einzelnen Punkt<sup>17)</sup>. — Wie übrigens die hier geltend gemachte Auffassung der Actio die Erklärung für die oben genannten Stellen enthält, welche eine Actio auch ohne vorhergehende Rechtsverletzung annehmen, so empfängt sie umgekehrt durch jene Stellen eine neue Stütze. Und in dieser Beziehung mag denn noch auf einen Punkt verwiesen werden, den Bangerow angeregt und näher ausgeführt hat. Bleibt man nämlich dabei stehen, daß die Existenz der Actio eine Rechtsverletzung voraussetze, so muß man für den Beginn der Klagenverjährung nicht bloß dann eine Aufforderung des Gläubigers und Weigerung des Schuldners verlangen, wo der Wille des Gläubigers auf sofortige Leistung zur Zeit der Begründung nicht ging, sondern bei jeder nicht betagten Obligation. Denn nach der Auffassung des römischen Rechts ist der Inhalt einer solchen Obligation nicht der, daß der Schuldner sogleich leisten muß, sondern der, daß der Gläubiger sogleich fordern kann<sup>18)</sup>. — Die älteren Schriftsteller suchten sich die richtige Entscheidung des hier behandelten Falls, zu der sie ihr Gefühl trieb, durch die willkürlich erfundene Regel zu vermitteln: *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris*, durch welche sie dann zu allerhand unrichtigen Konsequenzen geführt wurden<sup>19)</sup>.

Zu den Thatsachen, durch welche die Actio untergeht, ist auch das Urtheil zu rechnen: Hiervon wird aber besser im Zusammenhange eines andern Verhältnisses gesprochen, zu dessen Betrachtung ich mich jetzt unmittelbar wende.

<sup>16)</sup> Archiv a. a. D. S. 295.

<sup>17)</sup> Rudorff (in der Zusatznote 1 zu Buchta's Vorlesungen II. S. 90) kommt ebenfalls zu dem Resultate, daß in l. 94. §. 1. D. de sol. actio in dem Sinne von obligatio stehe. Aber er glaubt damit nachgewiesen zu haben, daß die Stelle für die Lehre von der Verjährung der Actio unbrauchbar sei.

<sup>18)</sup> S. die Ausführung bei Bangerow Archiv a. a. D. S. 298—302. Die Frage, ob nicht auch die der Obligation hinzugefügte Fristbestimmung dieselbe Bedeutung habe, die Forderung des Gläubigers aufzuschieben, nicht aber, den Schuldner zur Leistung zu dieser Zeit zu verpflichten, kann hier dahin gestellt bleiben. Vergl. meine Recension von Mommsen's Lehre von der Mora in der Heibelberger kritischen Zeitschrift III. S. 254—258.

<sup>19)</sup> Thon in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß VIII. No 1. S. 1—12. Noch Unterholzner Verjährungslehre II. S. 260 bekennt sich zu jener Regel.

#### IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 1. Litiscontestation.

Wenn ich hier von Verwirklichung der Actio spreche, so fasse ich ihre formale Seite, nicht ihre materielle Bedeutung in's Auge. Actio ist, wurde gesagt, der Ausdruck für dasjenige, was uns auf unserem Standpunkte als Rechtsanspruch erscheint. Aber es ist doch auch nur der Ausdruck dafür, es ist nicht identisch mit Rechtsanspruch. Indem die Römer von Jemandem sagen, daß ihm für irgend Etwas Recht gesprochen werde, wollen sie dasselbe bezeichnen, was wir bezeichnen wollen, wenn wir sagen, daß er darauf einen rechtlich begründeten Anspruch habe; aber sie sagen doch eben nicht: er hat ein Recht, sondern: er hat ein Gericht. Unter Verwirklichung der Actio verstehe ich daher nicht Befriedigung des Anspruchs, sondern das Wirklichwerden des Gerichts.

Die Verwirklichung der Actio tritt mit der Litiscontestation ein<sup>1)</sup>. Wenn der vor den Prätor Geforderte den Anspruch des Klägers gar nicht bestreitet, so wird, wenn er denselben dennoch nicht befriedigt, ohne Weiteres Execution gegen ihn verhängt. Ebenso, wenn er die Erklärung über den Anspruch des Klägers verweigert<sup>2)</sup>. In beiden Fällen wird dem Kläger zu demjenigen verholfen, was er will, aber nicht aus materiellen, sondern aus formalen Gründen, nicht deswegen, weil der Richter erkannte, daß es ihm gebühre, sondern selbst für den Fall, daß es ihm nicht gebühren sollte. Erst wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers bestreitet<sup>3)</sup>, wird eine richterliche Entschei-

<sup>1)</sup> Die Frage, worin die Litiscontestation eigentlich bestanden habe, braucht für den hier verfolgten Zweck nicht erörtert zu werden. Es genügt dabei stehen zu bleiben, daß die Litiscontestation den Zeitpunkt bezeichnet, wo das *judicium* niedergesetzt ist.

<sup>2)</sup> Keller römischer Civilprozeß S. 65.

<sup>3)</sup> Gewöhnlich wird die Beschränkung hinzugefügt: wenn der Beklagte den Anspruch aus tatsächlichen Gründen bestreitet; bei der Bestreitung aus juristischen Gründen habe der Prätor selbst entschieden. Vergl. Savigny Besitz S. 34, Bethmann-Hollweg in der Tüb. krit. Zeitschr. V. S. 75, Wächter Erörterungen II. S. 4 Note 5a. Ich glaube, man muß hier unterscheiden. Erkannte der Prätor den Widerspruch des Beklagten als begründet an, so erfolgte *denegatio actionis*. Hielt er ihn aber für unbegründet, so glaube ich nicht, daß er sogleich Execution gewährte. Derjenige, der weder *confessus* war, noch zur Strafe, als *indefensus*, dem *confessus* gleichgestellt wurde, konnte Execution gewiß nur als *indicatus* erleiden.



ding über das Materielle des Streitverhältnisses nothwendig, erst jetzt kommt es zum Gerichte. Die Verwirklichung der Actio ist das *iudicium*<sup>4)</sup>.

Die Litiscontestation hat einen entscheidenden Einfluß auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß. Dieser Einfluß wird der Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung sein. Nicht als wenn es meine Absicht wäre, diese vielbesprochene und vielbestrittene Lehre in ihrem ganzen Umfange darzustellen. Aber es gehört die Untersuchung hierher, ob und in welcher Weise dieser Einfluß auch dasjenige, warum es sich hier handelt, die Actio, ergreife.

Da findet sich nun, daß die herrschende Meinung an die Spitze der Lehre von der Litiscontestation den Satz stellt, daß die Litiscontestation die Actio in der energischsten Weise *afficire*, welche denkbar ist, daß sie dieselbe *consumire*, aufzehre. Die Richtigkeit dieses Satzes, über den Alle einig sind, wird von den Schriftstellern nicht sowohl bewiesen als vorausgesetzt; nichtsdestoweniger halte ich ihn für unrichtig.

Zur Begründung desselben darf man sich zunächst nicht auf Stellen berufen, in denen es heißt, daß durch eine Actio eine andere ausgeschlossen werde. Denn einmal kann der Sinn solcher Stellen sehr wohl der sein, daß die Befriedigung der einen Actio die andere aufhebe, für welches Verhältniß neben anderen Ausdrücken namentlich auch der Ausdruck: *altera actio per alteram consumitur* vorkommt<sup>5)</sup>. Sodann aber handelt es sich hier ja nicht um die Wirkung, welche die Litiscontestation auf eine andere Actio<sup>6)</sup>, sondern um die Wirkung, welche sie auf diejenige ausübt, in welcher es zur Litiscontestation kommt. — Ebensovienig darf man l. 28. §. 4. D. de iurei. (12. 2) geltend machen. Hier heißt es, daß, wenn Jemand gegenüber einer

<sup>4)</sup> Vergl. l. 15. D. ratam rem (46. 8). „*Amplius non peti verbum Labeo, ita accipiebat: si iudicio petitum esset. Si autem in ius eum vocaverit et satis iudicio sistendi causa acceperit, iudicium tamen coeptum non fuerit, ego non puto committi stipulationem amplius non peti; hic enim non petit, sed petere vult*“. Vergl. Wächter Erörterungen III. S. 66. 67.

<sup>5)</sup> L. 14. §. 13. D. quod met. causa (4. 2), l. 34. pr. D. de O. et A. (44. 7). Andere Ausdrücke sind: *actio tollitur, perimitur, finitur, cessat u. a. m.* Vergl. l. 5. §. 1. D. de calumn. (3. 6), l. 18. §. 1. D. commod. (13. 6), l. 43. 45. D. pro socio (17. 2), l. 2. §. 1. D. de tutelae (27. 3); l. 34. §. 1. D. de O. et A. (44. 7); l. 34. §. 2. D. eod.; l. 47. D. pr. pro socio (17. 2). Darüber daß auch l. 38. §. 1. D. pro socio hierher gehört, vergl. gegen Keller Litiscontestation und Urtheil S. 242 Bethmann-Hollweg in der Tübinger kritischen Zeitschrift V. S. 85.

<sup>6)</sup> Vergl. darüber unten §. 10.

actio mandati, negotiorum gestorum, societatis geschworen habe, er sei nicht schuldig, er auch gegen die *condictio certi* sicher sei, „quia per alteram actionem altera quoque consumitur“. Von dem ausgeschworenen Eid wird in den Quellen gesagt, daß er „in locum litis contestatae succedit“<sup>7)</sup>. Also, könnte man schließen, consumirt auch die *Litiscontestatio* alteram quoque actionem, d. h. nicht bloß die andere, sondern auch diejenige, in welcher sie selbst vorgenommen wird. Diese Folgerung würde aber deswegen unberechtigt sein, weil der Eid der *Litiscontestatio* auch nur insofern gleichgestellt wird, als er so gut wie sie ein Mittel, die Entscheidung des Streitiges herbeizuführen, ist, wodurch sonstige Verschiedenheiten in keiner Weise ausgeschlossen sind. — Mehr Gewicht scheint auf den ersten Blick folgende Stelle zu haben.

L. 13. pr. D. de instit. (14. 3).

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelatae, eundem et mutuis pecuniis accipiendis; acceperat mutuum pecuniam; putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Bei genauerem Zusehen beweist aber auch diese Stelle nicht für die hier bekämpfte Meinung. Denn offenbar setzt der Verfasser derselben voraus, daß es in dem angestellten Prozesse zu einem Urtheil gekommen sei; der Kläger konnte nicht beweisen, was er zu beweisen hatte, und war deswegen abgewiesen worden. Durch das Urtheil aber erreicht die *Actio* freilich ihre Endschafft und der energische Ausdruck: consumpta est actio will sagen, daß sie in ihrem ganzen Bestande und nicht bloß nach dieser oder jener einzelnen Richtung, aufgehört habe zu existiren. — Auf einige andere Stellen, auf welche man sich berufen könnte, werde ich unten zurückkommen<sup>8)</sup>.

Findet so der Sag, daß durch die *Litiscontestatio* die *Actio* consumirt werde, in den Quellen keinerlei Anhalt, so läßt sich umgekehrt seine Unbegründetheit aus denselben in sehr überzeugender Weise darthun. Die *Litiscontestatio* consumirt die *Actio* so wenig, daß gerade sie es ist, welche die *Actio* fähig macht, Einflüssen zu widerstehen, welchen sie sonst unterliegt. Es sind das die Einflüsse, welche von dem Tod einer der Parteien oder dem Zeitablauf ausgehen.

<sup>7)</sup> L. 28. §. 2. D. de iud. (5. 1).

<sup>8)</sup> Note 36.

L. 139 pr. D. de R. 1. (50. 17).

Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent.

L. 8. §. 1. D. de fidei. et nomin. (27. 7).

— litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur<sup>9)</sup>.

In der That, wie könnte es auch anders sein? Wenn Jemandem eine Actio zugeschrieben wird, so heißt das, daß ihm nach gewissen Grundsätzen werde Recht gesprochen werden. Den Anspruch darauf sollte er verlieren, sobald das Rechtssprechen begonnen hat? Verliert man dasjenige, was Einem versprochen ist, dadurch, daß es Einem gegeben wird? Die Actio, welche Jemand nach der Litiscontestatio hat, ist dieselbe, welche ihm vorher versprochen war, und welche er insofern auch schon vorher hatte, nur nicht als eine wirkliche, sondern als eine bloß mögliche. Daß die Actio aus der Möglichkeit in die Wirklichkeit übergetreten ist, ist die einzige Aenderung, welche durch die Litiscontestatio an ihr hervorgebracht ist; stirbt dasjenige, was lebendig wird?

Nicht das also ist die Wirkung der Litiscontestatio, daß sie die vor ihr vorhandene Actio consumirt. Die Wirkung, welche sie in der That hat, ist, daß sie jede fernere Actio über denselben Gegenstand ausschließt. Es war ein althergebrachter römischer Rechtsatz, der sich fogar zum Sprüchwort verdichtet hatte, daß eine zweimalige Actio über denselben Gegenstand unzulässig sei. Die Zeugnisse für denselben, auch aus nichtjuristischen Schriftstellern, hat am Vollständigsten Bekker<sup>10)</sup> zusammengestellt, worauf es hier zu verweisen genügt. Nur folgende hebe ich heraus:

*Quinctil. inst. or. VII. 6. 1.*

— solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: bis de eadem re ne sit actio.

*Donat. ad Ter. Andr. III. 1. 7.*

Actum est — haec res secundum ius civile dicitur, in quo cavetur, ne quis rem actam apud iudices repetat.

*Cicero de amic. c. 22.*

Acta agimus, quod vetamur veteri proverbio.

<sup>9)</sup> Vergl. l. 26. D. de O. et A. (44. 7), l. 164. de R. (50. 17).

<sup>10)</sup> Die prozeßualische Consumption. Berlin. 1853. S. 3. Vergl. dazu jetzt Böschmann in den Schletter'schen Jahrbüchern II. S. 188—192, wo auch eine Vermuthung über den Ursprung der Regel (eine lex Petronia — Bekker [S. 4] will eher an das Juristenrecht gedacht wissen) aufgestellt ist.

Windscheid Actio.

In der That ist es nun aber auch gerade dieser Satz, welchen die herrschende Meinung im Sinne hat und welchen sie auszudrücken glaubt, wenn sie sagt, daß die Litiscontestation die Actio consumitur. Die Auffassung, von welcher sie dabei ausgeht, ist die, daß es über und vor der durch die Litiscontestation wirklich gewordenen Actio ein Recht auf Actio überhaupt gebe, von welchem jene nur eine Aeußerung sei, und welches durch diese seine Aeußerung untergehe. Diese Auffassung ist entschieden unrömisch. Wem Actio versprochen worden ist, dem ist Gericht versprochen, nicht zur beliebigen Wiederholung, sondern eben Gericht; hat er Gericht bekommen, so ist ihm gewährt worden, was ihm versprochen war, und er hat nun nichts mehr zu fordern. Aber deswegen darf man nicht sagen, daß er den Anspruch auf Gericht überhaupt verloren habe, eben weil er diesen Anspruch nie besessen hat.

Die Quelle dieser irrigen Auffassung ist offenbar wieder dieselbe Verkennung der wahren Bedeutung der Actio, gegen welche diese ganze Schrift gerichtet ist. Sieht man in der Actio das Resultat des Zusammenstoßes zwischen dem Recht und seiner Verletzung, die Reaction des Rechtes gegen die Verletzung, so muß sie allerdings als Anspruch auf richterliche Hülfe überhaupt erscheinen, auf richterliche Hülfe so lange, bis der Rechtsverletzung abgeholfen oder bis entschieden ist, daß keine vorliege, und wenn diese richterliche Hülfe vom Staate aus bewegenden Gründen dennoch nur einmal gewährt wird, so wird man freilich sagen müssen und können, daß durch diese einmalige Hülfe die Actio selbst aufgezehrt sei. Ganz anders, wenn die Actio nicht Attribut des Rechts (der Berechtigung), sondern selbstständiges Organ der Rechtsordnung ist, wenn die Rechtsordnung eben dadurch die Berechtigung eines Anspruchs anerkennt, daß sie für denselben ein Gericht verspricht. Auch dann freilich ist es möglich, daß die Rechtsordnung nicht bloß einmaliges Gericht, sondern Gericht bis zur Entscheidung verspricht; aber wenn sie das nicht thut, so wird man nicht sagen dürfen, daß sie dadurch ein an und für sich vorhandenes Recht beschränkt habe.

Daß, wenn über einen Rechtsstreit eine richterliche Entscheidung bereits erfolgt sei, derselbe nicht mehr aufgenommen werden dürfe, ist ein Satz, für den auch wir in unserem Rechtsbewußtsein ein vollkommenes Verständniß finden. Daß aber auch, wenn er nur begonnen habe, jeder folgende Streit über denselben Gegenstand unmöglich sein solle, ist ein Satz, für den uns das Verständniß fehlt. Nichtsdestoweniger ist er ein Fundamentalsatz des römischen Rechts. Man hat

sich denselben dadurch zurechtzulegen gesucht, daß man gesagt hat, in der Litiscontestation, in der Conception der Formel, liege bereits eine Vorentscheidung des Streites<sup>11)</sup>. Ich will dies nicht unbedingt bestreiten; aber ebensowenig kann ich es als unbedingt richtig zugeben. Wenn der Verkäufer mit dem Käufer über den Umfang der demselben obliegenden Verpflichtungen streitet und die Formel bekommt: *quidquid paret Nm Nm A° A° dare facere oportere ex fide bona*, wo ist da die Vorentscheidung<sup>12)</sup>? Das rechte Verständniß wird erst dadurch eröffnet, daß man die Selbstständigkeit anerkennt, welche das römische Recht der Actio zuschreibt. Wenn ein Recht nicht Gerichte zum Schutze der Rechte gibt, sondern Rechte, indem es Gerichte gibt, so erscheint es nicht bloß begreiflich, sondern natürlich, daß es seine Gerichte nur einmal gibt<sup>13)</sup>.

Fragen wir die Quellen, was durch die Litiscontestation consumirt werde, so geben uns dieselben die Antwort, daß es nicht die Actio, sondern die Obligatio sei. In der klassischen Stelle des Gajus, durch welche wir von der consumirenden Kraft der Litiscontestation überhaupt erst genügende Kenntniß erlangt haben<sup>14)</sup>, ist nicht von Actio die Rede, sondern von Obligatio. „Tollitur“, sagt Gajus in der Lehre von der Beendigung der Obligationen, nachdem er von Erfüllung und Novation gehandelt hat, „adhuc obligatio litis contestatione“, und im Laufe der Darstellung bemerkt er, daß nach der Litiscontesta-

<sup>11)</sup> Keller Litiscontestation S. 77. 78, *Stwiprospekt* Note zu 703 (2. Ausg.). — *Planck* Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeß S. 4. — *Buchka* Einfluß des Prozeßes auf das materielle Rechtsverhältniß I. S. 2. Vergl. jedoch denselben II. S. 5—7.

<sup>12)</sup> Gegen diese Auffassung hat sich auch *Bethmann-Hollweg* (*Lübinger kritische Zeitschrift* V. S. 77. 78.) mit Berufung darauf erklärt, daß die Consumtion in den Quellen nicht als Folge der Ertheilung der Formel, sondern eben der Litiscontestation bezeichnet würde, — ein Argument, welches mir freilich geringe Kraft zu haben scheint; denn mit der Litiscontestation war ja eben die Formel ertbeilt. Viel gewichtiger ist der Einwand, welchen *Keller* a. a. D. sich selbst macht, wie denn die consumirende Kraft der Litiscontestation sich für die Zeit erkläre, wo es noch keine Formeln gab.

<sup>13)</sup> Vergl. *Bekker* prozessualische Consumtion S. 118. „Nur das Eine scheint aus dem Wortlaut der Regel (bis de eadem re no sit actio) sich zu ergeben, daß das erste Entstehen derselben im Volksbewußtsein weniger aus der auf Schutz des Erkenntnisses gerichteten Absicht, als aus einer Grundanschauung von der Bedeutung und Autorität des gerichtlichen Verfahrens selbst hervorgegangen ist“. Im Uebrigen erkennt *Bekker* die Selbstständigkeit der Actio nicht an. Die Actio ist ihm Mittel, den Anspruch, welcher auf dem Rechte beruht, durchzusetzen, nicht dasjenige, wodurch der Anspruch ist. *A. a. D.* S. 46.

<sup>14)</sup> *Gaius* III. 180. 181.

tion „inutiliter intendo dari mihi oportere“. Dieses Letztere soll zwar nur gelten, wenn das *Judicium legitimum* gewesen sei<sup>15)</sup>; aber er fügt hinzu, daß entgegengesetzten Falls durch *Exceptio* dasselbe Resultat vermittelt werde. Ebenso sagt er an einer andern Stelle, daß, wenn der Käufer nicht die Vorsicht gebrauche, sich in die Formel eine *praescriptio* setzen zu lassen, „*totius illius iuris obligatio illa incerta actione: quidquid ab eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare facere oportet, per litis contestationem consumitur*“<sup>16)</sup>. Auch zwei in die Justinianischen *Digesten* aufgenommene Stellen<sup>17)</sup> bezeichnen als den Gegenstand der durch die *Litiscontestatio* bewirkten *Consumtion* die *Obligatio*.

Hiermit verhält es sich nun so. Wer ein Mal *Actio* erhalten hat, dem wird sie nicht zum zweiten Mal gegeben. Abgesehen von dieser *Actio* also, welche er jetzt hat, ist er ohne *Actio*. Ist er aber ohne *Actio*, so ist er auch ohne *Obligatio*.

Auch hier also tritt uns wieder dieselbe Erscheinung entgegen, welche wir bei dem Untergang der *Actionen* durch *Tod* und durch *Zeitablauf* kennen gelernt haben. Durch die *Aufhebung* der *Actio* wird auch die *Obligatio* aufgehoben. Auch hier ist keine Rede von einem Gegensatz zwischen *Recht* und *Klage*. *Actio* ist ein anderer Ausdruck für das *obligatorische Recht*<sup>18)</sup>; indem Jemandem *actio* und *obligatio* zugeschrieben wird, wird ihm zwei Mal Dasselbe zugeschrieben, jedesmal in einer besonderen Sprache. Das *Recht* sagt einmal: Jener ist dir dieses schuldig; dann: es wird dir hierauf gegen Jenen *Recht* gesprochen. — Aber auch hier ist zu wiederholen, was bereits oben in Betreff der *Verjährung* der *Actio* bemerkt wurde. Dadurch, daß festgestellt ist, daß die *Litiscontestatio* mit der *Actio* auch das *Recht* nimmt, ist über die Frage nicht entschieden, ob sie eine *naturalis obligatio* zurückläßt oder nicht. Auch hier ist wohl denkbar, daß das *römische Recht* anerkenne, daß nach natürlicher Betrachtung eine *Obligatio* zurückbleibe. Die Untersuchung aber, ob es das wirklich thue, gehört wieder nicht hierher. Hier ist wieder nur festzustellen,

<sup>15)</sup> Daß die Formel in *ius concepta* gewesen sei, was nach IV. 106. 107 die *Consumtion* *ipso iure* eintrete, ebenfalls erforderlich ist, sagt er voraus.

<sup>16)</sup> *Gainus* IV. 131. Die Worte: *per litis contestationem* sind zwar nicht sicher, aber deswegen der Sinn nicht weniger gewiß.

<sup>17)</sup> L. 2. D. de duobus reis (45. 2), l. 5. D. de fidei. (46. 1).

<sup>18)</sup> Die *actio in rem* ist nicht in gleicher Weise ein anderer Ausdruck für das dingliche *Recht*. Daher wird durch die *Realisirung* der *actio in rem* Nichts *consumirt*, — nur wieder eine fernere *Actio* ausgeschlossen.

daß für die Fortdauer der *naturalis obligatio* das kein Argument ist, daß die *litiscontestation* bloß der *Actio* beraubt<sup>19)</sup>.

Das Recht läßt aber die *Obligatio* auch nur dadurch untergehen, daß es zu einem Gerichte kommt, welches auf seiner eigenen Autorität, nicht auf der des Prätors beruht. Nur das *iudicium legitimum* hebt die *Obligatio* auf, nicht das *iudicium quod imperio continetur*. Der Unterschied zwischen den *iudicia legitima* und denjenigen, quae *imperio continentur*, ist noch nicht in jeder Beziehung aufgeklärt; so weit er hier in Betracht kommt, bleibt kein Dunkel. Er beruht nicht auf dem Inhalt des Gerichts, auf den Grundsätzen, nach welchen Recht gesprochen wird. „*Potest ex lege quidem esse iudicium*“, sagt Gaius<sup>20)</sup>, „*sed legitimum non esse, et contra ex lege non esse, sed legitimum esse*“, — und führt dies näher so aus: „*Si verbi gratia ex lege Aquilia vel Ovinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur iudicium, idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum iudicem interveniente peregrini persona. Et ex diverso, si ex ea causa, ex qua nobis edicto Praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur iudicium, legitimum est*“. Der Unterschied kann daher nur auf der Autorität beruhen, durch welche das *Judicium* besteht (das *Judicium* überhaupt, nicht: ein *Judicium* gerade dieses Inhalts), ob diese eine *lex* ist, oder das *imperium* des Magistrats. Nur ein *Judicium* der ersteren Art ist ein wirkliches *Judicium* für das *Civilrecht*. Wenn es zu einem *Judicium* der letzteren Art gekommen ist, ist es für das *Civilrecht* zu einem *Judicium* noch nicht gekommen. Also besteht in seinem Sinne auch die *Obligatio* noch fort; das *dari oportere* hat noch nicht aufgehört. Deswegen aber hat der Magistrat nicht weniger bereits einmal *Judicium* wirklich gegeben, und verweigert daher ein zweites, oder gewährt, wenn die *Thatsache* des ersten zweifelhaft ist, eine *Exceptio*<sup>21)</sup>. — Ein anderes Erforderniß der direkten

<sup>19)</sup> Von diesem Argumente ist namentlich bei der Controverse über die Wirkung des absolutorischen Urtheils Gebrauch gemacht worden. Vergl. Buchka Einfluß 2c. I. S. 168. — Bekker Consumption S. 285. Die richtige Auffassung bei Wächter Erörterungen III. S. 5. Note 8, S. 28. 29.

<sup>20)</sup> IV. 109.

<sup>21)</sup> Gaius III. 181. „*Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum pettero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere destit. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveari*“.

Consumtion ist, daß mit einer formula in ius concepta geklagt worden sei<sup>22)</sup>. Denn war die formula in factum concepta, so hat das dari oportere den Gegenstand eines Iudicium überall noch nicht gebildet; man kann daher auch nicht sagen, daß es aufgehört habe zu existiren, und bedarf, um sich gegen die Geltendmachung desselben vertheidigen zu können, einer Exceptio. — Was die nicht civilrechtliche Obligatio angeht, so ist dieselbe eigentlich gar keine Obligatio. Ein dari oportere ist hier gar nicht vorhanden, und kann daher auch nicht untergehen. Wer aus derselben zum zweiten Mal klagt, macht Thatsachen geltend, die er bereits einmal geltend gemacht hat, und die dadurch, daß sie bereits einmal geltend gemacht worden sind, nicht aufgehört haben, wahr zu sein; der Beklagte bedarf daher auf jeden Fall, um den zweiten Prozeß von sich abzuwehren, einer Exceptio<sup>23)</sup>.

Wenn aber die Obligatio durch die Litiscontestation deswegen consumirt wird, weil jede fernere Actio in Betreff derselben ausgeschlossen ist, so kann sie nicht consumirt sein, insofern die Actio, welche durch die Litiscontestation realisirt worden ist, fort dauert. Es ist dies eine Consequenz, welche in keiner Weise abgelehnt werden kann. Wenn die Rechtsordnung dadurch, daß sie sagt: ich gebe nicht mehr gerichtliche Verfolgung, auch die Anerkennung des Rechtsanspruchs zurückzieht, so zieht sie dieselbe nicht zurück, so lange sie noch gerichtliche Verfolgung gibt. Und so erkennen denn auch die Quellen

<sup>22)</sup> Gaius IV. 107. „At vero si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure postea nihilominus agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae“.

<sup>23)</sup> Wird aus einer civilis obligatio zuerst in ius, dann in factum geklagt, so ist in gleicher Weise zu sagen, daß die Thatsachen durch das Wegfallen des dari oportere nicht unwahr geworden sind. — Gegen die hier vertretene, zuerst von Keller (Litiscontestation zc. S. 117 fg.) aufgestellte Begründung der Nothwendigkeit der Exceptio in dem Falle, wo formula in factum concepta geklagt wird, hat sich Buchka (Einfluß des Prozeßes zc. I. S. 18 fg.) erklärt, aus Gründen, die mir nicht stichhaltig zu sein scheinen, für deren Widerlegung aber hier kein Raum ist. Er selbst stellt Alles auf die prätorische Natur der (im ersten Prozeß ertheilten) formula in factum concepta, kraft deren sie unmöglich auf die den Formularprozeß anordnenden Gesetze zurückgeführt werden könne. Diese Erklärung kommt (so sehr sich auch Buchka hiergegen verwahrt) darauf hinaus, daß legitimam iudicium nur dasjenige sei, in dem ein civilrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, — gegen welche Verwechslung doch Gajus ausdrücklich warnt. — Auch Bekker will das Gewicht auf die prätorische Natur der actio in factum concepta gelegt wissen, processualische Consumtion S. 280. S. dagegen Keller Civilprozeß Note 711. 712. (2. Ausg.).



bereitwillig an, daß die Accessionen der geltend gemachten Obligation durch die Litiscontestation nicht untergehen. „Lite contestata usurae currunt“, heißt es in l. 35. D. de usur. (22. 1)<sup>24)</sup>, und die bekannte l. 29. D. de nov. (46. 2) erklärt, daß es noch nie Jemandem in den Sinn gekommen sei, zu behaupten, daß durch die Litiscontestation das „privilegium dotis et tutelae“ untergehe. „Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem“. In gleicher Weise kann auch nach der Litiscontestation ein Bürge angenommen werden<sup>25)</sup>. Ebenso dauert das Compensationsrecht nach derselben fort.

L. 8. D. de compens. (16. 2)<sup>26)</sup>.

In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est —

Auch der später zum allgemeinen Recht gewordene Satz der Sabinianer: omnia iudicia esse absolutoria, muß hierher bezogen werden. Denn man kann von einem Einfluß des Prozesses auf die im Streit befangene Obligation nur dann reden, wenn sie selbst fort-dauert<sup>27)</sup>. — Dagegen läßt sich meiner Ansicht nach daraus, daß das Pfandrecht nach der Litiscontestation fortbesteht, ein Argument für die Fortdauer der Obligation nicht herleiten, — „quia suas condiciones habet hypothecaria actio“, und es bei derselben nicht sowohl darauf ankommt, daß der Schuldner noch obligirt, als vielmehr darauf, daß der Gläubiger noch nicht befriedigt sei<sup>28)</sup>. — Aber auch nur soweit die Actio reicht, besteht die Obligatio fort. Sind daher in einer und derselben Obligatio mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner, und einer von ihnen klagt oder wird beklagt, so hören die übrigen auf, Gläubiger und Schuldner zu sein<sup>29)</sup>.

Die herrschende Meinung läßt die Obligation durch die Litis-

<sup>24)</sup> Vergl. Wächter Erörterungen III. S. 12. Note 30 und 30a. — Savigny System V. S. 143. 157 fg. — L. 1. C. de ind. (3. 1) kann doch kaum anders verstanden werden, als dahin, daß durch die Anstellung der Actio auf die Zinsen die Zinsobligation nicht ganz, sondern nur insofern consumirt werde, als sie in iudicium deducta sei.

<sup>25)</sup> L. 8. §. 3. D. de fidei. (46. 1) (vergl. S. 57). Ueber l. 50. §. 2. D. de pec. (15. 1) s. S. 56.

<sup>26)</sup> Vergl. l. 18 pr. eod.

<sup>27)</sup> Wächter Erörterungen III. S. 25 — 27. Ueber l. 60. pr. D. de cond. ind. (12. 6) s. S. 57.

<sup>28)</sup> L. 13. §. 4. D. de pign. (20. 1), l. 11. pr. D. de pign. act. (17. 7).

<sup>29)</sup> L. 2. D. de duob. reis (45. 3), l. 5. D. de fidei. (46. 1), l. penult. C. de fidei. (8. 41), Paul. Sent. II. 17. §. 16.

contestation schlechthin untergehen<sup>30)</sup>. Da fragt es sich denn, wie sie die im Vorstehenden angegebenen Wirkungen erklärt. Zweierlei wird zu diesem Ende beigebracht, auch wohl Beides mit einander combinirt<sup>31)</sup>. Zuerst wird geltend gemacht, daß durch die Litiscontestation nicht bloß die alte Obligation vernichtet, sondern auch eine neue geschaffen werde, und zwar nur eine der Form nach neue, materiell aber mit der vernichteten identische, so daß diese letztere eigentlich in der neuen fortlebe. Von dieser durch die Litiscontestation angeblich neu geschaffenen Obligation wird sogleich noch die Rede sein; hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß auch die durch Novation neu geschaffene Obligation mit derjenigen, an deren Stelle sie gesetzt ist, materiell vollkommen identisch sein kann, ohne daß deswegen deren Accessionen fortlebten. Eine andere Meinung sucht die Erklärung für die fortdauernde Wirksamkeit der durch die Litiscontestation beseitigten Obligation in der Annahme, daß die Beseitigung derselben keine vollständige sei; ihr naturales Moment werde von der Litiscontestation nicht berührt<sup>32)</sup>. Es wird nöthig sein, die Quellenzeugnisse, welche für diese Meinung beigebracht worden sind, einer Prüfung zu unterwerfen, weil durch sie, wenn sie beweisen, was sie beweisen sollen, auch das bewiesen wird, daß die Obligation die Litiscontestation nur als naturalis, nicht, wie hier behauptet worden ist, als civilis überdauere.

Die erste dieser Stellen ist l. 50. §. 2. D. de pec. (15. 1).

Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset: eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur,

<sup>30)</sup> Dagegen hat sich auch Bekker (prozessualische Consumption S. 279) erklärt. Als Grund führt er an, daß sonst der Judez hätte absolviren müssen. Keller (Civilproceß Note 705. 2. Ausg.) bemerkt dagegen: das war den Römern zu spitzfindig, — was mir keine Widerlegung zu sein scheint. Eine wirkliche ist, daß der Judez auf den Zustand zur Zeit der Litiscontestation zu sehen hatte.

<sup>31)</sup> Keller Litiscontestation und Urtheil S. 99 — 102. — Kierulff Theorie u. S. 275. — Wächter Erörterungen III. S. 22 fg. — Buchka Einfluß u. I. S. 169. 170.

<sup>32)</sup> Von der Pfordten (Archiv für civilistische Praxis XXIV. S. 140 fg.) will unterscheiden zwischen dem Fall, wo die Litiscontestation ipso iure, und demjenigen, wo sie nur ops exceptionis wirkt. In jenem Falle bleibe eine Obligatio übrig, nicht in diesem.

*quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.*

Diese Stelle scheint allen Zweifel entfernen zu müssen, da sie mit klaren Worten sagt, daß es die *naturalis obligatio* sei, welche vom Prozesse nicht berührt werde. Allerdings; aber in Beziehung auf wessen Obligation sagt sie das? Sie sagt es nicht in Beziehung auf die Obligation des Beklagten, sondern in Beziehung auf die Obligation des nicht Beklagten, sie sagt es nicht für die Obligation, für welche die *Actio* noch fort dauert, sondern für die Obligation, für welche sie beseitigt ist (hier: beseitigt sein würde, wenn sie überhaupt existirt hätte). Das ist aber eben die Frage, welches der Zustand der Obligation nach der *Litiscontestation* sei, so lange sie von ihrer *Actio* noch begleitet ist. — In derselben Weise erklärt sich folgende Stelle.

L. 60. pr. D. de cond. ind. (12. 6).

*Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.*

Julian stützt seine Entscheidung hier nicht auf den Rechtszustand, welcher während der Dauer des Prozesses vorhanden ist, sondern auf denjenigen, welcher nach Beendigung des Prozesses vorhanden sein wird, zu einer Zeit also, wo die *Actio* in der That beseitigt ist. Für diese Zeit erklärt er, daß der Schuldner, auch wenn er aus dem Urtheil nicht haften sollte, auf jeden Fall aus der ursprünglichen Obligation *naturaliter* verpflichtet zu sein fortfahre<sup>33</sup>). — Endlich ist noch ein Wort von l. 8. §. 3. D. de fidei. (46. 1) zu sagen. Derselbe lautet in den hierher gehörigen Worten:

*Et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio.*

Die herrschende Meinung versteht diese Stelle so, daß dieselbe von zwei verschiedenen Obligationen rede, der durch die *Litiscontestation* neu geschaffenen (*civilis*), und der ursprünglichen (*naturalis*). Diese

<sup>33</sup>) Auch l. 8. §. 1. D. ratam rem (46. 8) spricht nur von dem nach Beseitigung der *Actio* stattfindenden Zustande, — „*mox dominus de eadem pecunia egit et litem amisit*“. Ob diese Worte von der Prozeßverfährung, oder von dem freisprechenden Urtheil zu verstehen sind, ist hier gleichgültig.

Annahme zweier Obligationen ist aber offenbar nicht nothwendig. Die Stelle kann auch sehr wohl sagen wollen, daß die eine nach der Litiscontestation vorhandene Obligation eine Obligation sowohl nach rechtlicher als nach natürlicher Betrachtung sei. Versteht man sie so, so enthält sie umgekehrt ein positives Zeugniß für die hier vertheilte Meinung.

Die Obligation, welche im Prozesse verfolgt wird, dauert also auch nach der Litiscontestation ungeschwächt fort. Wenn das nun aber auch der Fall ist, so läßt sich denn doch auf der anderen Seite nicht verkennen, daß der jetzt stattfindende Zustand von demjenigen, welcher früher vorhanden war, sich wesentlich unterscheidet. Freilich dauert die Obligation fort, aber doch nur als „*inclusa hoc iudicio*“<sup>34)</sup>. Früher sprach die Rechtsordnung, z. B. zum Verkäufer: 1) der Käufer muß dir leisten Alles, was recht und billig ist, 2) ich werde dir gegen den Käufer ein Gericht geben auf Alles, was recht und billig ist. Jetzt hat sich dieses Zwiefache in Eines zusammengezogen; die Obligatio ist in das Iudicium aufgegangen. Auch jetzt ist nicht bloß ein Iudicium vorhanden, sondern auch eine Obligatio; aber die Obligatio doch nicht mehr als Selbständiges, sondern nur als Agens des Iudicium, und in ihrem Erfolge von dem Resultate desselben abhängig. In der Wirklichkeit erhält der Gläubiger nicht, was die Obligatio besagt, sondern was ihm im Iudicium zugesprochen wird. Und noch mehr, — das Iudicium hat jetzt erst sichtbare Existenz gewonnen. Das Iudicium, welches jetzt besteht, ist kein anderes, als dasjenige, welches früher versprochen war; aber vorher war es eben auch nur ein mögliches, jetzt ist es ein reales. Faßt man dieses zusammen, so ergibt sich die Vorstellung, daß der Berechtigte vor der Litiscontestation Obligatio hat, nach der Litiscontestation Iudicium. Und es ist bekannt, daß diese Vorstellung in der That den römischen Juristen geläufig war. „*Tollitur adhuc*“, sagt Gajus<sup>35)</sup>, „*obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere*“. Damit ist die Idee der Novation gegeben, und es ist eben so bekannt, daß auch diese in den Quellen auftritt. Aber man sieht leicht, daß die Litiscontestation doch mehr an die Novation erinnert, als daß sie in ihrem Wesen mit ihr identisch

<sup>34)</sup> Wie es von der Actio in l. 139. pr. D. de R. I. (50. 17) heißt.

<sup>35)</sup> III. 180.

wäre. Denn juristisch hat sich ja nichts geändert; es ist die alte *Obligatio* vorhanden und die alte *Actio*. Nur die Erscheinung ist eine andere geworden. Mag daher immerhin Ulpian den Satz, daß der Verkäufer einer Erbschaft nicht bloß die zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden gewesenen Erbschaftsansprüche, sondern ebenso die von ihm selbst später begründeten abtreten müsse, auch dahin ausführen: „sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem, praestare debet hanc ipsam actionem quam nactus est“<sup>36</sup>): mehr als eine Anerkennung der Ähnlichkeit zwischen dem novare und in iudicium deducere in der Erscheinung liegt darin nicht. Auf jeden Fall geben die römischen Juristen ohne Bedenken den Begriff der *Novation* in dem Augenblicke auf, wo es sich darum handelt, Konsequenzen aus demselben zu ziehen.

L. 29. D. de nov. (46. 2).

*Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur [si id specialiter actum est], quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.*

Bekanntlich sieht die herrschende Meinung in der *Litiscontestatio* eine wirkliche *Novation*. Wie sie die *Obligatio*, welche bis dahin bestanden hat, ganz und vollständig (auch für diesen Prozeß) untergehen läßt, so läßt sie durch dieselbe, wie schon oben bemerkt wurde, eine andere entstehen. Sie läßt durch sie den Schuldner seiner Fessel

<sup>36</sup>) L. 2. §. 8. D. de her. vend. (18. 4). Dagegen darf eine andere Stelle, in welcher geradezu der Ausdruck *novatio* mit Beziehung auf die *Litiscontestatio* vorkommt, — Vat. fr. §. 263 — deswegen nicht hierher gezogen werden, weil dieselbe diesen Ausdruck nicht von der *Litiscontestatio* als solcher, sondern von derjenigen *Litiscontestatio* gebraucht, welche mit einem Anderen als dem wirklichen Gläubiger gemacht wird, und daher die *Actio* in der That an einen Andern bringt. — Daß übrigens die genannte l. 2. §. 8. de her. vend. von einem in iudicium deducere actionem spricht, erklärt sich daraus, daß sie offenbar die *Actio* ganz mit der *Obligatio* identifiziert, nur ihre materielle Bedeutung, nicht ihre prozessualische Seite in's Auge faßt. Vergl. den Anfang der Stelle: „Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit, praestari emtori debere. — Die in dieser Note behandelten Stellen sind diejenigen, von welcher oben (zu Note 8) gesagt wurde, daß sie noch für die Meinung geltend gemacht werden könnten, als consumire die *Litiscontestatio* die *Actio*.

zwar ledig werden, aber nur um eine andere dafür umzutauschen. Als Gegenstand dieser Obligation wird allgemein das durch das Urtheil Festzustellende bezeichnet; im Uebrigen finden sich über das Wesen derselben abweichende Meinungen<sup>37)</sup>. Zwei Auffassungen stehen sich hier gegenüber, obgleich der Gegensatz derselben bei den einzelnen Schriftstellern nicht immer scharf hervortritt. Nach der einen — verbreitetesten — enthält die Litiscontestation eine Unterwerfung des Beklagten — oder, wie Andere sagen, der Partheien — unter das zu fallende Urtheil. Diese Unterwerfung erscheint als der Grund der verbindenden Kraft des Urtheils, wobei man nur wieder darüber nicht einverstanden ist, ob dasselbe wenigstens formal selbstständige Bedeutung habe, oder ob es lediglich als Erfüllung der Bedingung der durch die Litiscontestation geschaffenen Obligation, als ihre „Purificirung“ wirke. An dieser Zurückführung der Autorität des Urtheils auf etwas außerhalb seiner selbst Liegendes nimmt die entgegenstehende Auffassung Anstoß. „Sollten wirklich die Römer“, fragt Keller<sup>38)</sup>, „zur Zeit der *formulae* von der staatsrechtlichen Kraft des Richteramtes gar keinen Begriff gehabt haben“? Deswegen wird die verbindende Kraft des Urtheils lediglich auf die Ordination des *Judicium* zurückgeführt. Also: *iudicio reus tenetur*, und weil das *Judicium* mit der Litiscontestation beginnt: *litis contestatione tenetur*. Gewiß ist dies das Richtige. Der Jüder condemnirt den Beklagten nicht, weil derselbe sich seinem *Judicium* unterworfen hat, sondern weil er vom Magistrat angewiesen ist, ihn zu condemniren. Aber dieses *Judicium* selbst, ist das denn etwas Neues? Ist es nicht dasselbe, welches auch vor seiner Realisirung, vor der Litiscontestation, dem Kläger zustand? *Venditor emti iudicio, emti actione tenetur*, — von demselben *Judicium*, von derselben *Actio* vor und nach der Litiscontestation. Es ist nur realisirt worden, was vorher lediglich als Recht existirte. Realisation eines Rechtes ist keine *Novation*<sup>39)</sup>.

<sup>37)</sup> Keller *Litiscontestation und Urtheil* S. 14, *Allgem. Literaturzeitung* 1846. Nro. 189. 190, *Civilprozeß* S. 60. — Bethmann-Hollweg *Rübinger kritische Zeitschrift* V. S. 81. 82. — Kierulff *Theorie* x. S. 274. — Buchta *Institutionen* II. S. 172. — Wächter *Erörterungen* III. S. 4. 6. — Savigny *System* VI. S. 34. 35. — Buchta *Einfluß* x. S. 7.

<sup>38)</sup> *Allgem. Literaturzeitung* 1846. S. 359. Der Zwiespalt dieser beiden Auffassungen stellte sich sogleich durch die Recension Hollweg's über die Keller'sche Schrift (*Rübinger kritische Zeitschrift* a. a. D.) heraus.

<sup>39)</sup> Auch Bekker *processualische Consumption* S. 294 fg. leugnet, daß in der Litiscontestation eine wirkliche *Novation* liege. Seine Gründe sind 1) weil dieselbe doch eine *naturalis obligatio* übrig lasse; 2) (wenn ich ihn wenigstens

Die erste der hier bezeichneten Auffassungen scheint eine entschiedene Stütze zu finden, und hat gewiß größtentheils ihren Ursprung in dem Umstande, daß in den Quellen die *litiscontestatio* mit dem Begriff des Vertrages in Verbindung gebracht wird. Einige Schriftsteller sind nun so weit gegangen, zu behaupten, daß die *litiscontestatio* wenigstens ursprünglich und bei der directen Consumtion ein wirklicher Vertrag gewesen sei<sup>40)</sup>, andere sind bei der Annahme eines Quasicontractes oder fingirten Vertrages stehen geblieben. Was in dieser Beziehung in den Quellen vorliegt, ist Folgendes<sup>41)</sup>. Von der durch das Urtheil begründeten *Actio* wird gesagt, daß sie gegen das *Peculium* selbst dann geltend gemacht werden könne, wenn dasselbe dem ursprünglichen Ansprüche nicht verhaftet gewesen sei, — „nam sicut in stipulatione contrahitur, — ita contrahi iudicio“<sup>42)</sup>. Damit soll gesagt sein, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch nicht nach der Seite der Delictsansprüche, sondern nach der Seite der Contractansprüche falle, und eben deswegen auch das *Peculium* ergreife<sup>43)</sup>. In diesem weiteren Sinne kommt der Ausdruck *contrahere* auch sonst in den Quellen vor<sup>44)</sup>. Daß aber der Urtheilsanspruch überhaupt auf das *Judicium*, d. h. das durch die *litiscontestatio* realisirte *Judicium*, zurückgeführt wird, erklärt sich einfach aus dem

recht verstehe) weil, was in Folge der *litiscontestatio* beseitigt werde, nicht eigentlich durch sie beseitigt werde, sondern durch die Rechtsregel: *de eadem re no bis  $\mathbb{K}$  actio*. Auf diesen letzteren Grund wäre zu erwidern, daß die beseitigende Thatsache denn doch immer der Beginn der *Actio* wäre, d. i. eben die *litiscontestatio*.

<sup>40)</sup> Vergl. Buchta Institutionen II. §. 172, Note x. Auf die *obligatio iudicati* solvi darf man sich schon deswegen nicht berufen, weil sie auch fehlen konnte.

<sup>41)</sup> Man begegnet auch wohl der Berufung auf l. 3. pr. iudic. solvi (46. 7). Hier kommt ein Ausdruck vor, der sehr hierher zu gehören scheint, (*Savigny* System VI. §. 258. Note r.), — „sententiae se subdiderrunt“. Aber er wird nicht von den Parteien gebraucht, sondern von den Bürgen, die für die Erfüllung des von einem bestimmten Richter zu fällenden Urtheils eintreten.

<sup>42)</sup> L. 3. §. 11. D. de pec. (15. 1). „Idem scribit, iudicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem“.

<sup>43)</sup> L. 58. D. de R. I. (50. 17).

<sup>44)</sup> Vergl. l. 1. D. de rel. (11. 7). „Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede“. L. 3. §. 3. D. quib. ex causis (42. 4): — „etenim videtur impubes contrahere, cum adiit hereditatem“. L. 4. eod. l. 20. D. de iud. (5. 1).

im Vorstehenden Entwickelten. Der erscheinende Grund der Condemnation ist allerdings dieses Judicium, obgleich es rechtlich nichts Neues ist, sondern eben Realisation des auch vorher vorhandenen. — Anders verhält es sich mit einer zweiten Stelle, welche gewöhnlich hierher gezogen wird. „Defensor tutoris condemnatus“, heißt es in l. 22. D. de tutelae (27. 3), „non auferet privilegium pupilli; neque enim sponte cum eo pupillus contraxit“. Hier wird der Begriff des contrahere nicht auf die Litiscontestation als solche, sondern auf die mit einem Andern als dem wirklichen Gläubiger gemachte Litiscontestation bezogen. Dadurch wird in der That eine Verhaftung begründet, welche früher nicht vorhanden war, und wenn man einmal den Ausdruck contrahere im weiteren Sinne, und nicht bloß für die Abschließung einer Uebereinkunft gebrauchen will, so kann man hier mit Wahrheit sagen, daß „iudicio contrahitur“<sup>45)</sup>.

Aus der Idee der in der Litiscontestation liegenden Unterwerfung unter das Judicium wird von den Schriftstellern vielfach auch der Satz hergeleitet, daß das Urtheil in seinen Voraussetzungen und seinem Inhalt auf die Zeit der Litiscontestation zurückbezogen werden solle. Ein Anhalt hierfür in den Quellen ist nicht vorhanden. Auch abgesehen hiervon scheint mir auf der Hand zu liegen, daß dieser Satz aus jener Idee keineswegs mit Nothwendigkeit folgt. Wenn Zwei übereinkommen, daß es mit einem zwischen ihnen streitigen Rechtsverhältnisse so gehalten werden solle, wie ein Dritter bestimmen werde, so kann ihre Absicht darauf gehen, daß Derselbe auf den gegenwärtigen Zustand, sie kann aber auch die sein, daß er auf den Zustand zur Zeit seines Spruches sehen solle. Man kann sagen, daß Jenes das Wahrscheinlichere sei; das Nothwendige ist es nicht. Ganz in derselben Weise verhält es sich, wenn ein Dritter, der dazu befugt ist, — der Prätor, der Staat, — eine Person zur Entscheidung eines Rechtsstreites niedersezt. Auch er kann das Eine und das Andere gewollt haben; das Wahrscheinlichere wird auch hier sein, daß er das Erstere gewollt habe. Und so ging denn auch die

<sup>45)</sup> Keller (Allg. Litteraturzeitung S. 363 fg.) scheint mir bei der Erklärung der Zusammenstellung der Litiscontestation mit dem Contracte zu viel Gewicht auf die mögliche Vereinbarung der Partheien in Betreff der Formel zu legen. „Die Partheien verhandeln mit einander in Einigkeit und Uneinigkeit. Dies ist beim contrahere auch der Fall, nur daß hier mehr die Einigkeit, dort mehr die Uneinigkeit vorherrschen mag“. Beim contrahere herrscht die Einigkeit nicht vor, sondern ist ausschließlich vorhanden, während sie bei der constitutio iudicii auch ganz fehlen kann.



Absicht des römischen Magistratus, der einen Iudex zur Entscheidung bestellte, wirklich dahin, daß derselbe entscheiden solle mit Rücksicht auf die Zeit seiner Bestellung. Das genügt vollkommen zur Erklärung jenes Satzes; die Idee des Vertrags trägt zu seiner Erklärung nichts bei. — Uebrigens ist bekannt, daß er im römischen Rechte denn doch nur mit großen Modificationen durchgeführt worden ist. Was in dieser Beziehung die Voraussetzungen der Verurtheilung angeht, so ist darüber hier eine nähere Bemerkung nicht zu machen; es ist aus dem Detail dieser Lehre für die hier verhandelte Frage nichts zu gewinnen. Dagegen ist mit Rücksicht auf dieselbe, was den Inhalt des condemnatorischen Urtheils angeht, Folgendes zu bemerken. Das Resultat der hier auftretenden römischen Bestimmungen ist das, daß der Kläger zwar im Uebrigen Alles erhalten solle, was er gehabt haben würde, wenn er sogleich zur Zeit der Litiscontestation befriedigt worden wäre, mit der Maaßgabe jedoch, daß vom Beklagten nicht mehr verlangt werden dürfe, als die Sorgfalt eines guten Hausvaters<sup>46)</sup>. Bleibt man nun bei dieser Fassung der Regel stehen, so enthält sie die Vorschrift, daß der Beklagte die Sorgfalt eines guten Hausvaters auf den Prozeßgegenstand verwenden müsse, nicht: sie befreit bloß den sorgfältigen Beklagten von einer ihn an und für sich betreffenden Verhaftung. Man kann aber auch aus jener Regel den Satz, daß der Beklagte nach der Litiscontestation für Alles hafte, was gegen die Sorgfalt eines guten Hausvaters verstoße, herausgreifen, und vergleicht man dann in dieser Beziehung den vor der Litiscontestation stattfindenden Zustand, wo dies nicht der Fall war, so kommt man zu dem Resultate, daß die Litiscontestation die Verpflichtung zur Aufwendung der bezeichneten Sorgfalt erzeuge. —

Hiermit ist der Uebergang zur Betrachtung der positiven Wirkungen, welche der Litiscontestation zukommen, gemacht. Es ist aber in dieser Beziehung zunächst wieder zu bemerken, daß nicht alle positiven Wirkungen, welche sich an die Litiscontestation anknüpfen, Anspruch darauf haben, in der Darstellung, welche hier gegeben wird, hervorgehoben zu werden. Denn die Aufgabe dieser Darstellung ist, wie bereits oben ausgesprochen wurde, nicht, eine vollständige Entwicklung des Rechtes der Litiscontestation zu geben; sondern es soll bloß untersucht werden, welchen Einfluß dieselbe auf die Actio ausübt. Die Frage ist nicht: welches ist die Wirkung der Realisirung

<sup>46)</sup> Er müßte denn im bösen Glauben (*malae fidei possessor* oder in *mora*) sein.

der Actio, eine Frage, welche gleichbedeutend ist mit dieser: welches ist die Wirkung des Beginns des Gerichts? sondern: welches ist die Wirkung der Realisirung der Actio auf diese selbst? Daher ist hier nicht zu reden von der mit der Litiscontestation eintretenden Unveräußerlichkeit des Prozeßgegenstandes, nicht davon, daß der Nichtbesitzer als Besitzer verurtheilt wird, wenn er, seinen Nichtbesitz kennend, sich auf den Prozeß eingelassen hat, nicht von manchen anderen Rechtsätzen, die sich an die Litiscontestation anlehnen<sup>47)</sup>. Dagegen gehört allerdings hierher der Satz, von welchem zuvor zuletzt die Rede gewesen ist. Denn in ihm tritt eine Umgestaltung der Actio selbst durch die Litiscontestation hervor. Vor der Litiscontestation war derjenige, welcher der Actio, dem Anspruch unterworfen ist, zur Aufwendung von Sorgfalt im Interesse des Berechtigten nicht verpflichtet, jetzt ist er es. Der Anspruch gegen ihn ist intensiver geworden, das Band, welches ihn bindet, ist mehr angezogen worden. — Aber nicht bloß dieser Satz gehört hierher: die Litiscontestation übt noch einen ferneren Einfluß auf die Actio aus, welche sich durch sie realisiert. Von diesem Einfluß ist im Vorbeigehen schon oben die Rede gewesen. Die Litiscontestation macht die Actio auch fähig, Thatsachen zu widerstehen, welchen sie vorher unterlegen wäre. Diese Thatsachen sind: Zeitablauf und der Tod der Partheien. Die Actio, welche als bloß mögliche durch den Ablauf einer gewissen Zeit untergegangen wäre, lebt als realisirte, als „*inclusa iudicio*“ fort, und das *Judicium*, welches als versprochenes auf die Person des Berechtigten oder Verpflichteten beschränkt war, geht als „*acceptum*“ auf seine Erben über<sup>48)</sup>. Mit anderen Worten ausgedrückt, lauten diese Sätze so: dasjenige, was beschränkt ist, ist nicht sowohl die Actio selbst, als das *dare actionem*, nicht sowohl das *Judicium*, als das Niedersetzen des *Judicium*. Indem aber die versprochene Actio, das versprochene *Judicium* als gegenwärtiges Recht aufgefaßt wird, ergibt sich von selbst der Ausdruck: *actio, iudicium tempore, morte finitur*. — Etwas anders als mit den übrigen nicht vererblichen Actionen verhält es sich mit den *populares actiones*<sup>49)</sup>. Die *popularis actio* ist keinem Be-

47) Vergl. Keller Litiscontestation und Urtheil S. 23.

48) L. 139. pr. D. de R. I. (50. 17). „*Omnes actiones, quae tempore aut morte pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent*“. L. 164. eod. „*Poenalia iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt*“. Vergl. oben S. 48. 49.

49) L. 8. D. de popul. act. (47. 23). „*Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur*“.

stimmt versprochen: das *Judicium* hat Keiner, *antequam acceptum*<sup>50)</sup>. Ist es gegeben, so steht es jedem andern *Judicium* gleich, und wird wie dieses vererbt.

Für die herrschende Meinung bietet sich eine sehr naheliegende Erklärung auch dieser Wirkungen der *Litiscontestation* in der neuen Obligation, welche sie durch dieselbe entstehen läßt. Eben weil diese Obligation eine neue ist, sagt man, ist sie auch frei von den Hemmungen, welche dem früheren Rechtsverhältniß entgegenstanden<sup>51)</sup>. —

Es ist bisher nur von dem kraftsteigernden Einfluß gesprochen worden, welchen die *Litiscontestation* auf die *Actio* ausübt. Nach einer andern Seite aber übt sie auf dieselbe einen kraftmindernden Einfluß aus. Die *Actio*, welche zum *Judicium* geworden ist, unterliegt einer Verjährung, welcher sie früher nicht unterworfen war. Es ist dies die bekannte Prozeßverjährung, über welche hier nichts Näheres bemerkt zu werden braucht<sup>52)</sup>.

## §. 9.

### IV. Die *Actio* in ihrer Verwirklichung.

#### 1. *Litiscontestation* (Fortsetzung).

Es ist bisher nur vom classischen römischen Rechte die Rede gewesen. Was das Justinianische Recht angeht, so ist in demselben die negative Wirkung der *Litiscontestation* nicht verschwunden, aber abgestorben. Der Behauptung, daß sie „völlig ohne irgend einen Ueberrest“ untergegangen sei<sup>1)</sup>, ist in der neueren Zeit entgegengetreten worden<sup>2)</sup>, und wie mir scheint, mit Grund. Man hat auf die vielen von den Compilatoren recipirten Pandektenstellen aufmerksam gemacht, in denen von ihr die Rede ist, so wie darauf, daß Justinian noch im

<sup>50)</sup> Daher l. 7. §. 1. eod.: — „qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior“. — Wenn es auch von der *iniuriarum actio* heißt, daß sie „in bonis nostris non computatur, *antequam litem contestetur*“ (l. 28. D. de iniur. 47. 10), so hat das den Sinn, daß es nicht sicher ist, daß jeder Beleidigte die Beleidigung als Quelle einer Bereicherung betrachten wird.

<sup>51)</sup> Bethmann-Hollweg in der Tübinger kritischen Zeitschrift V. S. 80. — Rierulff Theorie zc. S. 276. — Wächter Erörterungen III. S. 90. 111. — Savigny System VI. S. 64, vergl. jedoch S. 55. — Buchka Einfluß zc. I. S. 172.

<sup>52)</sup> Gaius IV. 103—105.

<sup>1)</sup> Savigny System VI. S. 25 — Wächter Erörterungen III. S. 38 fg.

<sup>2)</sup> Buchka Einfluß zc. II. S. 1 fg. — Bekker prozeßualische Consumption S. 11. fg. — Wegell Civilprozeß S. 81.

Windscheid *Actio*.

Jahre 531 sich veranlaßt gesehen habe, eine einzelne Consequenz derselben — die Befreiung des Hauptschuldners durch die Belangung des Bürgen und umgekehrt — aufzuheben<sup>3)</sup>. In gleicher Weise war einige Zeit vorher eine andere Consequenz derselben — die Befreiung des Schuldners durch plus petitio tempore — von Zeno aufgehoben worden<sup>4)</sup>. Aber gerade diese Bestimmungen, und daß den Urhebern derselben dabei unser Princip nicht die geringste Schwierigkeit gemacht zu haben scheint<sup>5)</sup>, beweist, was so eben ausgesprochen wurde, daß daselbe abgestorben war. So glaubte auch Justinian gar nichts in dieser Beziehung Besonderes zu verfügen, als er bestimmte, daß bei Abwesenheit des Klägers der Beklagte unter Umständen nur von der Instanz absolvirt werden solle<sup>6)</sup>. Ja schon als Theodosius II. vorschrieb, daß von dem Momente, wo der Prozeß liegen geblieben sei, die dreißigjährige Verjährung wieder Platz greife, — an deren Stelle dann Justinian später die vierzigjährige gesetzt hat, — ging er offenbar von der Voraussetzung aus, daß nach der Litiscontestation die Anstellung einer Klage an und für sich noch möglich sei<sup>7)</sup>. In dieser Beziehung hat sich also nun die moderne Auffassung der Actio, wonach sie nichts Selbständiges ist, sondern eine Dienerin des Rechtes, bereits im römischen Recht mit Entschiedenheit geltend gemacht. Ist

3) L. 28. C. de fidei. (8. 41).

4) §. 33. I. de act. (4. 6), §. 9. I. de exc. (4. 13).

5) L. 28. cit. „— Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittitur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit ius creditoris mutilare“?

6) Wenn die bisherigen Verhandlungen dem Richter noch nicht die Möglichkeit, die Sachlage zu durchschauen, ergeben hätten, oder auf Antrag des Beklagten, l. 13. §. 2. 5. C. de iud. (3. 1). Nur auf den letzten Fall paßt das von Wegeßl a. a. O. vorgebrachte Argument, daß in dem Ausbleiben des Klägers und dem Antrage des Beklagten eine Uebereinkunft liege, den Prozeß fallen zu lassen.

7) L. un. C. Th. de act. certo tempore finiendis (4. 14), l. 9. C. I. de praeser. XXX. (7. 39). Es scheint mir keinem Zweifel zu unterliegen, daß durch diese Vorschriften nicht die Dauer des erhobenen Prozeßes, sondern die Anstellung einer neuen Klage hat beschränkt werden sollen. „Quae ergo ante non motae sunt actiones“, sagt Theodosius, „— vivendi ulterius non habeant facultatem“. Dann fügt er hinzu: „in eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam — tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur“. In eandem rationem recasuris — die angestellten Klagen werden durch den Ablauf von 30 Jahren zu nichtangestellten. Durch die Anstellung der Klage wird die Verjährung unterbrochen, aber nicht für immer.

sie das, so stellt es sich, wie schon oben gezeigt wurde, als das Naturgemäße dar, daß sie so lange zugelassen werde, bis sie ihren Zweck, die Herbeiführung einer Entscheidung, erreicht hat.

Es scheint mir auf der Hand zu liegen, daß die herrschende Meinung, indem sie anerkennt, daß die negative Wirkung der Litescontestation im Justinianischen Rechte verschwunden sei, für dasselbe auch die ihr zugeschriebene Wirkung, eine neue Obligation zu erzeugen, hätte aufgeben sollen. Denn diese Wirkung ist ja nach jener Ansicht nur die Rehrseite der negativen, der Ersatz für das durch dieselbe Vernichtete. Wo nichts weggenommen ist, kann auch von Ersatz nicht die Rede sein.

Von den positiven Wirkungen, welche das classische römische Recht der Litescontestation wirklich zuschreibt, sind ihr zwei, die Steigerung der Verbindlichkeit des Beklagten, und die Ausschließung des Untergangs des Anspruchs durch Tod, auch im Justinianischen Recht verblieben. Dagegen ist von der Begründung einer neuen Verjährung durch die Litescontestation in demselben nicht mehr die Rede, während die Unterbrechung der laufenden Verjährung an einen früheren Punkt des Prozesses, an die Anstellung der Klage (Einreichung und Mittheilung der Klageschrift), angeknüpft erscheint. — Ob dieser letztere Satz durch ein das frühere Recht abänderndes Gesetz eingeführt worden ist, wissen wir nicht; l. 7. pr. C. de praescr. XXX. (7. 39) scheint auf ein solches hinzudeuten<sup>8)</sup>; aber aufbewahrt ist es uns nicht. Auf jeden Fall ist er der natürliche Ausdruck der veränderten Prozeßverhältnisse. Der der f. g. Klagenverjährung zu Grunde liegende Gedanke ist der, daß nach gewisser Zeit keine Actio mehr verwilligt, kein Gericht mehr gegeben werden solle. Eine Actio verwilligen, Gericht geben, heißt nach dem Recht der classischen Zeit: einen iudex niedersetzen und demselben eine formula erteilen. In der nachconstantinischen Zeit kann es nichts Anderes heißen, als: den Kläger anhören und den Beklagten zur Verantwortung auffordern. So erscheint es als eine Inconsequenz, daß nicht auch die Vererblichkeit der Actio und die Steigerung der Verbindlichkeit des

<sup>8)</sup> — „si non interruptum sit silentium, ut lege cautum est, id est, etiam per solam conventionem“. Die Verfügung des Kaisers Theodosius, wodurch er die dreißigjährige Klagenverjährung eingeführt hat (l. un. C. Th. de act. certo tempore fin. 4. 14), ist dieses Gesetz nicht. Denn wenn auch jene Verfügung den fraglichen Satz enthalten sollte, wogegen die Worte: in eandem rationem procul illis dubio recasuris quae post litem contestatam re. sprechen (vergl. Wächter Erörterungen III. S. 91), so wird er doch auf jeden Fall in derselben nur vorausgesetzt.

Beklagten an den gleichen Punkt des Prozesses angeknüpft worden ist. In ersterer Beziehung enthält schon das classische römische Recht einen Fingerzeig, indem es bei der *extraordinaria cognitio* allerdings die *conventio* für den für die Vererblichkeit entscheidenden Zeitpunkt erklärt<sup>9)</sup>. —

Was das heutige Recht angeht, so ist es zunächst für dieses wenigstens allgemein anerkannt, daß in demselben die negative Wirkung der *litiscontestatio* nicht mehr gilt. Nach heutigem Recht wird ein Anspruch nicht schon dadurch zur ferneren gerichtlichen Geltendmachung unfähig, daß er einmal eingeklagt worden ist<sup>10)</sup>. — Dagegen dauern die positiven Wirkungen der *litiscontestatio*, beziehungsweise ihres Erfasses, auch heutzutage noch fort. Durch die *litiscontestatio*, beziehungsweise Klageanstellung, wird der Anspruch auch nach heutigem Recht in der angegebenen Weise in seinem Inhalt gesteigert, er wird ferner vererblich, und die Verjährung wird unterbrochen. Für die beiden zuletzt genannten Wirkungen könnte man diese Fortdauer bezweifeln wollen. Man könnte die Vorstellung hegen, daß dieselben ihren Grund auch nur darin hätten, daß das römische Recht den Anspruch als *Actio* aufgefaßt habe, also mit dieser Auffassung als beseitigt anzusehen seien. Wenn die Bedeutung des römischen Sazes: Jemand hat ein Gericht, es wird ihm gerichtliche Verhandlung gewährt, für unsere Rechtsanschauung keine andere sei, als die: Jemand hat einen rechtlich begründeten Anspruch: so sei auch die Beschränkung des Gerichtes auf Zeit und die Person des Erblassers für uns lediglich eine Beschränkung der rechtlichen Anerkennung des Anspruches. Mit dem Ablauf der vorgeschriebenen Zeit und dem Tode des Erblassers müsse derselbe daher aufhören, gleichgültig, ob der Rechtsstreit darüber begonnen habe, oder nicht. Diese Vorstellung würde aber irrig sein. Denn auch bei jener Auffassung war das römische Recht ganz und gar nicht genöthigt, den Beginn des Gerichtes als Grenze der angegebenen Beschränkungen zu setzen:

<sup>9)</sup> L. 33. D. de O. et A. (44. 7). Wenn diese Stelle in der That von der *extraordinaria cognitio* handelt, und das *convenire* auf das Belangen geht, was bekanntlich nicht unbestritten ist. Savigny System VI. S. 19 fg. — Wächter Erörterungen III. S. 112. — Buchta Einfluß zc. II. S. 63—69.

<sup>10)</sup> Wenn nämlich diese Klage zu keiner Entscheidung geführt hat. Die f. g. *exceptio litis pendens* hat mit der *exceptio rei in iudicium deductae* nichts zu thun. Sie macht nicht geltend, daß derselbe Anspruch nicht zweimal, sondern daß derselbe Anspruch nicht zweimal zu gleicher Zeit vorgebracht werden könne.

der Prätor konnte ediciren, nicht bloß, daß er Bestellung eines *Judicium* unter diesen Beschränkungen verspreche, sondern auch, daß er dem bestellten dieselben hinzufügen werde. Da es nichtsdestoweniger jene Grenze festgesetzt hat, so hat es dieselbe als solche gewollt, und so ist dieselbe auch für unser Recht maßgebend. Es kommt aber hinzu, daß sie sich auch noch in anderer Weise rechtfertigt. Zuerst nach dem Prinzip, daß die Voraussetzungen des Urtheils der Zeit der *litiscontestation* zu entnehmen sind; wenn ein Anspruch, der zur Zeit derselben bestanden hat, auch später untergegangen ist, muß die *Condemnation* dennoch erfolgen. Sodann macht sich, was die Unterbrechung der Verjährung betrifft, noch der Gedanke geltend, daß der Zeitablauf, wodurch ein Anspruch untergeht, dem Berechtigten nur insofern angerechnet werden dürfe, als er nicht zur Verfolgung desselben thätig geworden ist, daß der Anspruch nicht durch den bloßen Zeitablauf, sondern nur dadurch vernichtet werde, daß er während einer gewissen Zeit nicht geltend gemacht worden sei. Wenn die Zeit die bestehenden Zustände heiligt, so heiligt sie doch eben auch nur die bestehenden Zustände, und sichert daher gegen einen Anspruch auch nur Denjenigen, gegen den er nicht erhoben worden ist. Dieser Gedanke liegt, wenn auch nicht dem prätorischen Edict, doch bereits dem Justinianischen Rechte zu Grunde. „*Cum contra desides homines*“, schließt Justinian eine Constitution, in welcher er vorschreibt, daß auch eine allgemein gefaßte Klage zur Unterbrechung der Verjährung hinreichen solle, — „*cum contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt*“<sup>11)</sup>. — Uebrigens muß man nicht glauben, daß dieser Satz von der Unterbrechung der Verjährung gerade in der Form, in welcher er im römischen Rechte auftritt, eine innere Nothwendigkeit für sich habe. Für die herrschende Auffassung der s. g. Klagenverjährung, welche in ihr eben eine Verjährung der Klage erblickt, erscheint er als etwas sich von selbst Verstehendes, durch den Begriff des *Institutes* nothwendig Gegebenes; — die Verjährung der Klage wird unterbrochen durch Ausübung der Klage. Erkennt man aber in der Klagenverjährung, wie man muß, eine Verjährung der Ansprüche, so drängt sich die Frage auf, warum dieselbe denn nicht durch jede andere Geltendmachung des Anspruchs unterbrochen werden sollte, da ja auch durch diese der Zustand der Unbehelligtheit des Schuldners, die *possession paisible*, wie das französische Recht sagt, ausgeschlossen wird. Ohne Zweifel läßt sich nun mit Fug geltend machen, daß

<sup>11)</sup> L. 3. C. de ann. exc. (7. 40).

erst das eine ernstliche Geltendmachung des Anspruchs sei, welche, wenn außergerichtliche Mahnung fruchtlos bleibe, zur Klage fortschreite: aber das ist doch auch nur eine Betrachtung, welche jenen Satz als zweckmäßig, keine, welche ihn als nothwendig erscheinen läßt. Die Einsicht in dieses Verhältniß wird namentlich für eine neue Gesetzgebung über die Verjährung ersprießlich sein, damit ihr nicht von vorne herein ein Weg als verlegt erscheine, der ihr in der That offen steht. —

Es drängt sich nun aber die fernere Frage auf, ob nicht im heutigen Rechte für die beiden anderen Wirkungen, welche der Litiscontestation noch zukommen, derselbe Schritt zu machen sei, welchen das römische Recht bereits in Betreff der einen, der Ausschließung des Untergangs des Anspruchs durch Zeitablauf, gemacht hat, d. h. ob nicht auch sie auf denjenigen Zeitpunkt des Processes zu übertragen seien, in welchem nach heutigem Rechte die Verwilligung des Gerichtes wirklich liegt, und schon nach Justinianischem Rechte lag, d. h. auf die Mittheilung der Klagschrift an den Beklagten zur Verantwortung. Dieselbe Frage wiederholt sich für alle anderen oben berührten Beziehungen, in welchen die Litiscontestation sich nach römischem Rechte wirksam erweist. Es ist bekannt, daß diese Frage den Gegenstand sehr lebhafter Verhandlungen gebildet hat und noch bildet<sup>12)</sup>. Es ist nicht meine Absicht, dieselben hier in eingehender Weise zu erörtern, da sie mit der Aufgabe, welche ich verfolge, nicht in unmittelbarem Zusammenhange steht; doch will ich kurz sagen, was ich über dieselbe denke. Es kann, wie gesagt, keiner Frage unterworfen sein, daß der Litiscontestation des classischen römischen Rechts kein anderer Zeitpunkt des heutigen Processes entspricht, als derjenige, wo die Klagschrift dem Beklagten zur Verantwortung mitgetheilt ist. Derselbe kann dem vom Kläger erhobenen Anspruch möglicherweise keinen Widerspruch entgegensetzen; dann kommt es gar nicht zum Gericht. Aber setzt er Widerspruch entgegen, so hat das Gericht nicht erst mit seinem Widerspruch begonnen. Im classischen römischen Rechte ging dem Gerichte in dem Verfahren in iure eine Vorbereitung vorher. Diese Vorbereitung des Rechtsstreites war noch nicht der Rechtsstreit selbst<sup>13)</sup>. Für das heutige Recht ist dieselbe ohne allen Ersatz weggefallen. Nun aber fand das Nämliche schon im nachconstantinischen Rechte Statt. Nichtsdestoweniger hat dasselbe der Litiscontestation nicht den-

<sup>12)</sup> Vergl. die Anführungen bei Savigny System VI. S. 278.

<sup>13)</sup> S. S. 8. Note 4.



jenigen Punkt substituirt, wo jetzt das Gericht wirklich beginnt. Es hat aus der Litiscontestation eine andere Bedeutung, welche sie im classischen römischen Rechte gleichfalls hatte, herausgegriffen. Diese Bedeutung war die, daß es mit ihr sicher war, daß der Beklagte nicht nachgeben werde. So hat es gesagt: Litiscontestation ist vorhanden, sobald der Beklagte dem klägerischen Anspruch Widerspruch entgegengesetzt hat<sup>14)</sup>. An diese so bestimmte Litiscontestation hat es nicht alle Wirkungen der früheren Litiscontestation angeknüpft. Es hat daran, wie gesagt wurde, nicht angeknüpft die Unterbrechung der Klagverjährung. Es hat daran ferner nicht angeknüpft die Wirkung, eine Sache zu einer *res litigiosa* zu machen<sup>15)</sup>; auch diese Wirkung soll mit dem wirklichen Beginn des Gerichtes eintreten. Aber alle anderen der Litiscontestation zukommenden Wirkungen hat es der Litiscontestation gelassen, und somit auf einen andern Punkt des Prozesses übertragen. Dieses ist das Recht, welches von uns recipirt worden ist. Es sind mit dem Begriffe der Litiscontestation im neueren Europa Veränderungen vor sich gegangen; aber Veränderungen, welche das Wesentliche nicht berühren. Sie bleibt nach wie vor derjenige Punkt, wo es durch den Widerspruch des Beklagten gegen den vom Kläger erhobenen Anspruch sicher geworden ist, daß es über denselben zum Prozeß kommen werde. Wollen wir dieses Recht heutzutage nicht mehr anerkennen, so müssen wir beweisen, daß dasselbe aufgehoben worden sei, also, worauf es allein hier ankommen kann, ein abänderndes Gewohnheitsrecht. Läßt sich dieses nicht darthun, so gilt noch heutzutage in Deutschland das römische Recht. Die Behauptung halte ich für entschieden unrichtig, daß wir, indem wir die Wirkungen der Litiscontestation auf die Zeit der Ladung übertragen, den wahren Sinn des römischen Rechts wiedergeben. Sie wäre nur dann richtig, wenn nicht zwischen dem classischen römischen Recht und uns das nachconstantinische Recht mit seiner Begriffsbestimmung der Litiscontestation läge. Daß die Litiscontestation heutzutage vom Beklagten verzögert werden kann, und es möglich ist, daß der Prozeß schon lange gedauert habe, ehe es zur Litiscontestation kommt, ist ein Grund, der den Gesetzgeber zur Aenderung des bestehenden Rechtes bestimmen, nicht aber die Behauptung rechtfertigen kann, daß es nicht mehr gelte<sup>16)</sup>. Das

<sup>14)</sup> — „post narrationem propositam et contradictionem obiectam“. L. 14 §. 1. C. de iud. (3. 1).

<sup>15)</sup> Nov. 112. c. 1.

<sup>16)</sup> Dennoch glaubt auch Savigny, der sich auf das in diesen Gefahren

folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß, wenn der Beklagte in unredlicher Weise die Litiscontestation verzögert, sie als dennoch geschehen angenommen werden darf; man wird aber nicht mit Wächter<sup>17)</sup> soweit gehen dürfen, dasselbe auch für den Fall zu behaupten, wo die Verzögerung der Einlassung sich einfach als ungegründet erwiesen hat. Ferner ist zuzugeben, daß es in Betreff der sehr wichtigen Wirkung der Litiscontestation, welche darin besteht, daß der Beklagte den Proceßgegenstand ferner nicht mehr vernachlässigen darf, zweifelhaft bleibt, ob dieselbe nicht schon durch das frühere römische Recht an den Zeitpunkt der Belangung des Beklagten angeknüpft worden ist<sup>18)</sup>.

#### §. 10.

### IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. 2. Urtheil.

Das Urtheil ist der naturgemäße Endpunkt der Actio. Jetzt hat die Actio wirklich zu existiren aufgehört, jetzt ist sie in der That „consumta“, — welcher Ausdruck von der Wirkung des Urtheils in l. 13. pr. D. de inst. (S. 48) wirklich gebraucht wird.

Statt der Actio hat der Berechtigte nun das Resultat derselben, — das ihm im Urtheil Zuerkannte. Ist ihm im Urtheil nichts zuerkannt, so hat er gar nichts; denn eine zweite Actio wird ihm nicht gewährt.

Es läßt sich fragen, ob, wenn die Actio zu einem condemnatorischen Urtheil geführt hat, das dem Kläger in demselben Zuerkannte nach der Auffassung der Römer der Actio gegenüber als etwas juristisch Neues erscheint, oder ob dem Urtheil nur die Bedeutung zugeschrieben wird, eine vorhandene Verpflichtung zu declariren. Diese Frage soll unten (§. 12) beantwortet werden; vorher ist noch näher von der negativen Wirkung des Urtheils zu handeln.

---

liegende Bedürfnis beruft, „das R. R. der Form nach abzuändern, dem Sinn und Wesen nach aber festzuhalten“. — Eine ganz besondere Ansicht hat Kierulff Theorie S. 281. „Jetzt aber setzen wir hinzu, daß der wahre Rechtsgrund dieser Verbindlichkeiten nicht in der äußerlich in Worten oder Handlungen hervorgetretenen Streiteinlassung liegt, sondern in dem Willen, mit dem Gegner zu streiten, welcher von dem Augenblicke an juristisch als vorhanden angenommen werden muß, wo er eine prozessualische Kunde von der wider ihn aufgestellten Rechtsbehauptung, also ein hinreichendes Motiv bekam, ernstlich zu überlegen, ob er dem Verlangen des Klägers nachgeben oder widerstehen wolle. Denn hier, wie überall, muß nach dem Geiste unseres Rechtes der Gedanke und Wille einer wirklich gewordenen That, das dem Rechte erkennbar gewordene Innere eines später hervorgetretenen Aeußeren als wesentlich entscheidendes Moment behandelt werden“.

<sup>17)</sup> Erörterungen III. S. 87.

<sup>18)</sup> Vergl. Wächter Erörterungen III. S. 108—110.

Mit derselben verhält es sich folgendermaßen. Ueber einen Anspruch<sup>1)</sup>, welcher einmal Gegenstand einer Actio, eines Gerichts, gewesen ist, soll keine zweite Actio, kein zweites Gericht, gegeben werden. Das Gericht, welches stattgefunden hat, kann man nun von seinem Anfangspunkte, man kann es auch von seinem Endpunkte, dem Urtheil, auffassen. Thut man jenes, so wird man die Einrede, welche der ferneren Geltendmachung des Anspruchs entgegengesetzt wird, als *exceptio rei in iudicium deductae*, thut man dieses, so wird man sie als *exceptio rei iudicatae* bezeichnen. So erscheint also die negative Wirkung der *exceptio rei iudicatae* nicht sowohl als Fortsetzung der negativen Wirkung der Litiscontestation, denn vielmehr als andere Seite der negativen Wirkung derselben Thatfache, des Gerichts. Ob nicht dennoch — unbeschadet dieses Indifferenzpunktes — Verschiedenheiten zwischen diesen beiden Einreden anzuerkennen seien, bleibt fernerer, sogleich anzustellender, Erwägung vorbehalten.

Nach dem Gefagten versteht es sich von selbst, daß die Bedeutung der negativen Wirkung des Urtheils keine andere sein kann, als die der negativen Wirkung der Litiscontestation. Auch hier also kann keine Rede davon sein, daß nach dem Urtheil nur die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung des abgeurtheilten Anspruchs, nicht aber die Wirklichkeit seiner rechtlichen Anerkennung beseitigt sei. Hier nicht minder, als bei der Litiscontestation, macht sich der Satz geltend, daß die gerichtliche Anerkennung eines Anspruchs im römischen Recht nur eine andere Form für seine rechtliche Anerkennung, daß die Actio nur ein anderer Ausdruck für das Recht ist. Es ist bereits oben des lebhaften Streites Erwähnung geschehen, welcher darüber geführt wird, ob das absolutorische Urtheil eine *naturalis obligatio* übrig lasse, oder nicht. Auch diese Frage, wie die entsprechende in Betreff der Litiscontestation, kann nicht hier, sondern nur im Zusammenhang der Lehre von der *naturalis obligatio* erledigt werden. Hier ist nur wieder auszusprechen, daß für die Bejahung dieser Frage das kein Argument ist, daß durch das Urtheil nur die Actio ausgeschlossen werde. Diese ausgeschlossene Actio dem Rechte entgegenzusetzen, ist durchaus unrömisch.

Ueber die Voraussetzungen der *exceptio rei iudicatae* ist hier folgendes Nähere zu bemerken.

1) Die *exceptio rei iudicatae*, wurde gesagt, ist begründet, wenn für einen Anspruch, welcher bereits einmal Gegenstand eines Ur-

<sup>1)</sup> Anspruch hier im eigentlichen Sinn des Wortes als tatsächliches Ansprechen genommen, nicht als rechtlich anerkannter Anspruch.

theils gewesen ist, zum zweiten Mal Actio begehrt wird. Dabei wurde vorausgesetzt, daß die Tragweite des Urtheils mit der der Litiscontestation zusammenfalle, insofern beide nur verschiedene Seiten einer und derselben Thatsache, des Gerichtes, bildeten. Hier ist jetzt zu sagen, daß dieses Zusammenfallen doch kein nothwendiges ist. Gewöhnlich wird dies geleugnet, oder übersehen, oder doch nicht gehörig hervorgehoben<sup>2)</sup>, und dadurch die richtige Auffassung der exceptio rei iudicatae von vorne herein getrübt. Zwar kann der Judez niemals über einen Punkt entscheiden, über den zu entscheiden ihm bei Niederlegung des Gerichts in keiner Weise die Befugniß ertheilt worden ist. Insofern kann man sagen, daß nichts iudicatum sein kann, was nicht mittelbar wenigstens in iudicium deductum ist. Aber unmittelbar braucht es in iudicium deductum nicht zu sein, und dann ist es auch durch die bloße Bestellung des Gerichts der ferneren Actio nicht beraubt.

Wenn der Judez angewiesen ist, zu verurtheilen auf *quidquid paret Nm Nm A° A° dare facere oportere ex fide bona*, so kann er auch Gegenansprüche des Beklagten berücksichtigen, und thut er es, so steht der ferneren Geltendmachung derselben die *exceptio rei iudicatae* entgegen<sup>3)</sup>. Es ist zwar die Behauptung aufgestellt worden, daß dieselben nicht erst durch das Urtheil, sondern bereits durch die Litiscontestation consumirt würden; aber das ist von Bekker<sup>4)</sup> gründlich widerlegt worden. Auf die Frage, inwiefern der Judez auch bei *stricti iudicii actiones* in Folge der *doli exceptio* den Gegenansprüchen des Beklagten Befriedigung verschaffen konnte, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Insofern er es konnte, consumirte er auch hier durch seinen Spruch Ansprüche, welche nicht in iudicium deducirt waren<sup>5)</sup>. — Auf gleicher Linie steht Folgendes. Wenn der Richter

<sup>2)</sup> Vergl. jedoch Dernburg in der Heidelberger kritischen Zeitschrift II. S. 350 fg.

<sup>3)</sup> L. 8. §. 2. D. de neg. gestis (3. 5). „Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi. Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est, quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est“. L. 1. §. 4. de contr. tut. (27. 4). Vergl. Bekker proessuarische Consumption S. 124—127.

<sup>4)</sup> A. a. D. S. 122—124.

<sup>5)</sup> Ganz allgemein drückt sich l. 7. §. 1. D. de comp. (16. 2) aus. „Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio; nec enim exceptio rei iudicatae obicit potest. Aliud dicam, si reprobativam pensionem quasi debito non existente; tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio“.

berufen ist, über den Eigenthumsanspruch des Klägers zu entscheiden, so ist ihm dadurch auch die Macht gegeben, ja die Pflicht auferlegt, über denjenigen zu entscheiden, welchen auf dieselbe Sache der Beklagte erheben sollte; denn wenn dieser als Eigenthümer anerkannt werden müßte, so darf dem Kläger das Eigenthum nicht zugesprochen werden. Es ist hier aber noch weiter zu gehen. Auch wenn der Beklagte seinerseits einen Eigenthumsanspruch auf die Sache nicht erhebt, entscheidet der Richter dennoch, indem er dem Kläger die Sache zuspricht, auch über das Eigenthum des Beklagten. Denn indem er ausspricht, das die Sache des Klägers sei, spricht er aus, daß sie nicht des Beklagten sei. Tritt also nun der Beklagte später mit einem Eigenthumsanspruch auf, so wird ihm mit Recht entgegengehalten, daß über denselben bereits abgeurtheilt sei.

Bisher ist nur davon die Rede gewesen, daß etwas *iudicatum* sein könne, ohne in *iudicium deductum* zu sein: es ist zu fragen, ob auch das Gegentheil stattfinden könne. Auch diese Frage muß bejaht werden. Es muß als möglich anerkannt werden, daß das den Prozeß beendigende Urtheil denjenigen Punkt gar nicht berühre, über welchen zu entscheiden der Judez durch die Formel berufen worden ist. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn das Urtheil in Folge der Anerkennung einer dilatorischen Einrede gesprochen wird. Es ist ferner in den Quellen anerkannt, daß die *exceptio rei iudicatae* einer zweiten Eigenthumsklage nicht entgegenstehe, wenn der Beklagte in der ersten deswegen absolvirt worden sei, weil er nicht besitze<sup>6)</sup>. War aber die Formel ohne weitere Vorsichtsmaaßregel so gefaßt: *si paret rem A i Ai esse*, so ist nicht abzusehen, wie der Beklagte der *exceptio rei in iudicium deductae* habe entgehen können<sup>7)</sup>. — In einem etwas verschiedenen Sinne gehört auch ein anderer, viel besprochener Fall hierher. In Folge der Anweisung auf *quidquid paret Nm Nm Ao A o dare facere oportere* kann der Judez nur auf das Fällige condemniren, und doch werden dadurch auch die nicht fälligen Ansprüche consumirt<sup>8)</sup>. Natürlich: denn indem er angewiesen ist, auf Alles zu verurtheilen, was aus dieser obligatorischen Thatsache geleistet werden muß, d. h. jetzt geleistet werden muß, ist er angewiesen, alle

<sup>6)</sup> L. 9. pr. 1. 17. D. de exc. rei iud. (44. 2).

<sup>7)</sup> Vergl. Keller *Litiscontestation und Urtheil* S. 299. 300.

<sup>8)</sup> Gaius IV. 131. Vergl. I. 76. §. 1. D. de V. O. (45. 1), Cic, de orat. I. 37. (168).

daraus entspringenden Ansprüche, also auch die noch nicht fälligen, seiner Untersuchung zu unterwerfen<sup>9)</sup>.

2) Die *exceptio rei iudicatae* ist begründet, wenn über einen Anspruch, welcher bereits einmal den Gegenstand eines Urtheils gebildet hat, zum zweiten Mal *Actio* begehrt wird. Auch dieser Satz stimmt nicht zu der herrschenden Meinung. Die herrschende Meinung sagt: die *exceptio rei iudicatae*<sup>10)</sup> ist begründet, wenn dieselbe *Actio* zum zweiten Mal begehrt wird. Einen irgendwelchen Anhalt in den Quellen hat sie dafür nicht. Die Regel, auf welcher die *exceptio rei iudicatae* beruht, geht nicht dahin, daß dieselbe *Actio*, sondern daß eine *Actio* über denselben Gegenstand, über *eadem res*, nicht zwei Mal stattfinden solle. Den Gegenstand einer *Actio* bildet aber dasjenige, was man von dem Gegner verlangt, was man ihm gegenüber als seinen Willen geltend macht, also eben der Anspruch<sup>11)</sup>, Anspruch hier, wie bereits oben bemerkt wurde, als thatsächliches Ansprechen gefaßt. Regelmäßig wird nun zwar, wenn derselbe Anspruch wieder vorgebracht wird, auch *eadem actio* vorhanden sein, und ich selbst

<sup>9)</sup> Ueber den Grund, weswegen in diesem Fall die Consumtion über den Bereich der Condemnationsbefugnis hinausgeht, ist noch immer Streit. Keller hält auch jetzt an dem von ihm zuerst aufgestellten Gedanken der unaufklösblichen Einheit der *incerta obligatio* fest (Allgem. Literaturzeitung 1846 Nr. 188. 189. Civilprozeß S. 41), den meiner Ansicht nach Bekker proz. Conf. S. 72 fg. widerlegt hat, und der mir auch durch die Beziehung auf die *legis actio per iudicis postulationem* nicht haltbarer geworden zu sein scheint. Was Huschke neulich ausgeführt hat (Gajus S. 179 fg.), kömmt doch einfach darauf hinaus, daß der Iudex zwar auch auf das Nichtfällige zu condemniren angewiesen sei, aber doch nur auf das Fällige condemniren dürfe; eine Antwort auf die Frage, warum ihn der Prätor auf Mehr zu condemniren anweist, als worauf er condemniren darf, wird nicht gegeben. Ich sehe darin keinen Fortschritt gegen die von Keller (a. a. D.) so gründlich widerlegte Meinung Buchka's (Einfluß zc. I. S. 2), welcher ebenfalls die Condemnationsanweisung zuerst auf das Nichtfällige erstreckt, und dann auf das Fällige sich stillschweigend restringiren läßt. Hat ihm nicht vorgeschwebt, was im Texte geltend gemacht worden ist? Die Condemnationsanweisung geht nur auf das Fällige, die Untersuchungsanweisung aber auch auf das Nichtfällige. Darauf kommt auch die Ansicht Bekker's (a. a. D. S. 65 fg.) heraus; nur sucht derselbe die Sache noch dadurch zu vermitteln, daß er das *quidquid - oportet in 1) si quid - oportet 2) quidquid id est* zersetzt, worin ich keinen Vortheil sehe.

<sup>10)</sup> D. h. in derjenigen Function, in welcher sie hier allein in Betracht gezogen wird, der sog. negativen. Ob ihr außer dieser Function noch eine andere zukommt, wird im folgenden Paragraphen untersucht werden.

<sup>11)</sup> Vergl. Bekker prozessualische Consumtion S. 6 und erste Bellage (S. 329 fg.), wo viele Belagstellen gesammelt sind.

bin bei der bisherigen Betrachtung der Regel: *de eadem re ne bis sit actio* von dieser Annahme stillschweigend ausgegangen. Hier muß aber ausgesprochen werden, daß dieses Regelmäßige nicht das Nothwendige ist.

a. Damit man sagen könne, es liege derselbe Anspruch vor, ist nothwendig, daß das an den Gegner gestellte Verlangen denselben Inhalt habe. Der Inhalt eines Verlangens bestimmt sich nicht bloß durch seinen Gegenstand, sondern auch durch seinen Grund. Daher wird für die *exceptio rei iudicatae* erfordert:

— *idem corpus, eadem causa petendi* <sup>12)</sup>.

Es kann nun aber vorkommen, daß trotz der Identität des Gegenstandes und des Rechtsgrundes dennoch eine doppelte Actio begründet ist. Ein Beispiel bieten die actio *redhibitoria* und *quantum minoris*. Beide beruhen auf der Verpflichtung, welche dem Verkäufer als solchem obliegt, mit beiden kann der Käufer Auflösung des Kaufvertrages verlangen, mit der actio *quantum minoris* insofern, als er in derselben geltend machen kann, daß er für die Sache gar nichts gegeben haben würde, wenn er ihre Fehlerhaftigkeit gekannt hätte. Daher begründet das Urtheil in der einen Actio gegen die andere die *exceptio rei iudicatae*.

L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. (44. 2).

*Est in potestate emptoris, intra sex menses redhibitoria agere malet, an ea quae daturæ quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Quare vere dicetur, eum qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione submoveri* <sup>13)</sup>.

Ein ferneres Beispiel gewähren die actio *tutelae* und actio *de rationibus distrahendis*. Beide verlangen von dem Vormunde Restitution des pupillariſchen Vermögens auf Grund seiner Verpflichtung als Vormund. Allerdings unterscheidet sich die actio *de rationibus distrahendis* von der actio *tutelae* dadurch, daß sie auf das Doppelte geht; aber dadurch erhält sie nicht sowohl einen verschiedenen Gegenstand, als sich vielmehr nur in ihr derselbe Gegenstand — die Restitution — verschieden gestaltet. So sagen denn die Quellen auch ausdrücklich, daß beide Klagen „*ex una obligatione*“ seien, und es muß

<sup>12)</sup> L. 12. 14. pr. D. de exc. iud. (44. 2). Vergl. L. 13. 27. eod.

<sup>13)</sup> Für die Behauptung, daß schon durch die Wahl einer dieser Klagen die andere ausgeschlossen werde, finde ich in den Quellen keinen Anhalt.

daher angenommen werden, daß die Geltendmachung der einen die andere consumit<sup>14)</sup>. Die hierher gehörige Stelle ist:

L. 1. §. 21. D. de tutelae (27. 3).

In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est.

Es liegt die Versuchung nahe, — und nicht Alle haben dieser Versuchung widerstanden, — noch weiter zu gehen, und anzunehmen, daß mehrere auf eine und dieselbe obligatorische Leistung gerichtete Klagen selbst dann im Verhältnisse prozessualischer Consumtion zu einander ständen, wenn sie nicht auf dem gleichen Verpflichtungsgrund beruhten, wenigstens wenn sie auf dasselbe thatsächliche Verhältniß zurückwiesen, so also z. B. die *condictio certi* in ihrer Concurrentz mit der Vertragsklage, die Vertragsklage und die *actio legis Aquiliae* auf Ersatz eines angerichteten Schadens. Einen starken Anhalt hat diese Meinung an folgender Stelle.

L. 5. D. de exc. rei iud. (44. 2).

De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem

<sup>14)</sup> Ganz sicher ist diese Annahme jedoch nicht. Die l. 1. §. 21. D. de tutelae kann möglicherweise auch nur davon sprechen, daß die eine Actio durch die Befriedigung der anderen ausgeschlossen werde. Die Worte beweisen nichts. Auf das „si fuerit actum“ darf man kein Gewicht legen, da in dem sogleich folgenden Paragraphen selbst die Worte „haec actiones conventus“ auf die prozessualische Geltendmachung der Actio nicht zu beziehen sind, und, wie schon oben (§. 8 Note 5) bemerkt wurde, Ausdrücke wie: *altera actio per alteram perimitur* und ähnliche auch sonst von der Wirkung der sog. Klagenconcurrentz gebraucht werden. Auch der Gegensatz zu dem Folgenden (§. 22 das.) nöthigt nicht zur Annahme einer prozessualischen Consumtion. Das Zusammentreffen der *actio tutelae* und *actio de rationibus distrahendis* wird nicht dem Zusammentreffen zweier actiones entgegengesetzt, von denen die eine durch die Befriedigung der andern ausgeschlossen wird, sondern dem Zusammentreffen zweier actiones, die sich gar nicht ausschließen (*actio tutelae* — *actio furti*). So bleibt also nur übrig, daß beide actiones als auf derselben obligatio beruhend bezeichnet werden. Aber hat der Jurist dies in strengem Sinne verstanden? Der Zweifelsgrund liegt in l. 53. pr. de O. et A. (44. 7), wo sogar von den mehreren aus einer Handlung entstehenden Strafklagen gesagt wird, daß sie „ex una obligatione nascuntur“. Damit ist gemeint, daß durch alle Strafe für dieselbe Handlung eingefordert werde. Freilich ist die Interpretation dieser Stelle sehr streitig. Vergl. Savigny System V. S. 238. — Huschke Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. II. S. 183 Martens: — Concurrentz und Collision S. 8—10. 28—29. 66. 67. 75.



tamen re. Utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promississet, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. Recteque ita definietur, eum demum de (eadem) re non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur; ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de ea(dem) re agere.

Diese Stelle sagt es geradezu, daß die Identität der res von der Gleichheit des Verpflichtungsgrundes unabhängig sei. Aber es ist wohl zu bemerken, daß dieselbe die Identität der res nur mit Rücksicht auf die cautio iudicio sisti bestimmt, von welcher sie redet, nicht mit Rücksicht auf die exceptio rei iudicatae, mit welcher sie erst die Compilatoren Justinian's durch ihre Einreihung unter die Rubrik derselben in Verbindung gebracht haben. Diese Annahme, welche schon Andere geltend gemacht haben, wird dadurch sicher, daß die Stelle aus dem 14. Buche des Ulpian zum Edicte stammt, und Ulpian in diesem Buche wirklich die Lehre von der cautio iudicio sisti vorgetragen hat<sup>15</sup>). Die Stelle will also sagen, daß wenn Jemand versprochen habe, sich wegen dessen, was er auf Grund eines bestimmten thatsächlichen Verhältnisses schuldig sei, vor Gericht zu stellen, dieses Versprechen ihn binde, wenn auch der Kläger hinterher seine Forderung in anderer Weise begründe, als er früher gethan habe. Natürlich; denn er hat ja sein Versprechen auf seine Schuld gerichtet, nicht auf eine bestimmte Begründung dieser Schuld. Wird dagegen gegen ihn geklagt, so wird der Richter nicht angewiesen über seine Schuld zu urtheilen, sondern über seine Schuld aus einem bestimmten Rechtsgrund. Die Actio gegen ihn ist nicht eine Actio schlechthin, sondern eine bestimmt qualificirte Actio, — *condictio certi, actio mandati, legis Aquiliae* u. s. w. Und so ist denn auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt, daß von mehreren Klagen, welche dieselbe Leistung aus verschiedenen Rechtsgründen fordern, eine nach der anderen angestellt werden könne.

L. 45. 47. pr. D. pro socio (17. 2).

Rei communis nomine cum socio furti agi potest; — sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio nisi pluris mea intersit<sup>16</sup>).

<sup>15</sup>) L. 2. 4. D. si quis caut. (2. 11).

<sup>16</sup>) Vergl. l. 7. §. 1. D. commod. (13. 6), l. 43. D. pro socio (17. 2), l. 34. §. 2. D. de O. et A. (44. 7), l. 2. §. 3. D. de priv. del. (47. 1) u. a. m. Buchka hat (Einfluß zc. §. 3) diesem Punkte eine eingehende Un-

Es ist jetzt noch folgendes Verhältniß in's Auge zu fassen. Es kann vorkommen, daß ein und derselbe Gegenstand zum zweiten Mal aus einem Rechtsgrunde begehrt wird, welcher zwar mit demjenigen, aus dem früher geklagt worden ist, nicht unmittelbar identisch ist, aber doch nur eine andere Erscheinungsform desselben bildet. Muß nicht auch hier die processualische Consumtion trotz der Verschiedenheit der Actio sich geltend machen? *B. B.* Jemand stellt auf einen Erbschaftsgegenstand zuerst die *hereditatis petitio* an, dann auf Grund seines Erbrechts die betreffende Specialklage. Die nähere Betrachtung dieses Falles wird aber passend bis zum folgenden Paragraphen, wo die Untersuchung von selbst darauf geführt werden wird, ausgesetzt.

b) Damit man sagen könne, es liege derselbe Anspruch vor, ist nicht bloß Identität des Inhalts des gestellten Verlangens nothwendig, sondern auch, daß es von derselben Person an dieselbe Person gestellt werde. Daher wird für die *exceptio rei iudicatae* ferner erfordert:

— eadem conditio personarum —

l. 14. D. h. t. <sup>17)</sup>.

Die Identität des Anspruchs wird aber dadurch nicht ausgeschlossen, daß zwischen denselben Personen die Partheirollen gewechselt haben. Wer jetzt als Kläger einen Anspruch vorbringt, über den zwischen ihm und dem Gegner schon früher geurtheilt worden ist, als er Beklagter war, bringt deswegen nicht weniger denselben Anspruch vor, weil er jetzt als Kläger auftritt. Die Actio ist aber auch in diesem Falle eine verschiedene, jetzt die Actio des *B* gegen *A*, während es früher die Actio des *A* gegen den *B* war.

3) Die *exceptio rei iudicatae* macht nicht den Inhalt des Urtheils, sondern das Dasein desselben geltend. Wer sich mit derselben vertheidigt, beruft sich nicht darauf, daß über den Anspruch, welcher jetzt gegen ihn vorgebracht wird, bereits so und so geurtheilt worden sei, sondern darauf, daß über denselben bereits geurtheilt worden sei. Deswegen darf es eigentlich auch Demjenigen, dem die *exceptio rei iudicatae* entgegengesetzt wird, nicht gestattet sein, sich seinerseits gegen dieselbe mit Berufung auf den Inhalt des Urtheils zu vertheidigen. Dieser letzteren Konsequenz ist jedoch das römische Recht nicht durchgängig treu geblieben. Derjenige, welchem eine *exceptio rei iudicatae*

terfuchung gewidmet. — Ueber die Bedeutung der l. 5. D. de exc. rei iud. für das Justinianische Recht und über l. 28. §. 4. D. de iurei. (12. 2) s. im folgenden §.

<sup>17)</sup> Vergl. l. 27 eod.

entgegengesetzt wird, hat in dem Falle Veranlassung, sich gegen dieselbe mit Berufung auf den Inhalt des Urtheils zu vertheidigen, wo das Urtheil ein ihm günstiges gewesen ist, seinen Anspruch anerkannt hat. Für die regelmäßigen Fälle jedoch ist es keine Forderung der Billigkeit, daß ihm diese Vertheidigung wirklich gewährt werde, da er ja in dem ihm günstigen Urtheil auch das Mittel in Händen hat, zu dem Seinigen zu gelangen, ohne zu dem ursprünglichen Anspruch zurückkehren zu müssen. Jedoch kann diese Voraussetzung in einem gegebenen Falle auch nicht zutreffen; das Urtheil kann einen Anspruch anerkannt, und doch dem Kläger nicht verschafft haben, was er wollte. In einem solchen Falle hat das römische Recht keinen Anstand genommen, die erneute Geltendmachung des Anspruches zuzulassen. „Evidenter enim iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est“<sup>18)</sup>. In diesem Falle wird die an und für sich begründete exceptio rei iudicatae durch eine replicatio (si non secundum me iudicatum est) zurückgeschlagen. Von derselben ist in folgenden Stellen die Rede.

L. 9. §. 1. D. de exc. rei iud. (44. 2).

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitem iudicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

Der Kläger ist in der pronuntiatio als Eigenthümer anerkannt, der Beklagte aber nichtsdestoweniger wegen mangelnden Besitzes abfolvirt werden<sup>19)</sup>.

L. 16. §. 5. D. de pign. (20. 1).

Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur; nam dominium eius vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obiciatur a possessore rei iudicatae, replicet: si secundum me iudicatum non est.

Der Grund, weswegen der Kläger durch das erste Urtheil nicht erlangt hat, was er begehrte, ist aus dieser Stelle nicht in derselben Weise ersichtlich, wie aus der zuvor genannten. Die Meinungen gehen darüber sehr auseinander; es ist nicht nöthig hierauf näher einzugehen<sup>20)</sup>.

<sup>18)</sup> L. 16. D. de exc. rei iud. (44. 2).

<sup>19)</sup> Vergl. Keller *Vittiscontestation und Urtheil* §. 70. 71.

<sup>20)</sup> Vergl. Ribbentrop *commentatio ad l. 16. §. 5. de pign. et l.*

In anderen Stellen wird diese replicatio als das zutreffende Schuzmittel nicht ausdrücklich genannt, aber vorausgesetzt. So in l. 9. pr. D. h. t.

Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere, petam, an noceat exceptio? Et putem, sive fuerit iudicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.

Der Verfasser dieser Stelle unterscheidet zwischen dem Falle, wo der Beklagte das Erbrecht des Klägers bestritten, und dem, wo er, ohne sich auf die Frage nach dem Rechte des Klägers einzulassen, sich damit vertheidigt hat, daß er nicht besitze. Der erste ist unser Fall. Es ist darauf für den Kläger entschieden, nichtsdestoweniger aber der Beklagte, weil sich nun herausstellt, daß ihm der Besitz fehlt, absolvirt worden. Später gelangt er in den Besitz von Erbschaftsachen, und nun wiederholt der Kläger seine Klage<sup>21)</sup>. Es ist also derselbe Fall, wie derjenige, welchen der so eben mitgetheilte §. 1 der Stelle behandelt, — nur mit dem Unterschied, daß von der Erbschaftsklage die Rede ist, statt von der Eigenthumsklage, — und daher unzweifelhaft, daß das „non nocet exceptio“ von einer Zurückweisung derselben durch eine replicatio zu verstehen ist<sup>22)</sup>.

#### §. 11.

### IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 2. Urtheil.

(Fortsetzung.)

Nach der herrschenden Lehre kommt der exceptio rei iudicatae nicht bloß diejenige Function zu, von welcher bisher allein die Rede gewesen ist, sondern auch noch eine ganz andere. In dieser anderen Function, welche im Gegensatz zu jener, als der negativen, mit einem wenig glücklichen Ausdruck<sup>1)</sup> die positive genannt worden ist, soll sie

9. §. 1. de exc. rei ind. Göttingae 1824. p. 47—60. — Keller a. a. D. — Buchta Einfluß zc. §. 6. — Bekker processualische Consumption S. 318 fg.

<sup>21)</sup> Anders kann die Sachlage doch nicht wohl gedacht werden. Der Gegensatz, welchen die Stelle macht, ist also so zu fassen: mag für den Kläger entschieden, (der Beklagte aber wegen mangelnden Besitzes nichtsdestoweniger absolvirt), oder mag der Beklagte (sogleich) wegen mangelnden Besitzes absolvirt worden sein.

<sup>22)</sup> So auch Keller Littiscontestation und Urtheil S. 298. 299. Anders Bekker process. Consumption S. 269 fg., welcher annimmt, daß die Entscheidung in §. 1 einer später überholten Stufe der Rechtsbildung angehöre. Davon noch unten.

1) Vergl. unten zu Note 53.

die Bestimmung haben, nicht das Dasein, sondern den positiven Inhalt des Urtheils geltend zu machen, d. h. einen Anspruch zurückzuweisen, der sich mit dem positiven Inhalt eines früher zwischen den Partheien gesprochenen Urtheils in Widerspruch setzt. Sie soll das Organ des Rechtsgrundsatzes sein, daß das Urtheil zwischen den Partheien eine Fiction der Wahrheit begründet<sup>2)</sup>. Faßt man die *exceptio rei indicatae* in ihrer negativen Function mit der Abschwächung, welche sie in der *replicatio: si non secundum me iudicatum est* erfahren hat, zusammen, so verfolgt auch sie die bezeichnete Aufgabe; sie weist nicht sowohl den Anspruch zurück, über den erkannt worden ist, als vielmehr den aberkannten Anspruch. Die Meinung ist aber die, daß die *exceptio rei indicatae* in ihrer positiven Function eine größere Tragweite habe, als die *exceptio rei indicatae* in ihrer negativen Function, daß sie in Fällen begründet sein könne, in welchen die Voraussetzungen der letzteren nicht vorhanden seien. — Diese Lehre von der doppelten Function der *exceptio rei indicatae* hat seit der Keller'schen Schrift über *Litiscontestation* und Urtheil, welche den schönen und wohlverdienten Ruhm genießt, für alle Untersuchungen über diese Gegenstände Grundlage zugleich und Vorbild geworden zu sein, als unangefochtenes Dogma gegolten. In der neuesten Zeit aber ist ihr in Bekker<sup>3)</sup> ein Gegner entstanden, dessen Gründe, wie sie auf Beachtung allen Anspruch haben, auch nicht ohne Eindruck geblieben sind<sup>4)</sup>. Bekker leugnet, daß der *exceptio rei indicatae* außer der negativen Function noch eine andere, positive, zukomme. Die vorliegende Untersuchung darf es, wie ich glaube, nicht ablehnen, über diese wichtige Frage, obgleich dieselbe eigentlich nicht innerhalb der Grenzen ihrer Aufgabe liegt, ihre Meinung abzugeben.

Bekker's Gründe sind folgende.

Schon das ist unwahrscheinlich, sagt er<sup>5)</sup>, daß ein und derselbe Name eine zwiefache Einrede — denn eine Einrede in zwiefacher Function ist eine zwiefache Einrede — bergen sollte. Noch unwahrscheinlicher ist es, daß diese Doppeltheit der Einrede nicht wenigstens in ihrer Fassung hätte zum Ausdruck kommen sollen; nun aber wissen

<sup>2)</sup> „*Res indicata pro veritate accipitur*“. L. 207. D. de R. J. (50. 17).

<sup>3)</sup> In seiner bereits oft genannten Schrift über die „*processualische Consumption*“. Berlin 1853.

<sup>4)</sup> Bekker hat Zustimmung gefunden bei seinem Recensenten Dernburg (Heibelberger krit. Jahrbücher II. S. 347 fg.). Auch Arndts in der zweiten Auflage seiner Pandekten (S. 116. Anm. 3. a. G.) nennt seine Gründe „*gewichtig*“.

<sup>5)</sup> A. a. O. S. 13 — 18. 136 — 138.

wir nur von Einer Fassung der *exceptio rei iudicatae*: si ea res iudicata non est inter me et te, von einer Fassung: si ea res iudicata non est secundum me, ist uns nichts berichtet. Am unwahrscheinlichsten ist es, daß von dieser zwiefachen Function der Einrede, wenn sie wirklich vorhanden gewesen wäre, sich in unseren Quellen gar keine Andeutung finden sollte, wie dies doch thatsächlich der Fall ist. Savigny<sup>6)</sup> hat sich auf l. 6. D. h. t. berufen. „Singulis controversiis, sagt hier Paulus, singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem“. Diese Worte gehen, wie auch Savigny annimmt, auf die *exceptio rei iudicatae* in ihrer negativen Function. Wenn nun Paulus hinzusetzt: „maxime si diversa pronuntiarentur“, ist da die Annahme irgendwie zulässig, daß er damit etwas Neues habe sagen, und nicht vielmehr dem Gesagten nur eine Bestätigung habe hinzufügen wollen?

Diese Gründe verdienen, wie gesagt, volle Beachtung. Und es ist nun ferner anzuerkennen, daß eine Reihe von Stellen, auf welche sich die herrschende Ansicht zum Beweise der positiven Function der Einrede beruft, einen Beweis für dieselbe in der That nicht enthalten. — Wo. Keller sie zuerst einführt und aus den Quellen nachzuweisen unternimmt<sup>7)</sup>, stützt er sie vorzugsweise auf Stellen, in denen gesagt wird, daß der im Eigenthums- oder Erbstreite besiegte Beklagte hinterher nicht als Kläger auftreten könne, ohne mit der *exceptio rei iudicatae* zurückgewiesen zu werden. Das, sagt Keller, läßt sich aus der negativen Function dieser Einrede nicht erklären, weil die *Actio* des Beklagten nicht dieselbe ist, wie die *Actio* des Klägers war. Aber es hat auch, wie oben gezeigt wurde, die negative Function der *exceptio rei iudicatae* nicht die Bedeutung, die Wiederholung derselben *Actio* auszuschließen, sondern die Wiederholung einer *Actio de eadem re*, und was *eadem res* sei, ist nicht aus der *Litiscontestation*, der Niedersetzung des Gerichtes, sondern aus dem Spruch des Richters zu bestimmen. Unmittelbar berufen ist der Richter freilich nur, über den Eigenthumsanspruch des Klägers zu erkennen, aber indem er über denselben spricht, spricht er nothwendigerweise auch über den Eigenthumsanspruch des Beklagten. Indem ausgesprochen wird, Titius sei Eigenthümer, wird auch ausgesprochen, jeder Andere sei nicht Eigenthümer; Dieses ist nicht sowohl eine Folgerung aus Jenem, als

6) System VI. S. 275. 276.

7) *Litiscontestation* und Urtheil §. 28.

vielmehr nur eine andere logische Form desselben Urtheils. Die Ausdrucksweise der Quellen ist hier noch verschieden. Es heißt einmal:

- nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse<sup>8)</sup>;
- quia eo ipso, quod meam esse (sc. hereditatem) pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse<sup>9)</sup>.

Diese Ausdrücke machen es in keiner Weise nothwendig, an die *exceptio rei iudicatae* in positiver Function zu denken. Sie können sehr wohl in der so eben angegebenen Weise dahin verstanden werden, daß jeder fernere Anspruch des Beklagten deswegen ausgeschlossen sein solle, nicht: weil er aberkannt worden sei, sondern weil er bereits einmal den Gegenstand eines Urtheils gebildet habe. Eine andere Ausdrucksweise, welche sich in den Quellen findet, scheint der Annahme einer positiver Function der *exceptio rei iudicatae* sogar geradezu zu widersprechen.

L. 30. §. 1. h. t.

- *obstatutum rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet.*

Also, möchte man sagen: das ist das Entscheidende, daß des Beklagten Recht der Gegenstand richterlicher Cognition gewesen (*quaesitum*), nicht also, daß es negirt worden ist. Doch würde man sich damit auf einen Weg begeben haben, der sich sehr bald durch eine entschiedene Unrichtigkeit, zu welcher er führt, als ein Irrweg ausweist. Denn kommt es bloß darauf an, daß des Beklagten Recht zur Untersuchung gezogen worden sei, so muß die *exceptio rei iudicatae* gegen ihn auch dann begründet sein, wenn er im ersten Prozesse in Folge dessen absolvirt worden ist, wovon doch das Gegentheil sowohl in l. 30. §. 1. D. cit., als auch in l. 15. eod. anerkannt wird. Auch zeigt sich bald, daß der Jurist durch den fraglichen Ausdruck nur auf die Identität der im Prozeß befangenen, und dann auch abgeurtheilten, *quaestio* habe hinweisen wollen, und daß der Grund seiner Entscheidung lediglich der ist, daß durch die Anerkennung des klägerischen Rechts auch über das Recht des Beklagten gesprochen sei<sup>10)</sup>.

<sup>8)</sup> L. 40. §. 2. D. de proc. (3. 3).

<sup>9)</sup> L. 15. D. h. t.

<sup>10)</sup> „— cum actor petitionem implet“. Sodann die späteren Worte: „— cum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum non est, alterius est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri“.

— Eine andere Stelle, auf welche sich Keller beruft, erklärt sich in der nämlichen Weise. Es heißt in derselben, daß der Ausspruch des Richters, der Kläger habe ein besseres Pfandrecht als der Beklagte, einer weiteren Klage des letzteren entgegenstehe. Natürlich; denn es ist über dessen Pfandanspruch gesprochen worden. Der Entscheidungsgrund, welchen die Stelle selbst angibt, ist einfach:

— eandem enim quaestionem revocat in iudicium<sup>11)</sup>.

Bekker<sup>12)</sup> legt hier, wie bei dem zuvor betrachteten Fall, alles Gewicht darauf, daß über den Anspruch des Beklagten im ersten Prozesse verhandelt worden sei. Dadurch setzt er sich dem vorhin erwähnten Einwand aus, der auch von Keller<sup>13)</sup> gegen ihn erhoben worden ist. Es läßt sich hinzufügen, daß dieser Weg auch zu dem Resultate führt, daß man für den Fall, wo der Beklagte sich darauf beschränkt haben sollte, das Eigenthum oder Erbrecht des Klägers zu negiren, ohne es für sich in Anspruch zu nehmen, die *exceptio rei iudicatae* leugnen muß<sup>14)</sup>. Richtiger ist hier die Auffassung Dernburg's<sup>15)</sup>.

Ebenso wenig beweisen für die positive Function der *exceptio rei iudicatae* die Stellen, in welchen gesagt wird, daß dieselbe der erneuten Geltendmachung eines im Compensationswege vorgebrachten, aber aberkannten, Anspruches entgegenstehe<sup>16)</sup>. Denn auf jeden Fall ist, indem diese Ansprüche aberkannt worden sind, über dieselben erkannt worden. Daß aber gerade auf die Aberkennung Gewicht gelegt wird, hat seinen Grund darin, daß, wenn sie zuerkannt worden wären, sie durch Befriedigung untergegangen sein würden, und also deswegen von einer *exceptio rei iudicatae* nicht mehr die Rede sein könnte.

Diese Stellen also beweisen die positive Function der *exceptio*

<sup>11)</sup> L. 19. D. h. t.

<sup>12)</sup> A. a. D. S. 127 fg.

<sup>13)</sup> Civilprozeß 2. Ausg. Note 849.

<sup>14)</sup> Allerdings bleibt Bekker bei dieser Auffassung nicht stehen, sondern hebt zugleich den Inhalt des Spruches hervor. — Anfänglich schlägt er sogar einen andern Weg ein. In den Worten: *si paret rem A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse*, liege die *exceptio: nisi paret rem N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> esse*. Darnach würde also die Consumtion des Anspruches des Beklagten sogleich mit der *litiscontestatio* eintreten. Diesen Weg gibt Bekker bald selbst auf.

<sup>15)</sup> A. a. D. S. 351. 352.

<sup>16)</sup> L. 8. §. 2. D. de neg. gestis (3. 5), l. 1. §. 4. D. de contr. tut. (27. 4), l. 7. §. 1. D. de comp. (16. 2).



rei iudicatae nicht; sie lassen sich sämmtlich auch aus ihrer negativen Function erklären, wenn man diese nur in demjenigen Umfange faßt, in welchem sie gefaßt zu werden berechtigt ist. Nichtsdestoweniger halte ich die positive Function der *exceptio rei iudicatae* für ganz sicher. Ein wie weiter Umfang der negativen Function auch zugestanden wird, ein so weiter kann ihr nicht zugestanden werden, daß sie alle Fälle decke, in denen nach den Quellen eine *exceptio rei iudicatae* anerkannt werden muß. Die Bekker'sche Theorie, so scheinbar sie ist, ist meiner Ansicht nach ganz und vollständig unrichtig; sie muß einfach und unumwunden zurückgewiesen werden, und Bekker sich mit dem Ruhme begnügen, ein wohlgeschriebenes und im Einzelnen vieles Treffliche enthaltende Buch geliefert zu haben, dessen Grundgedanke aber unhaltbar ist.

Um den Beweis hierfür in seinem vollen Umfange führen zu können, ist es nöthig, vorher eine Frage zu beantworten, welche durch folgendes Verhältniß hervorgerufen wird. Ein Anspruch kann im Prozesse nicht bloß als solcher, sondern auch als Voraussetzung eines andern auftreten. Welchen Einfluß hat das auf die *exceptio rei iudicatae*? Im Einzelnen sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Ein Anspruch, welcher als Voraussetzung eines andern Anspruchs abgeurtheilt worden ist, wird als solcher vorgebracht. Beispiel: Klage auf eine meinem Grundstücke zustehende Servitut — rei vindicatio auf das Grundstück.

2) Ein Anspruch, welcher als solcher abgeurtheilt worden ist, wird als Voraussetzung eines andern vorgebracht. Beispiel: rei vindicatio auf ein Grundstück — Klage auf eine demselben zustehende Servitut.

3) Ein als Voraussetzung eines andern Anspruchs abgeurtheilter Anspruch wird als Voraussetzung eines andern Anspruchs vorgebracht. Beispiel: Klage auf eine meinem Grundstück zustehende Servitut — Klage auf eine andere Servitut dieses Grundstücks.

Ist nun in allen diesen Fällen, oder in einigen derselben nichtsdestoweniger die *exceptio rei iudicatae* begründet? — Damit diese Frage in ihrer vollen Allgemeinheit gefaßt werde, muß man sich zum Bewußtsein bringen, daß der Anspruch, welcher als Voraussetzung eines andern Anspruchs erhoben wird, nicht bloß das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben, sondern auch darauf gehen kann, daß der Gegner irgend eine Thatfache anerkenne, auf welche man ein Recht zu gründen gemeint ist.

Bekanntlich hat sich Savigny für die unbedingte Bejahung der

aufgeworfenen Frage ausgesprochen<sup>17)</sup>, gegen Buchka, welcher für das römische Recht — und von diesem ist hier allein die Rede — das Gegentheil behauptet<sup>18)</sup>. Savigny's Ausführungen haben allgemeinen Beifall gefunden, so daß man anfangen konnte, von einer communis opinio zu reden. Nun hat sich aber neuerdings wieder Bekker gegen ihn erklärt<sup>19)</sup>, und mit diesem, mit einigen Modificationen, sein Recensent Dernburg<sup>20)</sup>. Nicht minder hat F. Pfeiffer<sup>21)</sup> in einem beachtenswerthen Aufsatze, allerdings nur im Vorbeigehen, Bedenken gegen den Umfang, welchen Savigny dem von ihm aufgestellten Satze gibt, erhoben. Bei dieser Lage der Sache darf ich mich nicht begnügen, meine Zustimmung zu der Savigny'schen Ansicht einfach auszusprechen, sondern ich muß sie selbständig begründen. Diesem Zwecke ist die folgende Untersuchung gewidmet.

Man hat zuerst mit den allgemeinen Aussprüchen gestritten, welche sich in den Quellen über den Umfang der *exceptio rei iudicatae* finden. Von der einen Seite hat man sich darauf berufen, daß die *exceptio rei iudicatae* für begründet erklärt wird, sobald dieselbe Frage, die in einem früheren Prozesse bereits entschieden sei, neuerdings wieder angeregt werde.

L. 7. §. 4. D. h. t.

Et generaliter, ut Iulianus definit, *exceptio rei iudicatae* obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur —<sup>22)</sup>

Dem hat man von der andern Seite entgegengesetzt, daß in andern Stellen, und zwar zum Theil von Juristen, welche sich die Theorie von der eadem quaestio ebenfalls aneigneten, nichtsdestoweniger Identität des Klagegegenstandes für die *exceptio rei iudicatae* verlangt werde<sup>23)</sup>. — Ich denke, man wird von der einen und anderen Seite zugeben müssen, daß aus diesen Aussprüchen, eben weil sie sich widersprechen, eine Entscheidung nicht hergeleitet werden kann. Es ist möglich, daß der Ausdruck, den die zuletzt gedachten Stellen der Regel geben, ein zu enger, beim Nächsten stehenbleibender ist, es ist aber

17) System VI. §. 291. 298.

18) Einfluß 2c. I. §. 11. Vergl. Rierulff Theorie 2c. S. 250 fg.

19) Processualische Consumption §. 15. 18. 19.

20) Heidelberger kritische Zeitschrift II. S. 347 fg.

21) Archiv für civilistische Praxis XXXVII. S. 261 fg.

22) Vergl. I. 3. 19. 22. 30. §. 1. eod.

23) L. 12. 13. 14. pr. 27. eod.

auch möglich, daß der Ausdruck des Julian ein zu weiter ist, daß Julian nicht sowohl Identität der quaestio im Allgemeinen, als vielmehr Identität der quaestio in Betreff des nämlichen Klaggegenstandes hat verlangen wollen. Die eine und die andere Annahme hat an und für sich ihr Mißliches, aber eine von beiden ist nothwendig; welche? kann nur aus den speciellen Entscheidungen der Quellen erkannt werden. Bei Betrachtung derselben sollen die oben erwähnten drei Fälle unterschieden werden.

1. Ein Anspruch, der im ersten Prozeß als Voraussetzung des eigentlich geltendgemachten Anspruches entschieden worden ist, wird im zweiten als solcher vorgebracht.

Es sind hier zunächst eine Reihe von Stellen zu erwägen, auf die sich namentlich Buchka berufen, und die Savigny zu beseitigen sich bemüht hat. Ich glaube, es muß anerkannt werden, daß diese Bemühung im Ganzen gelungen ist, wenn gleich nicht aller Zweifel ausgeschloffen bleibt. Am wenigsten Schwierigkeiten kann l. 15. §. 4. D. de re iud. (42. 1) machen. Wenn hier dem die Execution leitenden Richter vorgeschrieben wird, die von Dritten auf die gepfändeten Sachen erhobenen Eigenthumsansprüche „summatim“ zu entscheiden, dabei aber hinzugefügt wird, daß dadurch der definitiven Entscheidung über die Eigenthumsfrage in keiner Weise präjudicirt werde, so liegt es auf der Hand, daß es sich hier weder um die Entscheidung eines Anspruchs, der die Voraussetzung eines andern bildet, noch überhaupt um eine Entscheidung in einem eigentlichen Rechtsstreit handelt. Anders verhält es sich mit l. 5. §. 8. 9. 18. D. de agnosc. (25. 3) und l. 10. D. de his qui sui (1. 6). Hier wird gesagt, daß die im Alimentenprozesse über das Verhältniß, auf Grund dessen die Alimmente gefordert werden, Verwandtschaft, Patronat, abgegebene Entscheidung für die Entscheidung über dieses Verhältniß selbst ohne Einfluß sei. Allerdings heißt es auch hier wieder, daß die dasselbe betreffende Untersuchung nur summatim geführt werden solle; jedoch auch wieder, was Dernburg urgirt: „quod si libertos constiterit, tunc demum decernendum, ut alant“. Demzufolge meint Dernburg, daß „summatim“ sei hier nicht sowohl auf den Grad der richterlichen Ueberzeugung, als vielmehr auf die Dauer und die Formen der Untersuchung zu beziehen. Da nun aber über die Dauer und die Formen des Beweisverfahrens Vorschriften des römischen Rechts nicht bekannt sind, so scheint mir die „kurze und formlose“ Untersuchung, welche Dernburg hier vorgeschrieben glaubt, dennoch wieder zu einer Untersuchung zu werden, welche die Sache nicht erschöpft.

Sollte aber dennoch anzunehmen sein, daß der Richter hier nicht ohne erschöpfende Untersuchung habe entscheiden können, so ließe sich vom Savigny'schen Standpunkt noch in anderer Weise erklären, warum seiner Entscheidung der Einfluß auf einen künftigen Prozeß abgesprochen wird. Alimentenstreitigkeiten wurden nämlich *extra ordinem* verhandelt<sup>24)</sup>. Dadurch wird angedeutet, daß sie als nicht auf dem eigentlichen Rechtsgebiete liegend angesehen werden, — eine Annahme, die auch innere Wahrscheinlichkeit hat. So kann es nicht auffallend erscheinen, daß die in ihnen abgegebenen Entscheidungen als den sonstigen richterlichen Entscheidungen nicht ebenbürtig angesehen, und daher da nicht in Betracht gezogen wurden, wo es sich um die Anwendung eigentlicher Rechtsregeln handelte. — Die für die Savigny'sche Ansicht bedenklichste Stelle ist offenbar l. 1. C. de ordin. iud. (3. 8).

*Adite praesidem provinciae, et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatio filii doceat; neque enim impedit notionem eius, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit; pertinet enim ad officium iudicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in iudicium devocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat.*

Die nächstliegende Erklärung dieser Stelle ist gewiß diese: der Richter darf auch denjenigen Punkt, für welchen er nicht competent ist, in den Kreis seiner Untersuchung ziehen, weil er nicht ihn, sondern nur die Hauptsache entscheidet, d. h. erledigt. Savigny behauptet dagegen, der in der Stelle angegebene Grund sei der, daß das richterliche Urtheil seinem wörtlichen Inhalt nach sich auf den seiner Competenz entzogenen Punkt nicht beziehe; darüber, inwiefern seine entscheidende Kraft über seinen wörtlichen Inhalt hinausgehe, sei in der Stelle nichts gesagt. Er wird zugeben müssen, daß die Frage gerade hiernach in dem von den Kaisern entschiedenen Fall so nahe lag, daß es nicht anders als auffallend gefunden werden kann, daß sie derselben aus dem Wege gegangen sein sollten. Doch ist die Möglichkeit davon immerhin nicht zu bestreiten, und die l. 1. C. de ord. iud. kann daher nur im Zweifel den Ausschlag geben, sie wird es sich aber gefallen lassen müssen, besseren Gegenständen zu weichen.

Leicht ist die Savigny'sche Ansicht gegen folgende zwei Stellen zu vertheidigen.

<sup>24)</sup> Keller Civilprozeß S. 81. Note 958 (2. Ausg.).

## L. 17. D. de exc. (44. 2).

Sed si ante viam, deinde fundum Titianum<sup>25)</sup> petat, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio.

Daß diese Stelle von der exceptio rei iudicatae handelt, obgleich sie in der Justinianischen Compilation mit der exceptio ne praeiudicium fiat in Verbindung gebracht wird (l. 16 eod.), ist allgemein anerkannt.

## L. 23. D. h. t.

Si in iudicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem —

Diese Stellen können deswegen nicht gegen Savigny beweisen, weil es gar nicht nothwendig ist, daß im Servitutenprozeß über das Eigenthum des herrschenden Grundstücks, bei dem Streite um Zinsen über die Begründetheit der Hauptforderung gestritten werde. Mit dieser Auffassung steht auch der in l. 17. cit. angegebene Entscheidungsgrund nicht in Widerspruch. Denn in der That, insoweit im ersten Prozesse nur über die Begründetheit der Servitut als solcher gestritten ward, hat der in demselben erhobene Anspruch mit dem im zweiten erhobenen nichts gemein, während diese Ungleichheit der causae restitutionum wegfällt, sobald in dem ersten Prozesse auch der Anspruch auf das herrschende Grundstück einen Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung bildet.

Wenn nun aber alle diese Stellen nicht gegen den Satz beweisen, daß die über einen Anspruch abgegebene Entscheidung auch dann die exceptio rei iudicatae begründe, wenn dieser Anspruch nur als Voraussetzung eines andern geltend gemacht war: so ist nun nach den Beweisen für denselben zu fragen. So viel ich weiß, findet sich unter sämtlichen Entscheidungen der Quellen nur eine, welche man hierher zu ziehen geneigt sein könnte.

## L. 7. §. 4. 5. D. h. t.

Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur. Idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde he-

<sup>25)</sup> Das herrschende Grundstück, l. 16. eod.

reditatem petat, vel contra, si ante hereditatem petierit et postea debitum petat, nam et hic obstat exceptio: nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes quae in hereditate sunt videntur in petitionem deduci<sup>26)</sup>.

Diese Entscheidung scheint allerdings unsere Frage mit einem Male zu erledigen: wer auf Grund des Erbrechts einen Singularanspruch geltend gemacht hat, kann nicht mehr Erbrecht geltend machen; der unmittelbare Grund des Anspruchs ist beide Mal eben so verschieden, als der Gegenstand verschieden zu sein scheint. Man könnte zwar, um dieses Letztere nicht zugeben zu müssen, die Annahme geltend machen wollen, die hereditatis petitio werde hier nicht als auf die ganze Erbschaft, sondern als auf das nämliche Erbschaftsstück, welches zuerst mit der Einzelklage verfolgt worden ist, gerichtet aufgefaßt: aber diese Annahme ist deswegen unzulässig, weil in dem Falle, der mit dem hier behandelten unmittelbar zusammengestellt wird, dem, wo die Erbklage der Einzelklage vorhergegangen ist, die erstere offenbar als Klage auf den gesammten Complex der Erbschaft gedacht wird, —

nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes quae in hereditate sunt videntur in petitionem deduci — es aber im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, daß von der Erbklage beide Male in verschiedenem Sinne die Rede sein sollte. Nichtsdestoweniger glaube ich nicht, daß diese Stelle für die Savigny'sche Ansicht beweisend ist, und zwar aus folgendem Grunde. In der ganzen l. 7., welcher die beiden hier in Betracht kommenden Paragraphen angehören, ist lediglich davon die Rede, inwiefern die Klage auf das Ganze die exceptio rei iudicatae für die Klage auf den Theil begründet. Deswegen ist schon von vorne herein wahrscheinlich, daß die genannten Paragraphen sich in demselben Gedankengang bewegen werden. Für Eine in demselben enthaltene Entscheidung, in Betreff des Falles, wo zunächst die Erb- dann die Einzelklage ange stellt worden ist, ist dies sicher; der Entscheidungsgrund ist hier der, daß die Erbschaft alle einzelnen Erbschaftsstücke umfasse. Aus diesen Gründen ist die Annahme nicht abzuweisen, daß auch in dem umgekehrten Fall, demjenigen, der uns hier angeht, die Einzelklage aufgefaßt werde als auf ein Stück des Gegenstandes gerichtet, auf welchen die Erbklage geht, auf ein Stück der Erbschaft. Entschieden wird also in demselben, daß die Klage auf den Theil der ferneren Klage auf das Ganze entgegenstehe; — welcher Satz wahr ist, sobald, wie das hier der Fall ist, der Theil

<sup>26)</sup> Vergl. l. 3. eod.

als solcher, d. h. kraft des am Ganzen stattfindenden Rechts, nicht als besondere Sache kraft des besonderen Rechtes derselben, gefordert worden ist; denn in der That, wenn der Theil in jener Weise gefordert worden ist, ist in ihm bereits das Ganze gefordert worden. Der Grund, weswegen hier der *hereditatis petitio* gegenüber die *exceptio rei iudicatae* für begründet erklärt wird, ist also nicht der, daß bereits einmal Erbrecht als Voraussetzung eines andern Anspruchs geltend gemacht worden sei; das Recht an der Erbschaft ist nicht Voraussetzung des Rechtes an dem Erbschaftsstücke, sondern gerade dasjenige Recht, welches an dem Erbschaftsstück stattfindet. Der wirkliche Entscheidungsgrund ist vielmehr der, daß früher bereits ein Anspruch auf die Erbschaft erhoben worden sei, — zwar nur auf einen Theil derselben, aber das macht aus dem so eben angegebenen Grunde keinen Unterschied, — zwar nicht in der Form der Erbklage, aber auch darauf kommt es nicht an; denn davon eben ist der Jurist ausgegangen, daß die *exceptio rei iudicatae* entgegenstehe, „*quoties eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii*“. Ob ich eine Erbschaftssache als Erbschaftssache fordere, meint er, oder deswegen, weil ich durch Erbgang Eigenthümer derselben geworden, sei gleichgültig. Es ist also durch diese Stelle über die Frage nichts entschieden, wie es sich mit der *exceptio rei iudicatae* verhalte, wenn der in dem gegenwärtigen Prozesse erhobene Anspruch in einem früheren in der That als Voraussetzung eines andern Anspruchs, welcher Anspruch nicht Dasselbe bezweckt, wie der jetzt verhandelte, geltend gemacht worden ist, z. B. wenn der Anspruch auf das Eigenthum eines Grundstücks zuerst in einem Servitutenprozeß zur Begründung der eingeklagten Servitut vorgebracht worden ist, und nun als solcher erhoben wird.

Buchka's Auslegung der hier behandelten Stelle<sup>27)</sup> ist insofern nicht befriedigend, als derselbe sich die *hereditatis petitio* auf dieselben Erbschaftsgegenstände gerichtet denkt, worauf früher mit der Singularklage geklagt worden war. Bekker<sup>28)</sup> faßt das Verhältniß beider Klagen in der hier dargelegten Weise; auch er sieht in der Singularklage die Klage auf den Theil, in der Erbschaftsklage die Klage auf das Ganze. Den Grund aber, warum jene diese ausschließt, hat er nicht richtig bezeichnet. Er findet ihn darin, daß nach römischem Prozesse ein abgesondertes Erkennen über zusammen

<sup>27)</sup> A. a. D. I. C. 297. 298.

<sup>28)</sup> A. a. D. C. 233. 235.

eingeklagte Ansprüche unzulässig gewesen sei. Er meint also: da der Richter über einen Theil der Erbschaft nicht erkennen durfte, so konnte er über die Erbschaft nicht erkennen. Und warum nicht, da die Erbschaft doch ein theilbares Ganze ist?

— cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes quae in hereditate sunt videntur in petitionem deduci.

Aber er hat eben nicht bloß über den Theil, er hat in dem Theil bereits über das Ganze erkannt. — Bei Dernburg wird eine Erklärung der hier behandelten Quellenentscheidung ganz vermißt.

2) Dem bisher behandelten Fall steht derjenige gegenüber, wo ein Anspruch, der in einem früheren Prozesse als solcher entschieden worden ist, jetzt als Voraussetzung eines andern Anspruchs vorgebracht wird. Für diesen Fall scheinen mehrere Stellen die Begründetheit der *exceptio rei iudicatae* zu bezeugen. Sieht man aber näher zu, so gelangt man für die meisten derselben zu demselben Resultate, zu dem wir so eben in Betreff der l. 7. §. 4. 5. h. t. gelangt sind, daß nämlich der eigentliche Entscheidungsgrund nicht der ist, daß ein Anspruch, der die Voraussetzung des jetzt erhobenen bildet, schon früher abgeurtheilt worden ist, sondern der, daß im Grunde die jetzige Klage Dasselbe verlangt, was bereits die frühere verlangt hatte. Hierher gehört zunächst

l. 8. D. h. t.

Item parte fundi petita, [si] familiae heriscundae vel communi dividundo agit, aequae exceptione summovebitur.

Wer auf dem Wege der Eigenthumsklage Miteigenthum geltend gemacht hat, kann es nicht nur auf dem Wege einer zweiten Eigenthumsklage nicht mehr geltend machen, sondern auch nicht mehr auf dem Wege der Theilungsklage. Zwar fordert er mit dieser letzteren nicht, wie mit der ersten, die ideelle Hälfte der Sache, sondern die reelle; aber das ist doch auch nur ein formeller Unterschied; beide Fälle kommen darin überein, daß der Kläger auf Grund des Eigenthums die Hälfte des Vermögenswerthes desselben Gegenstandes in Anspruch nimmt. Ebenso verhält es sich, wenn Jemand einen Gegenstand als zur Erbschaft gehörig zuerst direkt beansprucht, und dann mit der Erbtheilungsklage. Dieser letztere Fall ist näher ausgeführt in folgenden beiden Stellen: l. 11. §. 3. D. h. t., l. 25. §. 8. D. fam. herc. (10. 2).

Ferner gehört hierher die so eben behandelte l. 7. §. 4. 5. D. h. t. in Betreff des andern in ihr enthaltenen Falles, wo zuerst die Erbklage angestellt worden ist, dann ein einzelner Erbschaftsgegenstand



mit der Singularklage verfolgt wird. Denn in der Erbschaft sind alle einzelnen Erbschaftsgegenstände enthalten<sup>29)</sup>, und daß gerade dies in der Stelle als Entscheidungsgrund angegeben wird, wurde schon mehrere Male bemerkt<sup>30)</sup>.

Wie es sich mit dem Gegenstande verhält, auf den der Anspruch gerichtet war, so verhält es sich mit dem daran in Anspruch genommenen Recht. Ist das ganze Recht eingeklagt worden, so kann nicht nur das ganze Recht nicht mehr eingeklagt werden, sondern auch ein Theil desselben nicht mehr<sup>31)</sup>. Daher ist nach der Eigenthumsklage die Klage auf den Nießbrauch nicht mehr zulässig<sup>32)</sup>. Natürlich kann es keinen Unterschied machen, ob derselbe Kläger auf den Nießbrauch klagt, oder ein Anderer, der von ihm den Nießbrauch herleitet, da die *exceptio rei indicatae* auf die Successoren übergeht. Was für den Nießbrauch gilt, muß auch für die anderen partiellen Rechte an Sachen gelten. Faßt man Alles zusammen, so wird man auch in folgender Stelle den Entscheidungsgrund nicht darin erkennen, daß eine Voraussetzung des jetzt geltend gemachten Anspruches, sondern darin, daß gerade dasjenige, worauf er geht, bereits abgeurtheilt worden ist.

<sup>29)</sup> Vergl. l. 22. §. 8. D. ratam rom (46. 8). Auch Dernburg Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbchaftlichen Singularklagen S. 56 fg. Die Annahme desselben, die Schlussworte des §. 5 hätten sich in ihrer ursprünglichen Fassung auf die *exceptio rei in iudicium deductae* bezogen (Ulpian habe so geschrieben: *nam et hic obstat et exceptio rei in iudicium deductae*) ist willkürlich.

<sup>30)</sup> Von dem Falle, wo nach der Klage auf das Ganze eine Klage auf einen Theil erhoben wird, handelt, wie gleichfalls bereits bemerkt wurde, die ganze l. 7. D. h. t. Daß dieselbe die *exceptio* für nicht begründet erklärt, wenn zuerst das Haus vindicirt worden ist, darauf die Baumaterialien vindicirt werden, darf deswegen keine Schwierigkeit machen, weil der Theil nicht nothwendigerweise kraft des am Ganzen geltendgemachten Rechtes gefordert zu werden braucht. Diese Erklärung ist schon von Andern gegeben worden. Zu fragen aber ist, warum dies gerade für die Baumaterialien als etwas Besonderes hervorgehoben wird, da es doch für andere verbundene Sachen — die Stelle führt noch das Beispiel der zu einem Schiffe zusammengefügtten Planken an — ganz in derselben Weise gilt? Vielleicht deswegen, weil man gerade beim Baumaterial an den Gedanken, daß dasselbe möglicherweise einem besondern Rechte unterliegen könne, von der *actio de tigno iuncto* her gewöhnt war?

<sup>31)</sup> L. 7. pr. D. h. t. „*Si quis cum totum petisset, partem petat, exceptio rei indicatae nocet, — nec interest utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate an in iure*“.

<sup>32)</sup> L. 21. §. 3. D. h. t. Vergl. l. 4. D. de usufr. (7. 1). „*Ususfructus in multis casibus pars dominii est*“.

## L. 11. §. 10. D. h. t.

Item si rem, quam a te petierat Titius, pignori Seio dederit, deinde Seius pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius. Et si quidem, antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem; nam et ille petere debuit, et ego salvam habere pigneraticiam actionem. Sed si, posteaquam petiit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei iudicatae<sup>33)</sup>.

Ja es läßt sich behaupten, daß die hypothecaria actio nicht einmal als auf einen Theil dessen; was mit der Eigenthumsklage verlangt wird, sondern als ganz auf Dasselbe gerichtet zu denken ist. Denn die hypothecaria actio ist eine utilis petitio rei, nicht iuris; der Prätor gibt dem Pfandgläubiger gerade die Klage, welche er dem Eigenthümer gibt. Der Unterschied, welcher in der Stelle gemacht wird, ob die Verpfändung vor oder nach der Eigenthumsklage geschehen sei, bedarf keiner Erklärung. Ist die Verpfändung vorher geschehen, so ist das in der Eigenthumsklage geltendgemachte Eigenthum nicht nothwendig das nämliche, welches in der Pfandklage geltendgemacht wird.

Ob aus dem Sage, daß die Klage auf das Ganze die Klage auf den Theil ausschliesse, auch l. 26. §. 1. D. h. t. zu erklären sei, kann zweifelhaft erscheinen. Die Stelle lautet:

Item si fundo petito postea insula, quae e regione eius in flumine nata erit, petitur, exceptio obstat.

Zwar, wenn die Insel als bereits zur Zeit der Klage auf das Grundstück vorhanden gedacht wird, möchte man sich die Annahme gefallen lassen, daß in der Klage auf das Grundstück auf sie mit geklagt worden sei, da sie ja nur deswegen im Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks steht, weil sie zu diesem gehört, — einen Theil desselben bildet. Daß aber die Insel als schon zur Zeit der Eigenthumsklage vorhanden nicht gedacht werden darf, hat bereits Bekker<sup>34)</sup> bemerkt; es steht dem entgegen, daß es heißt „nata erit“. Ist aber die Insel später entstanden, so scheint die Annahme, daß die Klage auf das Grundstück sie mit umfaßt habe, durchaus unzulässig; wie kann etwas eingeklagt worden sein, was noch nicht existirt hat? Und doch, wenn in der That die Insel nur als Theil des Grundstücks in Anspruch genommen werden kann, hat man Unrecht, sich gegen diese Annahme zu sträuben. Denn ist dies der Fall, so wird ja, indem auf die

<sup>33)</sup> Vergl. l. 3. §. 1. D. de pign. (20. 1).

<sup>34)</sup> A. a. D. C. 247.

Insel geklagt wird, der Anspruch auf das Grundstück erhoben, also derselbe Anspruch, der schon den Gegenstand des früheren Prozesses gebildet hat. Das ist deswegen nicht weniger wahr, weil das Grundstück inzwischen eine andere Gestalt angenommen hat.

Diese Erklärung findet eine bedeutende Unterstützung in folgender anderen Stelle.

L. 7. §. 1. 3. D. h. t.

Si ancillam praegnantem petiero et [l. aut<sup>35</sup>] post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum eius petam, utrum idem petere videar an aliud, magnae quaestionis est.

— — De fructibus eadem quaestio est, et de partu; haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est, magisque est, ut ista exceptio non noceat —

Das „non“ vor „noceat“ zu streichen, wie Savigny<sup>36</sup>) auf das Zeugniß des Accursius von dieser abweichenden Lesart thut, ist deswegen unzulässig, weil es durch den Grund der Entscheidung gefordert wird. Denn die Worte „haec enim nondum erant in rebus humanis. sed ex ea re sunt, quae petita est“ wollen offenbar Folgendes sagen: die Früchte können als Theil der eingeklagten Sache schon deswegen nicht angesehen werden, weil sie zur Zeit der Klage noch gar nicht vorhanden waren (— daß dieser Grund nicht stichhaltig ist, haben wir so eben gesehen —); sie sind nicht Theil der Sache, sondern Erzeugniß derselben (ex re). Deswegen, meint der Jurist, ist die Klage auf die Früchte als Klage auf idem nicht anzusehen, und deswegen — *exceptio non nocet*. Ist aber dies in der That die Meinung des Juristen, so darf, wenn nicht zwischen dieser und der zuvor betrachteten Stelle ein direkter Widerspruch bestehen soll, in der letzteren der Grund der Entscheidung nur darin gefunden werden, daß die Insel Theil des Grundstücks sei, nicht darin, daß das Eigenthum an der Insel das Eigenthum am Grundstück zur Voraussetzung habe; denn auch das Eigenthum an der Frucht hat zur Voraussetzung das Eigenthum an der Hauptsache. — In dieser Weise enthält aber die hier behandelte Stelle zugleich ein direktes Zeugniß gegen die Savigny'sche Ansicht, dessen Gewicht nicht gering angeschlagen werden darf. Durchaus entscheidend ist es allerdings nicht; denn es bleibt immer folgender Ausweg, der freilich wenig einladend

<sup>35</sup>) Savigny System VI. S. 506. Diese Aenderung ist nothwendig, damit die Stelle nicht Widersinn enthalte; man müßte denn statt „praegnantem“ „non praegnantem“ lesen wollen.

<sup>36</sup>) A. a. D. S. 508.

ist. Der Jurist, kann man sagen, leugne die Begründetheit der *exceptio rei iudicatae* auch nur nach der Regel vom Ganzen und Theil — *non idem petitur* —, er gebe aber stillschweigend zu, daß sie nach dem von Savigny aufgestellten Satz begründet sein könne, und wenn er dies nicht ausdrücklich erkläre, so habe das seinen Grund in der Erwägung, daß das Eigenthum an der Hauptsache nach der auf dieselbe gerichteten Klage möglicherweise neu habe entstehen können. In der That, zieht man diese Annahme herbei, so bleibt das „*non nocet*“ auch nach der Savigny'schen Regel wahr.

Aber, wie gesagt, viel Einladendes hat dieser Ausweg nicht. Muß daher anerkannt werden, daß die l. 7. §. 3. cit. ein Zeugniß gegen die Savigny'sche Ansicht ablegt, dessen Gewicht nicht unterschätzt werden darf, so gibt es nun wieder eine andere Stelle, welche eben so entschieden für dieselbe spricht. Es ist dies l. 33. §. 1. D. de usufr.

*Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit. Unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolute secuta postea pars altera quae adcrevit vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vere non obstare, scribit Iulianus; quoniam portio fundi velut alluvio portioni, fructus personae adcreveret.*

Der Satz, daß der Nießbrauch Theil des Eigenthums sei, von welchem auch so eben Gebrauch gemacht worden ist, sagt hier Papinian, ist nicht absolut wahr, und zum Beweise dessen führt er einen Fall an, wo der Nießbrauch anders behandelt wird, als das Eigenthum. Bei der Anwachsung nämlich sucht der anwachsende Theil des Eigenthums den andern Theil, und wächst daher Demjenigen zu, der jetzt der Eigenthümer dieses Theils ist, der anwachsende Theil des Nießbrauchs dagegen wächst unter allen Umständen der Person Desjenigen zu, dem der Nießbrauch von Anfang an vermacht worden ist<sup>37</sup>). Daraus schließt Papinian, daß, wenn beim Eigenthumsvermächtniß der Legatar mit der Klage auf seinen Theil abgewiesen worden sei, ihm die *exceptio rei iudicatae* entgegenstehe, wenn er auf den anwachsenden Theil Klage, während dies beim Nießbrauchsvermächtniß nicht der Fall sei. Die *exceptio rei iudicatae* wird also hier in der That deswegen gegeben, weil über ein Recht abgeurtheilt worden ist, welches die Voraussetzung des jetzt geltend gemachten ist. Eine andere Auffassung der Stelle ist, wie mir scheint, nicht möglich. Wie es sich auch mit deinem Rechte an diesem Theile sonst verhalten mag, sagt

<sup>37</sup>) Vergl. l. 1. §. 3. l. 10. D. de usufr. accr. (7. 2).

der Beklagte zum Kläger, du kannst ihn nicht haben, wenn du den anderen Theil nicht hast; über den ist aber abgeurtheilt, also ist auch über denjenigen abgeurtheilt, welchen du jetzt forderst. Der Fall ist ganz derselbe, als wenn beim Servitutenprozeß der Beklagte zum Kläger spräche: wie es sich auch mit der Begründetheit der Servitut an und für sich verhalten mag, du kannst sie nicht haben, wenn du nicht das Eigenthum des herrschenden Grundstücks hast; über dieses aber ist abgeurtheilt. — Noch ist folgendes Bedenken zu beseitigen. Der anwachsende Theil wird kraft desselben Rechtes gefordert, kraft dessen der erste Theil gefordert worden ist, da das Wesen des Anwachsungsrechtes eben darin besteht, daß dem Habenden nicht genommen, nicht darin, daß dem Nichthabenden zugelegt wird. In dem zweiten Theil wird also dasselbe Ganze gefordert, was in der Forderung des ersten Theils bereits gefordert worden ist. Warum hat Papinian dies nicht als Entscheidungsgrund geltend gemacht? Dann aber hätte er auch für den Nießbrauch dieselbe Entscheidung geben müssen, wie für das Eigenthum, da bei diesem das so eben bezeichnete Verhältniß gerade so stattfindet, wie beim Eigenthum. Aber eben daraus, daß Papinian für den Nießbrauch eine andere Entscheidung gibt, geht hervor, daß er jenen Entscheidungsgrund für nicht anwendbar erachtet hat. Es muß also angenommen werden, daß er sich den Fall so gedacht habe, daß im ersten Prozesse nicht über die Rechtsbeständigkeit und Zuständigkeit des Vermächtnisses entschieden worden sei, sondern etwa dahin, daß das durch das Vermächtniß erworbene Recht dem Vermächtnißnehmer später wieder verloren gegangen sei.

Was die Schriftsteller angeht, so finde ich bei Bekker eine Befreiung des Gewichts der zuletzt betrachteten Stelle nicht. In Betreff der l. 26. §. 1. h. t. neigt auch er<sup>38)</sup> zu der Auslegung, welche vorhin begründet worden ist, — obgleich er daneben die andere stellt, daß das Recht an der Insel und das Recht an dem Grundstück deswegen als ein und dasselbe Recht zu betrachten seien, weil jenes ein Ausfluß von diesem sei, — glaubt aber dann einen Widerspruch zwischen dieser Stelle und der Entscheidung in Betreff der Früchte annehmen zu müssen, indem er Insel und Frucht als Accessionen gleicher Art auffaßt. Bei l. 11. §. 10. D. h. t. (Eigenthumsklage und Pfandklage) ergibt sich ihm eine besondere Schwierigkeit daraus, daß nach seiner Theorie zur Begründetheit der *exceptio rei iudicatae* nicht nur Identität des geltend gemachten Rechtes, sondern auch Identität

<sup>38)</sup> A. a. D. S. 217.

der Rechtsverletzung erforderlich ist<sup>39)</sup>. So wird er zu der unnatürlichen Annahme gedrängt, daß in der Verletzung des Pfandrechtes auch eine Verletzung des Eigenthums, dessen Ausfluß dasselbe sei, liege<sup>40)</sup>. — Buchka und Dernburg machen beide in Betreff des hier behandelten Falles der Savigny'schen Ansicht eine Concession. Buchka lehrt, daß das Erkenntniß „insofern über den Kreis der in iudicium deducirten actio hinaus keine Wirkung äußere, als der früher abgeurtheilte Anspruch für eine andere actio präjudiciell ist“<sup>41)</sup>. Nach Dernburg soll das absolutorische Urtheil den Beklagten nicht nur von dem eingeklagten Anspruch befreien, sondern auch von allen anderen Ansprüchen, „deren Nichtvorhandensein als eine logische Consequenz des eingeklagten Rechtsanspruches selbst betrachtet werden muß“<sup>42)</sup>. Auf diese Beschränkung der Wirkung des Urtheils auf den Fall der Absolution wird bald zurückgekommen werden.

3) Der dritte Fall, welcher zu betrachten ist, ist der, wo ein Anspruch, der als Voraussetzung eines andern geltend gemacht worden ist, wieder in gleicher Weise, als Voraussetzung eines dritten, vorgebracht wird. Hierher könnte man zunächst folgende Stelle zu ziehen geneigt sein.

L. 22. D. h. t.

Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei iudicatae eis proderit; nam etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.

Wenn bloß die Verschiedenheit der Personen die exceptio rei iudicatae ausschließt, so ist sie objectiv begründet. Man könnte nun sagen wollen, in beiden Processen werde eine und dieselbe Voraussetzung des erhobenen Anspruches geltend gemacht, — die Verpflichtung des Erblassers. Die Antwort würde aber nicht fern liegen, daß in beiden Processen gar nicht ein verschiedener Anspruch geltend gemacht werde, sondern derselbe, der auf der Verpflichtung des Erblassers beruhende, daß die Ansprüche gegen die Erben diesen Anspruch gegen den Erblasser nicht

<sup>39)</sup> A. a. D. S. 251 fg. Der dingliche Anspruch geht, wie schon oben bemerkt wurde, nicht zunächst auf Herausgabe der vom Beklagten besessenen Sache, sondern auf Anerkennung des klägerischen Eigenthums.

<sup>40)</sup> A. a. D. S. 257. 258.

<sup>41)</sup> Einfluß x. I. S. 293.

<sup>42)</sup> A. a. D. S. 352.

sowohl zur Bedingung hätten, als vielmehr nur Erscheinungsformen desselben seien, daß also auch hier der Satz vom Ganzen und Theil sich geltend machte, aus dem die oben betrachteten Stellen erklärt worden sind.

Weitere Stellen, welche hierher gezogen werden könnten, sind mir, wenn man bei der bisher festgehaltenen Auffassung des Anspruchs stehen bleibt, nicht bekannt. Bei der bisher festgehaltenen Auffassung des Anspruchs, — ich meine, wenn man fortfährt, unter Anspruch die Behauptung zu verstehen, daß Einem ein Recht zustehe. Man kann aber auch, wie bereits oben bemerkt wurde, weiter gehen, und schon das einen Anspruch nennen, wenn irgend eine Thatsache behauptet wird, welche die Grundlage eines weiter in Anspruch zu nehmenden Rechtes zu bilden geeignet ist. Thut man dies, so kommt nun zunächst folgende Stelle in Betracht.

L. 28. §. 4. D. de iurei. (12. 2).

*Exceptio iurisiurandi non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur, forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, ceterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur: quia per alteram actionem altera quoque consumitur.*

Der Fall, welchen diese Stelle behandelt, ist der, wo auf eine und dieselbe obligatorische Leistung in dem Sinne mehrere verschiedene Ansprüche begründet sind, daß sie aus mehreren verschiedenen Obligationsgründen gefordert werden kann<sup>43)</sup>. Ist der eine dieser Ansprüche durch Eid erledigt, so soll auch der andere nicht mehr vorgebracht werden können. Man könnte nun geneigt sein, aus dieser Entscheidung den Schluß zu ziehen, daß auch die *exceptio rei iudicatae* begründet sei, wenn über die eine den sämtlichen Ansprüchen zu Grunde liegende Thatsache, z. B. ein Versehen bei der Geschäftsführung, ein Urtheil gefällt worden sei. Das Bedenkliche dieses Schlusses liegt nicht darin, daß überhaupt auf die *exceptio rei iudicatae* übertragen wird, was für die *exceptio iurisiurandi* ausgesprochen ist. Die Zulässigkeit einer solchen Uebertragung ist vielmehr allgemein anerkannt. Sie beruht darauf, daß der Eid so gut wie das Urtheil eine Entscheidung des Rechtsstreites ist, und daher auch dem Urtheil in den Quellen ausdrücklich gleichgestellt wird<sup>44)</sup>. Für die hier bezügliche Stelle

<sup>43)</sup> S. oben S. 34.

<sup>44)</sup> L. 1. pr. D. quar. rer. actio (44. 5), l. 56. D. de re iud. (42. 1), l. 13. D. quib. modis pignus (20. 6).

kommt hinzu, daß sie in derselben Weise, wie das beim Urtheil geschieht, das entscheidende Gewicht auf die Identität der quaestio legt. Das Bedenkliche jenes Schlusses liegt aber darin, daß es nicht feststeht, daß unsere Stelle sich den Eid gerade auf das Dasein der Thatfache, welche den verschiedenen Ansprüchen zu Grunde liegt, gerichtet denkt. Sie kann füglich Weise auch von der Annahme ausgegangen sein, daß der Beklagte früher geschworen habe, er sei aus dieser Thatfache nichts schuldig, wodurch also der jetzt vorgebrachte Anspruch unmittelbar beseitigt worden wäre<sup>45)</sup>.

Dieses Bedenken kann nicht gegen eine andere Stelle erhoben werden.

L. 13. §. 2. D. de iurei. (12. 2).

Idem Iulianus scribit, eum, qui iuravit, furtum se non fecisse, videri de toto iurasse, atque ideo neque furti neque condicticia tenetur, quia condicticia, inquit, solus fur tenetur.

In dieser Stelle ist nicht nur ausdrücklich gesagt, daß es die den verschiedenen Ansprüchen zu Grunde liegende Thatfache sei, über welche der Eid abgeleistet worden sei, sondern diese Ansprüche haben auch nicht einmal, wie das bei der vorigen Stelle der Fall war, den Gegenstand mit einander gemein; der eine geht auf Strafe, der andere auf Entschädigung. Bleibt man nun bei der Gleichstellung der exceptio rei iudicatae mit der exceptio iurisiurandi stehen, so ist durch diese Stelle bewiesen, daß die exceptio rei iudicatae begründet sei, wenn auf Grund einer Thatfache, über welche als Grundlage eines Anspruches früher abgeurtheilt worden ist, jetzt ein anderer erhoben wird. Ein Grund aber, warum jene Gleichstellung nicht consequent durchgeführt werden sollte, ist nicht ersichtlich. Was Buchka<sup>46)</sup> bemerkt, daß das Urtheil sich auf eine ganz andere quaestio beziehe, als der Eid, nämlich auf die Frage nach der Existenz des klägerischen Rechtes, während es über die Thatfache nichts entscheide, enthält eine petitio principii, da das ja eben die Frage ist, was unter der vom Urtheil entschiedenen quaestio zu verstehen ist.

Doch mag zugegeben werden, daß der Schluß von der Wirkung des Eides auf die Wirkung des Urtheils immer noch kein vollkommen sicherer ist. Dagegen findet sich nun eine andere Stelle in unseren

<sup>45)</sup> Denkt man sich das Urtheil in dieser allgemeinen Fassung, so ist durch dasselbe ebenfalls jede Actio auf diesen Gegenstand unmittelbar beseitigt. Offenbar ist dies der Sinn, in welchem die Compileratoren Justinian's die l. 5. D. de exc. rei iud. (vergl. oben S. 79) aufgefaßt haben.

<sup>46)</sup> A. a. D. S. 314.



Quellen, welche ich für vollkommen entscheidend halten muß. Ich sehe ihr gegenüber, wenn man nicht die Savigny'sche Theorie annehmen will, keinen Ausweg. Es ist dies die bei dieser Streitfrage bisher, soviel ich weiß, noch nicht beachtete l. 1. D. h. t. Dieselbe lautet:

Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel [ex] legato agi potest, licet ruptum, vel irritum, vel non iustum dicatur testamentum; nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium hereditati fit.

Wenn die Zulässigkeit der späteren Klage ihren Grund nur in der Verschiedenheit der Subjekte hat, so muß diese Klage durch den objectiven Bestand der Sache ausgeschlossen sein. Das ist zwar nur ein Schluß a contrario; aber derselbe scheint mir ganz unabweislich. Die ähnliche Entscheidung der l. 22. D. h. t. fügt ausdrücklich hinzu: „etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur“. Daß das hier nicht auch geschehen ist, ist für rein zufällig zu erachten; denn wenn nicht auch hier Identität der quaestio angenommen wird, warum wird denn die Frage überhaupt aufgeworfen, ob das Urtheil über den einen Anspruch dem andern „praeiudicium“ mache? Daß nun dieser Ausdruck auch wirklich auf die exceptio rei iudicatae gehe, darf ebenso wenig bezweifelt werden. Es könnte Jemandem die exceptio praeiudicii einfallen: aber was soll dieselbe nach beendigter Sache? Ueberdies setzte dieselbe Identität der Personen nicht voraus<sup>47)</sup>, und in l. 63. D. de re iud. (42. 1) wird für den Satz: rem inter alios iudicatam aliis praeiudicium non facere, als gleichbedeutender Ausdruck der gebraucht, daß dadurch gegen Andere nicht die praescriptio rei iudicatae erzeugt werde. — Die exceptio rei iudicatae ist also objectiv begründet, wenn aus einem und demselben Testamente zuerst Freiheit, dann ein Legat, oder zuerst ein Legat, dann die Erbschaft gefordert wird. Diese Ansprüche haben gar nichts mit einander gemein, — nicht die juristische Form, aber ebenso wenig den materiellen Gehalt. Es ist keine Wendung möglich, wodurch man sie als Ansprüche erscheinen lassen könnte, mit denen „idem petitur“. Die Eigenthumsklage auf Grund des Erbrechts geht immerhin auf ein Stück Erbschaft; aber deswegen geht die Vermächtnißklage nicht auf die Gültigkeit des Testaments, sondern lediglich auf das Vermachte, und ebenso ist es mit der anderen Klage, welche die Stelle nennt. Wenn in ihnen nichtsdestoweniger eadem quaestio verhandelt wird,

<sup>47)</sup> Planck Mehrheit der Rechtsfreitigkeiten im Prozeß S. 26.

so ist dies bloß deswegen der Fall, weil die Voraussetzung der mit der einen und der andern erhobenen Ansprüche dieselbe ist: der Fall ist ganz der nämliche, wie wenn auf Grund eines Diebstahls zuerst auf Entschädigung, und dann auf Strafe geklagt wird.

Die Entscheidung dieser Stelle, ich wiederhole es, ist klar und keiner andern Deutung fähig. Durch sie in Verbindung mit der eben behandelten l. 33. §. 1. D. de usufr. halte ich unsere Frage für entschieden. Beide lassen, wenn man die Savigny'sche Theorie nicht annehmen will, keinen Ausweg. Das konnte von keiner der Stellen gesagt werden, welche dieser Theorie entgegen zu stehen scheinen, selbst nicht von l. 7. §. 3. D. h. t. So muß dieselbe daher als richtig anerkannt werden. Daß Schwierigkeiten übrig bleiben, und namentlich in der genannten l. 7. §. 3., verkenne ich nicht. Aber größer sind meines Erachtens die Schwierigkeiten, die sich Denen entgegenstellen, welche die Savigny'sche Ansicht bestreiten. —

Die vorstehende Untersuchung ist angestellt worden, um eine sichere Grundlage zu gewinnen zur Widerlegung der neuerdings aufgestellten Behauptung, daß der *exceptio rei iudicatae* außer der negativen Function keine andere, positive, zukomme. Diese Widerlegung ist jetzt nicht schwer zu führen. Es bedarf keines großen Aufwandes von Kräften, um darzuthun, daß die Annahme einer bloß negativen Function mit dem im Vorstehenden nachgewiesenen Umfang der *exceptio rei iudicatae* unverträglich ist.

Wer der *exceptio rei iudicatae* die positive Function absprechen will, muß den Muth haben, die Behauptung aufzustellen, das römische Recht habe jedes erneute Vorbringen einer Behauptung, welche in irgend einem andern Prozesse zu irgend einem andern Zwecke bereits vorgebracht, und über welche daselbst bereits ein Urtheil gefällt worden sei, selbst dann verboten, wenn das Urtheil die Begründetheit dieser Behauptung anerkannt habe. Natürlich wird er die Heilung für die argen Wunden, welche dieser exorbitante Satz schlägt, in der *replicatio si non secundum me iudicatum est* suchen wollen, — er wird sich darüber hinwegsetzen müssen, daß auf einen solchen Umfang dieser *replicatio* in den Quellen keine Spur hinweist. Doch möge dies dennoch gestattet sein; auf jeden Fall jenen exorbitanten Satz selbst wird er anerkennen müssen. Nun aber ist es geradezu unmöglich, daß das römische, daß irgend ein nicht ganz unvernünftiges Recht denselben wirklich aufgestellt haben sollte. Der Satz, daß ein abgeurtheilter, auch zuerkannter, Anspruch nicht mehr vorgebracht werden dürfe, wenn

man unter Anspruch dasjenige Verlangen versteht, um dessen willen die Klage erhoben wird, hat Sinn; durch die Zuerkennung des Anspruchs hat der Kläger auch Befriedigung desselben erlangt, auf jeden Fall sind die Fälle, in denen dieß nicht der Fall ist, nur Ausnahmefälle, in denen dann in anderer Weise geholfen werden kann. Daß aber eine Behauptung, die in einem früheren Prozesse zu einem ganz anderen Zwecke geltend gemacht worden ist, in diesem, in dem es sich im Resultat um einen ganz anderen Anspruch handelt, bloß deswegen nicht mehr wiederholt werden soll, weil sie früher bereits einmal dem richterlichen Urtheil unterlegen hat, hat nicht den mindesten Sinn. Für den Anspruch, den man auf Grund dieser Behauptung jetzt geltend macht, hat man durch die Anerkennung derselben in dem früheren Prozesse nicht nur thatsächlich keine Befriedigung erlangt, man hat auf diese Befriedigung nie auch die mindeste Aussicht gehabt, ja die Möglichkeit derselben hat nicht vorgelegen. Einem solchen Umfang der negativen Function der *exceptio rei iudicatae* gegenüber wäre die *replicatio si non secundum me iudicatum est* nicht Abhülfe einzelner Uebelstände, welche die *exceptio* möglicherweise und gegen ihre eigentliche Bestimmung mit sich führen kann, sondern geradezu Wiederaufhebung, reine Negation.

In der That ist nun auch, wie bereits bemerkt wurde, Bekker weit davon entfernt, die negative Function der *exceptio rei iudicatae* in diesem Umfange anzuerkennen. Aber er weiß zu der Beschränkung, die er demselben gibt, nur auf Kosten des Umfanges der Einrede überhaupt zu gelangen. Damit sie nicht in negativer Function weiter wirke, als Quelleninhalt und vernünftiges Ermessen ihr gestatten können, muß sie sich gefallen lassen, überhaupt nur auf einem engern Raum zu wirken. Daß Bekker, indem er sie in diesen engen Raum verweist, sich mit den Quellenzeugnissen in Widerspruch setzt, ist oben gezeigt worden. — Ein Jurist, meint Bekker, sei allerdings so weit gegangen, die *exceptio rei iudicatae* für begründet zu erklären, sobald eine Frage wieder angeregt werde, über die bereits einmal erkannt worden sei; das sei Julian, welcher ausgesprochen habe: *exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur*. Aber diese Auffassung sei nicht durchgedrungen. Die Behauptung, der genannte Satz enthalte eine vereinzelte Meinung Julian's, ist um so willkürlicher, als, wie bereits Dernburg bemerkt hat, sich auch andere Juristen auf denselben berufen<sup>48)</sup>.

<sup>48)</sup> L. 7. §. 4. I. 19. 22. 30. §. 1. D. h. t. .

Nicht so weit in der Beschränkung des Umfangs der exceptio rei iudicatae, wie Bekker, hat Dernburg gehen wollen. Er läßt sie auch da zu, wo über einen Anspruch, der sich zu dem jetzt geltend gemachten als Bedingung seines Vorhandenseins verhalte, in einem früheren Prozesse geurtheilt worden sei, vorausgesetzt jedoch, daß das Urtheil absolutorisch gewesen sei. Dieser Satz ist ohne Zweifel richtig, wenn er auch dem wirklichen Umfang der exceptio rei iudicatae noch immer nicht entspricht; aber wenn Dernburg glaubt, daß in demselben diese Einrede in negativer Function zu Lage trete, so befindet er sich, wie ich glaube, in einem entschiedenen Irrthum. Dernburg scheint so zu argumentiren<sup>49)</sup>: indem der Mutteranspruch gelehnet ist, sind auch diejenigen Ansprüche gelehnet, welche aus demselben erwachsen; sind sie aber aberkannt, so ist auch über sie erkannt. Das Letztere ist richtig, und hierin liegt der Fehler nicht: der Fehler liegt in der Behauptung, daß durch das Urtheil als solches diese Ansprüche aberkannt seien. Das Urtheil als solches hat mit diesen Ansprüchen nichts zu thun; es berührt sie nicht. Wie kann man sagen, daß das Urtheil über das Eigenthum an einem Grundstück auch ein Urtheil über die demselben zustehende Servitut, das Urtheil über Eigenthum auch ein Urtheil über ein Pfandrecht sei, welches vielleicht erst nach dem Urtheile auf Grund des Eigenthums bestellt wird? Wohlverstanden, das Urtheil als solches. Denn freilich, sobald man hinzunimmt, daß der Inhalt des Urtheils nicht weiter bestritten werden darf, ist allerdings das Urtheil, welches Eigenthum leugnet, auch ein Urtheil über Servituten und Pfandrechte, welche sich auf das Eigenthum berufen, insofern nämlich, als nun das Urtheil über diese Ansprüche durch das über das Eigenthum gefällte Urtheil unabwweichlich vorgezeichnet ist. Aber auch nur insofern, und nur, wenn man jenes herabzieht, mit anderen Worten, dasjenige, was man die positive Function der exceptio rei iudicatae nennt. Anders verhält es sich in dem oben betrachteten Falle, wenn das Urtheil ausspricht, daß der Kläger Eigenthümer sei. Hier ist durch das Urtheil als solches zugleich ausgesprochen, daß jeder Andere, und so auch der Beklagte, nicht Eigenthümer sei. Die Urtheile: „A ist Eigenthümer, und B ist nicht Eigenthümer“, sind nicht zwei verschiedene Urtheile, sondern nur verschiedene Ausdrücke für dasselbe Urtheil. So liegt in dem Urtheil, welches den Kläger als Eigenthümer anerkennt, ein Urtheil über den Eigenthumsanspruch des Beklagten selbst dann, wenn man den Satz,

<sup>49)</sup> Heibelberger krit. Zeitschrift V. S. 352.

daß dem Inhalt des Urtheils nicht mehr widersprochen werden dürfe, ganz außer Acht läßt. Auf jeden Fall hat es gesprochen, was es gesprochen hat, und so auch über das Eigenthum des Beklagten.

Es ist bisher gegen die Bekker'sche Theorie von der Annahme aus gestritten worden, daß der *exceptio rei iudicatae* in der That derjenige Umfang zukomme, welcher oben für sie in Anspruch genommen worden ist. Sollte ihr aber dieser Umfang auch nicht gebühren, sollte der Satz, daß sie begründet sei, sobald *eadem quaestio* — im Savigny'schen Sinne — *revocatur*, auch nicht haltbar sein: so wäre deswegen doch mit der negativen Function derselben nicht auszureichen. Denn auf jeden Fall ist das unleugbar, daß die Quellen den Anspruch auf den Theil durch den Anspruch auf das Ganze, wie den Anspruch auf das Ganze durch den Anspruch auf den Theil, absorbirt werden lassen. Nun wohl, auch nur für diesen Umfang die negative Function der *exceptio rei iudicatae* durchzuführen, so daß sie also nicht bloß den abgesprochenen, sondern auch den zuerkannten Anspruch ausschließt, ist unmöglich. Denn auch bei diesem Umfange der *exceptio rei iudicatae* kann es vorkommen, daß der jetzt geltend gemachte Anspruch auf etwas ganz Anderes geht, als der früher geltend gemachte, für einen solchen Fall aber hat, wie gezeigt wurde, die *exceptio rei iudicatae* in negativer Function durchaus keinen Sinn. Oder will man das sinnvoll nennen, daß Derjenige, welcher ein Stück Erbschaft eingeklagt habe, die Erbschaft nicht mehr einklagen dürfe, wo er doch für seinen Anspruch auf die Erbschaft in seiner ersten Klage Befriedigung weder erwarten durfte, noch gesucht hat? Oder gar, daß durch die Geltendmachung des Eigenthums zu irgend einer Zeit die Geltendmachung aller auf Grund des Eigenthums constituirten und constituirten werden könnenden partiellen Rechte an der Sache ausgeschlossen sei?

Wie überzeugend aber auch diese Gründe für die doppelte Function der *exceptio rei iudicatae* sprechen mögen, so wird doch nicht geleugnet werden können, daß ein gewisses Gefühl der Unbehaglichkeit so lange übrig bleibt, als nicht die Gründe, welche Bekker dagegen geltend gemacht hat, auch in positiver Weise beseitigt sind. Dies will ich jetzt noch versuchen. Ich will es nicht unternehmen, nachzuweisen, daß die *exceptio rei iudicatae* je nach ihrer verschiedenen Function auch eine verschiedene Fassung gehabt habe, ich will ebensowenig nach Spuren einer bewußten Unterscheidung ihrer doppelten Function bei den römischen Juristen suchen. Aber es läßt sich, glaube ich, zeigen, daß es denn doch bei Weitem nicht so auffallend ist, wie es auf den ersten Blick erscheint, daß dieselben mit Einem Namen eine zwiefache

Einrede bezeichnen, und so auch von derselben reden, als sei es nur Eine. Der Ausdruck: *res iudicata est* will zunächst nichts Anderes sagen, als: über den Anspruch, um den es sich jetzt handelt, ist bereits ein Urtheil gefällt. Nimmt man aber den — im römischen Recht feststehenden — Satz hinzu, daß der Inhalt eines gesprochenen Urtheils nicht mehr bestritten werden dürfe, so wird der Sinn jenes Ausdrucks ein ganz anderer. Er will dann das sagen, daß über den jetzt im Prozesse befangenen Anspruch nur in Einer Weise geurtheilt werden könne, daß das Urtheil über denselben vom Richter nicht mehr frei gefunden werden könne, sondern durch das frühere Urtheil in unabänderlicher Weise vorgezeichnet sei. Das ist nicht minder eine abgeurtheilte Sache, deren Entscheidung sich aus einem früheren Urtheil mit Nothwendigkeit ergibt, als diejenige, über welche ein früheres Urtheil sich in der That ausgesprochen hat. Wie nahe es liegt, das Eine und das Andere in die ununterschiedene Vorstellung der *res iudicata* zusammen gehen zu lassen, kann nicht besser dargethan werden, als durch die Hinweisung auf das Beispiel Dernburg's, welcher, wie oben gezeigt worden ist, in einem Falle, in welchem lediglich die positive Function der *exceptio rei iudicatae* entscheidet, die negative wirksam glaubt. Freilich ist auch in diesem Falle *res iudicata*, aber nicht, weil früher über die Sache gesprochen, sondern weil sie durch ein früheres Urtheil entschieden ist.

Ich wiederhole es also: die Bekker'sche Theorie ist irrig. Sie ist um so mehr ganz und vollständig zu beseitigen, als sie auch schädlich ist, und nicht bloß dadurch, daß sie die richtige Einsicht in den Sinn der Quellen trübt, sondern auch dadurch, daß sie eine richtige Bestimmung des Umfanges der *exceptio rei iudicatae* verhindert. Wer die positive Function dieser Einrede nicht anerkennen will, wird sich in unabweislicher Weise genöthigt sehen, den Umfang derselben mehr als erlaubt ist, einzuschränken; denn, wie gezeigt wurde, daß die Quellen in dem Umfange, in welchem sie dieselbe wirklich anerkennen, sie in negativer Function anerkannt haben sollten, ist undenkbar.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die *exceptio rei iudicatae* in ihrer positiven Function eigentlich nicht zu den Gegenständen gehört, mit denen sich diese Schrift zu beschäftigen hat. Dieselbe will von der *Actio* als solcher handeln, und hatte demgemäß auch den Einfluß in's Auge zu fassen, den ihre Realisation im Gerichte — nach seinem Anfangspunkt und nach seinem Endpunkt — auf sie ausübt. Dieselbe will aber nicht das specielle Actionenrecht darstellen,

und daher auch nicht das Recht der Exceptionen, die sich einer Actio möglicherweise entgegenstellen können. Zu diesen Exceptionen gehört diejenige, welche von dem Widerspruch der Actio mit einem früheren Urtheil hergenommen wird, in keinem anderen Sinne, als z. B. die exceptio doli oder die exceptio SC<sup>i</sup> Macedoniani. Der Grund, weswegen unsere Darstellung sie nichtsdestoweniger nicht ausschließen zu dürfen geglaubt hat, ist oben angegeben worden. Und da nun einmal so weit gegangen worden ist, so mag hier auch noch einer anderen Frage Erwähnung geschehen, welche mit ihr in Verbindung steht.

Die *exceptio rei iudicatae* in ihrer positiven Function macht geltend, daß man nicht mehr behaupten dürfe, was Einem in einem früheren Prozesse aberkannt worden sei. Ist aber dies die Wirkung des Urtheils, so muß ebenso wahr sein, daß man nicht mehr bestreiten dürfe, was dem Gegner in einem früheren Prozeß zuerkannt worden ist. Dieses Letztere ist nichts Neues, sondern nur eine andere Seite derselben Wirkung des Urtheils, welche auch in dem Ersteren hervortritt. Dies wird auch allgemein anerkannt<sup>50</sup>); Beides zusammengekommen bildet dasjenige, was man die Rechtskraft des Urtheils genannt hat. Es fragt sich aber nun, durch welches Organ diese zweite Seite der Rechtskraft des Urtheils realisirt wird. Diese Frage ist vernachlässigt, und das ist auch der Grund, weswegen hier der Gang der Darstellung ihr zu Liebe unterbrochen wird.

Die aufgeworfene Frage wird in unseren Quellen nirgends direkt

<sup>50</sup>) Neulich ist geleugnet worden, daß das römische Recht eine Berufung auf das rechtskräftige Urtheil zum Zweck der Begründung eines Anspruchs gestatte, — F. Pfeiffer Archiv für civilistische Praxis XXXVII. 4. 10. Die hier geltendgemachten Gründe sind aber nicht überzeugend. Daß der römische Prozeß bei nicht fälligen Ansprüchen Caution verlangte, erklärt sich einfach daraus, daß er auf solche Ansprüche eben nicht condemniren wollte; ein Urtheil bloß auf das Bestehen des Rechtsverhältnisses selbst aber konnte nur im Wege des *praesudicium* erlangt werden. L. 8. §. 4. D. si serv. (8. 5) sagt nicht mehr, als daß das Urtheil im Servitutenprozeß nicht auf Bestellung einer Servitut, sondern auf Anerkennung einer bestehenden gehe, darüber, inwiefern man sich auf dieses Urtheil in einem späteren Prozeß berufen könne, sagt sie nichts. Die Berufung auf die consumirende Wirkung des Urtheils wird aber natürlich dadurch an und für sich nicht ausgeschlossen, daß dasselbe für Denjenigen ausgefallen ist, der sich darauf beruft. Ein näheres Eingehen ist mir hier nicht gestattet, doch vergl. auch l. 50. §. 1. D. de leg. I: der im Urtheil als Testamentserbe Anerkannte haftet auch den Legataren. Daß er kraft des Urtheils hafte, wird hier in keiner Weise als etwas Besonderes hervorgehoben; das Besondere ist nur, daß er kraft eines Urtheils haftet, welches nicht zwischen ihm und dem Gegner gesprochen worden ist. Vergl. ferner l. 11. §. 3. l. 12. §. 2. D. de iurei. (12. 2) weiter unten im Texte.

und unmittelbar beantwortet. Wir sind daher auf Vermuthungen angewiesen. Man könnte nun zunächst an die *replicatio si non secundum me indicatum est* denken wollen. Es ist offenbar, daß dies irrig sein würde. Die Wirkung der *replicatio* überhaupt ist, wie die der *exceptio*, eine rein negative. Sie schließt die *exceptio* aus, und macht dieselbe unschädlich. Damit ist aber noch nicht erreicht, daß die klägerische *intentio* begründet ist, sondern nur, daß, wenn sie begründet ist, der *Condemnation* ein weiteres Hinderniß nicht entgegensteht. Mit unserer *replicatio* kann es sich nicht anders verhalten. Sie schafft nur der *intentio* freien Raum, enthebt aber nicht des Beweises derselben. — Noch weit weniger würde es gerechtfertigt sein, als Organ jener Wirkung die *exceptio rei iudicatae* selbst anzusehen. Eine *exceptio* kann nie etwas Anderes, als einen Anspruch beseitigen; sie ist aber nicht im Stande, Widerspruch gegen eine Behauptung auszuschließen. Ich würde diese Bemerkung nicht machen, wenn nicht eine so gewichtige Stimme, wie die Savigny's, das Gegentheil zu lehren schiene. Savigny sieht das Eigenthümliche der negativen Function der *exceptio rei iudicatae* in zwei Stücken: „erstlich, daß sie sich nur auf das Dasein eines Urtheils gründet, nicht auf dessen Inhalt; zweitens, daß sie nur einen verneinenden Zweck und Erfolg hat, eine Klage zu verhindern, nicht, irgend ein Recht durchzusetzen“<sup>51)</sup>. Also die *exceptio rei iudicatae* in ihrer positiven Function vermag mehr, und Savigny spricht dies auch geradezu aus. Sie soll den Richter nöthigen, den Inhalt des früheren Urtheils „als wahr anzunehmen und seinem eigenen Urtheil zu Grunde zu legen“<sup>52)</sup>. Man wird die Annahme kaum abweisen können, daß Savigny hier durch die Ausdrücke: negative, positive Function zu einem Irrthum veranlaßt worden ist, vor dem der Erfinder derselben ausdrücklich gewarnt hat<sup>53)</sup>.

Dieses also ist nicht das Richtige. Was das Richtige sei, ist nicht leicht zu sagen. Meiner Ansicht nach hat man nur die Wahl zwischen folgenden zwei Annahmen. Die erste ist die, daß nach Analogie des Geständnisses und des Eides<sup>54)</sup> das rechtskräftig Entschiedene in der Formel als Basis des in diesem Prozesse zu fällenden Urtheils bezeichnet worden sei. Diese Annahme ist mir jedoch nicht wahrscheinlich; ich glaube, wenn die Sache sich in der That so ver-

51) System VI. S. 268.

52) Dasselbst S. 271.

53) Keller *Litizcontestation und Urtheil* §. 28. Note 4.

54) L. 22. l. 1. §. 1. D. de interr. (11. 1), l. 9. §. 1. 6. 7. l. 11. §. 1. 3. D. de iurei. (12. 2).



halten hätte, würden wir nicht ohne alle Nachricht darüber sein. Auch paßt dazu nicht die *replicatio si non secundum me iudicatum est*. Wenn in der Formel der Inhalt eines früheren Urtheils als Grundlage der *Condemnation* bezeichnet ist, so kann nicht aus demselben Urtheil eine *exceptio* hergenommen werden, so daß es nöthig wäre, sie mit der erwähnten *replicatio* zurückzuschlagen. Die zweite Annahme ist die, daß der Ausschluß des Widerspruchs gegen eine rechtskräftige Entscheidung *officio iudicis* realisirt worden sei. Hiernach würde das rechtskräftige Urtheil also als eine Art von Beweismittel erscheinen, welches sich von andern Beweismitteln nur dadurch unterscheidet, daß es auch den Gegenbeweis ausschließt, — also in der Weise, wie das gerichtliche Geständniß Denjenigen erscheinen muß, die es zu den Beweismitteln zählen, oder so, wie das Urtheil vom französischen Rechte in der That aufgefaßt wird<sup>55</sup>). Für diese Annahme will ich nicht geltend machen, daß die Römer die *praeiudicia* als Beweismittel in der That auffaßten.

*A. sc. in Cic. div. c. 4. Praeiudivium dicitur res quae, cum statuta fuerit, avert iudicaturis exemplum, quod sequantur*<sup>56</sup>).

Denn diese Auffassung ist doch auch nur für solche *praeiudicia* bezeugt, welche nicht *res iudicata* machen, und die Bedeutung dieser ist es eben, wornach hier gefragt wird. Hingegen wird für die bezeichnete Annahme allerdings eine Bandfestenstelle geltend gemacht werden dürfen, — 1. 11. §. 3. 1. 12. §. 2. D. de iurei. (12. 2). Hier heißt es, daß, wenn Jemand geschworen habe, er sei Erbe, er auf Grund dieses Eides dasselbe verlangen könne, wie auf Grund eines Urtheils, — *perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset*.

Dagegen helfe der Eid einem andern Besitzer gegenüber nicht. Hierzu wird als Grund angegeben:

— *quia et si petissem a te hereditatem, et probassem meam, nihilominus ab alio petendo id ipsum probare necesse haberem*.

Also: wenn ich gegen denselben Beklagten die Erbschaftsklage zum zweiten Male anstelle, brauche ich mein Recht nicht wiederholt zu beweisen. Sollte dieser Schluß a *contrario* noch irgend welche Unsicherheit haben, so würde dieselbe dadurch beseitigt werden, daß in den

<sup>55</sup>) Das französische Civilgesetzbuch spricht von der „*autorité de la chose jugée*“ in der Lehre vom Beweise durch gesetzliche Präsumtionen. Art. 1351.

<sup>56</sup>) Vergl. *Quintil. inst. or. V. prooem. c. 1. 2* und *Planck* Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozesse §. 26.

zuerst mitgetheilten Worten das Ueberflüssigwerden des Beweises für den Eid auch positiv ausgesprochen ist, dieser aber hier dem Urtheil in Allem gleichgestellt wird<sup>57)</sup>.

§. 12.

#### IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 2. Urtheil.

(Fortsetzung.)

Wenn das Urtheil die vorhandene Actio consumirt, so thut es das nicht unbedingt in der Weise, daß nun da, wo die Actio gewesen ist, gar nichts vorhanden wäre. Nur das absolutorische Urtheil wirkt in dieser Weise: das condemnatorische gibt mit derselben Hand, mit welcher es nimmt. Es ist oben die Frage aufgeworfen worden, in welchem Verhältniß das durch das Urtheil neu Geschaffene zu dem früher Dagewesenen stehe: diese Frage ist hier zu beantworten.

Es ist bekannt, daß das von Gaius berichtete und oben besprochene Rechtsprüchwort: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari debere — den ferneren Satz enthält: post condemnationem iudicatum facere oportere<sup>1)</sup>. Hierin sieht Keller<sup>2)</sup> die Bezeugung einer zweiten prozessualischen Novation, welche das Urtheil zu der durch die Litiscontestation bewirkten hinzufügte.

An und für sich wäre es nun nicht unmöglich, daß die bezeichneten Worte nichts Anderes besagen wollten, als was nach der obigen Ausführung<sup>3)</sup> die entsprechenden für die Litiscontestation wirklich ausdrücken wollen, nämlich, daß das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß nach dem Urtheil sich factisch von einer andern Seite darstelle,

<sup>57)</sup> Allerdings läßt sich auch sagen: wenn der Eid als Beweismittel bezeichnet und doch wieder auf Grund desselben eine Actio gegeben wird — in der Stelle folgen nach den mitgetheilten Worten: perinde haberi quod iuratum est, atque si probatum esset, unmittelbar folgende: idcirco utilis actio mihi competit —, so ist dies Letztere auch bei dem Urtheil möglich. Möglich allerdings, aber da für dasselbe die actio in keiner Weise bezeugt ist, so bleibt eben nur jenes Andere übrig.

<sup>1)</sup> Gaius III. 180.

<sup>2)</sup> Litiscontestation und Urtheil §. 25, Civilprozeß §. 71. Andere bleiben dabei stehen, daß die Iudicatiobligation nichts sei, als die Obligation aus der Litiscontestation nach erfüllter Bedingung, so Wächter Erörterungen III. S. 47. Auch Bekker ist dieser Ansicht, der nur das „condemnari oportere“ nicht auf diese durch die Litiscontestation geschaffene Obligation, sondern auf die aus ihr entstehende Verbindlichkeit zu einer prozessualischen Thätigkeit des Beklagten bezogen wissen will. Prozessualische Consumption S. 493 fg.

<sup>3)</sup> S. 58.

während rechtlich nichts geändert worden sei. Doch verhält die Sache sich in der Wirklichkeit nicht so. Der große Unterschied ist der, daß, während in der *litiscontestatio* die alte *Actio* und mit ihr die alte *Obligatio* in der That fortbauert, durch das Urtheil an die Stelle der bis dahin vorhanden gewesenen *Actio*, welche es consumirt, eine neue *Actio* gesetzt wird, — die *actio iudicati*. Und insofern es diese neue *Actio* erzeugt, nehmen die römischen Juristen auch keinen Anstand, von einer durch dasselbe begründeten *Obligatio* zu reden.

L. ● §. 7. D. de re iud. (42. 1).

— qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit.

Eine andere Stelle drückt sich allerdings vorsichtiger aus:

l. 3. §. 11. D. de pec. (15. 1).

— non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.

Die neue durch das Urtheil erzeugte *Actio* unterliegt auch einer selbstständigen rechtlichen Beurtheilung. In mannigfacher Beziehung gilt für sie anderes Recht, als für die frühere *Actio*.

Sie geht auf die Erben über, wenn gleich die frühere *Actio* unvererblich war. Ebenso ist sie unverjährbar, wenn gleich die frühere *Actio* der Verjährung unterworfen war.

L. 6. §. 3. D. de re iud. (42. 1).

*Iudicati actio perpetua est*<sup>4)</sup>, et rei persecutionem continet.

Item heredi et in heredem competit.

Mit der *actio de peculio* kann gegen den Gewalthaber nicht jede Verbindlichkeit des Inhabers des *Peculium* geltend gemacht werden, so namentlich nicht seine Verbindlichkeit aus einem *Delict*<sup>5)</sup>. Anders verhält es sich, wenn der Inhaber des *Peculium* aus solchen Verbindlichkeiten beklagt und verurtheilt worden ist.

L. 3. §. 11. D. de pec. (15. 1).

*Idem scribit, iudicati quoque patrem de peculio actione teneri.*

*Quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. Nam sicut in*

<sup>4)</sup> Für das Justinianische Recht heißt das: der Anspruch aus dem Urtheil verjährt in 30 Jahren. Die Ansicht, daß hier die vierzigjährige Verjährung Platz greife, hat die Natur der Sache — nach dem Urtheil ist kein Prozeß mehr vorhanden — und die Worte der l. 9. C. de praescr. XXX. (7. 39) in gleicher Weise gegen sich.

<sup>5)</sup> Nur auf soweit als das *peculium* reicher geworden ist, l. 3. §. 12. D. de pec. (15. 1).

stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi<sup>6)</sup>; proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem.

Mit dem Urtheil hört der Lauf der Zinsen auf, um sich nach Ablauf der Executionsfrist in größerer Stärke zu erneuern. Dieses Aufhören wird in einem Gesetze Justinian's darauf zurückgeführt, daß durch das Urtheil eine neue Obligation begründet werde, und zwar wird dabei geradezu von einer Novation gesprochen.

L. 3. C. de us. rei iud. (7. 54).

— Si enim novatur iudicati actione prior contractus, necesse est, usurarum —, quae anterioris contractus sunt, cursum post sententiam inhiberi.

Geht durch das Urtheil auch das für die Obligation bestellte Pfandrecht unter? Nein. Aber nur deswegen nicht, weil die actio hypothecaria das Forderungsrecht überdauert, wenn in der dasselbe zerstörenden Thatsache eine Befriedigung des Gläubigers nicht enthalten ist. Indem jener Satz auf diesen Grund zurückgeführt wird, wird damit indirekt anerkannt, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch nicht der vom Kläger geltend gemachte sei.

L. 13. §. 4. D. de pign. (20. 1).

Etiā si creditor iudicatum debitorem fecit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia aut satisfactum est. — — Nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.

Von der andern Seite aber konnten die Römer es denn doch nicht verkennen, daß die neue durch das Urtheil begründete Actio nicht bestimmt sei, einen materiell neuen Anspruch durchzusetzen, sondern lediglich ein neues Mittel zur Geltendmachung des Anspruches darstelle, welcher im Urtheil anerkannt worden war. Diese Erkenntniß konnte nicht umhin, sich selbst in dem Falle geltend zu machen, wo das Urtheil, weil der ursprüngliche Anspruch nicht auf Geld ging, einen andern Gegenstand hatte, als dieser selbst. Diese Auffassung ist nicht minder als die vorher erwähnte auf die rechtliche Behandlung der actio iudicati von Einfluß gewesen.

Das s. g. beneficium competentiae soll nicht bloß gegen die ursprüngliche Klage, sondern auch gegen die Klage aus dem Urtheil geltend gemacht werden können.

<sup>6)</sup> Von diesem Theil der Stelle ist oben (S. 61) die Rede gewesen.

## L. 33. D. pr. de don. (39. 5).

Qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem, praevalere placuit. Sed et condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat, in quantum facere potest conveniri<sup>7)</sup>.

Andere Fälle, in welcher diese Auffassung zu Tage tritt, sind folgende.

Die Einreden aus dem Macedonianischen und Vellejanischen Senatsschlusse können auch der actio iudicati entgegengesetzt werden.

## L. 11. D. de SC. Mac. (14. 6).

— si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatusconsulti exceptione. Et ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis.

Ebenso verhält es sich mit dem f. g. beneficium cedendarum actionum<sup>8)</sup>.

Ferner gehört hierher l. 3. pr. D. de us. (22. 1). Nach derselben soll die durch Mora des Schuldners begründete Verpflichtung zur Leistung von Früchten durch das Urtheil nicht aufhören.

— si, antequam ad iudicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus, qua tandem ratione, quoniam et sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo iudicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat.

Auch der während des Prozesses eingetretene Bürge — der vorher eingetretene wird durch die Litiscontestation frei — wird durch das Urtheil seiner Haftung nicht entledigt.

## L. 8. §. 3. D. de fidei. (46. 1).

Et post litem contestatam fideiussor accipi potest. — — An ergo condemnato reo exceptione uti possit, quaeritur? nam ipso iure non liberatur. Et si quidem iudicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime

<sup>7)</sup> In l. 3. §. 11. D. de pec. heißt es gerade umgekehrt: non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. — Vergl. l. 5. pr. D. quod cum eo (14. 5). Andere Stellen lassen die nobrende Kraft des Urtheils wenigstens durchblicken. In l. 41. §. 2. D. de re iud. (42. 1) wird dem verurtheilten Schuldner diese Rechtswohlthat „beneficio constitutionis“ zugeschrieben. In l. 17. §. 2. D. sol. matr. (24. 3) heißt es, daß der vom Richter aus Rechtsirrtum auf das Ganze verurtheilte Ehemann sich mit einer doli exceptio schützen könne.

<sup>8)</sup> L. 41. §. 1. D. de fidei. (46. 1), l. 1. §. 18. D. de tutelae (27. 3).

dicetur, uti eum exceptione posse: si vero acceptus fuerit etiam totius causae, cessabit exceptio.

So bestimmte auch Justinian, als er die Befreiung des Bürgen durch die litiscontestatio aufhob, daß der Gläubiger sein Recht gegen denselben nicht eher verliere,

— donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat<sup>9)</sup>.

Faßt man nun Alles dieses zusammen, so muß man erkennen, daß es nicht gerechtfertigt ist, dem condemnatorischen Urtheil novierende Kraft zuzuschreiben, — wenn man nicht dem Begriff der Novation einen anderen Inhalt geben will, als er in der That hat. Es liegt hier ein eigenthümliches Rechtsverhältniß vor, welches man mit der Novation vergleichend zusammenstellen mag, aber als solche nicht bezeichnen darf, ohne uneigentlich und ungenau zu reden. Bei der Novation wird die materielle Identität des neuen Anspruches von seiner formalen Verschiedenheit ganz absorbiert; hier kommt jene nicht minder, als diese, zu ihrem Rechte. Fragt man aber, ob sich nicht ein Princip erkennen lasse, nach welchem bald diese, bald jene in den Vordergrund gestellt wird, so wird man aussprechen dürfen, daß der leitende Gedanke für das römische Recht der gewesen ist, daß der Berechtigte durch das Urtheil in keine schlechtere Lage kommen dürfe, als er vor demselben gewesen sei. Man darf hierher ziehen, was l. 29. D. de nov. (46. 2.) von der litiscontestatio sagt: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem. Gegen diese Behauptung beweist nicht, daß mit dem Urtheil der Zinsenlauf aufhört. Das ist lediglich Ausnahme, deren Sinn leicht zu erkennen ist. Durch das condemnatorische Urtheil wird die Verbindlichkeit des Beklagten dem Streite enthoben, und eine Macht, welcher er nicht mehr widersprechen darf, sagt ihm, daß er jetzt leisten müsse. Hierzu ist ihm aber billigerweise eine gewisse Zeit zu gönnen; während dieser Zeit darf ihm seine Zögerung keinen Nachtheil bringen. Also muß während dieser Zeit auch der Lauf der Zinsen ruhen. Wenn dafür Justinian, oder vielleicht ein alter Jurist, dessen Ausspruch dieser wiederholte, als Grund anführt, daß „novatur iudicati actione prior contractus“, so beweist das nicht, daß dieser Grund der eigentlich erzeugende gewesen sei. Wäre er dies, so müßten mit dem Urtheil auch die Verzugszinsen aufhören, wovon doch l. 3. pr. D. de us. das Gegentheil

<sup>9)</sup> L. 28. C. de fidei. (8. 41).

sagt<sup>10)</sup>. Dagegen fällt bei den Verzugszinsen der von mir angegebene Grund weg. Der verdient keine Schonung, der sich bereits vor dem Urtheil eine widerrechtliche Verzögerung der Erfüllung hat zu Schulden kommen lassen. Und der Jurist motivirt hiermit ausdrücklich seine Entscheidung. Was das Pfandrecht angeht, so hatte das römische Recht keine Veranlassung, von der formalen Betrachtung, daß das Urtheil eine neue Actio erzeuge, abzuweichen. Es fand in der Formel der actio hypothecaria die Möglichkeit, dasselbe aufrecht zu erhalten, ohne die materielle Identität des Urtheilsanspruchs und des durch die Klage geltend gemachten betonen zu müssen. Die Klage gegen den Bürgen ließ schon das classische römische Recht auch nach dem Urtheil zu, wo nicht der Grundsatz: *de eadem re ne bis sit actio* entgegenstand<sup>11)</sup>, das Justinianische Recht unbedingt. In Betreff der Fortdauer der *privilegia exigendi* fehlt es uns an einem Quellenzeugniß. Dagegen sprechen die Quellen ausdrücklich aus, daß gewisse privilegierte Vertheidigungsmittel auch gegen das Urtheil gebraucht werden können. Das römische Recht hat den Gegengrund gegen ihre Zulässigkeit, welcher darin liegt, daß das Urtheil eine neue Actio erzeugt, zwar in Betracht gezogen, aber für durchgreifend nicht erachtet.

Wo die neue Actio dem Kläger zum Vortheil gereicht, kommt die Erwägung, daß sie materiell auf dasselbe gehe, wie die frühere, gar nicht zur Beachtung, so bei der Frage nach der Verjährung und der Vererblichkeit. Ferner bei der Frage, in wie fern die actio *de peculio* begründet sei.

### §. 13.

## IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. 2. Urtheil.

(Fortsetzung.)

Es ist jetzt noch davon zu handeln, welche Anwendbarkeit die hier dargestellte Lehre vom Urtheil für das heutige Recht hat.

Für das heutige Recht ist die *exceptio rei iudicatae* in ihrer negativen Function weggefallen. Für uns ist das Recht Recht, und stellt sich nicht mehr als Actio dar. Damit ist dem Satz: *de eadem re ne bis sit actio* seine Grundlage entzogen<sup>1)</sup>. Nach unserer Rechts-

<sup>10)</sup> Justinian hätte dann auch nicht bestimmen dürfen, daß die *Judicatszinsen* nur von dem Kapital, nicht von den aufgelaufenen Zinsen, bezahlt werden sollen. Diese Bemerkung findet sich bei Wächter Erörterungen III. S. 48.

<sup>11)</sup> D. h. wo sie nicht schon durch die *Litiscontestatio* ausgeschlossen war. Der in *iudicium* deducirten Actio gegenüber aber ist die *actio iudicatae* eine neue, und so nicht *de eadem re*.

<sup>1)</sup> Vergl. oben S. 50. 51.

anschauung erzeugt das Recht so lange eine Plage, bis es seine Befriedigung erlangt hat, und der Anspruch wird nicht schon dadurch beseitigt, daß ein Urtheil über ihn vorliegt. Zu demselben Resultat führt auch folgende Betrachtung. Schon das römische Recht hat dem Satz: der entschiedene Anspruch darf nicht zum zweiten Male vorgebracht werden, die Correction gegeben: vorausgesetzt, daß der Anspruch nicht für Denjenigen, der ihn vorbringt, entschieden worden ist. Auf jeden Fall hat es für uns nun keinen Sinn mehr, die historische Entwicklung, welche hierin zu Tage tritt, auch im Ausdrucke noch festzuhalten; wir sagen sogleich: der gegen die Parthei entschiedene Anspruch darf von ihr nicht mehr vorgebracht werden. Dieser Satz ist nicht absolut identisch mit dem: die Parthei darf einen abgewiesenen Anspruch nicht mehr vorbringen. Denn in diesem letzteren Satz liegt der Nachdruck darauf, daß gegen die Parthei erkannt worden sei, während jener erstere betont, daß erkannt worden sei. Aber auf jeden Fall ist der Unterschied zwischen beiden Sätzen auch nur ein formaler; materiell decken sie sich vollkommen. Wir können daher auch, ohne daß wir eine Unrichtigkeit begehen, dem ersteren Satz den letzteren substituiren. Thun wir aber das, so können wir ihn auch — als solchen — entbehren. Denn dann ist er nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes, daß keine Parthei sich mit dem Inhalte eines zwischen ihr und dem Gegner gesprochenen Urtheils in Widerspruch setzen dürfe. Dieser Satz kann theils auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden (*exceptio rei iudicatae* in positiver Function), wenn damit ein von dem Gegner erhobener Anspruch beseitigt werden soll, theils, wenn für uns erkannt worden ist, in der Weise, daß wir uns darauf berufen, um dem Widerspruch des Gegners gegen eine von uns aufgestellte Behauptung zu begegnen. Dies wird im heutigen Prozesse folgende nähere Gestalt annehmen. Handelt es sich um Thatsachen, so sind wir durch das früher gefällte rechtskräftige Urtheil vom Beweise derselben entbunden. Man sollte daher in der Lehre vom Beweise bei der Beantwortung der Frage: was muß bewiesen werden? nicht bloß die vom Gegner zugestandenen und die notorischen, sondern auch die durch ein rechtskräftiges Urtheil festgestellten Thatsachen ausnehmen. Handelt es sich um Rechtsverhältnisse, so können wir uns mit Berufung auf das rechtskräftige Urtheil sogar der Verpflichtung entziehen, die dasselbe begründenden Thatsachen zu behaupten.

Was die Frage angeht, ob das Urtheil einen neuen Anspruch schaffe, oder nur den vorhandenen declarire, so fällt natürlich für



uns die Erwägung weg, daß mit dem Urtheil eine neue Actio entstehe. Jedoch auch nur in diesem ihrem specifisch römischen Ausdruck, nicht im Wesen selbst. Denn auch wir erkennen an, daß der Anspruch durch das Urtheil eine neue Grundlage, ein neues rechtliches Fundament erhalte. Fragt man nun, inwieweit auf dieses neue Fundament dem gegenüber, daß das Urtheil doch nur aussprechen will, was vorhanden ist, Gewicht gelegt werden dürfe: so ist kein Grund vorhanden, diese Frage in anderer Weise zu beantworten, als die entsprechende und im Wesen mit ihr identische im römischen Recht beantwortet worden ist.

#### §. 14.

### V. Uebergang der Actio. — Einleitung.

Es ist möglich, daß die einem Rechte entsprechende Actio auf Jemanden übergeht, ohne daß das Recht auf ihn übergeht. Wäre die Actio Mittel zur Geltendmachung, oder auch nur Ausfluß des Rechtes, so wäre dies nicht möglich. Möglich ist es durch die Selbstständigkeit der Actio, dadurch, daß dieselbe ihr eigenes Recht in sich trägt, nicht Ausfluß, sondern Ausdruck des Rechtes ist. In einem solchen Falle ist Derjenige, dem die Actio zusteht, zwar nicht für das Recht, aber doch für das Gericht, der Berechtigte geworden. Kommt nun hinzu, daß zugleich dem für das Recht Berechtigten die Actio fortan verweigert wird, so werden wir sagen müssen, daß, von der Seite des Gerichts aufgefaßt, eine Succession in das fragliche Recht vorliege. Wie das Gericht den Einen als berechtigt anerkennt, so erkennt es den Andern als berechtigt nicht mehr an, es hat Jenen an die Stelle Dieses gesetzt. Kommt der nach dem Rechte Berechtigte mit dem nach dem Gerichte Berechtigten in Collision, so geht der Letztere vor. Realisirt wird nicht der Wille des ruhenden Rechtes, sondern der Wille des thätigen Gerichtes.

Dieses Verhältniß kommt im römischen Rechte in häufigen Anwendungen vor. Derjenige, welcher eine res mancipi einem Andern nicht in der Form der mancipatio oder in iure cessio zu Eigenthum übertragen hat, hat für das Recht Eigenthum nicht verloren und den Andern nicht zum Eigenthümer gemacht, für das Gericht aber ist das Eigenthum von dem Einen auf den Andern übergegangen, und dieses Letztere ist so sehr das Vorwiegende <sup>1)</sup>, daß zur Bezeichnung der recht-

<sup>1)</sup> Der Uebertragende kann das ihm gebliebene Eigenthum nicht mehr geltend machen, Gaius I. 54; der Erwerb aus der Sache fällt nicht mehr an ihn, id. II. 88, III. 166. Nur die Tutel des freigelassenen Sklaven kommt noch immer ihm zu, id. I. 167.

lichen Stellung des Erwerbers selbst der Ausdruck *dominium* nicht geschieht wird<sup>2)</sup>. In derselben Stellung, wie Derjenige, *qui in bonis rem habet*, ist der *honorum possessor*; nicht für das Recht, wohl aber für das Gericht, ist er Erbe und *Universalsuccessor* des Verstorbenen, und schließt in dieser Eigenschaft den *heres* vollständig aus. Dies sind Fälle, in welchen der Prätor aus eigener Machtvollkommenheit verfuhr. Aber auch wo eine Quelle, welche Recht zu schaffen wohl im Stande war, den Uebergang eines Rechtes anordnete, kam es vor, daß sie denselben nicht im Rechts-, sondern im Gerichtswege bewirkte. So verfügte das *SC. Trebellianum* nicht, daß der *Universalfideicommissar* Erbe sein, sondern daß ihm und gegen ihn „*actiones quae iure civili heredi et in heredem competere*“<sup>3)</sup> gegeben werden sollten; dadurch aber ist er der eigentliche Erbe geworden, und der *heres* hat aufgehört, es zu sein.

Ueber alle diese Verhältnisse ist auch kein Zweifel und kein Streit. Dagegen will für ein anderes Rechtsverhältniß Niemand anerkennen, daß durch den Uebergang der *Actio* sich auch der Uebergang des Rechtes vollziehe. Dieses Rechtsverhältniß ist das zwischen Gläubiger und Schuldner. Es gibt keinen Satz, der heutzutage fester stände, als der, daß das römische Recht eine *Singularsuccession* in dieses Rechtsverhältniß nicht kenne. Es ist meine Absicht, auf diesen Punkt im Folgenden näher einzugehen. Bei der Wichtigkeit der Sache, auch in Betracht, daß dieselbe in der jüngsten Zeit begonnen hat, in den Vordergrund der öffentlichen Beachtung zu treten, wird man mir eine gewisse Ausführlichkeit der Untersuchung und Darstellung zu Gute halten.

## §. 15.

### V. Uebergang der *Actio*. — 1. *Cession*.

Das römische Recht erklärt die *Obligatio* als solche für unübertragbar. Die Gründe, auf denen dieser Satz beruht, müssen hier noch auf sich beruhen bleiben, es wird unten darauf zurückgekommen werden. Der Satz selbst ist unzweifelhaft. „*Obligaciones quoquo modo contractae*“, sagt *Gaius*<sup>1)</sup>, nachdem er von den Uebertragungsformen der *Tradition*, *Mancipation* und *Injurecession* geredet hat,

<sup>2)</sup> *Gaius* II. 40. „— *postea divisionem accepit dominium, ut alius posset esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

<sup>3)</sup> *Gaius* II. 253, l. 1. §. 2. D. ad *SC. Treb.* (36. 1).

<sup>1)</sup> II. 38.

„nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum“. Mit dieser Unübertragbarkeit der Obligation konnte aber der Verkehr nicht auskommen; er verlangte, daß die Obligation wie andere Vermögensgegenstände von Hand zu Hand gehen könne. Es war zwar der Ausweg möglich, daß man an Stelle der bestehenden Obligation eine neue desselben Inhalts für den neuen Gläubiger begründete, aber dann hatte man eben eine neue Obligation und nicht, wie man doch gewollt hatte, die alte. Um die bestehende Obligation zu erhalten, versuchte man es nun zunächst damit, statt des Rechtes, welches man nicht verschaffen konnte, die Ausübung des Rechtes einzuräumen.

Dieses Auskunftsmittel hat das römische Recht auch sonst zur Anwendung gebracht. Für die Bestellung von Servituten an Provinzialgrundstücken fand sich keine zutreffende Form; man nahm seine Zuflucht zu „pactiones et stipulationes“, d. h. eben zur Einräumung des factischen Genusses, welchen man durch Strafstipulationen zu sichern suchte<sup>2)</sup>. Noch näher liegt die Analogie des Nießbrauchs. Der Nießbrauch war unübertragbar, wie die Obligation; wie, wenn er dennoch übertragen werden mußte, wie z. B. bei der Herausgabe der Dos? Die Herausgabe des Nießbrauchs, sagt Marcellus<sup>3)</sup>, wird bewerkstelligt „cautionibus interpositis, ut, sicut potest vir, iure cedat mulieri fruique eam patiatur“. Der Mann überträgt der Frau, was er von seinem Rechte ihr übertragen kann (sicut potest), er kann ihr aber nur die Ausübung übertragen (ut frui eam patiatur). Dieses Auskunftsmittel wurde, wie gesagt, auch bei der Obligation angewendet. Nur war der Unterschied hier der, daß den Gegenstand des Rechtes nicht eine Sache bildete, sondern der Wille einer Person, welche Legitimation verlangte. Es war daher nothwendig, Demjenigen, welchem die Obligation verschafft werden sollte, Vollmacht zu geben, Vollmacht, sie im Namen des Gläubigers einzutreiben, mit oder ohne Gericht, wie es sich schicken würde, und das Eingeforderte für sich zu behalten. Das nannten die Römer: mandare actionem, der Empfänger wurde dadurch zum procurator, und eben weil er das Eingetriebene für sich behalten sollte, zum procurator in rem suam.

Die Frage war aber die, wie dem Empfänger Sicherheit dafür

<sup>2)</sup> Gaius II. 28—31.

<sup>3)</sup> L. 57. D. sol. matr. (24. 3). Vergl. I. 66. D. de I. D. (23. 3).

verschafft werden sollte, daß er die Obligation auch wirklich genießen, daß er die Actio des Uebertragenden auch wirklich werde geltend machen dürfen. Denn das erteilte Mandat band ja den Uebertragenden nicht, er konnte es zu jeder Zeit zurücknehmen. Ebenso wenig ging es auf seine Erben über, und in gleicher Weise konnten auch die Erben des Empfängers sich nicht auf dasselbe berufen. Das Mittel der Straffstipulation stand auch hier zu Gebot, und man hat es benutzt<sup>4)</sup>. Aber dasselbe half doch immer nur auf indirectem Wege; es sicherte dem Empfänger nicht den Genuß der Forderung selbst, sondern schützte ihn nur gegen Schaden aus der Entziehung des Genusses. Das Bedürfnis des Verkehrs schien hier mehr zu erheischen; auch bei der Bestellung der Servituten übrigens und der Uebertragung des Nießbrauchs ist man, wie unten klar werden wird, bei jenem Ersten nicht stehen geblieben: wie half man sich?

War es zum Prozesse mit dem Verpflichteten einmal gekommen, so hatte der Empfänger Sicherheit vollauf. Die Actio, welche er geltend zu machen bevollmächtigt worden war, hatte dann aufgehört, Actio des Uebertragenden zu sein; sie war Actio des Empfängers geworden. Derselbe hatte eine Formel erhalten, welche den iudex anwies, den Schuldner ihm, dem Bevollmächtigten, nicht dem Vollmachtgeber zu verurtheilen. Das ist nichts für den procurator in rem suam Besonderes; es galt ganz in derselben Weise für den gewöhnlichen Procurator, der lediglich für die Wahrnehmung der Interessen des Auftraggebers bestellt war. Es machte sich hier ein Grundsatz geltend, welcher durch das ganze römische Recht hindurchgeht, der, daß Stellvertretung bei rechtlichen Handlungen unmöglich sei, d. h. daß Niemand eine rechtliche Handlung mit der Wirkung vornehmen könne, daß sie nicht als die seinige, sondern als die eines Andern in Betracht kommen solle. Das galt für Rechtsgeschäfte, es galt nicht minder aber auch für den Prozeß, die Klage sowohl als die Vertheidigung. Sollte daher der Verkehr nicht der Vortheile der Stellvertretung, welche er nicht entbehren konnte, ganz beraubt bleiben, so mußte zu dem Auskunftsmittel gegriffen werden, den Vertreter die juristische Handlung in eigenem Namen vornehmen zu lassen, und die für ihn dadurch erzeugten rechtlichen Wirkungen hinterher auf den Vertretenen zu übertragen. So wurde es also auch gehalten, wenn Jemand klagend für einen

<sup>4)</sup> Von dem Erbschaftskäufer sagt Gajus (II. 252.): — „stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.“

Andern austrat; er klagte nicht für den Andern, sondern für sich. Diese Einrichtung, welche für den gewöhnlichen Procurator ein Nothbehelf war, kam dem Procurator in rem suam zu Statte. Sie entsprach durchaus der Absicht, in welcher ihm die Vollmacht ertheilt worden war. Es sollte ihm durch dieselbe von der Actio verschafft werden, was ihm verschafft werden konnte; nun hatte er sie wirklich. Die Sicherheit für den ungestörten Genuß der Actio, welche ihm Bedürfniß war, war ihm nun dadurch gegeben, daß er sich in einen Zustand versetzt fand, in welchem er gar keiner Sicherheit mehr bedurfte. Er hatte jetzt die Actio nicht bloß factisch, sondern auch rechtlich <sup>5)</sup>).

So, wie gesagt, nach Beginn des Prozesses. Wie aber vor der Litiscontestation? Ein Hülfsmittel gab es hier, wozu die spätere

<sup>5)</sup> Schon an einem andern Orte (Münchener kritische Ueberschau I. S. 41) habe ich die Bemerkung gemacht, daß das römische Recht das Institut des in eigenem Namen klagenden Stellvertreters nicht zum Zweck der Uebertragung der Actio erfunden, sondern als vorgefundenes zu diesem Zwecke benützt habe, und diese Bemerkung ist wahrlich keine neue. Nichtsdestoweniger ist sie von einem neueren Schriftsteller, Kunze (die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts S. 35—38), bestritten worden, und hat ihn veranlaßt, den Beweis des Gegentheils anzutreten. Dieser Gegenbeweis ist darauf gerichtet, daß aus der Prozeßführung des cognitor dem dominus die actio iudicati unmittelbar gegeben worden sei. Ich muß gestehen, daß ich über die Relevanz dieses Beweissthemas nicht im Klaren bin. Denn es handelt sich ja hier nicht bloß um den cognitor, sondern auch um den procurator. Wie es sich auch mit dem cognitor verhalten haben mag, der für sich klagende und die actio iudicati erwerbende procurator ist gewiß zum Zweck der Uebertragung der Actio nicht geschaffen worden. Mit dieser Bemerkung ist der Kunze'sche Angriff ganz und vollständig beseitigt, und ich brauchte daher auf denselben eigentlich nicht näher einzugehen. Doch mag hier noch kurz gezeigt werden, daß er auch im Uebrigen keine Beachtung verdient. Denn auch was den cognitor angeht, hat Kunze sich die von Huschke (kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft 4. Jahrg. S. 492) geäußerte, aber durch nichts unterstüzte, Vermuthung, daß die Condamnation nicht auf seinen, sondern des Vertretenen Kopf gestellt worden sei, nicht aneignen wollen. Wurde sie aber auf seinen Kopf gestellt, so war auf jeden Fall dasjenige, in Folge und auf Grund dessen die actio iudicati gegeben wurde, das iudicatum, in seiner Person vorhanden, und wenn daher nicht er, sondern der Vertretene die actio iudicati haben sollte, so bedurfte es dazu einer Abweichung des Prätors von dem durch die Natur der Sache Gegebenen. Hatte daher der Prätor mit einem cognitor in rem suam zu thun, so brauchte er bloß eine solche Abweichung nicht eintreten zu lassen, um der Intention der Parteien Genüge zu leisten. Er leistete ihr also Genüge nicht, indem er etwas Neues schuf, sondern indem er ein Vorhandenes benützte. Kunze nimmt freilich, mit Schmidt (oratio Ciceronis pro Roscio comoedo p. 25—30) und Huschke (a.

Kaiserzeit wenigstens sehr gern griff, — kaiserliches Privilegium. In der That weist auf dasselbe auch eine Constitution Justinian's hin; die nähere Vermittelung war die, daß Derjenige, welcher zum Procurator in rem suam gemacht worden war, den Kaiser bat, ihn durch Privilegium in dieselbe rechtliche Stellung zu versetzen, in welche ihn die Litiscontestation bringen würde<sup>6)</sup>. Wir wissen nicht, ob dieser Ausweg auch dem früheren römischen Rechte bekannt war; es ist weiter von demselben in den Quellen nicht die Rede. Auf jeden Fall ist es nicht der betretene Weg, welchen das römische Recht einschlug; der betretene Weg, welchen es einschlug, war kein Umweg mehr, sondern führte geradezu zum Ziel. Es verwies den Procurator nicht auf die Hülfe des Kaisers, sondern half ihm selbst; es bediente sich nicht der Fiction der Litiscontestation, sondern sagte gerade heraus, was es wollte. Da es dem Procurator nach Erlöschen des Mandates nicht mehr die Actio des Gläubigers geben konnte, gab es ihm eine eigene Actio. Da mit der Klage des Gläubigers, der directa actio, nicht auszureichen war, schuf es eine neue Klage für den Nichtgläubiger, die eben deswegen, weil sie dem Nichtgläubiger gegeben wird, utilis actio heißt.

In dieser Weise wird dem Procurator eine utilis actio vor Allen dann gegeben, wenn der Gläubiger sein Mandat zurückgenommen hat.

L. 55. D. de proc. (3. 3).

Procuratore in rem suam dato, praefereendus non est dominus procuratori in litem morendam vel pecuniam suscipiendam; qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

a. D. C. 491—493) an, der Vertretene habe eine actio directa, und nicht utilis gehabt. Aber gegen diese Annahme spricht die Thatsache der für den cognitor gesprochenen Condemnation, und für sie nichts, weder, worauf sich Runge beruft, Gai. IV. 96—98 (wenn der dominus dem Beklagten gegenüber das Klagen des cognitor als sein agere gefallen lassen muß, so folgt daraus nicht, daß es sein agere in der That sei), noch, welche Stellen Schmidt geltend macht, Paul. Sent. I. 2. §. 4 und Vat. fr. §. 317. Aus der letzteren Stelle geht nur das hervor, daß dem dominus die actio iudicati in Folge einer allgemeinen vom Prätor im Gebiete aufgestellten Regel gegeben worden sei. Beim procurator fand das nur causa cognita statt. Dieses Verhältniß ist bereits von Bethmann-Hollweg (Versuche S. 175—178, 225—231) in sehr überzeugender Weise auseinander gesetzt worden, und ich sehe zu einer Abweichung von seiner Darstellung keinen Grund.

<sup>6)</sup> L. 33. C. de don. (8. 54). „Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessionem actionum accipientes non aliter suis eas transmittere heredibus poterant, nihi litem ex his contestati essent, vel ius contestationis divino rescripto meruissent —“.

Der Gläubiger kann das dem Procurator ertheilte Mandat nicht energischer zurücknehmen, als wenn er demselben gegenüber die Forderung für sich selbst einzutreiben sucht; der Procurator aber greift dann zur *utilis actio*. — Daß dem Procurator eine *utilis actio* zustehet, wenn das Mandat durch den Tod des Gläubigers gelöst worden sei, sagt l. 1. C. de obl. et act. (4. 10)<sup>7)</sup>, daß er auf seine Erben eine *utilis actio* übertrage, die so eben citirte und sogleich noch näher zu besprechende l. 33. C. de don. (8. 54).

Das römische Recht hat aber nicht bloß dem Procurator in rem suam die *utilis actio* gegeben. Es hat sie in gleicher Weise auch Demjenigen gegeben, dem die Forderung einfach und ohne weitere Vermittelung abgetreten worden war. Natürlich; denn auch dem Procurator verlieh es ja die *Actio* nicht wegen des ihm ertheilten Mandates, sondern wegen des in demselben erklärten Willens, daß er die Forderung haben solle, so weit sie ihm verschafft werden könne<sup>8)</sup>. Dabei konnte es keinen Unterschied machen, ob das Rechtsgeschäft, in welchem die Uebertragung enthalten war, seinem Ausdruck nach auf die *actio*, oder auf die *obligatio*, das *nomen*, das *debitum*, ging. Von einem Falle der ersteren Art ist z. B. in l. 9. C. de her. vel act. vend. (4. 39) die Rede:

— ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur<sup>9)</sup>,

von einem Falle der zweiten Art z. B. in l. 8. eod.:

Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur<sup>10)</sup>.

Die *utilis actio* beginnt, so weit wir sie in unseren Quellen verfolgen können, mit einem Rescripte des Kaiser Pius, durch welches sie dem Erbschaftskäufer gegeben wurde<sup>11)</sup>. Auch ihre weitere Aus-

7) „Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, in vicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam, et antequam eo nomine litem contestarieris, sine herede creditorem fati munus implere: quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.“

8) L. 57. D. sol matr.: „— ut sicut potest vir iure suo mulieri cedat fruique eam patiatur.“

9) Vergl. außerdem die Rubrik des citirten Cobertitels und die gleichlautende des entsprechenden Titels der Pandekten (18. 4). Auch l. 23. pr. eod.

10) Vergl. außerdem die in den folgenden Notizen citirten Stellen.

11) L. 16. pr. D. de pactis (2. 14). Vergl. zu dem Folgenden Mühlensbruch Cession S. 188 fg. Die *utilis actio* des Universalfideikommissars darf nicht

bildung hat sie, wie es scheint, hauptsächlich durch kaiserliche Rescripte gefunden. Diese Weiterbildung hat zu keinem vollständigen Abschluß geführt. Es findet sich nirgends in unseren Quellen der allgemeine Satz ausgesprochen, daß das Abtreten der Forderung immer und in allen Fällen die utilis actio verleihe. Sie wird immer nur für einen concreten Grund der Abtretung anerkannt, so für die Abtretung durch Kauf<sup>12)</sup>, Verpfändung<sup>13)</sup>, Legat<sup>14)</sup>, Mitgiftbestellung<sup>15)</sup>, Hingabe an Zahlungsstatt<sup>16)</sup>. Allerdings tritt in diesen zahlreichen Anwendungen das Princip offen und unzweifelhaft zu Tage; aber für die Schenkung mußte doch noch Justinian seine Anwendung durch ein besonderes Gesetz sanctioniren.

L. 33. C. de don. (8. 54).

Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessionem actionum accipientes non aliter suis eas transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent, vel ius contestationis divino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litem contestatam ad heredes transmittere permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus, licet nulla contestatio vel facta vel petita sit. Quod et in procuratore constituendo ad movendas easdem cessas actiones similiter observandum erit — —.

Die actio utilis, wurde gesagt, ist eine eigene Actio des Cessionars<sup>17)</sup>;

hierher bezogen werden, da sie auf Grund der Herausgabe der Erbschaft, nicht auf Grund der Abtretung der Forderung, gegeben wird, während der Erbschafts-kauf die Erbschaft als solche, als universitas, nicht erfaßt.

<sup>12)</sup> L. 16. pr. D. de pactis (2. 14), l. 1. 2. C. de obl. et act. (4. 10) (zu l. 1. vergl. l. 76. D. de sol. 46. 3), l. 5. 7. 8. 9. C. de her. vel act. vend. (4. 39). — Ich bemerke hier in Betreff des Kaufes Folgendes, was gerade in dieser Lehre nicht immer beachtet worden zu sein scheint. Die Willenserklärung des Verkäufers geht nicht dahin, daß er sich verbindlich mache, den verkauften Gegenstand abzutreten, sondern dahin, daß er ihn abtrete. Eine Verpflichtung zur Abtretung entsteht durch den Kauf nur insofern, als dieselbe noch durch einen besonderen, zu jener Willenserklärung hinzutretenden, Act realisirt werden muß. Vergl. Heibelberger kritische Zeitschrift II. S. 136.

<sup>13)</sup> L. 20. D. de pign. (20. 1), l. 4. C. quae res pignori (8. 17).

<sup>14)</sup> L. 18. C. de leg. (6. 37).

<sup>15)</sup> L. 2. C. de obl. et act. (4. 10).

<sup>16)</sup> L. 3. C. de nov. (8. 42), l. ult. C. quando fiscus (4. 15).

<sup>17)</sup> Ich werde von nun an diesen geläufigen und bequemen Ausdruck gebrauchen; ebenso die Ausdrücke Cebent und Cession.



es ist eine ihm zustehende Actio, nicht eine dem Cedenten zustehende, von dem Cessionar statt desselben geltend gemachte. Dieser Satz ist weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu werden; er muß daher besonders bewiesen werden. — Ein Beweis für denselben darf nicht schon darin gefunden werden, daß die actio utilis eben keine mandata actio ist; denn man könnte sagen, — und es ist dies gesagt worden, worüber sogleich noch ein Mehreres beizubringen sein wird, — daß, wenn auch der Cessionar in der actio utilis nicht Beauftragter des Cedenten sei, er deswegen doch sehr wohl ein Stellvertreter desselben sein könne, nämlich ein vom Rechte selbst geschaffener Stellvertreter. Aber auch diese Annahme ist mit den Quellen nicht vereinbar. Denn es heißt in denselben geradezu, daß der Cessionar suo nomine klage. Eine der hierher gehörigen Stellen ist bereits oben zu einem andern Zwecke benutzt worden, die l. 55. D. de proc. (3. 3).

Procuratore in rem suam dato, praefereendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam; qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Noch deutlicher und entschiedener wird dasselbe in folgenden beiden Stellen gesagt.

L. ult. C. quando fiscus (4. 15).

In solum nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest, suo autem nomine utili actione recte utetur.

L. 18. C. de leg. (6. 37).

Ex legato nominis, actionibus non mandatis, directas quidam actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur<sup>18)</sup>.

Es läßt sich, wie ich glaube, nachweisen, daß dies „suo nomine“ nicht bloß den Sinn hat, daß der Cessionar im eigenen Namen, und nicht als Stellvertreter des Cedenten klage. Es ist aber für diesen Nachweis hier noch nicht der passende Ort. Auf jeden Fall bezeichnet jener Ausdruck wenigstens dieses Letztere; und darauf kommt es hier allein an.

Da die utilis actio eine eigene Actio des Cessionars ist, so liegt der Gedanke sehr nahe, daß derselbe auch die intentio aus seiner

<sup>18)</sup> Auch in l. ult. C. de act. vel her. vend. (5. 125.) kommt das „suo nomine“ vor.

Person, und nicht aus der des Cedenten, nehme, daß er einlage nicht quod illi, sondern quod sibi debetur. Diese Behauptung habe ich an einem anderen Orte wirklich aufgestellt<sup>19)</sup>; ich eile sie zurückzunehmen. Sie beruht auf einem entschiedenen Irrthum. Die Obligatio ist ja dem Cessionar nicht erworben, sondern nur die Actio. Auch abgesehen hiervon ist folgendes vollkommen entscheidend. Von dem honorum emtor ist bezeugt, daß er „ex persona eius cuius bona emerit sumta intentione convertit condemnationem in suam personam, i. e. ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur“<sup>20)</sup>. Der honorum emtor ist prätorischer Universalsuccessor: eine Beschränkung, die für ihn gilt, muß um so mehr für den bloßen Cessionar gelten<sup>21)</sup>.

Ich habe so eben gesagt, daß der Satz, daß die actio utilis eine eigene Actio des Cessionars sei, keineswegs allgemein anerkannt werde. Die heutige Auffassung der actio utilis wird vollständig durch diejenige Bestimmung des Wesens derselben beherrscht, welche Mühlenbruch in seinem bekannten Werke über die Cession gegeben hat. Diese Bestimmung geht dahin, daß die actio utilis nichts sei, als die actio mandata ohne Mandat und ohne die Beschränkungen, welche aus der Mandatsform hervorgehen. Auch nach Mühlenbruch tritt die actio utilis da ein, wo ein Mandat nicht ertheilt oder das ertheilte erloschen ist; aber sie begründet für den Cessionar nicht ein anderes Rechtsverhältniß, als dasjenige, worein ihn das Mandat versetzt, sondern ganz dasselbe. Die utilis actio wird ihm gegeben, trotz dem, daß ihm nicht mandirt ist, als sei ihm mandirt; die utilis actio enthält nach Mühlenbruch eine Fiction des Mandats<sup>22)</sup>. Wie sehr diese Auffassung noch heutzutage die herrschende ist, dafür will ich nur Ein Zeugniß anführen. In einem der bekanntesten und gebräuchtesten Pandektenlehrbücher<sup>23)</sup> sind folgende Worte zu lesen. „Mag nun aber der Cessio-

19) Münchener kritische Ueberschau I. S. 42.

20) Gaius IV. 35.

21) Die Ansicht, daß der Sinn des suo nomine agere der sei, daß die Intentio der Klagformel „nicht den Namen des Cedenten, sondern den des Cessionars“ enthalten habe, hat in der neueren Zeit auch Savigny (Obligationenrecht I. 246) ausgesprochen. Wie Savigny sich die Einrichtung der Formel näher denkt, namentlich mit Rücksicht auf den doch auch von ihm vertretenen Satz, daß Obligationen nicht übergehen können, darüber liegen Äußerungen von seiner Seite nicht vor.

22) Mühlenbruch Cession S. 15. (namentlich S. 152) S. 16.

23) Dem Wangerow'schen, 6. Aufl. III. S. 113. 114.

nar wirklich *procurator in rem suam* sein, oder mag er eine *actio utilis* in einer der oben angeedeuteten Functionen gebrauchen, so ist die rechtliche Stellung desselben dem *debitor cessus* gegenüber immer völlig dieselbe, denn all' diese *utiles actiones* sollen ja eben nur dazu dienen, den Berechtigten ganz in die Lage zu bringen, wie wenn ihm der Zedent wirklich die Klage mandirt, ihn also zum wahren *procurator in rem suam* gemacht hätte. Dies vollständig nachgewiesen, und die argen desfalligen Irrthümer, die bis dahin die *cessionslehre* fast gänzlich beherrschten, in einer solchen Weise widerlegt zu haben, daß wir hoffentlich für alle Zeiten vor der Rückkehr derselben behütet sind, ist das besondere Verdienst des Mühlenbruch'schen Werks über *Cession*". Trotz dieser energischen Versicherung muß ich fortfahren, mich davon überzeugt zu halten, daß diese Mühlenbruch'sche Bestimmung des Verhältnisses der *utilis* zur *mandata actio* rein willkürlich ist und vollständig in der Luft hängt. Dies will ich jetzt nachweisen.

*Utilis actio* ist der Gegensatz zu *directa actio*. Die *directa actio* ist diejenige *Actio*, welche nach der feststehenden Ordnung der *Jurisdiction* vom Magistrate ertheilt wird. Es kann sich das Bedürfnis nach einer *Actio* ergeben, wo nach der feststehenden Ordnung der *Jurisdiction* keine gefordert werden kann. Dann wird eine *utilis actio* gegeben.

L. 21. de praescr. verbis (19. 5).

*Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est*<sup>24)</sup>. Die *utilis actio* kann sich an eine bestimmte *directa actio* anlehnen, derselben nachgebildet sein, dieselbe über den eigentlichen Kreis ihrer Anwendbarkeit hinaus erweitern. Gewöhnlich wird dies als ein wesentliches Merkmal der *utilis actio* bezeichnet; auch Mühlenbruch thut das. Das ist aber irrig. Man vergleiche folgende Stellen.

L. 34. D. de re iud. (42. 1).

*Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patiat, utilis in eum poenalis actio danda est, vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit.*

L. 26. §. 3. D. de pact. dot. (23. 4).

*Convenit, ut mulier viri sumtibus, quoquo iret, veheretur. . . ; licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.*

<sup>24)</sup> Daß auch die *utilis actio* wieder eine im Gebiet proponirte werden kann, ist bekannt, und braucht hier nicht näher erörtert zu werden.

Die utilis actio, mit welcher wir es hier zu thun haben, schließt sich allerdings an eine bestimmte directa actio an; das ist die Klage des Cedenten. Eine Ausdehnung einer Actio über den ursprünglichen Kreis ihrer Anwendbarkeit kann nämlich nicht bloß in der Weise erfolgen, daß sie auf einen Thatbestand erstreckt wird, für den sie eigentlich nicht gegeben ist, wie z. B. wenn die actio de effusis et deiectis gegeben wird, wo etwas aus einem Schiffe hinausgeworfen worden ist<sup>25</sup>), — sondern auch in der Weise, daß sie einer Person zugänglich gemacht wird, welcher sie eigentlich nicht zusteht. Beispiele dieses Falles brauchen nicht lange gesucht zu werden. Man denke an die Erstreckung der dem Eigenthümer zustehenden Klagen auf den Inhaber eines partiellen dinglichen Rechts<sup>26</sup>). Ich will einige andere nennen, welche mit dem Falle, der uns hier beschäftigt, eine größere Verwandtschaft haben. Demjenigen, der gezwungen worden ist, eine Erbschaft auszuschlagen, gibt der Prätor „utiles actiones quasi heredi“<sup>27</sup>). Ebenso gibt er die Actionen eines Theilerben, welcher von dem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht hat, als utiles dem andern Theilerben, wenn dieser die ganze Erbschaft haben will<sup>28</sup>). Ja auch von dem bonorum possessor heißt es<sup>29</sup>), daß er directas actiones nicht habe, also ist auch seine Klage eine actio utilis, und die Klage des Universalfideikommissars wird als actio utilis geradezu bezeichnet<sup>30</sup>). Die directa actio ist die Actio des Erben, und alle diese Personen sind nicht Erben; aber der Prätor gibt ihnen die Actio dennoch. So auch in unserem Falle: die directa actio ist die Actio Desjenigen, cui debetur, und der Cessionar kann nicht behaupten, sibi deberi; aber der Prätor gibt ihm die Actio dennoch. Hier nun aber tritt Mühlenbruch auf und sagt: allerdings gibt er sie ihm, aber er gibt sie ihm als mandata, er gibt sie ihm, als wenn sie ihm mandirt worden wäre, er gibt sie ihm auf Grund der Fiction eines Mandats. Und der Beweis? Mühlenbruch hat dafür keinen andern Beweis, als die Behauptung, daß den utiles actiones „im Allgemeinen“ eine Fiction zu Grunde liege, obgleich diese Fiction nicht immer in der Formel ausgedrückt werde. Das Wahre hiervon ist Folgen-

<sup>25</sup>) L. 6. §. 3. D. de his qui effud. (9. 3). Im Edict heißt es: „Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit —“.

<sup>26</sup>) Vergl. Jhering Abhandlungen S. 122 fg.

<sup>27</sup>) L. 21. §. 6. D. quod metus causa (4. 2).

<sup>28</sup>) L. 98. D. de acq. vel om. her. (29. 2).

<sup>29</sup>) Gaius IV. 34.

<sup>30</sup>) Gaius II. 253.

des: Es kommt vor, daß der Prätor die Ertheilung einer *utilis actio* dadurch vermittelt, daß er den *Judex* anweist, zu urtheilen, wie er urtheilen müßte, wenn ein gewisses nicht vorhandenes rechtliches Verhältniß vorhanden wäre. Bedürfniß ist ihm die Verweisung auf eine solche Fiction nicht; in anderen Fällen ertheilt er dem *Judex* die *Condemnationsanweisung* geradezu. Wo er aber den *Judex* auf eine Fiction nicht anweist, da fingirt er überhaupt nicht. Keine Spur in unseren Quellen weist darauf hin. Wenn Jemand Etwas aus einem Schiffe hinausgeworfen hat, so gibt der Prätor gegen ihn die Klage, die er in seinem *Edict* nur für den Fall des Hinauswerfens aus einem Gebäude versprochen hatte<sup>31)</sup>; aber er fingirt nicht, daß derselbe aus einem Gebäude hinausgeworfen habe. Der Prätor will bei der *utilis actio* denselben Erfolg hervorrufen und durch die ertheilte *Actio* erzwingen, auf den geklagt werden könnte, wenn der *Thatsbestand* der *directa actio* vorhanden wäre; aber er gebraucht zu dem Ende in seiner *Vorstellung* nicht das *Behikel*, anzunehmen, daß derselbe wirklich vorhanden sei. — Zugegeben aber einmal, daß er fingire, daß er also auch in unserem Falle fingire: woher weiß denn *Mühlenbruch*, daß er in unserem Falle gerade die Fiction zur Hülfe nehmen, daß ein *mandatum actionis* ertheilt worden sei? Wenn er einmal fingiren soll, so liegt eine andere Fiction unendlich viel näher. Das ist die Fiction, daß der *Cessionar* wirklicher *Gläubiger* sei. Von dem Erben, der gezwungenerweise die Erbschaft ausgeschlagen hat, heißt es in den Quellen, daß der Prätor ihm die *Erbschaftsklagen* als *utiles „quasi heredi“* gebe, ebenso von dem *Universalideikommissar*. Dieser Ausdruck kann möglicherweise auf eine *ficticia formula* hinweisen; nothwendig ist die Annahme nicht, daß er es thue. Thut er es nicht, so will er auch nicht sagen, daß der Prätor fingire, der Ausschlagende sei Erbe, sondern daß er ihn als Erben behandle, obgleich er es nicht sei. Will man aber nichtsdestoweniger eine Fiction annehmen, so kann ihr Inhalt kein anderer sein, als daß der Ausschlagende Erbe sei. Von dem *Cessionar* heißt es, daß ihm eine *utilis actio „exemplo creditoris“* gegeben werde<sup>32)</sup>. Soll hier eine Fiction stattfinden, so kann sie nur darauf gehen, daß der *Cessionar creditor* sei.

Hiermit glaube ich bewiesen zu haben, was ich oben behauptete, daß die *Zurückführung* der *actio utilis* auf eine Fiction des *Manda-*

<sup>31)</sup> Um kurz zu reden: die vollständigen *Edictsworte* s. oben Note 26.

<sup>32)</sup> L. 8. C. de her. vel. act. vend. (4. 39). „Ex nominis emtione utilis . . . exemplo creditoris persecutio tribuitur“.

tes völlig willkürlich und rein aus der Luft gegriffen sei. Dabei ist von den ausdrücklichen Aussprüchen der Quellen, welche die *actio utilis* als eine *Actio* bezeichnen, in welcher der *Cessionar suo nomine* auftrete, noch gar nicht einmal die Rede gewesen. Man wird sehr begierig sein, zu erfahren, wie sich Mühlenbruch und seine Anhänger mit diesen Aussprüchen abfinden.

Einige Schriftsteller haben sich auf dieselben gar nicht eingelassen. Zu diesen gehört namentlich Buchta<sup>33)</sup>; ebenso Vangerow<sup>34)</sup>.

Ganz anders verhält sich jenen Aussprüchen gegenüber Mühlenbruch. Ihm machen sie gar keine Schwierigkeit; er gibt bereitwillig zu, daß der *Cessionar* in der *actio utilis* „nicht *procuratorio nomine* (— nicht als in *rem suam procurator*)“, daß er „in eigenem Namen“ klage<sup>35)</sup>. Denn er leitet aus seiner Mandatsfiction nur her, daß die *utilis actio* eine fremde *Actio* sei, nicht aber, daß sie in fremdem Namen angestellt werde. Ihm ist die *utilis actio* eine *Actio* des Cedenten, welche der *Cessionar* als eigene geltend macht.

Durch diese Auffassung entgeht zwar Mühlenbruch den Schwierigkeiten des *suo nomine*; aber es entstehen ihm dafür andere, welche noch viel schlimmer sind.

Denn zuerst: was berechtigt ihn, aus jener Mandatsfiction, worauf bei ihm Alles ruht, das Eine herauszunehmen, was ihm paßt, und das Andere darin zu lassen, was ihm nicht paßt? Entweder ist die *utilis actio* auf die *mandata actio* durch eine Fiction nicht zurückzuführen, — dann fällt aller Grund weg, sie als fremde *Actio* anzusehen; oder sie ist darauf zurückzuführen, dann ist sie nicht bloß eine fremde *Actio*, sondern auch eine *Actio* im Namen eines Fremden. Der *Cessionar* kann nicht zugleich als Mandatar fingirt und nicht fingirt werden. Mühlenbruch scheint auf den Widerspruch, welchen er begehrt, gar nicht einmal aufmerksam geworden zu sein; wenigstens finde ich nirgends in seiner Schrift einen Versuch, ihn zu beseitigen. Es läßt sich auch sagen, wie das zusammenhängt. Die Vorstellung, durch welche Mühlenbruch über jenen Widerspruch getäuscht worden ist, ist offenbar die,

<sup>33)</sup> Kleine Schriften S. 459—463; Pandekten S. 284 und die Vorlesungen dazu. Der Aufsatz in den kleinen Schriften ist ursprünglich in Weiske's Rechtslexicon II. S. 636 fg. erschienen. — Buchta weist übrigens der *actio utilis* ein anderes Gebiet an, als hier gesehen ist, indem er das der *actio mandata* erweitert. Davon noch unten (S. 20). So weit er sie anerkennt, ist sie auch ihm Erbgang der *mandata actio*.

<sup>34)</sup> Pandekten III. S. 113—114.

<sup>35)</sup> A. a. D. S. 183—185.

daß auch der eigentliche Mandatar, der *procurator in rem suam*, eine fremde *Actio* als eigene geltend mache<sup>36)</sup>. Mühlenbruch meint damit, daß derselbe durch die *Litiscontestation dominus litis* werde. Nun aber braucht es nicht erst besonders ausgesprochen zu werden, daß, wenn gesagt wird, der Cessionar klage mit der *utilis actio* in eigenem Namen, damit nicht die rechtliche Stellung gemeint ist, welche durch die *Litiscontestation* für ihn begründet wird, sondern diejenige, mit welcher er an die *Litiscontestation* herantritt.

Sodann aber: was für ein Begriff ist das, der Begriff einer *Actio*, welche eine fremde ist, und doch als eigene geltend gemacht wird? Er enthält einen nackten Widerspruch. Ich kann nicht ein fremdes Recht als fremdes haben, und doch als eigenes. Wenn ich es als fremdes habe, so habe ich es nicht als eigenes, und wenn ich es als eigenes habe, so habe ich es nicht als fremdes. Ich kann ein Recht als eigenes haben, welches ein fremdes gewesen ist; aber dasjenige, was ich gegenwärtig habe, ist ein eigenes und kein fremdes. Ich kann ein Recht als eigenes haben, dessen Inhalt derselbe ist, wie der Inhalt eines fremden Rechts; aber dasjenige, welches ich habe, ist nicht das fremde, sondern mein eigenes Recht. Offenbar sind es diese Verwechslungen, wodurch Mühlenbruch irre geführt worden ist. „Es kann eine Forderung“, sagt er an der Stelle, wo er das Wesen der Cession zuerst bezeichnet<sup>37)</sup>, „immer noch dieselbe bleiben, wenn sie gleich durch die Ausübung selbst eine oder die andere neue Beziehung erhält. Im Wesentlichen aber bleibt sie unverändert, wenn sie ihrem Grunde, ihrem Gegenstande und ihren Wirkungen nach, selbst in Ansehung der ihr möglicherweise entgegenstehenden Einreden, als die Forderung des alten Gläubigers erscheint, gesetzt auch, daß dieser selbst sie nicht weiter geltend machen kann“. In derselben Weise könnte man nachweisen, daß Derjenige, dem eine Sache zu Eigenthum übertragen worden ist, nicht ein eigenes Eigenthumsrecht habe, sondern ein fremdes als eigenes. —

Die *actio utilis* ist weder eine fremde *Actio* als fremde, noch eine fremde *Actio* als eigene; sie ist gar keine fremde *Actio*, sie ist schlechthin eine eigene *Actio* des Cessionars. Die Versuche, welche gemacht worden sind, ihr diese Qualität abzubeweisen, haben auch nicht einen Schatten von Erfolg gehabt. Der treibende Gedanke aber, welcher

<sup>36)</sup> A. a. D. S. 38. 39.

<sup>37)</sup> A. a. D. S. 38. Vergl. S. 198. 199. 223. 224.

allen diesen Versuchen zu Grunde liegt, ist nicht schwer zu erkennen. Denn wie kann der Cessionar eine eigene Actio haben, wenn er kein eigenes Recht hat? Wie kann das Recht bei dem Einen sein, und die Actio bei dem Andern? Für Jeden, der dabei stehen bleibt, daß die Actio nichts sei, als eine Dienerin des Rechtes, erscheint das als eine Unmöglichkeit. Von dem Standpunkte, der in dieser ganzen Schrift vertreten worden ist, aber auch nur von diesem, löst sich alle Schwierigkeit. Die Actio bedarf keines Rechtes, auf welches sie sich stützt, sie trägt ihr Recht in sich selbst. Die Actio ist kein Ausfluß, sie ist der Ausdruck des Rechtes; dadurch eben, daß das römische Recht Jedem dem Actio gibt, spricht es ihm ein Recht zu. Actio ist gerichtlich verfolgbarer, d. h. rechtlich anerkannter, Anspruch. Der obligatorische Anspruch ist, was wir Forderungsrecht nennen. Die actio utilis ist also ein eigenes Forderungsrecht des Cessionars. Von Cession der Forderungen spricht auch Buchta<sup>38)</sup>, und Mühlenbruch erklärt sich ausdrücklich gegen die Ansicht, daß die Actio nur Mittel zur Geltendmachung eines Rechtes sei<sup>39)</sup>. Er hätte nur noch einen Schritt weiter gehen sollen und anerkennen, daß die Actio auch ohne Obligatio sein, genauer gesprochen: daß sie ohne begründende Obligatio sein, sich selbst ihre Obligatio schaffen könne. Diesen Schritt hat Mühlenbruch nicht gethan. Die Selbständigkeit der Actio hat er nicht anerkannt; er sieht in derselben nur einen Ausfluß der Obligatio. Er mußte daher für die Actio des Cessionars nach einer Obligatio suchen, und da bot sich nur die des Cedenten dar. Da nun diese dem Cessionar eine fremde war, so mußte auch dessen Actio eine fremde sein. Das wahre Verhältniß der Obligatio des Cedenten zur Actio des Cessionars ist das, daß sie deren Inhalt bestimmt, aber nicht deren juristischen Grund bildet. Sie bildet deren Grund insofern, als diese Actio nicht vorhanden sein würde, wenn die Obligatio nicht vorhanden wäre, insofern dann der Actio der Inhalt abgehen würde; aber sie bildet ihren Grund nicht insofern, daß die Actio vorhanden wäre, weil die Obligatio vorhanden ist. Der Cessionar klagt ein, was dem Cedenten verschuldet wird, aber er klagt es nicht ein, weil es ihm verschuldet wird. Er fordert, was er fordert, weil er es fordern kann, nicht weil Jener es fordern kann. Es gibt im römischen Recht ein vollkommen analoges Verhältniß, welches zur Erläuterung hierher gezogen werden kann. Derjenige,

<sup>38)</sup> Vorlesungen II. S. 3.

<sup>39)</sup> A. a. D. S. 17.



welcher mit einer *s. g. actio adiecticiae qualitatis* haftet, haftet aus einer fremden Obligation; aber die Verpflichtung, welche gegen ihn geltend gemacht wird, ist nicht die des Fremden, sondern seine eigene. Sie ist weder eine fremde als fremde, noch ist sie eine fremde als eigene; sie ist schlechthin eine eigene, deren Inhalt nur durch den Inhalt der fremden Verpflichtung bestimmt wird. —

Es ist bisher nachgewiesen worden, daß die *actio utilis* eine eigene *Actio* des Cessionars sei, nicht eine *Actio* des Cedenten. Damit ist gesagt, daß der Cessionar für das Gericht Forderungsberechtigter geworden ist. Daraus allein folgt aber freilich noch nicht, daß der Cedent für das Gericht aufgehört habe, Forderungsberechtigter zu sein. In dem so eben zur Erläuterung herbeigezogenen Fall der *s. g. actio adiecticiae qualitatis* wird gegen den Haussohn deswegen nicht weniger *Actio* gegeben, weil eine *Actio* ganz gleichen Inhaltes gegen seinen Vater begründet ist. Ein anderer Fall, welcher hier lehrreich werden kann, liegt näher, da es auch in ihm sich von der Uebertragung einer Berechtigung handelt. Es ist dies der Fall, wo Jemand einen ihm zustehenden Nießbrauch auf einen Andern übertragen hat. Ich will, ehe ich in der Entwicklung des Rechtes der Cession weiter fortfahre, auf diesen Fall etwas näher eingehen.

Auch der Nießbrauch ist nach römischem Recht unübertragbar, wie die *Obligatio*. Auch hier sträubte sich gegen diese Beschränkung das Bedürfnis des Lebens. Auch hier half man sich, wie oben gezeigt worden ist, anfänglich mit der Einräumung der Ausübung bei bloß obligatorischer Sicherung des Empfängers. Aber auch hier ist man, wie gleichfalls bereits angedeutet wurde, bei diesem dem Zwecke wenig entsprechenden Auskunftsmittel nicht stehen geblieben. Zeugniß dafür gibt folgende Stelle.

L. 11. §. 2. D. de pign. (20. 1).

*Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere: non esse ei ius uti frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur: si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio.*

Es wurde also Demjenigen, welchem ein Nießbrauch übertragen worden war, das Recht zugestanden, sich vor Gericht auf die ihm gemachte Uebertragung auch einem Dritten gegenüber zu berufen, obgleich er mit diesem in keinerlei obligatorischem Verhältniß stand. Zwar wird dies hier nur für den Fall gesagt, wo er im Besitze, und daher in der Lage war, sich mit Berufung auf die geschehene Uebertragung zu vertheidigen, und es ist durch keine andere Stelle bezeugt, daß auf Grund dieser Uebertragung auch dem Nichtbesitzer Actio gegeben worden sei. Jedoch ist dies für nur zufällig zu erachten; der Schluß von der Exceptio auf die Actio unterliegt keinem begründeten Zweifel<sup>40)</sup>. Bleiben wir also bei dem einfacheren Falle der Actio stehen, und untersuchen die juristische Natur und Tragweite derselben.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden<sup>41)</sup>, diese Actio sei als die *confessoria actio* des Uebertragenden und fortwährenden Inhabers des Nießbrauchs zu denken, welche der Empfänger als Stellvertreter desselben anstelle. Diese Behauptung kann als richtig nicht anerkannt werden, einmal weil hier kein Mandat vorliegt und eine gesetzliche Stellvertretung ebenso wenig nachgewiesen werden kann, wie bei der Uebertragung der *Obligatio*, sodann weil es gerade für die Actio des Cessionars feststeht, daß sie eine eigene, und nicht die des Cedenten ist. In der That ist hier das Verhältniß ganz dasselbe, wie bei der Uebertragung der *Obligatio*. So wie diese für das Recht unwirksam ist, vom Gerichte aber anerkannt wird, so wird auch der Uebertragung des Nießbrauchs zwar nicht vom Recht, wohl aber vom Gerichte Wirksamkeit beigelegt. So wie das Gericht dem Cessionar die Klage des Gläubigers bewilligt, obgleich er nicht Gläubiger ist, so bewilligt es Demjenigen, dem der Nießbrauch übertragen worden ist, die Nießbrauchsklage, obgleich er nicht Nießbraucher ist. Es fragt sich aber, in welchem Umfange es denselben schützt, ob nicht bloß dem Dritten, sondern auch dem Uebertragenden selbst gegenüber. Diejenige Ansicht, welche in der ihm gegebenen Actio die *confessoria* des Letzteren erblickt, muß diese Frage natürlich verneinen, weil es widersinnig wäre, die cedirte Klage gegen den eigentlich Berechtigten

<sup>40)</sup> Zwar wird in einem anderen Pfandrechtsfall (l. 1. pr. D. de pign. 20. 1) ein Unterschied zwischen Actio und Exceptio allerdings gemacht: „— *difficilius venditori, qui non ignoravit alionum, actio dabitur, sed facillior erit possidenti retentio*“. Aber die spätere Entwicklung ist über diesen Unterschied hinweggegangen, l. 5. C. si al. res (8. 16).

<sup>41)</sup> Arndts Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. VIII. S. 98.

anzustellen<sup>42)</sup>. Wir, für welche dieser Grund wegfällt, werden keinen Anstand nehmen dürfen, jene Frage zu bejahen. Denn es heißt am Schlusse der angeführten Stelle: „*eadem ratione et debitori obiiicietur exceptio*“. Der Empfänger des Nießbrauchs soll also dem Uebertragenden (Verpfändenden) gegenüber „*eadem ratione*“ geschützt werden, wie gegen den Dritten. Das heißt mit anderen Worten: auch dem Uebertragenden gegenüber braucht er sich nicht auf dessen obligatorische Verhaftung zu berufen, (die vielleicht gar nicht einmal vorhanden ist, auf jeden Fall weder in der Stelle genannt wird, noch im Stande wäre, dem Pfandgläubiger die nöthige Sicherheit zu geben,) sondern auch ihm kann er die Uebertragung des Nießbrauchs als solche entgegenhalten. Ist aber überhaupt der Schluß von der *Exceptio* auf die *Actio* erlaubt, so muß er auch hier erlaubt sein.

Auf der andern Seite hat man auf Grund der l. 11. §. 2 cit. behauptet<sup>43)</sup>, daß nach römischem Recht der Nießbrauch in der That übertragen werden könne, daß das Dogma von der Unübertragbarkeit desselben falsch sei. Man hat dabei weder auf den Gegensatz zwischen Recht und Gericht irgend welche Rücksicht genommen, noch sich klar gemacht, ob, wenn der Empfänger berechtigt werde, so auch nur für das Gericht der Uebertragende aufhöre, Inhaber des Nießbrauchs zu sein. Dies ist aber nicht der Fall. Daß es nicht der Fall sei, folgt allerdings nicht daraus, daß das Gericht den Empfänger nur so lange schützt, wie der Uebertragende lebt. Denn es ist mit Recht bemerkt worden, daß dies auch bei Annahme des Uebergangs des Rechtes sich aus dem Grundsätze ergebe, daß Niemand mehr Recht übertragen könne, als er habe<sup>44)</sup>. Aber es folgt daraus, daß das Gericht den Uebertragenden fortwährend als befugt anerkennt, über den Nießbrauch zu verfügen. Dies ist zwar in anderen Beziehungen in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, aber doch insofern, als nach denselben dem Empfänger auch dann kein gerichtlicher Schutz mehr gewährt wird, wenn

<sup>42)</sup> Arndts a. a. O. S. 100.

<sup>43)</sup> Glucers die römische Servitutenslehre §. 23. (Dernburg [der ältere] in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. II. Nr. 2). Auch auf das „*sicut potest*“ der l. 57. D. sol matr. (24. 3) ist Gewicht gelegt worden. Den Sinn desselben hat auch Kunze (Heidelberger kritische Zeitschrift II. S. 258) nicht richtig gefaßt.

<sup>44)</sup> Vergl. Ulp. XI. 6. 7. „*Legitimi tutores alii tutelam in iure cedere possunt. Is cui tutela in iure cessa est, cessicius tutor appellatur, — sed — si legitimus decesserit aut capite minutus fuerit, cessicia quoque tutela exstinguitur*“.

der Uebertragende seinen Nießbrauch durch Nichtgebrauch verloren hat. Erkennt aber das Gericht an, daß der Uebertragende durch Nichtthun fortwährend auf den Bestand des Nießbrauches einwirken könne<sup>45)</sup>, so muß es um so mehr die Wirksamkeit einer positiven Thätigkeit desselben anerkennen. Der Beweis nun dafür, daß in der That dem Empfänger kein richterlicher Schutz mehr gewährt wird, wenn der Uebertragende während der Verjährungszeit den Nießbrauch nicht ausgeübt hat, ist folgender. Es gibt einen ganz besonderen Fall, in welchem der Prätor Denjenigen, welchem ein Nießbrauch übertragen worden ist, auch insofern als Nießbraucher behandelt, als er nur auf seinen Tod (*capitis diminutio*), nicht auf den des Uebertragenden Rücksicht nimmt. Dieser Fall ist der, wo ein Legatar in Folge eines ihm aufgelegten Fideicommisses den Nießbrauch einem Andern herausgegeben hat, dem der Erblasser den Nießbrauch eigentlich hat zuwenden wollen.

L. 9. pr. D. usufr. quemadm. (7. 9).

Si usufructus mihi legatus sit, eumque restituere sim Titio rogatus, videndum est, quis debeat cavere; utrum Titius, an ego? an illud dicimus, mecum heredem acturum, cum fideicommissario me agere debere? Et est expeditius, hoc dicere: si mihi spes aliqua durat usufructus, et cum tu amiseris potest ad me recidere, hoc est ad legatarium, ita rem expediri, ut tu mihi, ego domino proprietatis caveam. Quod si fideicommissarii causa usufructus mihi legatus est, nec est ulla spes ad me revertendi fructus, recta via fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis.

Daß in diesem Falle der Nießbrauch an das Leben des Empfängers, und nicht an das Leben des Uebertragenden, geknüpft sei, sagt auch

l. 4. D. quib. modis usufr. (7. 4).

Si legatum usufructum legatarius alii restituere rogatus est, id agere Praetor debet, ut ex fideicommissarii persona magis, quam ex legatarii, pereat usufructus.

<sup>45)</sup> Der Verlust des Nießbrauches durch Nichtgebrauch steht auf anderer Linie, als das Aufhören desselben durch den Tod des Inhabers. In diesem Letzteren liegt eine gesetzliche Beschränkung des Nießbrauches seiner Zeitersreckung nach; der Verlust durch Nichtgebrauch hat seinen Grund in dem Conflict des Nießbrauches mit einer neu an ihn herantretenden Thatsache, die nur wirken kann, wenn sie von Demjenigen ausgeht, dem der Nießbrauch zusteht.

Noch präciser drückt sich folgende Stelle aus.

L. 29. D. de usufr. leg. (33. 2).

Si quis usumfructum legatum sibi alii restituere rogatus sit, eumque in fundum induxerit fruendi causa, licet iure civili morte et capituli diminutione ex persona fructuarii pereat ususfructus, quod huic ipso iure adquisitus est, tamen Praetor iurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus esset, legati iure adquisitus fuisset.

In diesem Falle ist also für das Gericht der Nießbrauch des Uebertragenden nie vorhanden gewesen, der Nießbrauch des Empfängers ein in seiner Person ursprünglich constituirter. Nun wohl, für diesen Fall wird es als etwas Besonderes herausgehoben, daß der Nichtgebrauch des Uebertragenden während der Verjährungszeit den gerichtlichen Schuß des Empfängers nicht ausschliesse.

L. 29. §. 2. D. usufr. quaemadm. (7. 4).

Idem Pomponius quaerit, si legatum mihi usumfructum rogatus sim tibi restituere, an per te frui videar, nec amittatur ususfructus? Et ait dubitare se de hac quaestione. Sed est verius, quod Marcellus putat, nihil hanc rem fideicommissario nocere: suo enim nomine utilem actionem eum habiturum.

Wenn in einem andern Fall Jemand seinen Nießbrauch einem Andern überläßt, so wird dessen Ausübung als die seinige ihm angerechnet. In dem Falle, von dem hier die Rede ist, erschien es zweifelhaft, ob dies zulässig sei; das soll aber gleichgültig sein, auf den Gebrauch oder Nichtgebrauch des Uebertragenden soll es hier gar nicht ankommen; denn — suo nomine utilem actionem eum habiturum. Mit diesen Worten soll offenbar auf die im Obigen entwickelte Eigenthümlichkeit dieses Falles hingewiesen werden, daß in demselben der Nießbrauch nicht sowohl für die Person des Uebertragenden, als vielmehr für die des Empfangenden bestellt erscheint. In jedem andern Falle würde also allerdings der Nichtgebrauch des Uebertragenden von entscheidendem Einfluß sein.

Derjenige also, welcher seinen Nießbrauch übertragen hat, hat für das Gericht nicht aufgehört, Nießbraucher zu sein, wenn dasselbe auch dem Empfänger eine eigene Actio gibt. An und für sich wäre es nun möglich, daß das Gericht in derselben Weise auch die Uebertragung der Obligatio aufgefaßt hätte, also auch dem Cedenten trotz der dem Cessionar gewährten utilis actio fortwährend als Gläubiger

betrachtet hätte. Es ist also zu untersuchen, ob dies wirklich der Fall ist. Bei dieser Untersuchung muß sich die Aufmerksamkeit sogleich auf die hier unmittelbar zuvor betrachtete Stelle richten, und zwar auf die Worte derselben: suo nomine utilem actionem eum habiturum. Eine utilis actio suo nomine, sahen wir, wird auch dem Cessionar zugeschrieben. Dieses „suo nomine“ ist oben dahin verstanden worden, daß der Cessionar eine Actio in eigenem Namen habe. Aber es wurde an jener Stelle bereits bemerkt, daß sich nachweisen lasse, daß jener Ausdruck einen noch weiter gehenden Sinn habe. In der citirten l. 29. §. 2 quib. mod. usufr. kann es nicht auf die Actio in eigenem Namen gehen, da eine Actio in eigenem Namen auch Derjenige hat, dem ein Nießbrauch übertragen worden ist, ohne daß das Gericht ihn als den wahren Berechtigten ansähe. Vielmehr soll durch den Ausdruck gerade dieses Letztere bezeichnet werden, worin der eigentliche Entscheidungsgrund liegt. Darf man nun annehmen, — und man darf dies nicht bloß, sondern muß es, — daß dem Cessionar eine utilis actio suo nomine in dem nämlichen Sinne zugeschrieben werde, in welchem hier von derselben die Rede ist, so folgt, daß auch der Cessionar für das Gericht der eigentlich Berechtigte zu sein angefangen, der Cedent aber es zu sein aufgehört habe.

Was im Vorhergehenden gesagt worden ist, ist jedoch weniger in dem Sinne gesagt worden, um damit den Satz, um den es sich hier handelt, zu beweisen, als vielmehr um auf ein den Beweis desselben unterstützendes Moment aufmerksam zu machen, auf welches gerade hier die Darstellung führte. Der eigentliche Beweis für jenen Satz liegt darin, daß nach der Cession dem Cedenten die Actio, welche dem Cessionar gegeben wird, versagt wird.

Allerdings nicht ohne Weiteres. Die Cession als solche beraubt den Cedenten seiner Actio noch nicht. Dem Cessionar wird zwar jetzt Actio gegeben, aber zunächst dem Cedenten nicht minder, und so darf der Schuldner sich auch nicht weigern, demselben zu leisten. „Si delegatio non est interposita debitoris tui“, heißt es in l. 3. C. de nov. (8. 42) „ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, — exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem adversus eum inhibere“. Die Stelle spricht zwar nur von einem mandatum actionis, aber wir sahen oben, daß auch das mandatum actionis die utilis actio gibt. Nichtsdestoweniger wird auch dem Cedenten das Recht beigelegt, die Schuld von dem Schuldner beizutreiben, und es heißt ausdrücklich, daß, da keine

Delegation (Revation) vorgekommen sei, „actiones apud eum remanserunt“. Eine andere Stelle, welche dasselbe sagt, ist

1. 3. C. mand. (4. 35).

Si pater tuus tibi tui iuris constituto actiones adversus debitores suos mandavit, potuit et ipse praesens adversus eos — experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

Aber dieser Zustand dauert nicht immer, er hat eine Grenze. Er hört auf, sobald der Cessionar von seiner Actio Besitz ergriffen hat. Dann ist er der einzig Berechtigte; die Actio des Cedenten ist ausgeschlossen. In der 1. 3. C. de nov., deren Wortlaut vorher zum größten Theil mitgetheilt worden ist, heißt es zwar vom Cedenten: exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, aber es wird hinzugefügt: antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit (nämlich der Cessionar). Daß die Litiscontestation dem Cedenten seine Actio nimmt, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, da nach derselben über den nämlichen Gegenstand überhaupt keine Actio mehr zulässig ist; aber auch der bloßen Denuntiation an den Schuldner wird die gleiche Wirkung beigelegt. Man hat an einen Zusammenhang dieser Denuntiation mit der den Prozeß einleitenden litis denuntiatio gedacht<sup>46)</sup>, so daß die Wirkung derselben auf die Wirkung der Litiscontestation zurückzuführen sein, nur als eine Verfrühung derselben erscheinen würde. Dafür spricht nichts; dagegen aber, daß sie mit dem accipere aliquid ex debito zusammengestellt wird. Dies beweist, daß sie in der That als Inbesitznahme der Forderung aufgefaßt wird. Diese Inbesitznahme kann durch Handlungen geschehen, und liegt gewiß darin, daß ein Theil der Schuld in Empfang genommen wird; sie kann eben auch durch bloße wörtliche Erklärung erfolgen. Das ist eben die denuntiatio. Von derselben ist unter einem andern Namen auch in folgender Stelle die Rede.

L. 4. C. quae res pignori (8. 17).

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, satis tibi facere — compelletur —.

In einer andern Stelle wird ausgeführt, daß der Cedent ausgeschlossen sei, sobald der Cessionar gerichtlich oder außergerichtlich gefordert habe.

<sup>46)</sup> Mühlentuch Cession S. 76.

## L. 55. D. de proc. (3. 3).

Procuratore in rem suam dato, praefereendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam; qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Litem movere — gerichtliches Fordern, pecuniam suscipere — außergerichtliches Beitreiben der Schuld. Uebrigens ist diese Stelle nicht bloß von dem Falle zu verstehen, wo der Cedent auftritt, nachdem der Cessionar bereits aufgetreten ist; ihrem Wortlaute nach umfaßt sie den Fall mit, wo Beide zugleich auftreten, und es liegt in der Natur der Sache, daß in diesem Fall Derjenige verzogen wird, dem abgetreten worden ist, nicht derjenige, welcher abgetreten hat. — Eine allgemeine Bezeichnung des Verhältnisses enthält auch die so eben mitgetheilte l. 3. C. mand. (4. 35). Hier heißt es vom Cedenten: potuit et ipse adversus eos (debitores) experiri; aber eingeschoben werden die Worte: re integra. — Man könnte auch eine andere Stelle hierher ziehen wollen, und Buchta<sup>47)</sup> thut das wirklich.

## L. 16. pr. D. de pactis (2. 14).

Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a D. Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Es liegt nahe, die exceptio doli, von welcher diese Stelle spricht, so zu verstehen, daß damit die Einrede gemeint sei, womit der Schuldner, nachdem der Cessionar mit ihm in Verhandlungen getreten ist (si cum emtore hereditatis pactum sit factum), dem Cedenten gegenüber geltend macht, daß er nicht mehr eine Klage anstellen könne, welche er abgetreten habe. Nichtsdestoweniger darf die exceptio doli in dieser Weise nicht verstanden werden. Es ist damit vielmehr die Einrede gemeint, womit der Schuldner dem Cedenten gegenüber den Inhalt eines mit dem Cessionar abgeschlossenen pactum (de non petendo) zur Geltung bringt. Dies geht daraus hervor, daß die Stelle einen Theil eines längeren Tractats von Ulpian bildet (lib. 4. ad Edictum) welcher sich lediglich mit der Wirkung des pactum beschäftigt. Unmittelbar weist sie zurück auf l. 10. §. 2. eod. „Plerumque solemus dicere, doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuarios, et Iulianus scribit, et alii plerique consentiunt“.

<sup>47)</sup> Pandekten §. 283. Note a. Auch Mühlenbruch Cession S. 492 Note 6. faßt die Stelle in dieser Weise auf, anders dagegen S. 75.



Allerdings hat es etwas Auffallendes, daß die Vertheidigung des Schuldners daher genommen wird, daß der Cessionar ihm die Zahlung erlassen habe, und nicht daher, daß der Cedent gar nicht mehr fordern könne. Doch liegt es auf der Hand, daß es dem Schuldner freistehen muß, wenn er will, sich auch in dieser letzteren Weise zu vertheidigen; daß er sich aber auch in der ersteren Weise vertheidigen könne, vermag diese Stelle den andern gegenüber nicht zweifelhaft zu machen. — Ebenso wenig vermag auf der anderen Seite folgende Stelle:

1. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7).

*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur* —

darzuthun, daß die Ausschließung des Gläubigers Inbesitznahme der Forderung durch den Cedenten nicht erfordere; es liegt auf der Hand, daß die Stelle diese Inbesitznahme voraussetzt. —

Es ist also nicht die Abtretung der Forderung als solche, welche den Cedenten seiner Actio beraubt, sondern die Abtretung in Verbindung mit der darauf erfolgenden Besitzergreifung des Cessionars<sup>48)</sup>. Faßt man dies ins Auge, so wird man auch sagen müssen, daß der Cessionar seine utilis actio nicht schon durch die bloße Abtretung, sondern erst durch die darauf folgende Inbesitznahme, wirklich erwerbe. Zwar wird sie ihm auch vor der Inbesitznahme auf sein Verlangen gegeben, auf Grund der bloßen Abtretung, und insofern mag man sagen, daß er sie auch vor der Besitznahme habe, daß sie ihm zustehe. Aber dieses Haben, dieses Zustehen ist doch noch kein definitives; es kann sich auch in Nichts auflösen. Es ist nicht sowohl ein Haben und Zustehen, als ein Haben werden und Zustehen werden. Das Recht — durch sein Organ, das Gericht, — hat ihn noch nicht sowohl als Gläubiger wirklich anerkannt, als versprochen, ihn als Gläubiger anerkennen zu wollen, wenn er von seiner Seite etwas hinzuthue. Er braucht nichts hinzuzuthun, als daß er das Gericht um Gewährung seiner Hülfe wirklich angehe; auch darin liegt eine Inbesitznahme der Forderung. Aber eine Inbesitznahme in irgend welcher Weise ist auch nothwendig, damit er sagen könne, er habe die Actio wirklich, er habe sie so, daß sie ihm nicht mehr genommen werden könne. Erst dann ist er eigentlicher und wirklicher — zwar immer noch nicht Rechts-, — aber doch Gerichtsgläubiger.

<sup>48)</sup> Deswegen kann auch der Cedent vorher noch immer ein Pfandrecht für die Forderung erwerben, l. 6. D. de her. vel act. vend. (18. 4).

Damit hier nichts zweifelhaft bleibe, ist noch auf ein Argument einzugehen, welches gegen die hier aufgestellte Behauptung, daß der Cessionar vor der Besitzergreifung keine Actio wirklich erworben habe, gebraucht werden könnte. Man könnte sagen: wenn der Cessionar vor der Besitzergreifung stirbt, so geht doch die Actio auf seine Erben über, ebenso kann er sie weiter übertragen: wie kann man erwerben und veräußern, was man nicht hat? Daß nun in der That der Cessionar in Folge der bloßen Cession die Actio vererbt, geht unzweifelhaft aus l. 33. C. de don. (8. 54) hervor, wo Justinian vorschreibt, daß auch für die Schenkung in dieser Beziehung gelten solle, was bereits bei dem Kaufe anerkannt gewesen sei, — mit anderen Worten: die utilis actio auf die Schenkung überträgt. Ebenso beweist diese Stelle auch für die Uebertragbarkeit der utilis actio in Folge der bloßen Cession. Denn wenn auch in derselben nur von der Weitergabe des Mandats die Rede ist, so ist es doch vollkommen sicher, daß Justinian nicht gemeint gewesen ist, das Recht dazu auf den Fall zu beschränken, wo das selbstempfangene Mandat des Cessionars fortdauere, — eben weil auch die Vererbung von der Fortdauer des Mandats unabhängig sein soll. Von der anderen Seite hat aber das nichts Auffallendes, daß Jemand einen Andern mit der Geltendmachung eines erst zu erwerbenden Rechtes beauftragen könne, und es kommt daher nur darauf an, zu rechtfertigen, was hier behauptet wird, daß er ein solches Recht auch da, wo das Mandat seine Dienste versagt, abtreten könne, womit das Vererben auf gleicher Linie steht. Die verlangte Rechtfertigung liegt aber darin, daß, wenn auch der Cessionar in Folge der Cession noch keine Actio hat, doch auf jeden Fall der Gebent ihm gebunden ist. Nun aber reicht das Haben eines gebundenen Willens wenigstens für die Vererbung vollkommen aus. Dies wird dadurch bewiesen, daß auch Derjenige, dem unter einer Bedingung etwas versprochen worden ist, obgleich er durch das Versprechen ein Forderungsrecht noch nicht erworben hat, dennoch, was er aus dem Versprechen hat, auf seine Erben überträgt. Hat aber das Haben eines gebundenen Willens hinlängliche rechtliche Consistenz, um vererbt werden zu können, so darf nicht bezweifelt werden, daß es auch für die Veräußerung unter Lebenden einen tauglichen Gegenstand abzugeben im Stande ist<sup>49)</sup>.

<sup>49)</sup> §. 4. I. de V. O. (3. 15). „Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio existat mors nobis contigerit“. Dasselbe gilt von der bedingten

Es steht also der Satz fest, daß der Cessionar die ihm abgetretene Actio nicht schon durch die Abtretung selbst, sondern erst durch die Besitzergreifung definitiv erwirbt. Fragt man nach dem leitenden Gedanken, welcher diesem Satze zu Grunde liegt, so bietet sich eine zwiefache Möglichkeit der Erklärung dar. Man kann in jenem Satze zunächst den Ausdruck folgender Erwägung sehen. Der Gegenstand der Actio ist keine Sache, sondern ein menschlicher Wille. Zwar muß dieser Wille dem Willen des Berechtigten, wenn derselbe sein Recht auf einen Andern überträgt, folgen, wie eine Sache; er muß diesen Andern als den nunmehr Berechtigten anerkennen. Aber da er doch eben ein lebendiger Wille, und keine todte Sache ist, so muß der neue Erwerber der Actio, um wirklich berechtigt zu werden, sich ihm gleichsam erst vorstellen, und ihm die neue Richtung anweisen. Dies ist die eine mögliche Auffassung<sup>50</sup>). Eine andere liegt aber viel näher. Dieselbe ergibt sich, wenn man einen Blick auf die Servitutenbestellung wirft, von welcher bereits oben die Rede war. Es ist in Betreff derselben gesagt worden, daß das römische Recht, wo, wie bei den Provinzialgrundstücken, die nöthige Form der Handlung — *mancipatio* oder in *iure cessio* — sich als unanwendbar erwies, auf die Begründung der Servitut überhaupt verzichtet, und die Parteien darauf verwiesen

Verpflichtung, l. 57. D. de V. O. (45. 1). Für Beides: l. 8. pr. D. de per. (18. 6). Was die bedingte Uebertragung von Rechten an Gegenständen angeht, so findet sich in den Quellen nur eine Stelle, welche die Succession in das Rechtsverhältniß des Uebertragenden bezeugt, — l. 3. §. 5. D. de don. (39. 5), ohne daß deswegen die Succession in das Rechtsverhältniß des Empfängers bezweifelt werden dürfte. Auch in Betreff des ersteren Rechtsverhältnisses sagt das Gegentheil l. 9. §. 1. D. de l. D. (23. 3), über welche Stelle mein Programm: die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1851) S. 18 in der Note zu vergleichen ist. — Auch für den Erwerb durch den Gewalthaber hat das Recht aus der bedingten Willenserklärung hinlängliche Consistenz, — l. 78. pr. D. de V. O. (45. 1), l. 18. D. de R. I. (50. 17). — Ueber den Unterschied, der in der einen und der anderen Beziehung zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall besteht, s. das genannte Programm S. 19.

<sup>50</sup>) Die Rücksicht auf das materielle Interesse des Schuldners darf man nicht geltend machen. Gegen Nachtheil aus unwillkürlicher Leistung an den Gebenten wäre derselbe auch dann geschügt, wenn der Cessionar durch die Cession ohne Weiteres Forderungsberechtigter würde. Denn es könnte dem Schuldner kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er an Denjenigen geleistet habe, den er für seinen Gläubiger halten mußte. Sobann: wenn jenes der Bestimmungsgrund des römischen Rechtes war, warum hat es denn nicht jede Willensschaft des Schuldners von der Cession für genügend erklärt?

Windscheit Actio.

habe, den factischen Genuß derselben auf obligatorischem Wege sicher zu stellen. Das Gericht ist aber bei diesem Auskunftsmittel hier so wenig stehen geblieben, wie bei den Obligationen. Das Gericht erkannte den Empfänger auch ohne die Formen der *mancipatio* und in *in re cessio* als Servitutberechtigten an, von der anderen Seite aber auch nicht auf Grund der nackten Uebertragung. Daß die Uebertragungsform durch die Tradition ersetzt werden könne, war ein Satz auch des Rechtes, aber die Tradition erschien demselben bei unkörperlichen Gegenständen als unanwendbar<sup>51)</sup>. Die Neuerung des Gerichtes bestand nun darin, daß es die Tradition auch für die Servitutenbestellung verwertete. Dies bewirkte es durch eine innerlichere Auffassung derselben. Nach einer äußerlichen Betrachtung erscheint dieselbe lediglich als körperliche Hingabe, und ist daher auch nur bei Körpern möglich. Das Innere des Vorgangs ist aber, daß durch denselben die äußere Erscheinung des übertragenen Eigenthumsrechtes hervorgehoben wird. Bei dieser Auffassung war die Tradition, oder doch etwas der Tradition Analoges, wie bei allen Rechten überhaupt, so auch bei den Servituten anwendbar. „*Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur*“, sagt *Javolenus*<sup>52)</sup>, *cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit. Ego puto, usum eius iuris pro traditione accipiendum esse* — —“. Diese selbe Inbesitznahme des übertragenen Rechtes erfordert das Gericht nun auch, wo ein Forderungsrecht abgetreten wird. Liegt da nicht der Gedanke ganz nahe, ja ist er nicht geradezu unabweislich, daß es dieselbe auch hier in demselben Sinne erfordert habe, wie dort, d. h. als etwas der Tradition Analoges zu dem Ende, daß die Cession mit derjenigen Körperhaftigkeit bekleidet sei, welche ein Uebertragungsact auch nach der Auffassung des Gerichtes bedarf, um auf Anerkennung Anspruch machen zu können?

Wie es sich auch hiermit verhalten mag, das steht fest: nachdem der Cessionar sich in den Besitz der ihm abgetretenen Forderung gesetzt hat, ist die *Actio* zur Geltendmachung derselben, wie dem Cedenten verloren, so ihm definitiv erworben. Die *Actio* ist nun von dem Cedenten auf den Cessionar übergegangen. Das heißt mit anderen Worten: für das Gericht ist das Recht übergegangen, für das Gericht

<sup>51)</sup> *Gaius* II. 28. „*Incorporales res traditionem non recipere manifestum est*“.

<sup>52)</sup> *L.* 20. *D. de serv.* (8. 1). *Vergl.* *l.* 11. *§.* 1. *D. de Publ.* (6. 2), *l.* 25. *§.* 7. *D. de usufr.* (7. 1), *l.* 1. *pr. D. quib. mod. usufr.* (7. 4), *l.* 3. *D. si usufr.* (7. 6).

hat sich eine Succession in das Recht vollzogen. Für das Gericht ist der Cessionar ebenso wohl Successor in das Recht des Cedenten, wie der *honorum possessor* Successor in das Vermögen des Erblassers, der *Universalfideikommissar* Successor in das Erbrecht des Erben ist. Dem steht nicht entgegen, daß die *Actio* des Cessionars nur eine *utilis actio* ist. Das will nicht sagen, daß er die *Actio* in irgend einer Weise nur uneigentlich habe, das will nur sagen, daß er nach der Auffassung des Rechtes nicht Gläubiger sei. Auch der prätorische Erbe und der *Universalfideikommissar* haben nur *utilis actio*<sup>53)</sup>. Ebensovienig steht der Annahme einer eigentlichen und wahren Succession das entgegen, daß der Schuldner sich gegen den Cedenten mit einer *exceptio* vertheidigen muß<sup>54)</sup>. Auch das gilt ganz in gleicher Weise für den Erbschaftsschuldner, welchen der Erbe nach der Restitution der Erbschaft an den *Universalfideikommissar* belangt<sup>55)</sup>. Auch das will nur sagen, daß der Cedent Inhaber der *Obligatio* geblieben, und seine *intentio: dari sibi oportere* noch immer wahr ist. Aber durch die *exceptio* wird eben bewirkt, daß seine *Actio* unwirksam sei, und der Prätor gibt ihm überhaupt *Actio* nur, insofern es noch zweifelhaft ist, daß eine Cession wirklich vorlege. Denn daß der Prätor auch hier, wie in allen anderen Fällen, wo die Begründetheit der *exceptio* sich sogleich herausstellte, *denegatio actionis* habe eintreten lassen, kann dadurch, daß es nicht ausdrücklich bezeugt ist, keinen Augenblick unsicher gemacht werden. — Es gibt eine Stelle, in welcher es mit klaren Worten gesagt ist, daß für das Gericht das Recht des Cedenten aufgehört, und in der Person des Cessionars ein selbstständiges Recht entstanden sei. Diese soll hier zum Schlusse noch angeführt werden.

L. 5. C. de her. vel act. vend. (4. 39).

*Emtor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.*

Also: der Inhaber der *utilis actio* „*proprio iure utitur*“. —

In diesem Zustande ist das römische Recht zu uns herübergekommen. Wir können zwischen Recht und *Actio* auch nicht mehr dem Namen nach unterscheiden. Dieser Gegensatz war bereits für die

<sup>53)</sup> Gaius II. 253. IV. 34.

<sup>54)</sup> Hierfür beweist zwar nicht l. 16. pr. D. de pactis (2. 14), aber doch l. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7), wo auf prätorische Fälle verwiesen wird, und die Analogie des *Universalfideikommissars*.

<sup>55)</sup> L. 27. §. 7. ad SC. Treb. (36. 1).

späteren Römer zu einer verflungenen Erinnerung zusammengeschrumpft. Die Satzungen des Gerichts waren für sie so wohl Recht geworden, wie die Satzungen des Rechts es jemals gewesen waren. Für uns besteht jener Gegensatz auch nicht mehr in der Möglichkeit der Vorstellung. Für uns ist, was die Römer *actio* nennen, rechtlich anerkannter Anspruch, die *actio* auf Erfüllung einer Obligation Forderungsrecht. Wir sagen also: durch die Cession geht das Forderungsrecht über, und, da wir Forderungsrecht und Obligation als gleichbedeutende Ausdrücke gebrauchen, auch: durch die Cession geht die Obligation über. Wollten wir sagen: durch die Cession geht zwar das Forderungsrecht über, aber nicht die Obligation, so würden wir damit im Ausdruck eine abgestorbene Antiquität festhalten, in der Sache aber nichts Anderes sagen, als Folgendes: insofern das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner als übertragbar aufgefaßt wird, ist es übertragbar, unübertragbar aber ist es, insofern es als übertragbar nicht aufgefaßt wird.

## §. 16.

### V. Uebergang der *Actio*. — 1. Cession. (Fortsetzung.)

Es ist ein Glaubenssatz der neueren deutschen Rechtswissenschaft, daß die Singularcession in Obligationen durch das Wesen des obligatorischen Rechtsverhältnisses ausgeschlossen sei. Erst in der jüngsten Zeit ist der Widerspruch gegen diesen Satz, welcher seit der Mühlensbruch'schen Schrift über die Cession fast verstummt war, wieder lauter geworden<sup>1)</sup>. Doch steht er noch immer ziemlich vereinzelt da, und noch in den letzten Tagen ist ein junger und jugendlicher Schriftsteller mit Feuer und Schwert gegen ihn zu Felde ge-

<sup>1)</sup> Das Hauptverdienst in dieser Beziehung gebührt der Schrift von Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht (1853). Vergl. außerdem J. Christiansen Institutionen des römischen Rechts S. 286. 287. 496. 497. (1843). — Köpfer in seiner Zeitschrift V. S. 41 fg. (1843). — Prinz kritische Blätter Nr. 2. S. 34. (1852). — Seuffert praktisches Pandektenrecht 3. Aufl. §. 298. Note 4 (1853). — Windscheid in der Münchener krit. Ueberschau I. S. 27 fg. (1853). — Hinrichs in der Kieler Monatschrift für 1853. S. 685 fg. — Arndts Pandekten 2. Aufl. §. 254. (1855). — Weseler System des gem. deutschen Privatrechts II. §. 118. (1853). — Bluntschli deutsches Privatrecht §. 111. (1854). — Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich §. 1025. (1855).

zogen<sup>2)</sup>. Die in dem Vorstehenden vorgetragene Theorie hat keine Aussicht auf Anerkennung, so lange das bezeichnete Dogma nicht befeitigt ist. Es gilt daher die Gründe zu prüfen, auf welche dasselbe gestützt wird<sup>3)</sup>.

Nicht alle Schriftsteller haben sich um eine Begründung desselben bemüht. Es scheint fast, als hätten sie dieselbe für überflüssig gehalten, und der bloßen Behauptung auch die Kraft des Beweises zugebraut. So heißt es bei Unterholzner<sup>4)</sup>:

„Ein Schuldanspruch ist nur dadurch der bestimmte Schuldanspruch, daß er einer gewissen Person gegen eine gewisse andere Person zum Zwecke einer gewissen Leistung zusteht: ändert sich die Person des Berechtigten oder Verpflichteten, so ist das Schuldverhältniß schon nicht mehr dasselbe“.

Bangerow<sup>5)</sup> beginnt seine Darstellung folgendermaßen:

„Die Natur des Forderungsrechtes bringt es mit sich, daß dabei eine eigentliche Singularsuccession nicht stattfinden kann. Zwar kann allerdings ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten treten, aber nur so, daß mit dem neuen Creditor auch eine neue obligatio entsteht, und das frühere Forderungsrecht ganz zerstört wird (Delegation)“.

Auch bei Buchta erfährt man nicht mehr. An Einer Stelle<sup>6)</sup> sagt er:

„Die bisherigen Subjecte einer Obligation können sich während ihrer Dauer nicht so verändern, daß die bisherigen Gläubiger oder Schuldner aufhören es zu sein und andere es werden. Eine solche Veränderung wäre nothwendig Aufhebung der Obligatio und Entstehung einer neuen an ihrer Stelle. Die strenge Verbindung mit den Subjecten liegt im juristischen Wesen des Verhältnisses“ —

an einer anderen<sup>7)</sup>:

„Die Obligatio ist mit der Person des Gläubigers und Schuldners so verbunden, daß dieser Gläubiger, dieser

<sup>2)</sup> Runge die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts. Leipzig 1856.

<sup>3)</sup> Ich benutze dabei die fleißige Zusammenstellung, welche sich in der in der vorigen Note genannten Schrift S. 13 und 14 findet.

<sup>4)</sup> Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen I. §. 277.

<sup>5)</sup> Pandekten III. §. 574. Anm. 1.

<sup>6)</sup> Institutionen III. §. 267.

<sup>7)</sup> Kleine Schriften S. 456.

Schuldner nicht aufhören kann, es zu sein, ohne daß die Obligatio selbst zerstört wird“.

Und selbst der Vater der jetzt herrschenden Theorie, Mühlenbruch, findet uns mit folgenden Bemerkungen ab<sup>8)</sup>:

„Das Charakteristische aller Forderungsrechte nun zeigt sich eben darin: sie existiren nur durch die wechselseitige Beziehung, worin bestimmte Personen zu einander stehen; fällt diese Beziehung weg, so hört auch das Recht selbst auf“ —

und<sup>9)</sup>:

„Es läßt sich also der Grund, warum, genau genommen, die Veräußerung eines Forderungsrechtes an Andere nicht geschehen kann, aus der Natur des Objectes selbst ableiten. Denn hier muß ein jedes Aufgeben nothwendig ein Verschwinden des ganzen Rechtsobjectes zur Folge haben, oder eine Forderung mit völliger Vernichtung seines Rechtes an derselben veräußern, heißt im Grunde nichts Anderes, als: eine Sache zerstören, hinterher sie aber noch auf Andere übertragen wollen“.

Die Antwort auf die Frage, warum denn das Charakteristische eines Forderungsrechtes in der wechselseitigen Beziehung gerade zwischen diesen Personen besteht, ist auch Mühlenbruch schuldig geblieben<sup>10)</sup>.

Wenn ich gesagt habe, daß sich bei den bisher genannten Schriftstellern eine Begründung des Dogma von der Unverträglichkeit der Singularsuccession mit dem Wesen der Obligation nicht finde, so soll damit nicht gesagt sein, daß sie für dasselbe gar keinen Grund angeben. Buchta sowohl als Mühlenbruch weisen nebenbei auch dar-

<sup>8)</sup> Cession S. 20.

<sup>9)</sup> Daselbst S. 21.

<sup>10)</sup> Runge (a. a. O. S. 47) versteht Mühlenbruch anders, und zwar in einer Weise, daß er bei ihm eine Hinweisung auf seine eigene Begründung der Unzulässigkeit der Singularsuccession bei Obligationen, wovon bald die Rede sein wird, findet. Ich glaube nicht, daß er darin Recht hat. Das „Rechtsobject“, welches Mühlenbruch mit dem Aufgeben des Forderungsrechtes verschwinden läßt, ist nicht, wie bei Runge, die den Gegenstand desselben bildende Handlung, sondern eben jene „Beziehung“ zwischen Gläubiger und Schuldner. Daraus, daß der Gegenstand des Forderungsrechtes eine Handlung sei, leitet Mühlenbruch nur die „Unanwendbarkeit derjenigen Formen der Veräußerung, wodurch Eigenthumsobjecte auf Andere übertragen werden“, her (S. 20. 21). An einer andern Stelle (S. 27) erklärt er geradegu, daß „der eigentliche Gegenstand“ des Forderungsrechtes „die bestimmte Relation (iuris vinculum) zwischen Creditor und Debitor“ sei.



auf hin, daß der freien Uebertragbarkeit der Forderungsrechte auch das entgegenstehe, daß dem Schuldner nicht gleichgültig sein könne, wen er zum Gläubiger habe. Wie es aber auf der Hand liegt, daß dieser Grund nicht aus dem Wesen des Forderungsrechtes, sondern aus einem äußeren Momente hergenommen ist, und daher, insofern er anerkannt wird, auch nur beweist, daß Forderungsrechte nicht gegen den Willen des Schuldners übertragen werden können: so wird dies auch von den genannten Schriftstellern nicht nur nicht verkannt, sondern sogar ausdrücklich hervorgehoben. Buchta führt jenen Grund mit der Bemerkung ein, daß mit dem „juristischen Wesen“ des Verhältnisses auch die „factische Natur“ desselben übereinstimme, und Mühlenbruch warnt — gegenüber früheren Darstellungen — nachdrücklich davor, daß man nicht bei dieser Frage über dem „Recht des Schuldners“ die „Natur der Forderungsrechte“ vergeesse<sup>11)</sup>.

Bleiben wir bei dem stehen, was sich aus dem Wesen der Obligation ergibt, so gibt es Einen Gedanken, welcher sehr nahe liegt. Es ist der, daß der Inhalt der Obligation ihrer Uebertragbarkeit entgegenstehe. Diesen Gedanken hat Scheurl geltend gemacht. Er sagt<sup>12)</sup>:

„Bestünde der Inhalt der Obligatio bloß darin, daß aliquid debetur, daß etwas gegeben oder geleistet werden soll, sowie das Eigenthum nur darin besteht, daß eine Sache in vollkommener Unterwürfigkeit sich befindet, so würde die Obligatio veräußerlich sein. Allein der Inhalt einer Obligatio läßt sich keineswegs damit erschöpfen, daß man z. B. sagt: Ich habe 1000 Gulden zu fordern, d. h. ich kann verlangen, daß 1000 Gulden gegeben werden, sondern nur dadurch, daß man sagt: Ich habe das Recht zu verlangen, daß Titius 1000 Gulden mir gebe“, —

und an einer andern Stelle<sup>13)</sup>:

„Man bedenkt nicht, daß das Eigenthum an einer Sache nothwendigerweise ganz den gleichen Inhalt hat, ob A oder B oder C Eigenthümer ist, daß aber zum Inhalt der Obligation zwischen A und B es wesentlich gehört, daß B gerade dem A (nicht „überhaupt“) 100 gebe“.

Gegen diese Argumentation hat Runge<sup>14)</sup> eine Einwendung gemacht,

<sup>11)</sup> A. a. D. S. 23.

<sup>12)</sup> Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts S. 15.

<sup>13)</sup> Münchener kritische Ueberschau I. S. 331.

<sup>14)</sup> A. a. D. S. 52.

welche mir in keiner Weise stichhaltig zu sein scheint. Er beruft sich darauf, daß es allerdings Obligationen gebe, deren Inhalt eine Leistung an einen Dritten sei. Allein erstens muß er selbst zugeben, daß dabei vorausgesetzt werde, daß der Stipulator selbst ein Interesse an der Erfüllung habe, und das heißt schärfer gefaßt: daß der Stipulator selbst der Gläubiger sei, und nicht der Dritte, also eigentlich ihm geleistet werde, und nicht dem Dritten, — und sodann würde Scheurl ihm ohne Zweifel antworten, daß, wenn auch solche Obligationen auf Leistung an einen Andern als den Gläubiger begründet werden könnten, doch daraus nicht folgen würde, daß der einmal festgestellte Inhalt derselben durch Substitution eines andern Forderungs-Berechtigten geändert werden dürfe. — Es kommt also lediglich darauf an, ob in der That die Person des Gläubigers für den Inhalt der Obligation wesentlich ist, — eine Frage, welche an zweiter Stelle auch Kunze aufwirft. Ich bin mit ihm der Meinung, daß sie zu verneinen ist, glaube aber, daß das sowohl näher nachgewiesen werden muß, als auch sich näher nachweisen läßt, als er gethan hat. Die scheinbare Kraft der Scheurl'schen Argumentation beruht offenbar darauf, daß eine Unterscheidung nicht gehörig gemacht wird, welche mir doch auf der Hand zu liegen scheint. Es ist das die Unterscheidung zwischen dem Gläubiger als solchem, und dieser Person des Gläubigers. Ich will hier mit Scheurl davon ausgehen, daß die Obligation nicht ohne Gläubiger sein könne<sup>15)</sup>, daß ihr ein Gläubiger so wesentlich sei, wie ein Was der Leistung; aber daraus folgt noch nicht, daß ihr dieser bestimmte Gläubiger wesentlich sei. Wenn die Obligation nicht darauf gehen kann, daß der Schuldner 100 gebe, sondern darauf, daß er Jemandem 100 gebe, so wird dadurch nicht bewiesen, daß dieser Jemand nothwendigerweise eine bestimmte Person und keine andere sein müsse. Der Obligation ist der Gläubiger nicht wesentlicher, als dem Eigenthumsrecht der Eigenthümer, und noch bestreitet Scheurl nicht, daß das Eigenthumsrecht fortfährt, dasselbe zu sein, wenn der Eigenthümer wechselt. Warum sollte es sich bei der Obligation nicht ebenso verhalten, warum sollte nicht auch bei der Obligation, wie bei dem Eigenthum, die Person des Berechtigten von Außen hinzugethan werden können, ohne daß die Substanz des Rechtes dadurch berührt würde? Faßt man die Sache in dieser Weise, so wird man erkennen, daß der richtige Ausdruck nicht sowohl der ist: die Person des Gläubigers (Dieses be-

<sup>15)</sup> Daß auch dieser Satz nicht absolut wahr ist, darüber s. den Anhang.

stimnten Gläubigers) gehört nicht nothwendig zum wesentlichen Inhalt der Obligation, als vielmehr: sie gehört nicht nothwendig zum Inhalt der Obligation. Ich sage: nicht nothwendig. Denn möglich ist an und für sich freilich auch die Auffassung, daß der Inhalt der Obligation nicht ein Leisten bestimmter Art, d. h. an den jedesmaligen Berechtigten, sondern ein Leisten bestimmter Art gerade an diesen bestimmten Gläubiger sei. Welche Auffassung die wirkliche sei, ist eine Frage, die für ein jedes positive Recht aus dessen besonderem Inhalt beantwortet werden muß; hier war nur festzustellen, daß man nicht von vorn herein sagen dürfe, nur eine von beiden Auffassungen sei möglich.

Aus dem Inhalte der Obligation läßt sich also die Unübertragbarkeit derselben nicht herleiten. Andere haben geglaubt, daß dieselbe sich mit Nothwendigkeit aus der Natur des Obligationsgrundes ergebe. Diese Auffassung findet sich bei Buchka<sup>16)</sup>, welcher hierauf die Unzulässigkeit der Stellvertretung bei der Begründung von Obligationen zurückführt. Das Eigenthümliche der Obligationsgründe, sagt er, ist: „daß sie allein zwischen den Subjecten, in deren Personen sie zur Existenz kommen, ein obligatorisches Verhältniß hervorzurufen fähig sind“. Diese Herleitung steht auf noch viel schwächeren Füßen, als die so eben widerlegte. 1) Auf jeden Fall würde aus derselben nur folgen, daß diejenigen Obligationen nicht übertragbar sind, welche auf einem in der Person des Gläubigers „zur Existenz gekommenen“ Obligationsgrunde beruhen. 2) Der Satz, daß Niemand für einen Andern contrahiren könne, — denn dieser Satz ist es, der sich hinter jener allgemeinen Ausdrucksweise birgt, — ist ein Satz des römischen Rechts; daß er absolute Wahrheit habe, ist bestritten, und wäre auf jeden Fall erst nachzuweisen. 3) Daraus, daß eine obligatorische Thatsache eine Obligation für eine bestimmte Person zu erzeugen nicht fähig gewesen ist, folgt nicht, daß die durch dieselbe erzeugte auf diese Person nicht übergehen kann. Das liegt so sehr auf der Hand, daß es schwer ist, noch einen besondern Beweis dafür zu erbringen. Sollte jener Schluß richtig sein, so müßte der neue Erwerber der Obligation sich darauf berufen müssen, daß die Obligation für ihn entstanden sei; er thut aber das Gegentheil davon, und beruft sich vielmehr darauf, daß sie für seinen Auctor entstanden sei. Wenn ein Obligationsgrund nur eine bestimmte Person zum Gläubiger zu machen vermag, so heißt das nicht, daß er derselben

<sup>16)</sup> Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen S. 1. 2.

eine auf sie beschränkte Obligation gebe. Es klingt recht gut, daß eine Obligation, die für eine bestimmte Person nicht habe entstehen können, für dieselbe auch nicht bestehen könne, und dieser Satz ist vollkommen wahr; aber darum handelt es sich hier auch nicht, sondern darum, ob eine Obligation für eine Person bestehen könne, für welche sie durch diejenige Thatsache, durch welche sie für einen Andern erzeugt worden ist, nicht hätte entstehen können. Sie kann es, wenn Obligationen übertragen werden können, aber gegen die Uebertragbarkeit derselben ist das kein Grund, daß ihr Entstehungsgrund den Cessionar nicht von Anfang an zum Gläubiger zu machen fähig gewesen ist<sup>17)</sup>.

Der neueste Versuch, die Unübertragbarkeit der Obligation aus ihrer juristischen Natur zu rechtfertigen, ist in den jüngsten Tagen von Runge gemacht worden. Derselbe behauptet, daß die Obligation deswegen nicht auf ein anderes Subject übergehen könne, weil in dem Uebergange ihr Object untergehen würde. Das Object der Obligation sei nämlich eine Handlung; dieselbe aber habe keine reale, sinnliche Existenz, sondern nur eine ideale, künstliche; sie habe Existenz nur insofern sie Rechtsobject sei, und höre daher auf, zu existiren, sobald sie aufhöre, Rechtsobject zu sein. Nun aber könne von einer Uebertragung der Rechte im eigentlichen Sinne überhaupt nicht geredet werden; jedes Recht sei, was es sei, durch das Subject, dem es zustehe, und höre auf zu existiren, wenn es von diesem Subject getrennt werde. Was man Singularsuccession nenne, sei nicht Eintreten in dasselbe Recht, welches der Auctor gehabt habe, sondern Erwerb eines neuen Rechtes aus dem Rechte, welches früher der Auctor gehabt und nun verloren habe; das Recht des Successor sei mit dem Rechte des Auctor nicht identisch, sondern ein anderes, aus dem Rechte dieses Letzteren hervorgewachsenes Recht. Die Continuität aber, welche nothwendig sei, damit überhaupt von einer Succession die Rede sein könne, werde durch das Rechtsobject erhalten. Eine körperliche Sache nun habe dem Rechte gegenüber, welches an ihr stattfinde, eine selbst-

<sup>17)</sup> Einen Zusammenhang zwischen der Unfähigkeit des Vertrags, für einen Andern als den Vertragsschließenden eine Obligation zu erzeugen, und der Unfähigkeit der vertragsmäßigen Obligation, von dem Vertragsschließenden, für welchen sie entstanden ist, auf einen Andern überzugehen, nehmen auch andere Schriftsteller an, so namentlich Runge a. a. D. S. 50. 264., welcher aber umgekehrt aus der letzteren Unfähigkeit auf die erstere schließt. Ich halte diesen Schluß für ebenso unbegründet, wie den im Text behandelten. Für eine Widerlegung dessen, was Runge a. a. D. S. 267. 268. zur Rechtfertigung desselben beigebracht hat, ist hier kein Raum.

ständige Existenz, und deswegen gebe es bei Rechten an Sachen eine Singularsuccession; dagegen gehe, wie gezeigt, mit der Obligation ihr Object unter, und deswegen sei bei derselben die Singularsuccession principiell ausgeschlossen<sup>18)</sup>.

Kunze tritt mit einem nicht geringen Grade von Selbstgefühl und einer großen Entschiedenheit des Tons auf. Er wird nicht müde, seinen Gegnern logische Fehler und wohl gar Leichtfertigkeit des Denkens vorzuwerfen, und damit seine Consequenz des Denkens und Gründlichkeit der Untersuchung in Gegensatz zu bringen. Dabei ist seine Darstellung fließend, klar, präcis, und wenn auch nicht frei von einer Ueberschwenglichkeit, die nicht selten zur Geschmacklosigkeit wird, doch im Ganzen ausgezeichnet durch Fülle, Eleganz und eine ungewöhnliche Meisterschaft über die Sprache. Alles dies zusammen genommen, könnte auf Diejenigen, welche nicht genauer prüfen, leicht mehr Eindruck machen, als bei einer so wichtigen Sache zu wünschen ist. Dies hat mich bestimmt, der Ausführung Kunze's eine mehr ins Einzelne gehende Widerlegung entgegenzusetzen, als vielleicht mancher meiner Leser für nöthig erachten wird.

1) Das Object der Obligation soll mit der Obligation seine Existenz verlieren. Als Object der Obligation bezeichnet Kunze die Handlung, welche kraft derselben gefordert werden kann. Wie kann aber eine erst vorzunehmende Handlung ihre Existenz verlieren, wie kann dasjenige aufhören, zu existiren, was noch gar keine Existenz hat? Ferner, wie kann dasjenige aufhören, zu existiren, welches gar nicht individuell, sondern nur generisch bestimmt ist? Denn der Gegenstand

<sup>18)</sup> A. a. O. S. 15—20. Diese Auffassung ist, wie es scheint, schon vor Kunze von Brackenhöft in einem Aufsatze in Haimers's Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft (XII. Nr. 1. 1855) vorgetragen worden. Ich sage, wie es scheint; denn es ist schwer, die eigentlichen Gedanken des Verfassers dieses Aufsatzes zu errathen. Vergl. aber S. 4. daselbst: „Unübertragbarkeit eines sogenannten subjectiven Rechtes ist überhaupt nur eine Ausdrucksform für einen durch Verstattung der Trägerschaft einer rechtlichen Thätigkeit vermittelten Personenwechsel, so lange nicht eine Verflüchtigung zur Herrschaft gelangt ist, die eine Unterscheidung räumlicher Kreise im Gebiete des Vorgesetzten, und damit ein Versetzen desselben von dem einen Kreise in den andern vermittelt und ermöglicht. Solche Kreise, die die Erscheinung der Rechtlichkeit desjenigen, was in ihnen sich darstellt, vermitteln, sind Besitzkreise. In Ansehung jener Obligation hat sich aber die Idee eines Angehörigseins zu einem Besitzkreise nicht gebildet. Und ohne sie kann kein subjectives Recht, wie es die Idee der Übertragbarkeit desselben erfordert, ungeachtet der Verschiedenheit der Träger, dasselbe sein und bleiben“.

der Obligation ist ja nicht eine bestimmte Handlung, etwa diejenige, welche zur Erfüllung derselben wirklich vorgenommen wird, sondern eine Handlung dieser Art, dieses Inhalts; jede andere Handlung dieses Inhalts würde zur Erfüllung dieser Obligation ebenso geeignet gewesen sein. Aber freilich Kunze ist dieser Meinung nicht; er denkt sich als Gegenstand der Obligation allerdings eine individuell bestimmte Handlung, gerade diejenige, welche zu ihrer Erfüllung vorgenommen werden wird. Diese Handlung ist ihm der Gegenstand der Obligation in der Weise, daß über dieselbe geherrscht wird, wie im Eigenthumsrecht über die Sache geherrscht wird. Dadurch wird ihm die Handlung zu etwas der Sache Aehnlichem, das also auch untergehen kann, wie diese. Allerdings betont er, daß es nur ideale Existenz habe, insofern es eben Gegenstand der rechtlichen Beherrschung sei; aber es hat für ihn doch eine Existenz, und somit auch eine Existenz zu verlieren. Es ist ihm etwas rechtlich „Fixirtes“<sup>19)</sup>, etwas aus dem rechtlichen Stoffe, welchen die Individualität des Schuldners biete, „Losgelöstes“<sup>20)</sup>, etwas aus der Freiheitsphäre des Schuldners „Ausgeschiedenes“<sup>21)</sup>, er vergleicht es wiederholt mit einer Welle, welche aus dem Wasserspiegel durch den Wind emporgehoben werde, aber in die ununterschiedene Fläche zurücksinke, sobald die Triebkraft des Windes nachlasse; in gleicher Weise falle die durch die Obligation aus „dem unbegrenzten Gebiete der Möglichkeiten, in welchem die Thätigkeit des Individuums sich äußern kann“, enthobene Handlung mit Aufhebung der Obligation in dieses Gebiet zurück, und verliere sich unterschiedlos unter diesen Möglichkeiten<sup>22)</sup>. Das sind lauter aus der Sinnenwelt entlehnte Vorstellungen, mit Hülfe deren Kunze den Begriff eines „Untergangs“ des obligatorischen Objects einschmuggelt. Was den Gedanken angeht, daß die Obligation eine rechtliche Herrschaft über eine Handlung sei, so hat dagegen schon Brinz<sup>23)</sup> Opposition erhoben, und Kunze<sup>24)</sup> hat ihn nicht widerlegt. Die Obligation ist weder eine rechtliche Herrschaft über eine Handlung, noch an einer Handlung (Buchta), sie ist eine rechtliche Herrschaft über den Willen eines Andern, deren Inhalt eine Handlung des-

19) S. 5. 12.

20) S. 16.

21) S. 20.

22) S. 74.

23) Kritische Blätter Nr. 3. S. 3—11.

24) S. 5. 6.

selben ist, sie ist ein Recht auf eine Handlung. — Was an Kunze's Auffassung Wahres ist, läßt sich, wenn es so ausgedrückt werden soll, daß Kunze's Ausdrucksweise möglichst beibehalten wird, allenfalls so ausdrücken: wenn eine Obligation weggefallen ist, so ist eine von dieser Obligation geforderte Handlung des Schuldners nicht mehr vorhanden. Sieht man aber genauer zu, was hiermit gesagt ist, so ist es nichts Anderes, als dieses: nach dem Wegfall einer Obligation kann nicht mehr gesagt werden, daß durch dieselbe eine Handlung des Schuldners gefordert werde; mit anderen Worten: nach dem Wegfall der Obligation ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet.

2) Kunze behauptet, der Begriff der Singularsuccession werde von der herrschenden Ansicht nicht richtig aufgefaßt. Ihr Wesen bestehe nicht darin, daß der Successor das identische Recht habe, welches der Auctor gehabt habe, sondern darin, daß er ein neues, aus dem Rechte des Letzteren erzeugtes, hervorgewachsenes Recht habe. Hierin liegt etwas Wahres; nur ist dies eine Wahrheit, die nicht weit reicht, und die noch von Niemandem bestritten worden ist. Die Wahrheit ist die, daß das Recht des **A** nicht das Recht des **B** ist, sondern eben das Recht des **A**. Das, wie gesagt, versteht sich von selbst; aber in diesem Sinne Identität zwischen dem Rechte des Auctor und des Successor zu behaupten, ist auch nie Jemandem in den Sinn gekommen, und hat nie Jemandem in den Sinn kommen können. Diese Identität wird vielmehr darauf gestützt, daß, wie Savigny<sup>25)</sup> es ausdrückt, in dem Rechte des Auctor und des Successor dieselbe rechtliche Substanz vorhanden sei. Die Kraft, wodurch das Recht des Successor besteht, ist dieselbe, wie diejenige, wodurch das Recht des Auctor bestand. Ein und dasselbe juristische Agens ist in dem einen und dem anderen Rechte thätig, beide sind aus demselben Rechtsstoffe geschaffen. Zu beiden ist dasselbe rechtliche Dürfen verwendet. Die Berechtigung des Successor beruht nicht auf einer neuen Erzeugung von Recht, sie ist aus einem vorhandenen Berechtigtfsein gebildet. Das Recht braucht nicht zum zweiten Male bemüht zu werden, damit die Berechtigung des Successor entstehe, es ist ein Schalten mit demjenigen, was es bereits gewährt hat, wodurch sie erzeugt wird. Dieses Verhältniß hat Kunze selbst in sehr befriedigender Weise auseinandergesetzt<sup>26)</sup>. Die Frage ist nur die, ob der richtige Ausdruck für dasselbe ist, daß man sagt, das Recht des Auctor gehe auf

<sup>25)</sup> System III. S. 10. 11.

<sup>26)</sup> A. a. D. S. 60. 61.

den Successor über. Kann man also die Bezeichnung Recht auf dasjenige, was so eben rechtliche Substanz oder Rechtsstoff genannt worden ist, anwenden? Ist es zulässig, von einem Recht noch zu reden, wenn man von dem Subjecte desselben abstrahirt, darf man ein bestimmtes Berechtigtfsein ein Recht nennen, oder nur ein Berechtigtfsein eines bestimmten Subjectes? Wie gesagt, es ist das nur eine Frage des Ausdrucks; denn über die Sache herrscht Einverständnis. Sehen wir auf die Redeweise, die sich im römischen Recht findet, wie auch Künze thut. Künze leugnet gar nicht, daß in den Quellen von einem *succedere in dominium*, *transferre dominium* die Rede ist. Aber, sagt er, das sind ungenaue Ausdrücke; es soll damit nicht sowohl bezeichnet werden, daß das Eigenthum des Auctor übergehe, als daß aus dem Eigenthum des Auctor ein neues Eigenthum geschaffen werde. Was den letzteren Ausdruck angeht, so hat Künze darauf aufmerksam gemacht, daß in entsprechender Weise: *transferre possessionem* gesagt werde, obgleich doch gewiß der Besitz des Empfängers ein anderer sei, als der Besitz des Gebers, und dieses Argument wollen wir uns gefallen lassen, und die Möglichkeit zugeben, daß der Ausdruck *transferre dominium* nichts Anderes sagen wolle, als: einen Andern zum Eigenthümer machen, also gleich *praebere dominium* sei. Dagegen wird es nicht gelingen, aus derselben Vorstellungsweise auch den andern Ausdruck: *succedere in dominium* zu erklären. Nachfolger im Eigenthumsrechte soll also Derjenige sein, dessen Eigenthumsrecht aus dem Eigenthumsrecht eines Andern sich herleitet, hervorgewachsen ist. Nun aber ist dieses Sichherleiten und Hervorgewachsen eine ganz andere Kategorie als die des Nachfolgens, und kann daher mit dem Ausdruck *Succession* unmöglich bezeichnet werden. Der Inhaber des abgeleiteten Eigenthums kann vielmehr Nachfolger des früheren Eigenthümers nur insofern genannt werden, als er mit seinem Eigenthumsrecht an die Stelle von dessen Eigenthumsrecht getreten ist. Genügt aber dies zum Bestande der *Succession*, so ist auch der *Usucipient Successor* Desjenigen, den er verdrängt hat, — was doch Niemand behauptet. Folglich kann der Ausdruck: *successio in dominium* nur darauf gehen, daß der neue Eigenthümer in der That in das Eigenthumsrecht des früheren eintritt. — Den bezeichneten Ausdrücken als den ungenauen setzt Künze als die genauen die anderen, ebenfalls in den Quellen vorkommenden: *transferre rem*, *succedere in rem* entgegen. In der That sei der Gegenstand der Singularsuccession nicht das Recht, sondern die Sache. Dagegen gilt, was so eben bemerkt worden ist:



dann ist auch der Usucapient Successor. In der Sache folgt auch er dem früheren Eigenthümer nach. Es ist aber nicht schwer nachzuweisen, daß die genannten Ausdrücke nichts Anderes besagen wollen, als die zuvor betrachteten. Res steht hier für dominium rei, wie so oft; man sagt: rem habere statt dominium rei habere, und so wird res zur Bezeichnung des Eigenthums. Beweisstellen für eine so bekannte Sache anzuführen, ist überflüssig; ich komme übrigens sogleich darauf zurück. Nur wenn man res in dieser Weise versteht, kann man von einer successio in rem reden, sonst höchstens von einer successio in re. Man kann sich nachfolgen in ein Recht, welches an einer Sache stattfindet, aber in eine Sache nachfolgen kann man sich nur dadurch, daß man nach einander körperlich in dieselbe hineintritt, während man mit dem Ausdruck: Nachfolge in einer Sache allenfalls die Vorstellung bezeichnen kann, daß man sich in Beziehung auf eine Sache nachfolgt. Faßt man nun den Ausdruck succedere in rem in dieser Weise, so ist damit auch ein Argument abgewiesen, worauf Runze Gewicht legt. Das succedere in rem und das succedere in ius wird in den Quellen einander entgegengesetzt, namentlich zur Bezeichnung des Gegensatzes zwischen Universal- und Singularsuccession. Die Universalsuccession, sagt Runze, ist allerdings ein Eintreten in fremde Rechte, aber die Singularsuccession ist etwas ganz Anderes, der Zusammenhang beider ist ein rein äußerlicher. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, wie mißlich schon an und für sich ein solches Auseinanderreißen von Dingen ist, welche in den Quellen als Unterarten desselben Genus behandelt werden; doch mag zugegeben werden, daß das nicht entscheidend ist. In der That aber wollen die Quellen, indem sie die Singularsuccession als successio in rem im Gegensatz zur successio in ius bezeichnen, gar nicht sagen, daß jene keine Nachfolge in ein Recht sei. Mit demselben Rechte könnte man behaupten, daß sie das Eigenthum gar nicht als Recht ansehen, weil sie den dominus rei demjenigen entgegensehen, der „aliquid in ea re ius“ hat<sup>27)</sup>. Wie hier das Recht an fremder Sache als ius dem Eigenthum entgegengesetzt wird, so in den Stellen, auf welche sich Runze beruft, die Gesamtheit der Rechte eines Verstorbenen<sup>28)</sup>. Sollte

<sup>27)</sup> L. 30. D. de nox. act. (9. 4), l. 19. pr. D. de damno inf. (39. 2).

<sup>28)</sup> L. 9. §. 1. D. de edendo (2. 13), l. 3. pr. D. de B. P. (37. 1). Vergl. den Ausdruck iuris successor: l. 9. §. 1. cit., l. 9. §. 12. D. de her. inst. (28. 5), §. 11. I. de test. ord. (2. 10). In anderen Stellen heißt es statt ius genauer omne ius, universum ius: l. 37. D. de adq. vel om. her.

daran überhaupt noch ein Zweifel möglich sein, so würde derselbe dadurch beseitigt werden, daß in anderen Stellen der Gegensatz von *ius* nicht als *res*, sondern geradezu als *dominium* bezeichnet wird<sup>29)</sup>.

Hiermit ist zur Widerlegung der Künke'schen Theorie genug, und mehr als genug, gesagt. Es ist nicht wahr, daß mit dem Wegfall einer Obligation deren Object seine Existenz verliere. Es ist nicht wahr, daß in der Singularsuccession die bestehende Obligation wegfallt; das Recht des Singularsuccessor ist das Recht eines Anderen, aber es ist nicht ein anderes Recht, als das des Vormannes. Jedes Einzelne genügt zur Widerlegung Künke's: seine Theorie ist nicht bloß aus Einem Grunde unhaltbar, ihre sämtlichen Grundlagen sind unrichtig. —

Es ist also auch mit diesem Versuche, die Unübertragbarkeit der Obligation aus ihrer juristischen Natur zu begründen, Nichts. Die Obligation ist ihrer juristischen Natur nicht unübertragbar; sie ist der Singularsuccession so wenig entzogen, wie das Eigenthumsrecht. Die Obligation ist nur dann unübertragbar, wenn die Person des Gläubigers zu ihrem wesentlichen Inhalt, oder, wie es oben ausgedrückt wurde, zu ihrem Inhalt gerechnet wird. Diese Auffassung derselben ist, wie gesagt wurde, möglich, aber sie ist nicht nothwendig. In einem gegebenen positiven Rechte kann sie vertreten sein, aber man darf nicht behaupten, daß nur sie in demselben vertreten sein könne. Im römischen Rechte ist sie entschieden nicht vertreten; Beweis dafür ist, daß dem Gläubiger auf jeden Fall die Befugniß zusteht, dem Effecte nach einen Andern zum Gläubiger zu machen, und dem Schuldner die Berufung darauf verweigert wird, daß er nicht dem Cessionar, sondern nur dem Cedenten zu leisten habe. Allerdings gilt das nur für die eine der Erscheinungsformen, in welchen die Obligation im römischen Rechte auftritt; es gilt nur für die *Actio*,

(29. 2), l. 11. D. de div. temp. praeser. (44. 3), l. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. (21. 3) u. a. m. (Savigny System III. S. 20). Wie statt Eigenthum *res* gesagt werden kann, so auch statt *universum ius*: *bona*, *patrimonium*, *hereditas* &c. (vergl. l. 14. §. 8. — l. 16. pr. D. ad SC. Treb. 36. 1). So kann *ius* auch wieder den Gegensatz zur Gesamtheit der Rechte bilden, wie in l. 14. pr. D. ut leg. (36. 3): „— sive *res aliqua*, sive *hereditas*, sive *ius aliquod reliquum est*“. — In einzelnen Stellen wird auch der Ausdruck *successio* lediglich auf die Universalsuccession bezogen: l. 8. §. 8. D. quib. mod. pign. (20. 6), l. 16. pr. ad SC. Treb. (36. 1).

<sup>29)</sup> L. 177. pr. D. de R. J. (50. 17): „— qui in *ius dominiumve alterius succedit*“. L. 37. D. de adq. vel om. her. (29. 2).

nicht für die Obligatio. So wäre es also an und für sich denkbar, daß das römische Recht für diese letztere die entgegengesetzte Auffassung festgehalten habe, daß ihm dieselbe als ein Verhältniß erschienen sei, kraft dessen der Schuldner an diese bestimmte Person des Gläubigers, nicht als ein Verhältniß, kraft dessen er an den Gläubiger zu leisten habe. Denkbar, wie gesagt, ist das; aber ich glaube nicht, daß es sich in der That so verhält.

Ich habe zwei Gründe, weswegen ich es nicht glaube. Der erste Grund ist der, daß das römische Recht jedenfalls in Einem Falle anerkennt, daß die Obligatio ihr Subject zu wechseln fähig sei, — beim Erbganze. Ich weiß, was hierauf geantwortet werden wird, und geantwortet worden ist. Die Person des Erben, sagt man, ist mit der Person des Erblassers Eins, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers lebt in dem Erben fort. Ich habe mich bereits an einem andern Orte<sup>30)</sup> gegen dieses Dogma ausgesprochen, und ich habe seitdem keine Veranlassung gefunden, meine Ansicht zu ändern. Der Erbe tritt in die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers ein, — in alle, aber nicht in die einzelnen als einzelne, sondern in die Einheit, die universitas derselben, und dadurch in die einzelnen, — heres in omne, universum ius defuncti succedit<sup>31)</sup>. Die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen eines Menschen bildet sein Vermögen, — und so kann man auch sagen: der Erbe succedit in das Vermögen des Erblassers<sup>32)</sup>. Das ist die Auffassung der Quellen. Von einem Uebergange der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben ist in ihnen kein Wort zu lesen; sie haben gar keine Bezeichnung für das, was wir vermögensrechtliche Persönlichkeit nennen. Nichtsdestoweniger haben die Neueren dieses Behikels nicht enttrathen zu können geglaubt. Die Gründe sind folgende. Erstens, weil sonst die Obligationen des Erblassers mit seinem Tode untergehen würden. Von diesem Grunde kann natürlich hier keine Rede sein. Zweitens, weil das Vermögen kein objectiver Begriff sei, nur durch eine Person existire, welche das Subject desselben sei. Ich will hier diesen Satz

<sup>30)</sup> Münchener kritische Ueberschau I. S. 181 fg., besonders S. 194 fg.

<sup>31)</sup> L. 37. D. de adq. vel om. her. (29. 2), l. 11. D. de div. temp. praescr. (44. 3), l. 19. §. 5. D. de aed. ed. (21. 1), l. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. (21. 3), l. 24. D. de V. S. (50. 16), l. 62. D. de R. I. (50. 17).

<sup>32)</sup> L. 24. §. 1. D. de damno inf. (39. 2).

acceptiren, obgleich ich ihn als unbedingt wahren nicht anerkenne<sup>33)</sup>. Vermögen soll also eine Gesamtheit von vermögensrechtlichen Beziehungen sein, die in einem bestimmten Subjecte zusammenschließen. Nun wohl, an die Stelle des Subjectes, in welchem diese vermögensrechtlichen Beziehungen zusammengeschlossen sind, tritt ein anderes, und zwar in demselben Momente, in dem jenes Subject abtritt<sup>34)</sup>. In keinem, auch nicht dem kleinsten Zeittheilchen sind diese vermögensrechtlichen Beziehungen ohne zusammenhaltendes Subject: was verlangt man mehr? Man wird sagen: so ist doch auf jeden Fall das Vermögen des Erblassers beim Erben nicht mehr als dasjenige Vermögen, welches es früher war. Ohne allen Zweifel insofern nicht, als es jetzt eben das Vermögen des Erben ist, während es früher das Vermögen des Erblassers war. Mehr: früher hatte es eine selbständige Existenz, jetzt ist es mit dem Vermögen des Erben vermischt, und in dasselbe aufgegangen. Aber deswegen ist es nicht weniger als das Vermögen des Erblassers auf den Erben übergegangen; es war Vermögen des Erblassers, bis es angefangen hat, Vermögen des Erben zu sein. Aber, wie gesagt, das hat den Neueren nicht genügt; das Vermögen des Erblassers muß nach ihrer Ansicht nothwendigerweise durch sein Subject in das Vermögen des Erben übergeführt werden. Ueber die Dienste freilich, welche dieses Subject leisten soll, sind sie nicht einig. Ein Schriftsteller will dasselbe entlassen wissen, sobald es die Ueberführung ausgerichtet hat. Andere glauben es aber auch jetzt noch nicht entbehren zu können, sie lassen die Persönlichkeit des Erblassers auch nach dem Antritte der Erbschaft noch in dem Erben fortleben. Dabei sind sie noch verschiedener Ansicht darüber, ob derselbe auch als Subject der einzelnen Vermögensbeziehungen, oder nur als Subject der Vermögensgesamtheit fortbauere. Consequent sind offenbar nur Diejenigen, welche das Erstere annehmen, da nicht einzusehen ist, wie das Subject der einzelnen Vermögensbeziehungen ein anderes sein könne, als das Subject des Vermögens, welches durch sie gebildet wird, und für den speciellen Zweck, um den es sich hier handelt, reicht offenbar nur diese Annahme aus. Wenn die Erbschaftsforderungen dem Erben als dieser Person zustehen, so hat offenbar die Obligation deswegen nicht weniger ihr Subject gewechselt, weil das Vermögen, wozu diese Obligation gehört, fortwährend

<sup>33)</sup> S. den Anhang.

<sup>34)</sup> „Heres quandoque addundo hereditatem iam tunc a morte defuncti successisse videtur“. L. 54. D. de acq. vel om. her. (29. 2). Von der hereditas iacens ist hier nicht die Rede. S. den Anhang.

als das Vermögen des ursprünglichen Gläubigers gilt. Aber gerade hier widersprechen die Quellen ausdrücklich; es ist bezeugt, daß der Erbe bei der Verfolgung von Erbschaftsrechten die *intentio* aus seiner Person nahm<sup>35)</sup>. Das ist auch der Grund, weswegen Andere vor dieser letzten Konsequenz, die Buchta gezogen hat, zurückgewichen sind, — damit aber, wie bemerkt, sich nicht nur um die Frucht des aufgestellten Dogma für die Frage, die uns hier beschäftigt, bringend, sondern auch dem Dogma selbst eine schwer zu heilende Wunde ver- setzend<sup>36)</sup>. — Ich habe oben gesagt, daß in den Quellen nichts enthalten sei, was die Annahme der Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers im Erben unterstüze. Ich muß dabei noch ein Wort von einer Stelle sagen, auf welche Scheurl aufmerksam gemacht hat. Es ist dies die Nov. 48 pr. Hier heißt es geradezu: „cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo personam esse heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem, (καίτοιγε τοῖς ἡμετέροις δοκεῖ νόμοις ἐν πως εἶναι πρόσωπον τὸ τοῦ κληρονόμου καὶ τὸ τοῦ εἰς αὐτὸν παραπέμποντος τὸν κληροῖ)“<sup>37)</sup>. Ich will mich dieser Stelle gegenüber nicht auf ihren späteren Ursprung berufen, wohl aber Folgendes geltend machen. Justinian schreibt in derselben vor, daß es den Erben, welche die Erbschaft annehmen, nicht erlaubt sei, den durch die Erklärung des Erblassers festgestellten Vertrag derselben zu bestreiten; dafür führt er den bezeichneten Grund an. Er meint damit, daß der Erbe jede Erklärung seines Erblassers anerkennen müsse, als habe er sie selbst gemacht, und mit derselben ebensowenig in Widerspruch treten dürfe, als mit einer von ihm selbst abgegebenen<sup>38)</sup>. In dieser Beziehung sei kein Unterschied zwischen dem Erblasser und dem Erben, beide vielmehr für Eine Person

<sup>35)</sup> Gaius IV. 34.

<sup>36)</sup> Auch Kunze, der neueste Schriftsteller, welcher sich über diese Frage geäußert hat, nimmt (a. a. O. S. 70. 330. 331) eine „Absorption der Vermögensrechtssphäre“ des Erblassers durch den Erben, „eine Einheit der Subjecte“ an, indem „dasselbe Individuum Träger der zwei (in Betracht kommenden) Vermögenssphären (des Erblassers und des Erben selbst)“ sei. Kunze bedarf dieser Annahme auch zu dem Ende, um überhaupt ein Eintreten des Erben in die Rechtsverhältnisse des Erblassers construiren zu können. S. vorher.

<sup>37)</sup> Auch im eap. 1. §. 1. heißt es noch einmal: „ἀλλὰ τὰντα μὲν πρὸς τοὺς κληρονόμους, οἵπερ ταυτὸ που δοκοῦσι τοῖς τελευταῖον εἶναι“. Die Vulgata ist hier ohne Sinn.

<sup>38)</sup> Pr. eod.: „ὥστε οὐκ ἂν τις αὐτὸν ἐαυτῷ φήσει διαμάχεσθαι“.

zu erachten. Damit steht der Satz, daß die Persönlichkeit des Erblassers nicht im Erben fortlebe, in keinerlei Widerspruch<sup>39)</sup>.

Der zweite Grund, weswegen ich nicht glaube, daß das römische Recht die *Obligatio* für ihrem inneren Wesen nach unübertragbar gehalten habe, ist folgender. Die Römer haben ein Recht, welches ihnen in der That seiner Natur nach unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden gilt, das ist der Nießbrauch. „*Nec enim a personis discedere sine interitu sui potest*“, heißt es von demselben in l. 15. D. fam. herc. (10. 2). So stirbt der Nießbrauch mit der Person des Berechtigten<sup>40)</sup>, so ist er aber auch selbst für das Gericht nicht übertragbar. Es ist das oben näher nachgewiesen worden. Hätte die römische Rechtsauffassung die *Obligatio* mit dem Nießbrauch auf die gleiche Linie gestellt, würde dann nicht auch das Gericht diese Auffassung in derselben Weise respectirt haben, wie es sie beim Nießbrauche wirklich respectirt hat?

Hiernach bin ich also der Ansicht, daß dem römischen Recht die *Obligatio* so wenig wie die *Actio* unzertrennlich an die Person des Gläubigers geknüpft erschienen ist. Wenn dasselbe nichtsdestoweniger eine Singularsuccession in dieselbe nicht angenommen hat, so vermag ich den Grund davon nur darin zu finden, daß es ihm an einer Form zur Uebertragung derselben fehlte. Die *mancipatio* und in *iure cessio* setzten beide einen körperlichen Gegenstand des Rechtes voraus, die *Tradition* war bei *res incorporales* nicht anwendbar. Es ist also der vollkommen erschöpfende Ausdruck des Verhältnisses, wenn

<sup>39)</sup> Diejenigen, auf welche diese Stelle dennoch Eindruck machen sollte, will ich auf ein vollkommen ausreichendes Gegengewicht verweisen, welches dieselbe in dem Satze hat, daß der auf den Kopf des Erben gestellte Vertrag ungültig ist (Gaius III. 100). Scheurl (Beiträge S. 45) hat sich zwar umgekehrt auf die Aufhebung dieses Satzes durch Justinian (l. un. C. ut act. 4. 11) berufen, indem er Berechtigung für den Zweifel verlangt, ob nicht bei den römischen Juristen „eine vielleicht nicht ganz durchdringende Einsicht in die nothwendigen Consequenzen des Principes der Erbfolge zufällig, so zu sagen, der Rücksicht auf die streng formelle Natur der Stipulationen unterlegen sei“. Ich brauche nicht erst zu sagen, wie mißlich es ist, die wahren Gedanken des römischen Rechts bei Justinian, und nicht bei den römischen Juristen zu suchen. Was aber die „streng formelle Natur“ der Stipulation bei dieser Frage ausmache, ist nicht einzusehen. Justinian's Vorschrift ist offenbar ein Nachlaß von der Strenge der Regel, die den Vertrag zu Gunsten eines Dritten ausschließt.

<sup>40)</sup> L. 3. §. 3. D. quib. mod. usufr. (7. 4). „*Morte quoque amitti usumfructum, non recipit dubitationem: cum ius fruendi morte exstinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret*“.

Gajus (II. 38) nach der Darstellung dieser Uebertragungsformen sagt: „obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, efficere possum“. Erschien die Obligatio als Bestandtheil einer universitas, so war sie durch diese gedeckt. Als Obligatio konnte sie nicht übertragen werden, wohl als Bestandtheil der universitas, — per universitatem. Als aber das Bedürfnis sich geltend machte, die Obligatio wie andere Vermögensstücke in den Verkehr bringen zu können, hat das Gericht dem Rechte die Arbeit abgenommen, die in dem Mangel einer zutreffenden Form liegende Schwierigkeit zu überwinden. So ist es gekommen, daß die Obligatio unübertragbar geblieben ist, während die Actio fähig gemacht wurde, von Hand zu Hand zu gehen.

### §. 17.

## V. Uebergang der Actio. — 1. Cession.

(Fortsetzung.)

Daß die Obligatio ihrer juristischen Natur nach die Singularsuccession nicht ausschliesse, habe ich schon früher an einem anderen Orte <sup>1)</sup> geltend gemacht. Ich bin damals davon ausgegangen, daß die nächstliegende Auffassung der Obligatio allerdings die sei, daß der Schuldner diesem bestimmten Gläubiger, und keinem anderen, zu leisten verpflichtet sei. Bleibe man bei dieser Auffassung stehen, so sei allerdings die Obligatio ihrem Inhalt nach unübertragbar; zwar könne der Forderungsberechtigte so gut in sein Recht einen Andern eintreten lassen, wie der dinglich Berechtigte; allein dem neu Eintretenden werde der Verpflichtete sagen: dir bin ich zu leisten nicht verpflichtet. Nun aber trete das Bedürfnis des Verkehrs auf, und verlange, daß über Forderungsrechte ebenso disponirt werden könne, wie über andere Vermögensbestandtheile. Indem die Rechtsanschauung des Volkes dieses Bedürfnis anerkenne, spreche sie aus, daß der Verpflichtete den neu Eintretenden als seinen Gläubiger anerkennen müsse; sie erkläre ihn für verpflichtet dem neuen Gläubiger gegenüber. Damit sei der Uebergang der Obligatio vollzogen; es sei dieselbe Obligatio vorhanden, die Person des Berechtigten habe gewechselt. Ich fügte

<sup>1)</sup> Münchener kritische Ueberschau I. S. 40 fg.

hinzu: „Gebrauchen wir das Bild, von dem die Bezeichnung „obligatio“ hergenommen ist. Dem Gläubiger ist der Wille des Schuldners gebunden; das Band, mit dem ihm derselbe gebunden ist, gibt er einem Andern in die Hand; dieser hat es nun; ist das Band nicht mehr dasselbe, weil ein Anderer es in der Hand hat“?

Gegen diese Ausführung, deren Inhalt im Wesentlichen mit dem im vorigen Paragraphen Entwickelten übereinstimmt, nur mit dem Unterschiede, daß ich jetzt weniger, als ich damals zu thun geneigt war, betont habe, daß die Anerkennung der Uebertragbarkeit der Obligation einen Nachlaß in der Strenge der Auffassung derselben in sich schließe, hat Kunze die ganze Fülle seines civilistischen Hornes ausgegossen. Er sieht in ihr eine Verflachung des römischen Rechts, eine Abstumpfung seiner scharfzantigen Begriffe, einen Abfall von seinem logischen Geiste. Er wirft mir vor, daß ich mit „Gedankenschnellern“ „über den soliden, ehrlichen Bau der römischen Obligation herüberhüpfe“, daß ich in „frivoler“ Weise alle juristische Technik abwerfe. Ja er bezeichnet mich als den „Bannerträger“ „der neuen Richtung, die sich auflehnt gegen die ernste, strenge, maßhaltende und vorsichtige Schule, welche die Begriffe und Institute mit rastloser Analyse ihres innersten Wesens gleichsam auszuschöpfen sich bemüht“. Er weiß zu erzählen von jenen „ungebundenen Geistern“, denen das Gebiet der Obligation „eine so breite Bahn formloser Gedanken und Vorstellungen, nebelhafter Speculationen und Operationen zu eröffnen scheint“. Diese Vorwürfe, obgleich etwas stark ausgedrückt, sind ohne Zweifel aus einer achtungswerthen Gesinnung hervorgegangen. Sie sind der Angststruf eines für seine Wissenschaft warmschlagenden Herzens, welches dieselbe in ihrem innersten Leben gefährdet glaubt. Denn es ist keiner Frage unterworfen, daß, um mit Kunze weiter zu reden, „nicht in der Befreiung von Schranken und festen Formen, sondern nur in der Erlösung von beschränkenden Formeln und Fesseln ein Vortheil und ein Fortschritt erkannt werden könne, daß ohne diese Erkenntniß das Streben nach Freiheit und Liberalismus der wissenschaftlichen Construction in der That zur Ungebundenheit und Schrankenlosigkeit führen müßte, welche allemal Symptome oder Ursache innerer Ermattung sind“. In der That Jeder, der es wohl mit der deutschen Rechtswissenschaft meint, wird mit Sorge den Gedanken ins Auge fassen, daß dieselbe auf dem Befreiungswege, den sie zu wandeln begonnen hat, und den sie weiter wandeln wird, so gewiß es überhaupt Ent-



wicklung und Fortschritt in menschlicher Erkenntniß gibt, auch zu weit gehen, und Freiheit mit Zügellosigkeit verwechseln könnte. Die Aufgabe der deutschen Rechtswissenschaft ist die Herstellung eines nationalen Rechtes. Darüber sind im Grunde Alle einverstanden. Die Frage ist nur, wie sie sich dabei zu verhalten hat. Es tritt ihr bei der Lösung dieser Aufgabe das römische Recht als Hülfe zugleich und als Hemmung entgegen. Als Hülfe, insofern es auf der einen Seite ein Muster für die Behandlung eines jeden positiven Rechtsstoffes hinstellt, zu dem die moderne Rechtswissenschaft hinaufzublicken hat, wie die moderne Kunst zur Antike hinaufblickt, auf der anderen Seite in großen Partien dem Wesen nach auch für das heutige Rechtsleben unmittelbar verwendbar ist. Als Hemmung, — insofern das römische Recht, mit der ganzen Wucht seiner geistigen Größe auf den empfänglichen Geist des neueren Europa drückend, zum Gesetz für Deutschland geworden ist. Dieser Zustand ist zu beseitigen. Er ist in derselben Weise zu beseitigen, wie die gesammte antike Cultur zu beseitigen ist, nicht so, daß sie aus der heutigen Bildung ausgeschieden, sondern so, daß sie in derselben als aufgehobenes Moment erhalten wird, so daß wir nicht eine fremde Cultur haben, sondern eine durch die fremde bereicherte und gehobene eigene. Dieser Assimilationsprozeß ist für den übrigen Bildungstoff, den wir aus dem Alterthum überkommen haben, noch nicht vollendet, für das römische Recht noch wenig fortgeschritten. Das römische Recht steht uns noch viel mehr, als es sollte, als fremdes, als römisches gegenüber. Das glänzende Verdienst der historischen Schule ist es, einem erstarrten und versunkenen Zustande gegenüber auf eine lebendige Erkenntniß des römischen Rechts hingewirkt, und den geistigen Gehalt desselben erst erschlossen zu haben. Aber dieselbe war zu sehr geneigt, das römische Recht als die Incarnation des absoluten Rechtsgedankens anzusehen, und daher zu rasch bereit, den erkannten römischen Rechtsatz auch als heute anwendbares Recht zu proclamiren. Gegen diese Einseitigkeit ist in der neueren Zeit eine Opposition wach geworden. Es ist keine Opposition gegen das Princip, sondern eine Opposition gegen das Maaß. Auch sie will von dem römischen Recht festhalten, was nicht auf national römischer Rechtsanschauung, sondern auf dem beruht, was die römischen Juristen *naturalis ratio* nannten. Aber sie verhält sich in dieser Beziehung dem römischen Recht gegenüber skeptischer, und glaubt schärfer prüfen zu müssen, ob denn in der That der Inhalt des römischen Rechts unserer *naturalis ratio*, d. h. unserem Rechtsbewußtsein, entspreche. In diesem Sinne sucht sie dem römi-

schen Rechte gegenüber das heutige Rechtsbewußtsein zur Geltung zu bringen. Aber Wehe ihr, wenn sie bei dieser Thätigkeit die Schärfe des Denkens und die präcise Ausbildung der Begriffe aufgeben wollte, in welcher die römische Jurisprudenz allen Zeiten ein leuchtendes Vorbild geworden ist, wenn sie glauben sollte, daß ein warmes Herz ein hinreichender Ersatz für einen kühlen Verstand sei, und daß patriotisches Fühlen genug thue für klares Begreifen. Es scheint ein Gesetz der menschlichen Entwicklung zu sein, daß sie nicht in gerader Linie vorwärts gehe, sondern in Schwankungen, die sich um die gerade Linie herumbewegen. So mag auch für die deutsche Rechtswissenschaft die Gefahr nahe liegen, daß sie, indem sie aus dem römischen Recht den antinationalen Stoff entfernen will, zu weit getrieben werde, und Dinge aufgebe, die nicht aufgegeben werden dürfen, wenn wissenschaftliches Denken bestehen soll. Deswegen ist es für Jeden, der eine solche Abweichung von der richtigen Linie wahrzunehmen glaubt, Recht wie Pflicht, den Warnungsruf zu erheben: „mit deme gerüchte sal he dat lant dar to laden“. Aber in derselben Stelle des Sachsenspiegels, aus der diese Worte genommen sind<sup>2)</sup>, heißt es weiter: „unde become rechtes of he moge“. So dankbar Jeder, an den er ergeht, für einen solchen Warnungsruf zu sein, und so bereitwillig er ihm Folge zu leisten hat, wo er begründet ist: so sehr ist es sein Recht und seine Pflicht, ihn zurückzuweisen, wo er ohne Grund erhoben wird. Ich sage sein Recht und seine Pflicht. Dein wenn Ungebundenheit die Wissenschaft verdirbt, so ist Gebundenheit ihr Lob. So wollen wir also mit gleichem Ernste, wie gegen Diejenigen, die sich über jede civilistische Construction hinwegsetzen zu dürfen glauben, gegen Diejenigen Front machen, welche bei jeder Abweichung vom römischen Recht Unwissenschaftlichkeit wüthen, und indem sie in den Sätzen desselben Gedanken ausgedrückt finden, welche es nie gedacht hat, uns diese Sätze als absolute verkaufen wollen, und denen es dabei wohl gar begegnet, daß sie dem römischen Rechte Rechtsätze unterschieben, von denen es nichts weiß. Runke trifft der eine und der andere Vorwurf. Das Forderungsrecht ist nach römischem Recht nicht unübertragbar. Viel weniger weiß das römische Recht irgend etwas davon, daß durch die Uebertragung des Forderungsrechtes dessen Object untergehen würde. Die ganze darauf gerichtete Demonstration Runke's ist hinfällig. Das obligatorische Recht ist in derselben Weise übertragbar, wie das dingliche; wie der dinglich Be-

<sup>2)</sup> III. 56.

rechtigte seine rechtliche Herrschaft einem Andern abtreten, an seiner Stelle einen Andern zum Herrscher machen kann, so der obligatorisch Berechtigte. Er würde es nicht können, wenn der Inhalt seines Rechtes der wäre, daß der Schuldner gerade seiner Person leiste; aber das ist, wie gezeigt wurde, die Auffassung des römischen Rechtes nicht. So bleibt es also wahr, daß der Uebergang der Obligation sich in der Weise vollzieht, daß der Gläubiger das rechtliche Band, mit dem ihm der Schuldner gebunden war, einem Andern in die Hand gibt; die Person des Gläubigers hat gewechselt, das Band — die bindende rechtliche Herrschaft — ist dasselbe geblieben. Wenn Runke fortfahren will, dieser Construction den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit zu machen, so wird er sich nach besserem Beweis umsehen müssen, als er erbracht hat<sup>3)</sup>. —

<sup>3)</sup> Runke hat gegen diese Construction auch das einwenden zu müssen geglaubt, daß das römische Wort obligatio nicht das rechtliche Band bezeichne, welches den Gläubiger zum Berechtigten und den Schuldner zum Verpflichteten macht, (wie er sich ausdrückt: „nicht die Fessel, welche den Einen beschränkend, den Andern zum Sklavensführer macht“.) (A. a. D. §. 5.) Dieser Einwand, auch wenn er begründet wäre, würde irrelevant sein, da ja auf jeden Fall die Obligation ein solches rechtliches Band darstellt, auch wenn das römische Recht ihre Bezeichnung daher nicht genommen haben sollte. Er ist aber vollkommen unbegründet. Runke's Beweisführung ist folgende. 1) Wenn man von der Bedeutung „Verbindlichkeit“ ausgehe, so lasse sich nicht einsehen, wie man unter demselben Wort das Gesamtverhältnis habe begreifen können, seine Anwendung auf die einseitige Stellung des Gläubigers aber sei geradezu widersinnig. Hierauf ist erstens zu antworten, daß in jener Auffassung nicht von der Bedeutung „Verbindlichkeit“ ausgegangen wird, sondern von der Betrachtung des die Verbindlichkeit begründenden rechtlichen Bandes, zweitens daß das römische Recht es ganz und gar nicht widersinnig gefunden hat, das Wort servitus auch zur Bezeichnung der Stellung des Berechtigten zu verwenden, — servitus competit, servitatem habere, acquirere etc. 2) Bindung des Willens finde auch bei dinglichen Rechten Statt. Runke hat an einem andern Orte (S. 6) selbst ausgeführt, daß der unmittelbare Gegenstand des dinglichen Rechtes nicht der menschliche Wille, sondern eine Sache sei. — Ich will noch angeben, wie Runke sich die römische Auffassung des Wortes obligatio denkt. Mit demselben werde bezeichnet „die eigenthümliche Erscheinung eines zwei selbstständige Vermögen verkettenden, zwei Personen mit besonderer Kraft umschlingenden, sie in eine positive Verbindung bringenden Bandes, welches Gläubiger und Schuldner gleichsam über das Niveau anderer charakterloser, mehr negativer Rechtsverhältnisse hervortreten läßt und beide innerhalb des allgemeinen Bandes der Rechtsgenossenschaft speciell auf einander verweist“.

Runke hat eine fernere Lehre herausgegriffen — die von der ruhenden Erbschaft —, um an derselben das Vererbliche und Verwerfliche meiner „abflackenden und

Wie ich an dem angeführten Orte entwickelt habe, daß das Wesen der Obligation ihrer Uebertragbarkeit nicht entgegenstehe, so habe ich an demselben auch das schon ausgesprochen, daß dem römischen Recht die Uebertragbarkeit derselben nicht fremd sei. Nur war das, was ich hierüber gesagt habe, wie es auf der einen Seite nicht ohne Irrthum war<sup>4)</sup>, so auf der andern Seite nicht entschieden genug. Ich habe damals dem Gegensatz zwischen actio directa und actio utilis mehr Gewicht beigelegt, als Recht ist, und das Eigentlichkeit der letzteren zu stark betont. So habe ich damals die Singularsuccession in Obligationen, welche ich für das heutige Recht behauptete, hauptsächlich auf das veränderte Rechtsbewußtsein der heutigen Zeit gestützt. Dieser Berufung auf die moderne Auffassung des Verkehrs mit Forderungsrechten glaube ich jetzt entbehren zu können; aber ich bin noch immer der Meinung, daß sie, wenn der Inhalt des römischen Rechts nicht derjenige wäre, welcher er wirklich ist, vollkommen entscheidend sein würde. Was dagegen vorgebracht worden ist, hat mich nicht überzeugen können. Bangerow<sup>5)</sup> meint, auf das heutige Rechtsbewußtsein des Volkes komme es nicht an, „so lange sich im Rechtsleben keine Abweichung in den materiellen Rechtsätzen ausgebildet“ habe. Aber ist das kein materieller Rechtsatz, daß der Cessionar der wahre Gläubiger sei, und der Cedent aufgehört habe, es zu sein? Oder meint Bangerow mit jener Aeußerung, daß es nothwendig sei, auch die aus dem bezeichneten Rechtsätze sich ergebenden Folgesätze in der Rechtsübung nachzuweisen? Mir scheint es, daß das gar keines Beweises bedürfe, daß, wo ein Grundsatz geübt wird, auch die Folgesätze geübt werden, — so weit nämlich das Volksbewußtsein, d. h. das durch wissenschaftliches Denken nicht geläuterte Rechtsbewußtsein, Folgesätze überhaupt zu ziehen im Stande ist, und mehr als Material enthält, dessen treibenden und belebenden Gedanken erst die Wissenschaft zu entwickeln und fruchtbar zu machen hat.

nivellirenden“ Tendenz aufzuzeigen, um mir erinnerlich zu machen, „daß auch in den Gebieten des reinen Denkens nicht Schrankenlosigkeit herrscht, daß auch der juristische Gestaltungssinn vor Allem die Formen und Geseze der Logik anerkennen muß“ (a. a. D. S. 95). Auch dieser Angriff ist nicht mehr begründet, als jener andere. Wollte ich dies aber hier nachweisen, so würde diese Note zu einer unerträglich Länge anschwellen. Da ich jedoch auf Vorwürfe so böser Art die Antwort nicht zu lange schuldig bleiben mag, so habe ich den Ausweg ergriffen, in einem Anhang auf diesen Punkt zurückzukommen.

<sup>4)</sup> S. oben S. 128.

<sup>5)</sup> Pandekten 6. Aufl. III. S. 115.

Aber, meint Bangerow ferner: „es liegt in der Natur der Sache, daß nur der materielle Gehalt der Rechtsätze, aber nicht auch die juristische Construction derselben durch das Rechtsbewußtsein des Volks bestimmt werden kann“. Gewiß, und das ist es eben, was ich so eben ausgesprochen habe: das Denken der Wissenschaft soll das Denken des Volksbewußtseins ergänzen, wo dasselbe ungenügend ist. Allein Bangerow wird so wenig wie ich der Meinung sein, daß das Denken der Wissenschaft sich an die Stelle des Denkens des Volksbewußtseins setzen solle, wenn dasselbe nicht ungenügend ist. Also kommt der Streit wieder darauf hinaus, ob die Uebertragung des Forderungsrechtes als solchen ein in sich haltbarer Gedanke ist, worüber ich hier nach dem bereits Gesagten keine fernere Bemerkung mehr zu machen habe. — Auf das Letztere concentrirt sich auch die Opposition Kunze's<sup>6)</sup>. Wenn das heutige Volksbewußtsein, meint er, sich das Forderungsrecht als solches übergehend denke, so hätten wir es „hier nicht mit einer nationalen Besonderheit des deutschen und modernen Rechts, sondern mit einer niedrigeren Entwicklungsstufe des civilistischen Gestaltungsvermögens und theoretischen Bewußtseins zu thun“. „Eine sorgfältige Analyse der Fälle, in welchen von einer Uebertragung der Forderungen geredet ist, dürfte zu dem Ergebniß führen, daß immer entweder die Wirkungen der Novation, oder der Cession von den Vertragspartheien gemeint sind, und daß ihnen nur das Bewußtsein des in dieser Alternative schlummernden Gegensatzes zweier selbstständiger Rechtskörper gefehlt hat“. Dieses „dürfte“ hat keine andere Stütze, als Kunze's Ansicht, daß der Begriff der Singularsuccession in Obligationen undenkbar sei.

Allerdings wird auch Derjenige, welcher sich für dieselbe auf das heutige Rechtsbewußtsein beruft, die Verpflichtung nicht ablehnen können, sie civilistisch zu construiren. Dieser Verpflichtung hat Delbrück in der oben erwähnten Schrift auf einem Wege zu genügen gesucht, den ich für nicht richtig halte. Die Obligation, sagt er, ist als Obligation allerdings unübertragbar, aber übertragbar als Vermögensgegenstand. Ich habe in dem erwähnten Aufsatze auszuführen gesucht, daß das die Frage nicht lösen, sondern umgehen heißt, daß, wenn die Obligation Vermögensgegenstand ist, sie deswegen nicht Vermögensgegenstand in abstracto, sondern ein Vermögensgegenstand dieser bestimmten Eigenthümlichkeit ist, und daher nachgewiesen werden

<sup>6)</sup> A. a. O. S. 9.

muß, wie sich ihr Uebergang mit dieser Eigenthümlichkeit verträgt. Diesen Nachweis habe ich dann in der angegebenen Weise zu liefern gesucht<sup>7)</sup>.

§. 18.

**V. Uebergang der Actio. — 1. Cession.** (Fortsetzung.)

In der Bestimmung des wahren Inhaltes des römischen Rechts in Betreff der Uebertragung der Forderungsrechte, wie sie im Obigen versucht worden ist, stehe ich nicht ganz allein. Bereits im Jahre 1843 hat Rosshirt die Meinung ausgesprochen, daß das römische Recht eine wahre Singularsuccession in Actionen und Obligationen kenne<sup>1)</sup>. Wenn seine Stimme ganz unbeachtet verhallt ist, so ist der Grund davon nicht bloß in der unglaublichen Unklarheit und Nebelhaftigkeit seiner Darstellung zu suchen, sondern vor allen Dingen darin, daß er es gänzlich versäumt hat, über das Verhältniß der Actio des Cessionars zur Obligatio des Cedenten Aufschluß zu geben.

Die übrigen Schriftsteller bleiben, wie gesagt, dabei stehen, daß eine Singularsuccession in Forderungsrechte, wie sie dem Wesen des Forderungsrechtes nach unmöglich sei, so auch im römischen Recht

---

<sup>7)</sup> Ob man die Singularsuccession in Obligationen aus dem römischen Recht herleitet, oder auf die veränderte Rechtsanschauung der neueren Zeit stützt, ist auch nicht ohne praktische Bedeutung. Thut man das Letztere, so wird man keine Veranlassung haben, für den Uebergang des Forderungsrechtes etwas Anderes zu verlangen, als die Willenseinigung der Partheien. Zahlt also der Schuldner, ohne von der Cession etwas zu wissen, an den Cedenten, so wird man dessen Zahlung als liberirend nur anerkennen können trotz dem, daß sie an den Nichtgläubiger gesehen ist, nicht weil sie an den Gläubiger gesehen ist. Und so habe ich auch in der That das Verhältniß früher bestimmt (Münchener kritische Ueberschau I. S. 42. Note 4). Findet man dagegen die Singularsuccession in Obligationen schon im römischen Rechte ausgedrückt, so wird man umgekehrt keinen Grund haben, von den näheren Vorschriften abzuweichen, mit denen dieselbe im römischen Recht umgeben ist. Man wird also namentlich die Besitzergreifung von Seiten des Cessionars für ebenso wesentlich für den Uebergang des Forderungsrechtes erachten müssen, wie die Tradition für den Uebergang des Eigenthums. (Die Analogie der Servituten läge noch näher, wenn hier nicht die Frage bliebe, inwiefern das Recht der klassischen Zeit auch in der Justinianischen Compilation noch anerkannt ist, — eine Frage, die natürlich hier nicht beantwortet werden kann).

<sup>1)</sup> In einem Aufsatze in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht V. S. 41 fg. — Vergl. auch Delbrück a. a. D. S. 13. 14.

sich nicht anerkannt finde<sup>2)</sup>. Man würde aber sehr irren, wenn man annehmen wollte, daß dieselben auch in der Auffassung der dem Cessionar wirklich zukommenden rechtlichen Stellung einig seien. Sie kommen darin überein, daß auf der einen Seite das Forderungsrecht des Cedenten auf ihn nicht übergegangen sei, er aber doch auf der anderen Seite in Betreff des ihm übertragenen Forderungsrechtes sich in einer gesicherten rechtlichen Lage befinde. Wie aber diese rechtliche Lage näher zu bestimmen, und welches das Verhältniß des Rechtes des Cessionars zu der fortdauernden Gläubigerschaft des Cedenten sei, darüber gehen die Meinungen mehr auseinander, als man gewöhnlich glaubt. Die Betrachtung der verschiedenen Theorien, welche in dieser Beziehung aufgestellt worden sind, ist insofern lehrreich, als sie zeigt, daß alle diese Theorien, wie sehr sie sich auch sträuben, im Grunde den Cessionar als Successor des Cedenten dennoch anerkennen.

Diesjenigen, welche am wenigsten weit gehen, geben dem Cessionar ein eigenes Recht auf die Ausübung einer fremden Forderung. Dies ist die Meinung Buchta's und Vangerow's<sup>3)</sup>. Gegen diese Auffassung hat bereits Delbrück<sup>4)</sup>, und er, so viel ich weiß, zuerst, eine einschneidende Kritik gerichtet. „Was das Recht an sich und das Ausübungsrecht betrifft,“ sagt er, „so beruht dieser Unterschied auf einer leeren Abstraction. Beide Begriffe decken sich. Denn wenn zugestanden wird, daß dem Gläubiger nach erfolgter Benachrichtigung des Schuldners keinerlei Ausübung des Rechtes mit Erfolg mehr gestattet ist, wenn überhaupt, wie doch von unsern Juristen behauptet wird, auf Umwegen dasselbe Resultat erreicht werden soll, welches die Succession von selbst mit sich bringen würde, so fragt man vergeblich, welchen Inhalt denn dieses Recht an sich habe; es existirt nicht, und kann nicht abgefordert von dem Ausübungsrecht existiren, mit dem es aufs engste zusammenhängt, mit dem es identisch ist“. Ich habe schon an einem andern Orte<sup>5)</sup> meine Ansicht dahin ausgesprochen, daß es gegen diese Kritik keine Vertheidigung gebe. Sagen: ein Recht könne zwar nicht übertragen werden, aber die Ausübung des Rechtes in der Weise, daß der Uebertragende von dem Rechte gar nichts mehr habe, der

<sup>2)</sup> Vergl. jedoch, was Arnolds angeht, die sogleich folgende Darstellung, und in Betreff eines andern neuern Schriftstellers, Muffet, unten §. 19. Note 25.

<sup>3)</sup> Die Citate s. §. 15. Note 33. 34.

<sup>4)</sup> A. a. O. S. 8. 9.

<sup>5)</sup> Münchener kritische Ueberschau I. S. 31.

Empfänger aber Alles, ist ein Spiel mit Worten. Recht ist Willensherrschaft; ein Recht übertragen, heißt: eine Willensherrschaft, die man hat, von sich abthun und in dieselbe einen Andern einsetzen. Das soll in einem gegebenen Falle nicht möglich sein. Aber sich selbst Alles nehmen, was diese Willensherrschaft gewährt, sie für sich zu einem leeren Körper machen, und Alles, was sie gewährt, einem Andern verschaffen, die Seele derselben in die Macht eines Andern geben, das soll möglich sein. Die Herrschaft soll nicht weggegeben werden können, aber wohl das Herrschen, — darauf kommt es hinaus. Wo die Seele der Willensherrschaft ist, da ist auch die Willensherrschaft, wo das Herrschen ist, da ist auch die Herrschaft, und wo das Herrschen verloren ist, ist auch die Herrschaft verloren. — Ich will sagen, in welcher Weise ein eigenes Recht auf Ausübung eines fremden Rechts mit dem Bestehen dieses Rechts wirklich verträglich ist; das wird dazu beitragen, daß wir uns über diese Dinge ganz ins Klare setzen. Mit dem Bestehen eines fremden Rechtes ist zunächst verträglich ein Recht, welches darauf gerichtet ist, daß der Inhaber des Rechts mir die Ausübung seines Rechts gestatte. Ein solches Recht berührt sein Recht gar nicht, es läßt dasselbe ganz unangetastet, es bindet nur seinen Willen. Ein solches Recht nimmt ihm nicht die Ausübung seines Rechts, sondern verpflichtet ihn nur, sich der Ausübung seines Rechtes zu meinen Gunsten zu enthalten. Die Ausübung des fremden Rechtes kann also den Gegenstand eines obligatorischen Rechtes bilden. Es ist aber ferner zuzugeben, daß die Ausübung eines fremden Rechts ohne Gefährdung des Bestehens desselben den Gegenstand eines eigenen Rechts auch in der Weise bilden kann, daß das eigene Recht auf die Ausübung unmittelbar geht, dieselbe erfäßt, wie das dingliche Recht die Sache erfäßt, — wenn nämlich diese Ausübung für den Berechtigten noch ein Recht auf Ausübung für sich übrig läßt. Dann erscheint das eigene Recht auf Ausübung des fremden Rechts als Beschränkung desselben, nicht als Aufhebung. In dieser Weise läßt sich das Recht des Pfandgläubigers fassen, — als Recht, das Eigenthum des Pfandschuldners zum Zweck der Verwerthung der Sache auszuüben. In dieser Weise muß aber auch nach dem oben Ausgeführten<sup>6)</sup> die Stellung Desjenigen gedacht werden, dem ein Nießbraucher seinen Nießbrauch abgetreten hat. So wie gesagt, wenn das dingliche Recht (um kurz zu reden) auf die Ausübung des fremden Rechts für den Inhaber des Rechts

6) S. 135 fg.



noch ein eigenes Ausübungsrecht zuläßt. Wo dies aber nicht der Fall, wo das Ausübungsrecht des Berechtigten von dem Ausübungsrecht des Nichtberechtigten ganz absorbiert wird, da ist in der That der Nichtberechtigte der Berechtigte und der Berechtigte der Nichtberechtigte geworden. Wenn man dann den ursprünglich Berechtigten noch Berechtigten nennt, so hat man ein Wort festgehalten, aber nicht die Sache; wer im Worte mehr als das Wort zu haben glaubt, der hintergeht sich selbst. — In der That ist dies nun der Standpunkt des römischen Rechts, daß es nach Aufgeben der Sache das Wort festgehalten hat. Das römische Recht behandelt den Cessionar zwar nicht, wie Buchta annimmt, als Stellvertreter des Cedenten, aber doch nicht als Berechtigten — unter Recht, ius, hier die Satzungen der lex und der ihr gleichstehenden Rechtsquellen verstanden —, während es den Cedenten als Berechtigten fortwährend anerkennt. Bleibt man hierbei stehen, so muß man freilich sagen, daß es den Cessionar als Ausüher eines fremden Rechtes zu eigenem Rechte behandle. Aber indem es das thut, erkennt es ihn dem Wesen nach als Berechtigten an, und daß es ihn so nicht nennt, hat seinen Grund nicht in dem Wesen des obligatorischen Rechtsverhältnisses, sondern lediglich darin, daß das Organ, dessen es sich dabei bediente, formal dem Rechte nicht ebenbürtig war. Das ist für uns eine historische Zufälligkeit; wir haben nichts Giltigeres zu thun, als der aufgegebenen Sache das Wort nachzuschicken.

Der Ueberzeugung, daß der Uebergang der Ausübung eines Rechts in der Sache dem Uebergang des Rechts gleich sei, hat sich auch Arndts nicht verschließen können. Er lehrt demnach in der zweiten Ausgabe seines Lehrbuchs der Pandekten<sup>7)</sup>, daß der Cessionar als der wirkliche Forderungsberechtigte anzuerkennen sei, der Cedent aber in Wahrheit aufgehört habe, es zu sein. Diese Rechtsanschauung sei in allen ihren practischen Consequenzen schon im römischen Recht zum Durchbruch gekommen: Justinian spreche sie auch in Worten klar aus, wenn er in l. 23. C. mand. (4. 35) sage: „ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem“, und „partem autem donationis titulo transferre“, und wiederum „debitum donare et per donationem actiones transferre“. Die Verweisung auf dieses Zeugniß wollen wir dankbar acceptiren; für Arndts bleibt nur die Frage ungelöst, wie es gekommen sei, daß das römische Recht, was es in

<sup>7)</sup> §. 254. und dazu Anm. 4.

der Sache anerkannte, nicht auch im Ausdruck zugegeben habe, warum es den Cessionar immer noch Ausüber einer fremden Forderung genannt habe, da es ihn zum Inhaber einer eigenen machte. Diese Frage muß für Arndts eine um so verwirrendere Gestalt annehmen, als er sich die dem Cessionar zugeschriebene Ausübung des fremden Rechtes näher, wie Buchta, als Stellvertretung denkt. Denn im Uebrigen hält er ganz die Buchta'sche Auffassung fest: der Cessionar ist Procurator des Cedenten<sup>8)</sup>. Arndts meint zwar, das wolle nun nichts mehr sagen, als daß es „eben die (bisherige) Forderung des Cedenten“ sei, welche der Cessionar geltend mache; aber man wird, ohne entschieden unrichtig zu sprechen, den nicht Stellvertreter eines Andern nennen können, der dessen auf ihn übergegangenes Recht geltend macht.

Mühlenbruch ist, wie wir oben sahen, einen Schritt weiter gegangen, als Buchta. Er gibt dem Cessionar nicht ein Recht auf Ausübung des fremden Forderungsrechts, sondern geradezu das fremde Forderungsrecht selbst. Da dasselbe aber nun einmal nicht übergehen kann, so muß es sich bequemen, trotz dem, daß es dem Cessionar zu eigen geworden ist, dennoch zu gleicher Zeit ein fremdes zu sein. Es ist oben nachgewiesen worden, daß hierin ein nackter Widerspruch liegt. Buchta hat die Succession, die er zugibt, wenigstens dem Ausdrucke nach versteckt; Mühlenbruch gibt sie auch dem Ausdrucke nach zu, und beruhigt sein civilistisches Gewissen mit der Versicherung, daß es eben doch keine Succession sei. — Uebrigens weist auch die Mühlenbruch'sche Auffassung, wenn sie in ähnlicher Weise corrigirt wird, wie die Buchta'sche, wie diese, auf den wahren Inhalt des römischen Rechts hin. Buchta sagt: der Cessionar übt die Actio des Cedenten als dessen Stellvertreter aus. Das Richtige ist: er hat die Actio des Cedenten als eigene, — und diesem Verhältniß kann man, wie wir sahen, den Ausdruck geben: er hat ein eigenes Recht auf die Ausübung der fremden Obligatio. Mühlenbruch sagt: der Cessionar hat die Actio des Cedenten zu eigen, aber als fremde. Das Richtige ist: er hat sie schlechthin als eigene. Eine fremde Obligatio zu eigener Actio haben, kann man aber allenfalls nennen: ein fremdes Forderungsrecht als eigenes haben, und ohne Zweifel hat zu der Bechtigkeit, womit sich Mühlenbruch in die Vorstellung einer eigenen Actio, die doch zu gleicher Zeit eine fremde ist, hineinfindet, das

<sup>8)</sup> Daselbst S. 255.

beigetragen, daß er bei dem Worte Actio bald mehr an die Actio selbst, und bald mehr an die Obligatio, mit der sie nach seiner Auffassung unzertrennlich verbunden ist, denkt.

Ich wende mich zur Beurtheilung der von Kunze aufgestellten Theorie<sup>9)</sup>. Kunze's Auffassung des römischen Rechts ist viel richtiger, als die seiner Vorgänger, ja sie ist bis zu einem gewissen Punkte die vollständig richtige, so lange, bis Kunze's Blick durch die einmal gefaßte Idee, daß die Obligatio nicht übergehen könne, getrübt wird. Kunze schreibt dem Cessionar weder eine fremde Actio als fremde zu, noch eine fremde Actio als eigene, er gibt ihm schlechthin eine eigene Actio. Er stellt zwar ihr gegenüber die mandata actio mehr, als gerechtfertigt ist, in den Vordergrund; aber er erkennt doch dem Cessionar eine eigene Actio wirklich zu<sup>10)</sup>. Diese eigene Actio ist ihm auch die Trägerin einer eigenen Obligation; er verwirft „ausdrücklich den unfertigen Gedanken einer obligationslosen, d. h. einer heimath- und wurzellosen Actio“<sup>11)</sup>. Er erkennt also in dem Cessionar eine wirkliche und eigentliche Gläubigerschaft an. Dieser Gläubigerschaft gegenüber läßt er die Gläubigerschaft des Cedenten nicht untergehen, aber ihrer Wirklichkeit beraubt werden. Wir sahen, das ist in der That der Inhalt des römischen Rechts; der Cedent hat noch Obligatio, aber durch dieselbe kein wirkliches Recht mehr. Bis hierhin ist also Kunze's Auffassung vollkommen richtig; von nun an tritt die falsche Wendung ein. Statt in der Festhaltung des römischen Rechts an der Gläubigerschaft des Cedenten, welche nur noch dem Namen, nicht aber der Wirklichkeit nach besteht, eine historische Zufälligkeit zu erblicken, sieht er in ihr eine begriffliche Nothwendigkeit; denn, sagt er, die Obligatio kann nicht von ihrem Subjecte abgehen, ohne unterzugehen. Jedermann wird hierauf natürlich entgegen: aber wenn der Cedent Gläubiger geworden ist, so ist sie ja von ihrem Subjecte abgegangen. Darauf erwiedert zwar Kunze: die Obligatio des Cessionars ist nicht die Obligatio des Cedenten, sie ist eine von dieser verschiedene; ich aber behaupte, daß sie das nach den eigenen Bestimmungen Kunze's nicht ist.

1) Kunze sagt: das Object der Obligatio des Cessionars ist ein anderes, als das Object der Obligatio des Cedenten. Damit meint er: die Obligatio des Cessionars geht auf eine andere Hand-

<sup>9)</sup> A. a. D. §. 66. 82.

<sup>10)</sup> §. 85.

<sup>11)</sup> S. 359. 240.

lung, als die des Cedenten. Geht sie deswegen auf eine Handlung anderen Inhalts? Das ist keineswegs Kunze's Meinung, gerade das Umgekehrte. Das ist nach ihm gerade das Charakteristische des Verhältnisses zwischen der Obligation des Cedenten und der des Cessionars, daß sie, wenn auch auf verschiedene Objecte, doch auf denselben „Vermögensstoff“ gehen; unter „Vermögensstoff“ versteht Kunze aber eben den Inhalt der obligatorischen Leistung<sup>12)</sup>. Geht nun aber die Obligation des Cessionars auf eine Handlung desselben Inhaltes, wie die Obligation des Cedenten<sup>13)</sup>, so theilt sie auch mit ihr dasselbe Object. Denn das Object einer Obligation ist nicht eine bestimmte Handlung, sondern eine Handlung bestimmten Inhaltes, nicht eine individuell, sondern eine generisch bestimmte Handlung. Die Handlung, welche den Gegenstand einer Obligation bildet, kann gar nicht individuell, sondern nur generisch bestimmt werden, weil sie noch gar nicht existirt. Eine individuelle Handlung wird sie erst dadurch, daß sie wirklich vorgenommen wird: ehe sie vorgenommen ist, ist sie nur eine Möglichkeit, welcher durch diese und jene individuelle Handlung genügt werden kann. Von diesem Irrthume Kunze's, daß er sich als Gegenstand der Obligation eine individuelle Handlung denkt, ist schon oben die Rede gewesen, als gezeigt wurde, daß nicht, wie er behauptet, mit der Obligation ihr Gegenstand untergehe.

2) Wie denkt sich Kunze das Verhältniß der Obligation des Cessionars zu der des Cedenten in Betreff der diesen Obligationen zu Grunde liegenden Rechtssubstanz, des zu ihnen verwendeten Rechtsstoffes? Nimmt er Identität dieser Rechtssubstanz, dieses Rechtsstoffes an, oder hält er dafür, daß in der Obligation des Cessionars ein anderes rechtliches Dürfen und Müssen sich darstelle, als in der des Cedenten? Um mit seinen eigenen Worten zu reden<sup>14)</sup>: hält er die Begründung der Obligation des Cessionars nur für ein „formal produktives Ereigniß“, das einen vorhandenen Rechtsstoff nur in eine neue Form gießt, oder für ein „formal und material produktives Ereigniß“, das „eine Existenz erst zum Rechtsstoff stempelt“? Ich muß gestehen, daß es mir aus seiner Darstellung nicht recht klar hat werden wollen, welches seine Meinung in Betreff dieser Frage ist. Auf der einen Seite hebt er immer nur hervor, daß in der Obliga-

<sup>12)</sup> S. 139.

<sup>13)</sup> Wohl gemerkt: desselben, nicht: des gleichen Inhaltes.

<sup>14)</sup> S. 61.

tion des Cessionars derselbe Vermögensstoff enthalten sei, wie in der des Cedenten; und was Runke Vermögensstoff nennt, „das praktische Ziel der obligatorischen Handlung“<sup>15)</sup>, ist etwas Anderes, als Rechtsstoff. Auf der andern Seite aber kann man sich des Gedankens nicht erwehren, daß ihm die Begriffe des Vermögensstoffes und des Rechtsstoffes unvermerkt in einander umgeschlagen seien. Man bemerke Folgendes. Identität des Vermögensstoffes nimmt Runke auch in der novirten und der durch die Novation neu erzeugten Obligation an; der Unterschied sei hier nur der, daß die beiden Obligationen nicht neben einander existirten, sondern sich in zeitlicher Aufeinanderfolge ablösten<sup>16)</sup>. Von der Novation nun lehrt er, daß ihr wesentlich sei, daß ihre aufhebende und ihre begründende Wirkung in demselben Momente eintrete; sonst würde der Vermögensstoff der alten Obligation erlöschen und damit die Möglichkeit seiner weiteren Verwendung wegfallen, der zu der neuen Obligation verwendete Vermögensstoff würde nicht „ein aus der alten Obligation recipirter, sondern ein von Neuem producirt“ sein<sup>17)</sup>. Das erinnert in auffallender Weise an das, was Runke über die Schicksale des Rechtsstoffes in der Singularsuccession lehrt, ja es hat nur für diesen Sinn. Ein Rechtsstoff, ein Berechtigsein, kann untergehen, aber ein Vermögensstoff? der Inhalt einer Leistung, der durch eine Leistung zu bewirkende praktische Erfolg? Dazu kommt nun, daß Runke selbst die Novation mit der Singularsuccession zusammenstellt<sup>18)</sup>, und nicht etwa als Unterschied beider Rechtsinstitute das hervorhebt, daß bei dieser der alte Rechtsstoff verwendet, bei jener ein neuer erzeugt werde. Umgekehrt. Er macht darauf aufmerksam, daß in der Novation in derselben Weise eine „Specification“ liege, wie in der Singularsuccession, nur nicht des Eigenthumsstoffes, sondern des obligatorischen Vermögensstoffes. „Wie die (materielle) specificatio eine Umgießung der materiellen Masse in eine neue species, — wie die Singularsuccession eine Umgießung des Eigenthumsstoffes in ein neues Rechtsverhältniß ist, so ist die novatio eine transfusio des obligatorischen Vermögensstoffes in eine nova obligatio“.

3) Doch lassen wir diese Zweifel, und nehmen wir an, daß Runke zwischen „Vermögensstoff“ und „Rechtsstoff“ in der That

<sup>15)</sup> S. 139.

<sup>16)</sup> S. 145.

<sup>17)</sup> S. 215.

<sup>18)</sup> S. 245. 246.

scharf unterscheidet. Auf jeden Fall hat er dafür gesorgt, daß wir darüber nicht im Zweifel sein können, daß er, wenn er wirklich der Obligation des Cessionars einen andern Rechtsstoff zuschreibt, als der des Cedenten, dies nur dem Worte, nicht aber der Sache nach thut. Denn er bezeichnet das Verhältniß beider Obligationen zu einander näher in der Weise, daß er die des Cedenten die Stamm-, die des Cessionars die Zweigobligation nennt<sup>19)</sup>. Das Wesen dieses Verhältnisses, meint Kunze, lasse sich in vollkommen entsprechender Weise nicht durch eine „unmittelbare Gedankenformel“, sondern nur durch eine „symbolische Formel“, eben dadurch ausdrücken, daß man die eine Obligation als den Stamm, und die andere als den Zweig bezeichne. Seine „symbolische Analogie“ sei „die organische Ausdehnung des Stammes in der Gestalt der weiterstrebenden Neben, Ranken und Zweige“. Frage man aber nach der „charakteristischen Pointe“, „dem civilistischen Lebensprinzip“ der Zweigobligation, so ergebe sich folgendes Moment. „Die Zweigobligation hat nicht nur den Vermögensstoff mit der Stammobligation gemeinsam, sondern sie nimmt auch Theil an der spezifischen Verbindung dieser Stammobligation mit der gesammten Rechtssphäre des Stammschuldners, in welcher jene eben wurzelt. Die Zweigobligation also wurzelt mit und mittels ihrer Stammobligation in des Stammschuldners Rechtssphäre; die Zweigobligation schwebt nicht über der Stammobligation, wie der Käfer über dem Blumenkelch, sondern haftet unablässig an ihr, nimmt vermöge dieses Zusammenhangs an allen Momenten Theil, welche auf die Stammobligation unmittelbar oder mittelbar einwirken, ist civilistisch durchaus nach der Stammobligation, gleichsam aus deren Seele, Atmosphäre und Boden-Umgebung heraus, zu beurtheilen und zu bestimmen<sup>20)</sup>“. Ich denke, deutlicher und bestimmter kann es nicht gesagt werden, daß die Obligation des Cessionars ihrem rechtlichen Leben nach mit der des Cedenten Eins sei, daß das rechtliche Agens in ihr, die rechtliche Substanz, welche ihr zu Grunde liegt, dasselbe Agens, dieselbe Substanz sei, wie in der Obligation des Cedenten, — daß die Obligation des Cessionars sich von der des Cedenten nicht durch ein verschiedenes Berechtigtfsein, sondern lediglich durch die Person unterscheidet, mit welcher dieses Berechtigtfsein verknüpft ist.

<sup>19)</sup> §. 66. 82.

<sup>20)</sup> S. 358. Im Allgemeinen §. 90. 91. 72.

Die Obligation, welche Runze dem Cessionar zuschreibt, ist ganz in derselben Weise eine neue, wie das Eigenthum des neuen Erwerbers ein neues ist gegenüber dem Eigenthum des Vormannes, d. h. sie ist nicht eine neue, sie ist dieselbe wie des Cedenten. Damit hat Runze die Singularsuccession in Obligationen anerkannt. Das ist deswegen nicht weniger wahr, weil er die Obligation des Cedenten fortbestehen läßt. Denn er läßt sie ohne alle Wirksamkeit fortbestehen, — ohne daß der Cedent irgend welches Recht hätte, über dieselbe zu verfügen. Was für eine Bewandniß es aber mit einem Recht hat, dessen Ausübung dem Berechtigten vollständig genommen ist, haben wir oben gesehen. Er läßt sie nur deswegen fortbestehen, weil es nun einmal in der Natur der Sache begründet sein soll, daß die Obligation nicht ihr Subject verlassen kann, ohne unterzugehen. Runze hat die Singularsuccession in Obligationen vollständig anerkannt, er hat nur den Vorstellungen, deren man sich gewöhnlich bedient, um das Wesen derselben zur Anschauung zu bringen, eine andere Vorstellung substituirt. Er erklärt es für unmöglich, daß der Gläubiger sein Recht von sich abnehme und auf einen Andern übertrage, er erklärt es für unmöglich, daß der Gläubiger sich aus seiner rechtlichen Position zurückziehe, und in dieselbe einen Andern einreten lasse, aber er erklärt es für möglich, daß der Gläubiger sein Recht auf einen andern hinüberwachsen, und für sich absterben mache. Das heißt in die Sprache des Begriffs übersetzt: er erklärt es für möglich, daß der Gläubiger sein Berechtigsein zum Berechtigsein eines Andern mache, und das ist eben dasjenige, worum es sich handelt.

### §. 19. 1.

#### V. Uebergang der Actio. — 2. Cession. (Fortsetzung.)

Es liegt nicht innerhalb der Grenzen der Aufgabe dieser Schrift, die Lehre von der Cession im Detail darzustellen. Sie hat es mit der Cession nicht als solcher, sondern nur insoweit zu thun, als in derselben das Recht der Actio zur Erscheinung kommt. Nichtsdestoweniger wird sie es nicht ablehnen dürfen, auf den einen und den andern Punkt dieser Lehre etwas näher einzugehen, und zu zeigen, in welchem Lichte sich derselbe von dem hier vertretenen Standpunkte aus darstellt.

I. Wie verhält es sich mit den Einreden, welche der Schuldner dem Cedenten entgegensetzen konnte? Im Allgemeinen kann es nicht

bezweifelt werden, obgleich sich dafür Quellenzeugnisse nicht anführen lassen, daß diese Einreden dem Cessionar in derselben Weise entgegenstehen, wie sie dem Cedenten entgegenstanden. Das versteht sich für Diejenigen, welche den Cessionar als den Ausüber eines fremden Forderungsrechtes ansehen, von selbst; aber auch von dem Standpunkte der Singularsuccession aus erscheint es nicht weniger als begründet. Der Cedent kann den Cessionar in keine bessere Lage bringen, als in welcher er selbst ist, er kann nicht mehr Recht weggeben, als er hat. Zwar, wenn man Runge glauben will, ist es bei Annahme einer Singularsuccession unmöglich, den Uebergang der Einreden zu rechtfertigen<sup>1)</sup>. Namentlich eifert derselbe gegen Delbrück's Auffassung, welcher die Einreden als Qualitäten der Schuld bezeichnet. Ich sehe an dieser Bezeichnung nichts Uebles, obgleich sie allerdings nicht ganz genau ist. Sie nennt das Wirkende statt des Gewirkten, — nicht sowohl die Einrede ist eine Qualität der Schuld, als der Zustand, in welchen dieselbe durch die Einrede versetzt wird. Aber diese Ungenauigkeit ist verzeihlich, und entstellt nicht das Wesen der Sache. Das, worauf es ankommt, ist, daß in der That die Obligation durch die ihr entgegenstehende Einrede in einen Zustand der Unwirksamkeit, der Kraftlosigkeit versetzt wird, der fortan bestimmend für sie ist; nur in diesem Zustande ist sie jetzt vorhanden, und nur in diesem Zustande kann sie daher übergehen. Das Recht hat auf Grund eines gewissen Thatbestandes eine obligatorische Willensherrschaft anerkannt; aber es hat den Schuldner befugt, sich derselben zu entziehen; es hat zum Gläubiger gesagt: du darfst in dieser Beziehung deinen Willen dem Schuldner gegenüber zur Geltung bringen, aber zu gleicher Zeit zum Schuldner: du brauchst diesem Willen nicht zu gehorchen. Dieses ist Jenem anhängend, und kann gegen den Willen des Schuldners nicht davon getrennt werden<sup>2)</sup>.

Es ist aber die Frage, ob der Cessionar sich alle Einreden gefallen lassen müsse, welche der Schuldner dem Cedenten hätte entgegensetzen können. Es liegt auf der Hand, daß diese Frage nicht zu bejahen ist. Es kommt darauf an, ob die Einrede gegen die Forderung, oder gegen die Person des Cedenten gerichtet ist, ob sie die

1) H. a. D. S. 321. 322, vergl. S. 324. 293.

2) Immerhin aber hat das Recht einen gewissen Thatbestand als an und für sich eine Obligation erzeugend wirklich anerkannt. Daher ist zwischen der obligatio ipso iure und ope exceptionis nulla nicht bloß ein prozessualischer Unterschied.



Bedeutung hat, den Gläubiger als solchen, oder nur diese bestimmte Gläubigerperson zu beseitigen. Eine Einrede der letzteren Art kann der Schuldner eben auch nur dieser bestimmten Gläubigerperson, nicht aber dem Cessionar, der eine andere Person ist, entgegensetzen. So kann der Schuldner mit der Einrede aus dem §. g. Beneficium der Competenz sich gegen den Cessionar nicht vertheidigen, wenn er dieses Beneficium auf Grund eines persönlichen Verhältnisses in Anspruch nimmt, in welchem er zu dem ursprünglichen Gläubiger steht, z. B. weil er dessen Vater oder Ehegatte ist<sup>3)</sup>. Jedoch wird in einem solchen Falle von der anderen Seite zu erwägen sein, ob nicht die Cession zu dem Zwecke gemacht worden sei, um das Beneficium des Schuldners zu umgehen. Ist das der Fall, so wird derselbe sich mit Recht darauf berufen können, daß er als nicht geschehen behandeln dürfe, was in fraudem ipsius vorgenommen worden sei. So entscheiden die Quellen in Beziehung auf die ganz analoge Frage, ob sich der Cessionar eine Wiederklage aus der Person des Cedenten gefallen lassen müsse.

L. 34. D. de proc. (3. 3).

Si quis in rem suam procuratorio nomine agit, veluti emtor hereditatis, an debeat invicem venditorem defendere? Et placet, si bona fide et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere.

Man wird aber nicht so weit gehen dürfen, zu behaupten, daß jede Cession einer Forderung, welcher eine solche, an der Person des Cedenten haftende, Einrede entgegenstehe, ohne Weiteres als in fraudem des Schuldners vorgenommen anzusehen sei. Es wird in jedem einzelnen Fall auf die wirklichen Beweggründe der Cession gesehen werden müssen.

Der Unterschied zwischen Einreden, welche sich auf die Forderung, und Einreden, welche sich auf diese bestimmte Person des Gläubigers beziehen, wie er in der Natur der Sache begründet ist<sup>4)</sup>, hat sich

<sup>3)</sup> L. 16. 20. D. de re iud. (42. 1).

<sup>4)</sup> In den Quellen kommt dieser Unterschied zwar nicht mit Anwendung auf die Person des Gläubigers, aber doch mit Anwendung auf die Person des Schuldners vor. In l. 7. D. de exc. (44. 1) wird zwischen Einreden, welche die Forderung beseitigen (exceptiones rei cohaerentes), und Einreden, welche nur diese bestimmte Person des Schuldners schützen (exceptiones personae cohaerentes) unterschieden.

auch von jeher in unserer Lehre geltend zu machen gesucht<sup>5)</sup>. Wenn aber auch Diejenigen ihn anerkennen, welche in dem Cessionar nur den Ausüßer eines fremden Forderungsrechtes sehen, so ist das entschieden inconsequent. Namentlich Buchta hat sich dieser Inconsequenz schuldig gemacht. Obgleich er lehrt, daß der Cessionar dem Schuldner gegenüber nur Stellvertreter des Gläubigers sei, will er doch nicht, daß demselben die Einrede der Kompetenz aus einem persönlichen Verhältnisse des Gläubigers entgegengesetzt werden könne<sup>6)</sup>. Mühlenbruch<sup>7)</sup> stellt den allgemeinen Satz auf, daß dem Cessionar keine Einrede entgegenstehe, welche der Schuldner aus seinem Verhältniß zur Person des Gläubigers herleite. Consequenter ist Francke gewesen<sup>8)</sup>. Derselbe verwirft jede Anwendung jenes Unterschiedes auf die Lehre von der Cession, und gibt dem Schuldner gegen den Cessionar unbedingt alle die Einreden, mit denen derselbe sich dem Cedenten gegenüber hätte vertheidigen können. — In Betreff des pactum de non petendo in personam lehrt dann Buchta<sup>9)</sup> in neuer Inconsequenz, daß der Schuldner sich auf dieses allerdings dem Cessionar gegenüber berufen dürfe. Mühlenbruch ist in dieser Beziehung in der letzten Auflage seiner Schrift über die Cession<sup>10)</sup>

5) Vergl. Francke im Archiv für civilistische Praxis XVI. Nr. 15.

6) Kleine Schriften S. 493—495. Buchta scheint hier nicht zur vollen Klarheit gekommen zu sein. Zuerst spricht er davon, daß nur diejenigen Einreden übergehen, „welche der Schuldner gegen den Cedenten als Gläubiger hat“, „welche mit der Forderung selbst zusammenhängen“. Diesen stellt er jedoch nur denjenigen gegenüber, „die dem Cedenten bloß als Kläger entgegengesetzt werden konnten“, „d. h. die Einrede auf Caution bei einem ausländischen Kläger“, — also nur prozessualische. Daß die Einrede der Kompetenz aus einem persönlichen Verhältniß des Cedenten gegen den Cessionar nicht begründet sei, sucht er zuerst darauf zu stützen, daß diese Einrede sich nicht dem Forderungsrecht, sondern nur der Ausübung desselben entgegenstelle. Aber dies gilt, wie Buchta auch selbst sogleich darauf anerkennt, auch vom pactum de non petendo, auf das sich doch der Schuldner berufen kann. Also dieser Grund ist kein Grund. Der zweite Grund Buchta's ist der, daß diese Einrede nicht schon früher zur Zeit des Cedenten entstanden sei, sondern erst jetzt bei der wirklichen Geltendmachung der Forderung entstehe. Das ist nicht richtig. Sie wird jetzt entgegengesetzt, wie jede Einrede. Entstanden war sie damals; damals hätte sie entgegengesetzt werden können, wenn damals geklagt worden wäre. Aber sie hat aufgehört, begründet zu sein.

7) A. a. D. S. 589, vergl. S. 586.

8) A. a. D. S. 418. 423. 424. Ebenso Bangerow Handbeken S. 575. Anm. 2.

9) A. a. D. S. 494.

10) S. 599.

Francke beigetreten. Das Richtige ist offenbar, daß ein *pactum de non petendo*, welches in der That ausschließlich auf die Person des Cedenten gestellt ist, dem Schuldner nicht zu Gute kommt. Ob es jenen Sinn wirklich habe, ist im einzelnen Fall durch Interpretation zu bestimmen, und dabei namentlich zu erwägen, ob nicht vielmehr die Absicht der Contrahenten die war, die Einforderung bei Lebzeiten des Gläubigers auszuschließen<sup>11)</sup>.

Welche Einreden im Einzelnen sich auf die Sache beziehen, und welche an der Person des Gläubigers haften, ist natürlich hier nicht der Ort, zu untersuchen. Daß die *exceptio doli* zu den letzteren nicht gehört, ist jetzt allgemein anerkannt<sup>12)</sup>.

In Betreff der Einrede der Compensation führt die herrschende Auffassung der Cession und die hier vertretene zu demselben Resultat. Von der letzteren aus ist zu sagen, daß der Schuldner den Cessionar nicht mit einer Forderung an den Cedenten bezahlen könne, weil der Cessionar eine eigene Forderung und nicht die des Cedenten hat. Der Schuldner kann also seine Gegenforderung gegen den Cedenten dem Cessionar nur dann entgegensetzen, wenn diese durch ihr bloßes Bestehen neben der Forderung des Cedenten gegen ihn auf diese letztere bereits in irgend einer Weise consumirend eingewirkt hat. Ob aber in der That zwei gegenüberstehende Forderungen eine solche Einwirkung auf einander ausüben, ist eine Frage, welche hier nicht zu entscheiden ist. Von dem Standpunkte der herrschenden Auffassung der Cession aus ist zu sagen, daß der Schuldner seine Gegenforderung gegen den Cedenten dem Cessionar deswegen nicht anrechnen dürfe, weil er an den Cedenten, obgleich derselbe sein Gläubiger geblieben sei, und der Cessionar nur dessen Forderungsrecht geltend mache, nicht mehr zahlen dürfe. Auch von diesem Standpunkte aus kann daher eine Compensation mit einer Gegenforderung an den Cedenten nur

<sup>11)</sup> Vergl. l. 57. §. 1. D. de pactis (2. 14).

<sup>12)</sup> Näher: 1) daß die *exceptio doli* in den Quellen als persönliche nur deswegen bezeichnet wird (l. 2. §. 1. 1. 4. §. 33. D. de dol. mali exo. 44. 4), weil sie nicht gegen Jedermann zusteht, nicht aber in dem Sinne, als wenn sie bloß gegen den Betrüger gegeben würde (l. 2. §. 1. cit.: „aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debet enumerare, dummodo hae sint, quarum dolus noceat“); 2) daß die Beschränkung der *doli exceptio* auf den Rechtsnachfolger aus *lucrative* Grunde, von welcher in l. 4. §. 27—31 cit. die Rede ist, sich nur auf dingliche Ansprüche bezieht. Ein Nachklang der unrichtigen Auffassung, welche früher verbreitet war, findet sich noch bei Mühlensbruch Cession §. 60.

dann zugelassen werden, wenn angenommen wird, daß diese Gegenforderung auf die cedirte Forderung schon früher consumirend eingewirkt habe. —

Was die Einreden aus der Person des Cessionars betrifft, so kann nach der hier vertheidigten Auffassung der Cession der Schuldner von denselben natürlich selbst dann Gebrauch machen, wenn sie auf eine rein persönliche Beziehung zu dem Cessionar gegründet werden. • Die entgegengesetzte Auffassung, welche den Cessionar als Gläubiger nicht anerkennt, muß, wenn sie consequent sein will, das Gegentheil annehmen.

II. Die Privilegien des cedirten Forderungsrechtes gehen auf den Cessionar über, die Privilegien des Cedenten, d. h. die auf einer persönlichen Qualität des Cedenten beruhenden, nicht. Jedoch gilt dieses Letztere auch nur von den Privilegien selbst, es gilt nicht von den Wirkungen, welche dieselben auf die Forderung bereits ausgeübt haben. Hat die Forderung durch ein dem Cedenten persönliches Privilegium eine gewisse rechtliche Gestalt einmal angenommen, so erhält der Cessionar die Forderung in dieser rechtlichen Gestalt deswegen nicht weniger, weil dasjenige, was sie bewirkt hat, von der Person des Cedenten untrennbar ist. In diesem Sinne erkennen die Quellen an, daß dem durch Singularsuccession an die Stelle des Fiscus Tretenden das Zinsprivilegium desselben, sowie auch das fiskalische gesetzliche Pfandrecht zu Gute komme<sup>13)</sup>. Anders fassen die Quellen das privilegium exigendi auf. Sie nehmen nicht an, daß dasselbe, wo es auf einer persönlichen Qualität des Gläubigers beruht, der Forderung eine rechtliche Eigenschaft ausdrücke, bevor es wirklich geltend gemacht wird; sie versagen daher die Berufung auf dasselbe sowohl dem Singular-, als auch dem Universalsuccessor<sup>14)</sup>.

Daß die persönlichen Privilegien des Cedenten dem Cessionar nur mit der hier bezeichneten Beschränkung zu Gute kommen, ist eine nothwendige Consequenz aus dem Satze, daß der Cessionar nicht Vertreter des Cedenten, sondern selbständiger Gläubiger ist. Wer das Gegentheil annimmt, muß ihm den Genuß der Privilegien des Cedent-

<sup>13)</sup> L. 43. D. de usuris (22. 1), l. 7. C. de l. F. (7. 73), l. 2. C. de his qui in priorum (8. 19).

<sup>14)</sup> L. 42. D. de adm. et per. (26. 7), l. 19. §. 1. D. de rebus auct. iudicis (42. 5), l. un. C. de priv. dotis (7. 74). Vergl. l. 68. 196. D. de R. I. (50. 17). — Mühlenthal (S. 566 fg.) will diese Quellenentscheidungen auf den Satz zurückführen, daß auf das persönliche Privilegium eines Gläubigers der Rechtsnachfolger desselben sich überhaupt nur dann berufen könne, wenn es in des Erstern Interesse liege.

ten unbedingt gestatten. Aber auch hier ist Buchta inconsequent; gerade er ist es, der die im Vorstehenden entwickelte Unterscheidung gegen Mühlenbruch geltend gemacht hat<sup>15)</sup>. Diese Inconsequenz tritt um so greller hervor, als er bei Beantwortung der umgekehrten Frage: ob der Cessionar sich auf seine persönlichen Privilegien berufen dürfe? einfach dabei stehen bleibt, daß derselbe ein fremdes Forderungsrecht ausübe, und daher jene Frage verneint<sup>16)</sup>. Von unserem Standpunkte aus kann die Bejahung dieser letzteren Frage keinem Zweifel unterliegen; die cedirte Forderung ist eine Forderung des Cessionars und wird daher von den demselben zustehenden Rechtswohlthaten ergriffen. In den Quellen findet sich die aufgeworfene Frage nicht beantwortet. Doch wird es erlaubt sein, eine Stelle hierher zu ziehen, welche davon handelt, inwiefern der Fiscus, an den ein Vermögen gefallen ist, für die Forderungen desselben von seinen Privilegien Gebrauch machen könne<sup>17)</sup>; auch beim *privilegium exigendi* werden Universal- und Singularsuccessor gleich behandelt<sup>18)</sup>. Bei der Entscheidung nun, welche jene Stelle gibt, scheint die Erwägung mit von Gewicht gewesen zu sein, daß es hart sei, wenn der Schuldner durch einen Wechsel des Gläubigers in eine schlimmere Lage kommen sollte. Daher wird entschieden, daß derselbe zur Zahlung von Zinsen auch fortan nur nach den gewöhnlichen Grundsätzen von der *Mora* verpflichtet werde<sup>19)</sup>; freilich, wenn er dazu einmal verpflichtet worden ist, soll er sogleich die höheren fiscalischen Zinsen bezahlen<sup>20)</sup>. Das *privilegium exigendi* des Fiscus dagegen, welches nur den übrigen Gläubigern zum Nachtheil gereicht, soll eintreten, sobald der Fiscus den Schuldner als seinen Schuldner anerkannt habe<sup>21)</sup>.

III. Der Uebergang des Forderungsrechts, wurde oben gelehrt, vollzieht sich erst durch die Besitzergreifung desselben von Seite des Cessionars. Die Besitzergreifung ist der Körper, in welchem der Ueber-

15) A. a. D. S. 485 fg. Gleicher Meinung (verschiedener in Betreff der in Note 13 citirten l. 43. D. de usuris) ist Wangerow Pandekten S. 575. Anmerk. 2.

16) S. 489 fg. Ebenso Wangerow a. a. D. S. 132 fg.

17) L. 6. pr. de I. F. (49. 14).

18) Note 14.

19) — „ex quo convenit (fiscus) certum debitorem et contententem“.

20) Vergl. l. 17. §. 6. D. de usuris (22. 1).

21) — „posteaquam (nomen) relatum est inter nomina debitorum“.  
Anders Buchta a. a. D. S. 491. 492.

tragungsact erst zur rechtlichen Wirksamkeit gelangt. Das römische Recht erkennt das übertragene Recht in der Person des Empfängers nicht eher an, bis dasselbe durch seine Ausübung in die äußere Erscheinung getreten ist. Beweisend für diese Auffassung ist die Analogie der Eigenthumsübertragung, und vor allem die der Servitutenbestellung. Auf jeden Fall hat sie das Verdienst, daß sie Aufschluß über den Grund des entscheidenden Einflusses gibt, welchen das römische Recht der Denuntiation zuschreibt. Dieser Aufschluß ist bisher vergebens gesucht worden. Ein nahe liegender Gedanke ist es, daß die Bedeutung der Denuntiation darin liege, daß durch dieselbe der Schuldner gegen Nachtheil geschützt werden solle. Das römische Recht hätte hiernach gesagt: damit der Schuldner nicht einer Person zahle, die nicht mehr sein Gläubiger (nicht mehr forderungsberechtigt) ist, soll er seinen bisherigen Gläubiger behalten, bis er davon in Kenntniß gesetzt worden ist, daß derselbe aufgehört hat, es zu sein. Bei dieser Annahme bleibt aber unerklärt, warum das römische Recht verlangt, daß das Wissen des Schuldners von der geschehenen Cession gerade durch die Anzeige des Gläubigers hervorgerufen werde, warum es sich nicht mit einem jeden, irgend wie erlangten, Wissen begnügt. In der That hat es auch in älterer und neuerer Zeit an Solchen nicht gefehlt, welche behauptet haben, daß es dies wirklich thue, daß in seinem Sinne nicht die Denuntiation, sondern die Thatsache des Wissens des Schuldners das Entscheidende sei. Jedoch steht diese Behauptung mit dem Inhalte unserer Quellen, und namentlich der l. 3. C. *in iud.*, in zu grellem Widerspruch, als daß sie zu allgemeiner Anerkennung hätte gelangen können<sup>22)</sup>. Von der Art und Weise, wie Mühlenbruch die Denuntiation auffaßt, ist bereits oben (S. 141) die Rede gewesen. Er bringt sie mit dem prozeßeinleitenden Acte in Verbindung, der im römischen Rechte unter gleichem Namen auftritt. Seine Meinung ist also, daß das römische Recht die an und für sich nur der Litiscontestatio zukommende Wirkung später auf den ersten Anfang des gerichtlichen Verfahrens übertragen habe, — auch für den Fall, fügt Mühlenbruch hinzu, daß es in Folge der Denuntiation zu einem Prozesse nicht kommen sollte. Diese Auffassung,

<sup>22)</sup> Nur für den Universalidealkommissar und den Erbschaftskäufer erkennen die Quellen den fraglichen Satz an, l. 17. D. de transact. (2. 15). Jener ist Successor nicht in das Forderungsrecht, sondern in die Erbschaft, und dieser wird auch sonst dem Universalsuccessor gleichgestellt (vergl. z. B. l. 54. pr. D. de H. P. 5. 3).

welche durch Nichts unterstützt wird, wird, wie an dem angeführten Orte bemerkt worden ist, in entscheidender Weise dadurch widerlegt, daß der Denuntiation gleichgestellt wird, wenn der Cessionar einen Theil des Geschuldeten von dem Schuldner in Empfang nimmt. Auch Buchta<sup>23)</sup> geht davon aus, daß eigentlich nur die Litiscontestation den Cedenten von der Befugniß, über seine Forderung zu disponiren, ausschließen dürfe; aber utilitatis causa sei der Denuntiation die gleiche Wirkung beigelegt worden, — im Interesse des Cessionars, und unter Umständen auch des Schuldners selbst, da nun der Cessionar nicht sogleich zu dem äußersten Mittel der Einklagung zu greifen brauche. Der eine und der andere Zweck wäre noch viel vollständiger erreicht worden, wenn man dem Cedenten in Folge der bloßen Cession jede Einwirkung auf die Forderung untersagt hätte; wenn man so weit nicht gehen, auf der anderen Seite aber auch nicht bei der Litiscontestation stehen bleiben wollte, warum hat man denn gerade die Denuntiation herausgegriffen? Buchta hat auf diese Frage keine Antwort gegeben. — Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt in der Hauptsache der Verfasser eines der jüngsten Zeit angehörenden Aufsätze in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß<sup>24)</sup> überein. Derselbe geht zwar anfänglich davon aus, daß das Wissen des Schuldners von der geschehenen Cession das Entscheidende für den Uebergang des Forderungsrechtes sei, und auch, als er später fragt, warum denn dieses Wissen gerade durch die Denuntiation des Cedenten hervorgerufen sein müsse, weiß er dafür nur Zweckmäßigkeitsgründe von zweifelhaftem Werthe anzuführen, — der Cessionar habe ein Interesse daran, zu wissen, wann er Gläubiger geworden sei (er hat ein noch größeres Interesse daran, möglichst bald Gläubiger zu werden), und es könnten Umstände eintreten, die es ihm wünschenswerth machten, daß der Schuldner noch nicht an ihn, sondern lieber an den Cedenten zahle (?). Aber auf jeden Fall wird in jenem Aufsätze die Denuntiation als Besitzergreifung der Forderung aufgefaßt, und mit der quasi traditio ausdrücklich zusammengestellt<sup>25)</sup>.

<sup>23)</sup> A. a. O. S. 483. 484.

<sup>24)</sup> N. F. XII. 12 (1855).

<sup>25)</sup> Der Verfasser dieses zwar nicht sehr elegant geschriebenen, aber äußerst gründlichen Aufsatzes ist der Präsident des Nassauischen Oberappellationsgerichts, Musset. In demselben Aufsätze ist auch das Wesen der Cession selbst viel richtiger bestimmt, als die herrschende Theorie thut (vergl. S. 18. Note 2). Musset läßt mit der Cession einen Wechsel des Gläubigers eintreten, und

Diese Auffassung der Denuntiation ist auch nicht ohne wichtige practische Folgen.

1) In der neueren Zeit scheint sich auch bei Denjenigen, welche im Uebrigen das bloße Wissen des Schuldners von der geschehenen Cession zum Ausschluß des Gläubigers nicht für genügend halten, die Meinung entschiedener Günst zu erfreuen, daß die Anzeige an den Schuldner doch auch nicht nothwendigerweise von dem Cessionar auszugehen brauche, sondern mit gleicher Wirkung von dem Cedenten beschafft werden könne<sup>26)</sup>. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus erscheint auch diese Meinung als irrig. Damit das Forderungsrecht dem Cedenten verloren und dem Cessionar erworben sei, ist nothwendig, daß dieser Letztere durch Ausübung desselben sich in den Besitz gesetzt habe. Der Mangel der Ausübung von seiner Seite kann natürlich durch eine Handlung des Cedenten nicht ersetzt werden.

2) Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob, wenn der Cedent nach der ersten Cession dieselbe Forderung zum zweiten Mal einem Andern cedirt, der erste Cessionar vorgehe, oder der erste Denuntiant. Für den Vorzug des ersten Cessionars hat sich Mühlenbruch<sup>27)</sup> ausgesprochen, ferner Sintenis<sup>28)</sup> und Bangerow<sup>29)</sup>, und in einem besonderen Aufsatz Schäffer<sup>30)</sup>; dagegen vertheidigen Buchta<sup>31)</sup>, Flach<sup>32)</sup>, und vor allen Dingen Muffet<sup>33)</sup>, dessen vorher genannter

erklärt ausdrücklich, daß damit zwar gegen die römische Ausdrucksweise, aber nicht gegen die römische Anschauungsweise verstoßen werde. Der Cessionar sei ganz in derselben Weise Gläubiger, wie der Universal-fideicommissar Erbe sei (S. 346. 347). Entschieden unrichtig ist es allerdings, wenn Muffet an einem späteren Orte (S. 359) ausspricht, daß die Denuntiation (wegen des durch dieselbe bewirkten Wissens des Schuldners, auf Grund dessen das Recht seinen Willen supplire), „materiell und der That nach eine Delegation“ sei; aber Konsequenzen werden aus diesem Gesichtspunkte nicht gezogen.

<sup>26)</sup> Buchta a. a. O. S. 484. — Rudorff in der Anmerkung 2 zu §. 283 der Buchta'schen Vorlesungen. — Für diese Meinung hat erkannt das Obergericht zu Stuttgart am 30. Januar 1845 (Seufferl's Archiv III. 156), gegen dieselbe das D. A. G. zu Wiesbaden am 6. Juli 1852 (das. VI. 25).

<sup>27)</sup> Cession S. 502.

<sup>28)</sup> Praktisches gemeines Civilrecht II. §. 128. S. 821.

<sup>29)</sup> Lehrbuch der Pandekten (6. Aufl.) §. 575. Anm. 4.

<sup>30)</sup> Archiv für praktische Rechtswissenschaft I. Nr. 18. (1853.)

<sup>31)</sup> Vorlesungen zu §. 283.

<sup>32)</sup> Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden III. S. 141 fg. (1853). Es wird hier ein Erkenntniß des genannten D. A. G. vom 6. Juli 1852 mitgetheilt, welches für den ersten Denuntianten entschieden hat.

<sup>33)</sup> Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. XII. Nr. 12. Der Aufsatz



Auffatz gerade dieser Frage gewidmet ist, das bessere Recht desjenigen Cessionars, welcher zuerst den Schuldner von der ihm gemachten Cession benachrichtigt hat. Die von uns geltend gemachte Auffassung der Denuntiation läßt die letztere Meinung als die einzig richtige erscheinen. Erst mit der Denuntiation hört der Cedent auf, Gläubiger zu sein; bis dahin ist sein Forderungsrecht weder ganz, noch zum Theil, noch in irgend einer Weise, von ihm abgegangen. Folglich kann er dasselbe auch immer noch einem Andern übertragen. Es stehen sich dann zwei einstweilen gleich Berechtigte gegenüber; für Jeden spricht, daß ihm das Forderungsrecht abgetreten worden ist, und zwar von Demjenigen, dem es zustand. Aber der eine und der andere Uebertragungsact ist imperfect; damit er perfect werde, muß von Seiten des Empfängers etwas hinzugethan werden; wer von jenen Beiden es zuerst hinzuthut, hat das Recht erworben. — Man hat von Seiten der Gegner sich darauf berufen, daß auf jeden Fall der Cedent nicht hindern könne, daß der Cessionar ihm durch Denuntiation sein Forderungsrecht nehme. Nun aber sei Niemand im Stande, mehr Recht zu übertragen, als er selbst habe<sup>34)</sup>. Dieser letztere Satz ist unbezweifelbar; nur ist es nicht richtig, daß der Cedent vor der Denuntiation in seinem Rechte irgendwie beschränkt sei. Man verwechselt Nichtkönnen und Nichtdürfen. Der Cedent darf den Cessionar nicht hindern, sich durch Denuntiation zum Gläubiger zu machen; aber er kann es allerdings. Er kann es durch einfache Zurücknahme der abgegebenen Willenserklärung. Dadurch verletzt er eine Verpflichtung, aber unwirksam ist diese Zurücknahme nicht. Eine jede Willenserklärung kann zurückgenommen werden, d. h. ein bis dahin gehabter Wille kann aufhören, fortan gehabt zu werden. Dann ist auch für das Recht kein Wille mehr vorhanden. Nur entzieht dasselbe deswegen den concreten Rechtsverhältnissen, Eigenthum, Forderungsrechten u., welche durch den Willen hervorgerufen worden sind, seine Anerkennung nicht. Sie sind durch den Willen geschaffen, aber sie bestehen nicht durch die Fortdauer des Willens. Ferner: insofern das Recht eine Verpflichtung anerkennt, den erklärten Willen nicht zurückzunehmen, zwingt es Den-

---

besteht aus den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses des D. A. G. zu Wiesbaden vom 11. Juli 1854.

<sup>34)</sup> Aus diesem Grunde hat auch das D. A. G. zu Lübeck im Jahre 1853 für den Vorzug des ersten Cessionars erkannt. Römer, Sammlung der Entscheidungen des D. A. G. zu Lübeck in Frankfurter Rechtsachen I. S. 146. 147.

jenigen, welcher ihn erklärt hat, denselben fortwährend zu haben, oder vielmehr, da ein solcher Zwang nicht möglich ist, es hält ihn zum Schadenersatz an, oder es nimmt zu seinem Nachtheile an, daß die rechtliche Wirkung, welche durch die verweigerete Willenserklärung hervorgerufen werden sollte, auch ohne dieselbe eingetreten sei. Aber das thut es auch nur zum Zwecke der Realisirung jener Verpflichtung, im gerichtlichen Urtheil; es sagt nicht ohne Weiteres: für mich ist der zurückgenommene Wille kein zurückgenommener, er besteht fort. So also auch bei der Cession. Durch die bloße Erklärung des Willens, daß das Forderungsrecht auf den Cessionar übergehen solle, hat dieser es noch nicht erworben. Er ist also lediglich auf sein obligatorisches Recht gegen den Cedenten aus der von diesem abgegebenen Willenserklärung angewiesen. Verweigert dieser, in Widerspruch mit seiner früher abgegebenen Erklärung, den Erwerb des Rechtes durch Denuntiation geschehen zu lassen, so kann der Cessionar gegen ihn klagen, und der Cedent wird dann verurtheilt, diesen Erwerb geschehen zu lassen, unter dem Präjudize, daß derselbe widrigen Falls auch ohne seinen Willen als vollzogen werde angesehen werden. Aber dieses Letztere ist auch nur dann möglich, wenn der Cedent die übertragene Forderung noch hat; hat er sie nicht mehr, so kann das Recht sie auch auf den Cessionar nicht übergehen machen. Es bleibt dann nichts übrig, als ihn zur Leistung des Interesse zu zwingen. So, wie gesagt, wenn der Cedent geradezu erklärt, daß der Cessionar nicht mehr die Befugniß haben solle, sich durch Denuntiation zum Gläubiger zu machen. Gleiche Wirkung muß eintreten, wenn er ihm den Erwerb des abgetretenen Forderungsrechtes in anderer Weise unmöglich macht, und namentlich, wenn er dies dadurch thut, daß er sich selbst des Forderungsrechtes beraubt. Auch dann also hat der Cessionar nur einen obligatorischen Anspruch gegen ihn, und gelangt dadurch, eben weil der Cedent das abgetretene Recht nicht mehr hat, nur zu einer seinem Interesse entsprechenden Geldprästition. — Man hat mit dem hier betrachteten Verhältniß dasjenige zusammengestellt, welches stattfindet, wenn der Eigenthümer einer Sache dieselbe Zweien hinter einander verkauft hat; auch hier, hat man gesagt, ist Derjenige Eigenthümer, dem er sie zuerst tradirt. Diese Vergleichung ist nicht genau. Denn in dem Verkauf einer Sache liegt nicht die Erklärung, daß der Käufer sie auch in Besitz nehmen dürfe; die Tradition stellt einen besonderen Willensact dar. Dagegen ist es bei der Uebertragung des Forderungsrechtes nicht nothwendig, daß die Ausübung besonders eingeräumt werde; die Erklärung: du sollst das Recht haben, und die

Erklärung: du sollst es ausüben dürfen, fallen hier zusammen. Will man also einen Fall haben, der unserem Fall wirklich analog ist, so muß man annehmen, der Verkäufer habe beiden Käufern auch Einweisung in den Besitz ertheilt, ohne ihnen die Sache von Hand zu Hand zu übergeben, — was die Quellen mittlere in possessionem nennen. In diesem Falle ist aber in der That die richtige Entscheidung unzweifelhaft die, daß derjenige Käufer vorgehe, welcher zuerst Besitz erlangt hat. Bis dahin ist der Verkäufer Eigenthümer geblieben; er konnte also sein Eigenthum weiter übertragen, und dadurch die Besitzergreifung des zuerst Eingewiesenen in derselben Weise unwirksam machen, wie er sie durch Zurücknahme der Besitzweisung unwirksam hätte machen können. Hätte er die Besitzweisung zurückgenommen, und der Käufer sich dann dennoch in den Besitz gesetzt, so hätte derselbe nicht behaupten dürfen, daß er *domini voluntate* den Besitz erlangt habe<sup>35)</sup>.

3) Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob nicht auch der Cedent in derselben Weise den Cessionar durch Denuntiation ausschließen könne, wie der Cessionar den Cedenten. Mühlentbruch<sup>36)</sup> verneint diese Frage mit Berufung auf die positive Vorschrift des römischen Rechtes, während er davon ausgeht, daß sich „aus der allgemeinen Natur des Rechtsverhältnisses“ allenfalls auch das Gegentheil vertheidigen lassen möchte. Es liegt nun auf der Hand, daß von einer Denuntiation in dem Sinne, wie sie hier aufgefaßt worden ist, beim Cedenten gar keine Rede sein könne. Wenn die Denuntiation die Perfection des Uebertragungsgactes ist, so kann sie nur Derjenige vornehmen, dem übertragen worden ist. Von der anderen Seite aber hat sich durch die vorhergehende Erörterung herausgestellt, daß der Cedent vor der Denuntiation (Besitzergreifung) des Cessionars die gemachte Cession in der Weise zurücknehmen kann, daß diesem Letzteren nur ein obligatorischer Anspruch gegen ihn bleibt. Thut er das also, so darf der Schuldner dem Cessionar nicht mehr zahlen. Der Cedent wird jedoch dem Schuldner, wenn er es dennoch thut, keinen Vorwurf machen können, wenn dieser an den Cessionar leistet, ohne von der Zurücknahme der Cession etwas zu wissen. Will er sich also sicher stellen, so muß er die geschehene Zurücknahme dem Schuldner anzeigen. In diesem Sinne könnte man dann allenfalls sagen, daß auch der Cedent den Cessionar durch Denuntiation ausschließen könne.

<sup>35)</sup> L. 5. D. de acq. vel am. poss. (41. 2).

<sup>36)</sup> Cession S. 501.

Nur würde man damit nicht genau sprechen, da das die Berechtigung des Cessionars Wegnehmende nicht die Denuntiation ist, sondern die Zurücknahme der Cession. — Was die positive Vorschrift des römischen Rechts angeht, auf welche sich Mühlenbruch beruft, so findet er dieselbe in l. 55. D. de proc. (3. 3). In dieser Stelle wird aber nur gesagt, daß der Cessionar dem Cedenten vorgehe, wenn sie Beide zu gleicher Zeit fordern.

## §. 20.

**V. Uebergang der Actio. — 2. Gesetzlicher Uebergang.**

Ein Forderungsrecht kann nicht bloß durch Denjenigen, dem es zusteht, auf einen Andern übertragen werden, sondern auch unmittelbar durch das Gesetz. Wie es beim Eigenthum gesetzliche Uebertragungsarten gibt, so auch bei den Obligationen.

Auch die gesetzliche Uebertragungsart hat ihren Ausdruck in der utilis actio. Das will sagen: auch hier geht nicht die Obligatio über, sondern die Actio. Auch hier wird der Uebergang nicht durch das Recht vollzogen, sondern durch das Gericht. Es wird einem Andern als dem eigentlichen Gläubiger die Actio des Gläubigers gegeben, — quasi creditori, exemplo creditoris, — dem eigentlichen Gläubiger aber die Actio verweigert. Damit ist eben für das Gericht die Succession vollzogen. In die Sprache des heutigen Rechts übertragen, heißt das auch hier: das Forderungsrecht ist übergegangen.

Die Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen das römische Recht ohne Uebertragung durch den Gläubiger die Actio auf einen Andern übergehen läßt, gehört nicht zu den Aufgaben dieser Schrift. Einen Punkt gibt es jedoch hier, auf den deswegen näher eingegangen werden muß, weil er in unmittelbarer Verbindung mit derjenigen Auffassung der utilis actio steht, deren Unbegründetheit darzuthun oben versucht worden ist.

Von bewährten Autoritäten wird der Satz aufgestellt, daß in allen Fällen, wo die Cession erzwungen werden könne, das Recht dieselbe ohne Weiteres als geschehen annehme. Dieser Satz findet sich bei Savigny <sup>1)</sup>, Buchta <sup>2)</sup>, Arndts <sup>3)</sup>, Seuffert <sup>4)</sup>. Den präg-

<sup>1)</sup> Obligationenrecht I. S. 243 fg.

<sup>2)</sup> Kleine Schriften S. 461 — 463, Pandekten S. 281, Vorlesungen II. S. 131. 132.

<sup>3)</sup> Pandekten S. 255.

<sup>4)</sup> Praktisches Pandektenrecht S. 298.

nantesten Ausdruck hat demselben Buchta gegeben. Er sagt <sup>5)</sup>: „der Cessionar kann sich für seine Klage gegen den Schuldner nicht bloß durch ein wirkliches Mandat des Cedenten, sondern auch durch dessen Verpflichtung zu sofortiger Cession ad causam legitimiren“. Andere sind nicht soweit gegangen; sie wollen jenen Satz nur für einzelne Fälle anerkennen. Zu diesen gehören Mühlenbruch <sup>7)</sup>, Unterholzner <sup>7)</sup>, Vangerow <sup>8)</sup>.

Jener Satz ist ein ganz exorbitanter Satz. Ein Recht, dessen Abtretung ich verlangen kann, soll ich deswegen schon wirklich haben! Wenn das hier gilt, warum soll es nicht auch auf andern Rechtsgebieten gelten, und warum soll nicht auch die rei vindicatio Demjenigen gegeben werden, der eine Obligation auf Uebertragung des Eigenthums hat? Was zu behaupten doch noch nie Jemandem in den Sinn gekommen ist, und nie Jemandem in den Sinn hat kommen können. Deswegen haben denn auch einige der benannten Schriftsteller sich beeilt, jenem Satze eine Beschränkung hinzuzufügen, die nichts weniger thut, als ihn aufheben. Arndts erklärt, daß der Anspruch auf die Cession, „freilich nach Umständen zuvor durch richterliche Entscheidung festzustellen“ sei. Und ebenso sagt Seuffert: „Wird die Verpflichtung nicht anerkannt, so muß freilich ein richterlicher Ausspruch in die Mitte treten“. Das ist aber etwas ganz Anderes. Wenn auf Cession geklagt wird, und der zu derselben Verpflichtete weigert sich, sie vorzunehmen, so kann sie der Richter im Urtheil durch seinen Ausspruch ergänzen, erklären, daß dem Kläger das Forderungsrecht zustehen solle, obgleich es ihm nicht übertragen sei. Mit einem solchen Ausspruche kann sich der Kläger allerdings dem Schuldner gegenüber ad causam legitimiren; aber es ist dann eben auch nicht die Verpflichtung zur Cession, worauf er sich beruft, sondern der in Folge derselben erfolgte Spruch. Mühlenbruch hat vor dieser Verwechslung „zwischen der gesetzlichen und der richterlichen Uebertragungsform“ ausdrücklich gewarnt <sup>9)</sup>.

Ich sagte, daß jener exorbitante Satz mit der herrschenden Auffassung der utilis actio in unmittelbarer Verbindung stehe. Nach

<sup>5)</sup> Pandekten §. 281.

<sup>6)</sup> Cession §. 43. 44.

<sup>7)</sup> Lehre von den Schulverhältnissen I. §. 277.

<sup>8)</sup> Lehrbuch der Pandekten III. §. 113.

<sup>9)</sup> Cession §. 464—466.

dieser Auffassung soll, wie wir sahen, die utilis actio auf einer Fiction des Mandats beruhen. Hierbei wird davon ausgegangen, daß das Mandat die zutreffende Art und Weise der Uebertragung des Forderungsrechts, so weit dieselbe überhaupt für möglich erachtet wird, sei. Dieses Mandat, also die Uebertragung der Actio, sagt man, ist nicht immer nothwendig; es wird zuweilen als ertheilt angesehen, obgleich es nicht ertheilt ist; das wird eben dadurch ausgedrückt, daß die actio als utilis gegeben wird. In welchen Fällen ist das Mandat nicht nothwendig? Alle kommen darin überein, daß in den Quellen keine allgemeine Antwort auf diese Frage enthalten, sondern die Entbehrlichkeit des Mandates nur in einzelnen Fällen anerkannt sei, ferner darin, daß diese Anerkennung überall auf Grund einer vorhandenen Verpflichtung zur Ertheilung des Mandates gegeben werde. In diesen Quellenentscheidungen wollen nun Einige den Ausdruck eines allgemeinen Principes sehen, — das thun die zuerst genannten Schriftsteller, Andere glauben bei jenen einzelnen Entscheidungen als solchen stehen bleiben zu müssen, — das ist die Meinung der letztgenannten. Aber das Eine ist so unrichtig wie das Andere. Die Quellen fingiren das Mandat nie, wo es nicht wirklich ertheilt ist.

Die utilis actio, welche dem Cessionar gegeben wird, wird nicht deswegen als utilis bezeichnet, weil ihm die Actio nicht in der gehörigen Weise übertragen ist, sondern deswegen, weil er — nach dem Rechte — nicht Gläubiger ist. Dies ist oben nachgewiesen worden. Sie enthält nicht eine Fiction des Mandates, und kann sie nicht enthalten, da sie eine Klage in eigenem Namen ist, sondern, wenn man hier einmal von einer Fiction reden will, eine Fiction des Gläubigerseins. Die Uebertragung, wo sie nicht wirklich vorgenommen ist, wird in keinem Falle durch Fiction ersetzt. Es gibt Fälle, in denen das Recht (das Gericht) ein Forderungsrecht auf einen Andern übergehen läßt, ohne daß es ihm von dem Gläubiger übertragen worden wäre; aber dann läßt das Recht das Forderungsrecht ohne Weiteres übergehen, es bedient sich nicht der Vermittelung einer Fiction der Uebertragung. Die Uebertragung durch den Gläubiger aber kann nicht bloß in der Form eines Mandates erfolgen, sondern auch geradezu. Sie liegt in jedem Rechtsgeschäfte, in welchem der Wille ausgedrückt ist, daß ein Anderer das Forderungsrecht, welches bisher das seinige gewesen sei, zu eigen haben solle. Dieser letztere Satz hat ganz nicht verkannt werden können. Puchta <sup>10)</sup> will in

<sup>10)</sup> Kleine Schriften S. 461, Pandekten S. 281. Ebenso Arndt S. 255.

einem solchen Falle das Mandat, welches keiner Form bedürfe, als wirklich ertheilt angesehen wissen, und gibt demnach dem Cessionar die *actio mandata*. Allein das Mandat, wenn es auch keiner Form bedarf, setzt doch einen bestimmten Inhalt der Willenserklärung voraus. In den Quellen aber liegt nicht die mindeste Unterstützung für diese Meinung vor. Für das spätere Recht nimmt auch Mühlenbruch an, daß dem Cessionar auf Grund der einfachen Willenserklärung des Gläubigers ohne weitere Fiction *Actio*<sup>11)</sup> gegeben worden sei. Das Eine und das Andere ist irrig. Nicht erst das spätere Recht hat das gethan, sondern bereits das frühere classische, die dem Cessionar ertheilte *Actio* war aber keine *mandata actio*, sondern eine eigene.

Es ist vielleicht nicht überflüssig, hier noch einen Blick auf die einzelnen Quellenentscheidungen zu werfen, in denen die *utilis actio* anerkannt wird. Auch in ihnen findet die Behauptung, daß die *utilis actio* auf einer Fiction des Mandates beruhe, nicht den geringsten Anhalt. Nirgends liegt eine Andeutung davon vor, daß die *utilis actio* deswegen gegeben werde, weil das nicht ertheilte Mandat als ertheilt angenommen würde. Wollte ich das im Einzelnen nachweisen, so müßte ich alle Stellen, in denen die *utilis actio* auftritt, hier abdrucken lassen. Ich greife einige heraus, die ersten besten, indem ich bloß insofern wähle, als ich eine Stelle mittheile, in welcher die *utilis actio* als Ergänzung des ertheilten Mandates erscheint, eine zweite, in welcher sie auf Grund der Uebertragung durch den Gläubiger unmittelbar gegeben wird, und eine dritte, in welcher sie auf gesetzliche Vorschrift beruht.

L. 1. C. de obl. et act. (4. 10).

*Data certa pecuniae quantitate ei cuius meministi, in vicem debiti actionem tibi adversus debitorem pro quo solvisti dicis esse mandatam, et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse; quae si ita sunt, utilis tibi actio competit.*

Wo ist hier eine Spur davon vorhanden, daß die *actio utilis* auf Grund der Fiction einer Wiederholung des früher ertheilten Mandates gegeben würde? Ebenso verhält es sich mit den beiden folgenden Stellen.

L. 2. C. eod.

*Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praeces-*

<sup>11)</sup> Man sieht nicht recht, ob diese *Actio mandata actio*, oder was sonst gewesen sein soll. Cession S. 187 fg.

serit, nec litis contestatio subsequuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere, saepe rescriptum est.

L. 1. §. 13. D. de tutelae (27. 3).

Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a Divo Pio et ab imperatore nostro et Divo patre eius, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

Nur Eine Stelle gibt es, auf welche man sich mit einigem Scheine für die hier bekämpfte Annahme berufen könnte. Die l. 57. D. de leg. 1. (30) handelt von einem Fall, wo Derjenige, welchem ein mit einem Pfandrecht beschwertes Grundstück vermacht ist, von dem klagenden Pfandgläubiger die Abtretung seines Forderungsrechtes gegen den Erben verlangen kann, —

— poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur; quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur<sup>12)</sup>.

Es mag zugegeben werden, daß exhibere actiones hier nichts Anderes besagen wolle, als mandare actiones. Man könnte nun in den Schlußworten der Stelle ausgedrückt finden wollen, daß der Magistrat das nicht erteilte Mandat als erteilt fingire. Aber in der Wirklichkeit ist kein Grund dafür vorhanden. Die Stelle sagt: obgleich die actiones nicht mandirt worden sind, werden sie von dem Magistrate dennoch dem Fideicommissar gewährt, — denn so ist ohne Zweifel das „id ei praestabitur“, was auf jeden Fall ein ungeschickter Ausdruck und vielleicht corrumpt ist, zu verstehen<sup>13)</sup>. Von welcher Art die von dem Magistrate gewährte Actio sei, ob actio mandata, oder actio proprio nomine, darüber sagt die Stelle nichts.

<sup>12)</sup> Ueber den Anfang der Stelle, welche Schwierigkeiten macht, s. Mühlensbruch Cession S. 473. Note 542.

<sup>13)</sup> Die nächstliegende Erklärung dieser Worte ist offenbar die: nämlich, ut actiones ei exhibeantur. Aber diese Erklärung ist unmöglich, weil der Gläubiger nach seiner Befriedigung keine actiones mehr hat (l. 76. D. de solutt. 46. 3). Man könnte nun dem „ut exhibeantur“ substituiren wollen: ut exhibitae sint. Aber das kann der Magistrat gar nicht bewirken, daß etwas geschehen sei, was nicht geschehen ist; er kann nur so verfahren, als wenn es geschehen wäre, — was aber durch jenen Ausdruck keineswegs gesagt sein würde.



Wenn nun in dieser Weise unumstößlich feststeht, daß das römische Recht von einer Fiction des Mandates da, wo es nicht wirklich vorgekommen ist, überhaupt nichts weiß, so kann es auch den Satz nicht aufgestellt haben, daß das Mandat in allen Fällen als ertheilt angenommen werden solle, wo es gefordert werden könne.

Hier nun aber möchte Jemand dem Streite eine andere Wendung geben wollen, und so sprechen: gut, das römische Recht fingirt nicht das nicht ertheilte Mandat auf Grund der Verpflichtung zur Ertheilung desselben, es nimmt überhaupt nicht an, daß die nicht vollzogene Uebertragung des Forderungsrechtes durch den Gläubiger wirklich erfolgt sei. Daraus folgt aber nicht, daß das Recht in einem solchen Falle der Verpflichtung zur Uebertragung den Uebergang des Forderungsrechtes nicht ohne jene Fiction, sie ohne weitere Vermittelung selbst beschaffend, eintreten läßt. Wollte nun aber Jemand die Behauptung, daß es das thue, wirklich aufstellen, so würde er damit zugleich den Streit demjenigen Gebiete, auf welches diese Schrift durch ihre Aufgabe beschränkt ist, vollständig entzogen haben. Denn, wie schon oben bemerkt wurde, zu den Aufgaben dieser Schrift gehört die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen ein gesetzlicher Uebergang des Forderungsrechtes stattfindet, nicht; dieselbe hat es bloß mit der Entwicklung der Natur der Actio zu thun, und sie ist zur Widerlegung der so eben besprochenen Ansicht nur dadurch veranlaßt worden, daß dieselbe auf einer unrichtigen Auffassung des Wesens der utilis actio beruht. Wie dem auch sein mag, da jene andere Frage einmal angeregt worden ist, so darf sie, bei ihrer Wichtigkeit, nicht ganz übergangen werden. Auch ohne erschöpfende Erörterung des Materials, welches die Quellen in dieser Beziehung darbieten, welche Erörterung allerdings zu weit führen würde, läßt sich überzeugend darthun, daß die hier bekämpfte Ansicht in jener anderen Wendung ebenso grundlos ist, wie in der zuvor betrachteten.

1. Was die s. g. *cessio voluntaria* angeht, so läßt das römische Recht das Forderungsrecht nie in Folge bloß der vom Gläubiger eingegangenen Verpflichtung zur Cession, sondern immer nur in Folge der wirklich erfolgten Cession übergehen. Die Rechtsgeschäfte, auf Grund deren in den Quellen die utilis actio anerkannt wird, sind folgende: Kauf, Verpfändung, Legat, Mitgiftbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt<sup>14)</sup>. Alle diese Rechtsgeschäfte enthalten nicht ein Sich-

<sup>14)</sup> Die Beweisstellen s. o. S. 126.

anheischigmachen zum Uebertragen, sondern ein Uebertragen. Bezweifelt könnte dies werden in Betreff des Kaufs. Aber schon oben <sup>15)</sup> ist erinnert worden, daß wer verkauft, nicht erklärt, er wolle sich des verkauften Gegenstandes zu Gunsten des Käufers begeben, sondern, er begeben sich desselben. Eine Verpflichtung entsteht aus dem Verkaufe für den Verkäufer nur insofern, als derselbe durch jene Erklärung noch nicht das Seinige gethan hat, um dem Käufer dasjenige zu verschaffen, wovon er erklärt hat, daß derselbe es haben solle. So ist der Verkäufer einer körperlichen Sache verpflichtet zur Tradition, wenn er dieselbe in dem Verkaufe selbst noch nicht vorgenommen hat. Der Verkäufer eines Forderungsrechts dagegen hat schon durch die bloße Erklärung, daß der Käufer fortan das Forderungsrecht haben solle, Alles gethan, was von seiner Seite nöthig ist, damit der Käufer das Forderungsrecht erwerbe. Nur aus der hier geltend gemachten Auffassung des Kaufvertrages erklärt sich der Satz, daß sogleich mit dem Abschluß desselben die Gefahr auf den Käufer übergeht <sup>16)</sup>, so wie der andere, daß auf Grund des Kaufvertrages nur Derjenige er sitzen kann, welcher auch zur Zeit des Abschlusses desselben in gutem Glauben war. — Eine fernere Bemerkung ist vielleicht in Betreff des Legates nicht überflüssig. Das Legat braucht nicht nothwendig die Willenserklärung zu enthalten, daß das Forderungsrecht auf den Legatar übergehen solle; auch ein Forderungsrecht kann per damnationem legirt werden <sup>17)</sup>. Aber ein Forderungsrecht kann auch direct legirt werden; dann ist zwar der Erbe zur Cession nicht weniger verpflichtet <sup>18)</sup>, aber der Legatar kann sich auch auf die Verfügung des Testators unmittelbar berufen. Von einem Falle dieser letzteren Art handelt l. 18. C. de leg. (6. 47). — Endlich noch die Frage: wie denkt man sich eigentlich die Verpflichtung Desjenigen, der ein Forderungsrecht an Zahlungsstatt gegeben hat, oder gar die des Verpfänders? Wird man dadurch verpflichtet, daß man erklärt, der Gläubiger solle an Zahlungsstatt haben, oder gar dadurch, daß man erklärt, ein Gegenstand solle ihm verpfändet sein? Ich denke,

<sup>15)</sup> §. 14. Note 12.

<sup>16)</sup> Heidelberger kritische Zeitschrift II. S. 136.

<sup>17)</sup> L. 82. §. 5. l. 105. D. de leg. 1. (30).

<sup>18)</sup> L. 44. §. 5. 6. de leg. 1. (30). „Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio; nam cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur. §. 6. Sed etsi nomen legetur, benigne id quod debetur accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur“.

durch eine solche Erklärung verschafft man ihm entweder Befriedigung, ein Pfandrecht, oder sie hat gar keine Wirkung.

2) In den Fällen, in welchen das römische Recht ein Forderungsrecht ohne eine darauf gerichtete Willenserklärung des Gläubigers übergehen läßt, erkennt es meistens zugleich auch eine Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung des Forderungsrechtes an. Aber a) es ist dies doch nicht überall der Fall. Es gibt auch Fälle, in denen der gesetzliche Uebergang des Forderungsrechtes von einer solchen Verpflichtung des Gläubigers nicht begleitet ist. So bei der f. g. pfandrechtlichen Succession, d. h. bei der Succession in das Forderungsrecht eines vorstehenden Gläubigers mit dem daran anklebenden Pfandrecht<sup>19)</sup>. b) Auch in den Fällen des gesetzlichen Ueberganges, in denen zu gleicher Zeit eine Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung anerkannt wird, findet sich doch keine Andeutung davon, daß das Forderungsrecht deswegen übergehe, weil der Gläubiger zur Abtretung desselben verpflichtet sei. Die Gründe, aus welchen das Recht das Forderungsrecht wirklich übergehen läßt, lassen sich überall leicht erkennen. Ein hauptsächlichster Grund ist der, daß Jemand eine Schuld, die eigentlich einem Andern angeht, mit seinem Gelde getilgt hat<sup>20)</sup>. Andere Gründe sind: Stellvertretung<sup>21)</sup>, Gelangen des Vermögens, aus dem ein *indebitum* bezahlt worden ist, an einen Andern<sup>22)</sup>; Abföhrung: — A. hat eine Sache von B zu fordern, B von C; man kommt einfacher zum Ziel, wenn man dem A sogleich das Forderungsrecht des B gegen C gibt<sup>23)</sup>. c) Die l. 49. §. 2. D. de acq. vel am. poss. (41. 2) lautet folgendermaßen:

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur; sed per actionem mandati ea cedere cogitur.

Hier haben wir eine Verpflichtung zur Abtretung des Forderungsrechtes, und doch — *invito procuratore domino actio non datur*. Man beruft sich dagegen nun zwar auf l. 13. §. 25. D. de A. E. V.

<sup>19)</sup> Vergl. §. B. l. 12. §. 6. 8. 9, l. 17. D. qui pot. (20. 4).

<sup>20)</sup> §. B. l. 1. §. 13. D. de tutelae (27. 3) — vergl. Savigny Obligationenrecht I. §. 24 —, l. 57. D. de leg. 1. (30). Vergl. Note 19.

<sup>21)</sup> l. 13. §. 25. de A. E. V. (19. 1).

<sup>22)</sup> l. 2. §. 1. l. 3. D. de cond. ind. (12. 6), l. 8. §. 16. D. de inoff. test. (5. 2).

<sup>23)</sup> Paul. R. S. II. 12. §. 8.

(19. 1), in welcher Stelle dem Vertretenen eine utilis actio venditi allerdings zugesprochen wird. Aber man würde sich sehr irren, wenn man etwa glauben wollte, daß durch diese Stelle dargethan werde, daß wenigstens in späterer Zeit — die erste Stelle ist von Papi- nian, die zweite von Ulpian — das römische Recht anerkannt habe, daß die Verpflichtung des Vertreters zur Abtretung des erworbenen Forderungsrechts den Uebergang desselben ohne weiteres bewirke. Denn der ausgesprochene Grund, aus dem Ulpian die utilis actio dem Vertretenen zugestehet, ist der, weil er auch selbst mit einer utilis actio hafte, und der Grund wieder, warum er ihn in dieser Weise haften läßt, ist die Analogie der institoria actio. Mit andern Worten: der Vertretene wird als Gläubiger anerkannt deswegen, weil ihn eigentlich das Geschäft angeht, weil er nach sachlicher Betrachtung Gläubiger ist, und nicht, weil Derjenige, der formal Gläubiger geworden ist, ihn zum Gläubiger machen muß.

## §. 21.

### V. Uebergang der Actio. — 3. Schuldübergang.

Es ist bisher von dem Uebergang der Actio als dem Mittel ge- handelt worden, dessen das römische Recht sich bedient, um die Suc- cession in Forderungsrechte, in die active Seite der Obligation, zu bewirken. Die Frage drängt sich auf, ob das römische Recht dieses Mittel nicht auch zur Vermittelung der Succession in die passive Seite der Obligation, in die Schuld, angewendet hat.

Im Allgemeinen ist diese Frage zu bejahen. Es finden sich in unsern Quellen Fälle anerkannt, in denen dem Gläubiger die Actio gegen seinen eigentlichen Schuldner verweigert, gegen einen Anderen aber als utilis gegeben wird. Daß sie als utilis gegeben wird, hat auch hier den Sinn, daß Derjenige, gegen welchen sie gegeben wird, eigentlich — nach dem Rechte — nicht Schuldner sei. Aber das Gericht macht ihn eben dadurch, daß es Actio gegen ihn gibt, zum Schuldner, und entlastet umgekehrt den Rechtsschuldner seiner Ver- bindlichkeit, — es überträgt die Verbindlichkeit von Diesem auf Jenen.

Fälle, in denen dies stattfindet, sind folgende. Es ist Jemand als Procurator eines Andern verurtheilt worden; die actio iudicati wird nicht gegen ihn, sondern gegen den Vertretenen gegeben.

L. 4. pr. D. de re iud. (42. 1).

Si se non obtulit procurator, iudicati actio in eum dene- gabitur, et in dominum dabitur — .

## L. 61. de proc. (3. 3).

Plautius ait: procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset, aut obtulisset se, cum sciret, cautum non esse, omnibus placuit<sup>1)</sup>.

In derselben Weise wird die Actio aus den vom Vormund eingegangenen Verbindlichkeiten auf den Pfliegbefohlenen übertragen.

## L. 1. C. quando ex facto tutoris (5. 39).

Juliana, cuius tibi curatores condemnati sunt, si vicesimum quintum annum aetatis egressa est, actio iudicati utilis adversus ipsam bonaque eius tibi exercenda est. Nam tutores curatoresque finito officio non esse conveniendos *ex administratione* pupillorum vel adolescentium, saepe decretum est.

## L. 8. D. eod. (26. 9).

Tutor, qui et coheres pupillo erat, cum conveniretur fideicommissi nomine, in solidum ipse cavet. Quaesitum est, an in adultum pupillum pro parte danda sit utilis actio? Respondit, danda.

Durch diese Quellenzeugnisse ist aber auch nur dargethan, daß dem römischen Recht eine gesetzliche Succession in die Schuld bekannt ist. Es fragt sich nun, ob dasselbe nicht auch eine vertragmäßige Succession in dieselbe, eine Schuldübertragung, anerkennt. Ehe auf diese Untersuchung eingegangen wird, will ich vorher feststellen, was man in dieser Beziehung im römischen Rechte zu erwarten Grund hat. Da das römische Recht eine Forderungsübertragung anerkennt hat, so ist man zu erwarten berechtigt, daß es auch die Schuldübertragung [Schuldübernahme<sup>2)</sup>] für zulässig werde erachtet haben. Jedoch macht sich hier die Erwägung geltend, daß, wenn dem Schuldner zugemuthet werden darf, sich jeden Anderen als Gläubiger gefallen zu lassen, an den sein ursprünglicher Gläubiger sein Forderungsrecht abtreten will, es eine schwere Ungerechtigkeit sein würde, eine gleiche Zumuthung dem Gläubiger in Betreff des Schuldners zu machen.

<sup>1)</sup> Ueber die Geschichte dieses Satzes s. Vat. fr. 317. 331. 332, l. 7. C. Th. de cogn. et proc. (2. 12) und Bethmann-Hollweg Versuche S. 225—232.

<sup>2)</sup> Der Ausdruck Schuldübertragung empfiehlt sich durch seinen Parallelismus mit dem Ausdruck Forderungsübertragung. Auf der anderen Seite ist es bei der Schuldübertragung ebenso sehr das Wesentliche, daß ein Anderer die Schuld zu übernehmen geneigt ist, als es bei der Forderungsübertragung das Wesentliche ist, daß der Gläubiger sich bereitwillig finden läßt, sein Recht zu übertragen. Insofern sagt man besser Schuldübernahme. Anders Runge, die Obligation S. 75. Note 1.

Es fordert der Eine in derselben Weise, wie der Andere, aber es zahlt nicht der Eine in derselben Weise, wie der Andere. Durch die Substituierung eines anderen Schuldners wird freilich nicht der rechtliche Gehalt des Forderungsrechts, wohl aber seine factische Realisirbarkeit — wenigstens möglicherweise — in der wesentlichsten Weise alterirt, und sein Vermögenswerth, worauf doch Alles ankommt, hängt von dem Letzteren nicht minder ab, als von dem Ersteren. Man wird also erwarten dürfen, die Schuldübertragung nicht anders als unter Voraussetzung der Zustimmung des Gläubigers anerkannt zu finden. Daß dieser Consens unmittelbar zu dem zwischen dem Schuldüberweiser und dem Schuldübernehmer abgeschlossenen Vertrag, oder daß er ausdrücklich erklärt worden sei, stellt sich nicht als nothwendig dar; man wird daher anzunehmen geneigt sein, daß auch das römische Recht jede später erklärte Zustimmung, und namentlich auch jede Verhandlung mit dem Schuldner, durch welche er als Schuldner anerkannt wird, vor Allem seine gerichtliche Belangung, für genügend werde erklärt haben. Eine andere Anforderung, welche man nach Analogie der Forderungsübertragung an die Schuldübernahme zu stellen veranlaßt ist, ist die, daß sie ihren thatsächlichen Ausdruck in der Besitzergreifung des Gläubigers dem neuen Schuldner gegenüber gefunden haben müsse. Man wird also erwarten dürfen, daß das römische Recht an den bloßen Consens des Gläubigers zu der Schuldübernahme, insofern darin eine Besitzergreifung dem Schuldner gegenüber nicht liegt, den Schuldübergang noch nicht werde angeknüpft haben.

In diesen Erwartungen sieht man sich aber nun bei näherer Einsicht in die Quellen vollkommen getäuscht. In denselben findet sich die Schuldübernahme überhaupt nicht anerkannt. Auch unter den angegebenen Voraussetzungen hat das römische Recht ihr nicht die Kraft zuerkannt, den Uebergang der Schuld zu bewirken. Der Schuldübernehmer wird nicht Schuldner des Gläubigers; er braucht denselben, wenn er nicht will, nicht zu leisten. Auf der anderen Seite hört aber auch der Ueberweiser nicht auf, Schuldner zu sein. Die hauptsächlichsten Stellen, in denen dieses Recht sich darstellt, sollen hier mitgetheilt werden.

L. 2. C. de her. vel act. vend. (4. 39).

Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venundedisti, tu experiaris suo ordine. — — Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus

hereditariis satisfaciatur, excipere tamen actiones hereditarias invitatus cogi non potest.

Der Verkäufer einer Erbschaft, heißt es hier, kann die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer an den Erbschaftskäufer nicht verweisen. Denn trotz der mit diesem getroffenen Vereinbarung, daß er die Erbschaftsgläubiger befriedigen solle, braucht er gegen seinen Willen den Klagen derselben nicht zu stehen. In der Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer liegt sowohl Consens als Besitzergreifung, — die letztere ganz in derselben Weise, wie in der Klage des Cessionars bei der Cession<sup>3)</sup>; — nichtsdestoweniger soll der Schuldner nicht gebunden sein.

L. 22. C. de don. (8. 54).

Cum res filio tuo emancipato ea conditione, ut creditoribus tuis solveret, te donasse proponas, — creditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio —<sup>4)</sup>.

Hier wird dasselbe für die Schenkung gesagt, und auch hier wird — in den nicht mitgetheilten Worten — der Ueberweiser auf seinen obligatorischen Anspruch gegen den Uebernehmer verwiesen. Ebenso wird es bei der Wittgiftbestellung gehalten.

L. 72. pr. D. de I. D. (23. 3).

Mulier bona sua omnia in dotem dedit. Quaero, an maritus quasi heres oneribus hereditariis respondere cogatur? Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinet, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in repromissione dotis, quam quod superest deducto aere alieno.

In den letzten Worten ist anerkannt, daß die Berichtigung der Schulden durch den Mann auf jeden Fall stillschweigend bedungen und übernommen worden sei; dennoch wird den Gläubigern jeder Anspruch gegen denselben abgesprochen. — Ebensovienig kann durch eine Erbtheilung einer der Erben zum Schuldner auf mehr, als was er nach seinem Erbtheil schuldig ist, gemacht werden.

L. 26. C. de pactis (2. 3).

Pacto successorum debitoris ex lege XII. tabularum aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso

<sup>3)</sup> S. oben S. 143.

<sup>4)</sup> Vergl. I. 28. D. de don. (39. 5).

*iurō divisum, in solidum unum obligare creditori non potest, quod et in honorario succedentibus iure locum habet*<sup>5)</sup> — Dasselbe, was hier von der vertragsmäßigen, wird in l. 3. D. fam. herc. (10. 2) von der richterlichen Erbtheilung gesagt.

Delbrück<sup>6)</sup> hat die Behauptung aufgestellt, daß auch die entgegengesetzte Auffassung, nach welcher die Schulübernahme den Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber bindet, im römischen Recht wenigstens nicht ganz unvertreten sei. Delbrück verweist darauf, daß ein *procurator in rem suam* sowohl für den Beklagten gegeben werden konnte, wie für den Kläger, und fragt: warum hätte es nicht zulässig sein sollen, einen solchen Procurator zu zwingen, den Prozeß zu übernehmen? Einen solchen Zwang findet er in der so eben genannten l. 3. D. fam. herc. wirklich anerkannt. Sehr mit Unrecht. In dieser Stelle ist nicht gesagt, daß in Folge einer vom Richter ausgesprochenen Schulüberweisung die Erbschaftsgläubiger die Ueberwiesenen auch gegen ihren Willen belangen könnten, sondern nur, daß es den eigentlichen Schuldnern freistehe, ihnen die überwiesenen Schuldner im Prozesse als *procuratores in rem suam* entgegenzustellen.

— *Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiendi, tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt*<sup>7)</sup>.

Es ist auch das gar nicht die Entwicklung, die man nach Analogie der Cession zu erwarten berechtigt ist, daß der Uebernehmer gezwungen worden sei, sich *procuratorio nomine*, sondern daß er gezwungen

<sup>5)</sup> Dieser von den Handschriften gegebene Text ist nicht in Ordnung, aber der Sinn leicht zu erkennen.

<sup>6)</sup> Die Uebernahme fremder Schulden S. 124—127.

<sup>7)</sup> Dafür, daß ein solcher Zwang an und für sich zulässig gewesen sei, hat Delbrück sich auch auf den Satz berufen, daß, wer als Procurator klagend auftritt, sich auch im Namen des Vertretenen müsse beklagen lassen, l. 33. §. 3. D. de proc. (3. 3). Aber diese Verpflichtung wird nicht durch Zwang realisiert, sondern durch *denegatio actiones*. L. 43. §. 4. eod.: „*Poena non defendentis procuratoris haec est, ut denegetur ei actio*“. Ebenso l. 5. C. eod. (2. 13). Der Procurator konnte zur Uebernahme des *iudicium* nur gezwungen werden, wenn er bereits *cautio iudicatum solvi* gegeben hatte. Und auch das galt früher nur für den Cognitor, — l. 43. §. 6. l. 45. pr. l. 8. §. 3, l. 15. eod. Das in der in l. 8. §. 3. cit. mitgetheilten Edictsstelle ursprünglich nur vom Cognitor die Rede war, geht nicht bloß daraus hervor, daß nach dem Zeugniß der l. 45. pr. cit. in Betreff des Procurators Sabtnus anderer Meinung war, sondern auch daraus, daß sie von einer durch den *dominus* geleisteten Caution spricht.



worden sei, sich suo nomine mit der utilis actio belangen zu lassen. — Delbrück hat auch noch folgende Stelle geltend gemacht.

L. 2. C. de pactis (2. 3).

Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

Delbrück sagt: allerdings sei hier nur von freiwilliger Uebernahme der Actio die Rede, aber die gegen den Erbschaftskäufer gerichtete Klage erscheine doch an und für sich zulässig, und auch der römische Richter habe die Statthaftigkeit der Klage prüfen müssen. Er meint damit<sup>8)</sup>, daß dem Magistratus die denegatio actionis freigestanden habe. Gewiß; aber der Umstand, daß der Beklagte nicht der rechte Beklagte sei, war für den Magistratus eben kein Grund zur denegatio actionis, wenn der Beklagte sich nicht weigerte, die Actio auf sich zu nehmen. — In einer anderen Beziehung aber zeigt die mitgetheilte Stelle allerdings eine — wenn auch nur entfernte — Annäherung an das eben nach Analogie der Cession vorgezeichnete Recht der Schulübernahme. Wenn der Gläubiger durch die freiwillige Einlassung des Uebernehmers einen Anspruch gegen denselben gewonnen hat<sup>9)</sup>, so soll er sein Forderungsrecht gegen den Schuldner nicht mehr geltend machen können, er soll mit der exceptio taciti pacti zurückgewiesen werden. Es wird also nicht für unmöglich erachtet, daß sein Beitritt zu den Verhandlungen zwischen Ueberweiser und Uebernehmer überhaupt eine Wirkung für ihn habe. Freilich nicht sein Beitritt schlechthin, sondern nur ein besonders qualificirter Beitritt, — und nicht die Wirkung, daß dadurch ein Forderungsrecht für ihn entsteht<sup>10)</sup>, sondern nur die Wirkung, daß dasjenige, welches er hat, untergeht. Aber doch überhaupt eine Wirkung. Aus der bloßen Belangung des Uebernehmers erklärt sich diese Wirkung nicht, sondern nur aus den vorhergegangenen Verhandlungen; das bloße Be-

<sup>8)</sup> Wie aus dem Citat, welches er für seine Behauptung macht, hervorgeht.

<sup>9)</sup> Auch nur dann. L. 40. §. 2. D. pactis (2. 14). „Post divisionem bonorum et aeris alieni singuli creditores a singulis heredibus non interpositis delegationibus in solidum, ut convenerat, *usuras accepaverunt*. Actiones quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non sunt, si non singuli pro fide rei gestae totum debitum singulis offerant“.

<sup>10)</sup> S. die folgende Note.

langen eines Andern als des eigentlichen Schuldners begründet für diesen keine *exceptio pacti*<sup>11)</sup>.

Wie dem auch sein mag, die Wirkung hat auf jeden Fall das römische Recht der Schuldübernahme nicht zugeschrieben, für den Gläubiger eine *Actio* gegen den Uebernehmer zu erzeugen. Das römische Recht hat die vertragsmäßige *Succession* in die passive Seite der *Actio* nicht in gleicher Weise anerkannt, wie die vertragsmäßige *Succession* in die active Seite derselben.

Hier nun ist die Frage nicht abzuweisen, ob denn auch dem heutigen Recht eine eigentliche Schuldübernahme unbekannt sei. Es ist zuzugeben, daß diese Frage, wenn man strenge sein will, eigentlich nicht hierher gehört, da sie mit dem Rechte der *Actio* in keinem Zusammenhange steht. Jedoch liegt sie so nahe, und ist so sehr eine brennende Frage des Tages, daß man, wie mir scheint, dieser Schrift umgekehrt eher aus der Umgehung, als aus der Behandlung derselben, einen Vorwurf machen könnte. Allerdings wird dieselbe sich mit der Feststellung der obersten Grundsätze zu begnügen, und jedes Eingehenauf das Detail zu vermeiden haben.

An die Spitze ist der Satz zu stellen, daß in dem Begriff und Wesen des obligatorischen Rechtsverhältnisses nichts enthalten ist, was der *Succession* in die Schuld entgegenstände. Dies ist oben nachgewiesen worden. Kann, wie gezeigt wurde, das obligatorische Rechtsverhältniß den Wechsel des Subjectes überhaupt überdauern, so muß dies nicht minder für die Person des Schuldners, als für die Person des Gläubigers gelten. Es kommt hinzu, daß wenigstens eine gesetzliche *Succession* in die Schuld — in dem Uebergang der *Actio* — auch vom römischen Rechte anerkannt ist.

Die Frage kann also nur die sein, ob die vertragsmäßige *Succession* in die Schuld darin ein Hinderniß findet, daß sie sich ohne Consens des Gläubigers nicht vollziehen kann. Dies ist von Kunze<sup>12)</sup> behauptet worden. Durch die Anerkennung der Nothwendigkeit, sagt er, daß der Gläubiger durch ausdrückliche Zustimmung der Schuld-

<sup>11)</sup> Er wird nur frei durch *Litiscontestatio*. Auf der anderen Seite würde auch die *Litiscontestatio* in unserem Falle die *exceptio pacti* ausschließen. Es ist also anzunehmen, daß in demselben vorausgesetzt werde, es sei nur zur *cautio iudicatum solvi* gekommen.

<sup>12)</sup> Die *Obligation* S. 324. 325. Kunze wendet sich hier speciell gegen die Darstellung dieses Verhältnisses, welche ich in der Münchener kritischen Ueberschau I. S. 43 fg. gegeben habe.

übernahme beitrete, gebe man den Begriff der Singularsuccession im Grunde wieder auf. Den Beweis für diese Behauptung ist Kunze schuldig geblieben. Denn wenn er hervorhebt, es leuchte ein, wie schwerfällig eine solche Singularsuccession practisch sein müsse, welche nicht zwischen Auctor und Successor allein herbeigeführt werden könne, so wird er das selbst nicht für einen Beweis ausgeben wollen. — Es ist aber zu erwägen, ob nicht gesagt werden müsse, daß die nöthige Zustimmung des Gläubigers die Singularsuccession deswegen ausschliesse, weil durch dieselbe ein Vertrag mit dem Uebernehmer zu Stande komme, durch diesen Vertrag aber eine neue Obligation. Es kann nun auch in keiner Weise geleugnet werden, daß durch den Beitritt des Gläubigers zur Schuldübernahme ein Vertrag zwischen demselben und dem Uebernehmer wirklich zu Stande kommt; es liegt jetzt eine übereinstimmende Willenserklärung vor, dahin gehend, daß Jener Gläubiger, Dieser Schuldner sein solle. Aber es ist nicht einzusehen, warum durch diesen Vertrag, gegen die Absicht der Partheien, nothwendigerweise eine neue Obligation entstehen müßte, warum er nicht mit Wirksamkeit darauf sollte gerichtet werden können, daß die bestehende Obligation auf den Uebernehmer übergehen, daß der Grund seiner Verhaftung fortwährend die frühere Rechtspflicht, das frühere Verpflichtetsein, und nicht ein durch den Vertrag erzeugtes neues, sein solle. Ist es überhaupt möglich, daß die obligatorische Rechtssubstanz die Person des Schuldners überdauere, so kann die Fortdauer derselben in der Person eines andern Schuldners auch den Gegenstand eines rechtlich wirksamen Vertrages bilden.

Hiernach ist auszusprechen, daß kein Grund vorhanden ist, warum im heutigen Rechte die Singularsuccession in die Schuld nicht ebenso wohl anerkannt werden sollte, wie die Singularsuccession in das Forderungsrecht. Es ist aber zu untersuchen, ob dieselbe nicht an die Voraussetzung zu binden sei, daß der Gläubiger seinen Beitritt unmittelbar bei und zu der Schuldübernahme erklärt habe. Es könnte nämlich Jemand behaupten wollen, daß in anderer Weise der Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer, welcher nothwendig ist, damit die Schuldübernahme sich vollziehe, nicht zu Stande kommen könne. Eine solche Behauptung würde aber ungegründet sein. Daß ein Vertrag nicht gleichzeitige Willenserklärung der contrahirenden Partheien voraussetzt, bedarf keiner Bemerkung. Es kann aber ferner nach heutigem Rechte auch das nicht für nöthig erachtet werden, daß der Wille, sich einem bestimmten Menschen binden zu wollen, gerade diesem gegenüber ausgesprochen werde. Wenn er nur überhaupt

ausgesprochen worden ist, und er wird dann von Demjenigen, zu dessen Gunsten er ausgesprochen worden ist, ergriffen, in der Absicht, ihn festzuhalten, so erkennt das heutige Recht einen Vertrag an. Dies ist freilich weit davon entfernt, unbestritten zu sein; es kann aber auf diese Frage an diesem Orte nicht näher eingegangen werden. Hier ist nur darauf hinzuweisen, daß von der bejahenden Beantwortung dieser Frage zwar nicht die Anerkennung der Singularsuccession in die Schuld überhaupt, aber doch die Anerkennung derselben in den bei weitem wichtigsten, weil häufigsten, Fällen, wo nämlich der Beitritt des Gläubigers nicht sogleich bei der Schuldübernahme erfolgt, sondern erst hinterher erklärt wird, abhängt. Daß das römische Recht die aufgeworfene Frage verneint, ist unzweifelhaft, und ich sehe hierin den hauptsächlichsten Grund, warum in demselben die utilis actio gegen den Schuldübernehmer nicht ebenso zur Geltung gekommen ist, wie die utilis actio gegen den debitor cessus. Nur freilich kann dies der einzige Grund nicht sein, da sonst das römische Recht die utilis actio für den Fall des unmittelbaren Beitritts des Gläubigers hätte zulassen müssen. Nun ist zwar wahr, daß sich in unseren Quellen keine Stelle findet, wodurch sie auch für diesen Fall ausdrücklich ausgeschlossen würde; aber ich weiß nicht, ob Jemand so weit wird gehen wollen, aus diesem Schweigen zu schließen, daß das römische Recht in demselben die utilis actio für zulässig erachtet habe. Es muß daher die Erwägung zur Hülfe genommen werden, wie dies auch schon von Anderen geschehen ist<sup>12)</sup>, daß das Bedürfnis des Lebens viel nachdrücklicher die Möglichkeit eines Verkehrs mit Forderungsrechten, als die Möglichkeit, die Schuld auf einen Andern übertragen zu können, fordert<sup>13)</sup>.

<sup>12)</sup> Kunze a. a. D. S. 303.

<sup>13)</sup> Das römische Recht hat sich hier mit der Novation begnügt. In Einer Beziehung aber hat es dem Bedürfnis, trotz des Wechsels des Schuldners das frühere Rechtsverhältnis festhalten zu können, Rechnung getragen, allerdings mit einem bedenklichen Durchbruch der Consequenz. Es soll bei der Novation ausgemacht werden können, daß das frühere Pfandrecht fortbauere. Es ist dies zwar nur für den Fall ausdrücklich anerkannt, wo die Personen der Partbeien dieselben bleiben, l. 3. pr. l. 12. §. 5. D. qui pot. (20. 4). Es ist aber nicht abzusehen, warum es, wenn in diesem Falle, nicht auch in dem entgegengesetzten zulässig sein sollte, da die Schwierigkeit nicht in dem Wechsel der Subjecte, sondern in dem Wesen der Novation als solcher, liegt. Vergl. auch l. 11. §. 1. de pign. act. (13. 7.), wo von der Novation im Allgemeinen die Rede ist, so aber, daß allerdings die Möglichkeit der Erklärung bleibt, daß nicht sowohl Fortbauer desselben Pfandrechts, als vielmehr Begründung eines neuen angenommen wird.

Damit nun aber im einzelnen Falle ein Uebergang der Schuld angenommen werden könne, ist erforderlich, daß der mit dem Schuldner Contrahirende auch wirklich den Willen gehabt habe, sich dem Gläubiger zu binden, und nicht bloß den Willen, eine Verpflichtung gegen den Schuldner einzugehen. Hat er sich nur verbindlich machen wollen, diesem von dem Gläubiger Befreiung auszuwirken, und ihn gegen die Forderung desselben zu vertreten, so liegt eine Schuldübernahme in dem Sinne, in welchem hier von derselben die Rede ist, nicht vor. Ob der Schuldner das Eine oder das Andere gewollt habe, kann in einem gegebenen Falle möglicherweise schwer zu erkennen sein, und ohne Zweifel ist dies diejenige Seite des Rechtes der Schuldübernahme, welche am Meisten geeignet ist, Schwierigkeiten zu machen, und am Meisten der aus helfenden Hand von Doctrin und Praxis bedarf. Es wird die Aufgabe derselben sein müssen, zu versuchen, ob sich nicht in der Natur der einzelnen Lebensverhältnisse, bei denen ein Vertrag über Uebernehmung von Schulden vorzukommen pflegt, ein Anhalt für den präsumtiven Willen der Partheien finden läßt. Läßt sich aber in einem gegebenen Falle zu einer sicheren Entscheidung nicht gelangen, so wird man nicht das Mehr, sondern das Mindere anzunehmen haben, d. h. man wird dabei stehen bleiben müssen, daß der mit dem Schuldner Contrahirende sich nur diesem habe verbindlich machen wollen. Dies hat er gewiß gewollt, wenn er überhaupt etwas gewollt hat; daß er sich auch zum Schuldner des Gläubigers habe machen wollen, muß erst dargethan werden.

Ein neuerer Schriftsteller <sup>14)</sup> hat die Behauptung aufgestellt, in der Schuldübernahme könne der Wille, sich dem Gläubiger binden zu wollen, nur dann gefunden werden, wenn dieselbe zur Bedingung eines Erwerbes gemacht worden sei, und dieser Erwerb sich für den Uebernehmer wirklich vollzogen habe. Er hat mit dieser Behauptung die andere in Verbindung gebracht, daß in einem solchen Falle der eigentliche Grund des Schuldüberganges nicht sowohl in dem Willen des Uebernehmers, als vielmehr darin zu suchen sei, daß derselbe den betreffenden Erwerb gemacht habe <sup>15)</sup>. Diesen letzteren Gedanken hat auch Kunze <sup>16)</sup> sich angeeignet, und ihn dahin formulirt, daß das

<sup>14)</sup> Hinrichs, in einer Anzeige der Delbrück'schen Schrift über die Schuldübernahme in der Kieler allgemeinen Monatschrift für 1853. S. 685 fg.

<sup>15)</sup> A. a. O. S. 692—694.

<sup>16)</sup> Die Obligation S. 328. 329.

Gesetz dem Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Schuldübernehmer gebe, welcher die connexe Sache in Händen habe. Durch die Einführung dieses letzteren Begriffes, welcher sich bereits im Prozeßrechte hinlänglich als unbrauchbar erwiesen hat, hat jener Gedanke an Faßbarkeit und Präcision nicht das Mindeste gewonnen. Auch abgesehen hiervon entbehrt er aller inneren und äußeren Begründung: wer will es unternehmen, zu beweisen, daß nach römischem Recht der Käufer der verpfändeten Sache eben dadurch auch Schuldner werde? Also kommt es nicht auf den Erwerb, sondern auf die Uebernahme an. Was aber die Behauptung angeht, daß die Uebernahme nur in Verbindung mit dem Erwerbe den Uebernehmer zum Schuldner zu machen vermöge, — eine Behauptung, welcher in dieser Allgemeinheit Runke nicht beigetreten ist, welche aber, wie es scheint, auch ihr Urheber nicht als ganz unbedingte hat hinstellen wollen, — so ist für dieselbe ebenso wenig ein Grund ersichtlich. Warum sollte nicht Jemand ebenso den Willen haben können, ohne Entgelt, als gegen Entgelt einem Andern seine Schuld abzunehmen? Daß aber, wo er das gegen Entgelt thut, sein Wille nur darauf gerichtet sein könne, bloß dann Schuldner des Gläubigers zu werden, wenn der Entgelt in sein Vermögen gekommen sein werde, bedarf eigentlich gar keiner Widerlegung. Mit demselben Rechte könnte man behaupten, es sei unmöglich, daß der Käufer den Willen haben könne zu zahlen, bevor er zum Eigenthümer der gekauften Sache gemacht worden sei.

Mit diesen Beschränkungen der Schuldübernahme ist es also Nichts. Dagegen wird man meiner Ansicht nach für das heutige gemeine Recht zu behaupten haben, daß dieselbe sich nicht schon durch den Beitritt des Gläubigers überhaupt, sondern erst durch einen solchen Beitritt vollzieht, in welchem eine Besitzergreifung dem neuen Schuldner gegenüber liegt, mit anderen Worten, daß der Beitritt diesem letzteren gegenüber erklärt sein müsse. Dafür spricht, wie schon oben bemerkt wurde, die Analogie der Cession, welche das heutige gemeine Recht festzuhalten verpflichtet ist. Bis der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er ihn fortan als seinen Schuldner haben wolle, ist das Rechtsverhältniß, welches stattfindet, vollkommen demjenigen entsprechend, welches bei der Cession vor der Denuntiation vorhanden ist. Wie hier sowohl der Cedent als der Cessionar den Schuldner belangen kann, so kann sich bei der Schuldübernahme der Gläubiger sowohl an den Ueberweiser als an den Uebernehmer halten. Wie die Denuntiation dort die Bedingung des Uebergangs des Forde-

rungsrechtes ist, so ist sie — es ist kein Grund vorhanden, den gleichen Ausdruck nicht auch hier zu gebrauchen — hier Bedingung des Uebergangs der Schuld.

Man kann nun noch die Frage aufwerfen: wie ist es, wenn der Schuldübernehmer, ehe der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er ihn als Schuldner haben wolle, und ihn dadurch zu seinem Schuldner wirklich gemacht hat, seinen Willen zurückzieht? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man der Ansicht ist, daß nach heutigem Recht eine Obligation im Stande sei, einen Willen festzuhalten, der nicht zu Gunsten des Gläubigers dieser Obligation erklärt worden ist. Es ist dies der zweite Punkt, bei dem sich dasjenige, was man die Lehre vom Vertrage zu Gunsten eines Dritten genannt hat, für das Recht der Schuldübernahme als maßgebend erweist<sup>17)</sup>. Unsere Darstellung muß hier, wie an jenem frühern Orte, das Eingehen auf diese Frage ablehnen.

Die Grundsätze, welche im Vorstehenden für die Schuldübernahme aufgestellt worden sind, sind im Wesentlichen dieselben, welche ich bereits früher an einem andern Orte<sup>18)</sup>, bei Gelegenheit einer Besprechung von Delbrück's Schrift über die Schuldübernahme, geltend gemacht habe. Diese Schrift hat sich das große, seitdem auch vielfach anerkannte, Verdienst erworben, zuerst die Schuldübernahme als selbständiges Rechtsinstitut hingestellt, und damit der Singularsuccession in Obligationen überhaupt diejenigen Rechte vindicirt zu haben, welche ihr zukommen. Gegen die Art und Weise aber, wie Delbrück die Singularsuccession in Obligationen rechtfertigt, habe ich mich sowohl an dem angeführten Orte, als auch bereits oben in dieser Schrift erklärt, so daß dieser Punkt nicht weiter erörtert zu werden braucht. Das Resultat, zu welchem Delbrück durch seine Auffassung der Singularsuccession in Obligationen für die Schuldübernahme gelangt, ist, daß der Uebernehmer nicht statt des Ueberweisers Schuldner wird, sondern neben demselben. Dieses Resultat steht in directem Widerspruch mit der Intention des Geschäftes.

<sup>17)</sup> Die Lehre vom Vertrage zu Gunsten eines Dritten hat zwei Fragen zu beantworten. 1) Kann der Wille, Schuldner zu werden, einem Andern als Demjenigen gegenüber, dessen Schuldner man werden will, ausgesprochen werden, so daß dieser dennoch durch Acceptation Gläubiger werden kann? 2) Vermag dieser Andere den Willen, der sich unterworfen hat, bis zur Acceptation durch den Gläubiger festzuhalten?

<sup>18)</sup> Münchener kritische Ueberschau I. Nr. 2.

Man kann daran zweifeln, ob der Uebernehmer überhaupt Schuldner des Gläubigers des Ueberweisers werden wolle, daß er aber, wenn er es will, nur in der Weise Schuldner werden will, daß Jener aufhört, es zu sein, darüber scheint mir gar nicht gestritten werden zu können. Kunze, der Delbrück's Grundauffassung ausführlich bekämpft, stimmt in diesem Punkte mit ihm überein<sup>19)</sup>. Kunze verwerthet auch für die Schuldübernahme seine Idee von dem Ueberwachsen der Obligation auf ein anderes Subject, läßt dasselbe aber hier in der Weise stattfinden, daß die Stammobligation nicht abstirbt, der Urschuldner also fortfährt, Schuldner zu sein<sup>20)</sup>.

## §. 22.

### V. Uebergang der Actio. — 4. Actio in rem.

Von dem Uebergange der actio in rem ist im Vorstehenden bereits geredet worden, sowohl von dem vollständigen und den Inhaber des dinglichen Rechts der Actio ganz beraubenden Uebergang, welcher ein anderer Ausdruck für den Uebergang des dinglichen Rechtes selbst ist, als von demjenigen Uebergang, welcher, indem er auch für das Gericht die dingliche Berechtigung des bisherigen Inhabers bestehen läßt, wie bei der Uebertragung eines Nießbrauches, ein eigenthümliches Rechtsverhältniß begründet<sup>1)</sup>. Wenn ich auf diesen Gegenstand hier noch einmal zurückkomme, so hat das seine hauptsächlichste Veranlassung in der neuen Anregung, welche derselbe durch einen erst nach Abschluß des Vorstehenden in meine Hände gelangten Aufsatz Jhering's<sup>2)</sup> erhalten hat. Dieser Aufsatz beschäftigt sich jedoch nicht mit dem Uebergang der Actio in rem im Allgemeinen, sondern speciell mit dem Uebergang der rei vindicatio, und auf diese will denn auch ich im Folgenden meine Rede richten.

Jhering hat sich in dem bezeichneten Aufsätze das Verdienst erworben, auf zwei Punkte aus der Lehre von der rei vindicatio utilis, d. h. der dem Nichteigenthümer gegebenen rei vindicatio, aufmerksam gemacht zu haben, von denen der eine bisher ganz übersehen,

<sup>19)</sup> A. a. O. §. 77—79.

<sup>20)</sup> Daselbst §. 82. 83.

<sup>1)</sup> S. 135 fg.

<sup>2)</sup> In seinen und Gerber's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts I. S. 101 fg.



der zweite zu wenig beachtet worden ist. Der erste dieser Punkte ist folgender. Es kommt in unseren Quellen eine *rei vindicatio utilis* vor, welche dem Nichteigenthümer nur gegen Denjenigen gegeben wird, gegen den er einen obligatorischen Anspruch hat. Mit andern Worten: nur diesem gegenüber wird ihm die Befugniß gegeben, als Eigenthümer aufzutreten, so daß diese Befugniß hier nichts ist, als eine besondere Gestaltung seines obligatorischen Anspruchs. Anwendungen dieses Verhältnisses, welche ich für sicher halte, sind folgende.

1) Dem Eigenthümer einer Tafel, auf welche ein Anderer ein Gemälde gemalt hat, wird gegen den besitzenden Maler die *utilis rei vindicatio* gegeben, ebenso dem Eigenthümer eines Baumes, welchen ein Anderer in sein Grundstück eingepflanzt hat<sup>3)</sup>. Von der andern Seite wird ausdrücklich anerkannt, daß der Eigenthümer des Baumes durch die Einpflanzung desselben sein Eigenthum verloren habe, wie das ja auch nicht anders sein kann, da der Baum nach seiner Zusammenwachsung mit dem Grundstück als besondere Sache gar nicht mehr existirt, sondern nur noch als Theil des Grundstückes vorhanden ist<sup>4)</sup>, — und dem Maler wird nicht nur auf die bemalte Tafel die *directa rei vindicatio* zugesprochen, sondern er kann auch, wenigstens nach Justinian's Entscheidung, die *utilis rei vindicatio* des Eigenthümers der Tafel durch Herausgabe ihres Werthes von sich abwenden. So ergibt sich also die *utilis rei vindicatio* des bisherigen Eigenthümers der Tafel und des Baumes als ein Anspruch auf Ersatz ihres Werthes, dem aber der Besitzer durch Herausgabe der Sache selbst entgegen kann. Das römische Recht hat nur den Ausdruck umgekehrt, und gesagt: der Besitzer muß das Gemälde und den Baum herausgeben, wenn er nicht den Werth desselben ersetzen will. Es scheint mir unzweifelhaft, daß es hierbei bloß durch den Wunsch geleitet worden ist, einen Anspruch, der sich ihm als billig darstellte, unter eine der hergebrachten Actionenformen unterzubringen. Spätere Juristen halfen sich in Fällen dieser Art auf directem Wege durch Annahme einer *actio in factum*<sup>5)</sup>.

2) Die l. 55. D. de don. i. v. e. u. (24. 1) gibt der Frau

<sup>3)</sup> L. 9. §. 2. D. de A. R. D. (41. 1), §. 34. J. de R. D. (2. 1), l. 5. §. 3. D. de R. V. (6. 1). Siehe über diese beiden Fälle Fhering a. a. D. S. 138—140. 165. 171. 172.

<sup>4)</sup> Vergl. l. 9. §. 2. D. de damno inf. (39. 2).

<sup>5)</sup> l. 23. §. 5. D. de R. V. (6. 1). Fhering a. a. D. S. 170. 171.

auf die Sachen, welche der Mann mit dem ihm von ihr geschenkten Gelde angeschafft hat, beim Concurse des Mannes eine utilis in rem actio. Diese utilis in rem actio ist aber nicht bloß auf den Fall des Concurse, sondern auch auf die Person des Mannes zu beschränken, weil die Frau, wenn ihr gegen Dritte zu klagen gestattet wäre, leicht mehr erhalten könnte, als sie geschenkt hat, was doch nach der Erklärung gerade der l. 55. cit. nicht stattfinden soll. Der Frau wird also hier lediglich das Recht beigelegt, für den Anspruch, der ihr auf Erstattung des geschenkten Geldes zusteht, beim Concurse des Mannes sich aus den mit diesem Gelde angeschafften Sachen vor allen andern Gläubigern befriedigen (als Vindicantin auftreten) zu können<sup>6)</sup>.

Außer diesen Fällen führt nun aber Ihering noch eine ganze Reihe von anderen auf, in denen nach seiner Behauptung ebenfalls die rei vindicatio utilis nur eine andere Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs sein soll, — eine Form, deren Vortheile er theils wieder in der Bevorzugung des Gläubigers beim Concurse, theils aber auch (nach classischem römischem Recht) in der Zulassung desselben zum iusiurandum in litem für den Fall der Weigerung des Schuldners, die Sache selbst herauszugeben, erblickt. Diese Fälle sind folgende:

- 1) die utilis rei vindicatio des Schenkers bei Nichterfüllung einer auf die Schenkung gelegten Alimentenaufgabe, l. 1. C. de don. quae sub modo (8. 55);
- 2) die utilis rei vindicatio auf die Brautgeschenke beim Rücktritt des beschenkten Verlobten, l. 15. C. de don. a. n. (5. 3);
- 3) die utilis rei vindicatio auf das auf Todesfall Geschenke in Folge Widerrufs der Schenkung, l. 29. D. de m. c. don. (39. 6.);
- 4) die utilis rei vindicatio der Frau auf die dos nach Auflösung der Ehe, l. 30. C. de I. D. (5. 12);
- 5) die utilis rei vindicatio des Soldaten auf die mit seinem Gelde von seinem Geschäftsführer gekauften Sachen, l. 8. C. de rei vind. (3. 32);
- 6) die utilis rei vindicatio des Mündels auf die mit seinem Gelde vom Vormund gekauften Sachen, l. 2. D. quando ex facto (26. 9).

Ich muß nun aber gestehen, daß Ihering's Ausführungen nicht

<sup>6)</sup> Ihering a. a. O. S. 133—138.

vermocht haben, mir eine sichere Ueberzeugung davon zu geben, daß auch in allen den hier genannten Fällen die *utilis rei vindicatio* dem Nichteigenthümer in der oben bezeichneten beschränkten Bedeutung zugesprochen werde, und daß sie nicht als Ausdruck des Ueberganges des vollen Rechtes, wie die *utilis rei vindicatio* des bonitarischen Eigenthümers, zu fassen sei. Obgleich ein näheres Eingehen auf diesen Punkt durch die Aufgabe der vorliegenden Schrift nicht geboten ist, so mag es mir doch gestattet sein, daß ich meine hauptsächlichsten Zweifelsgründe kurz angebe.

1) Ihering beruft sich vor allen Dingen darauf, daß die *utilis rei vindicatio* des die Schenkung wegen Nichterfüllung der Alimentenaufgabe rückfordernden Schenkers in l. 1. C. de don. quae sub modo als eine *Actio* definiert werde, „*qua dominium pristinum restituitur*“. Er versteht diese Worte dahin, daß sie eine Klage auf Rückübertragung des Eigenthums bezeichnen sollen. Gegen diese Erklärung ist aber zu erinnern, daß auch die dem Schenker zustehende *condictio* eine Klage auf Rückübertragung des Eigenthums ist, während die angegebenen Worte doch gerade die Eigenthümllichkeit der *utilis rei vindicatio* im Gegensatz zu der *condictio* zu bezeichnen bestimmt sind. Hierzu kommt, daß der Ausdruck „*restituere dominium*“ statt „*restituere rem*“, von der Parthei gebraucht, auf jeden Fall ungewöhnlich ist, und von der Wiederherstellung eines Rechtes regelmäßig nur da gesprochen wird, wo sie durch den Magistrat erfolgt. Alles dieses zusammengenommen, läßt folgende Erklärung der fraglichen Worte, wenigstens als mögliche, wenn nicht als vorzuziehende erscheinen: eine Klage, in welcher, d. h. durch deren Verleihung, das verlorene Eigenthum wiederhergestellt wird.

2) Was speciell den Rückfall der Dos an die Frau nach aufgelöster Ehe angeht, so macht Ihering geltend, daß der Frau in der l. 30. C. de I. D. die *rei vindicatio* und die *hypothecaria actio*, nicht aber, wie man es gewöhnlich fasse, die eine oder die andere Klage zur Auswahl gegeben werde. Es scheint mir aber aus dem Folgendem: „*ut... per utramque viam sive in rem sive hypothecariam plenissime ei consulatur*“ unzweifelhaft hervorzugehen, daß Justinian sich beide Klagen allerdings als sich gegenseitig ausschließend gedacht habe. Wenn sodann Ihering sich darauf beruft, daß, indem Justinian das Eigenthum der Frau nur vom natürlichen Standpunkte zu behaupten wage, er es vom juristischen verneine, so ist darauf zu antworten, daß er in der Gewährung der *Actio in rem* sich eben auf den natürlichen Standpunkt stellt, und diesen zur Gel-

tung bringt. Darauf aber, daß er der Frau diese Klage „in rebus quasi propriis“ gibt, worauf Ihering großes Gewicht legt, darf meiner Ansicht nach keines gelegt werden; in zahlreichen Fällen entspricht das quasi der Quellen nicht unserem Worte „gleichsam“ sondern legt einem Dinge geradezu eine bestimmte Eigenschaft bei, und ist ohne Weiteres mit „als“ zu übersetzen<sup>7)</sup>. Der Ausdruck „sicut tamen exstant“ kann sehr wohl auf die Zeit der Auflösung der Ehe („post dissolutum matrimonium“) bezogen werden, so daß er sagen will, daß zu dieser Zeit Vorhandene (noch im Vermögen des Mannes Befindliche) falle in das Vermögen der Frau. Für Ihering's Meinung spricht, daß der Frau die Actio in rem auch auf die res aestimatae, also auch auf die venditionis causa aestimatae, gegeben wird; gegen ihn aber wieder, daß am Schlusse der Stelle gesagt wird, gegen die Frau laufe jede Verjährung, und so auch die Usucapion, erst von dem Augenblicke an, wo sie klagen könne: der Pfandklage aber kann die Usucapion, welche in der Stelle von der longi temporis praescriptio ausdrücklich unterschieden wird, nicht entgegengesetzt werden, und der im Besitze der Dos bleibende Mann kann nicht usucapiren; sie setzt also eine Eigenthumsklage gegen dritte Besitzer voraus.

3) In l. 2. D. quando ex facto tutoris (26. 9) wird die utilis actio, welche dem Mündel auf die mit seinem Gelde gekauften Sachen gegeben wird, zusammengestellt mit der utilis actio, welche er aus einem vom Vormunde bei der Verwaltung seines Vermögens gegebenen Darlehn verlangen kann. Diese letztere utilis actio aber ist der Ausdruck des übergegangenen Forderungsrechts<sup>8)</sup>; die Folgerung ist nicht abzuweisen, daß auch die utilis rei vindicatio der Ausdruck des übergegangenen Eigenthums sei. Allerdings tritt dieser Uebergang, wie auch der der Obligation, erst mit der Beendigung der Vormundschaft, nicht also sogleich mit dem Ankauf, ein. Die l. 6. C. de servo pign. (7. 8), worauf sich Ihering beruft, bezieht sich auf die Zeit nach beendigter Vormundschaft nicht. —

<sup>7)</sup> Vergleiche statt vieler Stellen l. 5. §. 4. D. de lib. leg. (34. 3). „Idem Iulianus scripsit, si pro alio pater fideiusserit, eique liberatio sit legata, eum pacto liberandum quasi fideiussorem, non quasi patrem, et ideo de peculio posse conveniri; hoc ita demum putat, si duntaxat quasi fideiussorem eum voluit testator liberari: caeterum si et quasi patrem, et de peculio erit liberandus“.

<sup>8)</sup> Wie die utilis actio gegen den Pupillen der Ausdruck der übergegangenen Schuld ist, — l. 1. C. quando ex facto tutoris (5. 39), l. 8. D. eod. (26. 9). Vergl. l. 2. pr. de admin. tut. (26. 7).

Der zweite Punkt, auf welchen Ihering in dem bezeichneten Aufsatz die Aufmerksamkeit gelenkt hat <sup>9)</sup>, und von dem er mit Recht sagt, daß er bisher nur eine stiefmütterliche Behandlung gefunden habe, ist die Cession der rei vindicatio, d. h. die Uebertragung der rei vindicatio durch Rechtsgeſchäft. Die Quellen sprechen von dieser Cession <sup>10)</sup>, ohne die für sie maasgebenden Grundsätze anzugeben, und Ihering hat es sich zur Aufgabe gestellt, diese Lücke auszufüllen. Er befolgt dabei, wie es nicht anders sein kann, die Analogie der Cession der persönlichen Klage. Es entsteht nun zuerst die Frage, ob das römische Recht auch hier über den Mandatsstandpunkt hinausgekommen ist, die Cession von den durch die Grundsätze des Mandats gegebenen Beschränkungen frei gemacht hat. Ihering sieht die Bejahung dieser Frage als sich von selbst verstehend an, und in der That ist an derselben nicht zu zweifeln. Nicht nur war das Institut, so lange ihm jene Beschränkungen anklebten, für den Verkehr ganz unbrauchbar, sondern es wird auch in l. 9. C. de her. vel act. vend. (4. 39) dem Käufer einer in rem actio geradezu eine utilis actio zugesprochen. Bei Bestimmung des Wesens dieser utilis actio schließt sich Ihering der Buchta'schen Auffassung an, und erklärt sie demgemäß für ein Klagerrecht des Cedenten, welches der Cessionar vermöge eigenen Rechtes ausübe. Von dem Standpunkte aus, den ich oben als den richtigen nachzuweisen versucht habe, werden wir zu sagen haben, daß die utilis rei vindicatio eine eigene Actio des Cessionars sei, wie denn auch die citirte l. 9. C. ausdrücklich sagt, daß er „suo nomine“ klagen könne. Wie dem Cessionar in der utilis in personam actio ein eigener Anspruch auf die Leistung, welche den Inhalt der Obligation des Cedenten bildet, gegeben wird, so in der utilis rei vindicatio ein eigener Eigenthumsanspruch, d. h. ein eigenes Recht, das Eigenthum des Cedenten für sich geltend machen zu dürfen. Nach Analogie des für die Cession des persönlichen Anspruchs Geltenden werden wir aber zu behaupten haben, daß der Cessionar auch den

<sup>9)</sup> S. 104—120.

<sup>10)</sup> In folgenden Anwendungen: a) Abtretung der rei vindicatio an Denjenigen, der für die ihm abhanden gekommene Sache dem Eigenthümer Ersatz geleistet hat, l. 63. D. de R. V. (6. 1), l. 25. §. 8. D. loc. (19. 2). 2) Abtretung der rei vindicatio durch den Eigenthümer, der die Sache leisten soll, aber sie ohne seine Schuld aus seinem Besiz verloren hat, l. 21. D. de R. V. (6. 1), §. 3. I. de omt. (3. 24), l. 14. pr. D. de furtis (47. 2), l. 39. D. de don. i. v. a. u. (24. 1). 3) Verkauf der actio in rem, l. 9. C. de her. vel act. vend. (4. 39).

Eigenthumsanspruch nicht schon durch die Cession selbst unverbringlich erwerbe, sondern daß zu diesem Ende ein Anderes hinzukommen müsse. Die Frage, welches dieses Andere sei, soll sogleich beantwortet werden; betrachten wir vorher näher die Lage des Cessionars, bevor es hinzugekommen ist. Da der Eigenthumsanspruch ihm noch nicht erworben ist, so kann der Cedent denselben nicht nur auf indirectem Wege, durch Veräußerung seines Eigenthums, vereiteln, sondern er kann auch die dem Cessionar gemachte Verleihung durch einfachen Widerruf zurücknehmen. Dies Letztere will Thering nicht anerkennen; ich habe in dieser Beziehung auf die oben <sup>11)</sup> gemachte Ausführung zu verweisen. Wodurch nun wird dem Cessionar die *rei vindicatio utilis*, der Eigenthumsanspruch, wirklich erworben? Der persönliche Anspruch wird ihm, wie oben gezeigt worden ist, durch Besignahme desselben erworben, welche sowohl durch Erhebung der Klage, als auch durch außergerichtliche Verhandlung mit dem Schuldner (Denuntiation) geschehen kann. Thering will hier bloß der Erhebung der Klage Wirkung beilegen, nicht auch der Denuntiation. Sein Hauptgrund ist der, weil die Denuntiation keine Consequenz des reinen Cessionsbegriffes, sondern eine Abweichung von demselben sei. Diese Auffassung gehört ganz dem Standpunkte an, von dem aus die Cession als Ertheilung der Befugniß zur Ausübung eines Klagerichts des Cedenten erscheint: sieht man in ihr eine Abtretung des Anspruches, so stellt es sich umgekehrt als natürlich dar, daß auf die Geltendmachung desselben als solche, und nicht bloß auf Eine Art und Weise der Geltendmachung Gewicht gelegt werde. Thering weist auch darauf hin, daß bei der Cession der persönlichen *Actio* die Anerkennung der Denuntiation durch den Zweck der Cession, Vermittlung der Uebertragung der Forderung, geboten gewesen sei; während die Uebertragung des Eigenthums auf directem Wege geschehen könne. Gewiß besteht in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen der Cession der *actio in personam* und der *actio in rem*; aber in den Fällen, in welchen die Uebertragung des Eigenthums aus factischen Gründen nicht möglich ist, ist doch wieder die Uebertragung des Anspruches das einzige Surrogat, und wenn der Cessionar sich in dem Haben desselben nur dadurch sichern kann, daß er ihn gerichtlich beitreibt, so bleibt das Bedürfniß des Verkehrs in einem eminenten Grade unbefriedigt. Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, daß wir die in den Quellen für die persönliche *Actio* anerkannte Denuntiation auch auf die dingliche zu er-

<sup>11)</sup> S. 191.

strecken, und daher den Satz aufzustellen haben, daß auch die letztere durch jede Inbesitznahme dem Cessionar definitiv erworben werde. Das Verhältniß, in welchem sich der Cessionar nach dem definitiven Erwerbe derselben befindet, bestimmt sich ebenfalls leicht nach Analogie der Cession der persönlichen Actio. Alle Dispositionen des Eigenthümers, und alle Schicksale, welche von nun an das Eigenthum in seiner Person erleidet, müssen für den Eigenthumsanspruch des Cessionars ebenso gleichgültig sein, wie die Dispositionen des Gläubigers und die Schicksale der Obligation. Allerdings aber erlangt der Cessionar durch Geltendmachung seines unverbringlichen Eigenthumsanspruches nur den Besitz der Sache, nicht Eigenthum, Eigenthum nur dadurch, daß zur Zeit, wo er den Besitz der Sache erlangt, sowohl der Wille des Cedenten, daß er Eigenthümer werden solle, als dessen Macht, ihn zum Eigenthümer zu machen, d. h. sein eigenes Eigenthum, fortzuauere. Fehlt es an dem Einen oder dem Anderen, so wird der Cessionar nur Besitzer, und hat in Betreff des Eigenthums lediglich einen obligatorischen Anspruch<sup>12)</sup>. — Es ist zum Schluß noch die Bemerkung hinzuzufügen: daß die Ueberlassung einer rei vindicatio natürlich auch in dem Sinne erfolgen kann, daß der Cessionar nach der Absicht des Cedenten ein eigenes Recht nicht erwerben soll. In diesem Falle ist es wirklich eine fremde Actio, welche der Cessionar ausübt, er ist nichts als Mandatar, und seine rechtliche Stellung unterliegt daher auch allen Beschränkungen, die für den Mandatar gelten. Welchen Sinn die Cession in einem jeden einzelnen Fall habe, ist natürlich eine rein factische Frage. Zweifelhaft kann ihre Beantwortung z. B. in dem Falle sein, wo der Vermiether oder der Verleiher dem Miether oder Commodatar seinen Eigenthumsanspruch einräumt, und ihm überläßt, sich mit Hülfe desselben die Detention der Sache selbst zu verschaffen. Ihering behandelt diese Cession als Cession zu eigenem Recht; ich bin eher geneigt, das Gegentheil anzunehmen.

### §. 23.

## Schluß.

Ich beschließe meine Darstellung der Lehre von der Actio mit zwei Bemerkungen.

Die erste ist eine systematologische. Ist der Grundgedanke der vorliegenden Schrift richtig, so muß dasjenige Kapitel, welches in un-

<sup>12)</sup> Vergl. Ihering S. 116.

feren Systemen den Schluß des sogenannten allgemeinen Theils bildet, eine ganz andere Gestalt annehmen, als ihm jetzt allgemein gegeben wird. Die Bestimmung desselben bezeichnet Savigny<sup>1)</sup> folgendermaßen: es solle die Veränderungen angeben, welche in dem Bestande (Inhalt und Dasein) des Rechtes theils durch die Verletzung, theils durch die zur Bekämpfung der Verletzung bestimmten Anstalten entstanden. Dieser Ausgangspunkt der Untersuchung ist als vollkommen berechtigt anzuerkennen. Die Betrachtung der Rechte im Allgemeinen führt nothwendigerweise auch zu der Frage: welchen Einfluß ihre Verletzung auf sie ausübe? Die Antwort auf diese Frage ist nun die, daß durch die Verletzung das Recht sich zu einem Recht auf Wiederaufhebung der Rechtsverletzung gestaltet. Die hergebrachte Bezeichnung für dieses Recht ist: Klagerecht. Es fragt sich, ob dieselbe passend ist. Klagerecht kann nur dasjenige Recht genannt werden, für welches jetzt unmittelbar die richterliche Hülfe durch Klage angerufen werden kann, — jetzt unmittelbar, nicht eventuell und unter gewissen Voraussetzungen; denn in diesem letzteren Sinne sind alle Rechte Klagerichte. Nun aber hat nicht jede Rechtsverletzung eine unmittelbare Gewährung richterlicher Hülfe zur Folge, sondern nur diejenige, in welcher zugleich ein Sichinwiderspruchsetzen des Willens des Verletzenden mit dem Willen des Berechtigten enthalten ist. Wenn Derjenige, der mir zu einer bestimmten Zeit zu leisten verpflichtet ist, mir zu dieser Zeit die Leistung verweigert, so läßt gegen ihn allerdings der Staat auf mein Anrufen sofort Zwang eintreten. Wer aber meine Sache besitzt, gegen den läßt der Staat, obgleich in diesem Besitze gewiß eine Verletzung meines Eigenthumsrechtes liegt, Zwang nicht sogleich eintreten, sondern erst dann, wenn er auf mein Anfordern mir die Herausgabe der Sache verweigert, ganz in derselben Weise, wie der Staat mir auch zur Durchsetzung meines obligatorischen Rechtes erst dann starke Hand leiht, wenn dieselbe Noth thut, d. h. seine Befriedigung verweigert worden ist. Die Verletzung meines Eigenthums erzeugt also für mich nicht ein Klagerecht, sondern ein Recht, die Wiederaufhebung der Verletzung zu fordern, und dieses Forderungsrecht gestaltet sich dadurch, daß seine Befriedigung verweigert wird, zum Klagerecht. Die Römer freilich lassen aus der Verletzung des Eigenthums eine *actio in rem* allerdings entstehen, aber auch nur deswegen, weil sie überhaupt von Gericht sprechen,

<sup>1)</sup> System V. §. 2.



wo wir „Recht“ sagen <sup>2)</sup>, und in keinem andern Sinne, als in welchem sie auch von *actio legis Aquiliae* statt von Recht auf Ersatz für die Beschädigung einer Sache reden. — Eine fernere Frage ist, ob sich für das Recht auf Wiederaufhebung der Rechtsverletzung eine allgemeine Theorie aufstellen läßt. Ueber die Voraussetzungen desselben läßt sich nichts Anderes sagen, als daß es 1) ein Recht, 2) eine Verletzung voraussetze. Ueber den Inhalt desselben läßt sich die allgemeine Bemerkung machen, daß es möglicherweise denselben Inhalt haben könne, wie das verletzte Recht, wie z. B. wenn bei einem obligatorischen Rechte nichts vorliegt, als die Verweigerung der Leistung, möglicherweise aber auch einen verschiedenen. In dieser letzteren Hinsicht ist namentlich die Bemerkung von Wichtigkeit, daß alle dinglichen Rechte (Rechte an Gegenständen) durch ihre Verletzung eine persönliche Beziehung gewinnen, welche sie bis dahin nicht hatten, sich zu einem Forderungsrechte, oder, wie es im Laufe dieser Schrift genannt worden ist, zu einem Ansprüche gegen den Verlezer gestalten. Die allgemeine Theorie dieser Ansprüche, sofern sich eine solche aufstellen läßt, gehört aber natürlich ebensowenig in die Lehre von den Rechten überhaupt, wie die Theorie der obligatorischen Ansprüche. Dies ist deswegen nicht weniger wahr, weil das römische Recht sie *actiones* nennt; in derselben Weise bezeichnet es auch die obligatorischen Ansprüche, indem es, wie gesagt, die Klage nennt, wo wir von Recht sprechen. Uebrigens ist, wenn man von der Lehre von der Verjährung absteht, das Allgemeine, welches das römische Recht von den dinglichen Ansprüchen, den *actiones in rem* aussagt, wie sich oben gezeigt hat, von verschwindender Wichtigkeit. Es reducirt sich darauf, daß es überhaupt dingliche Ansprüche gibt (*Eintheilung in actio in rem und in personam*), daß sie untergehen, sobald die Verletzung aufgehoben ist, wodurch sie entstanden sind (Lehre von der *s. g. Klagenconcurrentz*), und allenfalls, daß sie auf den Erben des Verpflichteten nicht unbedingt übergehen. Die Verjährung freilich findet sowohl bei den dinglichen, als bei den obligatorischen Ansprüchen eine sehr

<sup>2)</sup> Zu dem, was oben §. 1. über die Gründe dieser römischen Auffassung gesagt worden ist, mag hier Folgendes nachgetragen werden. Es ist an dem bezeichneten Orte nur von der Zeit des Formularprozesses geredet worden; aber auch zur Zeit der *legis actiones* wurde das anwendbare Recht nicht aus den *leges* erkannt, sondern aus den *actiones*. Es kam darauf an, zu wissen, ob ein bestimmter Anspruch auf eine bestimmte *lex* zurückgeführt werden könne (*interpretatio*), mit anderen Worten: ob die *actio* aus dieser *lex* ihn umfasse. Vergl. I. 1. §. 5—7. 38. D. de O. I. (1. 2).

wichtige Anwendung. Hiervon wird passend in der allgemeinen Lehre von der Verjährung gehandelt, aus welcher nur dasjenige auszuscheiden ist, was sich auf die Anwendung der Verjährung auf spezielle Rechtsverhältnisse bezieht. — Die Behauptung, daß man eine Rechtsverletzung erlitten habe, führt regelmäßig zu einem Rechtsstreite, einem Prozesse. Nothwendig ist das nicht, aber es ist das Gewöhnliche. Gewöhnlich wird die Verletzung eines fremden Rechts mit Berufung darauf vorgenommen, daß die Rechtsverletzung keine Rechtsverletzung sei, d. h. daß dem Gegner das in Anspruch genommene Recht gar nicht zustehe. Es kann auch bei Anerkennung des gegnerischen Rechtes nur die behauptete Verletzung bestritten werden. In beiden Fällen wird eine richterliche Entscheidung nothwendig, die im Urtheil abgegeben wird. So ergibt sich die Lehre vom Urtheil, in Beziehung, auf welche die hier vertretene Auffassung von der herrschenden nicht abweicht. Die Lehre vom Urtheil hat es mit drei Punkten zu thun. Sie hat zuerst die Frage zu beantworten, auf welche Zeit der Richter bei der Fällung seines Spruches, sowohl was die Voraussetzungen, als was den Inhalt desselben angeht, zu sehen habe, ob auf die Zeit des Spruches, oder auf die Zeit, wo das Gericht seinen Anfang genommen hat? Die Antwort ist: auf die Zeit des Anfanges des Gerichtes, welcher Satz jedoch nicht unbedingt durchgeführt wird. Der zweite Punkt, mit welchem die Lehre vom Urtheil sich zu beschäftigen hat, ist die Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses des durch das condemnatorische Urtheil begründeten Anspruchs zu dem in demselben anerkannten (S. 112 fg.). Drittens hat die Lehre vom Urtheil den wichtigen Satz zu entwickeln, daß der Inhalt des rechtskräftigen Urtheils für alle Zukunft und in allen neueren Rechtsverhältnissen die unverrückbare Basis der rechtlichen Stellung der Partheien zu einander bildet (S. 11. 13). Die erste der hier genannten Fragen macht es nothwendig, näher zu bestimmen, was unter Anfang des Gerichtes zu verstehen sei. Hier ist zu sagen, daß der Anfang des Gerichtes eigentlich dadurch gebildet wird, daß der Richter den Beklagten zur Verantwortung auf die Klage auffordert, — wenn es in Folge davon überhaupt zu einem Rechtsstreite kommt, — daß aber das recipirte römische Recht, unter dem Einflusse älterer processualischer Einrichtungen — allerdings nicht ohne Ausnahmen — als den Beginn des Gerichtes denjenigen Moment bezeichnet, wo es sicher geworden ist, daß es zu einem Rechtsstreite kommen werde (S. 9). Der fremde und ohne Erklärung unverständliche Ausdruck *litis contestation* wird besser ganz auf-

gegeben, und statt dessen die Sache, w<sup>o</sup>rum es sich handelt, eben der Beginn des Gerichtes, geradezu bezeichnet. — Es läßt sich nun noch fragen, ob nicht auch dem Beginne des Gerichtes als solchem selbständige Wirkungen zukommen. Diese Frage ist allerdings zu bejahen; aber ich glaube nicht, daß durch die Zusammenstellung dieser Wirkungen etwas gewonnen wird. Zweckmäßiger erscheint es, sie an denjenigen Punkten des Rechtssystems namhaft zu machen, denen die Rechtsverhältnisse angehören, auf welche sie sich beziehen. Dies gilt auch von denjenigen Wirkungen des Beginns des Gerichtes, welche die Umgestaltung der vom Kläger erhobenen Actio, des von ihm geltend gemachten Anspruches, zum Inhalt haben (§. 64 fg.). Wenn von der durch den Beginn des Gerichtes entstehenden Verpflichtung des Beklagten zur Anwendung von Sorgfalt in Beziehung auf den Prozeßgegenstand in der Lehre vom Urtheil (bei der näheren Entwicklung des Satzes, daß der Beklagte auf Alles zu verurtheilen sei, was der Kläger gehabt haben würde, wenn er sogleich bei Beginn des Gerichtes befriedigt worden wäre), wenn von der Kraft des Beginns des Gerichtes, die Verjährung zu unterbrechen, und den Untergang des Forderungsrechts durch den Tod einer Parthei auszuschließen, bei diesen Lehren selbst gesprochen wird: so ist, wie mir scheint, kein Bedürfniß vorhanden, alle diese verschiedenen Dinge im Systeme noch einmal an Einem Punkte hinter einander aufzuzählen.

Außer den Lehren von den Klagen, von der Litiscontestation und vom Urtheil pflegen in demjenigen Kapitel, von dessen systematischer Berechtigung hier die Rede ist, noch die Lehren von der Exceptio, vom Beweise, und von der in integrum restitutio vorgetragen zu werden. — Die Lehre von der Exceptio gehört in dieses Kapitel ebenso wenig, wie die Lehre von der Actio. Die Exceptio ist die Ausschließung der Actio für einen gewissen Fall, — „*exclusio quaedam, quae opponi actioni cuiusque rei solet*“<sup>3)</sup>. Die Actio wird auf Grund eines gewissen — rechtlichen oder factischen — Bestandes gegeben, ausnahmsweise aber, obgleich dieser Bestand vorhanden ist, nicht. Diese Ausnahme ist eben die Exceptio. Ist nun actio nicht das Klagerrecht, sondern der Anspruch, so ist auch exceptio nicht die Vertheidigung gegen das Klagerrecht, sondern der Ausdruck der Zurücknahme der rechtlichen Anerkennung des Anspruches für einen gewissen Fall. Die Voraussetzungen eines Anspruches sind von doppelter Art; man kann sie als positive und negative unterscheiden, nur daß man bei dieser Ausdrücken

<sup>3)</sup> L. 2. pr. D. de exc. (44. 1).

Wichtiges Actio.

nicht an den Inhalt der Voraussetzung, sondern an die Art und Weise, wie das Recht sie geltend macht, denken darf. Das Recht verlangt für die Anerkennung eines Anspruchs 1) daß ein gewisser — positiver oder negativer — Thatbestand vorhanden sei, welchem es für die regelmäßigen Fälle die Kraft zugestehet, den Anspruch zu rechtfertigen, 2) daß diese Kraft nicht durch einen besonderen Umstand, — der wieder entweder ein positiver oder ein negativer sein kann, — neutralisirt werde<sup>4)</sup>. Was sich von diesen negativen Voraussetzungen der Ansprüche Allgemeines sagen läßt, — es ist nicht viel und beschränkt sich auf den Inhalt der römischen Eintheilungen in *exceptio dilatoria* — *perpetua*, *rei* — *personae cohaerens*, *in rem* — *in personam*, — gehört nicht in die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf die Rechte. Umfangreicher und wichtiger ist die prozessualische Theorie, welche sich auf sie bezieht, d. h. die Grundsätze über die Behauptung und den Beweis derselben im Prozesse (nach classischem römischem Recht: über die Nothwendigkeit der Einrückung derselben in die Formel). Uebrigens ist es anerkannt und bekannt, daß das Gebiet der römischen *Exceptio* und das Gebiet der heutigen Einrede sich nicht decken, wovon der Grund darin liegt, daß die römische *Actio* als ihre Voraussetzung auch das Bestehen eines Rechtsverhältnisses nennen konnte, während der heutige Prozeß sich nothwendigerweise in ein Gegeneinanderstellen von thatsächlichen Behauptungen auflöst. Was die materielle Bedeutung der *Exceptio* angeht, so ist noch ein Wort von derjenigen Auffassung derselben zu sagen, welche durch Savigny<sup>5)</sup> die herrschende geworden ist. Darnach soll *Exceptio* die Berufung des Beklagten auf ein selbständiges Recht gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Recht sein. Es scheint mir diese Auffassung ihren Grund in dem Bedürfniß zu haben, die systematische Stellung der Lehre von der *Exceptio*, die man natürlich von der *Actio* nicht trennen konnte, zu rechtfertigen. So wie die *Actio*, ist die Meinung, das Recht in derjenigen Gestalt ist, welche es durch die Verletzung annimmt, so ist die *Exceptio* das Recht in derjenigen Gestalt, welche es dadurch erhält, daß es als Vertheidigungsmittel gegen eine *Actio* benutzt wird. Gegen diese Zurückführung der *Exceptio* auf ein

<sup>4)</sup> L. 112. D. de R. I. (50. 17). „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. S. jedoch auch §. 19. Note 2.

<sup>5)</sup> System V. §. 225. Vergl. Buchta Pandekten S. 93, Arndts Pandekten S. 101.

Recht des Beklagten hat bereits Bekker <sup>6)</sup> Widerspruch erhoben, und mit Recht gefragt, wo das selbständige Recht des Beklagten sei, wenn er z. B. der Klage aus der stipulatio sine causa die exceptio doli entgegensetze? Man füge zu den von Bekker genannten Beispielen folgende hinzu: die exceptio vitiosae possessionis gegenüber der Besitzklage <sup>7)</sup>, die exceptio: quod eius ripae muniendae causa non fiet gegenüber dem interdictum ne quid in flumine publico <sup>8)</sup>. — So verhält es sich also mit der Lehre von der Exceptio. Was die Lehre vom Beweise angeht, so steht dieselbe insofern in einem natürlichen Zusammenhang mit der Lehre vom Urtheil, als der Beweis ein wichtiger Factor für den Inhalt des Urtheils ist. Wenn nun auch auf der anderen Seite anerkannt werden muß, daß diese Lehre eine rein prozessualische ist, so erscheint es doch zweckmäßig, ja nothwendig, daß auch im Systeme des materiellen Rechtes wenigstens die Lehre von der Beweislast kurz erörtert werde. Denn die allgemeinen Grundsätze, welche sich für dieselbe aufstellen lassen, reichen nicht weit, und müssen nothwendigerweise auf den besonderen Inhalt der einzelnen Rechtsverhältnisse verweisen. Was sich aber aus ihnen mit Rücksicht auf diesen besonderen Inhalt ergibt, läßt sich nicht im Systeme des Processes, sondern nur im Systeme des materiellen Rechtes bei der Darstellung der einzelnen betreffenden Rechtsverhältnisse entwickeln, also z. B. bei der Darstellung der actio negatoria, der condictio indebiti, der Cession (lex Anastasiana) u. s. w. Diese Entwicklung aber wieder setzt die Kenntniß jener allgemeinen prozessualischen Grundsätze voraus. — Endlich weisen unsere Systeme auch der Lehre von der Restitution einen Platz im s. g. allgemeinen Actionenrechte an. Hierzu scheint mir am allerwenigsten eine Berechtigung vorzuliegen. Dieselbe kann nur darauf gestützt werden, daß das Begehren der Restitution ein Begehren prozessualischer Hülfe sei. Aber es handelt sich hier nicht um allgemeine Grundsätze in Betreff der prozessualischen Hülfe, sondern um die speciellen Grundsätze für die prozessualische Hülfe aus ganz bestimmten Gründen und zu ganz bestimmtem Zwecke. Die Stellung, welche der Restitution im Systeme wirklich anzuweisen ist, wird durch diesen Zweck bestimmt. Die Restitution begehrt Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung einer ju-

<sup>6)</sup> Prozessualische Consumption S. 93—96.

<sup>7)</sup> L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato (43. 19).

<sup>8)</sup> L. 1. §. 6. D. ne quid in flumine publ. (43. 13).

ristischen Thatsache; die Lehre von der Restitution gehört in die Lehre von der Ungültigkeit juristischer Thatsachen. —

Die zweite Bemerkung, welche ich in diesem Schlußparagraphen noch machen will, bezieht sich darauf, daß wir in der Theorie des heutigen Rechtes auch bei der Entwicklung der speciellen Rechtsverhältnisse noch fortwährend von Klagen reden, statt von Ansprüchen und Rechten, und das Festhalten der römischen Klagnamen sogar grundsätzlich vertheidigt wird. Man ist darüber einig, daß es heutzutage bei der Anstellung einer Klage nicht erforderlich sei, den Anspruch, welchen man erhebt, durch einen der im römischen Recht ausgebildeten Klagnamen zu bezeichnen. Aber, während man dieses ausspricht, hebt man mit gleicher Entschiedenheit hervor, daß für die Theorie die Festhaltung dieser Klagnamen nach wie vor unentbehrlich sei. Ich will dafür nur zwei Zeugnisse anführen, deren Gewicht alle anderen überflüssig macht. Savigny<sup>9)</sup>, nachdem er jenen ersten Satz aufgestellt hat, fährt folgendermaßen fort:

„Allein für den urtheilenden Richter steht es ganz anders. Wenn sich dieser damit begnügt, bloß im Allgemeinen zu prüfen, welcher Theil Recht oder Unrecht habe, so ist er in Gefahr, sich ganz in's Allgemeine und Unbestimmte zu verlieren. Will er aber die gegenseitigen Ansprüche individualisiren, so ist ihm dabey im römischen Recht die Nomenclatur der Klagen völlig unentbehrlich; denn diese ist für das System des practischen Rechtes ungefähr Das, was die Grammatik für die Sprache ist. Ich kann mich auf die Erfahrung eines Jeden berufen, der die gemeinrechtliche Praxis kennt, wie sehr die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse selbst durch jene Nomenclatur an Schärfe und Sicherheit gewinnt“.

Und Wächter<sup>10)</sup> drückt sich so aus:

„Allerdings aber hat der Richter genau zu erwägen, ob eine und welche gesetzlich zulässige Klage durch die vom Kläger angeführten Thatsachen für dessen Zweck begründet wird, indem natürlich, wenn keine begründet wird, der Kläger abzuweisen ist, und die Frage, welche begründet wird, sehr wichtig sein kann, weil die materiellen Verschiedenheiten der Klagen durch den Satz, daß es auf das Anführen ihres Namens nicht ankomme, keineswegs aufgehoben werden“.

<sup>9)</sup> System V. S. 148. 149.

<sup>10)</sup> Württembergisches Privatrecht II. S. 446. 447.

Wozu er dann in der Note bemerkt:

„Gerade deshalb muß der Richter (und der Advokat) die Bedeutung der Namen der Klagen genau kennen, weil damit die materielle Verschiedenheit derselben zusammenhängt, und zu wünschen ist überhaupt, daß in Theorie und Praxis eine feste Terminologie für die Klagen sich bildet und erhält, weil dadurch nicht nur Vieles vereinfacht, sondern auch unjuristischer Willkühr und Principlosigkeit mehr entgegengewirkt wird und die Sicherheit der Rechtsanwendung wesentlich gewinnt“.

Ich bin in dieser Beziehung gerade entgegengesetzter Ansicht. Nicht als wenn ich irgendwie geneigt wäre, dem, was Savigny Urtheilen im Allgemeinen, oder an einer andern Stelle<sup>11)</sup> Urtheilen nach einem verworrenen Totaleindrucke nennt, das Wort zu reden. Ich bin so sehr, wie irgend Einer, der Meinung, daß die juristische Beurtheilung individualisiren, daß sie sich zum Bewußtsein bringen soll, welche Rechtsregel kraft welcher Merkmale des vorliegenden Falles sie anzuwenden habe. Das versteht sich so sehr von selbst, daß es eigentlich gar nicht besonders ausgesprochen zu werden braucht. Aber dasjenige, wornach die juristische Beurtheilung zu suchen hat, kann, meine ich, von dem Standpunkte des heutigen Rechts aus betrachtet, eben auch nur die Rechtsregel und das durch sie garantirte Recht sein, nicht aber die Klage. Was weiß die heutige Rechtsanschauung von Klagen in dem Sinne, in welchem wir römisch geschulten Juristen das Wort fortwährend ohne das mindeste Bedenken gebrauchen? Klage ist ihr die Klagehandlung; daß Jemand Klage sage, wo er das Recht, eine Klage anzustellen, bezeichnen will, läßt sie sich allenfalls gefallen; daß aber Klage in diesem Sinne gleichbedeutend sein soll mit Rechtsanspruch, daß man nicht fragen solle, ob das Recht Jemandem einen Anspruch, sondern, ob es ihm eine Klage zugestehet, oder gar, welche Klage, nicht welchen Anspruch, das begreift sie nicht. Aber wir gelehrten Juristen sind von der römischen Auffassung so, man verzeihe mir den Ausdruck, durchsogen, daß wir fast Mühe haben, uns das Undeutsche derselben zum Bewußtsein zu bringen. Für die Römer war die Actio ein Ding für sich, mit selbständigem Sein und Leben, ein Wesenhaftes, Körperhaftes, — denn sie stand im Edicte geschrieben; für uns ist das Klagerecht nichts als ein Schatten des Rechts, ein Ding, das in diesem aufgeht, nur von ihm sein Leben herleitet. Wie mögen wir also die Bestimmung der rechtlichen Verhältnisse vom Schatten

<sup>11)</sup> System I. S. 92.

hernehmen, und nicht vom Wesen? Man versuche nur einmal, Jemandem, der nicht in die Schule des römischen Rechts gegangen ist, einzureden, daß es bei jedem Rechtsstreite darauf ankomme, ob und welches Klagerecht für den Kläger begründet sei: ich denke, man wird sehr bald die Antwort erhalten: nun, das hängt denn doch wohl davon ab, ob und welches Recht für ihn begründet ist. Und wenn daher unsere heutige Theorie noch fortwährend von Klagen spricht, und sogar den Begriff derselben zur Entwicklung ihrer Sätze nicht entbehren zu können glaubt, so ist das nur ein neuer Beweis für die Wahrheit, daß es ihr noch lange nicht vollständig gelungen ist, sich aus einer Dienerin zur Herrscherin des römischen Rechts zu machen, und dessen lebendigen Kern unvermischt mit Abgestorbenem bloßzulegen. Und zwar ist gerade dieses ein sehr wichtiger Punkt. Zwar handelt es sich hier nicht von Sätzen, die ihrem Inhalte nach unlebendig wären: es handelt sich nur von einer Hülle, die das Lebendige umkleidet; aber es gibt kaum etwas, was so sehr, wie diese Hülle, dazu beitrüge, das römische Recht fremd erscheinen zu lassen. Diese *actio ad exhibendum*, dieses *interdictum quod vi aut clam* und *Salvianum* und *quorum honorum*, diese *petitio hereditatis*, diese *rei vindicatio* und *actio Publiciana*, und wie sie alle heißen, wandeln wie Gespenster bei lichtem Tage umher. So lange sie nicht entfernt sind, kann in Deutschland an ein volksthümliches Recht nicht gedacht werden. Die Wissenschaft hat keine dringendere Aufgabe, als sie in das Grab zu legen, welches sie längst suchen. Sie muß das, was in der Sprache der Actionen ausgedrückt ist, in die Sprache der Rechte übersetzen. Es ist dies weder eine schwere Arbeit, noch eine Arbeit, die im Einzelnen nicht schon vielfach gemacht worden wäre. Aber die Wissenschaft sollte einmal einen Generalvorschlag fassen, und sich des Actionenwesens ein für alle Male abthun. Ich will eines der so eben genannten Beispiele näher ausführen. Wir lehren: zum Schutze des Erbrechts ist dem Erben eine dingliche Klage, die *hereditatis petitio*, gegeben. Muß sich nicht sogleich das unbefangene Rechtsgefühl opponiren, und fragen: versteht sich das denn nicht von selbst, daß der in seinem Erbrecht Beeinträchtigte klagen kann, wie überhaupt jeder in seinem Recht Verletzte? Wir fahren fort: aber diese Klage steht ihm nicht gegen Jedermann zu, sondern nur gegen Den, der etwas aus der Erbschaft *pro herede* oder *pro possessore* besitzt<sup>12)</sup>; sonst

<sup>12)</sup> Woraus z. B. Savigny System V. S. 26 demonstriren will, daß bei der *actio in rem* nicht nothwendigerweise der Beklagte unbestimmt sei.



muß der Erbe die *rei vindicatio* oder eine sonstige Specialklage anstellen. Oder auch zugegeben, wir lehren: diese Klage steht ihm aber nur gegen Den zu, der ihm die Erbschaft als solche ganz oder zum Theil vorenthält, muß nicht auch hier Derjenige, den wir dies lehren, einwenden: das versteht sich ja wieder von selbst, daß auf Schutz im Erbrecht nur gegen Den geklagt werden kann, der eben das Erbrecht verlekt. Nun endlich fügen wir hinzu: der in der *hereditatis petitio* Condemnirte muß die Erbschaft herausgeben, nach folgenden Grundsätzen. Also, wird endlich unser Mann antworten, das Besondere, welches ich hier erfahre, ist, daß der Inhalt des Anspruchs, der dem Erben aus der Vorenthaltung seiner Erbschaft entsteht, dieser und dieser ist. Warum habt ihr mir das denn nicht sogleich, und so einfach gesagt, wie ich es jetzt fasse? Und ich frage auch: warum thun wir das nicht? Lediglich deswegen, weil bei den Römern freilich die *hereditatis petitio* ein Ding für sich war, ein auf eigenen Füßen Stehendes, ein, wenn auch auf der *hereditas* Ruhendes, doch von ihr Unabhängiges, und daher freilich in seinem Dasein und seinen Voraussetzungen besonders bestimmt werden mußte. Wir können uns in eine solche Auffassungsweise hineinversetzen, — gewiß, und wir haben es ja Alle an uns selbst erfahren, daß sie uns so geläufig werden kann, wie das *ABG*. Aber deswegen ist es nicht weniger wahr, daß sie eine Verfälschung des heutigen Rechtsbewußtseins enthält, welche eine tiefe Kluft reißt zwischen dem Recht, welches der Gelehrte hat, und dem Recht, wie es das Volk begreift. Ich will ein anderes Beispiel hinzufügen. In allen unseren Lehrbüchern steht zu lesen, daß die Theilungsklage auch auf Ersatz für den der gemeinschaftlichen Sache zugefügten Schaden und die auf dieselbe verwendeten Auslagen gehe. Die Theilungsklage? wird Jeder fragen, der nicht durch die gelehrte Schule des römischen Rechts gegangen ist. Also, wenn ich auf Theilung klage, klage ich auch auf Ersatz für Schäden und Kosten? Das weiß er freilich nicht, daß das Ding, welches wir die Theilungsklage nennen, die vom Prätor im *Edicte* aufgestellte *actio communi dividundo* ist, und daß deren Formel so gefaßt war, daß der *Judex* auch ohne besondere Anweisung auf den Antrag der *Parthei*, auch auf Schäden und Kosten zu sprechen, eingehen konnte.

Also noch einmal: verweisen wir die *Actionen* aus unseren Darstellungen des heutigen Rechts, und stellen wir sie dahin, wohin sie gehören, in die Rechtsgeschichte. Man kann dabei ein gewisses Bedauern empfinden, und ich für meinen Theil empfinde ein sehr leb-

haftes. Es lebt sich leichter mit concreten Gestalten, als mit abstrakten Sätzen. Aber es hat schon viele Personifikationen gegeben, welche die Hand der Geschichte ins Grab gelegt hat. Mögen wir unseren Actionen einen ähnlichen Nachruf nachsenden, wie einst Schiller den Göttern Griechenlands; — aber in's Grab gehören sie doch!

---

## A n h a n g.

In einem Aufsatze in der Münchener kritischen Ueberschau (I. S. 181 fg.) habe ich die Behauptung aufgestellt, daß die Annahme einer Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen in der ruhenden Erbschaft weder quellenmäßig, noch auch nothwendig sei, um zu erklären, daß das Vermögen des Verstorbenen bis zum Antritte des Erben nicht auseinanderfalle. Das Vermögen halte zusammen, wie es zusammengehalten habe, ohne ein neues Subject zu gewinnen. Glaube man aber ein solches Subject nicht entbehren zu können, so biete sich von selbst der Gedanke dar, die Erbschaft selbst als das Subject der einzelnen zu ihr gehörigen Vermögensverhältnisse anzusehen.

Es geschieht nur mit Widerstreben, daß ich auf diese Dinge noch einmal zurückkomme. Aber der Angriff Kunze's, von dem ich oben (§. 17 Note 3) gesprochen habe, nöthigt mich dazu. Er ist gegen die Behauptung gerichtet, daß ein Vermögen ohne Subject gedacht werden könne. Folgende Bemerkungen werden die Berechtigtigkeit derselben außer Zweifel setzen.

Ein Vermögen ist, wie auch in dem erwähnten Aufsatze gesagt worden ist, eine Zusammengehörigkeit von Vermögensrechten und Verbindlichkeitsverpflichtungen. Der aufgestellte Satz löst sich also in zwei Sätze auf: 1) Rechte und Verbindlichkeiten sind ohne Subject denkbar. 2) Es ist eine Zusammengehörigkeit von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subject denkbar.

Ich will zuerst von dem letzteren Satze reden. Eine Zusammengehörigkeit (Einheit, universitas) bestimmter Rechte und Verbindlichkeiten entsteht für das Recht dadurch, daß das Recht sie als zusammengehörig auffaßt und behandelt. Welches der Gesichtspunkt ist, von welchem es dabei geleitet wird, welches die Beziehungen der Rechte und Verbindlichkeiten, auf welche es bei der Bildung der Zusammengehörigkeit sieht, ob die Beziehung auf einen bestimmten Menschen, dem sie zustehen, oder einen bestimmten Zweck, dem sie dienen,

oder irgend eine andere Beziehung, ist für den Begriff der Zusammengehörigkeit gleichgültig. Das Recht kann eine Zusammengehörigkeit von Rechten und Verbindlichkeiten bilden, und als rechtlich bestimmte Einheit behandeln, nach welchem Gesichtspunkte es will. In diesem Sinne habe ich mich in dem erwähnten Aufsatz auf die Souveränität des Rechtes berufen. Dafür, daß das Recht nur diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche einem bestimmten Subjecte zustehen, als Zusammengehörigkeit behandeln könne, sehe ich keinen Anfang von Grund; warum nicht auch diejenigen, die einem bestimmten Subjecte zugestanden haben?

Der andere der eben bezeichneten Sätze — der, daß Rechte und Verbindlichkeiten selbst ohne Subject denkbar sind — bedarf einer etwas näheren Ausführung <sup>1)</sup>. Es ist auszugehen von dem Begriffe des Rechtes und der Verbindlichkeit. Ein Recht ist eine vom Rechte anerkannte Willensherrschaft, eine Verbindlichkeit eine vom Rechte gesetzte Willensunterworfenheit. Wenn das Recht Jemandem ein Recht zuschreibt, so heißt das, daß es seinen Willen in bestimmter Beziehung als herrschenden gegenüber den anderen Willen anerkennt, näher: daß es ihm gestattet, einen Willen bestimmten Inhalts zu äußern, welchem die anderen Willen sich zu fügen haben. Wenn das Recht Jemandem eine Verbindlichkeit beilegt, so heißt das, daß es seinen Willen als einen Willen bezeichnet, der in einer bestimmten Beziehung einem anderen Willen unterworfen sei, näher: sich zu fügen habe, wenn ein anderer Wille bestimmten Inhalts gegen ihn geäußert werde. Der Kürze wegen soll fortan nur vom Rechte, und nicht auch von der Verbindlichkeit gesprochen werden.

<sup>1)</sup> Eine Rechtfertigung dieses Satzes ist in dem erwähnten Aufsatz nicht gegeben, und insofern ist an den Vorwürfen, die nun auch Jhering (in seinen und Serber's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts I. S. 28 Note 9) wegen meiner Auffassung der ruhenden Erbschaft gegen mich gerichtet hat, in der Sache etwas Wahres. Der Grund dieser Unterlassung liegt darin, daß auch in den Darstellungen, gegen welche ich meinen Aufsatz richtete, und namentlich in der Buchta's, die Bedeutung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit als eines nothwendigen Mittels zum Zusammenhalten des Vermögens, also zu dem Ende, damit dasselbe nicht in seine einzelnen Bestandtheile auseinanderfalle, entschieden in den Vordergrund gestellt wird. Wenn aber Jhering meint, daß das Bestehen der Rechte ohne Subject einen neuen Begriff des Rechtes voraussetze, so ist das irrig; es ist, wie sich sogleich zeigen wird, derselbe Begriff von Recht, der uns Allen aus der Lehre von der Succession geläufig ist.

Ein Vermögensrecht wird regelmäßig vom Rechte nicht bloß für Denjenigen geschaffen, welchem es dasselbe in der Schaffung verleiht. Das Recht gesteht ihm die Befugniß zu, das ihm verliehene Recht einem Andern zu übertragen<sup>2)</sup>. Ebenso wenig beschränkt regelmäßig das Recht die verliehenen Vermögensrechte auf das Leben des ersten Empfängers. Es läßt nach seinem Tode in dieselben eine andere Person eintreten, und nach deren Tod wieder eine andere, und so fort. Jeder folgende Inhaber hat nicht ein anderes Recht, als der frühere Inhaber hatte, sondern dasselbe, nicht ein gleiches, sondern das identische. Das Recht ist dasselbe geblieben, obgleich der Träger gewechselt hat. Das Recht ist, um mit Savigny<sup>3)</sup> zu reden, die Substanz, die Person das Accidens. So ist also das nicht auf eine bestimmte Person beschränkte Recht nicht eine vom Rechte anerkannte Willensherrschaft, ein Wollendürfen einer bestimmten Person, sondern eine vom Rechte anerkannte Willensherrschaft, ein Wollendürfen bestimmter Art. Ihre Individualität und Unterschiedenheit von anderen Willensherrschaften hat dieselbe einmal durch ihren Inhalt, dann aber und vorzugsweise durch die That des Rechtes, welches sie auf Grund gewisser Thatfachen geschaffen hat.

Ist aber dies der Fall, so geht auch das Recht dadurch nicht unter, daß nach dem Tode Desjenigen, welcher bisher der Träger desselben gewesen ist, das Recht nicht sogleich im Stande ist, Denjenigen zu bezeichnen, auf welchen es nun übergehen soll. Ist dem Rechte ein bestimmtes Subject nicht wesentlich, um das zu sein, was es ist, so ist ihm ein Subject überhaupt nicht wesentlich. Wenn jetzt auch Niemand vorhanden ist, welcher den vom Rechte als bestimmend für die anderen Willen anerkannten Willensinhalt als seinen Willen geltend machen könnte, so hat dadurch jener Willensinhalt als bestimmend für die anderen Willen anerkannt zu sein nicht aufgehört. Die That des Rechtes, wodurch es ein Wollendürfen begründet hat, ist nicht zurückgenommen; das Wollendürfen dauert fort, und somit das Recht.

Kunze bestreitet es, daß es für das Recht möglich sei, ein Recht anzuerkennen ohne ein Subject, welchem es zugeschrieben werde. Da nun aber auch er nicht der Meinung ist, daß die Rechte des Verstorbenen durch seinen Tod untergingen, so verweist er das Recht auf eine Fiction, auf die Fiction, daß der Verstorbene nicht ge-

<sup>2)</sup> S. 157 fg.

<sup>3)</sup> System III. S. 10

storben sei, daß er noch fortlebe. Verständigen wir uns darüber, welches der Sinn einer Fiction ist. Wenn das Recht zu einer Fiction greift, so beugt es die Thatfachen vor den einmal von ihm aufgestellten Regeln. Auf Grund der von ihm aufgestellten Regeln müßte es einen Thatbestand anders bestimmen, als es ihn rechtlich bestimmt wissen will; statt nun seine Regel zu ändern, für diesen Thatbestand eine Ausnahme von derselben eintreten zu lassen, ignorirt es dasjenige am Thatbestande, was ihm unbequem ist, fingirt als seiend, was nicht ist, als nicht seiend, was ist. Aber damit, daß es das thut, macht es den Thatbestand zu keinem andern; dasjenige, was es als seiend fingirt, ist nicht wirklich, dasjenige, was es als nicht seiend fingirt, ist in der That. Wenn in der *fictio legis Corneliae* fingirt wird, der Gefangene sei zur Zeit, wo er in feindliche Gefangenschaft gerieth, gestorben, damit nicht das Testament eines Slave Gewordenen anerkannt zu werden brauche: so wird deswegen nicht weniger das Testament eines Slave Gewordenen wirklich anerkannt. So auch hier. Wenn das Recht den gestorbenen Erblasser als fortlebend fingirt, so ist er deswegen nicht weniger gestorben, und die Rechte, welche ihm zugesprochen werden, werden deswegen nicht weniger einem Gestorbenen zugesprochen. Es hat zwar die Regel, daß Rechte nicht ohne Subject sein können, theoretisch festgehalten, aber es hat dieselbe thatsächlich verletzt; es hat trotz dieser Rechtsregel Rechte einem Nichtexistirenden zugeschrieben, d. h. Rechte anerkannt ohne berechtigtes Subject. — Nicht anders verhält es sich mit der Fiction der Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen, wie sie von der herrschenden Ansicht aufgestellt wird; der Unterschied ist nur der, daß hier die Fiction nicht auf den ganzen Erblasser, sondern nur auf ein Stück desselben bezogen wird.

Wie dem aber auch sein mag: das ist keinem Zweifel unterworfen, daß das römische Recht die Rechte des Erblassers als während des Ruhens der Erbschaft fortbestehend auch ohne Subject wirklich anerkannt hat. Im römischen Recht finden sich in Betreff der ruhenden Erbschaft mehrere Auffassungen. Nach der einen, älteren, wird die Hinterlassenschaft des Verstorbenen als *res nullius* angesehen. Man darf das nicht so verstehen, daß dieselbe nur nicht einem berechtigten Menschen zugeschrieben würde, in welchem Sinne allerdings in l. 1. D. de div. rer. (1. 8) von den *res universitatis* gesagt wird, daß sie *res nullius* seien. Es gibt mehrere Stellen, in welchen dieser Ausdruck ganz unzweifelhaft den Sinn hat, daß in der That kein Berechtigter vorhanden sei; man vergleiche namentlich l. 3. pr.

D. de pec. (15. 1), und l. 13. §. 5. D. de quod vi aut clam (43. 24). Hat nun deswegen zu der Zeit, wo diese Auffassung die herrschende war, das römische Recht die Erbschaftsachen der Occupation preisgegeben, die Erbschaftsforderungen untergehen lassen? Das behauptet Niemand. Also wurden die Rechte des Verstorbenen als fortbestehend anerkannt, obgleich sie einem Berechtigten nicht zugeschrieben wurden. Man vergleiche auch l. 10. D. ut leg. (36. 5), wo ein Ausspruch des Sabinus mitgetheilt wird, dahin gehend, daß der Bürge einer Erbschaftsverpflichtung<sup>4)</sup> auch vor dem Antritte der Erbschaft belangt werden könne, — „quia omnimodo dari oportet“. Das heißt nichts Anderes, als: die Verpflichtung an sich besteht fort, obgleich ein Verpflichteter nicht vorhanden ist. — In der späteren römischen Jurisprudenz hat sich eine andere Auffassung der ruhenden Erbschaft geltend gemacht. Nach derselben werden die Erbschaftsrechte der hereditas zugeschrieben<sup>5)</sup>, also allerdings einem Subjecte. Aber betrachten wir dieses Subject näher. Was ist die hereditas? Es sind die Vermögensrechte und Vermögensverpflichtungen des Verstorbenen, als Einheit, als universitas gedacht. Die universitas ist etwas Anderes, als die einzelnen Bestandtheile, aus denen sie besteht; aber wären die Bestandtheile nicht, so wäre auch die universitas nicht. Es gibt keine civitas ohne cives, keine Bibliothek ohne Bücher, keine Schaafherde ohne Schaafe &c. Indem also das römische Recht die hereditas als Subject der Erbschaftsrechte und Verpflichtungen bezeichnet, nimmt es das Bestehen derselben auch ohne dieses Subject an, welches erst durch ihr Bestehen existent wird. Es bezeichnet sie als Rechte und Pflichten der Erbschaft nicht deswegen, um ihr Bestehen zu ermöglichen, sondern einmal in der Absicht, darauf hinzuweisen, daß sie fortwährend nur als zusammengehörig, eben ein Vermögen bildend, rechtlich in Betracht kommen, sodann aber auch durch ein naheliegendes Gefühl geleitet, welches für Rechte und Verbindlichkeiten, deren natürlicher Zustand das Bestehen ohne berechtigtes und verpflichtetes Subject nicht ist, ein tragendes Subject allerdings verlangt. Ein weiterer Werth kommt dieser Vorstellung nicht zu;

<sup>4)</sup> Allerdings einer während des Ruhens der Erbschaft ent= nicht fortbestehenden. Aber das macht keinen Unterschied.

<sup>5)</sup> Es heißt von der Erbschaft: *domina est, dominae locum obtinet, domini loco, pro domino habetur, personam domini sustinet*. Es heißt ferner von ihr: *personae vice fungitur*. S. die Quellencitate in dem erwähnten Aufsatz S. 191 Noten 3 und 4 (wo l. 9. C. dep. 4. 34 hinzuzufügen ist) und S. 193 Note 1.

der wahre Ausdruck des stattfindenden rechtlichen Verhältnisses ist sie nicht. — Allerdings findet sich nun noch eine dritte Auffassung der ruhenden Erbschaft im römischen Recht. Es wird gesagt, daß die ruhende Erbschaft den Verstorbenen darstelle<sup>6)</sup>. Aber auch diese Auffassung ist nichts, als der Ausdruck des Gefühls, welches nun auch wieder für das Vermögen als Ganzes ein Subject verlangt, zu gleicher Zeit des Bedürfnisses, für gewisse Fälle des Erwerbes durch Erbschaftsachen, welche in der Person des Berechtigten Eigenschaften erfordern, die nur einem Menschen zukommen, sagen zu können, ob der Erwerb zulässig sei oder nicht<sup>7)</sup>. Nothwendig ist auch diese Auffassung für den Bestand der Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen nicht. Denn, wenn die Erbschaft etwas darstellen soll, so muß sie vorher existent sein; existent aber ist sie, wie gezeigt wurde, nicht, wenn die Erbschaftsrechte und Verbindlichkeiten nicht existent sind.

So ist also bewiesen, daß das römische Recht gerade dasjenige thut, was Kunze für logisch unmöglich erklärt. Logischer zu sein, als das römische Recht, verlange ich für meinen Theil nicht.

Uebrigens will ich nicht unterlassen, zum Schluß noch zu bemerken, daß, woraus Kunze mir ein Verbrechen macht, bereits ein weit besserer Mann, als ich bin, gesagt hat. Savigny<sup>8)</sup> erklärt es für die einfachste und natürlichste Behandlung der ruhenden Erbschaft, daß man sie als das Vermögen eines noch unbekanntem Herrn ansehe, der aber doch einmal bekannt werden müsse. Zwar bringt Savigny diese Auffassung in Verbindung mit der Zurückbeziehung des Erbschaftsantrittes auf die Zeit des Todes des Erblassers. Aber auf jeden Fall ist doch vor dem Antritt der Erbe noch nicht Herr der Erbschaft, also dieselbe nach Savigny's Auffassung einstweilen ohne Herrn<sup>9)</sup>.

<sup>6)</sup> Es heißt: *personae defuncti vicem, personam defuncti sustinet, personae defuncti vice fungitur, defuncti locum obtinet*. S. die Quellencitate a. a. D. S. 192. Note 1 (wo aber l. 9. C. dep. 4. 34. zu streichen ist).

<sup>7)</sup> Vergl. a. a. D. S. 192.

<sup>8)</sup> System II. S. 364. 365.

<sup>9)</sup> In dem Augenblicke, wo ich das Obige zum Druck abschicken will, geht mir noch die Schrift von Köppen „die Erbschaft“ zu. Auch Köppen erklärt sich für die Subjectlosigkeit der ruhenden Erbschaft; er geht sogar insofern noch weiter, als ich (und, wie mir scheint, zu weit), als er der Idee der Persönlichkeit der Erbschaft auch für die Vorstellung der römischen Juristen nicht diejenige Bedeutung beilegen will, welche ich für sie in Anspruch nehme. — Auch gegen das Dogma von der begrifflichen Unzertrennlichkeit der Obligation von ihrem Subject spricht sich Köppen aus. Seine Auffassung unterscheidet sich, wie mir scheint, nicht von der Delbrück's: die Obligation ist positiver und negativer Sachwerth.



## Inhalts-Übersicht.

	Seite.
§. 1. I. Begriff der Actio . . . . .	1
§. 2. II. Gegensätze in der Actio. — 1. Actio in rem und in personam . . . . .	8
§. 3. II. Gegensätze in der Actio. — 2. Actio quae poenam persequitur, poenalis — actio quae rem persequitur . . . . .	23
§. 4. II. Gegensätze in der Actio. — 3. Actio bonae fidei — stricti iudicii . . . . .	25
§. 5. III. Untergang der Actio. — 1. Tod . . . . .	27
§. 6. III. Untergang der Actio. — 2. Concurrentz . . . . .	31
§. 7. III. Untergang der Actio. — 3. Verjährung . . . . .	37
§. 8. IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 1. Litiscontestatio . . . . .	46
§. 9. IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 1. Litiscontestatio (Fortsetzung) . . . . .	65
§. 10. IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 2. Urtheil . . . . .	72
§. 11. IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 2. Urtheil (Fortsetzung) . . . . .	82
§. 12. IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 2. Urtheil (Fortsetzung) . . . . .	112
§. 13. IV. Die Actio in ihrer Verwirklichung. — 2. Urtheil (Fortsetzung) . . . . .	117
§. 14. V. Uebergang der Actio. — Einleitung . . . . .	119
§. 15. V. Uebergang der Actio. — 1. Cession . . . . .	120
§. 16. V. Uebergang der Actio. — 1. Cession (Fortsetzung) . . . . .	148
§. 17. V. Uebergang der Actio. — 1. Cession (Fortsetzung) . . . . .	165
§. 18. V. Uebergang der Actio. — 1. Cession (Fortsetzung) . . . . .	172
§. 19. V. Uebergang der Actio. — 1. Cession (Fortsetzung) . . . . .	181
§. 20. V. Uebergang der Actio. — 2. Gesetzlicher Uebergang . . . . .	194
§. 21. V. Uebergang der Actio. — 3. Schulbübergang . . . . .	202
§. 22. V. Uebergang der Actio. — 4. Actio in rem . . . . .	214
§. 23. Schluß . . . . .	221
-----	
Anhang . . . . .	232

## Druckfehler.

Seite	10	Seite	8	von oben	statt	„dringt“	lies	„drängt“.
„	10	„	2	„	„ber“	lies	„bes“.	
„	10	„	11	„	„lxc.“	lies	„exc.“	
„	10	„	19	„	„ceg.“	lies	„ieg.“	
„	20	„	4	„	„bildet“	lies	„bilden“.	
„	32	„	5	„	„Sct.“	lies	„A.“	
„	39	„	17	„	„Bieße“	lies	„hetße“.	
„	40	„	13	„	„aloh“	lies	„loß“.	
„	51	„	21	„	„Rote zu“	lies	„zu Rote“.	
„	52	„	7	„	ist vor „bie“	„damit“	einzuſchieben.	
„	59	„	3	„	statt „welcher“	lies	„weißen“.	
„	60	„	1	„	„umzutauschen“	lies	„einzutauschen“	
„	61	„	21	„	„nat“	lies	„sit“.	
„	65	„	1	„	„—stimmi“	lies	„—stimnten“.	
„	67	„	3	„	lies: „rationem procul dubio illis“.			
„	77	„	17	„	statt „malet“	lies	„mallet“.	
„	77	„	17	„	„dature“	lies	„datur“.	
„	90	„	15	„	lies „agnatione filii docete“.			
„	95	„	6	„	statt „gewährt“	lies	„gewöhnt“.	
„	96	„	12	„	„Wißbrauch“	lies	„Rießbrauch“.	
„	106	„	6	„	„und B“	lies	„und: „B“.	
„	106	„	12	„	„herabzieht“	lies	„herbeizieht“.	
„	111	„	8	„	„sein“	lies	„sei“.	
„	115	„	18	„	„debeat“	lies	„debeat“?	
„	124	„	13	„	„gefallen“	lies	„ſich gefallen“.	
„	124	„	20	„	„morendam“	lies	„moveniam“.	
„	124	„	20	„	„pecunium“	lies	„pecuniam“.	
„	129	„	6	„	„dol.“	lies	„dot“.	
„	141	„	12	„	„eben“	lies	„aber“.	
„	146	„	14	„	„welche“	lies	„weißer“.	
„	152	„	9	„	„noch“	lies	„doß“.	
„	206	„	9	„	„actiones“	lies	„actionis“.	
„	207	„	18	„	„eben“	lies	„oben“.	
„	217	„	16	„	„vorgehende“	lies	„vorzuziehende“.	







