

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

H e l l f e l d

e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrat und öffentlichen ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.



Dreyzehnten Theils erste Abtheilung.

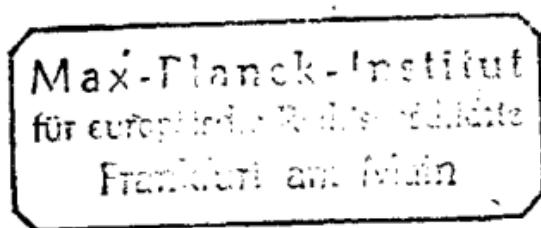
Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

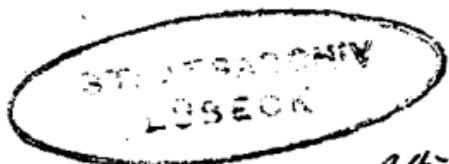
1811.

Deubel

15 Ak 35



Dig 2 Ak 35 47



2637/13.

64/3387

Lib. XII. Tit. IV.

De condictione causa data, causa non
secuta.

§. 820.

Was sind *condictiones*? *Condicio causa data causa non secuta*?

Eine besondere Art von persönlichen Klagen sind die *Con-*
ditiones oder *condictitiae actiones*, von welchen nun
in einer Reihe von Titeln zu handeln seyn wird. Zwar
hießen ehemals alle persönliche Klagen, welche auf ein
dare aut facere oportere gehen, im Allgemeinen *Con-*
*ditiones*¹⁾, nämlich von dem *ritus denunciationis*, wel-
cher nach der alten römischen Gerichtsordnung bey diesen
Klagen üblich war, vermöge dessen die Parteien einen
Tag bestimmten, wo sie vor Gericht erscheinen, und litem
contestiren wollten, welches man *condicere*²⁾ nannte, so
wie von dem *ritus vindiciarum* die Realklagen *Vin-*
dicationes genennet wurden. Allein wie jene *Denunciatio*
ausser

1) *L. 25. pr. D. de obligat. et action.*

2) Was *condicere* und *denunciare* in der Sprache der alten rö-
mischen Gerichtsordnung hieß, und worin die alte *litis denun-
ciatio* bestanden, habe ich an einem andern Ort, in *Opuscul
Fascic. II. pag. 350. und pag. 356. sqq.* gezeigt. Man sehe noch
BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. Condicere. Iac. GOTHO-
Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th.

ausser Gebrauch kam ³), so blieb der Name *Condictiones* blos denjenigen persönlichen Klagen im engsten Sinn eigen, welche auf eine Uebertragung des Eigenthums, oder Herausgabe dessen abzwecken, wovon der Kläger nicht Eigentümer ist ⁴). Alles dieses bestätigt folgende Stelle Justinians, welcher §. 15. I. de Action sagt: Appellamus autem in rem quidem actiones, *Vindicationes*: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, *Condictiones*. *Condicere* enim est denunciare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus *Conditionem*: actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo

FREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. II. Tit. 4. p. 112. edit. Ritter. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIII. cap. 2. Io. CORASIUS Miscellaneor. Lib. IV. cap. 7. und Franc. HOTOMAN in Commentar. ad §. 15. I. de Action. pag. 448. seqq.

3) Es ist ganz irrig, wenn MARCILIUS ad §. 15. I. de Action. und VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. behaupten wollen, daß Kr. Theodosius die denunciationum ambages in der L. 6. Cod. Theod. de denunciat. abgeschafft habe. Es geschehe dies nur in 7. Fällen, die er ausnahm. S. meine Opuscula Fasc. II. pag. 360. sq.

4) S. Frid. Nathan. VOLCMAR Diss. de condictionum indole atque natura, praeside Jo. Christ. WOLTAERO def. Halae 1777. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. I. et. 2. Io. Lud. CONRADI Iuventiana condictio, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marb. 1774. 8. Cap. II. §. 1. Hugo Civilistisches Magazin I. Band S. 463. u. folg. und THIBAUT im Syll. des Pand. Rechts. I. B. §. 60.

eo nomine denunciatio sit. *Theophilus*⁵⁾ hat diese Stelle auf folgende Art erläutert: Πᾶσαι δὲ αἱ in rem τῷ γένει λέγονται vindicationes, ὡσπερ καὶ πᾶσαι αἱ περσυνάλιαι πουδικτίτιοι προσαγορένονται. Καὶ πόδεν εἴρηται πουδικτίος, ἀναγνωστὸν ἐπεῖν. *Condicere* εἰς πατὰ τὴν ἀρχαῖαν διάλειτον τὸ παραγγεῖλαι. Πάλαι γάρ ὁ ἔχων δίκην πρὸς τινα παρήγελεν αὐτῷ, ὅτι ἐλθὲ τῇδε τῇ ἡμέρᾳ, ὡς δικασθενος μετ' ἐμοῦ. σήμερον δὲ παταχρησικῶς λέγεται πουδικτίος ἡ ὥγαγη ἣν ὁ ἄκτωρ κινῶν λέγει. Εἰ Φαινεται, τόνδε χρῆναι δέναι, ἐπειδὴ πατὰ τὸ γῆν πρατεῖν οὐδεμίᾳ πρὸς τὸν ἀντίδικον γίνεται παραγγελία, οὐδὲ γάρ παραγγέλλει αὐτῷ ὁ ἐνάγων, ὅτι δεῖ αὐτὸν ἐλθεῖν τῇδε τῇ ἡμέρᾳ παὶ δικάσσασθαι.

i. e. Omnes autem in rem actiones in genere vocantur *Vindicationes*, sicut et omnes personales *Condictiones* appellantur. Atqui unde *Condicio* nominetur, necesse est dicere. *Condicere* secundum antiquam linguam est denuntiare. Olim enim, qui cum aliquo item habebat, denuntiabat ei, Venito illa die, ut iudicium mecum subeas: hodie autem abusive *Condicio* dicitur illa actio, quam actor instituens dicit, *Si adparet, illum dare oportere*; quoniam secundum id, quod nunc obtinet, nulla adversario fit denunciatio; nec enim actor ei denuntiat, oportere eum venire illa die ac iudicium subire.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Idee, welche Hellefeld hat, wenn er unter *Condictionen* persönliche Klagen versteht, die nicht aus einem Contract, sondern bloß aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entstehen, nicht erschöpfend ist. Denn auch davon abgesehen, daß die con-

5) Paraphr. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 15. Tom. II. p. 805.
edit. Keitz.

dictio certi ex mutuo eine condictio ex contractu ist, so würden nach diesem Begriff auch alle actiones in factum Condictio[n]en seyn.

Condictio[n]en sind nun also

1) blos persönliche Klagen. Realklagen sind nie so genennet worden, sondern haben immer den Namen vindicationes geführt. Johann Carl van Wachendorff⁶⁾ ist zwar anderer Meinung: allein Janus a Costa⁷⁾, hat das Gegenthell gezeigt.

2) Es sind Civilklagen. Denn es giebt keine Condictio, welche einen Prätor zum Urheber hätte. In Ansehung der condictio triticiaria und der condictio de eo, quod certo loco sind zwar mehrere anderer Meinung⁸⁾, und haben sich sogar bemühet, die Worte des prätorischen Edicta herzustellen. Allein vergeblich. Es findet sich hier von nirgends eine Spur⁹⁾. Den Grund, daß mehrere Stellen des Ulpianus und Caius in den Titeln der Pandecten, die von diesen Condictio[n]en handeln, aus ihren Commentarien über das Edict des Prätors genommen sind, beweisen nichts. Wie viel Fragmente in dem Titel

de

6) Dissertation. Trias. Diff. II. Cap. II. §. 1. pag. 231.

7) Commentar. ad §. 15. I. de Actionib pag. 539.

8) WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Diff. XXVI. Th. 7. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXIV. Th. 56. WESTENBERG de causis obligationum Diff. VII, Cap. V. §. 10—12. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. Tit. de condictione de eo quod certo loco Tom. II. Operum pag. 305.

9) Man sehe WACHENDORFF cit. Triad. Dissertationum Diff. II. Cap. II. §. 4. pag. 241. sq. und de cocceji in iure civ. controly. Lib. XIII. Tit. 3. Qu. 6.

de Rei Vindicatione sind nicht aus diesen Commentaren entlehnt, und doch weiß jeder, daß die Rei Vindicatione eine Civilklage ist?

3) Sie haben das Unterscheidende, daß sie auf ein dare oportere gehen. Das Wort dare heißt aber in der Sprache des röm. Rechts nicht blos herausgeben, sondern es soll eine Uebertragung des Eigenthums ausdrücken. Justinian sagt §. 14. *I. de actionib.* Dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat. Diese Klagen haben also zum Zweck, entweder die Erwerbung des Eigenthums einer Sache, von welcher der Kläger noch nicht Eigenthümer war, wie z. B. bey der *condictio ex lege, triticiaria u. dgl.* oder ein Herausgeben dessen zu bewirken, wovon zwar dem Beklagten das Eigenthum war übertragen worden, was dieser aber entweder vermöge der Contractsverbindlichkeit jetzt wieder in gleicher Art restituiren muß, wie bey der *condictio ex mutuo*, oder nun ohne rechtlichen Grund besitzt, wie bey der *condictio ob causam dati, causa non secuta, condictio indebiti, condictio ob turpem vel iniustum causam, und condictio sine causa*²⁰). Hingegen auf Herausgabe einer Sache, deren Eigenthum dem Kläger unverändert verblieben ist, gehen diese Klagen nicht. Daher findet man in dem ganzen röm. Gesetzbuche nirgends etwas von einer *condictio ex commodato, oder deposito, oder pignore*²¹). Nur der Klage aus dem Darlehn konnte darum der Name *condictio* bleiben, weil der Gläubiger nicht mehr Eigenthümer

20) *L. 65. D. de condict. indeb.*

21) *S. de RETES Opusc. Lib. II. Sect. I. cap. 8 nr. 8. (in Ger. MEERMAN Thes. iuris civ. et canon. Tom. VI. pag. 107.)*

deffen ist, was er von dem Schuldner als Darlehn zurückfordert. Es ist daher eine Regel, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicere. Justinian sagt §. 14.
I. de Action. Certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: *Si apparent, eum dare oportere.* Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet, *quia dari cuquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Nec res, quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Nur gegen den Dieb, gegen den Räuber, gegen einen Ehegatten, welcher dem andern wegen vorhabender Ehescheidung Sachen entwendet hat, und gegen den Depositar, welcher sich eines Dolus schuldig gemacht hat, gestatten die Gesetze dem Eigenthümer eine Condiction, wie folgende Stellen beweisen.

§. 14. *I. de Action.* Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: *Si apparent, eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

L. ult. in fin. D. Usufructuar. quemadm. caveat. Proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse.

L. 1. §. 1. D. de condict. triticiar. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili re abrepta.

L. 25. D. de actione ver. amotar. Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divorciis consilio res amotae fuerint, et secutum divorcium fuerit: sed

sed si in matrimonio uxor marito res substraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, *tamen ipsas res manus condicere potest*: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

L. 26. D. eodem. Rerum amotarum actio *conditio* est.

L. 13. §. 1. D. Depositum. Competit etiam *conditio*, depositae rei nomine: sed non antequam id dolo admissum sit, non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, *condicione obligari*, verum quod dolum malum admiserit.

4) Die Condictionen sind entweder Hauptflagen, welche zum Zweck der Verfolgung einer Verbindlichkeit gebraucht werden, aus welcher sie unmittelbar hervorgehen; wie z. B. die *conditio ex Lege*, *conditio ob causam dati*, *causa non secuta*, *conditio ob turpem causam*, *conditio indebiti*, und so die meisten Condictionen; oder es sind blos *adiectitiae qualitates* anderer Hauptflagen, welche dem Namen derselben beigegeben werden, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen; wie z. B. die *conditio triticiaria* und die *conditio de eo quod certo loco*¹²⁾.

5) Der allgemeine Grund der Condictionen ist die natürliche Billigkeit. Sie werden daher in den Gesetzen aus dem iure gentium hergeleitet. Marcius sagt *L. 25. D. de act. rerum amotar.* Iure gentium condici puto

12) S. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 1. Not. Hübner's Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts. S. 84. ff.

posse res ab his, qui non ex iusta causa possident. Eben dieses bestätigt Paulus L. 65. §. 4. *D. de conduct. indeb.* Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti, si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris; und Papinian sagt insonderheit von der conductio indebiti, L. 66. *D. de conduct. indeb.* Haec conductio ex bono et aequo *introducta*, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Es ist bey so flaren Stellen der Gesetze ganz unbegreiflich, wie dennoch mehrere berühmte Rechtsgelehrte¹³⁾ die Condictio[n]en, von denen wir hier reden, für actiones stricti iuris haben halten können¹⁴⁾. Deswegen haben aber doch die Condictio[n]en noch ihren besondern Klagegrund, wodurch sich dieselben von einander unterscheiden. So sagt Justinian *Pr. I. Quibus mod. re contr. obligat.* Ex mutuo nascitur actio, quae vocatur certi conductio. Die conductio indebiti leitet Caius L. 5. §. 3. *D. de oblig. et action.* quasi ex mutui datione her. Die conductio ob causam dati wird von einigen¹⁵⁾ ex contractu

13) *Ant. FABER* Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris sec. ord. Pand. Lib. XII. Tit. 6 §. 59. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3089. u. a. m.

14) Dass die Condictio[n]en vielmehr actiones bonae fidei sind, zeigt *de RETES Opusculor.* Lib. II. Sect. III. cap. 6. in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 165. *de cocceji in iure civ. controv.* h. t. Qu. 3. rechnet sie zu den actionibus arbitrariis. Man s. auch EMMINGHAUS ad Eundem l. c. not. k.

15) S. WESTENBERG Dig. h. t. §. 4.

De condictione causa data, causa non secuta. 9

tractu innominato do ut des aut facias; von andern¹⁶⁾ quasi ex contractu, oder auch ex consensu praesumto¹⁷⁾ hergeleitet. Die *condictio furtiva* entspringt aus einem Delict¹⁸⁾. Aus demselben Grunde leiten einige¹⁹⁾ auch die *condictio ob turpem vel iniustam causam*, andere²⁰⁾ hingegen aus einem Quasi-Delict, noch andere²¹⁾ sogar quasi ex contractu her. Ich werde von dem besondern Klages grunde bey den einzelnen Condictionen noch genauer handeln.

Unter den einzelnen Condictionen ist nun die *Condictio causa data, causa non secuta*²²⁾ die erste, von welcher hier zu handeln ist. Diese Condiction, welche auch *Condictio ob causam datorum*²³⁾ genennet wird, ist eine persönliche Klage, welche von demjenigen, der etwas, in Rücksicht eines zu erfüllens

A 5 den,

16) vDET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. SCHULTING Thes. controv. Decad. XXXXII. Th. a. FINESTRES in Hermogeniano pag. 435.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

18) SCHULTING Thes. controv. Dec. XLV. §. 3.

19) WESTENBERG Dig. Lib. XII. Tit. 5. §. 3.

20) de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. 5. Qu. 2.

21) HEINECCIUS Pandectar. Lib. XII. Tit. 5. §. 49.

22) Von dieser handeln Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 20. sqq. Franc. DUARENUS in Commentar. ad hunc Tit. Pandectar. Tom. II. Operum. pag. 896. sqq. Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. 2. et 3. (in MEERMANNI Thes. iuris civ. et canon. Tom. VI. pag. 118. sqq.) CLUDII Tr. de condictione ob causam datorum. Lipsiae 1659. und Io. Christph. HOEGER Diss. de usu condictionis causa data, causa non secuta. Altorfii 1714.

23) Vid. Tit. Cod. de condictione ob causam datorum. IV. 6.

den, an sich untafelhaften Zwecks, gegeben hat, gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Empfangenen mit allen Nutzungen und Zubehör in dem Fall angestellet wird, wenn die beabsichtigte Gegenleistung nicht erfolgt. Das Wort *Causa* bedeutet also hier soviel als ein Zweck, wo zu etwas gegeben wird, oder auch die Sache selbst, welche in Rücksicht einer künftigen Gegenleistung gegeben wird. Daher werden hier die Benennungen *causa* und *res* als gleichbedeutend genommen²⁴⁾). Bekannt ist die in den Gesetzen dieses Titels häufig vorkommende Redensart: *ob rem dare*. *L. 1. pr. L. 9. pr. L. 14. D. h. t. L. 5. pr. D. de praescript. verb.*

§. 821.

Erfordernisse dieser Condictio. Was heißt hier Geben?
Datio.

Die Condictio c. d. c. n. s. setzt nun voraus,

1) daß von Seiten des Klägers etwas gegeben worden sey. Das Wort Geben wird jedoch hier im rechtlichen

24) Im engern Sinn unterscheiden jedoch die Gesetze zwischen *Causa* und *Res*, und nennen *causa* dasjenige, was in Hinsicht einer schon geschehenen Leistung, *res* aber, was in Beziehung auf eine künftige Gegenleistung gegeben worden ist. So z. B. sagt *L. 52. D. de conduct. indeb.* Damus aut *ob causam*, aut *ob rem*. *Ob causam praeteritam*, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est. *Ob rem vero datur*, ut aliquid sequatur. Und *L. 65. §. 2. D. eodem* heißt es: Id quoque *ob causam* datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi. Eben so unterscheidet *L. 1. De de conduct. ob turp. causam*. Allein im allgemeinen Sinn sind die Ausdrücke *ob rem* und *ob causam* datum gleichbedeutend. *S. BRISSONIUS de Verb. Signif. sub v. Causa und de REbus l. c. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 2.*

De condictione causa data, causa non secuta. 11

lichen Sinn genommen, und darunter auch eine solche Leistung verstanden, die dem Geben einer Sache in Natur gleichgeachtet wird. Dahin gehört z. B. Ausstellung eines Schultscheins über eine in Rücksicht einer Gegenleistung versprochene Summe, oder Ausstellung einer Quittung über eine Forderung, die man an den Andern hatte. Es bestätigen dies folgende Gesetzstellen.

L. 4. Cod. de condict. ob causam dator. Si cum exiguum pecuniam revera susciperes, longe maiorem te accepisse cavisti, eo quod tibi patrocinium adversarius re promitteret, cum dicas, fidem promissi non secutam, ut libereris ab obligatione eius, quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris.

L. 10. D. h. t. Si mulier ei, cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, quae sibi debebatur, accep tam fecit, neque nuptiae infsecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit.

L. 115. pr. D. de div. reg. iuris. Si quis obliga tione liberatus sit, potest videri cepisse.

Ein bloßes Versprechen, daß man dem Andern etwas geben wolle, wenn es auch gleich in Rücksicht einer Gegenleistung geschehen ist, begründet diese Condiction nicht. Denn hier ist keine Zurückforderung denkbar. Ueberdem ist hier der Promittent schon durch eine Exception hinlänglich gedeckt, es kann daher schon darum das bloße Versprechen hier dem Ge ben nicht gleichgeachtet werden. Denn Paulus giebt uns

L. 115. §. 1. *D. de Reg. iur.*²⁵⁾ die Regel: Non potest videri accepisse, qui stipulatus potest exceptione submoveri. Anderer Meynung ist zwar Anton Schulzring²⁶⁾, welcher sich deshalb auf die Worte Ulpian's in der L. 24. *in fin. D. de acquir. vel omit. heredit.* beruft, wo es heißt: quod et stipulando capiamus. Allein man verbinde damit die L. 8. *D. de mortis causa donat.* Denn beyde sind aus *Ulpiani Libro VII. ad Sabinum* genommen; und man wird sich sogleich von dem Gegenthil überzeugen. Die Frage war, ob man von demjenigen, welchem eine Summe Geld versprochen worden ist, damit er eine ihm angefallene Erbschaft ausschlage, sagen könne, er habe sich als Erbe gerirt? Diese Frage entscheidet Ulpian zwar verneinend; indeßn trete doch hier das Edict des Prätors *Si quis omessa causa testati,* ein. Denn es sey so gut eine mortis causa capio geschehen, als wenn er das Geld erhalten hätte. Nam et stipulando mortis causa capit. D. h. wenn er gleich das Geld wegen der ausgeschlagenen Erbschaft noch nicht erhalten hat, so kann er doch darauf ex stipulatu flagen, nun ist es zur mortis causa capio nach L. 31. pr. *D. eod.* schon genug, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit. Auf jeden Fall aber hat er durch die Annahme des Versprechens seinen Willen erklärt, daß er nicht Erbe seyn wolle.

25) Paulus erklärt zwar eigentlich *Lib. XII. ad Edictum*, woraus die L. 115. *D. de Reg. iur.* genommen ist, das Edikt des Prätors *de calumniatoribus.* Allein die hier vorgetragenen Rechtsregeln sind allgemein. S. Iac. GOTHOREDUS in Commentar. ad Tit. Pand. de div. regulis iuris. pag. 493. sq.

26) Thesium controversar. Dec. XLII. Th. 5.

wolle²⁷⁾). Wie läßt sich also hieraus der Schluß machen, eine stipulata promissio habe mit der datio gleiche Wirkung, und begründe eine condictio causa data causa non secuta, von welcher hier gar nicht die Rede war²⁸⁾? Eben so wenig können auch die L. 3. §. 4. und L. §. 19. D. h. t. zum Beweis dienen, welche Cludius²⁹⁾ für diese Meinung ansführt. Keine dieser Stellen redet von unserer Condiction. Die erste Stelle: *Etsi nihil dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competit actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem defuncto quoque eo;* handelt offenbar von der Klage auf Erfüllung des Contracts; die andere aber: *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset, et nuptiae secutae fuissent, adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur, si nondum solverit;* von der condictio indebiti.

Ob übrigens der Kläger für sich oder für einen andern gegeben hat, ist gleichviel. Derjenige, für welchen etwas gegeben worden ist, kann nur dann gegen den Empfänger auf Zurückgabe klagen, wenn der Geber die Absicht gehabt hat, dem Dritten damit ein Geschenk zu machen, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 6. D. h. t. *Si extraneus pro muliere dotem dedisset, et pactus esset, ut quoquomodo finitum esset*

27) S. Westphals Commentar über die Gesetze von Verlelung und Eröffnung der Testamente §. 231.

28) Vergl. Höger Diss. cit. §. 3 not. h.

29) Cit. Tr. de condictione c. d. c. n. sec. Cap. III. nr. 23. sq.

set matrimonium, dos ei redderetur; nec fuerint nuptiae secutae, quia de his casibus solummodo fuit conventum, qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint; quaerendum erit, utrum mulieri Condictio, an ei, qui dotem dedit competit? Et verisimile est, in hunc quoque casum, eum, qui dat, sibi prospicere. *Nam, quasi causa non secuta, habere potest Condictio, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato:* nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri, quam sibi prospiceret. Sed et si pater pro filia det, et ita convenit, nisi evidenter aliud actum sit, condictionem patri competere.

L. 7. D. eodem. Qui se debere pecuniam mulieri putabat, iussu eius dotis nomine promisit sponso, et solvit: nuptiae deinde non intercesserunt: quae situm est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam, qui dedisset, an mulier? *Nerva et Attilinus responderunt:* Quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset; ipsum repetitum. Sed si, quum sciret, se nihil mulieri debere, promisisset; mulieris esse actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret. (Denn hier wird eine Schenkung vermutet.) Si autem vere debitor fuisset, et ante nuptias solvisset, et nuptiae secutae non fuissent, ipse possit condicere: causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condictitia actione.

L. 9. D. eodem. Si *donaturus* mulieri, iussu eius sponso numeravi, nec nuptiae secutae sunt; *mulier condicet.* Sed si ego contraxi cum sponso, et pecuniam in

in hoc dēdi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur; si non essent secutae, mihi redderetur: quasi ob rem datur, et re non secuta, ego a sponso condicam.

2) Es muß Etwas wegen einer künftigen Gegenleistung (ob causam futuram) gegeben worden seyn. Ist etwas in Beziehung auf eine bereits geschehene Leistung des Andern gegeben worden, so findet keine Zurückforderung statt, wosfern nicht etwa wegen eines dabei zum Grunde gelegenen Irrthums die condictio indebiti begründet wird. *L. 52. D. de condict. indebiti* sagt: Damus ob causam praeteritam; veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est: ut, etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente, repetitio competit. Und in der *L. 65. §. 2. D. eodem* heißt es: Id quoque, quod ob causam datur, puta, quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.

3) Der Zweck, wozu etwas gegeben worden ist, muß an sich untabehaft seyn, (*causa honesta*). Ulpian bemerkte dies ausdrücklich, wenn er *L. 1. pr. D. h. t.* sagt: Si ob rem non in honestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discedatur, causa secuta, repetitio cessat. Hierdurch unterscheidet sich die condictio ob causam datorum von der condictio ob turpem causam. Die Causa kann übrigens entweder darin bestehen, daß Etwas geschehe, oder daß Etwas nicht geschehen möge. In dem letztern Falle findet keine Zurückforderung statt, so lange das Factum untern bleibt,

bleibt, es wäre denn, daß zur Sicherheit des Klägers eine Cautionsleistung versprochen worden, und diese nicht erfolgt ist. Es gehen hierauf folgende Gesetze auf.

L. 3. pr. D. h. t. Dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur: quasi decidi. An possim condicere, si mihi non caveatur, ad iudicem non iri? Et est verum, multum interesse, utrum ob hoc solum dedi ne eatur, an ut et mihi repromittatur, non iri: si ob hoc, ut et re-promittatur, condici poterit, si non repromittatur: si ut ne eatur, condictio cessat, quamdiu non itur.

§. I. Idem erit, et si tibi dedero, ne Stichum manumittas: nam secundum distinctionem supra scriptam, aut admittenda erit repetitio aut inhibenda.

Wird das Factum dennoch unternommen, was nicht hätte geschehen sollen, so ist es zwar deshalb an sich in der Regel nicht ungültig, allein die Klage auf Zurückforderung des Gegebenen ist nunmehr begründet, wie folgende Gesetze außer Zweifel steht.

L. 3. Cod. de conduct. ob causam dator. Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienanda suae portionis facultas ulla competenteret, id efficit, ne alteruter vestrum prorsus alienet; vel ut donatori, vel eius heredi conductio, si non fuerit conductio servata, quaeratur³⁰⁾.

Ge-

30) Dass die Veräußerung an sich nicht ungültig sey, bestärken auch die Basilica Lib. XXIV. Tit. 1. Const. 31. (bei FABROT Tom. III. pag. 503.) Εαύ τις δωρήσῃ ταῦτα τινὶ ἐπὶ ὅρῳ τοιούτῳ, ἐπὶ τῷ μηδέποτε τῷ δωρηθεντά ἐκποίησαι, τῷ μὲν νόμῳ ἐκποίησαι οὐ κενάλυται. ὁ δὲ ἐκποίησαν, κατέχεται τῷ τῆς ἀπαιτήσεως δικαίῳ. i. e. Si quis ea conditione alicui dona-

Gehet die causa dati dahin, daß Etwas geschehe, so kann sich die Handlung auch selbst auf die Person des Gebers beziehen, und doch kann, re non secuta, die Klage auf Zurückforderung des Gegebenen gegründet seyn. Z. B. der Erbe oder Legatari giebt einem Dritten Geld, um dadurch einer ihm ausgelegten Bedingung zu genügen, unter welcher ihm die Erbschaft oder das Legat hinterlassen worden ist; er erhält aber nachher die Erbschaft oder das Legat nicht, entweder weil das Testament für falsch oder für pflichtwidrig erklärt worden ist, oder weil er die Erbschaft oder das Legat nachher ausgeschlagen hat. Hier kann das, was zur Erfüllung der Bedingung gegeben worden ist, zurückgesfordert werden. Es muß nur dem Kläger keine unerlaubte Handlung zur Last fallen, warum er den ihm unter der erfüllten Bedingung zugedachten Vortheil nicht erhielt. Die hierher gehörigen Stellen sind

L. I. §. I. D. h. t. Si parendi conditioni causa, tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere ³¹⁾.

L. 2.

donaverit, ne alienaret: alienatio quidem iure prohibita non est, Qui autem alienavit, conditione tenetur. Wegen des Veräussersten kann nun aber freylich die Klage nur auf den Werth der Sache gerichtet werden. Cu jaz in Recitatt. solemnib. in Cod. ad h. L. 3. sagt: *Condemnatio autem fiet non in fundum, quem non habes, sed in aestimationem, lis aestimabitur: alienatio autem non fiet irrita.* *L. 135. §. 3. D. de Verb. obligat* S. auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XII. not. k. pag. 364. und HENR. CARRARD Diss. de pacto de non alienando. praeſ. Christ. GMELIN def. Tübingerae 1789. §. 20. Zuweilen ist jedoch die Verdüsserung richtig. *L. I. Cod. de donat. quae sub modo.*

31) Man könnte hier einwenden, daß der Erbe durch Erfüllung der Bedingung schon seine Absicht erklärt habe, daß er die Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th.

L. 2. D. eodem. Sed et si falso testamentum sine scelere eius, qui dedit, vel inofficium pronunciatum sit, veluti causa non secuta, decem repetentur³²⁾.

4) Der Zweck muß bestimmt seyn, und dessen Erfüllung für den Geber ein Interesse haben³³⁾. Hatte sich der Geber über die Absicht, warum er dem Andern etwas gab, nicht bestimmt geäußert, so wird eine unbedingte Schenkung angenommen, und die Zurückforderung fällt weg, wosfern sich nicht etwa die Absicht des Geberts aus der Natur des Geschäfts erklären läßt. Folgende Stellen werden diese Sache bestätigen und zugleich erläutern:

L. 3. §. 7. D. h. t. Constat, eum, qui dedit, ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimat,

Erbshaft annehmen wolle, und also keine Repudiation weiter statt haben könne. Allein die Erfüllung der Bedingung ist noch nicht die Annahme der Erbschaft selbst, sondern setzt den Erben nur erst in den Stand, die Erbschaft antreten zu können. Er kann sie also auch noch ausschlagen. *L. 13.*

L. 26. D. de condition. institut. Mit Recht sagt daher ROTHER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XV. not. e. *Parendo conditioni, voluisse me non tam mihi acquiri, quam mihi deferri hereditatem aut legatum: ut postea possem, prout mihi conveniens esse existimarem, aut acquirere aut repudiare.*

32) Hier war zwar die Untretung der Erbschaft schon geschehen, allein ist das Testament falsch, so war sie gleich anfangs nichtig. *L. 1. D. de heredit. petit.* Ist es pflichtwidrig, so wird sie für nicht geschehen gehalten. *L. 21. §. 2. D. de inoff. testam.* *S. Ios. FINESTRES Hermogenian.* ad *L. 2. D. h. t.* pag. 435. sq.

33) *S. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 6. sqq.* et *cap. 3. Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XXXXII. Th. 4.*

maret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum.

L. 7. Cod. eodem. Si repetendi, quod donatus uxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti conditionem, remanet integra donatio: cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur.

Beyspielle von einer causa tacite subintellecta geben die Bestellung eines Brautschatzes, und die Bezahlung einer Schuld an einen falschen Procurator des Gläubigers. Denn jene hat die Schließung einer Ehe, letztere die Liberation des Schuldnerns zum Zweck. Erfolgt nun jene nicht, oder genehmiget in dem letztern Falle der Gläubiger die Handlung des falschen Sachwalters nicht; so findet eine Zurückforderung des Gegebenen statt, wenn auch weder die Schließung der Ehe, noch die Nachhabition des Gläubigers zur ausdrücklichen Bedingung war gemacht worden. Denn beydes liegt schon in der Natur der Sache³⁴⁾.

Dass hingegen die Condiction wegfällt, wenn der Geber bei der Erfüllung der causa nicht interessirt ist, lehrt Ulpian, wenn er *L. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor.* sagt: *Quum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici id ei non potest, quia magis donari ei videtur.* Quae sententia NERATII quoque fuit: *ait enim, datum ad villam exfruendam, vel agrum serendum, quod*

34) *S. ae RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II cap. 3. et 4.* (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 124. sqq.) und *Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 294.*

alioquin facturus non erat is, qui accepit, in speciem donationis cadere.

§. 822.

Fortsetzung. Was heißt *causa non secuta*?

Die Klage setzt ferner

5) voraus, daß die versprochene Gegenleistung nicht erfolgt sey. Nach dem römischen Rechte läßt sich dieser Fall auf dreierlei Art gedenken.

a) Wenn der Geber seinen Willen geändert hat. Dieses Recht der einseitigen Willensänderung hat nach dem römischen Rechte auch dann Statt, wenn schon dem Empfänger eine gewisse Zeit zur Erfüllung des intendirten Zwecks gesetzt, und diese auch noch nicht verflossen war. So lehrt Ulpian *L. 3. §. 2. et 3. D. h. t.* wo er sagt: *Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere: aut si me poeniteat, condicere possum. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quodsi praeteriit, condici poterit.* Einige Fälle nehmen jedoch die Gesetze aus, wo dieses Recht nicht gestattet wird.

i) Wenn etwas zu einem Brautschatz gegeben worden, und die Ehe noch zu hoffen ist. Uleratius sagt *L. 8. D. h. t.* *Quod SERVIUS in libro de dotibus scribit: Si inter eas personas, quarum altera nondum iustum aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine integrum datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut si divortium intercesserit prius, quam utraque persona iustum aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio.*

Do-

Donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa dotis nomine dederit, *donec maneat inter eos adfinitas*³⁵): quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio datur (cum sic detur, tanquam in dotem per venturum) *quamdiu pervenire potest*, repetitio eius non est.

2) Wenn etwas wegen eines Vergleichs und zur Belegung eines Prozesses gegeben worden ist. Paulus giebt L. 65. §. 1. *D. de condict indeb.* die allgemeine Regel: *Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur;* und in der L. 39. *Cod. de transact.* heißt es: *Quamvis eum, qui pactus est, statim poeniteat, transactio tamen rescindi, et lis instaurari non potest:* et, *qui tibi suasit, intra certum tempus licere a transactione recedere, falsum adseveravit.*

3) Wenn die causa, wozu etwas gegeben worden, eine negative ist, nämlich daß etwas nicht geschehen möge. Hier findet keine Zurückforderung statt, solang das Factum unterbleibt, quia alter implet, sagt Retes³⁶), *quod ex parte sua facere tenebatur, et ideo, cum res integra non sit, nec potest esse locus poenitentiae.* Die Gesetzstellen, welche hierher gehören, *L. 3. pr. et §. 1. D.*

B 3

h. t.

35) In den *Basilicis Lib. XXIV. Tit. I. Constit. 8.* bey FABROT Tom. III. pag. 498. heißt es: ἐφ ὅσον η μυησια συνίσταται. i. e. *quamdiu sponsalia consistunt.* Das Wort adfinitas wird mehrmals in unsren Gesetzen von der Verbindung unter Verlobten gebraucht. S. L. 38. §. 1. *D. de Ujur. und Corn.* van BYNCKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. V. cap. 6.

36) Opuscular. Lib. II. Sect. III. Cap. 1. nr. 6. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 144.)

h. t. L. 3. Cod. eod. sind. schon oben (S. 16.) vorgekommen. Endlich

4) wenn eine Schenkung ob causa geschehen ist. Warum hier die Reue wegfällt, die sonst bey einer datio ob causam in ungenannten Contracten Statt findet, erklärt Petrus³⁷⁾ mit Anton Faber³⁸⁾) auf folgende Art. Plus est in donatione ob causam, quam in datione ob causam: *qui enim ob causam donat, ante defectum causas non potest condicere ex capite poenitentiae; sed qui ob causam dat, si eum poenituerit dedisse, condicere potest.* Non, quod is, qui donat, magis dominium transferat; quam qui dat, cum verum sit, utrumque dominium transferre, sed quia is, qui dat ex causa donationis, et hoc amplius aliquam causam adiicit praedictae donationi, veluti, ut aliquid fiat, *duplicem habet causam donandi, alteram praesentem, alteram futuram.* Praesens causa est *liberalitas donatoris;* quae cum pendeat ex solo animo, et munificentia donantis, non potest videri defecta unquam, vel non impleta, immo statim impletur, ac donatio facta fuit. *Futura vero est, quae pendet ex facto et voluntate donatarii,* quae ideo potest impleri vel non impleri. Hinc ergo fit, ut quemadmodum, si donatarius legem donationis implere nolit, danda est *condictio causa data, causa non secuta* donatori, quoniam ex sola liberalitate non fuerat donatus: ita si donatarius paratus sit implere, non est permittendum donatori, ut condicat, *quia pendente implemento conditionis, legisve dictae donationi subest alia*

cau-

37) Cit. loc. nr. 9. pag. 145.

38) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XLV. Err. 9.

causa praesens et iam impleta, id est, liberalitas donatoris, quae nullum poenitentiae locum relinquit. Allein der eigentliche Grund dieses Unterschiedes beruhet vielmehr, wie aus der L. 6. C. de condict. ob caus. dator. erschellet, darin, weil eine Schenkung unter den Lebenden an sich nicht widerufen, ja nach dem neuern röm. Recht³⁹⁾ sogar auf deren Erfüllung geklagt werden kann. Daher gestatten hier die Geschehe nur dann die Zurückforderung des Schenkten, wenn die causa donandi nicht erfüllt worden ist⁴⁰⁾.

Das Reurecht, welches nach dem röm. Rechte bey ungenannten Contracten zulässig war, kommt übrigens auch den Erben zu Statten⁴¹⁾. Denn da das Geschäft unvollkommen blieb, solange die Erfüllung von Seiten des Empfängers nicht erfolgt war, so konnte auch in der Person des Erben keine Verbindlichkeit eintreten, welche auf Seiten des Geberts nicht vorhanden war. Es sagt vielmehr Ulpian⁴²⁾: Heredem eiusdem potestatis, iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat.

b) Ist causa nicht secuta, wenn der Empfänger die Gegenleistung entweder gar nicht, oder nicht auf die gehörige Art erfüllen will⁴³⁾.

B 4

c) Wenn

39) L. 35. §. 5. Cod. de donat.

40) L. 2. L. 8. C. de donat. ob caus. dator.

41) S. voET Comment. ad Pand. h. t. §. 4. und de cocceji ius civ controv. h. t. Qu. 10. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 10. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 16. und HOEGER Diff. de usu condict. causa data. §. 3. not. f.

42) L. 59. D. de div. reg. iur.

43) L. 3. §. 3. L. ult. D. h. t. L. 2. L. 3. L. 8. I. q. L. ult. Cod. de condict. ob caus. dator.

c) Wenn er sie nicht erfüllen kann. Jedoch ist in diesem letzten Falle die Condictio nicht ohne Unterschied begründet. Die nähere Entwicklung dieser Fälle ist dem folgenden §. vorbehalten. Die Condictio ob causam datorum setzt endlich

6) voraus, daß das Geschäft, wegen dessen der Beklagte dasjenige empfangen hat, auf dessen Zurückgabe gegen ihn geflagt wird, kein genannter Contract seyn dürfe. Denn ist Etwas wegen eines genannten Contracts gegeben worden, so hat nur eine Klage auf gegenseitige Erfüllung des Contracts Statt⁴⁴⁾, wosfern nicht etwa eine angehängte Resolutivbedingung, oder Modalbestimmung eine Ausnahme macht, oder der Contract mit beyder Theile Einwilligung wiederum aufgehoben wird. Hier kann auch bey einem genannten Contract dasjenige, was um desselben Willen gegeben worden ist, mit dieser Condictio so gut, als mit der Klage aus dem Contract zurückgesfordert werden⁴⁵⁾. Sonst aber hat die condictio ob causam datorum nur bey ungenannten Contracten und solchen Geschäften Statt, welche unter die Rubrick derselben gesetzt werden können, z. B. bey Schenkungen, denen ein modus beigelegt worden; oder wenn ein Schulschein in der Hoffnung, ein Darlehn zu erhalten, ausgestellt, oder ein Heirathsgut um einer künftigen Ehe willen gegeben worden ist, oder der Erbe zur Erfüllung einer Bedingung etwas

44) L. 12. Cod. de Rei Vindic. L. 8. Cod. de contrah. emt.
L. 14. Cod. de rescind. vendit. L. 6. Cod. de act. emti.

45) S. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. nr. 5. sqq.
(bey MEERMANN Tom. VI. pag. 119.)

was gegeben hat, und nachher die Erbschaft nicht erhält, oder annimmt⁴⁶⁾).

Es ergiebt sich hieraus, daß es ganz unrichtig ist, wenn mehrere⁴⁷⁾ diese Condiction aus einem ungenannten Contract herleiten wollen. Denn die daraus entstehende Klage ist die actio in factum praescriptis verbis, und diese geht nicht auf die Aufhebung des Contracts, sondern auf Erfüllung derselben⁴⁸⁾. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er L. 5. §. 1. *D. de praescript. verbis* sagt: *Si rem do, ut rem accipiam, dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut dannneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere; vel, si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* Richtiger wird von andern⁴⁹⁾ der Grund derselben in einer stillschwelgenden Convention gesucht. Denn die Gesetze erklären

B 5 eine

46) *L. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. et ult. D. h. t. L. 2. 3. et 6. Cod. de condic. ob caus. dator. L. 1. Cod. de donat. quae sub modo. S. WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 3. und CARRACH Adnotat. ad Böhmeri doctrinam de actionibus pag. 254. not. x.*

47) *Ulric. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. Io. Ortio. WESTENBERG in Dig. h. t. §. 4. u. a. m.*

48) *S. Reinh. BACHOVIAUS de Actionib. Disp. IV. Th. 19. und Io. van NECK Diss. ad L. ult. D. de cond. e. d. c. n. f. Lugd. Bat. 1735. (in Gerh. OELRICHS Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. II. Nr. 10.) Cap. III. pag. 410.*

49) Man sehe hier vorzüglich *Hug. DONELLI* Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 24. Gleichwohl behauptet derselbe Donelli cap. 22. daß den Erben diese Condiction ex causa poenitentia-

eine *ratio ob causam* der Billigkeit wegen so, daß derjenige, welcher in Rücksicht einer Gegenleistung etwas gegeben hat, sich stillschweigend die Zurückforderung vorbehalten habe, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt. Daß sich die römischen Rechtsgelehrten die *ob rem dati, re non secuta*, wirklich so gedacht haben, erhellt nicht nur aus *L. 6. D. h. t.* wo Ulpian sagt: *Et verisimile est, in hunc quoque casum eum, qui dat, sibi prospicere: nam quasi causa non secuta, habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato;* sondern es geht auch hierauf die Bemerkung des Pomponius, wenn er *L. 13. §. 2. in fin. D. Commodati* sagt: *Plerumque id accidit, ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio nascatur, veluti, cum per errorem indebitum solvendi causa datur.* Die meisten⁵⁰⁾ leiten zwar diese Klagen aus einem Quasi-Contract her, es ist aber diese Meinung von andern mit Recht verworfen worden^{51).}

Die

nitentiae nicht gestattet worden sey. Allein ich glaube, daß sich gerade hieraus ein neuer Grund, das Gegenthell zu behaupten, hernehmen läßt. HUBER in Praelection. ad Pand. h. t. §. 6. sagt sehr gründlich: *Si verum est, hoc tacite inter partes agi, ut, quamdiu causa non est secuta, liceat repetere, quod datum est, nihil causae videtur esse, cur idem heredibus ex natura omnium conventionum non sit permittendum.*

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 4. van NECK cit. Diss. Cap. 3. pag. 410. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. und diejenigen, welchen bereits oben Not. 16. S. 9. angeführt worden sind.

51) S. HUBER c. l. §. 3. in Respons. ad Schol. 2. und HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contr. et quae quasi ex del. nascuntur. Cap. III. pag. 46.

Die Klage geht nun nicht nur auf Zurückgabe des Empfangenen, sondern auch auf Früchte und Accession; wie aus folgenden Gesetzesstellen erhellt.

L. 7. §. 1. D. h. t. Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae inscutae non fuerint, condictione repeti potest: *Fructus quoque condici poterunt.* Idem iuris est de ancilla et partu eius.

L. 12. D. eod. Cum quis mortis causa donationem, cum convaluiisset donator, condicit, *fructus quoque donatarum rerum, et partus, et quod aderevit rei donatae,* repetere potest.

Und zwar können die Früchte nicht nur von Zeit der erhobenen Klage an, sondern auch die vorher gezogenen Früchte gefordert werden⁵²⁾, wie aus *L. 38. §. 1. D. de usuris* erhellt, wo Paulus sagt: Et quidem, si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renunciata adfinitas, *fructus quoque restituendi sunt:* utique hi, qui percepti sunt *eo tempore, quo sperabatur adfinitas:* sed et posteriores; si in re mora fuit, ab illo, qui reddere debat, omnimodo restituendi sunt.

Auf Zinsen hingegen geht die Klage nicht⁵³⁾. Wie-
le⁵⁴⁾ sehen den Grund darin, weil diese Klage eine
actio

52) *de RETES Opuscul. Lib. II. Sect. III. cap. 6. n. 2. sqq. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 296.*

53) Arg. *L. 4. C. de conduct. ob turp. caus. L. 1. Cod. de conduct. indeb.* Ant. FABER Rational. in Pand. ad *L. 7. §. ult. D. h. t.* und *de RETES c. I. nr. 4.*

54) G. HUBER in Praelect. ad h. t. §. 7. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2. VAN NECK cit. Diff. Cap. III. in fin. MOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3097. u. a. III.

actio stricti juris sej. Allein dieser Meynung widerspricht Paulus, welcher L. 65. §. 4. *D. de condicione indeb.* ausdrücklich sagt: *Quod ob rem datur, ex bono et aequo* habet repetitionem. Es scheint vielmehr gerade die Billigkeit, worauf die Klage gebauet ist, die Gesetzgeber bewogen zu haben, den Beklagten von der Verbindlichkeit zur Zinsenvergütung zu befreien. Denn es sind nur zwey Fälle denkbar, der Beklagte hat entweder Zinsen erhoben, oder nicht. Im ersten Falle hatte er ja das Geld auf seine Gefahr ausgeliehen, und es ist daher auch billig, daß er die Zinsen behalte⁵⁵⁾), und da ihm das Eigenthum des Geldes war übertragen worden, so konnte er solches auch von Rechtswegen ausleihen. Anderer Meinung ist zwar Cocceji⁵⁶⁾ aus dem Grunde, weil usurae perceptae den Früchten gleich geachtet würden. Er beruft sich deshalb auf die L. 34. *D. de usuris*, wo gesagt wird: *Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et in tutelae actione, et in caeteris iudiciis bonae fidei servatur.* Allein offenbar gehört diese Stelle nicht hieher, sondern redet bloß von den Fällen, wo die Zinsen eben so, wie die Früchte, wegen des Verzugs des Schuldners oder sonst aus Gründen der Billigkeit vom Richter zuerkannt werden können. Daß außerdem usurae-perceptae nicht schlechterdings wie Früchte betrachtet werden können, lehrt Pomponius L. 121. *D. de Verb. Significat.* wo er sagt: *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est:*

55) L. 67. §. 1. *D. pro Socio.* L. 10. §. 8. *D. Mandati.* L. 62. *D. de Rei vindic.*

56) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.*

est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione⁵⁷). In dem oben angegebenen letzten Falle hingegen, da der Beklagte von dem empfangenen Gelde keinen weitern Vortheil gehabt hat, ist vollends kein Grund vorhanden, aus welchem Zinsen gefordert werden könnten, sofern nicht dem Beklagten bey der Restitution des Empfangenen ein Verzug zur Last fällt. Nam in bonae fidei iudiciis ex mora usurae debentur⁵⁸). Aus der stillschweigenden Convention, woraus die Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Empfangenen, wegen nicht erfolgter Gegenleistung, hergeleitet wird, lässt sich wenigstens kein Grund hernehmen, aus welchem der Beklagte zu einer Vergütung der Zinsen verurtheilt werden könne, cum usurae non natura, sed iure percipientur⁵⁹).

Ist die gegebene Sache durch des Beklagten Schuld zu Grunde gegangen, so kann deren Werth gefordert werden⁶⁰).

Dass übrigens die Klage auf die Erben geht, leidet keinen Zweifel⁶¹).

§. 823.

57) *S. Io. GOEDDAEI Commentar. in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 121. cit. pag 859.*

58) *L. 32. §. 2. D. de usuris. C. EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. Qu. 13. not. c.*

59) *L. 62. D. de Rei vindicat.*

60) *L. 15. D. h. t. iunct. L. 65. §. 6. D. de conduct. indeb. S. Franc. DUARENUS in Comment. ad h. Tit. Dig. Cap. 6. Operum pag. 900. und van NECK cit. Diff. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. in fine.*

61) *L. 2. et 3. Cod. de conduct. ob caus. dator.*

§. 823.

Fälle, wo die Condictio c. d. c. n. s. nicht Statt findet.

Die Condictio ob causam datorum fällt weg,

I) wenn der Gebende einen unerlaubten Zweck zu erreichen suchte. Z. B. Es hat jemand, um eine Erbschäfe antreten zu können, einem Dritten etwas gegeben, weil er unter dieser Bedingung zum Erben eingesetzt worden ist. Er behält aber die Erbschaft nicht, weil bewiesen wurde, daß das Testament auf eine betrügerische Art von ihm erschlichen worden sey. Hier kann er das zur Erfüllung der Bedingung Gegebene nicht zurückfordern. Auf diesen Fall deutet ohne Zweifel die *L. 2. D. h. t.* hin, wo Hermogenian sagt: *Sed et si falsum testamentum sine scelere eius, qui dedit, vel inofficiosum pronunciatum sit, veluti causa non secuta, decem repetentur;* und Joseph *Ginetres*⁶²⁾ erklärt diese Stelle ganz richtig, wenn er daraus folgenden Satz ableitet: *Itaque si heres, qui conditionis implendae causa dedit, testamentum confinxerit, falsisque testibus signandum curaverit, aut ipse sua manu exheredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscriperit, aut posterius testamentum suppresserit, aut celaverit, ut solum appareret prius, in quo ipse institutus erat, aut denique simile quid fecerit, vel faciendum curaverit, quod vindicatur Lege Cornelia de falsis, L. 2. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. et passim Tit. de Lege Cornel. de fals. condictiōnem datorum non habebit: nam cum turpis sit datio eius pecuniae, quam dolo malo dedit, quo fieri heres posset ex falso testamento; merito inhibetur repetitio, tametsi eius quo-*

⁶²⁾ In Hermogenian. ad h. L. 2. pag. 436.

que, qui accepit, versaretur turpitudo. L. 3. §. 8. D. de conduct. ob turp. caus. L. ult. D. de conduct. sine causa.

2) Wenn der Geber selbst daran Schuld war, daß der Zweck auf Seiten des Empfängers nicht erfüllt wurde. Z. B. es ist ein Heyrathsgut in Rücksicht einer künftigen Ehe gegeben, oder einem Schuldner in dieser Rücksicht von seiner Gläubigerin die Schuld erlassen worden; sie hat sich aber nachher mit einem andern verheyrathet. Hier findet keine Zurückforderung statt. Wo jedoch das römische Recht die Condiction aus bloßer Reue gestattet, welches aber freylich bey der dotis datio nie der Fall war⁶³⁾), da kommt es auf die bloße Bereitwilligkeit des Beklagten, die Gegenleistung zu erfüllen, nicht an, sondern die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen ist begründet, sobald der Geber seine Sinnesänderung erklärt hat, wenn gleich der Beklagte schon Anstalten zur Erfüllung gemacht haben sollte, und der Kläger ist blos zur Schadloshaltung des Beklagten verbunden⁶⁴⁾). Z. B. wenn A dem B eine gewisse Summe gegeben hätte, um für ihn eine Reise zu machen, B auch schon alles Erforderliche veranstaltet, und sich Kosten gemacht hätte; so kann dennoch A, wenn er sich nachher anders besinnt, die Reise absagen, und das Gegebene zurückfordern, er muß nur dem B. die bereits gemachten Kosten vergüten⁶⁵⁾). Nur dann wird dem Geber

63) L. 8. D. h. t. L. 15. Cod. de donat. ante nupt. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap. 23.

64) L. 5. pr. et §. 1. D. h. t. de RETES Opuscul. Lib. II. Sect. III. cap. 3. nr. 7. sqq.

65) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Vand §. 1368. Nr. 8.

ber die Klage abgesprochen, wenn die von dem Empfänger gemachten Verwendungen dem Empfangenen gleich kommen⁶⁶). Zuweilen kann sogar der Grund der *causae non secutae* in der eigenen Handlung des Gebers liegen, und doch eine Zurückforderung des Gegebenen statt finden, wenn nämlich diese Handlung blos von seiner Willkür abstieg, und nur das Geben die Bedingung war, um diese Handlung vornehmen zu können. Z. B. Der Erbe giebt einem Dritten eine Summe Geld, um eine Bedingung zu erfüllen, unter welcher ihm eine Erbschaft hinterlassen worden ist, die er anders nicht antreten und erhalten kann. Er schlägt aber dennoch nachher die Erbschaft aus, so kann er das Gegebene zurückfordern, wenn es auch gleich blos an ihm lag, daß er die Erbschaft nicht erhielt⁶⁷). Aus allem geht also so viel hervor, daß in dem Falle, da der Geber selbst die Realisierung der *causa* hinderte, die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen nur alsdann wegfällt, wenn der Geber selbst zur Beförderung des Zwecks rechtlich verbunden war⁶⁸), oder das Gegebene blos der Sinnesänderung wegen nicht zurück gefordert werden konnte.

3) Wenn die gegebene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist.

4) Wenn unter der Bedingung einer Gegenleistung ein Factum geleistet worden ist. Hier kann bloß auf Erfüllung oder Leistung des Interesse geklagt werden, und zwar mit der *actio in factum praescriptis verbis*, oder auch

66) *L. 5. D. h. t.*

67) *L. 1. §. 1. D. h. t. S. de RETES Opusc. Lib. II. Sect. III. cap. II. nr. 2.*

68) *S. DONELLUS in Commentar. cit. loc. pag. 717.*

auch mit der actio doli, wenn ein offensbarer dolus vorhanden ist, welche sodann jener Klage vorgezogen werden muß⁶⁹).

5) Wenn dem Empfänger die Gegenleistung unmöglich ist. Dictam legem donationi, sagt L. 8. Cod. de condic. ob causam dator. si non impossibilem contineat causam, ab eo, qui hanc suscepit, non impletam, condicione facere locum, iuris dictat disciplina⁷⁰). Doch fällt hier die Condicione nicht schlechtedings weg, sondern es ist zu unterscheiden. Die Unmöglichkeit war entweder

I.) gleich Anfangs vorhanden. Hier kommt es wieder darauf an,

a) ob der Gebende das Hinderniß wußte. Dann sin det die Condicione nicht Statt, weil anzunehmen ist, der Gebende habe schenken wollen⁷¹). Von diesem Falle er flärt man die angeführte L. 8. Cod. h. t.⁷²).

b) Dem

69) L. 5. §. 3. L. 15. in fin. D. de praescript. verb. verglichen mit L. 2. D. eodem. L. 6. Cod. de Transact. S. BÖHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IX. §. 12. et 13.

70) In den Basilicis Lib. XXIV. Tit. I. Constit. 36. bei FABROT. Tom. III. pag. 505. heißt es: Τὸ δοθὲν ἐπὶ αἰτίᾳ μὴ αδυνάτῳ τῆς αἰτίας μὴ προβαινούσης αὐτισμέφεται. I. e. Quod donatur sub causa non impossibili, causa non secuta repetitur.

71) L. 53. D. de Reg. iuris. Einen andern Grund giebt de cocceji in iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. an, nämlich quia causa habetur pro praestita. Allein wollte man diesen Grund annehmen, so würde es darauf nicht weiter ankommen, ob der Geber die Unmöglichkeit gewußt habe, oder nicht.

72) S. DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 23. pag. 716. voigt Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. de RETES Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th. Opus-

b) Dem Geber war das Hinderniß unbekannt, oder er hielt wenigstens die Realisirung der Causa unter gewissen Umständen für möglich. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden, wenn auch die Gegenleistung wegen eines gesetzlichen Verbots nicht möglich war; wie aus folgenden Gesetzesstellen erhellt.

L. 1. Cod. de cond. ob caus. dator. Pecuniam, quam te ob dotem accepisse pacto interposito, (ut fieri, cum iure matrimonium contrahitur, adsolet) proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonio, iure condictionis restituere debes: et pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet.

L. 5. Cod. eodem. Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti: quicquid ob causam datum est, causa non secuta, restitui tibi competens iudex curae habebit.

Es erhellt aus diesen Stellen, daß es darauf nicht ankommt, ob die Unwissenheit in Ansehung des Hindernisses das Recht selbst, oder das Factum betrifft. Denn das Gesetz macht keinen Unterschied. Anderer Meinung ist zwar Voet⁷³⁾). Dieser unterscheidet nämlich, wenn die causa auf Seiten des Empfängers wegen eines gesetzlichen Verbots nicht möglich war, ob der Geber das gesetzliche Verbot selbst nicht kannte, oder ob ihm blos das factische

Ver-

Opusc. Lib. II. Sect. II. cap. IX. nr. 5. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 140. MALBLANC Digest. h. c. P. II. §. 485.

73) Commentar. ad Pand. h. c. §. 7.

Verhältniß der Personen unbekannt war, welche das Verbot angehet. Im ersten Falle finde keine Zurückforderung des Gegebenen statt, weil die Unwissenheit des Rechts immer demjenigen zur Last falle, der etwas vermöge derselben gegeben hat, ohne das Gegebene zurückfordern zu können⁷⁴⁾). In dem andern Falle hingegen sey die Condictio begründet, und von diesen Fällen erklärt er die beiden oben angegebenen Gesetze. Allein die L. 10. C. de iur. et facti ignor. redet von der Bezahlung einer Nichtschuld. Nun lassen sich aber die Grundsätze von der condictio indebiti hier nicht anwenden, wo von einer datio ob causam futuram die Rede ist, wenn man auch ganz davon absieht, daß es selbst bey der condictio indebiti Fälle giebt, wo die Unwissenheit des Rechts der Zurückforderung der Nichtschuld nicht entgegensteht⁷⁵⁾). Schon selbst die L. 9. D. de iuris et facti ignor. worauf sich Poet beruft, sagt ausdrücklich, daß es Personen gebe, denen die Unwissenheit des positiven Rechts nichts schade, wenn sie dadurch einen Verlust an ihrem Vermögen leiden würden: z. B. Frauenspersonen, Minderjährige und Soldaten. Hierzu kommt nun noch der Ausspruch Papians, welcher L. 7. D. de iuris et facti ignor. die Regel giebt: Iuris ignorantia suum potentibus non nocet; diese Regel findet aber hier um so mehr Unwendung, da sie mit der Billigkeit übereinstimmt, welche die Gesetze bey dieser Klage hauptsächlich zum Maasstabe angenommen haben. Es muß nur aber freylich die Unwissenheit keine grobe und affectirte seyn⁷⁶⁾.

74) Arg. L. 10. Cod. de iuris et facti ignor. et L. 9. D. eodem.

75) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3088.

76) L. 6. L. 9. §. 2. et 3. D. de iuris et facti ignor.

Noch weniger läßt sich jedoch die Meinung des Coccoeji⁷⁷⁾ rechtfertigen, welcher auch nicht einmal in dem Fall die Condition gestatten will, wo der Geber nicht gewußt hat, daß die Gegenleistung in facto unmöglich sei, sofern dem Empfänger dabei keine Schuld zur Last fällt. Denn die L. 10. Cod. h. t. worauf er seine Meinung gründet, gehört offenbar nicht hierher, sondern redet von einem besondern Falle, wo durch Zufall die Gegenleistung war verhindert worden⁷⁸⁾). Ob übrigens der Empfänger die Unmöglichkeit der causa gewußt habe, oder nicht, darauf kommt nichts an; so wie es denn auch in Absicht auf die Begründung der Klage keinen Unterschied macht, ob die Erfüllung der causa wegen ihrer Unmöglichkeit ganz unterblieb, oder der Versuch, sie zu erfüllen, ohne Wirkung war. Beydes erläutert Ulpian L. 3. §. 5. D. h. t. durch folgendes Beispiel: *Si liber homo, qui bona fide serviebat, mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam; et fecero; postea liber probatus, an mihi condicere possit, quaeritur? et IULIANUS libro XI. Digestorum scribit, competere manumisso repetitionem.* NERATIUS etiam libro Membranarum refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetuisse per iudicem: *nec fuisse quae situm, an Domitia sciens liberum accepisset.* Hier war nun zwar die Manumission erfolgt, man hätte also glauben sollen, die conductio ob causam datorum sei hier nicht begründet. Denn die Gesetze halten ja auch bey letzten Willensverordnungen die Bedingung der Manumission für erfüllt, wenn

sie

77) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

78) S. EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. u. Tom. II. p. 184.

sie gleich an sich eine ganz vergebliche Handlung gewesen wäre. Genug, wenn sie nach dem Willen des Erblassers geschehen ist⁷⁹⁾). Warum sollte es bey Verträgen anders seyn? Allein es ist hier nicht gleicher Grund vorhanden. Bey den letzten Willensverordnungen ist es genug, wenn dem Willen des Erblassers ein Genüge geschieht, es geschehe mit oder ohne Wirkung⁸⁰⁾). Allein einen Contract pflegt man nicht um einer vergeblichen Handlung willen zu schliessen, noch dem Andern deshalb etwas zu geben⁸¹⁾).

II.) Ist hingegen die Unmöglichkeit der Gegenleistung erst in der Folge eingetreten, so war entweder

a) der Empfänger selbst daran Schuld. Hier kann das Gegebene condicirt werden. *Advocationis causa datam pecuniam*, sagt *L. 11. Cod. de condit. ob causam dator. si per eos, qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse convenit.* Oder

b) die Gegenleistung ist durch einen Zufall gehindert worden. Hier ist es streitig, ob die Zurückforderung des Gegebenen Statt finde. Einige⁸²⁾ läugnen dieses, und berufen sich auf die *L. 10. Cod. h. t.* wo gesagt wird: Pe-

C 3 cuniam

79) *L. 20. §. 1. D. de condit. institut.*

80) *L. 55. D. de condit. et demonstrat.*

81) *S. de RETES Opusc. Lib. II. Sect. II. cap. 8. nr. 2. et 3.*
(bey MEERMAN Tom. 17. pag. 136.)

82) *Barthol. CHESIUS Differentiar. iuris cap. 51. nr. 1.* (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 783.) und *Guil. RANCHINUS varior. Lection. Lib. III. cap. 8. in Io. Herm. SCHMINCKII Syntagm. crit. varior. Auctor.* pag. 83. sq.

cuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed *fortuito casu* non est secuta, *minime repeti posse*, certum est. Andere⁸³⁾ hingegen nehmen die entgegengesetzte Meinung zur Regel an, und gründen sich auf die *L. 5.* und *L. ult. D. h. t.* Die widerstreitenden Gesetze hingegen erklären sie bloß von Ausnahmen. Noch andere⁸⁴⁾ unterscheiden zwischen der *Condictio ob causam non secutam*, und *ex causa poenitentiae*. Erstere falle weg, wenn es nicht an dem Empfänger gelegen, daß die Gegenleistung nicht erfolgte, letztere aber habe ohne Unterschied Statt, die Gegenleistung möge durch des Empfängers Schuld, oder durch Zufall gehindert worden seyn. Sie glauben dieser Unterschied sey in der *L. 3. §. 3.* und *L. 5. pr. D. h. t.* klar begründet, und so könnten die sich widerstreitenden Gesetze leicht vereinigt werden. Allein die angeführten Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Es ist die nämliche *Condictio*, welche ob *causam non secutam* und *ex capite poenitentiae* angestellt wird, wie auch schon Retes⁸⁵⁾ bemerkt hat. Man hat nur den Zweifelsgrund, den Ulpian doch in der *L. 5. pr. D. h. t.* in den Worten: *cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare*, so deutlich ausdrückt, mit dem Entscheidungsgrunde verwechselt, ohne sich zu erinnern, daß diese

83) *Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21.*
und *MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 486.*

84) *Iac. CUJACIUS Recitat. in L. 1. Cod. de condic. ob causator.* *Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.* in fin. *HOPACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3096...*

85) *Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 7. nr. 9.* und *Sect. III. cap. 3. nr. 6.*

diese Stelle aus Ulpian's libris Disputationum entlehnt seyn. Daher wollen Andere⁸⁶⁾ vielmehr unterscheiden, ob sich der Empfänger zum Schaden des Gebers bereichern würde, wenn er das Empfangene behielte, oder nicht, im ersten Falle finde die Zurückforderung des Gegebenen statt, in letzterm Falle aber nicht. Vergleichen wir alle die hierüber in dem römischen Rechte vorhandenen Gesetze, so handeln sie, wie auch Struv⁸⁷⁾ sehr richtig eingesehen hat, eigentlich von zwey Fällen, nämlich

a) wenn sich der Empfänger zur Leistung eines Factums verpflichtet hat, und diese durch Zufall unmöglich wird. Hier kann man als Regel annehmen, daß das Gegebene zurückfordert werden könne, soweit der Empfänger dadurch bereichert ist, ohne Unterschied, der Casus habe die Person des Empfängers betroffen, oder den Gegenstand der Leistung. Diese Regel hat ihren Grund in der eigenen Natur der ungenannten Contracte. Die Gesetze gehen zwar zunächst von dem Grundsatz aus, daß bey diesen Contracten, die durch eine datio ihre Existenz erhalten, die bloße Sinnesänderung demjenigen, welcher den Contract ersfüllt hat, ein Recht gebe, davon wieder abzugehen. Allein es läßt sich bey diesen Contracten das Recht zur Zurückforderung des Gegebenen auch aus dem natürlichen Grund rechtfertigen, weil hier die datio immer unter der Voraussetzung geschieht, daß von Seiten des Empfängers die Gegenleistung erfolge, wie ich schon bey einer andern

86) Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XLII. Th. 9.

87) Syntagm. iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 10.

Gelegenheit gezeigt habe⁸⁸⁾). Es finden jedoch folgende Ausnahmen Statt.

aa) Wenn der Geber bey der Leistung des Factums kein weiteres pecuniäres Interesse hatte, sondern ihm blos darum zu thun war, daß sein Wille binnen einer bestimmten Zeit erfüllt werde. Hier fällt die Zurückforderung weg, wenn der Zufall noch vor dem Ablauf dieser Zeit die Leistung des Factums, wozu der Empfänger bereit war, unmöglich mache. Ein anders wäre, wenn der Zufall erst nach Ablauf dieser Zeit sich ereignet hätte. Hierher gehört folgende Gesetzesstelle.

L. 3. §. 3. D. h. t. Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti, quod datum est, possit? PROCULUS ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minus, cessare.

Ulpian behauptet sogar, daß in diesem Falle die bloße Bereitwilligkeit, das Factum zu leisten, der causae securae dergestalt gleichzuachten sey, daß wenn auch deswegen nichts gegeben, sondern blos Etwas versprochen worden sey, mit der actio in factum auf die Erfüllung des Versprechens geklagt werden könne. Quin imo, sagt er §. 4. der angeführten *L. 3. h. t.* et si nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, *ultra tibi com-*

88) S. den 4. Lb. dieses Commentars §. 326. 2. S. 372. ff.

De condictione causa data, causa non secuta. 41

competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem⁸⁹⁾, defuncto quoque eo.

bb) Wenn der Empfänger, um das versprochene Factum zu realisieren, bereits einen dem Empfangenen gleichkommenden Aufwand gemacht hat. Hier findet keine Zurückforderung statt. Ist der Aufwand so beträchtlich nicht, so ist zwar die Condiction begründet, jedoch kann der Empfänger dem Kläger die bereits gehabten Unkosten anrechnen, wie folgende Gesetzesstelle beweist.

L. 5. pr. D. h. t. Si pecuniam ideo acceperis, ut Copiam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiscereris: an condici possit, videntum? Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. Sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est: nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam. Nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut neesse

C 5 habeas,

89) Euja; hält die Worte id est, condictionem für ein Glossum, Anton Faber aber in Rational. den ganzen §. 4. für einen Tribonianismus. Andere hingegen erklären diese Stelle von einer Stipulation, z. B. Barth. chesius Differentiat. iuris Cap. 51. nr. 8. Alle diese Meinungen hat jedoch Ios. Ferdinand. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap 9. nr. 9. und Sect. II. cap. 7. nr. 3. sqq. widerlegt. Die Condicio, von welcher hier Ulpian redet, ist unstreitig die condicio certi, wie aus L. 9. D. de reb. credit. erhellet, wo gesagt wird: *Certi condicio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto.*

habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio tessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti.

cc) Wenn die Erfüllung des Contracts selbst den Zufall, wodurch die Gegenleistung unmöglich geworden ist, veranlaßt hat.

L. 5. §. 3. D. h. t. Sed si accepit pecuniam, ut servum manumittat, isque fugerit prius, quam manumittatur, videndum, an condici possit, quod accepit? Et siquidem distracturus erat hunc servum, et propter hoc non distraxit; quod acceperat, ut manumittat, non oportet ei condici. — Quodsi distracturus non erat eum, oportet id, quod accepit, restitu; nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset, ut manumitteret: tunc enim non est aequum, eum et servo et toto pretio carere.

L. 5. §. 4. D. eod. Sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde servus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus, refundere eum, quod accepit. Quodsi moram non fecit, sed, cum prefectus esset ad Praefidem, vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse usurps, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum dicimus obiisse, decederet enim, et si non accepisset, ut manumitteret; nisi forte prefectio manumissionis gratia, morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfactus, vel ruina in stabulo oppressus, vel

vehimur.

De condictione causa data, causa non secuta. 43

vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficiuceretur.

Endlich

dd) wenn einem Advocaten die Belohnung für die Führung eines Proesses voraus bezahlt worden, so findet keine Zurückforderung statt, wenn dieser vor Beendigung der Sache stirbt; welches unstreitig in einer besondern Begünstigung seinen Grund hat, wenn gleich in den Gesetzen ein allgemeiner Grund angegeben wird.

L. 38. §. 1. D. locati. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent.

L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. Divus Severus ab heredibus advocati, mortuaneo, prohibuit mercedem repeti: quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret.

Dass diese Verordnung von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, erhellt ganz klar aus *L. 15. §. 6. D. Locati*, wo es heißt: Cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua ⁹⁰⁾ acceperat, repeteretur ⁹¹⁾; rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit. *Quod in omnibus personis similiter observandum est.*

Nun

90) Die Halsandrine liest pro in vecto nauta. Allein die florentinische Lesart hat aus den Basiliken und dem Harmenopulus vertheidigt. Jo. Guil. HOFMANN in Metemat. s. Disputat. hebdomadal. ad Pand. Diff. XVII. § 3.

91) Halsander liest repeteret.

Nun scheint zwar freylich die oben angeführte L. 10. *Cod. de conduct. ob caus. dator.* zu widerstreiten, in welcher es als eine bekannte Wahrheit angenommen wird, daß keine Zurückforderung des Gegebenen statt finde, *si haec causa, pro qua pecunia data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta.* Allein die Worte: *minime repeti posse certum est,* geben uns den hündigsten Beweis, daß dieses Gesetz nicht als ein correctorisches angesehen werden kann. Das Gesetz ist ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Da nun die Kaiser in ihren Rescripten mehrenthalts nur nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden; so muß dieses Gesetz, um es mit dem Pandecten-Recht zu vereinigen, und diesem gemäß zu erklären⁹²⁾, nothwendig von einem solchen Falle verstanden werden, wo aus einem besondern Grunde die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt, und dieses um so mehr, weil hier das den Kaisern vorgelegte Factum ganz weggelassen ist⁹³⁾). Nun sind zwar die Rechtsglehrten über den Fall selbst nicht einverstanden. Hugo Donellus⁹⁴⁾ glaubt, das Wort *causa* sey hier nicht für Zweck, sondern für Prozeß zu nehmen, weil es heiße: *causa, pro qua,* (nicht ob quam) *pecunia data est;* wahrscheinlich sey also hier von einer für die Führung eines Prozesses vorzusiebenen Zahlten

92) C. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 38.

93) E. van NECK Diff. ad L. ult. D. h. t. Cap. 3. (in GER. OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. T. II. pag. 414.) und EMMINGHAUS ad Coccej. ius civ. controv. h. t. Qu. VI. not. n.

94) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21. pag. 713. sq.

zahlten Belohnung die Frage gewesen, weil in diesem Fal-
le aus einer besondern Begünstigung der Advocaten nach
den oben angeführten Stellen der Pandecten keine Zurück-
forderung statt findet, wenn der Advocat vor Endigung
des Processes stirbt. Allein diese Erklärung streitet gegen
den Sprachgebrauch. Wäre hier von der Führung eines
Processes die Rede gewesen, so hätte es nicht heißen kön-
nen: *causa non est secuta*, sondern *causa non est acta*, wie
sich Donellus auch selbst diesen Einwurf gemacht hat. Er
versucht daher das Gesetz mit Hülfe einer Emendation
noch auf eine andere Art zu erklären. Er liestet nämlich
statt *si haec causa* mit Russard *licet causa*, und verwan-
delt das *minime* in *minimum*, so daß nun der Sinn des
Gesetzes dahin gehe, wenn Geld zu einem bestimmten Zweck
gegeben worden, und dieser nicht erfolgt ist, so könne we-
nistens das Gegebene zurück gefordert werden, wenn
gleich der Empfänger nicht durch seine Schuld, sondern
blos durch Zufall an Erfüllung des Zwecks wäre gehindert
worden. Es scheint mir aber dieser Versuch eben so, wie
jene erste Erklärung, mißlungen zu seyn. Denn wenn
gleich die Leseart *licet*, statt *si haec*, nach Russards Zeug-
nis, die Auctorität mehrerer von ihm verglichener Hand-
schriften für sich hat, und auch noch überdem durch die
Basiliken⁹⁵⁾ bestärkt werden kann; so läßt sich doch die

Ver.

95) Lib. XXIV. Tit. 1. Const. 38. Tom. III. pag. 506. Τὰ δο-
δέντα χρήματα, εἰ καὶ ἡ αἴτια ὑπὲρ ἣς ἐδόθησαν μὴ παρ'
αἴτιαν τῆς λαβόντος, ἀλλά κατὰ τύχην ἐνεποδίσθη, ἢ
ἀναλαμβάνονται i. e. *Pecunia data, licet causa, pro qua*
data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu impedintur,
non repetitur.

Verwandlung des negativen Sinnes in einen affirmativen durch Substitution des Wortes *minimum* gegen die Autorität sowohl aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben, als insonderheit der Basiliken durchaus nicht rechtsfertigen, wie auch Retes⁹⁶⁾ bemerkt hat. Retes legt dagegen, statt einer Aenderung in den Worten vorzunehmen, gerade auf die Worte: *si haec causa* ein vorzügliches Gewicht, um zu beweisen, daß das Gesetz keine allgemeine Regel enthalte, sondern einen besondern Fall entscheide. Er selbst erklärt nun das Gesetz von dem oben sub l. lit. aa. angeführten Falle. Noch andere⁹⁷⁾ substituierten den Fall sub. lit. cc. Genug die meisten Rechtsgelehrten sind darin einverstanden, daß das Gesetz von einem der oben ausgenommenen Fälle zu verstehen sey, wo nach bekannten Rechtsgrundsätzen, welche die Kaiser bei ihrer Entscheidung befolgt haben, die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt⁹⁸⁾.

B) Es sollte für das Empfangene eine bestimmte Sache gegeben werden, und diese ist durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier kann das Gegebene zurück gefordert werden; wie die *L. ult. D. h. t.* außer allem Zweifel steht, wo Celsus sagt: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dare;* utrum id contractus genus pro portione emtionis

96) Opusc. Lib. II. Sect. II. Cap. 7. nr. 10. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 133.

97) G. van NECK cit. Diff. ad L. ult. D. h. t. Cap. III. p. 414. und EMMINGHAUS c. l.

98) Vergl. Ant. SCHULTING Thes. controv. Decad. XLII. Th. 9. und den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b. C. 386. Mot. 59. a. E.

De condicione causa data, causa non secuta. 47

et venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Nun lehrt zwar Paulus L. S. §. 1. D. de praescript: verb. daß derjenige, welcher den Contract seiner Seits erfüllt hat, wegen der als Gegenleistung versprochenen Sache das periculum tragen müsse; woraus denn viele haben schließen wollen, daß das Empfangene auch nicht wieder zurück gefordert werden könne⁹⁹). Allein Paulus redet blos von der actione in factum praescriptis verbis, nicht von der condicione ob causam datorum, und will nur soviel sagen, daß wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne, wenn dieselbe durch einen bloßen Zufall verhindert worden ist¹⁰⁰), wie aus dem ganzen Zusammenhange der angeführten Gesetzesstelle erschließt, welche folgendermaßen lautet: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est. Si autem rem do, ut rem accipiam: quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere; ut si meum recipere

99) *Guil. RANCHINUS* Variar. Lection. Lib. III. cap. 8. (in *EV. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag 959.) *Ant. SCHULTING* Thes. controversial. Decad. XLII. Th. 10. *TRIBAUT* Syst. des P. R. I. Th. §. 175. u. a. m.

100) *G. Casp. SCHIFORDECHER* ad *Anton. Fabrum* Lib. II. Tract. IV. Qu. 4. pag. 74. und diesen Commentar Th. IV. §. 326. b. Not. 59. S. 385. f.

cipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stychum mihi dares, periculo meo Stychus erit, ac tu dum taxat culpam praestare debes.* Man muß hier, wie Hugo Donellus ¹⁾ ganz richtig bemerkt, zwey ganz verschiedene Verbindlichkeiten unterscheiden; nämlich die Verbindlichkeit zur Gegenleistung, wegen welcher die actio praescriptis verbis Statt findet, und die Verbindlichkeit zur Zurückgabe des Empfangenen, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, weshalb die conductio ob rem dati begründet ist. Fällt nun auch gleich jene erstere weg, weil die Gegenleistung durch Zufall unmöglich gemacht wurde; so folgt doch noch nicht, daß auch deswegen die letztere wegfallen müsse. Cum enim duarum rerum diversae actiones sunt, etiam si idem debitor sit; nunquam tamen unius rei liberatione alterius obligatio aut actio consumitur ²⁾. Der Schade, den der Kläger wegen der nicht erfolgten Gegenleistung leidet, kann immer noch sehr erheblich seyn, wenn ihm auch das Gegebene restituirt werden muß.

§. 824.

Heutiger Gebrauch.

Wenn gleich die conductio causa data, causa non secuta heut zu Tage insofern wegfällt, als sie nach dem Römischen Recht um der bloßen Sinnesänderung willen gestattet wird ³⁾; so läßt sich doch in den übrigen Fällen der

1) *Comm. iuris civ. Lib. XIV. cap. 21.*

2) *L. 7. D. de conduct. furt.*

3) *I. H. BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 22.*
und *Christ. Aug. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati novi.*

der Gebrauch derselben mit Grund nicht bezweifeln ⁴). Viele ⁵) wollen behaupten, daß die Klage heut zu Tage auch auf Zinsen gerichtet werden könne. Allein der Grund, daß diese Condiction bey den Römern keine actio bonae fidei gewesen, wie sie es heut zu Tage sey, scheint mir nicht hinreichend zu seyn; hierin von der Vorschrift des Römischen Rechts abzuweichen, weil selbst die Billigkeit, worauf schon die Römer bey dieser Klage hauptsächlich Rücksicht nahmen ⁶), ein hinlänglicher Grund zu seyn schien, außer den Verzugszinsen, sonst jede andere Zinsforderung hier auszuschließen; wie bereits oben ausführlicher gezeigt worden ist (S. 28).

Tom. II. §. 1040. Man sehe auch den 4. Th. dieses Commentars. §. 313. S. 294.

- 4) S. Webers Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung Nr. 1. §. 11. S. 41. f. und Höpfner's Commentar über die Heinec. Institutionen §. 801. und §. 957. Man sehe auch Io. - Tob. CARRACHII Meditat. ad Boehmeri doctr. de action. Sect. II. cap. 5. ad §. 20 pag. 254. sq.
- 5) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVII. medit. 4. SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. c. §. 4. u. a. m.
- 6) L. 65. §. 4. D. *de conduct. indebiti.* S. BOENMERI Doctr. de action. Sect. II. cap. 5 §. 21. not. y.

Lib. XII. Tit. V.

De condictione ob turpem vel iniustam causam.

§. 825.

Was ist *causa turpis?* was *causa inhonestæ?* Was ist *condictio ob turpem vel iniustam causam?*

Die andere Art der Condiction ist die *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Ob unter dieser Benennung eine und ebendieselbe Klage, oder zwey verschiedene Klagen bezeichnet werden, ist unter den Rechtsglehrten streitig. Viele ⁷⁾) behaupten das erstere, und verstehen unter *causa turpis* oder *iniusta* überhaupt einen unerlaubten oder rechtswidrigen Zweck auf Seiten desjenigen, der deswegen etwas von dem Andern angenommen hat. Allein daß die *Condicio ob turpem causam* von der *condictio ob iniustam causam* verschieden sey, erhellet daraus, weil von bryden Klagen in verschiedenen Titeln des Codex gehandelt wird, nämlich *Lib. IV. Tit. 7. de condictione ob turpem causam*, und *Tit. 9. de condictione ex lege et fine causa vel iniusta*.

7) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1369. Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts. §. 730. Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 307. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 48.

iniusta causa. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man die L. I. mit L. 6. et 7. D. h. t. vergleicht. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten ⁸⁾ überein. Nur sind die Ideen sehr verschieden, wenn die Frage ist, was unter *causa turpis* und *causa iniusta* zu verstehen sey? Unser Hellfeld versteht unter der erstern einen solchen Zweck, welcher das vollkommene Recht des Andern verletzt, unter der letztern aber einen solchen, welcher gegen die Ehrbarkeit und guten Sitten streitet. Andere ⁹⁾ nennen *causa turpis*, was die natürlichen oder bürgerlichen Gesetze für schändlich erklären; hingegen *causa iniusta*, was zwar an sich nicht schändlich, aber doch der natürlichen Billigkeit zuwider ist. Die richtigste Erklärung ist wohl die, wenn man unter *causa turpis* dasjenige versteht, was zu einem erst künftig auszuführenden schändlichen oder rechtswidrigen Zweck gegeben worden; hingegen den Ausdruck *causa iniusta* von einer bereits ausgeführten ungerechten Handlung erklärt, wegen welcher Jemand etwas empfiegt. Diese Erklärung, welche Wilhelm Ranchinus ¹⁰⁾ und Thibaut ¹¹⁾ annehmen, rechtfertigt sich besonders aus folgenden Gesetzstellen.

D 2

L. I.

8) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 4. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 2. et 15. LAUTERBACH Col. leg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. et 14. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 1. sqq. et n. 15. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 486.

9) FRANTZKE c. I. VOET c. I. LAUTERBACH c. I. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 1.

10) Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. (in EV. OTTONIS Thej. iur. Rom. Tom. V. pag. 974.)

11) Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 966.

L. 1. pr. D. h. t. Omne, quod datur, aut *ob rem* datur, aut *ob causam*¹²⁾: et *ob rem*, aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis; aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis; aut utriusque.

L. 6. D. eodem. Perpetuo SABINUS probavit veterum opinionem existimantium, *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*. In qua sententia etiam CELSUS est.

L. 7. D. eodem. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitio nem esse constat.

Soviel nun also 1) die *Condictio ob turpem causam* anbetrifft, so versteht man darunter diejenige persönliche Klage, wodurch Etwas, was Jemand wegen eines auf Seiten seiner vorhandenen schändlichen oder ungerechten Zwecks empfangen hat, von diesem nebst allen Nutzungen und Accessionen zurückfordert wird¹³⁾. Um die Zuständigkeit dieser Klage näher zu bezeichnen, sind drei mögliche Fälle zu unterscheiden. Wenn etwas wegen eines auszuführenden schändlichen oder ungerechten Zwecks gegeben ward, so trifft die Schande entweder

1) blos den Geber. Hier findet keine Zurückforderung statt. Ulpian erläutert dieses *L. 4. §. 3. D. h. t.* durch folgen-

12) Man erinnere sich, was oben S. 10. Not. 24. von dem Unterschiede zwischen *res* und *causa* vorgekommen ist.

13) *S. Andr. CLUDII Diff. de condicione ob turpem vel iniustam causam.* Helmst. 1608. *SCHRÖTER Diff. eiusd. arg. Lenae 1715.* *PAU Diff. Ultraj. 1727.* und *Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* §. 1369. ff.

folgendes Beispiel: Quod *meretrici* datur, repeti non potest: ut *Labeo* et *Marcellus* scribunt. Sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed *solius dantis*: *illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix.* Es bezieht sich diese Entscheidung auf die Sisten der Römer, bey denen es privilegierte Huren gab, welche die Erlaubniß dazu von den Aedilen erhielten ¹⁴⁾), und dafür eine Abgabe (*meretricium*) entrichten mußten ¹⁵⁾).

D. 3

2) Der

¹⁴⁾ TACITUS *Annal. Lib. II. cap. 85.* Nam *Vestibia praetoria familia genita, licentiam stupri apud Aediles vulgaverat, more inter veteres recepto*, qui satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant. S. LIPSIUS in *Excurs. ad Tacitum ibid. Lit. O. Del MANZANO ad Leg. Iul. et Pap. Popp.* bey MEERMAN in *Thes. iur. civ. et can. Tom. V. p. 311.* HEINECCIUS in *Comm. ad eand. Legem* pag. 131.

¹⁵⁾ LAMPRIDIUS in *vita Severi cap. 24.* Durch die *L. ult. Cod. de Spectacul.* ist dies endlich abgeschafft worden. S. lac. GOTFREDUS in *Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de lustrali collat. Tom V. pag. 4. edit. Ritter und Ios. FINESTRES* in *Hermogen. pag. 430.* Man wirft hier gewöhnlich die Frage auf, ob nach dem Röm. Recht die öffentlichen Huren berechtigt gewesen sind, den versprochenen Lohn gerichtlich einzufordern? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Viele läugnen dieses aus dem Grunde, weil die öffentliche Duldung einer unsittlichen und entehrenden Sache noch nicht hinreichend sei, um neben der Straflosigkeit derselben, auch zugleich ein wirksames Recht in *foro civili* zu behaupten. Man beruft sich noch überdem auf *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except.* *L. 26. et L. 123. D. de Verb. obligat.* *L. 5. D. de Usur.* S. VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. ult. Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XLIII.*

§. 3.

2) Der Zweck schändet sowohl den Geber als den Empfänger. Auch hier kann der Geber eben so wenig das Gegebene zurückfordern, als wenn die Schande ihn allein trifft.

§. 3. *Io. Iac. WISSENBACH* Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. 25.
 §. 9. *Franc. DUARENUS* Comm. ad Tit. Cod. de conduct. ob turp. cauf. cap. 4. *Udalr. ZASIUS* in Comm. ad L. 4. §. 3.
 D. h. t. nr. 9. *Operum* Tom. I. pag. 985. besonders *Desid. HERALDUS* Observation. et Emendat. libr. cap. 32. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1351.) und *Ev. OTTO* in Praefat. ad h. Tom. pag. 29. Dieser Meinung stimmt auch *Weber* in der syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 68. Not. 4. bey. Viele behaupten hingegen, daß solche Personen nach den Worten des Ulpian s, meretricem non turpiter accipere, cum sit meretrix, den versprochenen Lohn auch hätten gerichtlich einflagen können; als *Fernand. VASQUIUS* illustrium Controversiar. Lib. I. Cap. 48. nr. 3. *Reinh. BACHOVIVS* ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. 22. Th. 3. lit. D. *FRANTZKIUS* Comment. ad Pand. h. t. nr. 10. *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad L. 4. §. 3. D. h. t. *Amad. ECKOLT* in compend.-Pand. Tractat. h. t. §. 1. *STRUV* Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 22. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. u. *Nicol. Hieron. Gundling* Gedanken von dem römischen Hurenzoll und Hurenlohn, in der Sammlung seiner kleinen deutschen Schriften Nr. XXII. S. 422. ff. Dieser Meinung glebt *THIBAUT* im Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 966. den Vorzug. Allein wie hätte je die Frage entstehen können, ob der einer Hure gegebene Lohn zurückgefordert werden könne? wie könnte der Grund gebraucht werden, quoniam solius dantis turpitude versatur? wenn der Geber durch eine gerichtliche Klage zur Bezahlung des Lohns hätte angehalten werden können? War gleich der Lohn einer solchen Person kein unerlaubter Gewinn, so war er doch immer ein quaestus in honestus, weshalb die Gesetze keine Klage gestatteten. L. 1. §. 5. *D. de extraord. cognit.* L. 5. Cod. h. t. Man sehe noch

trifft. Es tritt vielmehr hier die Regel ein, in pari turpitudine possessoris melior conditio est. Hierher gehören folgende Gesetzestellen.

L. 8. D. h. t. Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis, tamen, si solveris, non posse in repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo, supereisset; porro autem *si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorum potiorem esse, et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.*

L. 2. Cod. h. t. Cum te propter turpem causam, contra disciplinam temporum meorum, domum adversariae dedisse profitearis: frustra eam tibi restitui desideras, *tum in pari causa possessoris conditio melior habetur.*

L. 5. Cod. eodem. Mercalem te habuisse uxorem proponis: unde intelligis, et confessionem lenocinii preces tuas continere, et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. *Quamvis enim utriusque turpitudo versatur, ac solatae quantitatis cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione, contra bonos mores interposita, denegandas esse actiones, juris auctoritate demonstratur.*

Die Fälle, wo die Schande beyde Theile trifft, sind folgende.

a) Wennemand dem Richter Geld giebt, um denselben für seine Sache zu gewinnen, gleichviel, der Geber mag seine Sache für gerecht, oder ungerecht halten. Cum enim ex sententia iudicis demum certum evadat, sage Voet¹⁶), uter litigantium iustum causam foverit, ac pro sua litiis iustitia et bonitate usque adeo praesume-re uterque debeat, ut et iusurandum calumniae in iudicii initio praestare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda iurare teneatur; vix est, ut non videatur voluisse iudicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum iudice accipiente ha-e-rere, qui ita dedit. Es scheint zwar unter den alten Rechtsglehrten streitig gewesen zu seyn, ob nicht eine Zurückforderung wenigstens in dem Falle statt finde, wenn der Geber von der Gerechtigkeit seiner Sache überzeugt war. Allein durch ein Rescript des Kaisers Antoninus Caracalla, ward auch diese Handlung für eine richterliche Bestechung erklärt, und die Strafe des Verlusts des Rechtsanspruchs damit verknüpft, wie aus folgenden Ge-schstellen sich ergiebt.

L. 2. §. 2. D. h. t. Sed si dedi, ut secundum me in bona causa index pronunciaret, est quidem relatum¹⁷),
con-

¹⁶⁾ Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

¹⁷⁾ Das Wort *relatum* zeigt an, daß Ulpian hier die Meinung anderer anführt, welche in diesem Fall eine Zurückforderung ges-tatten. Er bedient sich dieses Ausdrucks auch an andern Or-ten. *L. 16. §. 1. D. de minor.* *L. 16. §. 1. D. de minor.* *L. 1. §. 3. D. de auctor.* Dass diese Meinung auch ziemlich allge-

condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit; *iudicem enim corrumpere videtur*; et non ita pridem Imperator noster constituit, *litem eum perdere*.

D 5.

L. I.

allgemein gewesen seyn müsse, lässt sich aus einer Stelle des *Augustinus*. *de Gratian.* *can. 15. Caus. XIV.* *Qu. 5.* schließen, wo es heißt: *Ille tamen solet tanquam male sibi ablatam pecuniam repetere, qui iustum iudicium emit: quoniam venale esse non debuit.* Ulpian misbilligt indessen diese Meinung mit Verweisung auf eine Verordnung des Kaisers *Caracalla*. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn einige: *condictioni locum NON esse*, lesen wollen; welche Leseart SCHILTER in *Praxi iur. Rom. Exercit. V.* §. 14. und *Io. Guil. MARCKART* in *Probabil. receptar. Lection. iuris civ.* pag. 67. mit Recht verwiesen. Indessen schlägt es doch nicht an Rechtsgelehrten, welche noch jetzt die angeführte Stelle Ulpians so verstehen wollen, als ob eine Zurückforderung des Gegebenen statt finde, wenn gleich der Gieber gestraft werde. Man sehe *Fr. DUARENUS* in *Comm. ad h. Tit. cap. 3.* und *Ulr. HUSER* in *Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.* Allein wenn auch gleich die *Basilica* diese Stelle so verstanden zu haben scheinen, in welchen sie *Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 2. Const. 2.* pag. 520. folgendermaßen lautet: *εἰ δέ καλὴν δίκην ἔχων παράσχω τῷ δικαστῇ ἐπὶ τῷ ὑπὲρ θμῶν φηφίσασθαι, εἰ καὶ ἀναλαμβανω, ὅμως ἐκλημα πλημμελῶ, τὴν δίκασην ὑποφείρων, καὶ ἐκπίττω τῆς δίκης.* i. e. *Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronunciaret, licet reperam, tamen crimen contrabo, iudicem corrumpens, et causa cedo;* so lässt sich doch diese Erklärung darum nicht wohl rechtfertigen, weil es einen Widerspruch enthält, die Handlung des Giebers für ein Verbrechen zu erklären, und ihm dennoch eine Zurückforderung des Gegebenen zu gestatten. Man vergleiche *Ant. SCHULTING* *Thef. controv. Dec. XLIII. Th. 1. Guil. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 18. Hug. DONELLUS* in *Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap.*

L. 1. §. 3. D. de calumniator. Sed et constitutio Imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit, iudici vel adversario, in publicis, vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare: et ex hac causa litem perire iussit.

L. 1. Cod. de poena iud. qui male iudic. Constitit in quacunque causa, sive privata, sive publica, sive fiscalis, ut cuicunque data fuerit pecunia, vel iudici, vel adversario; amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptelam spem negotii reposuerit.

L. 3. D. h. t. Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur; non posse repeti decimus: veluti si pecunia detur, *ut male iudicetur.*

b) Wennemand einer ledigen Weibsperson, welche jedoch keine privilegierte Hure ist, Geld giebt, um ihm den Beischlaf zu gestatten; oder wennemand sich mit einem Ehemann, wegen eines mit desselben Ehefrau begangenen Ehebruchs, abfindet, oder wenn ein entdeckerter Dieb Geld giebt, um ihn nicht anzuzeigen¹⁸⁾.

L. 4. D. h. t. Idem, si ob stuprum datum sit; vel si quis in adulterio deprehensus, redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt. Item si dederit fur, *ne proderetur*, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio.

c) Wenn

cap. 25. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disput. XXII.
Tit. 3. lit. F. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 297. und
THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 966.

18) G. DONELLUS c. 1.

c) Wennemand etwas giebt, um ein öffentliches Amt zu erschleichen, oder es auf diese rechtswidrige Art einem Andern zu verschaffen ¹⁹⁾).

d) Wenn Geld einem Betrüger zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen gegeben wird. Ein solcher Betrüger trieb in einer Gegend von Franken mit einem sogenannten Erdmännlein, oder Erdgeist, sein Wesen, welcher das ihm dargebrachte Geld vielfältig wieder erstatten, und auf solche Art die Leute reich machen sollte. Er führte durch diesen Betrug besonders viel Leute auf dem Lande an, welche, in der Hoffnung des ihnen verheissenen Gewinnes, dem Betrüger Geld zu z. B. 15. 12. bis 16. Carolins dargebrachten. Das Geld wurde unter allerhand abergläubischen Handlungen unter das Hochgericht eingegraben, die Opfernden aber erhielten dagegen eine versiegelte Schachtel, mit der Versicherung, daß nach Verfluss einer gewissen Zeit ein jeder in seinem Behältniß den versprochenen Gewinn finden würde. Die Betrogenen verlangten nachher, wie der Betrug entdeckt war, ihr Geld zurück. Allein sie wurden mit der Klage abgewiesen ²⁰⁾).

Hat nun gleich in allen diesen Fällen, wo der Zweck auf Seiten beider Theile gleich unerlaubt ist, keine Zurückforderung des Gegebenen statt, indem schon die Natur der Sache

19) *Nov. VIII.* und *Nov. CLXI.* E. I. Ad. Th. Quaestio[n] forens. Tom. III. cap. 32. Webers sys. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 6. S. 241. ff. und Grolmans Grundsäge der Criminalrechtswissenschaft. §. 343.

20) S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Band. Nr. XXXII.

Sache mit sich bringt, daß wir gegen denjenigen, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Reck-
gess zu unserer Entschädigung nehmen können²¹⁾; so folgt
doch daraus noch nicht, daß nun der Empfänger den schänd-
lichen Gewinn behalten dürfe. Denn die Gesetze erlauben
Niemanden, aus seiner unerlaubten Handlung einen Vor-
theil zu ziehen²²⁾. Mit Recht sagt vielmehr Stryk²³⁾:
De caetero non ita crude hoc capiendum est, quod in
pari turpitudine melior sit ratio possidentis, quasi iura
nostra approbent titulum acquisitionis ex turpi causa.
Non enim haec confundenda sunt, quod melior sit
causa rationis dantis, utpote qui ex malitia sua conditionem ad repetendum id, quod dedit, consequi ne-
quit; cum hoc, quod turpiter accipiens iuste possideat
rem acceptam intuitu *magistratus* vel *fisci*. Es ist daher
dasjenige, was zu einem unerlaubten Zweck gegeben worden,
ohne Zweifel dem Fiscus verfallen²⁴⁾ wofern nicht etwa
ein Dritter, welcher dabei interessirt ist, daß die Sache
nicht gegeben sey, von dem Empfänger die Sache abfür-
dern

21) S. Webers syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76.

22) L. 134. §. 1. D. de Reg. iuris.

23) Us. mod. Pandectar. h. t. §. 3.

24) L. 5. D. de calumniator. L. 32. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 9. D. de jure fisci. Auth. Novo iure Cod. de poena iudic. qui male iudicavit. S. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV. §. 23. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 12. Th. 6. not. 1. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 32. pag. 222. CÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1119.

De condictione ob turpem vel iniustam causam. 61
hern besugt ist. Von dem letztern Falle reden folgende
Gesetze.

L. 4. §. ult. D. h. t. Quodsi a fugitivo meo accep-
peris, ne eum indicares, condicere tibi hoc, quasi furi,
possum.

L. 5. D. eodem. Si a servo meo pecuniam quis ac-
cepisset, ne furtum ab eo factum indicaret, sive indica-
set, sive non, repetitionem fore eius pecuniae, Pro-
culus respondit.

3) Die Schande ist blos auf Seiten des Empfängers.
Hier ist der Fall, in welchem die *Condictio ob turpem cau-
sam* Statt hat, und zwar ohne Unterschied, der Zweck sei
erfüllt worden, oder nicht. Paulus sagt ausdrücklich L. I.
§. 2. D. h. t. Quodsi turpis causa accipientis fuerit,
etiamsi res secuta sit, repeti potest.

§. 826.

Fälle, in welchen die *Condictio ob turpem cau-
sam* Statt hat.
Worauf geht die Klage? *Condictio ob iniustam cau-
sam*.

Die Fälle, wo die Schande allein den Empfänger
trifft, sind,

a) wenn sichemand etwas geben lässt, um eine ver-
botene Handlung nicht zu thun, z. B. mich nicht zu berau-
ben, zu injurieren, u. d.

L. 2. D. h. t. Utputa dedi tibi, ne sacrilegium fa-
cias, ne furtum; ne hominem occidas: in qua specie Iu-
lianuſ scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, con-
dici posse.

L. 4. §. 2. D. eodem. Quoties autem solius *accipientis* turpitudo versatur, *Celsus* ait, repeti posse; veluti si tibi dedero, *ne mihi iniuriam facias.*

Die Schande zeigt sich hier besonders darin, daß derjenige, welcher sich etwas geben läßt, um eine unerlaubte Handlung zu unterlassen, eben dadurch zu erkennen giebt, daß er sie begangen haben würde, wenn er dafür nichts empfangen hätte²⁵⁾.

b) Wenn sich Jemand eine Belohnung geben läßt, um etwas zu thun, wozu er ohnehin schon rechtlich verbunden ist. Z. B. es hat Jemand eine Sache, welche ich verloren hatte, gefunden, oder mir eine Sache verwahrt, oder mir eine Sache entwendet, und er wollte sie mir nicht eher herausgeben, als bis ich ihm ein Geschenk machte.

L. 2. §. 1. D. h. t. Item si tibi dedero, *ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut²⁶⁾ instrumentum mihi redderes;* sc. condici potest, quia accipientis duntaxat turpis causa fuit.

L. 9. D. eodem. Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, *ut reciparem, dedissem, conditione me recte acturum, responsum est: quamvis enim*

25) S. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XIV. cap. 25.

26) *Guil. BEST de ratione emend. Leges Cap. VII. §. 8.* liest hier *velut*, mit Hinweglassung der Worte *mihi redderes.* *Io. Conr. RÜCKER Observation. Cap. IV. §. 3.* hingegen will mittelst der Gemination *velut, ut instrumentum mihi redderes,* lesen. Allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, von der Florentinischen Leseart abzugehen. Auch die *Basilica Tom. III. pag. 520.* haben γ δικαιωμα i. e. *vel instrumentum.*

enim propter rem datum sit, et causa secuta sit, tamen turpiter datum est. Si rem locatam tibi, vel venditam a te, vel mandatam, *ut redderes*, pecuniam acceperis, habebo tecum ex locato, vel vendito, vel manda*ti* actionem. Quodsi, ut id, quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condic*ti*o duntaxat pecuniae datae eo nomine erit. Idque et *Pomponius* scribit.

Man sieht zugleich aus dieser Stelle, daß wenn die Verbindlichkeit zur Uebergabe oder zur Zurückgabe der Sache aus einem bonae fidei Contract entstand, die condic*ti*o ob turpem causam mit der Klage aus dem Contract electivisch concurrit²⁷⁾.

L. 6. C. h. t. Ob restituenda ea, quae subtraxerat, accipientem pecuniam, cum eius tantum interveniat turpitudo, condictione conventum, hanc restituere debere convenit.

L. 7. C. eodem. Eum, qui ad restituenda, quae abegerat, pecora, pecuniam accepit: tam hanc, quam ea, quae per hoc commissum tenuit, restituere debere convenit: licet mortua vel alio fortuito casu periisse dicantur: cum hoc casu in rem mora fiat.

Nimmt jemand eine Belohnung dafür, um einen Verbrecher anzugezeigen, so findet keine Zurückforderung des Gegebenen statt, weil Niemand vollkommen verbunden ist, Verbrecher anzugezeigen, dem nicht die Gesetze

27) *C. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Ant. FABER Rational. in L. 9. D. h. t.*

in einzelnen Fällen diese Pflicht besonders aufgelegt haben²⁸⁾).

L. 4. §. 4. *D. h. t.* Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices, vel furem rerum mearum, non poterit repeti; quod datum est: nec enim turpiter acceperisti.

L. 15. pr. *D. de praescript. verb.* Solent, qui noverrunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere, et sic indicare: nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. Quare, qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem²⁹⁾.

Die Klage wird übrigens gegen den Empfänger, oder desselben Erben angestellt, und geht auf Restitution des Empfangenen mit allen Nutzungen und Accessionen³⁰⁾, aber nicht auf Zinsen.

L. 4. *Cod. h. t.* Quoties accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa: licet haec secuta fuerit, datum condici tantum; non etiam usurae peti possunt,

Der Grund ist, weil es gegen die natürliche Billigkeit streiten würde, wenn der Empfänger zu des Gebers

Scha-

28) L. 48. §. 1. *D. de furt.* G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. von Quistorp. Grunds. des peinl. Rechts 1. Th. §. 62. MEISTERI Princip. iuris crim. Germ. commun. §. 45. Kleinschrods syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 206.

29) G. Ant. CONTII Disputation. Lib. I. cap. 14.

30) L. 38. §. 1. et 15. *D. de Usur. et fruct.*

Schaden den ungerechten Gewinn behalten sollte. Giebt er also diesen zurück, so ist der Grund der Verbindlichkeit gehoben. Die Zinsen würden eine Strafe seyn, da sie nicht zum turpe lucrum gerechnet werden können³¹⁾. Leyser³²⁾ ist zwar der Meinung, daß heut zu Tage Zinsen gefordert werden könnten; aber ohne hinreichenden Grund³³⁾. Ist die Sache, welche der Beklagte empfing, nicht mehr in Natur vorhanden, z. B. der Beklagte hat Getraide erhalten, und solches consumirt; so wird auf Vergütung des Werths geklagt³⁴⁾.

Man streitet sich über den eigentlichen Grund dieser Klage. *Heineccius*³⁵⁾ leitet denselben aus einem *Quasi-Contract* her. *Obligatio illa*, sagt er, non videtur oriri ex acceptione ob turpem vel iniustam causam, (sic enim semper ad restitutionem effet obstrictus, qui accepit) sed ex datione honesta ob turpem vel iniustam causam. Ideo enim, quia ego dedi honeste, turpiter accipiens obligatur ad restitutionem, adeoque praesumunt singuntque leges, eum se obligasse ad restituendum,

31) *Iust. Henn. BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 24.*

32) *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVII. medit. 4.*

33) *G. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obs. 335.*

34) *L. ult. Cod. h. t. L. 8. Cod. de cond. furt. L. 65. §. 6. D. de conduct. indeb. E. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 13. und Schmidt's theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Th. §. 1372.*

35) *Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 49.*

Glücks Erläut. d. Pand. 13. Th.

dum, quia nemo debet cum alterius damno sine ratione fieri locupletior. Est ergo haec Condictio *ex quasi contractu*. Cocceji³⁶⁾ hingegen sieht den Grund der Klage in einem *Quasi-Delict*. Oritur enim, sagt er, ex facto et causa turpi ac illicita. Allein weder die eine noch die andere Meinung ist den Gesetzen gemäß. Denn *Quasi-Contracte* sehen immer einen erlaubten Vorgang voraus, woraus nach Vorschriften der Gesetze eine den Contracten ähnliche Verbindlichkeit und Klage entspringt³⁷⁾). Offenbar aber liegt bei dieser Condictio auf Seiten des Beklagten eine unerlaubte Handlung zum Grunde. *Quasi-Delicta* hingegen sind an sich nicht blos unerlaubte, sondern auch strafbare Handlungen, welche das Unterscheidende haben, daß sie nach besondern Vorschriften des röm. Rechts aus Gründen der Billigkeit und der gemeinen Sicherheit gewissen Personen zur Strafe zugerechnet werden, welche eigentlich nach den allgemeinen Regeln der moralischen Imputation oder doch sonst nach der Analogie des strengen Rechts dafür nicht haften dürften³⁸⁾). Dieser Begriff paßt nun aber nicht auf die Handlung des Beklagten, welche zwar nach allen Regeln der moralischen Imputation denselben schändet, aber dennoch, außer der Zurückgabe des Empfangenen, in der Regel keine weitere Strafe nach sich zieht³⁹⁾), wosfern nicht

36) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

37) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. und HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur. Cap. 3. pag. 40.

38) S. Tot. Tit. I. *de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur.* IV. 5. und Weber a. a. D. §. 20.

39) Anderer Meinung ist zwar SCHAUMBURG in Comp. iur. Dig. h. t. §. 3. welcher sagt: *Turpiter accipiens merito quoque poe-*

nicht dieselbe in ein wirkliches Verbrechen ausartet, z. B. in eine Concussion⁴⁰). Da jedoch dies nur eine Ausnahme von der Regel ist, so kann auch die Klage in keinem wahren Delict gegründet seyn, worin Westenberg⁴¹) den Grund derselben sieht. Denn unerlaubte Handlungen gehen nur dann in Verbrechen über, wenn sie die Gesetze mit Strafen bedrohet haben⁴²). Alles dieses hat auch schon Huber⁴³) wohl erwogen, welcher daher die Klage nicht für eine actio nativa, sondern dativa hält, quae non tam ex certo aliquo Artis principio, quam a Lege datur, ob aequitatem et corrigendam inequalitatem, qua cavendum, ne quis cum aliena iactura sit locupletior. Eben diese Meinung nehmen auch Böhmer⁴⁴) und Schmidt⁴⁵) an. Allein daß der nächste Klagegrund in einer unerlaubten Handlung des Beklagten zu sehen sey, kann wohl nicht geläugnet werden, und diese kann auch zuweilen ein wahres Delict seyn⁴⁶). Eben so gewiß ist es aber auch, daß die natürliche Billigkeit, welche nicht er-

E 2

laubt,

poenam arbitrariam luit. Allein den Gesagten ist diese Meinung nicht gemäß.

40) Ein Beispiel enthält die L. 3. Cod. h. t.

41) Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 3.

42) S. Kleinschrods syst. Entwick. der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts I. Th. §. 2.

43) Praelect. iur. civ. h. t. §. 2.

44) Doctr. de action. Sect. II. cap. V. §. 23.

45) Pract. Lehrbuch von Klagen §. 1369.

46) S. L. r. D. de calumnior. L. 5. §. r. D. eodem. L. 3. Cod. h. t.

laubt, sich mit dem Schaden eines Andern zu bereichern, für den entfernten Klagegrund zu halten sey.

Soviel hiernächst II. die *Condictio ab iniustam causam* anbetrifft, so wird diese Klage wider denjenigen angestellt, der etwas wegen einer bereits ausgeführten schändlichen oder ungerechten Handlung empfing, oder sich sonst aus einer nach dem Civilrecht verwerflichen Ursache eine fremde Sache angemastzt hat. Ulpian sagt *L. 6. D. h. t.* mit dieser Klage könne zurückgesfordert werden, *quod ex iniusta causa apud aliquem sit.* Dahin gehört z. B. was aus einem erzwungenen Versprechen bezahlt worden ist. *Ex ea stipulatione,* sagt Pomponius *L. 7. D. eodem, quae per vim extorta esset,* si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. Mit dieser Klage kann auch der malae fidei possessor auf Vergütung der consumirten Früchte belangt werden. *L. 3. C. de condic.* *ex Lege, et sine causa vel iniusta causa* sagt: *Mala fide possidens, de proprietate victus, de extantibus fructibus rei vindicatione, de consumptis vero condicione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.* Es erscheint aus diesen Beispielen, daß Voet⁴⁷⁾ nicht unrecht hat, wenn er sagt: *Huic condicione non ob futuram, ut in praecedentibus, sed magis ob praeteritam causam locus est.* Der Zweck bey dieser Klage ist jedoch der nämliche, wie bey der *condictio ob turpem causam*, er geht nämlich dahin, um das, was der Andere auf eine ungerechte Art empfing, wieder zurück zu erhalten.

47) Commentar. ad Pand. b. t. §. 4.

Lib. XII. Tit. VI.

De condictione indebiti.

§. 4827. *recte numeretur* **tit.**

Begriff und Fundament der Condicio indebiti.

Die Condicio indebiti ist diejenige persönliche Klage, welche in dem Falle, da eine Nichtschuld, als Schuld, aus einem entshuldbaren Irrthum bezahlt worden ist, gegen den Empfänger derselben, welcher die Zahlung in gutem Glauben angenommen hat, oder desselben Erben, dahin angestellet wird, um das Empfangene, so weit er dadurch reicher geworden, dem Kläger zu vergüten⁴⁸⁾). Ueber den Grund dieser Klage sind die Rechtsgelehrten ebenfalls verschiedener Meinung. Donellus⁴⁹⁾ leitet die Verbindlichkeit des Beklagten zur Restitution der empfangenen Nichtschuld aus einem wahren Contract her; er glaubt, es liege hier ein Realcontract, wie heym Doylein, zum Grunde. Justinian lehrt dieses ausdrücklich, wenn er §. I. I. Quib. mod. re contrah. obligat. sagt: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per*

E 3

erro-

48) Von der condictio indebiti handeln in besondern Schriften *Iul. PACIUS. Genevae 1578. A. CLUDIUS. Francof. 1605. Io. cos. Harderovici 1689. und LINCK. Argentor. 1751.*

49) Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16.

errorem solvit, *re obligatur*; daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet eum dare oportere, *ac si mutuum accepisset*. Allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle lehrt deutlich, daß Justinian hier blos darum des Empfangs einer Nichtigkeit gedacht hat, weil daraus eine dem Darlehn ähnliche Verbindlichkeit entsteht, wenn eine fungible Sache aus Irrthum gegeben worden ist. Wie wenig aber Justinians Meinung gewesen sey, diesen Vorgang zu einem Realcontract zu machen, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten, wo er sagt: *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.* Mit Recht ist daher diese Meinung von Bachov⁵⁰), Hunnius⁵¹), Vinnius⁵²) und Lauterbach⁵³) widerlegt und verworfen worden. Die meisten nehmen eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde der Klage an⁵⁴); und diese Meinung hat auch die deutlichsten Stellen des römischen Gesetzbuchs für sich. Justinian sagt ausdrücklich §. 6. I. *de obligat, quae quasi ex contr.*

50) Notae et Animadvers. ad Treutlerum Vol. I. Disput. XXII. Th. IV. lit. B.

51) Resolution. variar. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 1.

52) Comm. ad §. 6. Instit. de obligat, quae quasi ex contr. nasc. nr. 4.

53) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4.

54) ANT. SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIII. Th. 8. ULR. HUBER Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 28. §. 8. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 3. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1112. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 972. u. a. m.

contr. nasc. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprius ex contractu obligatus esse, ut si certioram rationem sequamur, magis ex distractu, quam ex contractu dici possit obligatus esse; nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. *Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur:* et ideo condicione tenetur. Caius, aus dessen *libris aureorum* unschwerig diese Stelle der Institutionen excerpta ist, erläutert sich darüber *L. 5. §. 3. D. de obligat. et act.* auf folgende Art: Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse. So wenig sich nun auch gegen diese deutlichen Stellen mit Grund etwas einwenden läßt, so unlängst ist es aber doch, daß sich eine dem Daithn ähnliche Verbindlichkeit bei dem Empfang einer Nichtschuld nur da annehmen lasse, wo eine fungible Sache den Gegenstand der Nichtschuld ausmacht, welches jedoch nicht immer der Fall ist. Erwägt man hierächst, daß die condicione indebiti nur insofern begründet ist, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet⁵⁵⁾), so ergiebt sich hieraus, daß der bloße Empfang einer Nichtschuld wohl nicht als der nächste Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererstattung angesehen werden könne, sondern dieser vielmehr in der natürlichen Billigkeit, welche nicht erlaubt, daß sichemand mit dem Schaden

eines Andern bereichere, zu sehen sey⁵⁶⁾). Papinian lehrt dieses auch ganz deutlich, wenn er L. 66. D. h. t. sagt: *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit,* und auf diesen Grund der natürlichen Willigkeit deutet offenbar Paulus hin, wenn er L. 15. pr. D. eodem den Sach aufstellt: *Indebiti soluti condictio naturalis est.* Hieraus lässt sich nun auch erklären, warum bei dieser Klage zuweilen auch ein Anderer, als derjenige, welcher die Nichtschuld zahlte, Kläger seyn kann. Z. B. der Testamentserbe hat Vermächtnisse ausgezahlt. Nachher wird das Testament von dem Intestaterben angefochten, und für nichtig erklärt. Hier kann der Intestaterbe die ausbezahlten Vermächtnisse als eine Nichtschuld condiciren. Ulpian sagt L. 2. §. 1. D. h. t. *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficium, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur.* — Nam *Divus Hadrianus circa inofficium et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.* Und Papinian bestätigt dieses noch weiter in der L. 3. D. eodem. auf folgende Art: *Item est, et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat; vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso prae sumse-*

56) Hierin stimmen auch BOZUMER in doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 26. SCHMIDT im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1359. und besonders WEBER in der syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Willigkeit §. 35. S. 95. überein.

sumferat. Nam utiles actiones postumo, vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum percoperunt, Imperator *Titus Antoninus* rescriptit: scilicet, quod bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur; nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinet. Man sehe ferner, ein Minderjähriger habe eine Erbschaft aus Uebereilung angetreten, und Vermächtnisse bezahlt, nachher läßt er sich gegen die geschehene Antritung in den vorigen Stand sezen; hier kann nun derjenige die Vermächtnisse zurückfordern, an welchen jetzt die Erbschaft fällt. Ulpian sage *L. 5. D. h. t.* Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repeat: nam et cum minor viginti quinque annis, inconsulte adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.

Die Erfordernisse zur Begründung dieser Klage sind also folgende:

1) Es muß Etwas gezahlt worden seyn. Der Ausdruck Zahlung wird jedoch hier in ausgedehnterem Sinn genommen, und darunter nicht nur der Fall begriffen, da etwas gegeben worden ist, die Sache sey eine fungible oder nichtfungible, sondern auch wenn ein Factum geleistet worden⁵⁷⁾); ferner wennemand aus Frethum eine Verbind-

E 5

lichkeit

57) *L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t.* Dass hier von keiner Zurückforderung der Dienste die Rede seyn könne, versteht sich. Dies ist es auch nur, was die *L. 25. D. de praescriptis verbis* sagen will, wenn es daselbst heißt: Quodsi per errorem operae indebitae datae sunt, ipsaz repeti non possunt.

Die

slichkeit übernahm ⁵⁸), oder dem andern eine Verbindlichkeit ersieß ⁵⁹), oder sich sonst eines Rechtes begab, als ob er dazu gehalten wäre ⁶⁰).

2) Das Gezahlte muß eine Nichtschuld seyn.

3) Die Zahlung muß aus einem entschuldbaren Irrthum geschehen, und auch

4) der Empfänger selbst im Irrthum gewesen seyn ⁶¹). Nahm er wissentlich die Nichtschuld an, so wollen ihn die
Gesetze

Die geleisteten Dienste müssen also zu Gelde angeschlagen, und auf deren Vergütung geklagt werden. *S. Christ. Gottl. GME-LIN Diff de conditione facti indebita praestiti, praef. Eberh. Christ. CANZ def. Tübinger 1769.*

58) *L. 31. D. h. t. L. i. pr. D. Ut in possess. legator. L. 3. Cod. de Cond. indeb.*

59) *L. 39. D. h. t.*

60) *L. 22. §. i. D. h. t.*

61) Die *L. 65. §. 8. D. h. t.* scheint zwar das Gegenthell zu lehren, wo es heißt, *Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius; si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti, et ut hereditatem eius restituas.* Dieses Gesetz unterscheidet also, ob der Manumissor gewußt hat, daß der Sklave indebita war gegeben worden, oder nicht. Im ersten Fall soll er den Werth derselben, in dem andern aber nur den Gewinn aus seinen Diensten und die Accession vergüten. Allein 1) wird hier nicht gesagt, daß gerade mit der conditio indebiti der Werth des Sklavens gefordert werden müsse; und dann 2) wenn man auch das Gesetz von dieser Klage verstehen wollte, so redet ja dasselbe von der Wissenschaft des Empfängers zur Zeit der Manumission, nicht von der Zeit, da der Sklave gegeben wurde. War damals der
Empfan-

Gesche als einen Dieb behandelt wissen, und es hat nun nicht die *condictio indebiti*, sondern nur die *condictio furtiva* wider ihn statt⁶²⁾). Endlich

5) muß der Beklagte durch das Empfangene auch bereichert seyn; denn sonst fällt die ganze Klage weg⁶³⁾); und da er als bona*e*fidei possessor zu behandeln ist, so trägt er ohnehin den Zufall nicht⁶⁴⁾)

Hat

Empfänger in bona fide, so findet die *condictio indebiti* statt, weil das Eigenthum auf den Empfänger übergieng. Eben so wenig steht auch die L. 37. D. h. t. entgegen, wo Julian sagt: *Servum meum insciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, et eo nomine condictionem mihi esse, puto: sive sciess meum esse, sive ignorass*. Denn das Gesetz redet nur von der *condictio* überhaupt, ohne zu bestimmen, ob es *condictio indebiti* oder *condictio furtiva* sey.

62) L. 18. *D. de condict. furt.* L. 38. §. 1. *D. de solut.* L. 43. pr. L. 80. §. 5. et 6. *D. de furt.* Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 5. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die *condictio furtiva* habe nur dann statt, wenn der Kläger nicht freiwillig gezahlt, sondern durch den Dolus des Beklagten zur Bezahlung der Rüschschuld wäre verleitet worden. Allein L. 18. sagt unbedingt: *Furtum esse, cum quis indebitas nummos sciens acceperit.* Man sehe VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 28. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 975.

63) L. 14. L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. D. h. t. G. FRANC. DURENUS Comm. ad h. Tit. Cap. 9. Operum pag. 916. IO. IAC. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXV. Th. 11. GER. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 301. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. 5. §. 26.

64) Thibaut, Syst. des P. R. 2. B. §. 976.

Hat sich der Kläger bey der Zahlung die Restitution von dem Beklagten ausdrücklich auf den Fall versprechen lassen, wenn das Gezahlte als eine Nichtschuld besunden werden würde, so concurrit die *condictio indebiti* mit der *actio praescriptis verbis*. Denn hier ist, wie Uspian⁶⁵⁾ lehrt, ein wahrer Contract vorhanden.

§. 828.

Nichtschuld. Verschiedene Arten derselben.

Der Gegenstand unserer Klage ist also eine Nichtschuld (Indebitum). Unter dieser Benennung wird hier alles dasjenige verstanden, was zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet worden, oder geschehen ist, welche entweder gar nicht vorhanden, oder nach den Gesetzen ungültig, oder unwirksam war⁶⁶⁾). Eine Nichtschuld kann also in einer doppelten Rücksicht, als solche, gedacht werden.

I) In Absicht auf die Natur und den rechtlichen Grund, der Schuldverbindlichkeit. Hier kann die Nichtschuld entweder

a) eine absolute seyn, wenn entweder nach natürlichen noch nach positiven Rechten eine Verbindlichkeit vorhanden war. Z. B. ich habe aus einem Rechnungsfehler, oder aus einem solchen Geschäft etwas bezahlt, welches nach keinem Recht gültig war. Man denke sich den Fall, daß ich meine eigene Sache gekauft habe, in der Meinung, sie sey eine fremde⁶⁷⁾). Nam emtio rei suae nullo iure

⁶⁵⁾ L. 2. pr. D. h. t. vergl. mit L. 5. §. 2. D. de praescr. verb.

⁶⁶⁾ C. Ant. FABRI Rational. in L. 2. pf. D. h. t.

⁶⁷⁾ L. 26. L. 54. L. 65. §. 9. D. h. t. Coccoji ius civ. controv. h. t. Qu. 6.

⁶⁸⁾ L. 37. D. eodem.

valet⁶⁸). Hierher gehört auch, wenn die Schuld von einer noch ungewissen Bedingung oder Zeitbestimmung abhieng, und sie ist vor dem Eintritt derselben bezahlt worden. Wenn also etwas vor der Zeit bezahlt worden, da man zu bezahlen schuldig gewesen wäre, so sind zwey Fälle zu unterscheiden.

aa) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, deren Eintritt überhaupt ungewiß war. Hier kann vor dem Eintritt derselben das aus Irrthum Bezahlte zurückgesfordert werden. Denn da vor dem Eintritt einer solchen Bedingung oder Zeit noch gar keine Verbindlichkeit vorhanden war, so ist hier eine absolute Nichtschuld bezahlt worden. In dieser Hinsicht sagt daher Pomponius *L. 16. D. h. t.* Sub conditione debitum, per errorem solutum, *pendente quidem condicione repetitur*, conditione autem existente repeti non potest. Quod autem *sub incerto die debetur*, die existente non repetitur⁶⁹).

bb) Die

68) *L. 45. pr. D. de div. reg. iuris.*

69) Cujacius Observation. Lib. XIII. cap. 20. will die non existente (i. e. donec nondum existit dies) non repetitur lesen, und diese Stelle von einem solchen die incerto erklären, quem venturum esse certum est, z. B. cum moriar. Dies erfordere, wie er glaubt, der Zusammenhang mit *L. 17. D. h. t.* und daß es beym dies anders seyn solle, als bey der conditio, deute die Partikel autem an, wodurch eine Verschiedenheit der Fälle angezeigt werde. Allein Jacob. CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 27. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 534.*) verwirft diese Erklärung mit Recht. Eben so wenig verdient aber auch die Kritik des POTHIER in Pand. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. d. Beyfall, welcher non exi-

bb) Die Schuld hing von einer solchen Zeitbestimmung oder Bedingung ab, von welcher gewiß ist, daß sie einmal eintreten werde. Hier kann das aus Irrthum vor der Zeit Bezahlte nicht zurückgesfordert werden, weil hier die Verbindlichkeit an sich schon völlig begründet, mithin ein debitum vorhanden war, obgleich solches noch nicht hätte eingeflagt werden können ⁷⁰). Hierher gehören folgende Gesetzesstellen:

L. 10. D. h. t. In diem debitor, adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

L. 17. D. eodem. Nam si, cum moriar, dare promiser, et antea solvam: repetere me non posse, Celsus ait. Quae sententia vera est.

L. 18. D eodem. Quod si ea conditione debetur, quae omnino exsuffra est, solutum repeti non potest: licet sub alia conditione, quae, an impleatur, incertum est, si ante solvatur, repeti possit.

Wer

existente die repetitur lesen will. Denn die Erklärung non existente die, für donec nondum existit dies, weicht ganz von dem gesetzlichen Sprachgebrauch ab. Es widerstreiten auch die Basilica Lib. XXIV. Tit. 6. const. 16. bei Fabrot Tom. III. pag. 547. wo die Worte so lauten: καὶ τὸ ὑπό αὐτῶν ἡμέραν οὐκ αναλαμβάνεται μετά το ἐπισῆμα αὐτῆν. i. e. Etiam quod sub incerto die debetur, die existente non repetitur. Mit den Basiliken stimmt auch Haloander überein, welcher statt autem vielmehr etiam liest. Es verdienen übrigens noch folgende Stellen verglichen zu werden. *L. 48. L. 56. et L. 60.* §. 1. *D. h. t.* Man sehe auch voxt Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

⁷⁰) §. 2. *I. de Verbor. obligat.* *L. 10. D. h. t.* *L. 9. §. 1. D. de novation.*

Wer jemand nur alternativ, entweder diese oder eine andere Sache zu geben, verbunden, er hat aber aus Irrthum beyde gegeben; so ist auch dies für eine absolute Nichtschuld zu halten, und es kann daher eine von beyden zurückgesfordert werden. Wem aber in diesem Falle die Wahl zustehe, war unter den ältern Rechtsgelehrten streitig⁷¹⁾. Marcellus und Celsus glaubten, sie gebührte dem Beklagten, als welcher nun durch den Empfang der Nichtschuld für den Schuldner zu halten sey⁷²⁾, und dieser Meinung stimmte auch Ulpian⁷³⁾ bey. Allein das Gegentheil nahmen Julian und Papinian an, und deren Meinung bestätigt Justinian durch die L. 9. Cod. h. t. welche folgendermaßen lautet: *Si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, et cum licentia ei fuerat, unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependenterit: dubitabatur, cuius rei daretur a legibus ei repetitio, utrumne servi, an pecuniae: et utrum stipulator, an promissor habeat huius rei facultatem?* Et *Ulpianus* quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, et tam *Marcellum* quam *Celsum* sibi consonantes refert. *Papinianus* autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui, et antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit praestare; et huius sententiae sublimissimum testem adducit *Salvium Julianum*, summae

71) G. Gottfr. Mascovii Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 8.

72) §. 33. I. de act. L. 106. D. de l'urb. obligat.

73) L. 26. §. 13. in fin. D. h. t.

mae auctoritatis hominem, et praetorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis haec decidentibus, *Iuliani* et *Popiniani* sententia placet, et ipse habent electionem recipiendi, qui et dandi habuit. Nach dieser Verordnung behält also der Kläger die Wahl, die ihn vorher zustand, und dieses um so mehr, weil der Kläger, wenn man auch annehmen wollte, er habe, da er jetzt als Gläubiger auftritt, durch die geschehene Zahlung sein Wahlrecht verloren, welches ihm vorher als Schuldner zustand, dennoch auch dieses Recht ohne Zweifel condiciren könnte, da solches indebita durch die Zahlung auf den Gläubiger war übertragen worden, wie auch *Voet*⁷⁴⁾ ganz richtig bemerkt hat. Dann aber würde freylich *Justinians* Verordnung keine Anwendung finden, wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit gleich Anfangs im Vertrage oder Testamento wäre festgesetzt worden, daß dem Gläubiger die Wahl zustehen solle⁷⁵⁾, in welchem Falle er denn ohne Zweifel zurückgeben könnte, welche von beyden er will. Sollte jedoch eine von beyden Sachen durch Zufall zu Grunde gehen, so fällt alle Zurückforderung weg, und der Empfänger behält diejenige mit Recht zurück, welche noch vorhanden ist, wie ebenfalls *Julian* lehrt, wenn er *L. 32. pr. D. h. t.* sagt: Cum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, uterque aut alter ex his, desit in rerum natura esse, nihil repetet; id enim remanebit in soluto, quod superest. Die Nichischuld kann

b) eine

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

75) Arg. *L. 10. §. ult. D. de iure dot. S. den 4. Th.* dieses Commentars §. 316. S. 304.

b) eine blos bürgerliche seyn (*indebitum civiliter tale*), wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Zahlung geschah, zwar im natürlichen Recht gegründet, aber durch die bürgerlichen Gesetze entweder für ungültig und ganz unwirksam erklärt, oder sonst in ihren gerichtlichen Wirkungen beschränkt ist. Z. B. Eine Frauensperson hat aus einer übernommenen Bürgschaft Zahlung geleistet, oder eine Person, die noch unter väterlicher Gewalt stand, hat ein ohne Einwilligung des Vaters *contra hostem* Darlehn bezahlt ⁷⁶⁾). Die Nichtschuld kann endlich

c) auch eine blos natürliche seyn, (*indebitum naturaliter tale*), wenn die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Zahlung geschah, zwar in den bürgerlichen, aber nicht in den natürlichen Gesetzen gegründet ist. In diesen beyden Fällen einer Nichtschuld wird die Regel gegeben, daß eine Zurückforderung des Gezahlten nur dann Statt habe, wenn der Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers durch eine beständig geltende Exception gedeckt war, und diese Einrede zu seinem Besten, und nicht blos aus Haß gegen den Gläubiger gegeben wird. Es gehören hierher folgende Gesetzesstellen.

L. 26. §. 3. D. h. t. Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat. Quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens, se tutum exceptione, solvit.

L. 26.

⁷⁶⁾ S. Io. Nic. HERTII Diff. de condictione indebiti civiliter, débitti naturaliter. in EIUS Commentat. et Opuscul. Vol. I. Tom. III. pag. 141. sqq.

L. 26. §. 7. D. eodem. Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut *Iulianus* libro 10. scripsit: si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexus venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit; posse eum fundum condicere. Idemque est, et si debitorem suum damnaverit liberae, et ille ignorans solverit.

L. 66. D. de Reg. iuris. Desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem iuitam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

L. 40. h. t. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Senatusconsulto de Intercessionibus. Ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur; perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit.

L. 43. D. eodem. Si quis iurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur; atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

Allein wenn gleich diese Regel von vielen⁷⁷⁾ angenommen wird, so ist sie doch nicht in jedem Falle anwendbar. Die Gesetze enthalten mehrere Fälle, wo demjenigen,

⁷⁷⁾ S. voET Comm. h. t. §. 4. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 299. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XLIV. Th. 2. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. T. I. Diff. XXV. Th. 12. DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 9. u. a. m.

welcher eine Zahlung aus Irrthum ohne Schuldigkeit geleistet hat, eine exceptio perpetua zustand, und diese Einrede auch zu seinem Besten eingeführt ist, dennoch aber keine Zurückforderung des Gezahlten statt findet. Man sehe, ein Schuldner hätte sich mit der Exception der Competenz schützen können, er schafte aber dennoch Rath, und bezahlte aus Irrthum die ganze Schuld, so kann er nichts zurückfordern, denn die natürliche Verbindlichkeit wird durch die Insolvenz der Schuldners nicht aufgehoben. Es sagt vielmehr Ulpian L. 9. D. h. t. Nam et maritus, si, cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit. Wenn sich ferner der Schuldner mit der Exception aus dem prätorischen Edict, *quod quisque iuris in alterum statuerit*, gegen die Ansprüche seines Gegners hätte decken können; er hat aber dennoch denselben aus Irrthum befriediget, so findet keine Zurückforderung statt, supereft enim, sagt Ulpian L. 3. §. 7. D. Quod quisque iuris, naturalis causa, quae inhibet repetitionem. Ich übergehe andere Beispiele, welche L. 33. D. h. t. L. 49. §. 1. in fin. D. de fiduciis. und in andern Gesetzstellen mehr vorkommen. Man sieht hieraus, daß jene Regel in den Fällen eine Ausnahme leidet, wo die dem Schuldner zustehende exceptio perpetua die natürliche Verbindlichkeit nicht aufhebt⁷⁸⁾). Mit Recht sagt daher Lauterbach⁷⁹⁾: Ex dictis simul appareat, regulam in L. 26. §. 3. D. h. t. propositam, quod scil. illud, cui perpetua obstat exceptio, indebitum dicatur, et

F 2

per

78) S. WESTENBERG Princip. iuris secund. ord. Dig. h. t. §. 10. sqq.

79) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14..

per errorem solutum repetatur: tunc demum locum habere, et procedere, *si obligatio naturalis non subsit, vel iliam ius civile reprobaverit.* Caeterum, ubi obligatio naturalis, iure civili non reprobata, adhuc existit salva, ibi, licet perpetua competit exceptio, non tamen datur Condictio. *L. 66. pr. L. 40. pr. D. h. t. L. 9. §. 4. et 5. junct. l. seq. ad SCt. Macedon.* Unde etiam fideiussor, qui, omissa divisionis exceptione, totum solvit, partem a confideiussore solvendam a creditore non repetit. *L. 49. §. 1. D. de fideiussor.* Ich werde diese Fälle bey dem folgenden Paragraphen näher auseinander sehen. Eine Nichtschuld kann endlich

2) auch in Absicht auf die Person des Zahlenden oder des Empfängers eine solche seyn, und zwar entweder

a) wegen eines Irrthums in der Person. Dahin gehört,

α) wenn man eine Schuld aus Irrthum an einen Andern bezahlt hat, als dem man sie schuldig ist.

β) Wenn man dasjenige, was ein Anderer schuldig ist, in der Meinung bezahlt, als ob man es selbst schuldig wäre. Beyde Fälle hat Paulus, wenn er *L. 65. §. 9. D. h. t.* sagt: *Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur: aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat.* Ober

b) wegen des gänglichen Mangels der natürlichen Fähigkeit auf Seiten des Zahlenden, sich gültig zu verbinden. Dahin gehört, wenn Pupillen, oder gerichtlich erklärte Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung con-

contrahirt und bezahlt haben. Hier kann die Zurückforderung geschehen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wissenschaftlich, oder aus Irrthum geleistet worden sey⁸⁰⁾. Dies ist es, was Ulpian⁸¹⁾ in folgenden Worten lehrt: *Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is,, cui bonis interdictum est, solverit. Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur.*

§. 829.

Inwiefern findet Zurückforderung einer Nichtschuld statt?

Um nun also genauer zu bestimmen, wenn die Zurückforderung einer Nichtschuld statt finde; so sind folgende Grundsätze zu bemerken.

I) Ist die Nichtschuld blos in Rücksicht der Person, welche die Zahlung leistete, oder welche sie empfing, ein indebitum, so findet die Condiction unbedingt statt. Außer der bey dem vorigen §. angeführten Gesetzesstelle sind hier noch folgende zu bemerken.

L. 19. §. 1. D. h. t. Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit: veluti si is, qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hereditario solverit; hic enim neque verus heres liberatus erit, et is, qui dedit, repeterc poterit.

§ 3

L. 8.

80) S. Webers syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77.

81) L. 29. D. h. t.

L. 8. Cod. eodem. Creditoris falso procuratori solventi, adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.

Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Zahlende die Schuld eines Dritten in der Meinung bezahlt habe, als ob er sie selbst schuldig sey⁸²⁾). Denn trug er sie für den Schuldner ab, in dem irrligen Glauben, er sey diesem dazu verbunden; so findet gegen den Empfänger nicht die condictio indebiti, sondern nur gegen den, welchem dadurch genügt ist, die actio negotiorum gestorum contraria Statt⁸³⁾). Von diesem Falle ist nach der Meinung der meisten Ausleger⁸⁴⁾ die *L. 44. D. h. t.* zu verstehen, wo

Paus-

82) *L. 38. §. 2. in fin. D. de Solut.*

83) *L. 39. D. de negot. gest. L. 23. D. de Solut. S. THIBAUT Syst. des P. R. 2 Th. §. 973.*

84) *Iac. CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 9. Ant. FABER Rational in L. 44. D. h. t. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 13. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 300. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. h. t. pag. 236. sqq. Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 9. Iul. PACIUS Legum conciliar. Centur. IV. Qu. 1. Ant. SCHULTING Thesum controv. Decad. XLIV. Th. 5. Pet. de GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exerc. XI. Th. 24. Hug. GROTIUS Flor. sparsion. ad Ius Iustinian. pag. 155. ROTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXI. pag. 372. Andere Ideen haben jedoch Lud. CHARONDAS Πειθαρ. s. Verisimil. Lib. II. c. 15. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 765.) Gilb. REGIUS Εναυγτιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 12. (bei OTTO Tom. II. pag. 1485.) Greg. LOPEZ MADERA Animadversion. iuris civ. cap. 13. (bei OTTO Tom. III. pag. 458.) Pet. GRANGIANUS Para-*

Paulus sagt: Repetitio nulla est ab eo, qui suum recipit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. Zwar wird hier nicht ausdrücklich gesagt, daß die Zahlung im Namen des Schuldners geschehen sey. Allein dieser Sinn liegt, wie Hugo Donellus⁸⁵⁾ ganz richtig bemerkt, in dem Geist der Worte. Observandum enim est, sagt dieser Rechtsgelehrte, non simpliciter dici, nullam esse repetitionem a creditore, sed a creditore, qui suum recipit. *Suum, aut sibi debitum recipere solus is proprie dicendus est, qui recipit aut a debito ipso, aut ab alio quidem, sed nomine debitoris.* Nam cum constat omne debitum duorum persona, debitoris et creditoris, si quid dederis creditori, in quo dando non versetur debitor, omnino id debitum dici non potest: proinde nec creditor in eo sibi debitum recepisse. Hierher gehört noch eine andere Stelle, welche besonders diese Erklärung unterstützt, nämlich die L. 5. Cod. de petit. hereditate, in welcher es heißt: De hereditate, quam bona fide possebas, si contra te pronunciatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exsolvisse te bona fide probaveris. *Nam repeti a creditoribus, qui suum receperunt, non potest.* Auch hier sind die letzten Worte von dem Falle zu verstehen, wo der Besitzer der Erbschaft im Namen des Erben, der sich etwa schon gemeldet, Zahlung geleistet hatte⁸⁶⁾. Auf jeden Fall

§ 4

aber

Paradox. iuris civ. cap. 19. (bev OTTO Tom. V. pag. 624.) de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. und EMMINGHAUS ad Eundem not. k.

85) Loc. cit. pag. 695.

86) S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. S. 505.

aber dient diese Stelle zum Beweis, daß das *quum recipere*, nicht gerade, wie viele glauben, auf einen solchen Fall hindeute, wo dem Eigenthümer seine eigene Sache gegeben worden ist. Denn wie hätte auch nur von fern darüber Zweifel entstehen können, ob der Eigenthümer seine Sache wieder herausgeben müsse, wenn sie ihm von einem Dritten aus Irrthum gegeben worden ist, da die Einrede des Eigenthums auch sogar die *actio publiciana* ausschließt?

II.) Ist die Nichtschuld eine solche in Rücksicht auf die causam debendi, und zwar eine absolute, so ist wieder die Condictio unbedingt begründet.

L. 22. D. h. t. Sed et si me putem tibi aut Titio promisisse, quum aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero.

L. 37. D. eodem. Servum meum nesciens a te emi, pecuniamque tibi solvi. Eam me a te repetiturum, et eo nomine *condictionem* mihi esse, omnimodo puto.

L. 54. D. eodem. Ex his omnibus causis, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, sequuta per errorem solutione Condictio locus erit.

Hierher gehört noch insonderheit die famöse *L. 38. D. h. t.* wo Afrikanus folgenden Fall entscheidet: Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit. Quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exticisset, repetiturum: pro ea vero, quā frater heres extiterit, ita repetitum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset;

set; *naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri*, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio, eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam *Iulianus probaret*: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnus a coherede praestetur. Porro eum, quem adversus extrancum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. Ueber dieses Gesetz, welches man für eine der schwierigsten Stellen des römischen Gesetzbuches hält, ist viel geschrieben⁸⁷⁾). Den besten Com-

§ 5

men-

- 87) Man vergleiche hierüber *Iac. CUYACII Commentar. ad Africanum Tract. IX.* (Operum Tom. I. pag. 1506.) *Ant. FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XX. cap. 20.* *Hug. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 19.* *ROBERTI Recept. iuris Lect. Lib. I. cap. 30.* *MASII Sing. Opinion. Lib. IV. cap. 6. sqq.* *Lud. CHARONDAE Verisimil. Lib. I. cap. 9.* *BACHOVIII Notae et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. I. Disputat. XXII. Th. 9. lit. B.* *Ant. LESCURII, Jul. PACHI, Ioann. MERCERI, Fr. DAVYDARGENTEI et Marq. FREHERI* in *L* Frater a fratre 38. *D. de conduct. indeb. Commentarii* (in *Ev. OTTONIS Thef. iuris Rom.* Tom. V. pag. 529. sqq.) *CABOTII Disputat. Lib. I. cap. 22. sqq.* *Henr. a SUERIN Repetitar. Lection. iuris civ. libr. cap. 10.* (in *Thef. Ottonian.* Tom. IV. pag. 23. sqq.) *Io. Iac. WISSENBECHII Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXV. Th. 14.* *Petr. de TOULLIEU Collectanea iuris civ. Diff. II.*

mentar aber geben uns darüber die Basiliiken⁸⁸⁾), welche den Sinn dieses Fragments auf folgende Art ganz deutlich darstellen. Δανεισάμενος παρά τῇ συνυπεξουσίᾳ μου αδελφοῦ, κατέβαλον ἀυτῷ μετὰ θανάτου τῇ πατρὸς μου. πρὸς μὲν τὸ μέρος εἰς ὁ κληρονομῶ, ἀναλαμβάνω, καθ' ὃσον δὲ κληρονομεῖ ὁ ἀδελφός μου, τοσοῦτον ἀναλαμβάνω, ὃσον ἐκ τῇ πεντελίᾳ περιῆλθεν εἰς αὐτὸν, ἀναιρεῖται γὰρ ἡ Φυσικὴ ἐνοχὴ τῇ πεντελίᾳ εἰς αὐτὸν περιερχομένη. ἀμέλει ἔχει ληγατευθῆ μοι τό πεντελίον μοι, ὑπεξαιρεῖ ταὶ τὸ χρέος. εἰ δὲ καὶ ἀπὸ ἔξωτικου δανείσομαι, ἔτε κατέβαλον ἀυτῷ μετὰ θάνατου τῷ πατρὸς, τοσοῦτον λαμβάνω παρὰ τῶν συγκληρονόμων μου ἐν τῇ τῆς Φαμιλίας τῶν πραγμάτων διαιρέσει, ὃσον ἀντὶν ἀπαίτειν ὁ δανεισθεὶς ἤδηνάτο διὰ τῆς περὶ τῇ πεντελίου ἀγωγῆς, ἔτε μήπω κατέβαλον, ὅντω διαιρεῖται τὸ πεντελίον μου ἐν τῇ διαιρέσει τῆς Φαμιλίας, ὥσε γενέσθαι μοι τρὸς τὸ ποσὸν αὐτοῦ ἀσφάλειαν τῇ ἀξημίου. i. e. *A fratre meo, qui in eiusdem potestate erat, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvi. Pro ea parte, qua patri heres extiti, repeto: pro ea vero, qua frater heres extitit, tantum repetam, quantum ex peculio ad eum pervenit: naturalis enim obligatio sublata est, quia peculium ad eum pervenit. Certe si peculium mihi legatum fit,*

pag. 46. sqq. *EV. OTTONIS Praefat. ad Tom. V. Thes. iuris Rom. pag. 24. IO. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. CORNEL. VAN ECK Commentat. de septem damnatis Legibus Pandectar. seu Crucibus ICTORUM. cum praefat. CHRIST. GOTTL. REINHARDTI rec. HALAE 1766. Cap. 5. de cocceji ius civ. controver. h. t. Qu. 6. und Henr. DAV. GERLACH Diff. ad celeberr. et intricat. Legem 38. pr. D. de condic. indeb. TÜBINGAE 1738. und IO. PHIL. HAHN Disp. ad Leges damnatas. MOGUNTIAE 1748. Analys. 3.*

88) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 6. const. 38. pag. 554.

sit, deducitur debitum. Sed et si ab extraneo mutuatus sim,
sive ipsi solverim post mortem patris, tantum iudicio fami-
liae erciscundae recipio a coherede, quantum ab his creditor
de peculio consequi potuisset: sive nondum solverim, ita pe-
culium meum dividitur in familiae erciscundae iudicio, ut
ad quantitatem eius indemnitas mihi praestetur. Ein Brü-
der hatte dem andern während der väterlichen Gewalt von
seinem Pekulium ein Darlehn gegeben. Da beyde Brü-
der noch in der väterlichen Gewalt waren, so konnte da-
raus keine bürgerlich vollgültige, sondern nur eine natürli-
che Verbindlichkeit entstehen ⁸⁹⁾). Nach dem Tode des Va-
ters theilen sich die Brüder in die väterliche Erbschaft, und
der Schuldner bezahlt seinem Bruder das ganze Darlehn,
in der Meinung, daß er es ihm zu bezahlen schuldig sey. Es
entstand nun die Frage, ob und in wie fern er das Be-
zahlte zurückfordern könne? Da die Schuldforderung, als
eine pekuliarische, zur väterlichen Erbschaft gehörte, so
war sie in soweit durch Confusion gehoben, als der Schuld-
ner Erbe seines Vaters geworden war. Da nun in soweit
auch die natürliche Verbindlichkeit erschienen war, so konnte
auch nach dem Verhältniß dieses Erbtheils, mithin zur
Hälfte, die Zahlung ohne Zweifel als eine Nichtschuld,
zurückgesondert werden ⁹⁰⁾). Allein in Ansehung des an-
dern Theils der Schuldforderung, welchen der Darleihner
geerbt hatte, kam es darauf an, ob er bey der Erbthei-
lung

89) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 132. S. 234.

90) Es ist daher ganz ohne Grund, wenn Fr. HOTOMANUS Lib.
XI. Observat. cap. 3. und in Vet. renovata Disputat. in L. 38.
Africani, Quaestionib. illustrib. adj. statt repetitum, non re-
petitum lesen will; welchen deshalb TOULLIEU in Collectan.
iuris civ. pag. 50. sqq. sehr ausführlich widerlegt hat.

lung einen Anteil von dem Pekulium des Schuldners erhalten hatte, oder nicht. In dem ersten Falle war die Schuld auch in Ansehung des Anteils, welchen der Darleher daran geerbt hatte, insoweit durch Compensation gestilgt, als der Anteil, den derselbe von dem Pekulium des Schuldners erhalten hatte, betrug; und konnte also insoweit auch als eine Nichtschuld condicere werden. In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. der Vater dem schulden- den Sohne das Pekulium prälegirt hätte, fällt die Zurückforderung weg. Denn da das Pekulium immer nur von demjenigen Vermögen verstanden wird, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt⁹¹⁾, so hätte der Bruder, welcher dem andern das Geld geliehen hatte, seinen Anteil von der auf dem Pekulium lastenden Schuld bei der Erbtheilung abziehen können. Aus gleichem Grunde muß aber auch der Gläubiger diese Schuld zu seinem Anteile übernehmen, wenn das Pekulium des Schuldners unter beyde Brüder vertheilt worden ist. Afrikan bestärkt diese Wahrheit noch durch folgendes Argument. Wäre der Bruder das Geld einem Dritten schuldig gewesen, und dieser hätte nach dem Tode des Vaters seine Bezahlung verlangt, so könnte erster, wenn von ihm die ganze Schuld bezahlt worden, mit der Erbtheilungsklage von dem andern Bruder, als Miterben, einen Ersatz pro rata fordern, soweit nämlich die actio de peculio gegen ihn statt gefunden hätte. Denn diese Klage hatte nach des Vaters Tode gegen

91) L. 9. §. 2. L. 11. §. 6. D. *de peculio.* L. 30. pr. D. *de actionib. emti venditi.*

92) L. 18. §. 5. D. *Famil. erciscund.*

gen die sämmtlichen Erben pro rata Statt, weil das Pekulium des Sohns zur Erbschaft des Vaters gehörte ⁹²). Gesetz aber die Theilung wäre geschehen, ehe noch der fremde Gläubiger auf die Zahlung drang, so konnte der Schuldner gleich bey der Theilung des Pekuliums von dem Miterben Sicherheit verlangen, daß er ihn auf den Fall, da er die ganze Schuld bezahlen müßte, zu seinem Anteil entschädigen wolle. Ist dieses bey einem fremden Gläubiger Rechtens, wie vielmehr, wenn der Miterbe selbst der Gläubiger ist?

Es giebt jedoch Fälle, in welchen auch eine absolute Nichtschuld nicht zurückgesordert werden kann. Dahir gehört,

I) wenn Jemand wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, auf deren Abläugnung die Strafe des Doppelten gesetzt ist, und das Einfache bezahlt, ohne es wirklich schuldig zu seyn. Hier findet des Frethums ungetracht keine Condiction Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen ershellet:

§. 7. I. de obligat. quae quasi ex contr. nast. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definerunt Veteres: *ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex Lege Aquilia, item ex legato.* Quod Veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta, per damnationem cuique legata fuerunt: nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indul-
lit,

fit, huismodi augmentum in omnibus legatis et fidei commissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis, quae sacro sanctis Ecclesiis et caeteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quae si indebita solvantur, non repetuntur.

L. 4. C. h. t. Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est.

Der Grund, auf welchem diese Verordnung beruht, scheint der zu seyn, weil hier eine Art von Vergleich angenommen wird, vermöge welchen derjenige, an den die Forderung gemacht wurde, lieber das Einfache habe bezahlen wollen, als sich der Gefahr, aufs Doppelte condamnirt zu werden, auszusetzen⁹³⁾). Ob diese Vorschrift schon nach Justinianeischem Recht als aufgehoben anzusehen sey, wie Thibaut⁹⁴⁾ behaupten will, ist noch vielen Zweifeln unterworffen. Justinian sagt zwar L. ult. C. h. t. Sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, ut aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, et praesumptionem transactionis non contra eos induci: nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur. Allein man erwäge, daß diese L. ult. vom Jahr 530. ist, und Justinian, in seinen weit später publicirten Institutionen §. 7. tit. dasjenige, was

93) S. voet Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Ian. a costa und Ev. OTTO in Commentar. ad §. 7. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.

94) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 5. Abh. Nr. II. S. 152.

was in der *L. 4. C. h. t.* steht, nochmals wiederholt habe. Es läßt sich also nicht wohl behaupten, daß dasjenige, was kurz zuvor in der *L. 4. C. h. t.* gesagt worden, durch die *L. ult. C. eodem.* aufgehoben worden sei. Hätte es in der *L. 4.* wohl heißen können *certissimi juris est*, wenn es ein abrogirtes Gesetz wäre? Wer also einer frommen Stiftung irrig Legate zahlt, kann solche nicht zurück fordern⁹⁵⁾. Insofern jedoch die poena dupli heutzutage nicht mehr Statt hat, ist billig anzunehmen, daß jetzt in einem solchem Falle die *condictio indebiti* angestellt werden könne.

2) Wenn der Vater, welcher mit der *actio de peculio* belangt ward, aus Irrthum über den Bestand des *peculii* zahlte. Auch hier fällt die Zurückforderung weg, wie Paulus lehrt *L. II. D. h. t.* Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus; quam in peculio est, solverit, repetere non potest.

§. 830.

Fortsetzung.

III. Ist die Nichtschuld ein *indebitum civiliter tale*, so findet nur dann eine Zurückforderung des Gezahlten Statt, wenn die natürliche Verbindlichkeit durch die positiven Gesetze gänzlich vernichtet und aufgehoben worden ist. Die *Condiction* fällt also weg,

1) wenn etwas zur Erfüllung einer unvollkommenen Pflicht gegeben worden ist, z. B. aus Dankbarkeit, und in der Meinung, eine Wohlthat oder Gefälligkeit zu ver-

geln.

95) Eben dies behauptet auch THIBAUT selbst im System des Pandectenrechts z. B. §. 973.

gelten. Daß hier das Gegebene nicht wieder zurückgesondert werden könne, leidet an sich keinen Zweifel⁹⁶). Allein der Grund davon liegt nicht in der Natur der unvollkommenen Verbindlichkeit, sondern vielmehr in der freywilligen Leistung dessen, was der Empfänger zu fordern kein Recht hatte, welche als eine Schenkung angesehen wird⁹⁷). Paulus sagt dieses ganz deutlich *L. 95. §. 2. D. h. t.* wo es heißt: *Id quoque, quod ab causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest.* Es wird aber freylich vorausgesetzt, 1) daß der Gebende gewußt habe, daß er nur unvollkommen verpflichtet sey, und daß er auch 2) habe schenken können. Gab er es hingegen in der Meinung, er sey vollkommen verpflichtet, so läßt sich nicht behaupten, daß die Condictio wegsalle. Man sehe z. B daß jemand seinem Wohlthäter eine Anleihe schuldig zu seyn geglaubt, und aus Irrthum bezahlt habe. Hier kann der condictio indebiti nicht mit Grund entgegengesetzt werden, daß der Kläger gegen ihn die unvollkommene Pflicht der Dankbarkeit gehabt habe, und daher das Gegebene nicht wieder zurückfordern könne⁹⁸). Nur einen Fall enthält das römische Recht, wo der bloßen Liebespflicht die Wirkung beygelegt ist,

96) *L. 52. D. h. t.* *Cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non est.*

97) S. Webers Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 49. ferner Dasselben Versuche über das Civilrecht S. 289. ff.

98) S. HERT Diff de conditione indebiti civiliter, debiti naturaliter. §. 22. und de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 5.

ist, daß sie an sich schon die Condiction ausschließt, wenn gleich die Zahlung in der falschen Meinung geschahe, eine vollkommene Verbindlichkeit zu erfüllen. Diese Ausnahme findet in Ansehung eines Brautschäzes statt, welchen eine Person von ihrer Mutter oder Großmutter erhalten hat. Hier soll, wenn auch gleich die Empfängerin nicht hätte darauf klagen können, dennoch die bloße Liebespflicht die Wirkung haben, daß der Brauschätz, ob er gleich in der Meinung einer vollkommenen Verbindlichkeit, michin aus Irrthum und also sine animo donandi gegeben worden war, nicht mit der condictio indebiti zurückgesfordert werden können⁹⁹). Diese besondere Verordnung ist aber immer nur als Ausnahme zu betrachten, und kann daher nicht auf andere Fälle in andern persönlichen Verhältnissen ausgedehnt werden¹⁰⁰).

Man hat zwar auch in der L. 26. pr. D. h. t. noch einen Fall dieser Art anzutreffen geglaubt, wo Ulpian sagt: *Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae¹⁰¹ solvit.* Vermöge
die-

99) L. 32. S. 2. D. h. t. *Mulier, si in ea opinione sit, ut credit se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.*

100) S. Weber von der natürl. Verbindl. § 49. S. 149.

101) Gaudioza und Haloander lesen *sorti debitas*. Eben so unser Erlanger Vandecten. Codex. Allein daß die Florentinische Leseart *sortis debitae* den Vorzug verdiene, zeigt WALCH in *Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. III. cap. VI. §. 12. Not. ** pag. 675. Man sehe auch Ger. NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 13. circa fin.

Glückl. Erläut. d. Vand. 13. Th.

dieses Gesetzes nimmt man fast allgemein an, daß Zinsen, welche von einem unverzinslich ausgeliehenen Kapital aus Irrthum indebita bezahlt worden sind, sofern sie nur nicht die gesetzmäßige Quantität übersteigen, nicht zurückgesfordert werden könnten, weil die Zinsen als eine Remuneration für die Wohlthat des dargeliehenen Kapitals anzusehen wären, deren Zurückforderung die Pflicht der Dankbarkeit verleihen würde ²⁾). Ingratus enim est, sagt schon Seneca ³⁾, qui beneficium reddit sine usura. Allein eines Theils ist man noch selbst über den eigentlichen Sinn dieser Stelle nicht einig, ob sie wirklich, wie die gemeine Meinung annimmt, von einer aus Irrthum geschehenen, oder, wie Weber ⁴⁾ behauptet, von einer wissentlichen Zahlung nicht schuldiger Zinsen zu verstehen sey; da die Gründe für die letzte Erklärung gewiß nicht unerheblich sind, obwohl Thibaut ⁵⁾ die gemeine Meinung in Schuß genommen hat; andern Theils aber lehrt auch die L. 18. Cod. de Usuris unwidersprechlich, daß wenigstens nach die-

sem

2) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 13. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. SCHILTER Praxis iur. Rom. Exercit. XXII. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3089. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 488.

3) Epist. 81.

4) Diss. de usuris indebita solutis. §. 18—21. In Derselben Versuchen über das Civilrecht. S. 316. ff. Ferner Derselbe von der natürlichen Verbindlichkeit §. 49. Not 8. und zu Höpfner's Commentar über die Heinec. Institutionen §. 954. Not. 1. S. 993.

5) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechtes 2. Bd. Nr. V. S. 152. ff.

sem Gesetz die Zurückforderung der aus Irrthum indebita gezahlten Zinsen gar keinem Zweifel unterworffen sey. Es heißt nämlich darin; *Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate repeti posse,* perpensa ratione firmatum est. Man sieht überdies aus diesem Gesetz, daß die Sache überhaupt unter den alten röm. Juristen streitig gewesen sey⁶).

2) Wenn bey der Zahlung eine natürliche Zwangspflicht zum Grunde lag, welche von den positiven Gesetzen nicht ganz aufgehoben, sondern nur in ihren Wirkungen eingeschränkt ist. Es findet daher keine Zurückforderung statt.

a) wenn Etwas vermöge eines pacti nudi, welches nach dem röm. Recht keine flagbare Verbindlichkeit wirkt, bezahlt worden ist⁷).

b) Wenn ein Geldbarlehn, welches der Schuldner während der väterlichen Gewalt ohne Einwilligung seines

G 2

Ba-

6) Man sehe noch *Io. Frid. MEISTER* Diff. de eo, quod iustum est in usuris pecuniae mutuae annuisque redditibus indebita solutis tum condicendis, tum de sorte detrahendis. Goettingen 1786. BAUER Progr. de usuris sorti imputandis vel repetendis (in Opuscul. Tom. II. p. 294. sq.) WALCH Controv. iuris civ. pag. 675. sq. von QUISTORP rechtliche Bemerkungen I. Th. Nr. 73. Not. a. G. 244. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati neviss. Tom. II. §. 1113. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 973. not. f.

7) L. 7. §. 4. D. de pactis. L. 5. §. 2. D. de solut. L. 21.
Cod. de pact.

Gaters aufgenommen hatte, aus Frethum nachher wieder bezahlt worden ist ⁸⁾).

c) Wenn die Klage des Gläubigers durch Verjährung erloschen war, und der Schuldner dennoch aus Frethum bezahlt hat. Hier fällt die Condition darum weg, weil die Verjährung nur das Recht zu klagen ausschließt, nicht aber die Verbindlichkeit des Schuldners an sich aufhebt ⁹⁾.

d) Wenn

8) L. 9. §. 4. et 5. L. 10. D. ad SCtum Maced. L. 40. pr. D. de condic. ind.

9) L. 40. D. h. t. Es lassen sich eigentlich hier zwei Fälle denken. Den Schuldner veranlaßte entweder eine Unwissenheit des Rechts zur Zahlung, oder er irrte im facto, indem er nicht wußte, daß die Verjährungszeit schon verstrichen sey. Daß in dem ersten Fall keine Zurückforderung statt finde, leidet keinen Zweifel, weil hier die Absicht des Klägers auf ein Excrum gerichtet wäre. L. 7. D. de iuris et facti ignor. L. 9. C. Leg. Falcid. In dem letztern Falle hingegen gaben die Gesetze dem Schuldner blos eine Einrede gegen die gerichtliche Klage des Gläubigers, und zwar nicht um seiner willen, sondern zur Strafe des Gläubigers, wegen vernachlässigter Verfolgung seines Rechts. Ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, sagt L. 40. cit. perperam solutum non repetitur. Zwar wollen dennoch mehrere Rechtsgelehrten in diesem letzten Falle dem Schuldner die Zurückforderung des Bezahlten gestatten. S. WERNHERI lectiss. Commentat. in Pand. h. t. h. 5. Allein der Grund, den man aus der L. 37. D. de fideiussar. hernimmt, beweist diese Meinung nicht. Denn es wird in dem Gesetz nicht gesagt, daß die Gützhaft nach abgelaufener Verjährungszeit darum nicht gelten solle, weil nun die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nach Vorschrift der Civilgesetze erloschen sey; sondern es wird vielmehr der Grund angeführt: quoniam erroris fideiussio nulla est. Man schee hier Wes

d) Wenn ein Bürge aus Irrthum unterließ, sich der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Ordnung oder der Theilung zu bedienen, und die Schuld bezahlte, ehe der Schuldner ausgeklagt war, oder das Ganze bezahlte, da doch zahlungsfähige Mithürgen vorhanden waren.¹⁰⁾

e) Wenn ein Schuldner, der durch die Wohlthat der Competenz gedeckt war, dennoch aus Irrthum das Ganze bezahlte¹¹⁾.

Dahingegen findet die Condictio indebiti statt,

i) wenn zwar an sich eine wirkliche Schuld vorhanden war, von welcher aber der Schuldner durch ein rechtskräftiges Erkenntniß losgesprochen worden ist, wenn dieser dennoch aus Irrthum Zahlung geleistet hat. Viele¹²⁾, zu denen auch Hellfeld gehört, sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, da durch einen solchen Richterspruch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht aufgehoben werde, so könne auch keine Zurückforderung statt finden, und führen selbst Gesetzstellen für ihre Meinung an. Paulus lehre dieses ausdrücklich, wenn er L. 28. D. h. t. sagt: *Iudex si male absolverit, et absolutus sua*

G 3

spon-

Webers syst. Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 92.

10) L. 26. L. 49. §. 1. *in fin. D. de fideiuss.* HERT. cit. Diff. §. 8. et §. 10.

11) L. 5. §. 1. L. 9. *D. de condict. indeb.* E. HERT. cit. Diff. §. 11.

12) *Ant. FABER Rational. ad Pand. in L. 60. D. h. t. ZOESIUS Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 2. nr. 14. BROCKES Observat. select. Argum. 1. SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 3. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 487.*

sponte solverit, repetere non potest. Ja er bestärke dieses nochmals in der L. 60. princ. aus dem Grunde: Licet enim absolutus, natura tamen debitor permanet.

Allein offenbar reden diese Gesetze von dem Falle, daß der Schuldner, welcher durch einen ungerechten Richterspruch ist losgesprochen worden, dennoch die Schuld von freyen Stücken bezahlt hat, ob er gleich wußte, daß er losgesprochen sey. Nun ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß an sich ein ungerechter Ausspruch des Richters, wenn man auf wirkliches Recht, und wirkliches Unrecht sieht, den Schuldner von der natürlichen Verbindlichkeit nicht befreye. Selbst die röm. Rechtgelehrten haben auch diese an sich fortdauernde natürliche Verbindlichkeit des Schuldners nicht verkannt, wie nicht nur aus der angeführten Stelle des Paulus L. 60. h. t. sondern auch noch aus einer andern des Venulejus L. 8.³ §. 1. *D. Rem ratam haberi* erhelet. Allein man ist, wie Weber¹³⁾ sehr gründlich bemerkt hat, offenbar zu weit gegangen, wenn man diese Stellen dahin gedeutet hat, daß die erwähnte natürliche Verbindlichkeit auch vor Gericht in der Maße geltend gemacht werden könne, daß der Gläubiger eine Einrede daraus hernehmen, und den Schuldner damit zurückweisen könne, wenn dieser das Gezahlte zurückfordern wollte. Denn ohne Zweifel muß das als wirkliches Recht gelten, und in den Gerichten dafür angesehen werden, was einmal förmlich und rechtskräftig dafür erkannt worden ist. Ulpian sagt L. 25. *D. et statu hom. Res iudicata pro veritate accipitur*; und erklärt sich darüber in der L. 56. *D. de*

¹³⁾ Syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. seit. §. 94. S. 405. ff.

re iudicata noch weiter dahin, daß nach rechtskräftig entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzulässig zu verwerfen sey. Daraus folgt nun, daß das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Schuldnér absolvirt worden ist, den vollgültigsten Beweis der Nichtschuld ausmachen müsse, und folglich bey geschehener Zahlung aus Irrthum die *condictio indebiti* begründet sey¹⁴⁾). Es ergiebt sich dieses noch insonderheit aus L. 43. *D. h. t.* wo Paulus sagt, wennemand geschworen hat, daß er nichts schuldig sey, so könne er das aus Irrthum Bezahlte zurückfordern. Nun wird dem Eide und einem rechtskräftigen Richterspruche in den Gesetzen gleiche Wirkung beigelegt¹⁵⁾).

. 2) Wenn eine Frauensperson aus übernommener Bürgschaft in der Meinung, als ob sie dazu verbunden gewesen, Zahlung geleistet hat¹⁶⁾). Man rechnet hier auch

3) wenn ein gerichtlich erklärter Verschwender, oder ein Pupill etwas ohne Einwilligung des Vormundes versprochen, und bezahlt hat¹⁷⁾), weil *Teratius L. 41. D. h. t.* den Grund seiner Entscheidung: *Quod pupillus, si*

G 4

fine

14) Mit Recht sagt *Hugo DONELLUS* in *Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 12.* *Absolutus semper pro eo habetur, quasi non deberet.* Quodsi illam vim rei iudicatae concedunt omnes, sciant quoque, hoc admissio, indebiti soluti repetitionem locum habere. Man sehe auch *voET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. de cocceji ius. civ. controv. h. t. Qu. 11. und 1o. Sam. STRYK Diff. de absoluto per sententiam iniustam ad effectus civiles non obligato.* *Halae 1710.*

15) *L. 56. D. de re iudic.*

16) *L. 40. D. h. t. L. 9. Cod. ad SCtum Veltejan.*

17) *L. 6. D. de verb. oblig. L. 29. D. h. t.*

sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, ausdrücklich darin sehe, *quia nec natura debet*¹⁸⁾. Allein hier findet condictio sine causa Statt. Hingegen ist die condictio indebiti begründet,

4) wenn der Gläubiger wegen unerlaubter Privatgewalt sich seiner Forderung an den Schuldner verlustig gemacht, und der Schuldner dennoch aus Irrthum Zahlung geleistet hat¹⁹⁾.

§. 831.

Fortsetzung.

IV. Ist die Nichtschuld ein indebitum naturaliter tale, so kommt es darauf an, ob die obligatio civilis, vermöge welcher die Zahlung geschehe, von der Art ist, daß der Schuldner mit Wirkung darauf hätte belangt werden können, oder nicht, sondern ihr eine Exception entgegen stand, welche die Klage unwirksam gemacht hätte. Nur in dem letztern Falle findet Zurückforderung des Gezahlten Statt, in dem erstern aber fällt sie weg. Dahin gehört,

1) wenn ich mich mit demjenigen, der eine Forderung an mich machte, verglichen habe, und ich entdecke nachher meinen Irrthum, so findet keine Zurückforderung des Gezahlten Statt, wenn ich auch nichts schuldig war²⁰⁾. Denn der Irrthum betrifft hier gerade den streitig gewesenen

18) S. Frid. Gottfr. NOUCKII Diss. de rationibus veterum ICTOR. false suspectis. Traj. ad Rhen. 1734. cap. 3. §. 4. (in GER. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 360. sq.)

19) L. 12. §. 2. L. 13. D. Quod. metus causa. WEBER von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 94. S. 403.

20) L. 2. Cad. h. t.

nen Gegenstand, nämlich die Existenz oder Nichterstanz der Schuld. Ein solcher Irrthum kann nie dazu benutzt werden, einen geschlossenen Vergleich anzusehen²¹⁾). Ich konnte also auch aus dem Transact mit Wirkung belangt werden. Es muß nur aber dem andern Transigenten kein erweislicher Dolus zur Last fallen. Dieser würde eine Zurückforderung rechtfertigen, so wie er die Klage aus dem Transact zerichtet haben würde; wie aus folgender Stelle des Paulus erscheint. *L. 65. §. I. D. h. t.* *Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.*

2) Wennemand widerrechtlich zur Zahlung verurtheilt worden ist, und er hat dem Urtheil zu Folge bezahlt, so findet keine Zurückforderung statt. Ulpian sagt *L. 29. §. 5. D. Mandati:* propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus criminе propter suam calliditatem plectetur. Eben dieses bestätigt auch eine Verordnung des Kaisers Antoninus *L. I. C. h. t.* wo es heißt: Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutae, esse repetitionem iure condictionis, non ambigitur.

3) Wenn eine Strafe bezahlt worden ist, welche nach dem Civilrecht verwirkt war, so findet keine Zurückforderung statt, wenn gleich nachher solche Umstände eingetreten

21) Siehe den 5. Theil dieses Commentars §. 348. S. 23. f.

ten wären, unter welchen nun auf Seiten desjenigen, welcher die Strafe bezahlt hat, die Schuld wegzufallen scheint. So ist der Ausspruch Ulpians zu verstehen, wenn er *L. 42. D. h. t.* sagt: *Poenae non solent repeti, quum dependae sunt;* womit auch *Cajus L. 46. D. de reg. iuris* übereinstimmt, wo es heißt: *Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.* Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten²²⁾ der Meinung, daß zu Folge der angeführten Gesetze bey bezahlten Strafen die *condictio indebiti* ganz wegfalle, wenn sie auch gleich Anfangs aus Irrthum wären indebite bezahlt worden. Noch andere²³⁾ unterscheiden, ob von conventional- und solchen Strafen die Rede sey, welche der Richter auferlegt hatte, oder von gesetzlichen Strafen. Nur in jenem Falle finde die *Condictio indebiti* nicht Statt, wohl aber in dem letztern. Allein daß auch bey Strafen, wenn solche aus Irrthum, und ohne dieselben verdient zu haben, bezahlt worden sind, die *condictio indebiti* nicht ausgeschlossen sey, lehrt Ulpian deutlich, wenn er *L. 23. §. 4. D. h. t.* sagt: *Si qua lex ab initio dupli vel quadruplici statuit actionem, dicendum est, solutum ex falso eius causa repeti posse.* Es ist also wohl außer Zweifel, daß die oben angeführten Gesetzesstellen nur von solchen Fällen zu verstehen sind, wo die bezahlte Strafe anfangs verwirkt war, und erst nachher etwas hinzugekommen ist,

wo-

22) *Io. Frid. BOECKELMANN* Commentar. in *Dig. b. t. §. 9.* *Io. Ortw. WESTENBERG* Princip iur. sec. ord. Pand. h. t. §. 25. nr. V.

23) *Amad. ECKOLT* Compend. Pandect. Tractat. h. t. §. 6.

wodurch dieselbe nun indebita geworden zu seyn scheint ²⁴⁾). Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man damit die Beispiele vergleicht, welche hiervon in den Gesetzen vorkommen. Ein solches Beispiel führt Ulpian in der L. 3. §. 14. *D. de tabulis exhib.* an, welche eben so, wie die oben angeführte L. 42. *D. h. t.* aus desselben Libro 68. *ad Edictum* genommen ist, und wahrscheinlich mit der lehtern in einer unmittelbaren Verbindung gestanden hat. Ein Legatär flagte, während die Bedingung des Vermächtnisses noch pendens war, gegen den Erben auf Vorzeigung des Testaments. Letzter verweigerte die Vorzeigung, und wurde wegen seines Ungehorsams bestraft. Hier findet keine Zurückforderung der bezahlten Strafe statt, wenn gleich nachher die Bedingung nicht zur Wirklichkeit kam, und folglich das Interesse des Legatärs wegfiel. Quia poena costumaciae praestatur ab eo, qui non exhibet. Ein anderes Beispiel führt Modestin an L. 1. §. 2. *D. de lege Iulia ambitus*, wo es heißt: Qua Lege damnatus, si alium convicerit, in integrum restituitur: non tamen pecuniam recipit ²⁵⁾). Ein drittes Beispiel hat Julian L. 35. *D. h. t.* Qui ob rem non defensam solvit, quamvis postea defendere paratus est, non repetet, quod solverit. Ein viertes Ulpian L. 22. pr. *D. de pignerat. act.* Quod debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit im-

pu-

²⁴⁾ S. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. CUJACIUS ObservatioN. Lib. VIII. cap. 39. und besonders Iac. VOORDA Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 6.

²⁵⁾ Die Strafe bestand in einer Geldsumme von 100. aureis. L. 1. §. 1. *D. de L. Iul. ambit.* Man s. auch Iac. CUJACII Observat. Lib. VII. cap. 28.

putandum, videamus? Et quidem non oportere id ei restituui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est, et traditum.

§. 832.

Eine Entzagung dieser Condictio*n* ist ohne Wirkung.

Es ist bereits oben (S. 71.) bemerkt worden, daß der nächste Grund dieser Condictio*n* in der natürlichen Billigkeit beruhe, welche nicht erlaubt, daß sichemand mit dem Schaden eines Andern bereichere. Nam hoc natura aequum est, sagt Pomponius *L.* 14. *D. h. t.* neminem cum alterius detimento fieri locupletiorem. Wenn nun der Empfänger der Nichtschuld sich wirklich reicher befände, würde dem Kläger wohl eine Verzichtleistung mit Wirkung entgegen gesetzt werden können²⁶⁾? Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

1) Es ist blos eine allgemeine Verzichtleistung auf die etwa zustehenden Einreden und Rechtswohlthaten überhaupt geschehen. Hier sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß hierdurch die nachherige Anstellung der condictio*n* indebiti nicht ausgeschlossen werde. Denn eine Entzagung kann nie weiter, als wirklich die Absicht des Entzageden gieng; zu dessen Nachtheil ausgedehnt, und auf Etwas erstreckt werden, woran der Entzagede gar nicht dachte²⁷⁾; weil alle Entzagung streng zu erklären ist. Nun dachte der Entzagede sicher an den Irrthum nicht, wel-

26) S. Io. WUNDERLICH Diff. de condictio*n* indebiti renuntiatione. Lenae 1757.

27) L. 47. §. 1. D. de pactis. L. 24. Cod. de Trans.

welcher erst nachher ist entdeckt worden. Es kann ihm also auch eine aus Irrthum geschehene Entzogung nicht verbinden²⁸⁾, da der Irrthum die Einwilligung ausschließt. Hierzu kommt noch die deutliche Verordnung der *L. ult.* §. 3. *D. h. t.* wo *Scavola* sagt: *Idem quaesit, an pactum, quod in pariationibus²⁹⁾ adscribi solet in hunc modum: ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse, impedit repetitionem?* Respondit, nihil proponi, cur impediret.

2) Es ist namentlich der *condictio indebiti* entzogen worden. Hier sind viel Rechtsgelehrten³⁰⁾ der Meinung,

dass

28) *L. 15. D. de iurisdict.*

29) Unrichtig lesen hier einige Handschriften und Ausgaben *pactio-nibus*. Selbst unser Codex Pand. Erlang. hat diese Leseart. Allein *Paratio* heißt hier, wie *Ant. AUGUSTINUS Emenda-tion. Lib. IV. cap. 12.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. IV. p. 1543.*) dieses Wort ganz richtig erklärt hat, soviel als *ea scriptura, qua rationibus redditis, satisfactum esse cre-ditori, aut domino, appareat; von pariare d. i. paria facere: hoc est, ita rationes reddere, ut paria expensa sint acceptis.* Mit dieser Erklärung stimmt auch *Franc. DUARENUS* in Com-men-tar. ad h. Tit. Cap. XI. Oper. pag. 916. überein. Man könnte es im Deutschen einen *Rechnungsschluss* nennen. *ROTHIER* in Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. i. übersetzt *pariations* durch *Soldes de comptes*. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 6. Constit. 67. §. 3. heißt es: *Μὴ καλυόμενος ἐπ τῶν κατὰ συνήθειαν γραφομένων ἐν ταῖς ἀποδείξεσι τὸ μηδεμίαν ἀμφισβητησιν ἐκ πᾶς σύναλλαγ-ματος ὑπολείπει φέται. i. e. Nec tibi impedimento est, quod in epochis adscribi solet in hunc modum: ex hoc contractu nul-lam controversiam relictam esse.*

30) *Ferd. VASQUIUS Controvers. P. II. Lib. VI. Cap. 63. nr. 9. pag. 504. sq. Osw. HILLIGER in Donello enucl. Lib. XIV. cap.*

dass eine solche Verzichtleistung der nachherigen Anstellung dieser Klage entgegen stehe. Allein es treten auch hier dieselben Gründe, wie in jenem erstern Falle, ein. Offenbar geschehe auch hier die Entzagung in der irrigen Voraussetzung, der Entzagende sei das wirklich schuldig, was er bezahlt hat. Sie beruhet also auf demselben Irrthum, aus welchem die Zahlung geleistet wurde, und kann folglich auch hier eben so wenig, wie in jenem Falle, von Wirkung seyn. Nam ille, qui renunciat, sagt Cocceji³¹⁾ sehr richtig, certus esse debet de suo iure³²⁾; hic autem errat, quia putat se debere, et sic hic error excludit consensum. Auch selbst der hinzugekommene Eid kann diesen Mangel der Einwilligung nicht ergänzen, da sich derselbe immer nach der Natur des Hauptgeschäfts richtet, dem er begetreten ist³³⁾. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten³⁴⁾ überein.

§. 833.

cap. 18. pag. 1190. COSTALIUS Adversario. ad h. Tit. Dig. in fin. pag. 367. Andr. CLUDIUS Tr. de conduct. indebiti. Cap. 5. Gottl. Ger. TITIUS in Iur. privato. Lib. V. cap. 17. Iac. FRID. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. ult. und Mich. GOD. WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

31) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

32) L. 23. D. de acquir. vel omitt. heredit.

33) E. WUNDERLICH cit. Diff. §. 13.

34) Vergl. Franc. DUARENI Comment. ad h. Tit. Cap. XI. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. ult. BERGER Econ. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 7. in fin. BRUNNEMANN Comm. ad L. ult. §. 3. D. h. t. Ant. FABER Rational. in Pand. ad eand. L. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XVIII. §. 42. Fratr. BECKMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. LXVII. nr. 13—15. pag. 233. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3091. in fin.

§. 833.

Natur der Klage. Beweis der Nichtschuld.

Die Condictio indebiti ist eine persönliche Klage, welche nur gegen den Empfänger der Nichtschuld Statt findet, soweit derselbe bereichert ist, wenn dieser auch ein Pupill seyn sollte³⁵⁾). Die Erben haften jedoch für die Nichtschuld, wenn sie gleich für sich dadurch nicht reicher geworden wären³⁶⁾). Gegen den dritten Besitzer hingegen hat die Klage nicht Statt, wenn dieser auch gleich dabei gewonnen haben sollte. Modestinus sagt dieses L. 49. D. h. t. nicht undeutlich: His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est: non quibus proficit. Sollte aber nicht vielleicht gegen den dritten Besitzer die Reivindication zulässig seyn? Einige Rechtsgelehrten³⁷⁾ glauben dieses, und zwar aus dem Grunde, weil derjenige, welcher etwas indebite giebt, solches aus Irrthum thut. Dieser Irrthum aber sey ein error causam dans, und mache, daß die Uebertragung des Eigenthums für nicht ge-

35) Arg. L. 3. §. 4. et L. 6. pr. D. de negot. gest. L. 14. D. h. t. voet Comm. Pand. h. t. § 11.

36) Gewöhnlich beruft man sich zwar auf L. 26 §. 11. D. h. t. Allein hier ist nur eigentlich von einem putativen Erben, oder einem bona fide possessori hereditatis die Rede, wie Ant. FABER in Rational. ad Pand. h. L. ausführlich gezeigt hat. Die Sache aber ist an sich außer Zweifel, da die Klage eine actio rei persecutoria ist. S. Iusl. MEIERI Collég. iuris Argentorat h. t. §. 8. in fin.

37) DIETERICH Syst. elem. iurisprud. civ. § 1514. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1363. S. 259.

geschehen zu achten sey. Allein daß der Irrthum die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, lehrt Julian L. 36. *D. de acquir. rer. dom.* Sodann beweist ja auch schon die Natur der Condictio, welche vom Nichteigenhümer gegen den Eigenthümer angestelllet wird, daß das Eigenthum der indebiti gegebenen Sache auf den Empfänger übergehe. Gieng nun das Eigenthum durch die Uebergabe, welche ex iusta causa in der Absicht geschah, ihn zum Eigenthümer zu machen, auf den Empfänger über, so konnte er auch die Sache wieder veräußern ³⁸⁾). Ich sehe freylich voraus, daß der Empfänger in bona fide seyn müsse. Denn ist dieser in mala fide, so hindert des selben Dolus die Uebertragung des Eigenthums. Die Gesetze behandeln den wissenschaftlichen Empfänger einer Notschuld als einen Dieb, und geben dem Eigenthümer die *condictio furtiva* ³⁹⁾ mit welcher die *vindicatio concurrexit* ⁴⁰⁾.

Es entsteht nun die Frage, wem bey der *Condictio indebiti* der Beweis obliege? Paulus giebt uns hierüber eine sehr gründliche Doctrina in der L. 25. D.

³⁸⁾ *S. Franc.* DUARENUS in *Comm. ad h. Tit. cap. XI.* pag. 916. *Hug. DONELLUS* in *Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 16.* *Ulr. HUBER* *Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 2.* *Ant. FABER* in *Rational. in Pand. ad L. 7. §. 3. D. Commun. divid.* *LAUTERBACH* in *Coll. Pand. h. t. §. 22.*

³⁹⁾ *L. 18. D. de condict. furt.*

⁴⁰⁾ *L. 7. §. 1. D. eod.*

D. de probat. et praesumit.⁴¹⁾). In Gemässheit derselben sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist etwas indebite bezahlt worden, und zwar behauptet

A) der Kläger, er sei dem Beklagten gar nichts schuldig gewesen, sondern die ganze Zahlung sei indebite geschehen. Hier muß zwar der Kläger,

I) wenn der Beklagte den Empfang der Nichtschuld geläugnet hat, den Beweis der Zahlung übernehmen. Hat er aber diesen auf rechtliche Art geführt, und den Beklagten eines arglistigen Lügners überwiesen; so muß der Beklagte verurtheilt werden, das Empfangene herauszugeben,
wenn

41) Viele wollen diese ganze Stelle dem Paulus absprechen, und für ein Emblema Tribonianī halten. S. CAJACIUS Observat. Lib. XXI. cap. 26. MERILLIUS Lib. VIII. Observation. cap. 20. SCHULTING ad Bertrandi vitam Iulii Pauli, in Iurisprud. Antejustin. pag. 199. WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. IV. pag. 51. sqq. edit. Halens. und Ant. FABER sagt sogar Lib. XVIII. Conjecturar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. ult. in fin. *Nihil esse tota illa lege, sive verba sive sensum consideres, totque distinctiones de subdistinctiones, quibus referata est, quod non sapiat Tribonianum, a principio ad finem usque.* Allein daß dieses Fragment ächt, und sowohl dem Styl als der Jurisprudenz des Paulus vollkommen gemäß sey, hat August Frid. MÜLLER a BERNECK in Exercit. iuris civ. de probatione indebiti ad L. 25. D. de probat. Lipsiae 1772. sehr gründlich gezeigt. Man vergleiche außerdem noch Car. Henr. FISCHER Diss. de probatione condictionis indebiti rite suscipienda, praef. Aug. Frid. SCHOTT, Lipsiae 1767. def. und Bau. VOORDA Diss. de munere probandi in causa indebiti, sive soluti, sive promissi, sec. L. 25. D. de probat. Lugd. Batavor. 1775.

wenn er nicht beweisen kann, daß es ihm der Kläger wirklich schuldig gewesen sey. Denn die geschehene Zahlung wird nun zur Strafe des bößlichen Abläugnens so lang als nicht schuldig angesehen, bis das Gegentheil von dem Beklagten auf rechtliche Art dargethan worden ist. Paulus sagt: *Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum?* Res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, *hoc negaverit*; et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit. *Per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere*⁴²⁾.

2) Räumt hingegen der Beklagte den Empfang der Zahlung ein, er widerspricht aber dem angeblichen Irrthume, und läugnet, daß die Zahlung indebite geschehen sey; so liegt dem Kläger der Beweis ob, daß er dasjenige, was er bezahlt hat, nicht schuldig gewesen sey. Denn dies macht den Grund seiner Klage aus. Auch hat hier der Beklagte die Vermuthung für sich, weil von einem ordentlichen Menschen nicht zu glauben ist, daß er etwas bezahlen werde, was er nicht schuldig sey⁴³⁾). Paulus erklärt sich hierüber

42) VOET in Comm. ad Pand. b. t. §. 14. giebt auch noch den Grund an: *Tunc enim, quia semel in mendacio deprehensus, atque ita malus probatus, deinceps in eodem mali genere semper malus adeoque mendax praefumi debet.*

43) CYRILLUS in Schol. Basilicor. Tom. III. pag. 43. macht bei dieser Stelle folgende ganz richtige Bemerkung: ὅτι εὐ φτόληψις

ber auf folgende Art: Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas et fuisse solutas: praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat;* et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum: et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

3) Sollte jedoch der Kläger zu denjenigen Personen gehören, bey denen Unkunde in den Rechten und Geschäftten des bürgerlichen Lebens angenommen wird, wie z. B. Weibspersonen, Soldaten, Bauern; oder ist der Kläger noch unmündig, oder minderjährig, oder zwar schon großjährig, aber von schwachem Verstande, oder in seiner Haushaltung ein bekannter nachlässiger Mensch, so sind solche Personen, wenn sie condictionem indebiti anstellen, mit dem Beweis der Nichtschuld zu verschonen, und es muß vielmehr der Empfänger beweisen, daß er das ihm Bezahlte wirklich zu fordern gehabt habe. Folgende Worte des Paulus sind hier merkwürdig: *Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mu-*

§ 2

tier,

ψις ὑπέρ τυνος δείνυται, ὁ τέτοιος διάδημος βαρεῖται ταῖς ἀποδεξεσι, καὶ ὅτι ὁ καταβαλὼν τινι, δοῦει κατά πρόληψιν δέβιτον ἀντῷ καταβαλεῖν. i. e. Cum praesumtio pro aliquo facit, adversario onus probationis incumbere, et eum, qui alicui solvit, videri praesumtione ipsi debitum solvisse.

lier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidia deditus⁴⁴⁾: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

B) Behauptet der Kläger, daß nicht die ganze Summe, sondern nur ein Theil derselben indebite bezahlt sey, z. B. er habe statt hundert, die er schuldig war, zweihundert bezahlt; oder daß er zwar ehemals schuldig gewesen, allein aus Unwissenheit, daß die Schuld getilgt sey, noch einmal bezahlt habe; oder daß er Etwas bezahlt habe, wogegen er durch eine beständige Einrede gedeckt gewesen wäre, wenn ihn der Gläubiger belangt hätte; so muß er allemal

44) CUJACIUS Observat. Lib. XXI. cap. 26. glaubt hier die ganze Charakteristik eines Mönchs zu finden: *Sunt enim ignaviae sectatores Monachi, non quod desidia vel ignavia sit sacris litteris operam dare, et assiduas ad Deum agitare preces, sed quod sit haec vivendi ratio procul mota a republica, fugaxque rerum, ideo videtur esse desidia et simplicitas, quia sibi placent in hominum rerumque humanarum ignoratione. Tales erant primi nonni, primaeque nonnariae.* Dies soll denn ein neues Argument seyn, diese ganze Stelle für einen Tribonianismus zu halten. Es ist unglaublich, auf welche Grillen oft große Geister verfallen. Man lasse dem Paulus, was des Paulus ist, und denke mit NOODT in Comm. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 482. quod huiusmodi homines, qui sunt *dēsidiae dediti*, non cum Monachis esse cooperint. Contra fuerunt illi semper, etiam ante Monachos, et adhuc sunt, praeter Monachos! Man sehe auch CORN. VAN BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 25. in fin. und WALCH ad Eckhardi Hermeneutic. iuris. pag. 458.

mal den Beweis übernehmen, weil er immer die Vermuthung gegen sich hat⁴⁵). Es finden auch hier nicht jene Rücksichten in Absicht auf die Qualität des flagenden Subjects Statt, wie in jenem ersten Falle. Man wird sich hiervon aus folgenden Worten des Paulus überzeugen. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est: vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus, errore eius, pecunias dependit: ipsum omnimodo⁴⁶) hoc ostendere, quod

§ 3

vel

45) *Fr. DUARENUS* in Comment. in Tit. Dig. et Cod. de probationib. cap. 4 Operum pag. 939. sagt: Cum enim fatetur quis partem eius pecuniae, quae soluta est, deberi, credibile est, ei totum debitum fuisse, nisi contrarium probetur: aut si fatetur totum ab initio quidem debitum fuisse, non creditur postea de- fuisse debitum fuisse, nisi contrarium probetur.

46) Das Wort *omnmodo* soll offenbar dahin deuten, daß hier die Qualität des Klägers nicht in Betrachtung komme. Es erhebt dies ganz deutlich aus den Basiliken Tom III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. pag. 5. wo diese Stelle so lautet: Εἰ μέν τοι τις αὐτὴ τὸ πᾶν λέγει καταβαλεῖν, μὴ χρεωσούμενον, ἀλλὰ μέρος, η̄ δεύτερον, η̄ παραγγελθῆναι ἐσχηκέναι, ἀυτὸς οὖς ἀντίη, δείκνυσιν ὁ Φησι. i. e. Sin autem quis non totam summam indebitam fuisse solutam dicat, sed vel partem, vel his idem solvisse, vel exceptionem omisisse, ipse, QUALISQUE SIT, quod dicit, probat. Theodosius Hermopolites hat den Sinn des römischen Juristen in seinem Scholion zu den Basiliken bey Fabrot Tom. III. pag. 41. noch deutlicher erklärt, wenn er sagt; Εἰ δὲ μέρος μέν δέβιτον, μέρος δὲ ιδέβιτον ἔμεται Φησι, η̄ καὶ αὐτὸ τὸ πᾶν δέβιτον θείαται

vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suans nesciens projicit pecuniam; secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita⁴⁷⁾ contendunt, haec ostendere exigit.

II. Ist noch keine Zahlung geschehen, sondern nur eine Handschrift (cautio) ausgestellt worden, und diese Handschrift wird als ein indebitum zurück gefordert,

so

Ἐνιαὶ μὲν τὴν ἀρχὴν, λυθέντος δε διὰ καταβολῆν ἀληθῶς χρέους μετὰ ταῦτα πλάνη δίς τό ἀυτὸν καταβεβλημέναι, η̄ καὶ παραγραφὴν μὲν ἔχειν, λήδη το χρέος ταῦτα καταβαλεῖν, τότε ἀυτὸς βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι, καὶν τοιοῦτὸς ἐσιν ὅν ἀρτίως ἐκουφίσαμεν τῇ βάρους τῶν ἀποδείξεων. i. e. Sin autem partem quidem debitam, partem vero indebitam solutam dicat: vel totum quidem ab initio debitum fuisse, dissoluto autem vero debito postea per errorem iterum solvisse, vel etiam exceptione tutum per oblivionem haec solvisse, tunc ipsi onus probationis incumbit, ETIAMSI EX IIS PERSONIS SIT, QUAS PAULO ANTE NECESSITATE PROBANDI EXONERAVIMUS. Die lateinischen Glossatoren erläutern das OMNIMODO so: forsitan quod neque inficiationis, neque personae ratio habetur. Die Erklärung der Griechen nehmen auch LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandest. h. c. §. 24. ibique Tab. adj. lit. B. und HILLIGER in Donello enucleato P. II. Lib. XXV. cap. 3. pag. 1330. an.

47) Mehrere Ausgaben z. B. HALDANDER, und GAUDOGA lesen hier indebita. Diese Leseart ist aber dem Sinn des PAULUS ganz zuwider. Denn der Kläger behauptet ja, daß die Schuld schon getilgt gewesen, die er aus Irrthum noch einmal bezahlt haben will. Er muß also auch beweisen, daß er die Schuld schon bezahlt habe. Erst von diesem Beweis hängt es ab, ob das, was er condicirt, eine Rechtschuld sey.

so kommt es darauf an, ob darin der Grund der Schuldverbindlichkeit ausgedrückt ist, oder nicht. In dem letztern Falle wird ein indebitum vermutet, und dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß eine wirkliche Schuld vorhanden sey. In dem ersten Falle hingegen beweist das schriftliche Schuldbekennniß so lang gegen den Aussteller desselben, als dieser nicht durch den evidentesten schriftlichen Gegenbeweis dargethan hat, daß keine Schuldverbindlichkeit vorhanden sey. Diesen letztern Fall entscheidet Paulus in folgenden Worten des oben gedachten Gesetzes: *Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebito exposita esse dicatur, et indiscreta loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse, ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebito promisso.* Ist auf eine cautio indiscreta bereits Zahlung geleistet worden, und es wird nun das Bezahlte als eine Nichtschuld zurückgesfordert, so bleibt es bey der Regel, daß der Kläger den Beweis der Nichtschuld führen muß⁴⁸⁾.

Hieraus ergiebt sich nun auch, was eigentlich bey der condicione indebiti dem Kläger zu beweisen obliegt. Eigentlich sind es drey Punkte, welche zur Begründung der Klage gehören. 1) Es muß eine Zahlung geschehen seyn;

§ 4

2) es

48) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1363. not. e. und HUBER Praelect. iur. civ. Lib. XII. Tit. 6. §. 5. Anderer Meinung ist THIBAUT in Syst. des P. R. 2 B. §. 973.

2) es muß diese Zahlung indebite, und 3) aus Irrthum geschehen seyn. Alle diese Punkte sind faktisch, und müßten also im Läugnungsfalle eigentlich von dem Kläger bewiesen werden. Allein nicht immer geschieht es, daß dem Kläger der Beweis über alle diese drey Punkte obliegt. Denn läugnet der Beklagte arglistig den Empfang der ihm geschehenen Zahlung, und wird dessen überführt; so braucht nun der Kläger nicht mehr, wie sonst, die Nichtschuld zu beweisen, sondern dem Beklagten liegt jetzt ob, zu beweisen, daß ihm der Kläger das, was er von ihm erhielt, wirklich schuldig gewesen sey. Außerdem aber muß der Kläger, wenn er nicht zu den im Gesetz ausgenommenen Personen gehört, den Beweis der Nichtschuld übernehmen. Ist jedoch dieser Beweis geführt, so wird, weil Freygebigkeit im Zweifel nicht vermutet wird, hierdurch zugleich eine so starke Wahrscheinlichkeit, daß die Zahlung aus Irrthum geschehen sey, bewirkt, daß der Kläger zum Erfüllungseide gelassen werden kann⁴⁹).

In

49) S. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Dig. h. t. nr. 2. in fin. und SCHAUMBURG in Comp. iuris Dig. h. t. §. 4. in fin. Viele behaupten jedoch, es bedürfe eines solchen Eides gar nicht einmal, sondern sey das indebitum erwiesen, so müsse der Irrthum so lange rechtlich vermutet werden, bis das Gegentheil dargethan ist. S. CARPOV Iurispr. for. P. II. Const. 28. Def. 21. nr. 5. SCHOEPPER Synops. iuris priv. h. t. nr. 16. Anderer Meinung ist zwar TITIUS in Iure privato Rom. Germ. Lib. V. Cap. 17. §. 34. welcher behauptet, man müsse im Zweifel vielmehr eine Schenkung vermuten, bis der Irrthum erwiesen ist. Allein man sehe Webers Versuche über das Civilrecht. S. 329. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1114. in fin.

In Ansehung der Beweismittel ist noch zu bemerken, daß zwar in allen den oben vorgetragenen Fällen demjenigen, welchem der Beweis obliegt, freysteht, sich auch der Eidesdeputation zu bedienen, wie Paulus ausdrücklich lehrt, wenn er sagt: *In omnibus autem visionibus*⁵⁰⁾, *quas proposuimus, licentia est concedenda ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iurandum inferre*, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Es ist jedoch der Fall auszunehmen, da der Gegenbeweis wider ein schriftliches Bekenntniß geführt werden soll, in welchem die Ursach der Schuldverbindlichkeit ausgedruckt ist, wenn diese Handschrift, als indebite ausgestellt, zurückgesordert wird. Hier kann der Beweis vom Gegentheil dessen, was im Eingeständniß enthalten ist, anders nicht, als durch klare Dokumente geführt werden. Eben dieses hat Kr. Justin nochmals in der *L. 13. Cod. de non sum. pecun.* bestätigt. Warum hier die Eidesdeputation nicht zulässig sey, ist leicht zu begreissen. Denn wer etwas schriftlich bekannt hat, kann doch dem Andern nicht zumuthen, einen Eid darüber abzulegen, ob auch das Eingestandene wahr sey. Allein warum ein Beweis durch

§ 5

Zeu-

50) *Visiones* sind nichts anders als *casus, oder Species*. Vielen scheint dieser Ausdruck verdächtig, und Tribonianus hand zu verrathen. Allein die Wechheit dessen haben *Corn. van BYNCKERSHOEK* in *Observat. iuris Rom.* Lib. III. cap. 12. pag. 181 edit. *Heinec.* und *Io. WYBO* in *Triboniano ab Emblematisbus Wissnachii liberat.* Cap. II. §. 4. außer allem Zweifel gesetzt. Man sehe auch *WALCH ad ECKWARDI Hermeneut.* iuris Lib. I. Cap. 6. §. 266. pag. 497. sq.

Zeugen nicht zulässig sey, ist schwerer zu errathen. **Zilliger**⁵¹⁾ giebt folgenden Grund an: quia natura rei testes non admittit. Nam etsi testes adfuerint, cum chirographum daretur, in quo se centum mutuo accepisse, reus fatetur, quo tamen animo caverit, et an sciverit, ita se habere, aliudve senserit, divinare nequeunt. Wie nun aber der Beweis eines schriftlichen Eingeständnisses durch evidenten schriftlichen Gegenbeweis entkräftet werde, zeigt **Zilliger** aus folgenden Beispielen. Finge: Heres errore cavit legatariis, se illis 100, quae debeat ex testamento, daturum. Prclato eo adparet, 50 solum legata esse, vel legata 100, sed codicillis postea ademta. Item qui cavit solutum 20, quae debeat ex causa emti, prolatis emtionis tabulis probare potest, se 10. solum debere. Justinian lässt indessen in einer neuen Verordnung⁵²⁾ auch unverwerfliche Zeugen zu.

§. 834.

Wenn fällt die condictio indebiti weg?

Die condictio indebiti fällt weg

I. wenn die Bezahlung der Nichtschuld wissenschaftlich und aus freyen Willen geschehe⁵³⁾. Denn wer wissenschaftlich und aus freiem Willen Etwas giebt, was er nicht schuldig ist,
ent-

51) Donelli enucleati P. II. Lib. XXV. cap. 8. pag. 1355. sq.

52) L. 14. Cod. de contrah. et committ. stipulat. S. Gönners
Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLVI. §. 12.
S. 376.

53) L. 1. §. 1. L. 26. § 2. D. h. t. L. 9. pr. Cod. eodem.

In allen diesen Gesetzen heißt es: Indebitum solutum sciens,
non

entsagt ja seinem Rechte und Eigenthume daran gänzlich. Er kann also das Gegebene schon darum nicht zurückfordern, weil bey ihm die Absicht zu schenken angenommen wird⁵⁴), oder wenn etwa die Zahlung in der Absicht gesche-

non recte repetit. S. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 305. ff.

- 54) L. 7. §. 2. *in fin. D. Pro emtore.* Gewöhnlich führt man auch die L. 53. D. *de Reg. iuris* an, wo Paulus sagt: *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est?* Allein Paulus handelte *Libro XLII. ad Edictum*, woraus diese Stelle genommen ist, an dem Orte, wo er diese Regel brauchte, eigentlich von der *actio Faviana*, wie aus L. 5. D. *Si quid in fraudem patroni, L. 4. et L. 9. D. de bonis libertor.* erhelet, welche alle aus demselben Buche das Paulus genommen sind. Diese Klage hatte zwar Statt, wenn die zum Nachtheil des Patrons unternommene Handlung des Freigelassenen als eine Schenkung angesehen werden konnte. L. 6. D. *Si quid in fraud. patr.* Allein gegen den Gläubiger hätte sie nicht Statt, wenn ihm eine Schuld bezahlt worden war, und auch nicht einmal alsdann, wenn gleich die Handlung des jahlenden Freigelassenen einer Schenkung nicht unähnlich war. L. 1. §. 19. D. *eodem.* Wenn also der Freigelassene zum Nachtheil seines Patrons wissentlich eine Nächtschuld bezahlt hatte, so kam es bey der Frage, inwiefern dem Patron deswegen die *actio Faviana* zustehe, darauf an, ob, im Falle die Zahlung aus Irrthum geschehen wäre, eine Zurückforderung Statt gehabt hätte, oder nicht. Im ersten Falle war die *actio Faviana* begründet, weil hier die Bezahlung der Nächtschuld als eine wahre Schenkung zu betrachten war. L. 6. vergl. mit L. 53. D. *eod.* In dem lehtern Falle hätte hingegen die Klage nicht Statt, weil hier eine Schuld bezahlt war, wenn auch gleich deswegen nicht hätte geflagt werden können. L. 19. §. 4. D. *de donat.* S. Jacob. VOORDA Interpretat. et Emendation. *iuris Rom. Lib. II. cap. I.*

schehen fern sollte, um einen verbotenen Handel zu erfüllen, so handeln ja beyde Theile, der Zahler und Empfänger, gesetzwidrig, in welchem Falle aber immer der Vortheil auf Seiten des Besitzers ist⁵⁵⁾). Jedoch leidet jene Regel folgende Ausnahmen.

1) Wenn der Bezahlende eine solche Person ist, welche nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren konnte, und bey welcher sich also juristisch kein animus donandi annehmen lässt. Z. B. wenn ein Pupill, Minderjähriger oder gerichtlich erklärt Verschwender ohne vormundshaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt hat. Dass hier Zurückforderung des Bezahlten Statt finde, lehrt Ulpian in folgenden Worten der L. 29. D. h. t. Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. *Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur.*

2) Wenn die Bezahlung der Nichtschuld unter solchen Umständen geschehen ist, welche die Vermuthung, dass der Zahlende habe schenken wollen, ausschließen. Dahin gehört,

a) wennemand im Executiv-Proces zur Bezahlung verurtheilt wird, weil seine Einreden nicht liquid wären. Hier kann er separato processu das Bezahlte, als ein indebitum, condiciren⁵⁶⁾.

b) Wenn

55) L. 3. L. 8. D. de conduct. ob turp. vel iniust. caus. S. Webers systemat. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 75. et 76.

56) E. WERNHERI select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 240. und Webers angef. Versuche S. 306.

b) Wenn Jemand bey der Zahlung protestirt hatte, daß er sich sein Recht vorbehalten haben wolle, wenn er etwa indebite bezahlt hätte⁵⁷⁾.

c) Wenn Jemand zwar wissentlich etwas zahlt, was er nicht schuldig war, aber aus einem andern rechtlichen Grunde von dem Empfänger Ersatz fordern kann⁵⁸⁾) z. B. wenn mir Jemand eine fremde Sache verkauft hat, von welcher er nachher Eigenthümer geworden ist, und er vindicirt nun selbst seine Sache, so kann ich ihn mit der exceptione doli zurückweisen, und seine Klage vereiteln. Will ich aber dieses nicht, so kann ich ihm seine Sache hingeben, und dann auf Evictionsleistung klagen, welche mir in dem Falle vortheilhafter seyn kann, wenn ich mir etwa auf den Fall der Entwährung das Doppelte stipulirt habe⁵⁹⁾).

3) Wenn die bürgerlichen Gesche in gewissen Fällen die Zurückforderung dessen, was der andere widerrechtlich

em.

57) L. 2. pr. D. h. t. S. voet Comm. ad Pand. h. t. §. 6.
und Weber a. a. D.

58) Denn Vergleichleistungen sind immer streng zu erklären, und können nicht von einer Sache auf die andere ausgedehnt werden. L. 21. Cod. ad Sctum. Vellejan. S. Weber a. a. D.
S. 307.

59) L. 17. D. de eviction. Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse submoveri, nemini dubium: quamvis alio iure dominium quaesierit. Improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emitor potest, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa, an potius, re ablata, ex causa stipulationis duplum conf. qui. S. Westphal's Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 364.

empfing, gestatten, obgleich der Zahlende gewußt hat, daß er zu dem, was er gab, nicht verbunden war⁶⁰). Es kann hierbei die Absicht der Gesetze entweder

a) dahin gehen, um zu verhüten, daß Jemand durch listige Beredung anderer um das Seinige gebracht werde. Aus diesem Grunde kann dasjenige, was über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation unter den Lebenden geschenkt worden ist, zurückgesfordert werden⁶¹). Oder die Gesetze können auch

b) einen Gewissen Vertrag aus der Ursache verboten haben, weil sonst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gegebene dem verbleibe, der sich desselben hat entäufern wollen. Dies ist der Fall, wenn Jemand, dem zu seinem künftigen Unterhalt gewisse Güter vermacht worden sind, ohne Zustimmung des Richters einen Vergleich schließt, und vermöge desselben die vermachten Güter weggiebt⁶²). Oder es konnte endlich

c) das verbietende Gesetz nur durch Entziehung des unrechtmäßigen Vortheils, welchen der Empfänger zum Schaden des andern Contrahenten aus dem Handel ziehen würde, seine ganze Wirkung erreichen; wie z. B. bey dem verbotenen Zinswucher, dem commissorischen Vertrage bey

Ber.

60) Hier verdient vorzüglich Weber in der syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. verglichen zu werden.

61) L. 27. und L. 36. §. 3. Cod. de donat.

62) L. 23. §. 2. D. h. t. Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit, apparet posse repeti, quod datum est: quia transactio Senatusconsulto infirmatur.

Verpfändungen, dem pacto de quota litis, u. dgl. Ueberall ist hier der Gläubiger immer derjenige, dem eigentlich die Übertretung des Gesetzes nur allein zur Last gelegt wird, und gegen dessen Gewinnsucht die Gesetze den Schuldner in Schutz nehmen; weshalb die Zurückforderung des ungebührlichen Vortheils ohne Bedenken statt findet⁶³⁾). Keiner von diesen Gründen ist nun zwar auf denjenigen anwendbar, der in einem verbotenen Hazardspiele eine Summe verloren, und das Verlorene bezahlt hat. Es sollte also hier bey der Regel bleiben, nach welcher in pari causa illicita derjenige, dem Etwas bezahlt worden ist, von dem andern Theil nicht in Anspruch genommen werden soll⁶⁴⁾). Gleichwohl gestatten auch hier ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler selbst die Zurückforderung der Spielschuld ohne Ausnahme⁶⁵⁾). Eigentlich aber wird in diesen Fällen nicht sowohl die *condictio indebiti*, als vielmehr die *condictio sine causa* angestellen seyn.

II. Die Condictio indebiti fällt weg, wenn der Irrthum kein solcher ist, welcher rechtliche Entschuldigung verdient. Um dieses gehörig zu beurtheilen, ist folgender Unterschied zu machen.

1) Der Irrthum ist ein factischer. Einen solchen Irrthum entschuldigen die Gesetze, er mag fremde Handlungen, oder die eigenen Handlungen des Irrtenden betreffen

⁶³⁾ Siehe Webers angef. Entwicklung §. 77. S. 332.

⁶⁴⁾ L. 3. D. de *condict. ob turp. causam.*

⁶⁵⁾ L. 3. Cod. de aleatorib.

sen⁶⁶). Es sey von einem wirklichen Schaden, oder von einem bloßen Gewinn die Rede⁶⁷). Er muß nur keine grobe Unwissenheit zum Grunde haben⁶⁸).

2) Der Irrthum röhrt aus einer Unkunde des Rechts her. Hier ist wieder zu unterscheiden. Derjenige, welcher aus Unwissenheit des Rechts etwas, was er nicht schuldig war, bezahlt hat, hat entweder

a) dadurch blos einen Gewinn verloren, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können. Hier findet die Condictio in der Regel nicht Statt. Z. B. der Erbe hat aus Unwissenheit des Rechts die Vermächtnisse ganz ausgezahlt, ohne die Falcidische Quarte abzuziehen. Es gehören hierher folgende Gesetze:

L. 9. §. 5. D. de iuris et facti ignor. Si quis ius ignorans, Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola *Divi Pii*. Sed et Imperatores *Severus et Antoninus* in haec verba rescripserunt: *Quod ex causa fidei-*

66) *L. 22. pr. D. h. t. L. 19. §. 6. D. locati. L. 10. Cōd. de iuris et facti ignor.* wo es heißt: Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est. *S. Io. Wilh. MARCKART Exercitat. acad. Exerc. II. Cap. 1. §. 5. p. 74.*

67) *L. 8. D. de iuris et facti ignor.* Error facti ne maribus quidem in damnia vel compendiis obest. *S. MARCKART cit. Exercit. Cap. II. §. 4.*

68) *L. 6. D. de iuris et facti ignor.* Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis. *S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. 70.*

fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. — Quodsi ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi Legis Falcidiae beneficio usi non sint: sciant, ignorantiam facti, non iuris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus. — Item et illa pars aequa generalis est, ut qui iuris ignorantia Legis Falcidiae beneficio usi non sunt, nec possint repetere.

L. 9. Cod. ad Legem Falcid. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quin, etiamsi ius ignoraverit, cessat repetitio⁶⁹⁾.

In

69) Durch die L. 18. Cod. ad Leg. Falcid. ist hierin nichts geändert worden. *Guil. RANCHINUS Variar. Lection. Lib III. cap. 5. und Corn. van BYNKEERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 7.* sind zwar anderer Meinung, und wollen auch sogar die Condiction einer aus Unwissenheit des Rechts nicht abgezogenen Falcidie gestatten. Allein ohne allen Grund. Die L. 18. Cod. enthält davon kein Wort. Die ganze Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, als ob vor Justinian dem Erben nur eine retentio quartae, aber noch keine vindicatio zugestanden hätte, welche aber *Jac. VOORDA* in Commentar. ad Leg. Falcid. Cap. XIII §. 3. durch die ganz entscheidende *L. 26. pr. D. ad Leg. Falcid.* hinlänglich widerlegt hat. Hatte ohnehin der Falcidie wegen keine Vindication Statt gehabt, wie konnte die Frage entstehen, ob eine repetitio quartae ex causa fideicommissi non retentae zulässig sey? Man sehe hier vorzüglich *RÜTTMANNI Interpretat. et Observation. lib. sing. Cap. 34.*

In diesem Falle, wo es bloß auf Wiedererlangung eines Gewinnes ankommt, den man aus rechtlicher Unwissenheit aus den Händen gelassen hat, gereicht der Rechtsirrthum auch nicht einmal denen zur Entschuldigung, welchen sonst eine Unwissenheit des Rechts nicht zur Last gelegt wird. Von den Frauenspersonen bestätigen dies folgende Gesetze.

L. 8. D. de iuris et facti ignor. Iuris autem error nec foeminis in compendiis prodest.

L. 3. Cod. eodem. Si emancipata a patre, intra annum bonorum possessionem petere cessasti: praetendere iuris ignorantiam nullis rationibus potes.

L. 5. Cod. Qui admitti ad bonor. possession. possunt. Iuris ignorantiam nec mulieribus prodesse in Edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.

Eben dieses gilt auch von Bauern und andern einfältigen Personen, deren in der *L. 25. §. 1. D. de probat.* Erwähnung geschiehet⁷⁰⁾). Nur in Ansehung der minderjährigen, wenn sie nicht für Rechtfertigung öffentlich autorisiert sind, und in Ansehung der Soldaten machen die Gesetze eine Ausnahme, welchen auch sogar beyne Gewinnen die Unwissenheit des Rechts zu gute gehalten wird⁷¹⁾), wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7.

70) *L. 2. in fin. D. de iure fisci. S. CUJACII Observation.*
Lib. V. cap. 39.

71) *L. ult. pr. Cod. de iure delib.* führt in Ansehung der Soldaten den Grund an: *Arma etenim magis, quam iura, scire militi-*

L. 7. §. 6. D. de minorib. Hodie certo iure utimur, *ut et in lucro minoribus succurratur.*

L. 11. Cod. de iur. et facti ignor. Quamvis in *lucro* nec foeminis ius ignorantibus subveniri soleat: *at-tamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere*, retro Principum statuta declarant.

L. 2. Cod. Si advers. solution. Indebito legato, licet per errorem iuris a minore soluto, repetitionem ei decerni, si nequum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.

L. 9. §. 1. D. de iuris et facti ignor. Si filius familiæ miles, a commilitone heres institutus, nesciat, sibi etiam sine patre licere adire, *per Constitutiones principales ius ignorare potest*, et ideo ei dies aditionis non cedit.

Diese letztere Stelle widerlegt zugleich die Meinung dersjenigen, welche den Soldaten beym Gewinn entweder gar kein Vorrecht gestatten⁷²⁾), oder es wenigstens nur auf den Fall einschränken wollen, da sie nicht sowohl in Ansehung des gemeinen Rechts, sondern nur in Ansehung der ihrem Stande zustehenden Privilegien geirrt haben⁷³⁾). Z. B. wenn ein Soldat in einem Falle, wo er sich der Rechts-

§ 2

wohl-

milites, sacratissimus Legislator existimavit. Man sehe hier vorzüglich *Hug. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. I. cap. 21.* Und *THIBAUT Syst. des P. R. I. B. §. 28.*

72) *Io. Wilh. MARCKART Exercitat. academ. Hardervici 1751.* Exercit. II. Cap. III. §. 3.

73) *Io. Eberio. REICHMANN Diff. de condicione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda.* Marburgi 1723. Cap. II. §. 14.

wohlthat der Competenz bedienen konnte, die Schuld ganz bezahlt hat⁷⁴); so könne er soviel, als er zu seinem Lebensunterhalt nöthig habe, zurückfordern⁷⁵).

b) Der Zahlende hat aus Unwissenheit des Rechts eine wirkliche Verminderung seines bereits erworbenen Vermögens erlitten. Hier kommt es darauf an,

1) ob derjenige, welcher die Nichtschuld bezahlt hat, zu den privilegierten Personen gehört, welchen die Gesetze die Unwissenheit des Rechts verzeihen. Dazin gehören Minderjährige, Soldaten, Frauenspersonen, Bauern, und andere einfältige Personen⁷⁶). Diesen wird der Rechtsirrtum nicht zum Nachtheil angerechnet, und sie können daher das Gezahlte, als eine Nichtschuld, zurückfordern. Es verdienen hierüber folgende Stellen verglichen zu werden.

L. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. Regula est: *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit: ante praemisso, quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permisum est: quod et in foeminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione; si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse.

L. 13.

74) *L. 6. D. de re iudicata.*

75) S. LAUTERBACH Diss. de beneficio competentiae §. 23. et REICHMANN cit. loc. §. 15.

76) *L. 1. §. fin. D. de edendo.* *L. 25. §. 1. D. de probation.* und *L. 2. §. fin. D. de iure fisci.*

L. 13. Cod. eodem. Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his, quae prae-termiserint, vel ignoraverint; statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patientur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.

Aus der lehtern Stelle ergiebt sich, worauf das geht, wenn Paulus in jener erstern sagt, daß den Frauenspersonen nur *in quibusdam causis* die Unwissenheit des Rechts propter sexus infirmitatem nichts schade. Es bezieht sich dies nämlich nur auf diejenigen Fälle, wo von einem wirklichen Verlust die Rede ist, den sie durch Verluste des Rechts an ihrem Vermögen oder Rechten entweder schon erlitten, oder zu befürchten haben, z. B. durch Strafe wegen der Uebertretung eines bürgerlichen Verbots⁷⁷⁾; dagegen dieselben, wenn von der Erlangung eines bloßen Gewinnes die Rede ist, keine rechtliche Verzeihung erhalten⁷⁸⁾. Marckart⁷⁹⁾ glaubt zwar, der Rechtskr.

33

77) L. 38. § 2. D. ad Leg. Iul. de adult. L. 3. § 22. D. de SCro Silan. I. 4. Cod. de incest. nupt. L. 15. § 5. D. de lege Cornel. de fals. E. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. I. cap. 21. p. 32. NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 482. POTHIER Pandectae Iustin. Tom. I. Tit. de iuris et facti ignorant. Nr. VIII. pag. 647. Die einzelnen Fälle hat SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercitat. XXXV. §. 37. aufgeführt.

78) CUIACIUS Observat. Lib. XIV. cap. 39. bemerkt jedoch, daß auch hierin Ausnahmen statt finden. Er beruft sich auf L. 8. §. 2. D. Qui satisd. cog. L. 15. §. 5. D. de Leg. Cornel. de fals. und L. 2. §. fin. D. de iure fisci.

79) Exercitat. academ. Exercit. II. Cap. III. §. 12. pag. 129. sq.

thum entschuldige Frauenspersonen auch bey der Zurückforderung einer Nichsschuld nicht, weil die *L. 10. Cod. de iuris et facti ignor.* ganz allgemein sage: *Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio.* Allein außer der *L. ult. Cod. eodem* widerlegen diese Meinung folgende Gesetzstellen.

L. 5. Cod. de pact. *Creditori tuo si partem pecuniae exsolvisti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit ob causas, negotiaque eius tuo patrocinio fideque defensa: ea obligatione partim civili iure, partim honorario, liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conventi, vel doli, residui petitionem repellit: cum et solutum per ignorantiam repeti possit.*

Daß hier von weiblicher Unwissenheit die Rede sey, erhellest aus der Inscription dieses Rescripts, welches an eine gewisse Demagora gerichtet ist.

L. 9. Cod. ad SCtum Vellejan. *Quamvis mulier pro alio solvere possit: tamen, si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, eius Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans; locum habet repetitio.*

In Ansehung der Soldaten ist die Verordnung der *L. 1. Cod. de iuris et facti ignor.* hier noch zu bemerken. Es ist aber bey diesen um so weniger ein Zweifel vorhanden, da ihnen sogar beym Gewinnen der Rechtsirrthum, propter armatae militiae simplicitatem, verziehen wird. Daß aber auch Bauern, und andere schwachsinnige und einfältige Personen beym Verlieren geschont werden, ist bey

bey der klaren Vorschrift der Gesche nicht zu läugnen⁸⁰). Allen diesen Personen fällt es denn an sich auch nicht zur Last, wenn sie Belehrung erhalten könnten, wosfern sie nur derselben nicht leichtfinnig auswichen⁸¹).

2) Der Rechtsunwissende gehört nicht zu den privilegierten Personen. Hier ist es unter den Rechtsgelehrten streitig, ob die *condictio indebiti* begründet sey? Die gemeine Meinung⁸²) schließt hier den Irrrenden von der Condiction aus. Für diese Meinung spricht

3 4

80) *L. 25. §. 1. D. de probat. L. 7. §. 4. D. de iurisdict. L. 1. §. 5. D. de edendo. L. 3. §. 22. D. ad SCutum Silanian. L. 2. §. fin. D. de iure fisci.*

81) Anderer Meinung sind zwar LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. medit. 4. et 5. Franc. ALEF in Diss. de iuris et facti ignorantia. Cap III. §. 44. in EIUS Dieb; acad. s. Opuscul. pag. 161. und HOMMEL Rhapsod. quaestions. for. Vol. III. Obs. 477. Allein man sehe Strubens rechtliche Bedenken 3. Band Ged. 119. MÜLLER Observation pract ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 507. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 28.

82) Die vorzüglichsten Vertheidiger derselben sind CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 39. DUARENUS Commentar. in h. Tit. cap. 3. Oper. pag. 903. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 14. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Quaest. 3. FACHINAEUS Controv. iuris Lib VIII. cap. 106. Lib. X. cap. 11. ROBERTUS Sententiari. receptar. iuris Lib. I. cap. 6. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXV. §. 32. TITIUS in iure priv. Lib. V. cap. 17. §. 21—23. EV. OTTO in Commentar. ad §. 6. Instit. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. und besonders Io. Will. MARCKART Exercit. de condictione

1) die klare L. 10. Cod. de iuris et facti ignor. Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam solverit: *cessat repetitio*. Per ignorantiam enim facti *tantum* repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Diese allgemeine Verordnung wird

2) durch die Regel des Paulus unterstützt, welche derselbe L. 3. pr. D. eodem giebt, wo er sagt: Regula est: *iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*. Daß diese Regel auch mit auf die Zahlung einer Nichtschuld geht, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Paulus wendet sie selbst §. 5. auf einen solchen Fall an. Hierzu kommt,

3) daß die Gesetze den Rechtsirrtum für einen vermeidlichen, und folglich nicht entschuldbaren Irrthum erklären, wie aus folgenden Gesetzstellen erschellt.

L. 48. pr. D. de fideiuss. Si Titius et Seja pro Maevio fideiusserint, subducta muliere, dabimus in solidum adversus Titium actionem: *cum scire potuerit, et ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere*.

L. 29.

ctione indebiti per errorem iuris civ. soluti, in EIUSD. Exercitat. acdem. (Hardervici 1751. 4.) Exercit. II. pag. 69. sqq. Unter den neuern *de coezeji iur. civ. controv. h. t.* Qu. 14. ZIMMINGHAUS ad Eundem not. I. et q. WALCH Introd. in controv. iur. pag. 676. sq. WEBER in Commentat. de usuris indebite solutis. § 22. Not. 2. (in Desselben Versuchen über das Civilrecht E. 327. f.) GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati novissimi Tom. II. §. 1114. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 28. E. 21. MALEBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 487. in fin. u. a.

L. 29. §. 1. D. Mandati. Non male tractabitur, si, cum ignoraret fideiussor, *inutiliter se obligatum*, solverit, an mandati actionem habeat? et siquidem FACTUM ignoravit, recipi ignorantia eius potest: si vero ius, aliud dici debet.

L. 2. Cod. de iuris et facti ignor. Cum ignorantia iuris facile excusari non possis, si maior annis viginti quinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

Hieraus erflärt sich, wenn Vleratius *L. 2. D. de iuris et facti ignor.* sagt: In omni parte *error in iure* non eodem loco, quo *facti ignorantia*, haberi debebit: cum ius finitum est possit esse et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

4) In vielen Gesetzen wird es daher bei der condicio indebiti zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß der Irrthum ein error facti seyn müsse, wenn die Klage Statt haben solle.

L. 6. Cod. de iuris et facti ignor. Si non transactionis causa, sed indebitam, *errore facti*, olei materialis vos Archantico stipulanti spopondisse, Rector provinciae animadverterit, reddito quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

L. 6. Cod. de cond. indeb. Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio solvisti; et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cuius nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

L. 7. Cod. eodem. Fideicommissum vel legatum indebitum, per errorum facti solutum, repeti posse, explorati iuris est.

L. 9. Cod. ad Leg. Falcid. Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit.

Gleichwohl behaupten viele⁸³⁾ das Gegenthell, und wollen auch denen die Condictio gestatten, welche nicht zu den privilegierten Personen gehören, wenn nur von Seiten des Zahlenden keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen sey, welche jene Klage hindere. Allein die Gründe für diese Meinung sind nicht überzeugend, wie eine nähere Prüfung derselben beweisen wird. Man beruft sich

1) auf die Regel der natürlichen Billigkeit, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere⁸⁴⁾. Mit dieser Regel, glaubt man, lasse sich der angenommene Unterschied zwischen iuris und facti ignorantia nicht wohl vereinigen, weil die condictio indebiti nach Papinians Ausspruch⁸⁵⁾ auf Billigkeit gegründet sey. Allein wo
dennoch

83) VINNIUS Select. iuris Quæstion. Lib. I. cap. 47. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLIV. Th. 3. et 4. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5. LUD. VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 22. (in Thes. Ottonian. Tom. II. p. 687. sqq.) NÜBER Praelect. iuris civ. sec. Institut. Lib. III. Tit. 28. §. 8. PET. de TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diff. II. §. 71. p. 101. sq. IO. EBERW. REICHMANN Diff. de condictione indebiti ob ignorantiam iuris non excludenda. Marburgi 1723. Cap. 3. Bach in der unpartheyischen Critic über-jurist. Schriften 3. Bandes 5. St. S. 389. f. ALB. PHIL. FRICK Diff. de indebitum solvente per errorem iuris civ. ad indebiti condictionem admittendo. Helmst. 1778. u. a. m.

84) L. 206. D. de Reg. iur. L. 14. D. de cond. indeb.

85) L. 66. D. h. t.

dennoch die Gesetze so deutlich und ausdrücklich zwischen Rechts- und Irrthum unterscheiden, als in den angeführten Stellen bey der condictio indebiti geschehen ist, da kann wohl jene Regel der Billigkeit nicht in Betracht kommen. Mit Recht sagt vielmehr Albrecht Bolognetus⁸⁶⁾. Cum verba legis illud ipsum tam aperte decidunt, de quo disceptatio est, ut sine vitio scripturae inflecti non possint, tunc nulla interpretatione nullaque aequitate evitari poterunt, aut ad eum sensum contorqueri, qui prorsus a verbis alienus sit: nam cum ad legis sententiam interpretatio omnis, quae sit ex aequo et bono referenda sit, non poterit videri ea fuisse legislatoris sententia, quae verbis perspicuis adversatur. Man wendet zwar dagegen

2) ein, daß in dem ganzen Titel der Pandecten, de condictione indebiti, der doch ziemlich weitläufig ist, niemals zwischen error iuris und facti ein Unterschied gemacht sey, sondern überall nur immer eine Zahlung vorausgesetzt werde, die aus Irrthum oder Unwissenheit geschehen ist. Es könnten daher die Gesetze im Codex, welche ohnehin lauter Rescripte wären, nur von einzelnen sondern Fällen verstanden werden, und dies um so mehr, weil sogar

3) mehrere Gesetzstellen dieses Titels, in welchen die Zurückforderung einer Nichtigschuld gestattet wird, nicht wohl anders, als von einem Rechtsirrtume, erklärt werden könnten. Man führt z. B. folgende Stellen an.

L. 32.

86) Disputat. de Lege, iure, et sequitate. (Witebergae 1594. 8.) Cap. XXXIV. nr. 9. p. 637. sq.

L. 32. §. 1. D. h. t. Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit: et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est.

L. 38. D. eodem. Diese Stelle ist schon oben (§. 88. ff.) vorgekommen und erklärt worden.

L. 40. pr. D. eodem. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.

L. 43. D. eod. Si quis jurasset, se dare non oportere, ab omni contentione discedetur: atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est.

L. 59. D. eodem. Si fideiussor iure liberatus, solverit errore pecuniam, repetenti non obserit.

L. 5. Cod. eod. Si a patre emancipatus ei non intra tempora praestituta iure honorario successisti, quidquid indebitum postea per errorem (ut pote patris successor) dedisti, eius condictionem tibi competere, pon est incerti juris.

Allein dieser Einwurf lässt sich ohne Schwierigkeit beantworten. Immerhin mag in den Gesetzen dieses Titels zwischen iuris und facti ignorantia kein Unterschied gemacht worden seyn: genug wenn er in andern Gesetzen in Beziehung auf die condictio indebiti ganz klar gegründet ist. Ueberdem aber enthalten ja auch die Gesetze dieses Titels fast lauter solche Fälle, wo immer nur ein Thatirrthum zum Grunde lag. Dies lässt sich insonderheit von den angeführten Texten leicht beweisen, von denen auch nicht ein einziger bestimmt von einem Rechtsirrthume redet, sondern nur allenfalls einer nicht wohl anders, als von einem

nem solchen Irrthum zu erklären ist, nämlich L. 38. D. h. t. welcher aber billig zu den Ausnahmen gerechnet werden muß, wo auch bey den nicht privilegierten Personen der Rechtsirrthum Entschuldigung verdient⁸⁷⁾), von denen ich jetzt reden werde. Soviel die übrigen Texte anbetrifft, so erhellert aus der Vergleichung der L. 32. und L. 59. D. h. t. daß hier von einem bloßen errore facti die Rede sey. Ein Gläubiger hatte dem Bürgen seines Schuldners durch das pactum de non petendo seiner Verbindlichkeit entlassen. Hier war nun zwar der Bürge nach dem iure praetorio frey, er bezahlte aber, dieses Vertrags uneingedenk, dennoch die Schuld. Die Zurückforderung derselben ist hier keinem Zweifel unterworfen, wenn gleich der Hauptschuldner noch nicht bezahlt hatte. Denn der Vertrag mit dem Bürgen ist ein bloßes pactum in personam, welches dem Schuldner nicht zu statten kommt. Das Wort imprudentia in der L. 32. deutet ohne Zweifel auf einen errorem facti hin, und die Worte iure liberatus geben kein überzeugendes Argument, einen Rechtsirrthum zu fingiren, wenn man erwägt, daß alles erworbene Recht eine vorhergehende Handlung voraussetzt, und daher von dem Bürgen mit Recht gesagt werden konnte, er sei iure liberatus, welchen der Gläubiger seiner Verbindlichkeit durch ein pactum erlassen hatte, dem der Prætor die Wirkung der Befreyung beylegt. Es ist also ein sehr unsicherer Schluß, wer durch eine beständig wirksame Einrede gegen die Forderung eines Andern gedeckt war, und zahlt dennoch

87) S. Chriſt. Dav. GERLACH Diss. sub Tit. celeberrima et intricata Lex frater a fratre 38. pr. D. de condict. indeb. noviter et dilucide explicata. Tübinger 1738. §. 11.

dennnoch aus Freihum, hat ex errore iuris eine Nichtschuld gezahlt. Hierdurch erklären sich nun auch die übrigen Stellen von selbst. Nur die L. 5. Cod. h. t. ist streitig. Cujaz⁸⁸⁾, und Marckart⁸⁹⁾ erklären sie auch von einem errore facti. Sie nehmen den Fall an, daß der emancipirte Sohn, welcher seinem Vater nach dem prätorischen Rechte hätte succediren können, wenn er die bonorum possessio binnen der gesetzlichen Frist gesucht hätte, sich in der Meinung, das Jahr sey noch nicht verstrichen, als Eibe gerirt, und, als solcher, Schulden bezahlt habe. Allein wenn man auch hier einen Rechtsirrthum annehmen wollte, so war doch in dem Falle, wovon die L. 5. redet, der besondere Grund vorhanden, daß hier durch die Bezahlung der Nichtschuld die Schuld eines Dritten in der Meinung bezahlt worden ist, als ob sie der Zahlende selbst schuldig gewesen wäre. In diesem Falle aber gestatten die Gesetze die Zurückforderung ohne Unterschied, weil der wahre Schuldner dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht befreyet wird⁹⁰⁾). Es gehört also diese Stelle zu den Ausnahmen. Daß aber die für die erstere Meinung angeführte L. 10. C. de iur. et facti ignor. sich nicht auf einen besondern Fall beziehe, sondern eine allgemeine Vorschrift enthalte, ist daraus unlängbar, weil sich dieselbe auf die Regel des Papinians in der L. 9. pr. D. eodem gründet. Es sind überdem die Vertheidiger der letztern Meinung in Ansehung des Falls, worauf sich die L. 10. Cod. beziehen soll,

88) Recitat. solemn. in Cod. ad L. 5. C. h. t.

89) Cit. Exercitat. Cap. II. §. 6. pag. 100.

90) L. 19. §. 1. D. h. t. L. 31. pr. D. de hereditat. petit.

C. oben §. 829. E. 85. ff.

soll, so verschiedener Meinung, daß schon dadurch die ganze Erklärung verdächtig wird ⁹⁴⁾). Allein man bezieht sich

4) noch auf einige andere Stellen, welche namentlich wegen eines Rechtsirrtums, und zwar der Billigkeit wegen, die condicione indebiti gestatten sollen, und die hier noch eine nähere Beleuchtung verdienen. Es sind folgende.

L. 79. D. de Legat. II. Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit; iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter caeteros longo tempore perceperunt: non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit. Hier ist der Fall, daß die Erblasserin Grundstücke, welche sie nach dem Testamente ihres

94) Einige wollen diese L. 10. von dem Falle einer vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit erklären, welche durch die Civilgesetze nicht ganz aufgehoben ist; als SCHULTING Thes. controv. Dec. XLIV. Th. 4. BRUNNEMANN in Comment. in Cod. ad h. L. 10. REICHMANN cit. Diff. Cap. III. §. 13. und Franc. ALEX in Diff. de iuris et facti ignorantia Cap. IV. Andere beziehen die L. 10. auf L. 2. et 3. C. eod. und erklären sie von solchen Fällen, wo bloß von Erhaltung eines Gewinns die Rede ist; als HUBER in Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 28. §. 8. Am sonderbarsten aber ist die Erklärung des PAGENSTECHER in Iurisprud. Polemica Quaest. XI. pag. 115. welcher aus den Worten *competere tibi notum est*, schließen will, die L. 10. sey ein Rescript an einen gewissen Rechtsgelehrten, dem freylich, als Kunstsverständigen, der Rechtsirrtum immer zum Nachtheil angerechnet werden müsse. Allein die allgemein und bestimmte lautenden Worte der L. 10. gestalten eine solche einschränkende Erklärung nicht.

ihres vor ihr verstorbenen Mannes den Freygelassenen des selben als ein Fideicommiss hinterlassen sollte, mit einem Missbrauch zu beschweren sich untersangen hatte, den zugleich ihre eigenen Freygelassenen haben sollten. Dies hatten sich nun zwar die Fideicommissare nicht brauchen gefallen zu lassen. Denn kein Legator kann mit einer Beschwerde belegt werden, wenn ihm der Erblasser dasjenige, was er ihm vermachte hat, schon ohnedem schuldig war. Allein aus Unkunde des Rechts hatten die Fideicommissare es geschehen lassen, daß die Freygelassenen der Erblasserin lange Zeit den Genuss ihrer Grundstücke hatten. Vermuthlich glaubten sie, die Verordnung des Mannes brauche von der Frau nicht so genau erfüllt zu werden, ein Fideicommiss hänge von dem guten Willen des Fiduciars ab⁹²⁾). Es fragte sich also, ob ihnen der Rechtsirrhum schade? Das Gesetz entscheidet vernerend. Ganz richtig. Nam iuris ignorantia non nocet suum potentibus⁹³⁾). Hat aber deswegen die condicatio indebiti Statt? Nein. Proditum est, sagt Ulpian⁹⁴⁾, neminem rem suam, nisi furii, condicere posse. Sie vindiciren also ihr Eigenthum. Man sieht hieraus, daß die ganze Stelle gar nicht hierher gehört.

L. i. pr. D. Ut in possessionem legator. Si quis cum vetitus esset satis accipere, acceperit: an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem?

Et

92) S: Westphal's hermenev. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1096.

93) L. 7. D. de iuris et facti ignor.

94) L. ult. in fin. D. Usufructuar. quaemadmod. cauent.

Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde si ignoravit, remissam sibi satisfactionem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui *iuris ignoravit?* adhuc tamen *benigne* quis dixerit, satisfactionem condici posse.

Wenn der Erblasser die Caution der Vermächtnisse wegen verboten, der Erbe sie aber dennoch gemacht hat, so unterscheidet der Jurist, ob es wissenschaftlich geschehen ist, oder aus Irrthum. Im ersten Fall findet die Condiction nicht Statt. Im letzten Fall unterscheidet er nochmals, ob der Irrthum aus einer Unwissenheit der geschehenen Erschaffung, oder aus einer Unwissenheit des Rechts, daß der Erblasser dazu befugt gewesen sei, herrühre. In jedem Falle behauptet er ohne alles Bedenken, daß die Rückforderung der geleisteten Caution zulässig sei. In diesem aber findet er Bedenken, die Condiction zu gestatten, bemerkt indessen, es lasse sich hier wohl in Rücksicht der besondern Begünstigung letzter Willensverordnungen eine Ausnahme von der Regel machen. Dies ist unsreitig der eigentliche Sinn der Worte: adhuc tamen BENIGNE quis dixerit, satisfactionem condici posse. Mit Recht erklärt daher Weber⁹⁵⁾ das BENIGNE so: *contra iuris regulas hoc fieri*, und Westenberg⁹⁶⁾ sagt: *Quod favore ultimarum voluntatum speciali iure benigne receptum est.* Nach dieser Erklärung ist also diese Stelle der Meinung, zu deren Unterstützung sie gebraucht wird, mehr entgegen, als für sie. Man glaubt endlich

5) durch

95) Versuche über das Civilrecht S. 338.

96) Divus Marcus. Dill. XXXV. §. 4.

5) durch die L. 7. et 8. D. de iuris et facti ignorant. diese Meinung vollends außer allem Zweifel zu sehen. Denn in jener L. 7. werde die allgemeine Regel aufgestellt: *Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.* Merkwürdig, sagt man, sey hier der Unterschied, welcher zwischen der Erwerbung, und der bloßen Zurückforderung des Seinigen gemacht werde. Letzteres sey nun der Fall bey der *condictio indebiti*. Also stehe der Rechtsirrtum dieser Klage nicht entgegen. Man giebt zwar zu, daß *Suum* und *Debitum* sonst in den Gesetzen ⁹⁷⁾ unterschieden würden. Allein es bedeute doch auch das *Suum* sehr oft soviel als *debitum* ⁹⁸⁾, und diese Bedeutung müsse besonders hier zum Grunde gelegt werden, wo von einer auf natürliche Billigkeit gegründeten Klage die Rede sey, weil derjenige ohne Zweifel das Seinige zurückfordere, welcher sich dieser Klage bedient. Daß hier der Rechtsirrtum nichts schade, bestätige Papinian nachher noch deutlicher, wenn er L. 8. D. eodem. ganz allgemein sage: *Caeterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* Dieser Auspruch sey aber hier um so wichtiger, weil der Jurist unmittelbar vorher gesagt hatte: *Error iuris nec foemini in compendii prodest.* Allein man irrt sehr, wenn man glaubt, daß diese Stellen von der *condictione indebiti* reden. Ich bin zwar nicht der Meinung, daß der Ausdruck *Suum perte*

97) L. 27. §. 2. L. 34. pr. D. de auro et arg. legato.

98) L. 6. §. 6. D. Quae in fraud. creditor. L. 15. §. 5. D. de re iudic. L. 44. D. de cond. indeb. L. 5. §. 5. D. de doli mali et met. except. L. 96. §. 1. D. de Solut. L. 129. pr. D. de div. reg. iur. L. 5. Cod. de heredit. petit. Vid. BRISSON. v. *Suum*.

tere immer nur auf eine vindication des Eigenthums hindeute; er wird auch gebraucht, wenn man aus einer obligatio etwas zu fordern hat ⁹⁹). Es ist daher noch kein bündiger Beweis, daß hier dorum von der condictio indebiti nicht die Rede seyn könne, weil der Eigenthümer nicht seine Sache condicere ¹⁰⁰). Denn die Gesetze brauchen das Wort petere auch für repetere ¹), und sagen selbst von dem, welcher sich der condictio indebiti bedient, *suum repetit, oder per condictionem petit* ²). Demohngeachtet

R 2

stehen

99) S. §. B. sagt L. 5. §. 5. D. de doli mali et met. except. Creditor suum petit.

100) Dies ist der gewöhnliche Beweis, den die Vertheidiger der ersten Meinung führen, daß die L. 7. D. de iur. et facti ignor. nicht von der condictione indebiti rede. So sagt §. B. HUNNIUS Varior. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 3. pag. 738: *Regula ista iuris, quod error iuris suum potentibus non noceat, ad propositum huc plane accommodari nequit, quia, qui indebitum solutum repetit, alienum petit, non suum. Nam quam primum solvit, dominium eius rei solutae amicit, et in accipientem transluit.*

1) S. BRISONIUS de Verb. Signif. v. Petere.

2) Zum Beispiele kann die L. 53. D. h. t. dienen, wo Proculus sagt: Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem milii det; servo ignorantie, id testamentum non valere, data sunt milii decem. Quaeritur, quis repetere potest? Proculus respondit: Si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino (es ist hierunter der Erbe zu verstehen, denn es ist hier von Erfüllung einer Testamentsbedingung die Rede.) id permissum non esset, (in den Basilicis, Tom. III. pag 557. heißt es: παρα γνώμην τῆς κληρονόμου.) manent nummi domini, (i. e. heredis) eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet. Si autem aliis rogatu servi suos nummos

stehen diese Gesetze unserer Meinung nicht entgegen, wenn man sie mit Noodt³⁾ und Giphan⁴⁾ so versteht, der Rechtsirrthum schadet Niemanden, wenn es auf Abwendung eines Verlusts, oder darauf ankommt, das Seinige aus den Händen des Andern zu erhalten, woran man das Eigenthum noch nicht verloren hat. Allein er begründet keine Klage, um das wieder zu bekommen, wovon man einmal das Eigenthum dem Andern überlassen hat. Giphan sagt: Error in iure *non nocet quidem in damnis*, id est, non adfert damnum, sed idem quoque error damno non eximit, id est, *non prodest in davino*. Atqui si daretur condictio erranti in iure, tuus error *prodest in damno*, quia scilicet error daret condictionem solventi, quam alioquin, id est, sine errore, non haberet.

mos dedit, facti sunt mei, eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest. Sed tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere. So wie nämlich derjenige, welcher für einen andern zahlt, sich diesen verbindlich macht, L. 47. D. h. t. so konnte auch hier der Herr, wenn sein Sklave einem Dritten den Auftrag gegeben hatte, für ihn zu zahlen, von diesem mit der actione mandati belangt werden. Denn auch römische Sklaven konnten Aufträge geben L. 22. §. 9. D. mand. L. 3. §. 5. 6. et 7. D. de pecul. L. 1. Cod. de furt. Um diesen Umweg zu vermeiden, wird hier dem Zahlenden gleich selbst die *condictio indebiti* gegen den Empfänger der Richtigschuld gestattet, die sonst der Herr anstellen konnte. S. MEIERI Evdoξῶ Justinianeor. Dec. IV. cap. 6.

3) Comment. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 6. Oper. T. II. pag. 481.

4) Explanat. difficilior. et celebr. LL. Cod. ad L. 10. Cod. de iur. et facti ignor. pag. 23.

beret. Qui enim solvit sciens, non habet condictionem indebiti. Paulus bestätigt diese Erklärung noch mehr, wenn er *L. 9. §. ult. D. eodem.* in Beziehung auf die condictionem indebiti sagt: *Sciant, ignorantiam facti, non iuris prodeesse:* nec stultis solere succurri, sed errantibus. Nach dieser Erklärung wären daher auch jene Stellen der andern Meinung mehr entgegen, als daß sie dadurch außer Zweifel gesezt werden sollte.

Wenn nun aber gleich die Regel an sich feststeht, daß der Rechtsirrthum bey den nicht privilegierten Personen keine condictionem indebiti begründet, so lassen doch die Gesetze in einzelnen Fällen aus rechtmäßigen Ursachen Ausnahmen statt finden. Hierauf deutet nicht nur Cajus im Allgemeinen hin, wenn er *L. 25. D. de Minorib.* sagt: *Illud nullam habet dubitationem, quin minor, si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est, sit ei utilis actio ad repetendum: cum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis dari solet repetitio*⁵⁾; sondern es kommen auch solche Fälle hin und wieder in den Gesetzen vor, wo es für billig gehalten wird, auch den nichtprivilegierten Personen wegen einer aus einem Rechtsirrthum bezahlten Nichtschuld eine Condiction zu verstatten. Dahin gehört

1) wenn der Irrende keine Gelegenheit hatte, einen Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen⁶⁾. Es ist merkwürdig, wenn Paulus *L. 9. §. 3. D. de iuris et facti ignor.*

K 3

5) Man sche über diese Stelle vorgzüglich *Ant. FABRI Rational.* in Pand. Tom. I. pag. 561. sq.

6) S. HORACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3088.

ignor. sagt: Sed juris ignorantiam non prodesse, LABEO ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est. Diesem gemäß sagt daher eben dieser Jurist an einem andern Orte, wo auch von der Wirkung der Rechtsunkunde die Rede war, nämlich *L. 10. D. de bonor. possession.* Satis esse, copiam eorum, *quos consulere*, quem habuisse. Scientiam enim non hanc accipi, quae *Iurisprudentibus* sit: sed eam, quam quis aut per se habeat, aut *consulendo prudentiores adsequi potest.*

2) Wenn das Recht, worauf es in einem gewissen Falle ankam, an sich sehr ungewiss und zweifelhaft war ⁷⁾), wie in dem famösen Falle der *L. 38. D. h. t.* welche oben ausführlicher erklärt worden ist ⁸⁾).

3) Wenn

7) BACHOV ad *Treutlerum Vol. II. Disp. IV. Th. 13. nr. 6. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXV. §. 40. MARCKART Exercitat. academ. Exerc. II. Cap. 2. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 3—5.*

8) HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. II. Qu. 3. in fin. pag. 738. will zwar in dem Falle der *L. 38. D. h. t.* einen errorem facti annehmen. Er sagt nämlich: *Fratuer solvendo in facto erravit, dum existimavit, mutuum ex causa castrensis peculii fuisse contractum.* Allein in dem unterliegenden Falle konnte von keinem andern peculio als von einem *profectito* die Rede seyn. Das einer von beiden Brüdern ein Soldat gewesen, wird nirgends gesagt. Ein peculum castrense wurde überdem nicht conserirt, wie doch in dem Falle der *L. 38.* geschehe. Man sehe *L. 1. §. 15. D. de Collation. bon.* Das Gesetz spricht auch nur von einer natürlichen Verbindlichkeit, welche aus dem Darlehn entstanden sey. Hätte der creditirende

3) Wenn Jemand durch den Rechtsirrthum veranlaßt wurde, eine Schuld für einen Andern zu bezahlen; welche er selbst schuldig zu seyn glaubte, wie in dem oben vorgekommenen Falle der L. 5. Cod. h. t.

4) Wenn der Empfänger das, was er aus Unwissenheit des Rechts indebite erhielt, auf eine erlaubte Art nicht behalten darf; z. B. der Schuldner hat dem Gläubiger Zinsen von Zinsen bezahlt ⁹⁾.

5) Wenn aus einem Rechtsirrthum eine Caution von dem Erben geleistet worden ist, welche ihm von dem Testator war erlassen worden. L. i. pr. D. Ut. in possessor.

Sollte bey dem vorgesallenen Rechtsirrthum dem Empfänger der Nichtschuld ein erwelsicher Dolus zur Last fallen, so würde die condicatio furtiva begründet seyn ¹⁰⁾.

Mehrere Rechtsgelehrte ¹¹⁾) wollen zwar heutiges Tages den Unterschied zwischen ignorantia iuris und facti

R 4

de Gruber das Geld von seinem pecunio castroru glichen, so wäre ihm der Schuldner nicht naturaliter, sondern civiliter da durch verpflichtet worden; arg. L. 15. §. i. D. de castr. pec. und L. 4. D. de iudic. S. GERLACH Diff. ad L. Frater a fratre 38. pr. D. h. t. §. 6. not. y. et aa.

9) L. 26. §. i. D. h. t. BOEHMER Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. V. §. 27.

10) L. 18. D. de conduct. furt. L. i. §. r. D. de doli mali et met. except. L. 7. pr. D. de conduct. cauf. dat.

11) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. medit. i. sqq. Franc. ALEF Diff. de iuris et facti ignorantia. Cap. III. §. 31. sqq. in EIUS Diebus academ. Diff. III. pag. 155. sqq.

verwerfen, und blos darauf gesehen wissen, ob der Irrthum an sich verzeihlich war, oder nicht. Sie glauben auch, daß es darauf nicht weiter ankomme, ob der Irrende einen wirklichen Verlust an seinem Vermögen erlitten, oder blos einen Gewinn verloren habe, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können. Es soll auch der Unterschied zwischen privilegierten und nicht privilegierten Personen nicht weiter in Betrachtung kommen. Allein es läßt sich ein solcher Missgebrauch des röm. Rechts nicht erwiesen, wosfern nicht besondere Landesgesetze ein Anders mit sich bringen.

§. 835.

Worauf geht die *condictio indebiti?* *condictio certi* und *incerti*.

Die *condictio indebiti* geht überhaupt auf Wiedererstattung desjenigen, was der Beklagte indebite empfangen hat, so weit er dadurch bereichert ist. Besteht dieses in einer bestimmten Quantität, oder in einer individuellen Sache, so heißt sie *condictio certi*, in allen übrigen Fällen aber, wo das indebitum in etwas Anderem besteht, *condictio incerti*¹⁾). Diese letztere findet in folgenden Fällen statt.

1) Wenn eine Caution ohne Schuldigkeit geleistet worden, in der Meinung, als ob man dazu verbunden ge-

sqq. *Io. Tob. CARRACH Adnotat. ad Boehmeri doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 27. voc. privatur.*

2) Andere schränken jedoch den Ausdruck *Condictio certi* blos auf eine bestimmte Geldsumme ein. Alle andere Sachen rechnen sie zur *condictione incerti*. *S. de cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 3. et Qu. 18. de PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 41. §. 2.*

wesen wäre¹³⁾. Hier geht die Condiction dahin, daß die geleistete Caution fassirt, und der Beklagte verurtheilt werde, den empfangenen Bürgschein, oder die erhaltenen Pfänder zurückzugeben¹⁴⁾.

2) Wenn eine Caution aus Irrthum erlassen worden ist¹⁵⁾). Hier geht die Condiction dahin, die Caution für nicht erlassen zu erklären.

3) Wenn der Besitz auf einen Andern aus Irrthum indebite übertragen worden ist. Hier geht die Klage auf Wiederabtretung des Besitzes, und diese Klage hat Statt, wenn auch der Beklagte die Sache so lange besessen hätte, als zu einer Verjährung gegen den wahren Eigenthümer erforderlich wird, wenn z. B. der Besitz einer fremden Sache indebite wäre übertragen worden¹⁶⁾.

4) Wenn

13) *L. i. pr. D. Ut in possess. legator.* sagt: repeti satisratio ita potest, ut heres condicat liberationem; d. i. es kann auf die Aufhebung der Caution geflagt werden. *S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen* §. 967. und *de cocceji in iure civ. controv.* h. t. Qu. 19.

14) *L. 31. D. k. t.*

15) *L. 39. D. h. t.*

16) *L. 15. §. 1. D. eodem.* Wenn es in dieser Gesetzesstelle heißt: *Sed et si possessionem tuam fecissem*, ita ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit; etiam sic recte recum per indebiti condictionem agerem; so muß, statt *fecissem*, vielmehr *facisses* gelesen werden, wie *Io. Van de WATER* in *Observat. Rom. Lib. II. cap. 16.* gezeigt hat. Es stimmen mit dieser Emendation auch die *Basilica* überein. In diesen ist Tom. III. pag. 547. der Sinn dieser Worte so ausgedrückt: *ἀναλαμβάνω γὰρ καὶ εὐ τῷ μεταξὺ διὰ χρῆσεως κυριεύσῃς.* i. e. *Nam repeto, licet interim usū tuam feceris.* Nur gegen den

4) Wenn ein Recht indebita ist aufgegeben oder erlassen worden, z. B. eine Servitut. Hier geht die Klage auf Wiederherstellung des erlassenen Rechts¹⁷⁾.

5) Wenn ein factum in vermeintlicher Schuldigkeit aus Irrthum geleistet worden ist. Hier ist die Dienstleistung zu Gelde anzuschlagen, und die Klage auf Vergütung des Werths derselben zu richten, so weit der Beklagte davon Nutzen gehabt hat¹⁸⁾.

7) Wenn etwas indebita versprochen, und deshalb eine Handschrift ausgestellt worden ist. Hier geht die Klage auf Vernichtung der Schuld, und Zurückgabe der Handschrift¹⁹⁾.

Diese Condictio incerti hat das Unterscheidende, daß sie keine Uebertragung des Eigenthums erfordert. Denn diese ist in allen den angeführten Fällen unmöglich²⁰⁾. Dies hat

den Eigenthümer selbst findet die condicatio indebiti nicht statt.
L. 33. in fin. D. h. t. S. Iulius PACIUS EvavrioQæv. s. Legg. conciliatar. Centur. III. Qu. 99. und voigt Comment. ad Pand. h. t. §. 12.

17) *L. 22. D. eodem.*

18) *L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 3. L. 6. Cod. de operis libertor.* Ein Formular von einer solchen Klagschrift, wenn indebita geleistete Dienste condicirt werden, findet man in *Christ. Gottl. GMELIN Diff. de condicione facti indebita praestiti, præf. Eb. Christ. CANZ def. Tübingae 1769. §. 23.*

19) *L. 31. D. h. t. L. 3. Cod. eodem. L. 5. in fin. D. de act. emti vend. L. 2. §. 3. et 4. D. de donat. de cocceji in iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.*

20) *S. GMELIN Diff. cit. de condic. facti indebita praestiti. §. 30.*

hat denn weiter die Folge, daß hier die condictio indebiti ohne Unterschied begründet ist, der Beklagte mag in bona oder mala fide sich befinden²¹). Nur die condictio indebiti certi erfordert zu ihrer Begründung die Uebertragung des Eigenthums²²), und findet daher nicht Statt, wenn diese durch den Dolus des Beklagten gehindert wird²³). Hier muß die condictio furtiva angestellt werden²⁴).

Bey der condictio indebiti certi kommt es nun darauf an,

a) ob fungible Sachen gegeben wurden. Hier geht die Klage auf Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art und Güte²⁵). Denn die condictio indebiti ahmt hier die Natur der Darlehnsklage nach²⁶). Daher kann auch der Kläger keine Zinsen fordern. In der L. i. Cod. h. t. heißt es ausdrücklich: Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutac, esse repetitionem iure

21) GMELIN cit. Diff. §. 4. et §. 31.

22) L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadmodum. cav. L. i. D. de condict. furt. L. i. §. 1. D. de condict. tritic. L. 9. pr. D. de iure dot.

23) GMELIN cit. Diff. §. 4. not. b. Man vergleiche auch den 4. Theil dieses Commentars §. 296. S. 137. ff.

24) L. 18. D. de condict. furtiva.

25) L. 7. L. 19. §. 2. D. h. t. L. 25. in fin. D. de praescript. verb. Zuweilen geht die Klage auch auf Erstattung des Werths; z. B. wenn Getreide indebita gegeben worden, und dieses consumirt ist. L. 65. §. 6. D. h. t.

26) L. 5. §. 3. D. de obligat. et action. §. 6. 1. de obligat. quac quasi ex contr. uascunt.

iure condictionis, non ambigitur. — Usuras autem eius summae praestari tibi frustre desideras: actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est. Viele²⁷⁾ sehen den Grund dieser Verordnung darin, weil die condictio indebiti zu den actionibus stricti juris gehört habe, und behaupten daher, daß heut zu Tage darauf keine Rücksicht zu nehmen sey, weil jetzt alle Klagen bonae fidei wären. Nach heutigem Rechte könne also die condictio indebiti ohne Bedenken auch mit auf die Zinsen einer aus Irrthum indebitem bezahlten Summe gerichtet werden. Allein mit Recht ist diese Meinung schon längst von andern²⁸⁾ verworfen worden. Daß die condictio indebiti nie zu den actionibus stricti juris gehöht worden sey, erhellet daraus klar, weil Papinian L. 66. D. h. t. ausdrücklich sagt: *Haec condictio ex aequo et bono introducta est.* Bey diesem ganz bestimmten Ausspruch kann es daher auch nicht in Betrachtung kommen, daß diese Klage in dem §. 28. I. de actionib. nicht unter den actionibus bonae fidei mit aufgeführt worden ist. Denn es ist eine falsche Voraussetzung, daß die Verfasser

27) CARPOV Responso. iuris Lib. IV. Resp. LI. nr. 21, STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 2. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIV. §. 38. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 16. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 59. FRID. DE BEUMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 108. und ENGELERECHT in Select. Observation. for. Spec. III. Obs. 98.

28) G. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. QUISTORP rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 73. KIND Quæstion. for. Tom. II. Cap. 52. FRATR. BECMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. LXVII. nr. 20—25. pag. 235. de cocceji in iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

fasser der Institutionen in der angeführten Stelle eine vollständiges Verzeichniß der bonae fidei actionum haben geben wollen, wie auch schon Höpfner²⁹⁾ ganz richtig bemerkt hat. Daß es aber actiones stricti juris geben könne, quae sunt ex aequo et bono, wie Janus a Costa³⁰⁾ hat behaupten wollen, ist ein auffallender Widerspruch, welchen Ulpian hinlänglich widerlegt, wenn er L. 24. §. 6. *D. de religios.* bey Gelegenheit der actio funeraria, die ohne Zweifel eine actio bonae fidei ist³¹⁾, ob ihrer gleich §. 28. *I. de action.* nicht gedacht worden, den Ausdruck *ex aequo et bono* durch *ex bona fide* erklärt. Richtiger seßen daher andere Rechtsgelehrten den Grund, warum die condictio indebiti nicht auf Zinsen geht, gerade darin, daß die Klage eine actio bonae fidei sey. So sagt z. B. Hubert Giphäns³²⁾: *Vera ratio, cur in condictionem indebiti non veniat usura, est ea, quia haec condictio est naturalis, et ex aequo et bono, quae aequitas non patitur, ut plus repetatur, quam datum sit.* Condictione enim id agitur, ut qui solvit, non sit in damno, non vero, ut etiam sit in lucro³³⁾. Und Pothier³⁴⁾ macht folgende sehr treffende Bemerkung: *In solutione indebitae pecuniae facta illi, qui eam bona fide accipit, nulla conventio, nullam delictum versatur,*

²⁹⁾ Commentar über die Heincc. Institutionen §. 1129. Not. 1.

³⁰⁾ Commentar. ad §. 23. *I. de actionib.*

³¹⁾ *L. 14. §. 13. D. de relig.*

³²⁾ Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. I. C. h. t. pag. 235.

³³⁾ *L. 13. §. ult. et L. 14. D. h. t.*

³⁴⁾ Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. b. pag. 377.

tur, unde obligatio huius pecuniae restituendae nascitur. Hacc obligatio ex ea duntaxat aequitatis regula nascitur, quae praecipit, neminem cum alterius detrimen-
to locupletari; hinc consequens est, ut non ultra por-
rigatur; quam is, qui accepit, locupletatus est. Es
ist also wohl unstreitig, daß der wahre Grund, warum
die Klage nicht auf Zinsen gehe, in der Natur der Con-
diction selbst liege. Denn da die Klage eine Uebertragung
des Eigenthums, wie die aus dem Darlehn, voraussetzt, so
kann sie auch eben so, wie die actio mutui, schlechterdings
nur darauf gehen, daß die indebita gezahlte Summe dem
Kläger in gleicher Art und Güte wieder erstattet werde,
wie dieser Grund selbst in der L. i. Cod. h. t. deutlich ge-
nug angeführt wird. Es lässt sich daher nun auch der heu-
tige Gebrauch jener Vorschrift des röm. Rechts so wenig
bezweifeln, daß selbst diejenigen, welche die conductio in-
debiti heut zu Tage auf Zinsen erstreckt wissen wollen, ge-
siehen müssen, daß der Gerichtsgebrauch ihrer Meinung
entgegen sey³⁵⁾). Dennoch pflegt man gewöhnlich zwei
Fälle auszunehmen, nämlich

1) wenn

35) So z. B. sagt SCHILTER Exercit. XXIV. ad Pand. §. 38.
*Ast cum moribus nostris res ad aequitatem naturalem fere fue-
rit reducta, et obligatio ad usuras naturalis etiam civilem ob-
tineat efficaciam, consequens utique est, etiam Usuras pecu-
niae indebita solvare peti posse, et adiudicari debere. Sed
hactenus tamen hodierni Icti solvnt uti iure romano.* Den heu-
tigen Gebrauch bezeugen insonderheit CARPOV P. II. Const. 30.
 Def. 13 Consil. Tübingerf. Vol. VI. Consil. 94. GRASS Collat.
*iuris civ. cum Recess. Imp. Sect. VI. §. 1. pag. 270. sqq. ME-
VIUS Consil. 99. FRATR. BECMANNOR. Consil. et Decis. P. II. Con-
sil. 67. nr. 20. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom.
 Germ. T. III. §. 3089. not. g.*

1) wenn der Beklagte von den indebite empfangenen Geldern selbst Zinsen gezogen haben sollte³⁶); weil es ausgemachten Rechtns sey, daß erhobene Zinsen als fructus rei anzusehen wären, und daher auch billig cum ipsa re condicirt werden könnten³⁷).

2) Wenn dem Beklagten bey der Wiedererstattung eine ungebührliche Verzögerung zur Last fällt³⁸); oder es können wenigstens von Zeit der erhobenen Klage an die Zinsen gefordert werden³⁹).

Beyde Fälle verdienen aber noch eine genauere Prüfung. In Rücksicht des ersten Falles wandte zwar schon Voet⁴⁰) ein, daß es hart seyn würde, wenn derjenige, welcher im guten Glauben die indebite empfangenen Gel-

der
36) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. de BERGER Suppl. ad Electa disceptat. for. P. I. pag. 620. LEYSER Meditat ad Pand. Specim. CXLVIII. medit. 10. MEVIUS Part. VI. Decis. 33. Frid. Gottl. ZOLLER Diff. Utrum per condictionem indebiti repeti possint usurae? Lips. 1768. §. 7. sq. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. LXXIII. S. 242. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 20. in fin. und Westphal Rechtsgelehrten 1. B. h. t. §. 1. S. 80.

37) L. 34. D. de Usur.

38) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 29. LEYSER c. l. Westphal a. a. O. BOEHMER Doctr. de Action. Sect 1. Cap 3. §. 38. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2.

39) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Cod. h. t. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 52. pag. 283. sq. Henr. Joh. Otto KOENIG in Diff. de quaestione, utrum usurae veniant in condictionem indebiti. Halae 1774. §. IV. not. 1.

40) Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. in fin.

der auf seine Gefahr ausgeliehen, und dafür Zinsen erhoben hat, angehalten werden sollte, die letzteren wieder herauszugeben. Denn da der Kläger doch inzwischen die Gefahr des Kapitals nicht gehabt hat, so sey es billig, daß der Beklagte, welcher das periculum fortis in der Zwischenzeit gehabt habe, auch die Zinsen dafür genieße. Allein dieser Grund dürfte, genau erwogen, darum von keinem sonderlichen Gewicht seyn, weil sich nicht schlechterdings behaupten läßt, daß in dem unterliegenden Falle die Gefahr nur gerade auf Seiten des Empfängers gewesen sey. Denn da derselbe, als bonae fidei possessor, für das empfangene indebitum nur in soweit haftet, als er dadurch bereichert worden ist, so würde er auch die Gefahr nicht tragen dürfen, wenn das Kapital durch das Ausleihen des Geldes verloren gegangen seyn sollte, er müßte vielmehr, weil hier der Grund der Klage wegfällt, ganz freigesprochen werden⁴¹). Hugo Donellus⁴²) meint zwar, der Empfänger der Nichtschuld müsse, wie der Schuldner im Darlehn, die Gefahr tragen, wenn die indebite gegebene Sache eine fungible ist⁴³). Allein wenn gleich auch der Empfänger der Nichtschuld quasi ex mutui datione obligirt wird⁴⁴); so ist doch noch immer zwischen der Obligatio ex mutuo, und der ex solutione indebiti ein großer Unterschied, indem letztere nur insofern begründet wird, als der Empfänger durch das erhaltene indebitum sich

41) G. Franc. DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. in fin. Oper. pag. 916.

42) Commentar. juris civ. Lib. XIV. cap. 18.

43) §. 2. I. Quib. mod. re contrah. obligat.

44) L. 5. §. 3. D. de obligat. et act.

sich reicher befindet; dahingegen erstere durch den Contract unbedingt begründet ist, und daher fortdauert, wenn gleich der Schuldner keinen Nutzen von dem erhaltenen Darlehn gehabt hätte. Dessen allen ungeachtet scheint mir die erste Ausnahme dennoch ungegründet zu seyn. Es lassen sich hier zwei Fälle gedenken. Der Beklagte hat entweder die erhobenen Zinsen consummirt, oder er besitzt sie noch. In dem ersten Falle fällt schon darum alle Vergütung weg, weil doch dem Beklagten eben so viel Recht, als einem bonae fidei possessor, zustehen muß, welcher die fructus consumtos lucrit⁴⁵⁾). In dem letztern aber scheint es zwar der Willigkeit gemäß zu seyn, daß der Beklagte mit den indebite empfangenen Geldern auch den davon gezogenen Gewinn herausgebe. Allein die ganz allgemein lautenden und entscheidenden Worte des Gesches sprechen auch hier den Beklagten von der Restitution der Zinsen frey. So wenig also beim Darlehn die Klage darum auf Zinsen gerichtet werden kann, weil der Empfänger desselben das Geld genutzt, und damit wieder etwas gewonnen hat; so wenig kann auch aus diesem Grunde die conditio indebiti mit auf die Zinsen gerichtet werden, da sie ganz nach der Form der Darlehnsklage gebildet ist *). Der Frethum, daß heutiges Tages die Darlehnsklage auf Zinsen gerichtet werden könne, wenn auch der Schuldner dergleichen nicht versprochen hätte, und sich auch nicht im Verzug der Wiederbezahlung wegen befinden sollte, ist oben⁴⁶⁾ widerlegt worden.

Soviel

45) §. 35. *I. de Rer. divis.* S. HOMMEL Rhaps. quaest. for. Vol. I. Obs. 28. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Tom. II. h. c. Qu. 20. not. b. pag. 209.

*) S. MADHN ad Mencken doctr. de Actionib. for. pag. 335. n. 1058.

46) S. den 12. Theil dieses Kommentars §. 779. S. 5. Not. 21.

Glückl. Erlut. d. Pand. 13. Th.

{

Soviel die andere Ausnahme anbetrifft, so sind die Rechtsgelehrten hier wieder unter sich verschiedener Meinung. Einige sprechen dem Kläger ohne Unterschied a tempore morae Zinsen zu, der Verzug mag durch eine gerichtliche oder außergerichtliche Interpellation bewirkt werden seyn, wie z. B. Stryk und andere oben angeführte Rechtsgelehrte. Andere hingegen glauben, daß der Kläger erst von Zeit der *Uitiscoutestation*, oder wenigstens von dem Tage der insinuirten Ladung an, die Zinsen fordern könne, wie Huber, Brunnemann und mehrere andere. Noch andere wollen den Verzug des Beklagten erst von der Zeit an gerechnet wissen, wo der Kläger den Irrthum in Bezahlung der Nichtschuld nachgewiesen hat, als Westphal⁴⁷⁾ und Eminghaus⁴⁸⁾. Nun fehlt es zwar auch nicht an Rechtsgelehrten⁴⁹⁾, welche diese zweite Ausnahme schlechterdings verwiesen, oder sie wenigstens nur in dem Falle zulassen wollen, wenn dem Kläger das condicirte Kapital durch richterliches Erkenntniß bereits rechtskräftig zusprochen seyn sollte⁵⁰⁾. Allein da sie den Grund ihrer Meinung lediglich darin sehen, daß die *condictio indebiti* eine *actio stricti iuris* sei, vergleichen sie doch so wenig nach dem römischen als heutigen Rechte ist; so verdient diese

47) *Öffentliche und Privat-Rechtsgutachten* 1. B. ad h. Tit. §. 1. S. 80.

48) *Ad Coccejii ius civ. controv.* Tom. II. h. t. Qu. 20. not. b. pag. 209.

49) DONELLUS in *Commentar. iuris civ.* Lib. XIV. cap. 18. in fin. BERGER *Oeconom. iuris* Lib. III. Tit. 6. Th. 7. not. 6.

50) *Quistorp* in den *rechtl. Bemerkungen* 1. Bd. Nr. LXXIII. S. 239.

diese letzte Meinung an sich keinen Beyfall. Es ist vielmehr nach einer richtigern Theorie ein Unterschied zwischen dem römischen und heutigem Rechte zu machen. Nach der Vorschrift des röm. Rechts konnte auch nicht einmal der Vorzug bey der condictio indebiti eine Zinsenforderung begründen. Denn die *L. i. C. h. f.* macht für diesen Fall keine Ausnahme, und auch die *actio mutui* konnte nicht auf Verzugszinsen gerichtet werden, deren Natur doch die condictio indebiti annimmt.⁵¹⁾ Allein so wie nach deutschen Rechten beim Darlehn Verzugszinsen gefordert werden können⁵²⁾, so hat es auch keinen Zweifel; daß heutiges Tages nicht minder bey der condictio indebiti, wegen des Verzugs in Wiederbezahlung des indebiti empfangenen Geldes, Zinsen verlangt werden können⁵³⁾. Dass dieser Verzug aber immer von Zeit der *Liciscontestation* an eintrete, wie viele behaupten, ist nicht erweislich. Bey dinglichen Klagen treten zwar von dieser Zeit an alle

51) *L. 24. D. de praescr. verb.* BOEHMER Diff. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae §. 30.

52) Deputations-Absch. vom J. 1600. §. 174. und Jüngst. Reichsabschied §. 152.

53) Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch behaupten, daß die Bestimmung der angeführten Reichsgesetze nur auf das Darlehn einzuschränken sey, und daß daher bey der condicione indebiti auch heutzutage keine Verzugszinsen gefordert werden könnten. S. GRASS. Collat. iuris civ. cum. Recess. imp. Sect. VI. Th. I. pag. 276. sq. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1847. Gerstlacher im Handbuch der deutschen Reichsgesetze Th. 10. B. 2. Kap. 4. §. 87. Anmerk. 200. S. 2189. Ich kann dieser Meinung nicht beitreten.

Wirkungen des Verzugs; ein⁵⁴). Allein bey persönlichen Klägen läßt sich nicht auf gleiche Weise annehmen, daß durch die Uitcontrotestation ein böser Glaube bewirkt werde⁵⁵). Denn die Regel: *post litem contestatam, quinimo post controversiam motam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*, geht nur auf doli und culpae praestationem⁵⁶), wovon hier bey einer Klage, wodurch der Kläger sein ehemaliges Eigenthum zurückfordert, die Frage nicht seyn kann⁵⁷).

Wer
54) L. 25. §. 6. et 7. D. de heredit. petit. L. 45. D. de rei vin-
dic. L. 2. C. de fruct. et lit. expens. L. 10. C. de acquir.
et ret. poss.

55) S. Heinr. Ernst Gerb. Viele Betrachtungen über ver-
schiedene Rechtsmaterien. Stuttgart 1800. 1. Betr.
S. 28. ff.

56) S. den 7. Theil dieses Commentars und dessen 2. Abth.
§. 567. C. 545. ff.

57) Die L. 35. D. de Usur. wenn es heißt: *Lit. contestata usu-
ræ currunt*, gehört gar nicht hierher. Es ist ganz unrichtig,
wenn man gewöhnlich diese Gesetzstelle so verstehen will, als
ob von Zeit der Uitcontrotestation an Zinsen zu laufen anfangen
sollen, welche vorher nicht hätten gefordert werden können. Es
ist vielmehr hier von der Fortdauer des Zinsenlaufes
oder von einer Mächtunterbrechung desselben die Rede.
Der Sinn ist also der, daß durch die Uitcontrotestation der Zin-
senlauf nicht aufgehoben werde. Es konnte allerdings Zweifel
entstehen, ob nicht durch die L. C. welche eine nochwendige
Novation bewirkt, L. 11. §. 1. L. 29. D. de novat. der
Lauf der Zinsen unterbrochen werde? Diesen Zweifel wollte
Paulus hier beantworten, wie sich aus L. 1. C. de judic.
ergiebt, wo die Kr. Sefer und Aysconin, unter denen
Paulus lebte, rescribiren; *iudicio coepro usurarum stipula-
tio non est perempta*. Verbindet man damit noch eine andere
Stelle,

Wer demnach mit Gründ die Rückzahlung verweigert, dem fällt kein Verzug zur Last; und er darf also auch seine Zinsen bezahlen⁽⁵⁹⁾. Dies kann aber hier der Beklagte so lange, als der Kläger nicht den Kreishum nachgewiesen, und den Beklagten von der Bezahlung einer Nichtschuld überzeugt hat. Also erst von dieser Zeit an tritt der Verzug des Beklagten ein, es mag jene Überzeugung durch eine gerichtliche oder außergerichtliche Interpellation bewirkt worden seyn.

b) Sind individuelle Sachen indebiti gegeben worden, so können diese mit allen Früchten und sonstigen Accessoriis auf die Novation übertragen werden. L. 3. *Novatio non cessat nisi novatur accessoria*.

Stelle, nämlich die L. 18. *D. de novat.* welche eben so, wie die L. 35. *D. de Usur.* aus PAULI Libro 57. *ad Edictum* genommen ist, und von welcher diese, aller Wahrscheinlichkeit nach, einen Theil ausmachte; so wollte Paulus die Wirkungen der freiwilligen und nothwendigen Novation einander entgegenstellen. Durch die erstere werden wir die Hauptverbindlichkeit auch alle accessorische Verbindlichkeiten aufgehoben, mithin auch der Kauf der Zinsen unterbrochen: *Novatione legitime facta, sagt Paulus L. 18. D. de novat. liberantur hypothecae et pignus, usurne non currunt.* Allein von ganz anderer Beschaffenheit ist die letztere. Denn da man durch Ausstellung einer Klage seine Lage nicht verschlimmern, sondern nur verbessern kann, so müssen auch, der Litigion entgegnet, die Zinsen fortlaufen. Dies ist es, was Paulus L. 35. sagen wollte. S. CUIACIUS Observat. Lib. XVIII. c. 3. Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XV. cap. I. und Ger. NOODT Tr. de foenore et usur. Lib. III. cap. 12.

58) L. 24. *D. de Usur.* *Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videretur fecisse moram;* utique, si iuste ad iudicium provocaverit. L. 63. *D. de reg. iur.*

cessionen zurückgesperrt werden⁵⁹). Die Klage geht also hier auf Zurückgabe in Natur, und nur, wenn dieses nicht mehr möglich ist, auf Erstattung des Werths⁶⁰). Jedoch ist hier ein Unterschied zu machen, ob die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, oder ob sie sonst durch die Handlung des Beklagten in einen solchen Zustand gerathen ist, wo es nicht mehr in der Gewalt derselben steht, die Sache in Natur zu restituiren. Im ersten Falle muss der Beklagte absolvirt werden. Denn für den Zufall darf er nicht hoffen, so lange ihm kein Vergug. zur Last fällt⁶¹). Es heißt hier: *Res perit ei, cui debes*⁶²). In dem letztern Falle hingegen restituirt er, was er von dem Empfangenen noch besitzt⁶³). Hat er also die Sache bona fide verkauft, so giebt er das dafür erhaltene Kaufgeld zurück, soweit er noch dadurch bereichert ist, wenn er auch die Sache noch so wohlfeil verkauft haben sollte⁶⁴). Hat er die Sache verschenkt, oder den indebiten Sklaven manumittirt, so vergütet er nichts, außer soweit er etwa durch

59) *L. 17. D. h. t. L. 15. pr. L. 26. §. 12. verb. Utputa fundi indebitum dedi, et fructus condico;* *L. 65. §. 5. D. h. t.*

60) *L. 26. §. 12. L. 65. §. 5. D. h. t.*

61) DONELLUS in *Comm. iur. civ. Lib. XIV. cap. 18.* sagt: *Re amissa casu, aut deteriore facta, quod quidem sine mera accipientis contigerit, detrimentum dantis est, non accipientis.*

62) *E. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. b.*

63) LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. §. 44.*

64) *L. 26. §. 12. D. h. t. Verb. Dedi hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.*

die Dienste des letztern etwas gewonnen haben sollte⁶⁵⁾). Denn weil das Eigenthum auf ihn übertragen war, so konnte er auch als Eigentümer mit der Sache nach seinem Gefallen schalten⁶⁶⁾). Er war zwar immer zur Restitution verbunden, allein wir sehen hier voraus, daß er die Sache, als eine ihm wirklich gehörende, in gutem Glauben angenommen habe. Aus allem leuchtet also die Wahrheit klar hervor, daß die condictio indebita immer nur insoweit begründet sey, als der Beklagte durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet. Franz Duaren⁶⁷⁾ kann diese Wahrheit, ihrer wichtigen Folgen wegen, nicht tief genug einprägen. Sed hic notandum est, sagt er: quod est observatione dignum, eum, a quo condicitur indebitum, eatenus damnari, quatenus sit factus locupletior. Nam si appareat, eum nihilo magis locupletiorem factum esse ex eo, quod solutum est, non condicetur ei solutum, licet indebitum solutum sit per errorem. Es läßt sich daher nicht füglich behaupten, wenn Hellfeld sagt, die condictio indebiti concurrire mit der condicione furtiva, wenn der Empfänger wissenschaftlich die Nichtschuld annahm. Eine solche Concurrentia läßt sich auch aus der angeführten L. 18. D. de condict. furtiva nicht wohl erweisen, wie sich gleich bey näherer Prüfung ergeben wird. Scavola, aus dessen libro IV. Quæstionum dieses Fragment entlehnt ist, sagt nämlich: Quoniam furtum sit, cum quis indebitos munios sciens acceperit, vindendum,

§ 4

65) L. 65. §. 8. D. h. t.

66) L. 21. C. Mandati. DONELLUS cit. loc. pag. 705.

67) Commentar. in h. Tit. cap. IX. Operum p. 916. Man sehe auch VOET Comment. ad Pand. h. t., §. 12.

dendum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat? Ex POMPONIUS *Epistolarum libra* 8. ipsum condicere ait ex causa furtivâ: sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit. Sed altera conditione ~~non~~ tollitur. Scavola geht hier von ~~sein~~ Grundsatz aus: derjenige begeht ein furtum, welcher, wohl wissend, daß er nichts zu fordern habe, nichts desto weniger in eigenem Namen von einem Andern eine Zahlung annimmt, der ihn irrigerweise für seinen Gläubiger hielt. Das Eigenthum des Empfangenen geht also nicht auf den falschen Gläubiger über. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er L. 43. pr. D. de furtis sagt: *Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quod acceperit, furtum facit, nec nummi eius fient*⁶⁸⁾.

Dass

68) Mehrere Rechtegelehrten wollen zwar einen Unterschied machen, ob der Zahler von freyen Stücken in der Meinung, daß er schuldig sey, die Zahlung geleistet habe, oder ob er durch den Betrug des falschen Gläubigers erst zur Zahlung verleitet worden sey. Nur in dem letztern Falle soll die wissenschaftliche Annahme einer Rechtsschuld ein Diebstahl seyn, aber nicht in dem ersten. So Ant. FABER in Rational. in Pand. ad L. 18. D. de condic. furt. mit Bartolus; auch ROTHIER in Pand. Iustinian. Tom. III. Tit. de furtis Nr. XXIII. not. k. pag. 402. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 22. Ja andere erfordern sogar, daß der falsche Gläubiger den Namen des wahren Gläubigers angenommen haben müsse, wie z. B. Barthol. CHESIUS Interpretation iuris Lib. I. cap. 37. nr. 15. sqq. In Iurisprud. Rom. et Attica Tom. II. pag. 194.). Allein wie wenig dieser Unterschied begründet sey, erhellt aus folgenden Gesetzstellen. L. 21. §. 1. L. 44. §. 1. D. de furt. L. 38. §. 1. D. de Solution. Die L. 80. §. 6. D. de furt. kann uns nicht entgegen stehen, da sie blos von einem falsus procurator redet.

Daß also die condictio furtiva begründet sey, leidet keinen Zweifel. Nur entstand aber die Frage, wenn mein Procurator aus Irrthum die Zahlung mit seinem Gelde für mich geleistet hatte, wem die condictio zustehe? Natürlich war es wohl, daß sie nur dem Eigenthümer zustehen könne, und dieser ist mein Bevollmächtigter⁶⁹⁾. Denn dieser ist eigentlich der Bestohlene. Nur er allein ist also zur condictio furtiva berechtigt, nicht ich, wenn gleich die Zahlung für mich geschehen ist. Wie aber, wenn ich die geschehene Zahlung genehmige? Nach diese Ratihabition berechtigt mich an sich noch nicht zur condictio furtiva. Sie kann mich zwar zur Entschädigung meines Bevollmächtigten verpflichten, aber nicht zum Eigenthümer machen. Meine Genehmigung hat indessen doch die Wirkung, daß ich nun selbst condicione indebiti gegen den falschen Gläubiger klagen kann. Klagt hingegen mein Procurator wegen der Genehmigung der geleisteten Zahlung gegen mich auf Schadloshaltung⁷⁰⁾, so kann ich ihn durch die exceptio dolimai nöthigen, daß er mir seine condictio furtiva cedire. Allein ohne Cession kann ich gegen den falschen Gläubiger nur mit der condicione indebiti klagen. Daß diese in den Worten: *sed et me condicere*, gemeint sey, erhellet

§ 5

aus

rebet. Beyde Meinungen hat ausführlich widerlegt *Iosn. ALTAMIRANUS* in Commentar. ad Libros Quaestionum Q. Cervidii Scaevolae. Tractat. IV. ad L. 18. D. de condict. furt. §. 6. sqq. (in MEERMANI Thes. iur. civ. et canon. Tom. II. p. 420. sq.)

69) *L. 1. D. de cond. furt.* In furtiva re soli domino condictio competit.

70) Die Ratihabition begründet nämlich die *actionem mandati*, weil sie einer Bevollmächtigung gleichgeachtet wird. *L. 12. §. 4. D. de Solution.*

aus der L. 80. §. ult. *D. de furt.* wo Papinian sagt: *Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit, et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit, nata est; cum Titii nummorum dominium non fuerit, neque possessio.* Sed CONDICTIÖNEM INDEBITI quidem Titius habebit; FURTIVAM autem, qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coepit, arbitrio iudicis ei praestabitur. Beiden zugleich kann also die condictio furtiva eben so wenig zustehen, als es möglich wäre, daß Zweyen das Eigenthum an einer und derselben Sache in solidum zustehen könnte, wie Anton Faber⁷¹⁾ sehr richtig bemerkt hat. Hier entsteht nun aber die Schwierigkeit, wie die condictio indebiti Statt haben könne, da diese auf Seiten des Beklagten eine Übertragung des Eigenthums vorauseht, welche aber hier nicht angenommen werden kann? Anton Faber hat sich hierauf nicht eingelassen. Allein Johann Altamiranus⁷²⁾ sucht diese Schwierigkeit auf folgende Art zu lösen. *Ego sic t' em hanc explicari posse existimabam, si dicam, non esse necessarium, ut indebiti condictio competat, dominium translatum esse in illum, cui indebitum datum est, si ille, qui petit, recte possit intendere, rem sibi dari oportere; ideo enim vel dominium, vel possessionem translatam, ut indebiti condictio competat, iura requirunt, quia ille, qui petit, non aliter intendere potest, sibi dari*

71) Rational. in Pand. ad L. 18. D. de condict. furt.

72) Commentar. ad Quaest. Scaevolae Tract. IV. ad L. 18. cit. Tom. II. *Thef. Meerman*, pag. 422.

dari oportere⁷³⁾). Quod si ille, qui condicit, rei solutae dominus non erat, neque possessio, recte, et si, qui accepit, dominus non fiat, condicere potest, ut sibi res reddatur, si aliquo iure, qui accepit, sibi obligatus est; quod evenit in proposito. Pone, quod cum procurator meus suos nummos indebito solverit scienter accipienti, ego ratum habui, qua rationabitione, quia mandato comparatur, mandati iudicio procuratori teneor, et perinde habetur, ac si ego solvissem: unde et si tu, quia scienter acceperisti, et furtum commisisti, dominus factus non sis pecuniae solutae: ego tunc recte intendere possum, ut rem, quae apud te est sine causa, mihi restituas; perinde enim mihi teneris, ac si ego solvissem, propter rationabitionem: quod cum furtiva condictione repetere non possum; quia mihi furtum factum non est, saltim indebiti condictio accommodabitur, quia aequitas fuggerit, ut res, quae mihi abest, quia procuratori mandati iudicio teneor, apud te sine causa non sit⁷⁴⁾). So wenig nun auch diese Ausfölung befriediget, so erhellt doch wenigstens soviel aus allem klar, daß wenn nur dem Eigentümmer des Geldes die condictio furtiva, mir aber wegen der Genehmigung die condictio indebiti zusteht, von einer Concurrenz dieser Klagen gar keine Rede seyn könne. Es würde auch eine solche Concurrenz einen offensbaren Widerspruch enthalten, da die condictio furtiva dem Eigentümmer, und die condictio indebiti dem Nichtheigentümmer zusteht⁷⁵⁾). Daher kann wohl die condictio indebiti, zu welcher ich in dem vorliegenden Falle berechtigt bin, keine andere, als die

con-

73) §. 14. I. de Actionib;

74) L. 14. L. 66. D. h. t.

75) CLUDIUS de condictione furtiva Cap. 5. nr. 7.

condictio incerti seyn, welche in einem solchen Falle, da weder dem Kläger, noch dem Beklagten, das Eigenthum der zu condicirenden Sache zusteht, nur auf den Besitz der Sache geht⁷⁶). Bei dieser *condictio incerti*, welche keine Übertragung des Eigenthums erfordert, ist es denn auch, wie schon oben bemerkt worden, gleichviel, ob der Beklagte in bona, oder mala fide ist⁷⁷). Wie wenig sich aber behaupten läßt, daß die *condictio indebiti* mit der *condictione furtiva* in dem Falle concurriren, da der Empfänger der Nichtigschuld in mala fide ist, erhellt noch besonders aus folgender Gesetzstelle. Paulus sagt d. 14. D. de *condict. causa data, causa non secut.* Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit: sed ipse dominus tenetur, ut TULIANUS scribit. Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repeteretur. Non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercep-

dente:
 76) Arg. L. 15. §. 1. D. h. t. Sed et si numimi alieni dati sunt, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur? quemadmodum si falso existimans, possessionem me tibi debere aliquius zei, tradidisset, condicerem.

77) Man führt zwar noch verschiedene Stellen an, woraus man beweisen will, daß es auch bei der *condictione indebiti certi* nicht darauf ankommen soll, ob der Empfänger in bona oder mala fide sei; als L. 37. und L. 65. §. 8. D. h. t. Allein diese Stellen sind schon oben erläutert worden. Vergleiche §. 827. not. 61. §. 74. auch voET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. f. pag. 377.

dentes, vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator; cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse. Es ist hier von dem Hause die Rede, daß man aus Irrethum an einen falschen Sachwalter eine Nachschuld bezahlt hat. Hier sind zwey Fälle zu entscheiden. Der Principal, in dessen Namen der Procurator die Zahlung annahm, hat entweder diese Handlung genehmigt. Hier hächst er, als ob ihm selbst die Zahlung geschehen wäre. Oder es ist keine Ratifikation erfolgt. Hier muß der falsche Sachwalter belangt werden. In Ansehung der Klage aber kommt es darauf an, ob sich der Procurator durch Annahme des Geldes in der Absicht, sich dasselbe zuzueignen, eines Diebstahls schuldig gemacht hat, oder nicht. In dem letzten Fall ist das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, und es kann gegen ihn die *condictio indebiti*⁷⁸⁾, oder, wenn die Zahlung unter der Bedingung geschah, dafern die Ratifikation erfolgen würde, auch die *condictio causa data causa non secuta* auf Zurückgabe derselben angestellt werden. In dem ersten Falle hingegen hat die *actio furte* auf das Doppelte; oder die *condictio furtiva* statt, weil hier das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergeangen ist. Es ist also auch hier von keiner Concurrentz der *condictio indebiti* oder *condictio causa data causa non secuta* mit der *condictione furtiva*, sondern von ganz verschiedenen Fällen die Rede, wie Anton Faber⁷⁹⁾ und Pothier⁸⁰⁾ auch sehr gründlich bemerkt haben.

c) Ist

78) L. 6. §. 1. et 2. D. h. t.

79) Rational. in Pand. ad L. 14. cit. Ant. FABER behauptet daher mit Recht, daß die Worte: *vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator*; disjunctive zu verstehen seien, und statt

c) Ist eine Geldschuld in Waren bezahlt, oder ein Grundstück an Zahlungs Statt gegeben worden; und behoves ist von größerm Werth, weil der Schuldner die Schuld aus Irrthum für größer hielt, als sie wirklich betrug; so kann in jenem Falle nur der Ueberschuss an Waren; im letztern aber das ganze Grundstück zurückgesfordert werden. Denn eine theilweise Restitution des letztern würde sonst den Kläger in die unangenehme Nothwendigkeit einer Gemeinschaft mit dem Beklagten versezen, wozu doch Niemand genöthiget werden soll. Hier bleibt also die vorige Schuld, jedoch braucht der Gläubiger das Grundstück nicht eher zurückzugeben, als bis er wegen seiner Forderung befriedigt ist. Ulpian hat diesen Fall *L. 26. §. 4. et 5. D. h. t.* entschieden. Es heißt daselbst: *Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi: competere repetitionem MARCELLUS libro 20. Digestorum* scribit; *et centum manere stipulationem.* Licet enim placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia: *nemo enim invitatus compellitur ad communionem.* Sed et conductio integrae rei manet, et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvat: tur. Idem MARCELLUS ait, si *pecuniam debens, oleum dederit pluris pretii,* quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum debens

cum quo vielmehr mit H also ander cum eo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse, zu lesen sey.

bens: superfluum olei esse repetendum, non totum, et ob hoc peremptam esse obligationem.

d) Ist eine Wohnung indebita gegeben worden, so muß sie zu Gelde angeschlagen, und zwar nach dem Preise berechnet werden, um welchen sie der Beklagte gemietet hat, nicht aber um welchen sie der Kläger vermietet haben würde. Dies lehrt Paulus L. 65. §. 7. D. h. t. wo er sagt: Habitatione data, pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses. Der Grund hiervon ist, wie Anton Faber⁸¹⁾ sagt, weil die condicatio indebiti nicht auf das Interesse des Klägers, sondern blos auf Herausgabe desjenigen geht, was der Beklagte durch das indebitum gewonnen hat. Nun befindet sich hier der Beklagte durch die gehörsene Habitation nur insofern reicher, als er unterdessen das Miethgeld erspart hat. In tantum enim locupletior es, sage auch Pothier⁸²⁾, in quantum pecuniae tuae pepercisti.

e) Die Früchte müssen nicht blos von Zeit der erhobenen Klage an, sondern nach der gesetzlichen Natur der Condictionen, von der Zeit an zurückgegeben werden, da der Beklagte die condicirte Sache erhalten hatte, soweit et nämlich dieselben noch besitzt⁸³⁾). Paulus sagt L. 15. pr. D. h. t. Immio et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in condicionem venient; und L. 38. §. 2. D. de Usur. heißt es: Item si indebitum fundum solvi,

81) Rational. in Pand. ad h. L. 65. §. 7. h. t.

82) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. e. pag. 377.

83) Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 18. pag. 706. und VINNIUS in Comment. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4.

solyi, et repetet, *fructus quoque repeterem debeo*. Doch können die Unkosten abgerechnet werden, wie eben dieser Paulus L. 65. §. 5. D. h. t. bemerkt, wo er sagt: *Ei, qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debent, deducta impensa*. Warum aber die Früchte zurückgesondert werden können, und nicht auch Zinsen, doch nach L. 34. D. de Usuris Zinsen die Stelle von Früchten vertreten, und beyde nicht von einander abgesondert werden sollen, hat einen ganz natürlichen Grund. Denn Früchte sind der natürliche Zuwachs einer Sache. Diese würden also dem Kläger gewiß zugefallen seyn, wenn er seine Sache behalten hätte. Allein Zinsen werden aus einer an sich unfruchtbaren Sache hervorgebracht. Sie entstehen nicht aus der Natur des Geldes. Denn das hat keine productive Kraft; sondern sie werden durch positive Bestimmungen des Rechts bezogen. *Usura non natura pervenit*, sagt Papinian L. 62. pr. D. de rei vindicat. sed iure percipitur⁸⁴⁾. Es ist also nicht gewiß, daß der Kläger Zinsen würde erhoben haben, wenn er auch sein Geld behalten hätte. Wenn daher dem Kläger die Früchte der Sache aus dem Grunde zugesprochen werden, weil er sie ja selbst erhalten hätte, wosfern die Sache in seinem Besitz geblieben wäre; so läßt sich dieser Grund nicht mit gleicher Stärke dazu gebrauchen, den Beklagten auch in die Zinsen zu verurtheilen⁸⁵⁾. Mag es nun auch gleich nach der angeführten

L. 34.

84) Man sehe auch L. 121. D. de Verb. Signif.

85) Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XI. Err. 1. IDEM Coniecturar. iur. civ. Lib. XV. c. 1. Ger. NOODT Tr. de foenore et usuris Lib. III. cap. 12.

L. 34. *D. de Usuris* wahr seyn, daß in vielen Fällen, z. B. bey den Verinächtissen und Fideicommissen, der actio tutelae, und den übrigen actionibus bonae fidei die Zinsen mit den Früchten gleiche Rechte haben; so kann doch wenigstens alsdann von dieser Verordnung kein Gebrauch gemacht werden, wenn die Gesetze bey gewissen Klagen, wie z. B. bey den Condictionen, nach der besondern Natur derselben, die Zinsen ausdrücklich ausschließen^{86).}

Noch ist zu bemerken, 1) wenn jemand im Namen eines Andern, z. B. als desselben Mandatar, eine Notschuld bezahlt, und diese der Empfänger in gutem Glauben angenommen hat; so kommt die condictio indebiti nicht dem Mandatar, sondern seinem Principal zu, für den er die Zahlung geleistet hat⁸⁷⁾; und es kommt hier nichts darauf an, ob der Bevollmächtigte mit seinen oder mit seines Principals Geldern bezahlt hat⁸⁸⁾). Es ahmt also auch hierin die condictio indebiti die Darlehnsklage nach⁸⁹⁾). Man sieht aber freylich voraus, daß der Bevollmächtigte

gür

86) S. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien.
i. Betr. S. 9. ff. Man vergleiche auch den 8. Th. dieses Commentars §. 591. S. 297.

87) L. 6. Cod. h. t. Si per ignorantiam facti non debitam quantitatē pro alio solvisti, et hoc, adito Rectore provinciae, fuerit probatum, hanc ei, cuius nomine soluta est, restitui eo agente providebit.

88) L. 46. L. 53. D. h. t. S. Iust. MEIERI Εὐδοξῶν iustinianor. Dec. IV. Cap. 6.

89) L. a. §. 4. L. 9. §. 8. D. de reb. credit. L. 2. Cod. per quas pers. nobis acquir. S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. S. 18. ff.

zur Zahlung den Auftrag gehabt habe, oder die Zahlung wenigstens nachher von seinem Principal genehmigt worden sey⁹⁰). Denn ist weder das eine noch das andere geschehen, so kann der Mandatar selbst die condictionem indebiti anstellen⁹¹). Weil jedoch die Condiction dem Bevollmächtigten hier gegen die Regel des strengen Rechts bloß der Willigkeit wegen gestattet wird, damit er nicht in Schaden gerathé, so wird diese Klage eine *condictio indebiti utilis* genannt. So sagt Pothier⁹²). *Hoc casu utili actione procurator répetet.* Alioquin in damno versaretur, cum a domino, qui hanc solutionem ratam non habet, non possit repetrere, quod eius nomine solvit: nec enim mandato contineri intelligitur, ut id, quod indebitum est, solvat.

Eben dies gilt auch 2) in dem Falle, wenn ein Wormund im Namen seines Pupillen eine Nichtschuld bezahlt hat. Hier kann eigentlich der Wormund die condictionem indebiti nicht in eigenem Namen anstellen, er mag mit seinem oder mit des Pupillen Gelde bezahlt haben. In der L. 6. §. ult. D. h. t. heißt es ausdrücklich: IULIANUS ait, neque *tutorem*, neque *procuratorem* solventes *repetrere posse*: neque *interesse, suam pecuniam, an pupilli vel domini solvant*. Dem Pupillen steht also eigentlich die *condictio ju*, wie Papinian lehrt L. 57. pr. D. h. t. Cum indebitum *impuberis nomine tutor numeravit, impuberis*

con-

90) S. voET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8.

91) L. 6. pr. D. h. t. Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti, LABEO libris Posteriorum scripsit.

92) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXVIII. not. i. p. 375.

condictio est. Nur dann, wenn der Wormund das Bezahlte in der Wormundschaftsrechnung nicht in Ausgabe gebracht hätte, kann er selbst und in eigenem Namen klagen. So entscheidet Scavola L. 67. §. 1. D. h. t. *Tutor creditori pupilli sui plus, quam debebatur, exsolvit, et tutelas iudicio pupillo non imputavit; Quare, an repetitionem adversus creditorem haberet? Respondit, habere.*

3) Hat jemand aus Irrthum eine Nichtschuld versprochen, und der dafür bestellte Bürge für den Promittenten aus gleichem Irrthume bezahlt; so kommt es darauf an, ob der Bürge im Namen des Promittenten, oder im eigenem Namen die Zahlung geleistet hat. In dem ersten Falle stellt der Promittent die condictionem indebiti gegen den Empfänger der Nichtschuld an, weil die Zahlung in seinem Namen geschehen ist. Der Bürge hingegen hält sich *ex causa mandati* an den Promittenten. Eine besondere Genehmigung wird von Seiten des Letzteren nicht erfordert. Denn wenn ich jemanden den Auftrag gebe, für mich Bürgschaft zu leisten, so liegt darin auch schon implicite eine Bevollmächtigung zur Zahlung. In dem letztern Falle hingegen klagt der Bürge gegen den Empfänger der Nichtschuld. Hat er aber das Ganze nicht zurück erhalten können, so bleibt ihm unbenommen, mit der *actio mandati* seinen Regress gegen den Promittenten zu nehmen. Er muß nur von dem Grunde der Nichtschuld keine Wissenschaft gehabt haben, weil es ihm sonst zur Last fallen würde, daß er Zahlung geleistet hätte. Dies ist der Sinn folgenden merkwürdigen Fragmentes aus des Celsus Libro 6. Digestorum, welches L. 47. D. h. t. so lautet:

indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam, qui pro te fideiussor, solvit: Ego existim, si nomine tuo solverit fideiussor, *te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore.* Nec exspectandam est, *ut ratum habeas:* quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur. Si autem fideiussor *suo nomine* solverit, quod non debebat, *ipsum a stipulatore repetere posse:* quoniam indebitam iure gentium pecuniam solviti Quominus autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te mandati *iudicio* consecuturum; si modo, per ignoranciam, petentem exceptione non summovet: Bon dem letztern Falle, da der Bürge in eigenem Namen Zahlung geleistet hat, ist auch das Gutachten Aßrikans L. 38. §. 3. D. h. t. zu verstehen: Legati satis accepi; et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit, indebitum fuisse legatum; posse eum repetere existimavit, wie Pothier⁹³⁾ sehr richtig bemerkte hat. Warum es aber in diesem Falle anders sey, als in jenem, wo der Bürge im Namen des vermeintlichen Schuldners bezahlt hat, erklärt Anton Faber⁹⁴⁾ auf folgende Art sehr gründlich: Quoties de indebiti condictione quaeritur, illud maxime inspiciendum est, non tam a quo, *quam cuius nomine solutum fit.* Nam quemadmodum, si veri debiti causa praecederet, per solutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine solutum esset, non solvens ipse, qui nihil deberet; ita liberatione nulla subsequente, quia nulla praecessit obligatio, condictionem ei competere dicendum est, qui ea solutione liberaretur, si qua

93) Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXVII. in fin. pag 375.

94) Rational. in Pand. ad L. 47. D. h. t.

qua obligatio praecessisset. Id enim consequens est ei, quod dicitur, *solutionem, quae non parit liberationem, patere condicione, et contra⁹⁵*). Cui ergo alii acquiratur conditio, quam ei, cui esset acquisita liberatio, si solutum debitum fuisset? Atqui non alii acquiri potuit liberatio, quam vero debitori, cuius nomine facta solutio fuisset, ergo nec alii acquiri conditio potest. Igitur et fideiussor sibi parat condicione, qui *suo nomine* solvit, quia et *is* liberaretur, si pro quantitate debita fideiussisset, et haberet debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamvis eadem solutione et debitor ipse liberaretur. Sed non quemadmodum liberatio communis est reo et fideiussori ex solutione; quam alteruter eorum fecerit⁹⁶), ita et conditio utrique communis esse potest: idcirco enim liberatio communis utrique est, quia licet duplex sit obligatio, una rei, altera fideiussoris, utriusque tamen una et eadem causa est, quae unica solutione tollitur. *At cum nulla praecessit obligatio, nihil est, quod communem utrique acquirere possit condicione, sed illud necessario inspiciendum est, cuius nomine solutio facta sit, quae distinctio in hoc tractatu sicut praecipua, ita perpetua est.*

Endlich 4) wenn von zwey Correalschuldnern jeder aus Getrum das Ganze bezahlt hätte, so haben entweder beide zu gleicher Zeit gezahlt, oder zu verschiedenen Zeiten. Im ersten Falle ist jeder die Hälfte dessen, was er bezahlt hat, zurückzufordern besuge. Si duo rei, sage Pompeius

95) L. 26. §. 4. et §. 13. L. 32. §. 1. et L. 63. D. b. t. L. 34. §. ult. D. de Solution.

96) §. 1. 1. Quib. mod. toll. obligat.

nus L. 19. §. 4. D. h. t. qui decem debabant, viginti pariter solverint: CELSUS ait, si singulos quina repetituros: quia, cum decem deberent, viginti solvissent: et quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt. Eben dies gilt auch in dem Falle, wenn der Hauptschuldner und sein Bürge zu gleicher Zeit die Schuld ganz bezahlt haben, wie aus L. 20. D. eodem. erhelllet, wo Julian sagt: Si reus et fideiussor solverint pariter, in hac causa non differunt a duobus reis promittendi: quare omnia, quae de his dicta sunt, et ad hos transferre licet. In dem andern Falle hingegen kommt die conditio indebiti demjenigen zu, welcher zuletzt zahlte; weil dieser allein die Nichtschuld bezahlt hat. Eben dies gilt auch dann, wenn mehrere Bürigen des Hauptschuldners zu verschiedenen Zeiten mit demselben in zerteilten Posten, in der Summe aber mehr, als den Betrag der Schuld, bezahlt haben. Hier macht die letztere Post, soweit sie den Betrag der schuldigen Summe übersteigt, den Gegenstand der Rücksforderung aus. Ulpian giebt diese Entscheidung L. 25. D. h. t. in folgendem Falle: Cum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria solvisset, et postea fideiussores quina, placuit eum, qui posterior solvit, repetere tria posse. Hoc merito, quia tribus a reo solatis, septem sola debita supererant: quibus persolutis, tria indebita soluta sunt⁹⁷⁾).

97) S. Fr. DVAREN Comm. ad h. Tit. cap. 8. Oper. p. 914.
und Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 19. §. 4. D. h. t.

Lib. XII. Tit. VII.

De condictione sine causa,

§. 836.

Begriff. *Condictio sine causa generalis und specialis. Certi und incerti.*

Die *condictio sine causa*⁹⁸⁾ hat dies mit allen den Condictio-
nen, von denen wir bisher gehandelt haben,
gemein, daß sie dem Nichteigenthümer gegen denjenigen zu-
sieht, auf den die Sache des Klägers eigenthümlich über-
tragen worden ist. Sie findet daher nicht Statt, wenn
dem Kläger sein Eigenthumsrecht unverändert verbleben
ist, und daher die Reivindication angestellt werden kann.
Ulpian sagt ausdrücklich *L. ult. in fin. D. Usufr. quem-
admod. caveat*, die *condictio sine causa concurrere* nicht
mit der Reivindication, *quia nemo rem suam, nisi furi, con-
dicere possit*. Man sieht es auch daraus, wenn eine Ehen-
fung unter Ehegatten revocirt wird, so wird immer in den
Gesetzen⁹⁹⁾ der Unterschied gemacht, ob die geschenkte Sache

M 4

che

98) Alb. ELERS Diss. de condictionis sine causa fundamento et
usu, praef. Nicol. PRAGEMANN def. Jenae 1718. und Frid.
Ul. PESTEL Diss. de condictione sine causa. Rintelii 1726.

99) L. 5. §. fin. L. 6. L. 33. §. 1. L. 39. L. 48. D. de do-
nat. inter vir. et uxor.

che noch in Natur vorhanden, oder consummirt ist, jedoch so, daß sich der beschenkte Ehegatte dadurch reicher befindet. In dem ersten Falle wird dem Schenker die rei vindicatio, in dem andern aber die condictio sine causa ge- stattet. Ganz recht sagt daher Cuijaz¹⁰⁰): Nunquam re- curritur ad condictionem sine causa, nisi quum rei vindicatio cessat.

Es ist ferner zu bemerken, daß zwar in allen den Fäl- len, in welchen die condictio causa data causa non se- cuta¹), ferner die condictio ob turpem vel iniustam causam²), und die condictio indebiti³) Statt hat, mit Recht gesagt werden kann, der Beklagte besitze das, was von ihm zurückgesordert wird, *sine causa*, oder *non ex iu- sta causa*, d. i. ohne einen gültigen Rechtsgrund⁴). Allein die Condictione *sine causa*, von welcher wir hier reden, ist nur dann begründet, wenn sonst keine der bisher genann- ten Condictionen Statt findet⁵). Sie ist also im ei- gent-

100) Tractat. II. ad Africanum ad L. 23. D. de rebus credit.

1) L. 10. D. de condict. caus. data caus. non secuta. L. 1. §. 1. et 2. D. h. t.

2) L. 6. D. de condict. ob turp. v. iniust; caus. S. MÜLLER ad Struvium Exercitat XVIII. Thes. 19. not. a.

3) L. 66. D. de condict. indeb. L. 1. pr. et §. 2. D. h. t. L. 3. D. eodem.

4) Das Wort *Causa* bezeichnet hier, wie HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. sagt; negotium habile ad obligationem pro- ducentam.

5) S. CUJACII Tract. II. ad African. l. c. Ohne Grund tabelt ihn deshalb ANT. SCHULTING Thesium controversar. Dec. XLIV. Th. 10. Man sehe auch THIBAUT Syst. d. P. R. 2. B. §. 986.

gentlichen Sinn diejenige persönliche Klage, wodurch eine Sache, welche zwar auf den Beklagten eigenthümlich, jedoch entweder ohne einen anfänglich gültigen, oder ohne einen fortdauernden Rechtsgrund übertragen worden ist, mit Früchten und Accessionen, aber ohne Zinsen, in einem solchen Falle zurückgesordert wird, wo der Kläger deshalb weder die Eigenthumsklage, noch sonst eine der übrigen bisher genannten Condictionen anstellen kann ⁵⁾.

Nach der gewöhnlichen Theorie pflegt man jedoch die *Condictionem sine causa* in *generalem* und *specialem* einzuteilen, und daher mit dieser Klage einen noch ausgedehtneren Begriff zu verbinden. Man sage nämlich die *Condictio sine causa* werde im weitern Sinne diejenige persönliche Klage genannt, wodurch man von dem Andern etwas zurückfordert, was derselbe mit Recht nicht behalten, oder geltend machen kann, ohne sich unbilliger Weise mit

M 5

unserm

6) Wenn Westphal in seinen Rechtsgutachten I. Th. h. t. §. 1.

S. 80. sagt: „*Condictio sine causa* wird gebraucht, wo der andere Theil mit unserm Schaden sich bereichern würde, wenn er uns nicht entschädigte, ob er gleich von Anfange das Eigenthum unserer Sachen erlangt, welches er aber entweder schon da mit unserem Schaden zum unbilligen Gewinn gehabt, oder wenigstens in der Folge dergestalt behalten würde; so fehlt es diesem Begriff, so wie den meisten, an gehöriger Präcision. Unrichtig aber ist es, wenn LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 2. sagt: *Est autem Condictio sine causa actio personalis, qua quis repetit rem ad se pertinentem, et apud alium sine causa existentem,* obwohl I. Ortw. WESTENBERG de causis obligationum Diss. VII. Cap. 4. §. 1. und MÜLLER ad Struvium Exercit. XVIII. Th. 45. not. a. diesen Begriff auch zu dem iibrigen gemacht haben.“

unserm Schaden zu bereichern. Diese theilt man denn in condictionem sine causa generalem und specialem ein, sofern sie entweder mit andern Condictionen concurrit, oder in einem solchen Falle angestellt wird, wo sonst keine der übrigen Condictionen Statt findet ⁷⁾). Die Stellen, welche hierher gehören, lauten so.

L. I. pr. D. h. t. Est et haec species condictionis, si quis *sine causa* promiserit, vel si solverit quis *indebitum*. Qui autem promisit *sine causa*, condicere quantitatem non potest, quam non dedit: sed ipsam obligationem.

Allein hier ist eigentlich von der *condictione indebiti* die Rede. Daß der Empfänger das ihm aus Irrthum Gebene *sine causa* besitzt, ist außer Zweifel; daß aber die *Condicio sine causa* deswegen Statt finde, wird nicht gesagt.

L. I. §. 1. D. eodem. Sed et si ob causam promisit, *causa tamen secuta non est*, dicendum est, *condictionem locum habere*.

Hier ist von der *condictione causa data causa non secuta* die Rede.

L. I. §. 2. D. eod. Sive ab initio *sine causa* promissum est, sive fuit *causa promittendi*, quae finita, vel *secuta non est*, dicendum est, *condictioni locum fore*.

Diese

⁷⁾ S. VOET in Comm. ad Pand. h. t., §. 1. NOACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4002. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 489. Schmidt im Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1374.

Diese Stelle passt auf alle bisher genannte Arten der Condictionen; aber auch auf die *condictio sine causa*. Eben so auch

L. I. §. 3. D. eodem. Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum per-
venit, vel credit ad non iustum causam.

Die *Condictio sine causa* findet nun besonders in fol-
genden drey Fällen statt.

I. Wenn das Geschäft, wodurch der Beklagte dasje-
nige, was von ihm zurückgesfordert wird, erhielt, an sich
nichtig ist, und daher von Anfang an kein gültiger Rechts-
grund vorhanden war. Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß dem Kläger nicht der Einwand entgegen stehe,
er habe wissenschaftlich wider die Gesche gezaht, oder die Sache
freywillig dem Beklagten übergeben ⁸⁾). Denn hier
kann man eigentlich das Gegebene von dem Empfänger
nicht zurückfordern, wenn nicht gesetzliche Vorschriften in
einzelnen Fällen eine Ausnahme machen ⁹⁾). Hierher ge-
hören folgende Fälle.

a) Wenn der Beklagte das, was von ihm zurückge-
fordert wird, durch ein verbotenes Spiel erhielt. Eine
besondere *Condictio ex L. 3. Cod. de aleator.* hier anzu-
nehmen.

8) L. 1g. pr. D. de reb. cred. G. THIBAUT Syst. des P. R.
s B. §. 986.

9) G. Webers Syst. Entwicklung der Lehre von der natürli-
chen Verbindlichkeit §. 75 — 77. THIBAUT Syst. 1. B. §. 82.
Ich habe davon in dem vorigen Titel §. 834. G. 124. ff. aus-
führlicher gehandelt.

nehmen, wie viele ¹⁰⁾ wollen, ist darum nicht nöthig, weil es in dem Gesetz heißt: *et competentibus actionibus repetatur*. Eine andere Condictio, als die *condictio sine causa*, aber läßt sich nicht füglich anwenden ¹¹⁾). Denn der *condictioni indebiti* würde entgegen stehen, daß das Spiels geld wissenschaftlich und nicht aus einem Irrthum gegeben worden. Nun sagt Pomponius L. 50. D. de cond. indeb. *Quod quis sciens indebitum dedit, hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.* Die *condictio ob turpem vel iniustam causam* aber kann darum nicht Statt finden, weil diese nach L. 8. D. de cond. ob turp. caus. wegfällt, si et dantis et accipientis turpis causa fit ¹²⁾).

b) Wenn ein Heyrathsgut in einem solchen Falle gegeben worden, wo die Ehe durchaus nichtig ist. Denn zwischen Personen, denen die Gesetze die Ehe schledterdings verbieten, kann natürlich das Versprechen eines Brautschages nicht verbindlich seyn: Aus eben dem Grunde sollte denn aber auch die Zurückforderung des Gegebenen, den Fall des Irrthums abgerechnet, nicht Statt finden. Allein die Gesetze machen auch hier eine Ausnahme, und gestatten eine Condictio sine causa. Merkwürdig ist folgendes Gutachten des Papinian.

L. ult.

10) S. Io. Lud. LANGGUTH Exercitat. super usu condictionis lusu perdit ex L. ult. Cod. de aleator. Lipsiae 1762. Und Christ. Frid. POHL Progr. de condictione lusu perdit ex L. ult. C. de Aleator. zu Gust. Bened. Henr. HAENSEL Diss. inaug. de natura delictorum. Lipsiae 1809.

11) S. WEBER zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden. §. 1374. not. m. §. 948.

12) Vergl. POHL eit. Progr. p. 11. und WEBER von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. §. 333.

L. ult. D. b. t. Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit: an eandem repetere possit, quae situm est? Dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem; et in deficto pari potiorem esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem fecutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse: cum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequirit. Non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse.

§. I. Noverca privigio, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. Cessare conditio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur: atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Conditio igitur competit¹³⁾.

Es

13) THOMASIUS in Schol. ad HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. glaubt, Papinian rebe hier nicht von der condictione sine causa, sondern von der condictione ob turpem causam. Allein man erwidige nur Papinians Gründe, so widerlegt sich diese Meinung von selbst. Sehr treffend hat sie Huber abgefertigt, wenn er in seiner *Responsio* sagt: Ponamus in conspectu petitionem mulieris: Si condictionem ex turpi causa moveat, hoc modo agere debet: *Quando tibi avunculo seu vitrico meo dredi dotem, et matrimonium inter nos turpe foret, peto ut reddas, quod turpiter accepisti.* Valde fallor, si PAPINIANUS non neget, hoc modo agi posse. Vult in hunc modum agi: *Quando tibi vitrico dotem dedi, et matrimonium inter nos sequi non potest, ac ideo dos sine causa penes te residet, peto, ut eam mihi restituis,* — Non potest mulier satio iuris sensu turpitudinem dationis urgere contra accipientem, et ab

Es würde in der That etwas leichtes seyn, mit Papinius Argument die ganze Vorschrift der Gesetze, welche in Fällen, wo beyde Theile einen verbotenen Zweck vorhaben, die Zurückforderung verwirft, und welche hier Papinian selbst als einen Zweifelsgrund ansführt, in der Anwendung zu vereiteln, wenn es nur darauf ankommt, den nächsten Zweck des Gegebenen bloß als nichtig darzustellen¹⁴⁾). Allein gerade dies muß uns lehren, daß seine Entscheidung nur auf den einzelnen Fall, wovon er redet, als Ausnahme einzuschränken sey, außerdem aber es bey der gedachten Regel bleiben müsse, wie auch Weber¹⁵⁾ hier bey sehr gründlich bemerkt hat.

c) Wenn Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, und daher nicht die Fähigkeit haben, über das Thri-ge eigenmächtig zu disponiren, als Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender u. dgl. ohne vormund-schaftliche Einwilligung contrahirt, und bezahlt haben. In his personis, sagt Ulpian L. 29. D. de condic. indeb. generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur.

2) Wird

se amoliti turpitudinem, quae iuri gentium repugnat, ut PA-
PINIANUS ait in §. i. L. ult.

14) Man hat mit Recht dagegen eingewendet, daß der Grund, womit Papinian hier die Zulässigkeit der condicatio sine causa rechtfertigen will, zu viel beweise, und daß sein Zweifelsgrund stärker als der Entscheidungsgrund sei. Man sehe jedoch ULR. HUBER Eunom. Roman. ad L. 5. D. h. c. pag. 527. welcher den rdm. Juristen verteidigt, und die Entscheidung derselben noch durch andere Gründe zu untersuchen gesucht hat. Sie beziehen sich indessen auch nur auf den besondern Fall, von dem Papinian redet.

15) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 334. f.

2) Wird zur Begründung der *condictio sine causa* erforderlich, daß die Sache nicht mehr in Natur vorhanden sei, und daher wegen des erloschenen Eigenthums nicht vindicirt werden könne. Denn der Eigenthümer kann seine Sache, außer dem Fall, da sie ihm gestohlen worden, nicht condiciren¹⁶). Nun ist hier das Eigenthum, aus Mangel eines gültigen Rechtstitels, nicht auf den Empfänger der Sache übergegangen¹⁷). Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, so ist sie entweder bey dem Empfänger durch Zufall zu Grunde gegangen; oder er hat sie consummirt. Im ersten Falle findet gegen den Empfänger keine Klage weiter Statt. Denn die Gefahr muß derjenige Theil tragen, bey dem das Eigenthum verblieben ist¹⁸). Nur in dem letzten Fall ist daher die *condictio sine causa* begründet. Jedoch seht diese Klage,

3) noch voraus, daß der Beklagte das Empfangene bona fide consummit habe. Denn ist die Consumtion mala fide geschehen, so findet eigentlich die *condictio ob iniustam causam*¹⁹), oder die *actio ad exhibendum* Statt, mit welcher zugleich alles durch den Eid des Klägers auszumitstelnde Interesse gefordert werden kann²⁰). Der Unterschied zwischen beyden Fällen besteht vorzüglich darin, daß

16) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadmod. caveat.*

17) *L. 48. D. de donat. int. vir. et uxor. Quae iam auptae maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare.*

18) *L. 28. pr. L. 50. §. 1. D. eodem.*

19) *L. 3. Cod. de Condict. ex Lege. S. oben §. 826. S. 68.*

20) *S. L. 3. §. 2. D. ad exhibend. BOEHMERI Doctr. de Actionib. Sect. II. Cap. V. §. 32. und SCHMIDIS Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Th. §. 1374.*

In dem erstern der Beklagte nur soweit haftet, als er durch die Consumtion sich noch reicher befindet, in dem letztern aber schlechterdings²¹⁾). Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte hinlänglich bestätigen.

L. 23. D. de rebus credit. Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim: mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, IULIANUS ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Es wird hier von den Auslegern²²⁾ ein solcher Fall angenommen, wo eine Sache per vindicationem war legirt worden. Hier gieng das Eigenthum nach dem Tode des Testirers recta via auf den wahren Legator über, auch ohne dessen Wissen²³⁾. Es konnte also auf mich nicht übertragen werden. Denn der gute Glaube allein, als ob mir die Sache vermacht sey, konnte mich ohne einen gültigen Rechtstitel nicht zum Eigenthümer machen. So lange ich indessen die Sache im Besitz hatte, konnte sie der Erbe mit der condictione indebiti zurückfordern, zwar nicht mit der condictione certi, weil das Eigenthum nicht auf mich war

21) PRAGEMANN cit. Diff. de conduct. sine causa fundamento §. 13. sqq. und mit ihm Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1378. am Ende verwerfen zwar diesen Unterschied. Allein mit welchem Recht? werden die oben angeführten Gesetzstellen ausweisen.

22) S. Ant. FABRI Rational. in Pandect. ad L. 23. D. de reb. credit. Em. MERILLI Comm. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad cit. L. 23. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. T. III. pag. 679.)

23) L. 80. D. de legat. II. L. 64. D. de furtis. L. 3. §. 2. D. de legat. III.

wär übertragen worden, aber doch mit der condictione incerti, welche in einem solchen Falle, da eine fremde Sache indebita gegeben worden ist, nach der Lehre des Paulus L. 15. §. 1. *D. de condict. indeb.* auf Restitution des Besitzes geht. Allein ich hatte die Sache verkauft. Gegen den dritten Besitzer hat die Condictio indebita nicht Statt, sondern hier kommt es darauf an, ob die Sache noch vorhanden ist, oder nicht. Im ersten Falle muß sie der wahre Legatar, als sein Eigenthum, vindiciren, und der Käufer muß ihm die Sache unentgeldlich herausgeben²⁴⁾). Gegen mich findet hier kein Anspruch Statt, denn ich habe nicht dolo zu besitzen aufgehört²⁵⁾). Nur der Käufer kann im Falle der Entwährung gegen mich seinen Regress nehmen²⁶⁾). In dem letztern Falle hingegen, da die Sache nicht mehr existirt, hastest du dem Legatar, oder dem Eigenthümer wegen des Werths mit der *condictione sine causa*, soweit ich dadurch bereichert worden bin²⁷⁾). Hätte ich die Sache mala fide verkauft, so könnte ich als ein solcher, qui dolo possidere desiit, entweder

actione

24) *L. 3. L. 23. Cod. de Rei vindicat.*25) *L. 36. pr. D. de rei vind.*26) *L. 11. §. 18. D. de act. emti. vend.*

27) Fast alle Ausleger sind darin einverstanden, daß hier die *condictio sine causa* gemeint sey, wenn das Gesetz sagt: *posse te mihi pretium condicere.* **S. CUJACIUS** Tract. II. ad Africanum ad *L. 23. D. de reb. cred.* **MERILLIUS** in Commentar. ad eand. *L. 23.* (in *Thes. Otton. T. III. pag. 679.*) **GUIL. BARCLAIUS** in Comment. ad eand. *L.* (bey OTTO ib. pag. 877.) Nur **ANT. FABER** in Rational. in Pand. ad *L. 23.* cit. nimmt hier eine eigene *condictio ex lege* an, wozu aber kein hinlänglicher Grund vorhanden ist.

actione in rei utili, oder ad exhibendum auf Leistung des vollen, durch das iuramentum in litem zu bestimmenden Interesse, belangt werden²⁸). Hier käme es denn auch nicht weiter darauf an, ich möchte durch den Verkauf der Sache reicher geworden seyn, oder nicht²⁹).

L. 30. pr. D. de action. emti et vend. Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam subripuit, interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait: id est, ipso iure ob id factum minutum esse peculium: eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset: tamen in proposito et retentionem me habiturum, et si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quae dicendum, si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu, ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris, et consumseris, condictio eo nomine mihi adversus te competit, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Hier ist der Fall, wo ein Sklave, den Jemand mit dem Pekulium von seinem Herrn gekauft hatte, den Verkäufer

28) *L. 36. §. 3. D. de heredit. petit. L. 17. L. 27. §. 3. D. de rei vindicat.*

29) *S. cujacius Tract. II. ad African. ad L. 23. D. de reb. credit.*

käufer, seinen gewesenen Herrn, bestiehlt. Afrikanus, aus dessen *libro 8. Quaestionum* dieses Fragment genommen ist, unterscheidet dabei folgende Fälle.

1) Der Diebstahl ist noch vor der Uebergabe geschehen, und dann ist entweder

a) die gestohlene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen. Hier konnte sich der Verkäufer,

aa) so lange er das Peculium des Sklaven in Händen hatte, durch eine Retention helfen. Denn es wird durch diese Schuld das Pekulium ipso iure vermindert, weil ein Pekulium immer nur nach Abzug der Schulden gerechnet werden darf³⁰⁾). Ist auch das Gestohlene nicht mehr da, so bleibt doch die Schuld, weil ein Dieb durch den Untergang der Sache nicht von seiner Verbindlichkeit befreyet wird³¹⁾). Denn auch der Sklave wird immer insoweit wenigstens naturaliter aus einem begangenen Diebstahl verbindlich, als die *condictio furtiva* gegen einen freyen Menschen Statt findet, wenn dieser einen Diebstahl begangen hätte³²⁾). Hätte jedoch

bb) der Verkäufer den Sklaven mit dem Pekulium übergeben, und aus Versehen den Werth der gestohlenen Sache abzuziehen vergessen, so würde er doch auch noch in

30) *L. 6. et 8. D. de peculio legato.*

31) *Semper enim moram fur facere videtur. L. 8. D. de condict. furt.*

32) Dies ist der Sinn der Worte: *eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus*, wie sie Rothier in Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XVIII. Tit. 6. Nr. IV. not. c. pag. 509. erklärt hat.

diesem Falle mit der condicione indebiti das Zubielgegenbene wieder zurückfordern können³³). Nun sehe man aber den Fall,

b) der Käufer habe das von dem gekauften Sklaven gestohlene Geld in gutem Glauben, als zum Pekulium gehörig, angenommen, und consumirt. Hier kann der Verkäufer mit der *condicione sine causa* auf Erstattung desselben klagen, weil es der Käufer ohne allen Rechtsgrund erhielt. Ganz anders verhält sich hingegen die Sache,

2) wenn der Sklave den Diebstahl erst nach der Übergabe begangen hätte. Hier hat entweder gar keine *actio de peculio*, oder die *condictio furtiva* nur insoweit Statt, als durch das Gestohlene das Pekulium bereichert worden ist. Denn außerdem fanden aus den Verbrechen der Sklaven keine *actiones de peculio* Statt, wohl aber *Moralflagen*³⁴).

L. 5. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revoca-

33) Die L. 51. D. de condic. indeb. wo Pomponius sagt: Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus, repetrere non possumus; steht nicht entgegen. Denn hier ist blos von einer Retention die Rede, welche durch Hülfe einer Exception, nicht aber von einer solchen, welche *ipso iure* geschiehet. Die letztere schließt condicionem indebiti nicht aus. L. 5. §. ult. D. de impens. in res dotal. fact.

34) Man vergleiche über dieses Fragment Iac. CUJACII Tractat. VIII. ad Africanum ad L. 30. D. de action. emti et vend. ANT. FABRI Rational. in Pand. ad L. 30. cit. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht u. §. 604. S. 455. f.

vocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut, si quidem exstet res, *vindicetur*: si consumta sit, *condicatur* hactenus, *quatenus locupletior quis eorum factus est*.

L. 6. D. eodem. Quia, quod ex non concessa donatione retinetur, id aut *sine causa*, aut *ex iniusta causa* retineri intelligitur: ex quibus causis *conditio nasci* solet.

L. 33. §. 1. D. eodem. Si uxor marito annum³⁵⁾ versa vice praestiterit, restituetur ei hoc, et poterit *vindicare* id, quod exstat: credo, poterit et *condicere*, in quantum *locupletior factus est*: quia non tam solemne est annum, quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito praestat³⁶⁾; immo incongruens est, et contra sexus naturam.

N 3

L. 39.

35) Das *annum* wird hier als eine Art von Schenkung betrachtet. Eben so auch *L. 22. D. de pact. dotal.* Es kann also wohl kein bloßer Unterhalt seyn, wie es BRISONIUS de Verb. Signif. v. *Annūm* num. 2. erklärt, weil Ehegatten dazu einander gegenseitig verbunden sind. Zwar kann es auch in solchen Sachen bestehen, die sonst zum Unterhalt gehören, als *cibaria* und *vestaria*. *L. 20. D. de annuis leg.* allein auch in Geld und andern Sachen, die ein Ehegatte dem andern jährlich zu schenken versprochen hat. G. CORN. VAN BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 18.

36) Einige wollen hier lesen: *quia non tam solemne est annum, quod uxor marito pendit, et quod maritus uxori praestat.* B. Scip. GENTILIS de donationib. inter Vir. et Ux. pag. 201. Allein es ist hier eine Hysterologie vorhanden, von welcher wir mehrere Beispiele in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrte

L. 39. D. eodem. Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit. Quaero, utrum vir eam summam petere debeat, an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset? Respondi, inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia exstat, vindicare eam debitor potest. — Sed si pecunia non exstat, et mulier locupletior facta est³⁷⁾), maritus eam petet: intelligitur enim ex re mariti locupletior esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.

L. 16.

gelehrten finden. S. ECKHARDI Hermeut. iuris Lib. I. Cap. III. §. 96. und PÜTTMANNI Interpretat. et Observat. iuris Rom. Cap. VII. §. 1.

37) Viele glauben, nur bey Schenkungen unter Ehegatten werde beim Wiederrufe darauf gesehen, ob der Beschenkte durch die Consumption reicher geworden sei. Dies sei also eine Ausnahme, welche in allen andern nicht ausgenommenen Fällen die Regel bestätige. Der Grund liege in der Natur einer solchen Schenkung, welche nur insofern nicht gelte, als der Schenkende dadurch ärmer, der Beschenkte aber reicher geworden ist. L. 5. §. 8. L. 16. L. 25. D. eod. Allein wir reden ja hier überhaupt nur von einem solchen Falle, wo das Geschäft, dadurch der Beklagte dasjenige, was von ihm zurück gefordert wird, erhielt, an sich nichtig ist, und keinen zur Verjährung geeigneten Titel giebt. Hierzu kommt, daß es überhaupt bey den Condictioen Grundsatz ist, daß der donee fidei possessor nur insoweit haftet, als er noch durch das Empfangene bereichert ist. Nam hoc natura aequum est, sagt Pomponius L. 14. D. de condic. indeb. neminem cum alterius detimento fieri locupletiorem.

L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor. Si praedium — in pupillari aetate constituta; tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, venundedisti; secundum sententiam Senatus-consulti dominium eius, sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, condicione competere constituit.

Es wird hier ein Rechtsirrthum vorausgesetzt. Dieser hindert die Entstehung eines zur Verjährung erforderlichen Rechtsgrundes³⁸⁾). Daher müssen auch die fructus consumti restituirt werden³⁹⁾), die sonst der bonae fidei emtor lucrit⁴⁰⁾).

L. 29. D. de conduct. indeb. Interdum persona locum facit repetitioni: utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. Nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et, siquidem exstant nummi, vindicabuntur, consumtis vero, conductio locum habebit⁴¹⁾).

N 4

II. Die

38) L. 31. pr. D. de usurpat. et usucap. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 297. S. 143.

39) Aber doch nur soweit der Beklagte dadurch sich reicher befindet. Denn wenn gleich der Rechtsirrthum nichts zur Usucaption hilft, so schabet er doch nicht, sofern von der Restitution der Sache und Abwendung eines Schadens die Rede ist. L. 8. D. de iuris et facti ignor. S. den 7. Theil dieses Commentars §. 567. S. 543.

40) L. 2. Cod. Si quis ignorans rem minor. esse. L. 48. D. de acquir. rer. dom.

41) Ganz füglich könnte zu dieser Classe von Gesetzen auch die L. 32. D. de rebus credit. gerechnet werden, aus welcher man die

II. Die condictio sine causa hat Statt, wenn ich dem Andern eine Sache in der Hoffnung und unter der Bedingung einer Gegenleistung gegeben habe, und diese Leistung nicht erfolgt ist, auch die condictio causa data causa non secuta nicht wohl angestellt werden kann. Aufrikan sieht diesen Fall jenem gestern ganz gleich, wenn er L. 4. D. h. t. sagt: *Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.* Ein Beispiel enthält L. 4. Cod. de condictione ex Lege et sine causa, wo es heißt: *Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumisse mutuo scripsisti: et neendum transisse tempus statutum, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi tibi cautionem Praesidali notione postulare potes*⁴²). Habe ich also einen Schulterschein in der Hoffnung, ein Anlehn darauf zu erhalten, ausgestellt, und die Auszahlung ist nachher nicht erfolgt; so kann ich den Schulterschein binnen den zwey Jahren, da mir die exceptio oder querela non numeratae pecuniae zusieht, mit der condictione sine causa zurückfordern⁴³). Endlich hat

III. die

die sogenannte Inventianische Condiction herleitet. Denn sie ist nichts anders, als eine Condictio sine causa, wie BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 32. not. k. gezeigt hat. Ich habe davon schon an einem andern Orte (Th. 12. S. 23. f.) gehandelt.

42) Man vergleiche noch L. 7. Cod. de non numerata pecun.

43) Einige glauben, es finde hier die condictio causa data causa non secuta statt. Z. B. Ant. FABER in Rational. in Dig. ad L. 1. §. 1. D. h. t. und PRAGEMANN Diff. cit. §. 4. Allein man sehe BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disp. XXII. Th. 11.

III. die *condictio sine causa* Statt, wenn der rechtliche Grund, warum dem Beklagten etwas gegeben wurde, in der Folge wieder aufgehört hat, so daß er das Empfangene mit Recht nicht zurückbehalten kann. Pomponius sagt *L. I. §. 2. D. h. t.* *Si fuit causa promittendi, quae finita est, dicendum est, condictioni locum fore;* und wenn es gleich darauf *§. 3.* heißt: *Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam;* so sind darunter alle drey Fälle begriffen, in welchen die *condictio sine causa* begründet ist. Insbesondere gehören aber zu diesem dritten Hauptfall noch folgende Gesetze:

L. 2. D. h. t. *Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde, amissis eis, domino pretium, ex locato conventus, praestiterit, posteaque dominus innerit vestimenta: qua actione debeat consequi pretium, quod dedit? Et ait Cassius, eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse. Ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. An autem et condicere possit; quae situm est? quia non indebitum dedit. Nisi forte, quasi sine causa datum, putamus condici posse: etenim vestimentis inventis, quasi sine causa datum videtur.*

Hier ist der Fall, da ein Römer seine Toga einem Fullo⁴⁴⁾ zu waschen gegeben hatte, welche dieser durch seine Un-

VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. IX. nr. 4. et Tit. XXX. nr. 14. in fin.

44) *Fullo* hieß bey den Römern berjenige, welcher die Kunst verstand, durch Kreide und Schwefel die Togas der Römer glän-

achsamkeit entwenden ließ. Der Eigentümer flagte actione locati gegen ihn, und der Fullo mußte ihm das Kleid bezahlen⁴⁵⁾). Hier erhielt also der Eigentümer den Werth seines Kleides von Rechts wegen. Zufälliger Weise bekam jedoch nachher der Eigentümer das Kleid in Natur wieder. Von nun an besaß er das dafür erhaltenen Geld sine causa, wenn es ihm gleich rechtskräftig war zu gesprochen worden. Fuit quidem causa, propter quam daretur, sagt Pothier⁴⁶⁾), sed haec causa finita est, ex quo locator sua vestimenta recuperavit. Der Fullo konnte also den bezahlten Werth mit Recht zurückfordern. Allein mit welcher Klage? Cassius sagt, er könne actione conducti flagen, er könne sich aber auch einer Condictio bedienen. In Absicht auf die erste Klage giebt ihm Pomponius recht. Denn die Klage aus einem bona fidei Contracte geht auf alles, was in Ansehung dieses Contracts die Billigkeit erfordert, wenn auch gleich vorher

glänzend weis zu machen. S. FERRARIUS de re vestiaria p. II. Lib. IV. Cap. 13. und besonders Christoph COLERUS Parergor. Cap. 14. (in Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. I. pag. 367. sq.) Von ihnen brauchte man eigentlich die Ausdrücke polire et curare vestimenta. s. t. I. de locatione. L. 12. D. de furtis. Nur hier braucht Pomponius den Ausdruck lavare, welcher sonst nirgends vorkommt. Daher will Jo. Guil. HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Lib. XII. §. 6. statt lavanda lieber laevanda lesen. Laevare ist aber eben soviel als polire. S. STATIUS Thebaid. I. 518. et ad Eundem BARTMIUS in Glossis.

45) L. 12. pr. D. de furt. sagt: Fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, praestare custodiā debet.

46) Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. d.

vorher davon keine Rede war⁴⁷). Nun kann nach Recht und Billigkeit der Eigenthümer nicht Werth und Sache zugleich behalten. Nur wegen der Condiction schien dem Pomponius die Meinung des Cassius noch einer genaueren Bestimmung zu bedürfen. Die condictio indebiti konnte er freylich nicht gemeint haben. Denn man kann eigentlich nicht sagen, der Eigenthümer habe eine Nichtschuld empfangen. Nun sieht man aber bei dieser Klage auf die Zeit der Zahlung. Allein zu dieser Zeit war die Forderung des Eigenthümers vollkommen gegründet. Es ist also nach der Auslegung des Pomponius keine andere, als die *condictio sine causa* zu verstehen. Denn wer diese anstellt, sagt nicht, er habe eine Nichtschuld bezahlt, sondern der Beklagte besitze das, was er zurückgeben soll, *sine causa*; sei es nun, daß gleich anfangs kein rechtsgültiger Grund, warum er es empfießt, vorhanden war, oder daß die Ursache, warum er etwas mit Recht erhielt, jetzt aufgehört habe. Mit Recht sagt daher Anton Faber⁴⁸): *Condicatio indebiti respicit tempus praeteritum factae solutionis, condicatio autem sine causa tempus praefens propositae actionis.* Nihil ergo prohibet, etiam *post rem de pretio solvendo iudicatam dari actionem fulloni ad restitutionem pretii per huiusmodi condictionem sine causa*, tanquam quae nullo modo iudicatum impugnet non magis, quam actio ex conducto. Wir haben also hier ein merkwürdiges Beispiel, wo die condictio sine causa mit einer actione ex contractu concurrit, jedoch findet zwischen beiden Klagen der Unterschied statt, daß die erstere blos auf

47) §. 30. I. de actionib.

48) Rational. in Pand. ad h. L. s. h. t.

auf Zurückgabe des für die Sache gegebenen Werths, die letztere aber alternativisch dahin zu richten ist, daß der Beklagte dem Kläger entweder die Sache ausständige, oder die dafür geleistete Restimation zurückgebe⁴⁹⁾). Ein anders Beispiel enthält folgendes Fragment.

L. II. §. 6. D. de actionib. emti et vend. Ego illud quaero, si anulus datus sit *arrhae nomine*, et secuta emtione, pretioque numerato, et tradita re, anulus non reddatur, qua actione agendum est: utrum *condicatur*, quasi ob causam datus sit, *et causa finita sit*; an vero *ex emto* agendum sit? Et IULIANUS diceret, *ex emto* agi posse: certe etiam *condici* poterit, quia iam *sine causa* apud venditorem est anulus.

Ist bey Schließung eines Kaufs eine arrha gegeben, und nachher der Contract von beyden Theilen erfüllt worden, so muß die arrha zurückgegeben werden. Wie aber wenn es nicht geschehen ist? Was findet deswegen für eine Klage Statt? Julian meinte, die *actio emti*. Allein Ulpian lehrt hier, daß auch *condictione sine causa* geflagt werden könne. Beyde Klagen finden Statt. Die Klage aus dem Contract. Omnia enim, sagt Ulpian an einem andern Orte⁵⁰⁾, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in *emti* actionem. Über auch die *Condiction*. Denn das Eigenthum der arrha war auf den Empfänger derselben übergegangen. Ex arrharum datione, sagt Anton Faber⁵¹⁾, transfertur dominium in accipientem, si modo

49) Arg. *L. 17. §. 5. D. Commodati.* S. auch *Ant. FABER* in *Rational. ad L. 2. h. t.*

50) *L. 1. §. 1. D. de act. emti et vend.*

51) *Rational. in Pand. ad L. 11. §. 6. D. de act emti et vend.*

modo arrhae dominus fuit is, qui dedit; hoc ipsum enim est, quod significat *arrhae datio*, scilicet dominii translationem⁵²⁾. Allein die Erfüllung des Contracts heb die Ursache auf, warum die arrha war gegeben worden. Beide Klagen gehen aber hier nur auf Zurückgabe derselben. Eine gleiche Concurrenz der condictio sine causa mit der Contractsklage lässt sich mit Voet⁵³⁾ auch in dem Falle annehmen, von welchem Ulpian in folgendem Fragment handelt.

L. 19. §. 6. D. Locati. Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis, rectissime MELA scripsit, ex *conducto actione* repetiturum: non quasi indebitum condicturum. Non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret: aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim, si per errorem solvit, dum putat, se quindecim conduxisse, actionem ex *conducto* non habebit, sed solam condictionem. Nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integrum prorogavit⁵⁴⁾, multum interest.

Dass

52) *L. 75. §. ult. D. de Verbor. obligat.* *L. 167. pr. D. de div. reg. iuris.* S. auch PESTEL Diff. de arrha contractibus vulgo adiici solita §. 14. et 15.

53) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

54) Halaander, Gaudioza, und andere, lesen *praerogavit*. Dieses *praerogare* aber ist sobiel als *praerogare*, vorausgezahlen. In den *Basilicis* Tom. II. pag. 424. heißt es: ἐπ προχρεια δεδωκεναι: in prouisu dare. Diese Lesart vertheidigt auch

Daß die *condictio indebiti* nicht begründet ist, wenn das Miethgeld für die ganze Miethzeit voraus bezahlt worden, und dann vor Ablauf derselben das gemietete Haus (*insula*⁵⁵) abbrennt, hätte hier des weitläufigen Beweises nicht bedurft. Auffallend aber ist es, daß der *condictio sine causa* nicht gedacht wird, welche doch hier so gut, wie die Contractsklage, Statt findet. Allein in folgenden Fällen findet ob causam finitam blos die *Condicio sine causa* Statt.

L. 50. D. de iure dotium. Quae fundum in dote habebat, divortio facto, quum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, ut decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret: ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decepsit. Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit; ut fundus quasi *sine causa* penes maritum esse cooperit, condicatur.

- Es war hier bey Wiedererneuerung der Ehe nach erfolgtem Divortium zwischen den Ehegatten die Uebereinkunft getroffen worden, daß statt des in die erste Ehe eingebrauchten Grundstücks ein Heyrathsgut in Gelde gegeben, und dagegen das Grundstück zurückgegeben werden sollte.

Das

auch *Chrift. Gottl. HAUBOLD* in Disp. de Fabio Mela I Cto. Lipsiae 1806. §. 16. Allein für die florentinische Leseart streitet *Iac. CURTIUS* Εἰνασῶν iuris civ. Lib. II. cap. 33. (in *EV. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 195.) Der Ausdruck *prorogare* kommt auch *L. 20. Cod. de Decur.* vor. Unser Erlanger Pandecten-Codex liest gleichfalls *prorogavit*.

55) Vid. *MARISSONIUS* de Verb. Signif. voc. *Insula.* und *GESNER* in *Thes. L. L. h. v.*

Das Geld wurde dem Manne auch wirklich ausbezahlt. Allein die Ehefrau starb bald darauf in der neuen Ehe, ehe noch der Fundus war restituirt worden. Es fragte sich nun, welche Klage hier wegen des Grundstücks anzustellen sei? Die sonst gewöhnliche actio de dote konnte hier nicht Statt finden, wenn gleich Cujaz⁵⁶⁾ es glaubt. Denn der Fundus hatte wegen der getroffenen Uebereinkunft aufgehört ein dos zu seyn. Causa dotis war also, wie Posthier⁵⁷⁾ hier ganz richtig bemerkt, finita, cum alia res vice eius fundi sit doti data. Von dieser Zeit an besaß also der Ehemann das Grundstück sine causa. Es blieb folglich den Erben der Frau kein anders Rechtsmittel übrig, als die Condiction.

L. 2. Cod. de condict. ex Lege. Dissolutae quantitatis retentum iustrumentum, inefficax penes creditorum remanere, et ideo per *condictionem* reddi oportere, non est ambigi juris.

Dass die *condictio sine causa* Statt habe, wenn der Schulterschein nach erfolgter Heimzahlung des Darlehns aus den Händen des Gläubigers zurückgesordert wird, hat gar keinen Zweifel. Denn das Eigenthum war auf den Gläubiger übertragen. Die Ursach desselben hat aber durch Bezahlung der Schuld aufgehört. Doher sagt auch *L. ult. Cod. de Solut.* Solutionem asseveranti probationis onus incumbit: quo facto, *chirographum condicere potest.*

Noch

56) Tract. VIII. ad Africanum ad h. L. 50.

57) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. e.

Noch einige andere Fälle kann man in L. 11. D. de appellat. et relat. und L. 2. et 3. Cod. de donat. quae sub modo. finden⁵⁸⁾.

In allen diesen Fällen nun, wo der Beklagte die Sache zwar anfangs aus einer gerechten Ursache erhielt, welche aber nachher entweder nicht erfolgt ist, oder wieder aufgehört hat, kann die Reivindication nie angestellt werden, wenn gleich die Sache noch in Natur vorhanden ist, weil hier das Eigenthum derselben auf den Empfänger, vermöge des gerechten Titels, überging. Es kann also hier immer nur eine persönliche Klage statt finden, welches bey entstandenem Concurs von großer Wichtigkeit ist.⁵⁹⁾.

Aus allem ergiebt sich übrigens, daß die Condictio sine causa ihrem Gegenstande nach von zweyerley Art seyn könne, - entweder *condictio certi*, wenn sie eine bestimmte Summe, oder eine individuelle Sache, und *incerti*, wenn sie die Befreiung von einer Verbindlichkeit, oder einen Besitz oder sonst etwas Unbestimmtes zum Gegenstande hat⁶⁰⁾. Ein Beispiel von der letztern enthält die L. 3. D. h. t. wo Julian lib. 8. Digestor. sagt: *Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an maiorem, quam suscipere eum oportuerit,*

58) S. ELERS oder FRAGEMANN Diff. cit. de condictionis sine causa fundamento §. 10.

59) S. BOEHMERI Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 32.

60) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 48. und MÜLLER ad Kundem not. α).

tuerit; nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias, ut exoneretur; veluti qui decem promisit: nam, si quidem nullam causam promittendi habuit, *incerti condictione* consequitur, ut tota stipulatio accepta fiat; at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti condictione consequetur, ut in quinque liberetur.

Mit allen bisherigen Condictionen hat übrigens die Condicio sine causa gemein, daß sie zwar auf Früchte und Accessionen der Sache, aber nicht auf Zinsen gerichtet werden kann⁶¹⁾). Auch hier ist der Grund der Billigkeit der nämliche, wie bey den übrigen Condictionen⁶²⁾. Afrikan⁶³⁾ sagt es ausdrücklich, die condictio sine causa sey *ex bona fide*, d. i. sie gründe sich auf natürliche Billigkeit. Iure naturae autem aequum est, sagt Pomponius⁶⁴⁾, neminem cum alterius detimento et iniuria fieri locupletiorem; und Celsus⁶⁵⁾ setzt den Grund der Klage blos darin: quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te redi, *bonum et aequum est*. Zwar wollen die meisten Rechtsgelehrten⁶⁶⁾ den Grund der Klage in einem

Qua si

61) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. und LAUTERBACH Coll. Pand. th. pr. h. t. §. 7.

62) G. MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 1.

63) L. 50. pr. D. de iure dot.

64) L. 206. D. de div. reg. iuris.

65) L. 32. D. de rebus credit.

66) BOECKELMANN Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 46. ECKHOLT Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. un. u. a. m.

Quasi Contractus. Dies soll die acceptio sine causa seyn. Allein mit Recht haben andere⁶⁷⁾ diese Meinung verworfen, und sehr gründlich erklärt sich darüber Johann Erwin Westenberg⁶⁸⁾, wenn er sagt: Negotium, ex quo hic actio nascitur, nulli ex contractibus est simile, neque usquam inter quasi contractus refertur; plurimum etiam inter hoc et condictionem indebiti interest, ut eius exemplo hic quasi contractus constitui nequeat. Aequissimum tamen est, ut res nostra, quae apud alium est sine causa, nobis restituantur, adeoque causa huius actionis extraordinaria statuenda, et ad varias causarum figurarum referenda est.

67) G. SUENDENDOERFFER ad *Eckholtum* c. I. pag. 374.

68) *De causis obligationum* Dissertat. VII. Cap. IV. §. 7. et 8.

Lib. XIII. Tit. I.

De condictione furtiva.

§. 837.

Mancherley Rechtsmittel, welche dem Bestohlnen zustehen.
Vorzüge der *condictio furtiva*.

Die *condictio furtiva* hat unter allen das Auszeichnende, daß sie dem Eigenthümer zusteht. Dieses streitet eigentlich ganz gegen die Natur der Condictio-
nen, deren Formel auf ein *dare oportere* lautet⁶⁹⁾. Das *dare* aber setzt immer voraus, daß die Sache nicht schon das Eigenthum dessen sey, der sie fordert. Nec enim, quod actoris est, id ei dari oportet, sagt Ju-
stinian. Es fragt sich also, was veranlaßte die römischen
Gesetzgeber diese Klage einzuführen, und ihr eine so aus-
zeichnende Eigenschaft beizulegen? Einem Bestohlnen ste-
hen zwar freilich schon manche andere Rechtsmittel zu Ge-
bote, wodurch er das ihm Entwendete, ja noch mehr, als
dieses, wieder erhalten kann⁷⁰⁾. Er kann sich nämlich
der Reivindication bedienen, welche nicht nur gegen

D 2

den

69) §. 14. I. de actionib.

70) *S. Ant. MATTHAEUS* de criminib. ad Lib. XLVII. Dig.
Tit. 1. Cap. 4. nr. 1. und *Em. MERILLIUS* in Commentar. ad
§. 14. I. de actionib. p. 474.

den Besitzer, sondern utiliter auch gegen denjenigen Statt findet, qui dolo possidere desiit⁷¹); ja sogar der dritte unschuldige Besitzer muß die Sache dem Eigentümer unentgeldlich herausgeben⁷²). Er kann ferner mit gleicher Wirkung auch *actione ad exhibendum* flagen. Ulpian sagt dies selbst *L. 7. §. 1. in fin. D. h. t.* *Is, cui furtum factum est, habet et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.* Ist der Diebstahl in einem Contract an dem Gegenstande desselben begangen worden, so steht dem Beschlagnahmen auch die *actio ex contractu* zu. So sagt Javolen *L. 71. D. de furtis.* *Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit: agi cum eo et furti, et commodati potest: et si furti actum est, commodati actio extinguitur.* Außer diesen Klagen, welche blos persecutorische sind, hat dann noch eine Pönalklage statt, nämlich die *actio furti*, welche bald auf das Vierfache, bald auf das Doppelte geht, je nachdem sie gegen einen ertappten, oder nicht ertappten Dieb angestellt wird⁷³). Dem allen ungeachtet schien eine neue Klage nicht überflüssig zu seyn. Justinian sagt §. 14. *I. de action.* *Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: Si apparreat eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.* Allein eigent-

71) *L. 27. §. 3. de rei vindicat.*

72) *L. 2. C. de furt. L. 3. und L. 23. C. de Rei vindic.* S. Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutsch-pennischen Rechts 3. Th. §. 442.

73) §. ult. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

eigentlich ist zum Besten des bestohlenen Eigenthümers die *condicione furtiva* eingeführt worden, um ihn auf jeden Fall zu decken, wenn die ihm zustehenden übrigen Rechtsmittel nicht anwendbar seyn sollten. Denn die *Reivindication*, so wie die *actio ad exhibendum* setzt voraus, daß die Sache noch in Natur vorhanden sey, oder der Dieb sie dolo malo zu besitzen aufgehört habe. Allein die *condicione furtiva* findet Statt, wenn gleich der Dieb die Sache nicht mehr besitzt, noch dolo sich des Besitzes entäußert hat⁷⁴⁾). Der Kläger hat hier ferner den schwierigen Beweis des Eigenthums nicht, welcher oft die *Reivindication* unwirksam macht. Der bloße Beweis der wirklich geschehenen Entwendung wird bey dieser *Condiction* für hinreichend gehalten, wosfern nur nicht mehrere über das Eigenthum der gestohlenen Sache streiten⁷⁵⁾). Denn wo niemand der Forderung des Bestohlenen widerspricht, kommt ihm billig die Vermuthung zu statten, welche für den Besitzer streitet⁷⁶⁾). Ja der Dieb hastet mit dieser Klage auch sogar dann, wenn die gestohlene Sache durch einen natürlichen Zufall zu Grunde gegangen seyn sollte, der dieselbe vielleicht auch bey dem Eigenthümer selbst betroffen

D 3

haben

74) §. ult. I. cit. de oblig. quae ex delict. Der Diebstahl selbst läßt sich zwar ohne einen Dolus nie gedenken, wohl aber, daß der Dieb den Besitz der gestohlenen Sache sine dolo verloren habe. E. VINNER in Comm. ad §. 14. I. de actionib. nr. 2.

75) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 78. von Quistorp Grundsäge des deutschen peinlichen Rechts I. Th. §. 384. und BOEHMER in Doctr. de Actionib. Sect. II. cap. 5. §. 36. not. q.

76) E. Io. Sam. Fried. de BOEHMER Meditation. in constitut. crimin. carolin. Art. CCVII. §. 2. pag. 928.

haben würde⁷⁷); worauf doch die Reivindication auch nicht einmal gegen einen malae fidei possessorem geht⁷⁸). Hieraus erklärt sich nun zugleich, wenn Justinian sagt: *Plane odio furum effectum esse, ut rei recipienda nomine fures etiam hac actione teneantur*⁷⁹). Endlich die *actio furti* geht nicht auf Restitution der Sache, sondern bloß auf eine Privatstrafe, und hat gegen die Erben des Diebes nicht Statt⁸⁰). Allein durch die *condictio furtiva* kann der Bestohlene nicht nur ohne Schwierigkeit seine Sache selbst wieder erhalten, sondern er kann auch deshalb gegen die unschuldigen Erben des Diebes flagen, welche ebenfalls wegen des Diebstahls zum Ersatz verbunden sind⁸¹). Nun lässt sich auch ganz wohl das Rätsel erklären, warum man dem Eigentümer ganz gegen den eigentlichen Sinn der Formel *dare oportere* eine Condictio zu geben veranlaßt wurde. Man mußte nämlich hier der Willigkeit wegen, zum Besten des Bestohlnen, eine Ausnahme von der Regel machen, weil sonst derjenige, dem das Eigenthum verblieben ist, übler daran seyn würde; als ein anderer Condicent, welcher sein Eigenthum auf den

77) *L. ult. D. h. t. L. 1. §. 34. D. de vi et vi armat. L. 2. Cod. h. t. Ev. OTTO in Comm. ad §. 14. I. de actionib. lit. d. Arn. VINNIUS Comm. ad eund. §. I. nr. 3. Siehe auch den 4. Th. dieses Commentars §. 327. S. 395.*

78) *L. 15. §. 3. L. 16. D. de rei vindicat. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 588. S. 234. ff.*

79) *S. GER. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.*

80) *§. ult. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 12. Cod. de furtis.*

81) *L. 7. §. 2. D. h. t.*

den Beklagten übertragen hat, wie Cocceji⁸²⁾), die Sache ganz richtig ansieht. Der Formel nach gleng also die *Condictione furtiva* zwar auf *dare oportere*, wie Bachhom⁸³⁾ und Wissenbach⁸⁴⁾ nach der Glossen lehren; allein ihrer Wirkung nach doch nur auf Restitution⁸⁵⁾. Nicht ohne Grund behauptet daher auch Voet⁸⁶⁾), daß das Wort *dare* hier nicht in der eigentlichen Bedeutung genommen werde, wenn er sich über das Räthselhafte dieser Condißion auf folgende Art erklärt: *Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum ipsum dominium transferat, si quidem datio tunc latius et sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed pro quali quali possessionis translatione;* eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, et ex depositi, commodati, pignorisve causa res dari, dum traditur. Quamvis et furheresque eius certo casu dare de suo teneatur, quoties scilicet non ultra supereft penes eos furtiva res. Diese Erklärung scheint mir wenigstens natürlicher zu seyn, als wenn Gerhard Noodt⁸⁷⁾ hier eine rechtliche Fiction eintreten läßt. Er sagt: *Adhuc latet, qua ratione fuditur ad dandum condictione furtiva conveniri: cum soli concedatur domino; eiusque, quod est iam eius, amplius dominus fieri nequeat.* Aliis aliud sedet: mi-

82) Iur. civ. controv. h. t. Qu. I.

83) Tract. de Actionib. Disp. IV. Th. 20. pag. 151.

84) Exercitation. ad Pandect. P. I. Disp. XXVI. Th. I.

85) L. 29. §. 1. D. de Verb. Obligat.

86) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

87) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 304.

hi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero; sed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivae, si quo fortuito casu pereat, reo, eidemque furi, tanquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin iure dominii rei interitus pertineret ex regulis. Mehre glauben sich sogar die Formel *dare oportere* bey der condictione furtiva erklären zu können, ohne von dem eigentlichen Sprachgebrauche abweichen zu dürfen. So sagt z. B. Hotoman⁸⁸⁾). Superefst, ut videamus, quo sensu verbum *dandi* in hac actione accipi oporteat. Nam quomodo dominii translationem designaret, cum ea res sit actoris? — Sed intelligendum est, hanc actionem magis *ad litis aestimationem* quam *ad ipsam rem persequendam* valere. Auch Franz Bröus⁸⁹⁾ und Ulrich Huber⁹⁰⁾ beziehen das *dare oportere* bey dieser Klage auf die mittelst derselben zufordernde Aestimation, weil doch die Klage gewöhnlich darauf gehe, und diese wenigstens nicht Eigenthum des Klägers sey. Indessen bleibt hier immer die Schwierigkeit, wenn die Klage auf die Sache selbst gerichtet wird. Daher will Arnold Vinnius⁹¹⁾ doch das *dare* hier lieber durch *restituere* erklären. Unter allen Auslegern hat aber wohl der große Anton Faber⁹²⁾

die

88) Commentar. in Institut. ad §. 14. I. de actionib. pag. 446.

89) Exposit. in Iustiin. Institution, ad §. fin. I. de obligat. quae ex delicto nasc. pag. 711.

90) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 23.

91) Commentar. ad §. 14. I. de actionib. nr. 2.

92) Rational. in Pand. ad L. I. D. h. t.

die Sc̄he am wenigsten getroffen, wenn er sagt: *Quamvis fur non fiat dominus rei furtivae, nullam tamen querelae occasionem habet, si ea actione conveniatur, qua conveniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset.* Merito igitur condictione tenetur, non illa quidem, quae datur ob turpem vel iniustam causam, quia ex turpi et iniusta illa causa dominus factus, non est sed *speciali condictione*, in eam rem comparata, quae *furtiva* dicitur, ob hoc solum, *quia fieri dominus voluit*. Also weil der Dieb hat Eigenthümer werden wollen, nicht, weil er Eigenthümer geworden ist, wird dem Eigenthümer die condictio furtiva gestattet. Id equidem non est *αφόνη φάρμακον*, sagt Huber⁹³⁾ dabei sehr treffend; nec idonea ratio, cur IUSTINIANUS exceptionem prodiderit celebrem a regula iuris fundamentali, non ex vera iuris ratione, *sed ex opinione furis tam falsa quam malefica*.

§. 838.

Begriff der *condictio furtiva*. Condicio certi und incerti.

Die *Condicio furtiva*⁹⁴⁾ ist nun eine persönliche, blos persecutorische Klage, welche dem bestohlenen Eigenthümer, und dessen Erben, gegen den Dieb und dessen Erben,

D 5

zuweist

93) Eunomia Rom. ad L. 1. D. h. t. §. 2. pag. 529.

94) Hin und wieder wird diese Condiction in den Gesetzen auch *actio furti* genannt. L. 14. §. 16. L. 52. §. 29. L. 71. D. de furtis. L. 9. D. de in lit. iur. L. 3. §. ult. D. Nautas caup. et stabul. Consi sind aber condictio furtiva und actio furtiva ganz verschieden. L. 7. §. 1. D. h. t.

zuweilen auch gegen den Gehülfen zusteht, und auf Wiederherstellung der gestohlenen Sache nebst Früchten und Accessionen gerichtet wird⁹⁵). Wir haben hierbei folgendes zu bemerken:

I. Die *condictio furtiva* steht eigentlich nur dem Eigentümmer zu⁹⁶), er sei wirklicher oder prätorischer Eigentümmer, d. i. welcher die ihm gestohlene Sache in gutem Glauben und durch einen gerechten Titel von einem Nichteigentümmer an sich brachte. Denn dieser wird dem wahren Eigentümmer gleich behandelt⁹⁷). Ulpian sagt daher *L. I. D. h. t.* In *furtiva re soli domino condictio competit*; und in der *L. 14. §. 16. D. de furtis* sieht er hierin einen Unterschied zwischen der *actio furti* und der *condictio furtiva*, daß erstere auch dem Nichteigentümmer zusteht, wenn er sagt: *Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est?* Et puto omnibus,

95) *Io. STRAUCH* Diff. I. de condictione furtiva. *Ienae 1656.*

Diff. II. de condictione rei furtivae. Ibid. 1669. Christ. WILDVOGEL Diff. de condictionis furtivae natura et usu hodierno.

Ienae 1714. Conr. Wilh. STRECKER Diff. de condictione furtiva. *Erford. 1729. And. CLUDIUS* de condictione furtiva.

Lipsiae 1650. 4. M. LYKLAMA a NYHOLT Operæ gratuitæ de condictione furtiva. *Lugd. Bat. 1616.* Außerdem sind noch

Fr. DUARENUS ad Tit. Pand. et Cod. de cond. furt. *Oper* pag. 918. sqq. und *Casp. SCHIFORDEGHER* ad *Anton. Fabrum.*

Lib. II. Tract. I. de condictione furtiva repetita Praelect. adv.

Cujacium pag. 1. sqq. zu vergleichen.

96) *S. SCHIFORDEGHER* ad *Ant. Fabrum* Lib. II. Tr. I. Qu. 6.

NOODT in *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 303. *Iul. PACIUS Legg.*

conciliat. Centur. IV. Qu. 23. und *WILDOVAGEL* cit. Diff. §. 8.

97) *L. 136. D. de div. reg. iuris.*

bus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commo-
dati; item locati, pignorisve accepti⁹⁸⁾), si hae subrep-
tae sint, omnibus⁹⁹⁾ furti actiones competere: CON-
DICTIO autem ei demum competit, qui dominium habet. Es
wird sogar nicht einmal jedem Eigentümer diese Klage
ohne Unterschied gestattet, sondern nur demjenigen, wel-
cher 1) nicht nur zur Zeit der angestellten Klage Eigentü-
mer ist, sondern auch schon zur Zeit des geschehenen Dieb-
stahls das Eigenthum der Sache hatte; auch 2) nicht nach-
her durch eine freiwillige Handlung sein Eigenthum aufge-
geben, und 3) die gestohlene Sache wirklich im Besitz ge-
habt hat¹⁰⁰⁾). Daher kann der Legatar so wenig, als der
Erbe, diese Klage anstellen, wenn die Sache, welche dem
erstern pure vermacht worden, aus des letztern Gewahrsam
entwendet worden ist. Denn der Erbe war hier nicht
Eigentümer, der Legatar aber hatte noch nicht den Be-
sitz

98) Haloander und Gaudoza Cestius lesen hier *veluti*
commodatae, item locatae, pignorisve nomine acceptae. Fast
auf gleiche Art Ant. SCHULTING Thes. controv. Decad. XLV.
Th. 4. Er liest *veluti commodatae, locatae, pignorive ac-
ceptae*.

99) Statt *omnibus* will Pet. PITHOEUS ad Collat. Legum Mosaic.
et Rom. Tit. VII. §. 5. not. 22. in Beziehung auf furti actiones
lieber *omnes* lesen. Es ginge also auf die zu Ulpianus
Zeiten üblichen actiones furti manifesti, nec manifesti, conce-
pti, oblati, prohibiti, non exhibiti, welche §. 3. et 4. I. de
obligat. quas ex delicto nasc. erklärt werden. Ihm stimmt
auch Ant. SCHULTING c. 1. bey.

100) G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Ant. FABER Ratio-
nal. in Pand. ad L. io. §. 2. et L. ii. D. h. t. Ant. SCHUL-
TING Thes. controv. Decad. XLV. Th. 2.

sik. Daher kann letzter blos die Sache vindiciren, weil mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum auf ihn recta via übergieng. Sed nec legatarius, sagt Paulus L. II. D. h. t. condicere potest. Ei enim competit conductio, cui res subrepta est, vel heredi eius. Sed vindicare rem legatam potest. Wäre hingegen die Sache unter einer Bedingung vermachts, so kann zwar der Erbe, pendente ea, die condictionem furtivam anstellen. Denn er hat während dieser Zeit das volle Eigenthum der Sache¹). Es kann auch der Dieb verurtheilt werden, den Werth zu bezahlen, um welchen die Sache hätte verkauft werden können²). Allein existirt die Bedingung noch während des Processes, so muß der Dieb von der wider ihn angestellten Klage entbunden werden, weil nun das Eigenthum in der Person des Erben aufgehört hat; und zwar wird angenommen, als ob das Eigenthum durch eine freiwillige Handlung des Erben selbst aufgehört hätte. Denn die Handlung des Erblassers, welcher die Sache vermachts hat, wird rechlich für die Handlung des Erben selbst angesehen; nicht blos darum, weil der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, und mit ihm für eine Person gehalten wird, sondern auch weil der Erbe durch Antretung der Erbschaft mit den Legataren in ein contractähnliches Verhältniß tritt³). Alles dieses bestätigt auch Julian, wenn er L. 14. pr. D. h. t. sagt: Si servus furtivus sub conditione legatus fuerit, pendente ea heres condictionem habebit: et si lite contestata conductio exstiterit, *absolutio sequi*

1) L. 12. §. 2. D. Familiæ ercisc.

2) S. Iul. PACIUS Evagrius. Centur. IV. Qu. 28.

3) S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 14. D. h. t. p. 439.

sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condictione liber esse iussus fuisset, et lite contestata conditio existisset: nam nec petitoris iam interest hominem recipere, et res sine dolo malo furis eius esse defit. Quod si pendente condictione iudicaretur, iudex a estimare debebit, quanti emtorem invenerit ⁴). Hieraus erflärt sich nun auch, wenn Ulpian sagt *L. 10. §. 2. et 3. D. h. t.* Tam diu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat: et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. Unde CELSUS *Lib. XII. Digestorum* scribit, si rem furtivam dominus pure legaverit furi, heredem ei condicere non posse. Sed et si non ipsi furi sed alii: idem dicendum est, cessare condictionem, quia dominium facto testatoris, id est, domini discessit. War also die Sache schon dem Erblasser entwendet worden, und er hat sie einem Andern nachher pure vermacht, so findet die condictio furtiva nicht Statt. Der Erblasser hätte sie zwar wohl bey seinem Leben anstellen können. Allein seinem Erben steht sie so wenig als dem Legatar zu. Denn das Eigenthum gieng hier nicht auf den Erben, sondern recta via auf den Legatar über, welches denn aber doch derselbe noch nicht zur Zeit des geschehenen Diebstahls hatte, sondern erst nach dem Tode des Erblassers erwarb ⁵). Es kann also der Legatar die Sache blos vindiciren. Wenn hingegen das Eigenthum nicht durch eine freywillige Handlung des Eigenthümers aufhört, so bleibt dem Bestohlenen die condictio furtiva unbenommen; z. B. die gestohlene Sache ging durch eine Handlung des Diebes zu Grunde ⁶), oder

4) Man vergleiche hiermit noch die *L. 52. §. 29. D. de furtis.*

5) *L. 64. D. de furtis.*

6) §. 26. *I. de rer. divis.* G. NOODT ad h. Tit. pag. 303.

der Bestohlene wurde von dem Miteigenthümer zur Theislung aufgefordert. Dies lehrt Ulpian, wenn er L. 12. pr. et §. 1. D. h. t. sagt: *Sed si dominium non tuo facto amiseris, condices.* In communi igitur re, eleganter ait, interesse, utrum tu provocasti communi dividundo iudicio, an provocatus es: ut si provocasti communi dividendo iudicio, amiseris condictionem, *si provocatus es, retineas.*

Die condictio furtiva steht ferner auch dem Vorunde zu, weil er in Hinsicht der Vermögensverwaltung seines Mündels und Curanden so gut, wie ein Eigenthümr, angesehen wird. Julian sage L. 56. §. 4. *D. de furt.* *Quia tutor domini loco habetur, et curator furiosi adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur, condicere rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt.*

Der Nutznießer hingegen kann diese Klage nicht anstellen, wenn nämlich der Diebstahl an den noch hangenden Früchten geschehen ist. IULIANUS putat, sagt Ulpian L. 12. §. 5. *D. de usufr.* quoniam fructus non sunt fructuarii, nisi ab eo percipientur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario *condictionem competere.* Dem Nutznießer wird vor der Perception der Früchte blos die *actio furti* gestattet, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Von dem Pfandgläubiger kann sie jedoch nur als eine *condictio incerti* angestellt werden, wenn ihm das Pfand gestohlen worden ist. NERATIUS libris Membranarum *Aristonem* existimasse refert, heißt es L. 12. §. fin. *D. h. t. eum, cui pignori res data sit, incerti condi-*

*condictione acturum, si ea subrepta est*⁷⁾. Diese *condictio incerti* geht blos auf das Interesse des Pfandgläubigers⁸⁾, welches, wenn der Besitz nicht restituirt wird, bald in dem Ersatz derjenigen Summe besteht, die der Gläubiger dem Verpfändner geborgt hat, bald in der Erstattung desjenigen Werths, den das gestohlene Pfand an sich hat, je nachdem entweder der Gläubiger bei dem Diebstahl außer Schuld ist, oder ihm in Ansehung desselben ein Versehen zur Last fällt; weil er in dem letzten Falle dem Eigentümer für den Werth stehen muß. In dem ersten Fall hingegen ist der einzige Schade, den der Pfandgläubiger erleidet, die Einbuße seiner Forderung, oder der Sicherheit darüber⁹⁾. Hätte der Schuldner selbst dem Gläubiger das Pfand entwendet, welches man ein *furtum professionis*¹⁰⁾ nennt, so geht die *condictio incerti* nur auf die Summe der Schuld, nebst den Zinsen, ohne dabei auf den Werth des Pfandes weiter Rücksicht zu nehmen¹¹⁾.

Man theilt hiernach die *condictionem furtivam* ein in *condictionem certi* oder *incerti*, je nachdem sie vom Eigentümer oder dessen Erben auf Wiedererstattung der gestohlenen Sache, oder von einem Nichteigentümer auf Restitution des Besitzes oder das Interesse angestellt wird.

7) Man vergleiche noch L. 22. *D. de pign. act.* und L. 25. §. 1. *D. de furt.*

8) G. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 12. §. ult. D. h. t.

9) G. Westphals Pfandrecht §. 19. Ndt. 35.

10) §. 10. I. *de obligat. quae ex delicto nasc.*

11) L. 87. *D. de furt.*

wirb¹²). Ob lebhafte nur dem Pfandgläubiger, oder auch anderen zusteht, welche die gestohlene Sache nur wegen eines persönlichen Rechts inne hatten, wie z. B. dem Commodatar, dem Miethsmanne, oder wer sonst ein Interesse daran hat, daß ihm die Sache nicht entwendet wurde, ist streitig. So viel ist gewiß, daß allen diesen die actio furti zusteht, wenn sie die gestohlene Sache ihrem Auctor ersehen müssen, und auch ganz ersehen können¹³); sie brauchen sogar nicht einmal den Gewinn, den sie durch diese

12) Einige wollen diese Eintheilung verwerfen, als *Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3. Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum. Lib. II. Tr. 1. Quaest. 6. Io. STRAUCH in Diss. de condict. furtiva. Cap. III. §. 13. sqq. und WILDOV р в Diss. de condict. furtivae natura §. 8. Allein man sehe dagegen *R. vinh. BACHOV ab ECHT Tract. de Actionib. Disputat. IV. Th 23. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Iul. PACIUS Евагрио Фав. Centur. IV. Qu. 23. Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. XLV. Th. 2. und Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. in fin.* Selbst *Ant. FABER* hat sich noch nachher in seinem Rational. in Pand. ad L. 12. §. 1. D. h. t. sehr nachdrücklich für diese Meinung erklärt, wenn er sagt: *Est in hoc gravissimus actor veterum omnium interpretum, qui post Accursum et Bartolum negant conditionem hanc incerti speciem esse condictionis furtivae, novamque actionis speciem constituere, quae dicatur condictio incerti.* Vergleiche auch *de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eundem EMMINGHAUS not. 1.**

13) *L. 10. L. 11. 12. L. 14. §. 2. 10. 12. et 16. D. de furt. L. 85. D. eodem. L. 90. D. eod. §. 15. et 16. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 114. D. de div. reg. iur. S. Schömann's Fragmente aus seinen civilistischen und criminalist. Vorlesungen. I. Jena 1810. §. 4.*

diese Klage erhalten haben, dem Eigenthümer zu restituiren¹⁴⁾). Ob nun aber gleich allen diesen die condictio furtiva dennoch in der schon oben angeführten L. 14. §. 16. *D. de furtis* ausdrücklich abgesprochen wird, so meinen doch mehrere Rechtsgelchrte¹⁵⁾), daß sie jetzt mit dem Pfandgläubiger gleiches Recht hätten. Allein die *L. ult.* §. 3. *Cod. de furt.* worauf man sich beruft, redet ausdrücklich nur von der actione furti. Es ist auch hier nicht gleicher Grund vorhanden, weil durch den Pfandcontract zugleich mit der Detention das ius possessionis übertragen wird, welches in den übrigen oben angeführten Contracten nicht geschieht¹⁶⁾).

II. Die Condictio furtiva wird gegen den Dieb angestellt, ohne Unterschied, er sey über den Diebstahl ertappt worden oder nicht¹⁷⁾), wenn nur in jenem Falle die Sache entweder bey dem Diebe durchaus nicht zu finden war, oder dieselbe auf

der

14) *L. 6. D. Locati cond. L. ult. §. 3. C. de furtis.*

15) *Ant. FABER Rational. ad L. 12. §. 1. D. h. t. pag. 438. Io. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. Em. MERILLIUS Exposit. in L. decision. Iustin. Nr. XIII. §. 3. p. 36. Ulr. HUBER Praelect. in Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. V. not. h. und Schmidt im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1380.*

16) *S. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 53. et ad Eundem MÜLLER not. α — γ. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et EMMINGHAUS ad Eundem not. t.*

17) Was fur manifestus und nec manifestus sey, lehren *L. 3. 4. 5. 6. 7. et 8. D. de furt.*

der Stelle von dem Diebe vernichtet worden ist¹⁸⁾). Da her findet sie auch gegen den Räuber Statt, welcher auch sonst actione vi honorum raptorum belange werden kann¹⁹⁾). Ist dem Diebe die Sache wieder von einem Dritten entwendet worden, so findet die Klage auch gegen den letztern Statt²⁰⁾). Hat ein filiusfamilias den Diebstahl begangen, so kann gegen den Vater nur dann geflagt werden, wenn er aus dem Delict seines Sohnes reicher geworden ist, und dann hat gegen den Vater nur die condictio in peculium Statt, der Sohn aber haftet immer für das Ganze²¹⁾). Nie kann also ein anderer mit dieser Klage belangt werden, als der den Diebstahl begangen hat, oder desselben Erbe²²⁾). Schon als Personalklage betrachtet, findet sie daher gegen den successor singularis nicht Statt²³⁾). Gegen diesen muß die

18) *L. 10. pr. D. h. t.* Sive manifestus fur, sive nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita demum autem manifestus fur condictione tenebitur, si deprehensa non fuerit a domino possessio eius. Caeterum nemo futrum condictione tenetur, postea quam dominus possessionem apprehendit; et ideo IULIANUS, ut procedat in fure manifesto, tractare de condictione, ita proponit: furem deprehensum aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat.

19) *L. 10. §. 1. D. eodem. L. 2. §. 26. D. de vi bon. raptor.*

20) *L. 76. §. 1. D. de furt.*

21) *L. 5. L. 19. D. h. t. L. 3. § 12. D. de pecul.* Ohne Grund streitet dagegen *Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVIII. Err. 3.* Man sehe *BACHOV ab ECHT Tract. de actionib. Disp. IV. Th. 23.*

22) *L. 5. D. h. t.*

23) Das Gegenthell behaupten zwar *Fr. BROEUS* in *Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 26. I. de rer. div. n. 3. pag. 225.* und *Ian.*

die Reib vindication, oder die actio publiciana angestellt werden. Ueberall wird jedoch Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt. Gegen einen Unmündigen findet daher die Klage nur dann Statt, wenn er schon eines Dolus fähig ist ²⁴). Bey den Erben des Diebes kommt es jedoch darauf nicht an. Diese haften schlechterdings ex causa furtiva ihres Erblassers, wenn sie auch noch Kinder oder wahnsinnig seyn sollten. Die Klage wird hier gegen ihre Vormünder angestellt ²⁵). Ob die condictio furtiva auch gegen den Diebshelfer Statt habe, ist streitig. Soviel ist gewiß, daß

P. 2.

ein

Ian. a COSTA in Comm. ad eund. §. Instit. Allein die Worte des §. 26. *I. de rer. div.* Nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus, et quibusque aliis possessoribus possunt, sind entweder mit *VINNIUS* in Comm. ad h. §. nr. 5. von malae fidei possessoribus zu versetzen, welche den Dieben gleich zu achten sind. §. 2. *I. de usucap.* L. 3. *C. de condic.* ex Lege. oder es ist mit *Eguin. BARO* in Comm. ad l. h. t. und *Ie. DOUJAT* ad *Theophilii Paraphras. graec. Instit.* h. 1. Tom. I. pag. 233. der Reiß. Ausg. anzunehmen, daß hier nicht von der condictione furtiva die Rede sey, sondern von einer andern, welche im Falle der erweislichen Bereicherung auch gegen bonae fidei possessores Statt findet, z. B. conditio sine causa. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß *Theophilus* in seiner griechischen Pharaphrase bloss von der conditio furtiva redet. Man sehe übrigens *de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 7.* und *EMMINGHAUS* ad Eundem not. b.

4) *L. 23. et 24. D. de furtis.*

5) *L. 2. D. h. t.* Condictio ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur, cum heredes necessarii extiterunt: quamvis cum eis agi non possit. Man verbinde damit *L. 2. §. 1. D. de admin. tut.* *L. 48. §. 1. D. de legat. II.* S. auch *FABRI Rational.* ad *L. 2. h. t.*

ein bloßer Rath, ohne thätige Hülfe, nicht geeignet ist, diese Klage gegen denselben zu begründen²⁶⁾. Allein sie soll nach L. 6. D. h. t. auch nicht einmal gegen den Stott finden, der den Diebstahl durch Rath und That (ope consilio) hat befördern helfen, sondern nur actio furti. Gleichwohl lehrt Paulus ganz das Gegentheil, wenn er L. 53. §. 2. *D. de Verb. Signif.* sagt: Aliud factum est eius, qui *ope*, aliud eius, qui *consilio* furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. Um beyde Gesetze stellen zu vereinigen, sagen einige²⁷⁾, zur Begründung der conductio furtiva gegen den Diebshelfer, sey nach L. 6. h. t. nur nicht hinreichend, durch Rath und That blos entfernten Thell am Diebstahl genommen zu haben, sondern er müsse nach L. 53. *de V. S.* durch irgend eine äussere Handlung bey der Begehung des Diebstahls selbst Hülfe geleistet haben. Andere²⁸⁾ hingegen halten auch das bloße Herbeischaffen und Anlegen einer Leiter, die Mittheilung der Werkzeuge zum Aufbrechen der Behältnisse u. d. noch nicht für hinreichend, sondern erfordern, daß der Gehülfe an der Handlung der Contrectation selbst müsse Anteil genommen haben, wenn er eben so, wie der Dieb, solle conductione furtiva belangt werden können; z. B. er hat die gestohlenen Sachen in Empfang genommen, oder mit wegtragen helfen, wenn gleich nicht zu seinem, sondern zu

des

26) §. 11. in fin. 1. *de oblig. quae ex del. nasc.* L. 36. pr.
L. 52. §. 19. und L. 54. §. 4. *D. de furt.*

27) S. POTIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VII. not. c.

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant. FABER* in Rational. ad L. 6. D. h. t. und STRUV Syntagma. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 55.

des Diebes Nutzen. Noch andere²⁹⁾ erfordern endlich einen solchen Gehülfen, welcher bey dem Diebstahl mit gleicher Absicht, als Theilhaber am Gewinn, mitgewirkt habe. Diese letzte Meinung scheint mir den Vorzug zu verdienen. Denn der erstere sieht §. 11. I: *de obligat. quae ex del. nasc.* in Verbindung mit L. 5. et 6. D. h. t. offenbar entgegen. Es ist aber auch die bloße Theilnahme am Factum der Contrectation nicht genug, weil diese nicht immer eingennügige Absichten, sondern auch Feindschaft gegen den Bestohlenen zum Grunde haben kann; in welchem Falle zwar die *actio furti*, als eine *actio poenalis ex delicto*, begründet ist³⁰⁾, aber nicht die *condictio furtiva*, welche auf dem Grundsatz der Billigkeit beruht, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichere. Diese kann folglich anders nicht gegen den Gehülfen statt finden, als wenn er ein solcher ist, auf welchen der Begriff des Diebstahls paßt³¹⁾.

§. 839.

Grund der Klage. In wiefern hat sie gegen die Erben des Diebes statt?

Die condictio furtiva setzt immer ein Furtum im Sinn

P 3

Sinn

29) KOCH Institut. iur. crim. §. 216. not. 1. ZOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 34. von Quistorp Grunds. des peinlichen Rechts I. Th. §. 384. Not. 5. besonders KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (Würzburgi 1798. 4.) §. 8.

30) L. 50. §. 1. D. *de furt.* S. SCHÜMANS Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorles. I. St. §. 5.

31) L. 15. D. h. t. GOEDDAEUS in Comm. repetit. paelect. in Tit. Pand. de Verbor. Significat. ad L. 53. D. h. t. n. 17. pag. 576.

Sinn des römischen Rechts voraus³²), welches, als bloßes Privatverbrechen gedacht, nicht bloß durch rechtswidrige Contrectation einer fremden beweglichen Sache begangen wird, die eigennützige Absicht gehe nun entweder auf die Substanz der Sache selbst (*furtum rei*), oder nur auf den Gebrauch derselben (*furtum usus*)³³); sondern welches auch der Eigenthümer selbst begehen kann, wenn er seine Sache aus der nießbräuchlichen, oder Interesse sichernden gerechten Detention eines Andern eigennützig und wissenschaftlich wider dessen Willen entwendet, oder, durch Veräußerung der Sache, die nur diese Detention bezweckende Realklage des Andern (*actio hypothecaria*) abzuwenden sucht, (*furtum possessionis*)³⁴). Ob aber deswegen diese Klage eine *actio ex*

32) *L. 1. §. 3. D. de furt.* *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius, possessionisve.* *S. Kleinschrods Abhandlungen aus dem peinl. Rechte Th. 2. Nr. VIII. und Schömanns Fragmenta I. §. 3. ff.*

33) *L. 16. D. h. t.* *Qui furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condicione quoque ex furtiva causa obstringitur.* Besonders §. 6. et 7. *I. de obligat. quae ex del.* *L. 5. §. 8. D. Commod.* *L. 40. L. 54. pr. L. 76. pr. D. de furt.* *S. SCHOTT Diff. de furto usus. Lipsiae 1776.*

34) Der Eigenthümer begeht ein furtum, wenn er die einem Andern verpfändete, oder nießbräuchlich eingeräumte, oder vermöge eines Retentionsrechts von demselben besessene Sache wider den Willen des Besitzers entwendet. *L. 12. §. 2. L. 15. §. 1. et 2. L. 19. §. 5. L. 20. §. 1. L. 59. L. 66. D. de furt.* §. 10. *I. de oblig. ex delict.* Ferner wenn er die besonders verpfändete Sache ohne Wissen und Willen des Gläubigers verkaust. *L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. de furt.* über dem bonae fidei possessor seine Sache entwendet. *L. 20. §. 1. D. eod.* *S. GROLMAN's Grunds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 178. not. 2.*

ex delicto sey, ist streitig³⁵⁾). Viele wollen dieses darum läugnen, weil sie nicht infamire, und in der L. 10. §. 2. *D. de compensat.* von einer actio ex maleficio nicht un-deutlich unterschieden werde. Sie sey also nach dem Beyspiel der übrigen Condictionen auf die natürliche Billigkeit begründet. Denn Marcian leite sie ausdrücklich ex iure gentium her L. 25. *D. de act. rer. amot.* Dahingegen halten sie andere³⁶⁾ für eine actio ex delicto, und gründen ihre Meinung auf die L. 21. §. 5. et 6. *D. de act. rer. amotor.* und L. 36. *D. de obligat. et act.* Beyde Meinungen lassen sich jedoch füglich vereinigen, wenn man den nächsten Klagegrund von dem entfernt unterscheidet. Daß die römischen Rechtsgelehrten diese Klage nicht unmittelbar aus dem Diebstahle, sondern zunächst aus dem Grundsache, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe, hergeleitet haben, ist aus den für die erste Meinung angeführten Gründen nicht zu bezweifeln. Allein eben so unläugbar ist es auch, daß der begangene Diebstahl wenigstens als das entferntere Fundament der Klage anzusehen sey³⁷⁾). Hieraus sind nun die hier von Hellfeld angeführts

35) *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. Princ. *WISSENBACH* Exercitat. ad Pand. Disp. XXVI. Th. 2. *BACHOV.* de Actionib. Diff. IV. Th 21. pag. 155. *Pet. DUIRSEMA* Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 8. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. *HUBER* Praelect. in Pand. h. t. §. 2. *BOEHMER* Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 34. *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2090. u. a. m.

36) *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *CUJACIUS* Observation. Lib. XIII. cap. 37. *STRUVE* Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 50. *STRAUCH* Diff. de condic. furtiva. Cap. II. u. a. m.

37) *G. WEBER* zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1030. Not. 3. §. 1060.

geführten besondern Bestimmungen dieser Klage zu erklären. Wegen des nächsten Grundes kann nämlich die Klage auch gegen die Erben statt finden, und zwar auf das Ganze, und ohne Rücksicht, ob sie etwa aus dem Delict des Erblassers reicher sind oder nicht³⁸⁾). Jedoch hastet jeder nur nach dem Verhältniß seines Erbanteils. Cujaz³⁹⁾ ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, die Klage gehe anders nicht gegen die Erben des Diebes, als wenn sie entweder noch gegen denselben bey dessen Leben angestellt, und lis contesiirt worden, oder die Erben durch den Diebstahl bereichert sind. Allein ganz entscheidend sprechen für unsre Meinung folgende Gesetzstellen. L. 7. §. 2. D. h. t. *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit. Sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis dicendum est, conditionem adversus heredem durare.* Quae in herede diximus, eadem erunt et in caeteris successoribus. Ferner L. 9. D. eod. In condictione ex causa furtiva *non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur*, dum soli heredes sumus: pro parte autem he-

res,

38) *L. 1. pr. D. de privat. delict.*

39) Observation. Lib. VII. cap. 37. und Lib. XIII. cap. 37. Ulstein *Ant. FABER Rational.* in Pand. ad L. 9. h. t. und *de Errorib. Pragmat.* Dec. LXXVIII. Err. 1. BACHOV Tr. *de actionib. Disp.* IV. Th. 21. Em. MERILLIUS Observation. Lib. VII. cap. 3. et Variantum ex *Cujacio* Lib. I. cap. 21. Iac. CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 10. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 498.) und Casp. SCHIFFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Lib. II. Tract. I. Qu. 9. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

res, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur. Diesem ist nicht entgegen, wenn in L. 6. §. 4. D. de act. rer. amotar. gesagt wird: Heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva. Denn es ist eine unrichtige Vorausschung, daß die actio rerum amotarum nur in so weit gegen die Eiben Statt finde, als dieselben bereichert sind. Beide Klagen sind hierin einander völlig gleich). L. 21. §. 5. D. eodem. sagt ausdrücklich: Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet, sicut et condictio furtiva. Daß die actio rerum amotarum nach L. 3. §. ult. D. eodem. gegen den Vater wegen des Vergehens seiner verstorbenen Tochter nur in so weit gehen soll, als derselbe dadurch reicher geworden ist, steht uns nicht entgegen. Denn dies hat seinen besondern Grund, nämlich weil der Vater die Güter oder die dos profectitia seiner Tochter nicht als Erbe, sondern jure patriae potestatis erhielt; und die L. ult. Cod. rer. amotar. worauf man sich besonders beruft, kann sehr wohl so verstanden werden, daß die Eiben wegen der von ihrer Erblasserin ihrem Mann entwendeten Sachen nicht als Correal-schuldner, sondern nur nach dem Verhältniß dessen, was auf jeden aus der Erbschaft gekommen ist, belangt werden können⁴⁰). Denn da die röm. Kaiser in ihren Rescripten mehrentheits nur nach dem gemeinen Recht sprachen, so sind

40) S. IO. VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 4. IO. ORTIO. WESTENBERG Dig. Lib. XXV. Tit. 2. §. 22. KLEINSCHROD Doctr. de reparatione damni delicto dati Spec. I. §. 12. JAN. a COSTA Praelection. ad illustr. quosd. Titulos locaque sel. iuriis civ. pag. 215. sqq. HUB CIPHANII Explanat. difficillor. LL. Cod: ad L. ult. Rer. amotar. pag. 455. sqq. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et ad Eundem EMMINGHAUS not. z.

find sie immer, so viel als möglich, dem Pandectenrecht gemäß zu erklären⁴¹).

Weil die conductio furtiva nach ihrem entfernen Fundament unstreitig aus einem Delict entsteht, so erklärt sich hieraus, warum mehrere, welche den Diebstahl gemeinschaftlich begangen haben, ohne Theilungswohlthat für das Ganze haften⁴²). Da sie jedoch keine Pönalklage ist, so ist es auch ganz natürlich, daß die von dem einem geleistete Ersättigung die übrigen von allem weitern Anspruch befreien müsse⁴³). Man sieht nun hieraus auch, warum die Klage nicht insamirt⁴⁴); daher kann sie auch gegen Personen angestellt werden, denen man sonst Achtung schuldig ist⁴⁵).

§. 840. und 841.

Worauf geht die conductio furtiva? Wie ist der Werth der gestohlenen Sache zu bestimmen?

Die conductio furtiva geht auf Zurückgabe der gestohlenen Sache nebst den gezogenen und vernachlässigten Früchten⁴⁶); nicht minder auf Leistung alles übrigen Interesse⁴⁷). Sie kann daher ohne Zweifel auch auf Zinsen gerichtet werden⁴⁸). Hat der Dieb aus der gestohlenen Sache etwas Anderes gemacht, oder verfertigen lassen, z. B. Becher aus dem gestohlenen Silber, oder Most aus den gestohlenen Trauben; so kann auch auf Ausantwortung des

41) G. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 38.

42) L. 1. Cod. h. t.

43) KLEINSCHROD Doctr. cit. Spec. I. §. 9. et 10.

44) L. 36. D. de obligat. et action.

45) L. 3. § 2 D. de act. rer. amotar. L. 52. §. 6. D. de furt. MÜLLER ad Struvium Exerc. XVIII. Th. 54. lit. δ nr. IV. V. VI.

46) L. 8. §. 2. D. h. t. L. 2. Cod. de fruct. et lit. exp. STRUV Synt I. C. Exerc. XVIII. Th. 56. et MÜLLER ad Eund. not. β.

47) L. 3. D. h. t.

48) G. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Obs. 28. in fin. von Quistorp rechtliche Bemerkungen I. Th. Dem. 73. G. 243.

des neuen Körpers geflagt werden, ohne daß der Dieb einen Ersatz der darauf verwandten Unkosten erhält⁴⁹); und es kommt wenigstens nach den Gesetzen der Pandecten nicht darauf an, ob der neue Körper wieder in seine vorige rohe Gestalt gebracht werden kann oder nicht⁵⁰). Denn die Veränderung der Gestalt hebt nach der Lehre der Classiker den Mangel der Furtivität nicht⁵¹). Weil aber doch nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts⁵²) der Specifikan, wenn die vorige Gestalt nicht wieder hergestellt werden kann, Eigenthümer des neuen Körpers, und folglich durch eine solche das Eigenthum vernichtende Specification das vitium gehoben wird⁵³), so ist nun in einem solchen Falle die Sache, als nicht mehr existirend, zu betrachten, und kann daher nur auf den Werth derselben geflagt werden⁵⁴). Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, der Dieb habe sie nun consumirt, oder veräußert, oder sie sei sonst durch Zufall weggekommen, oder zu Grunde gegangen⁵⁵); so kann der höchste Gemeinwerth mit der conditio furtiva eingeklagt werden, den die Sache von Zeit des begangenen Diebstahls an gehabt hat⁵⁶). Lilpian sagt L. 8. §. 1. D. h. t. *Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur? Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit:*

49) L. 13. L. 14. §. 3. D. h. t.

50) L. 52. §. 14. D. de furtis.

51) L. 4. §. 20. D. de usurpat. et usucap.

52) §. 25. I. de rer. divis.

53) G. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen 2c. §. 730. vergl. mit §. 461. und Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 22. a. E.

54) §. 26. I. de rer. div.

55) L. 3. L. 8. pr. 16. L. 20. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.

56) Man will behaupten, daß heutiges Tages nur auf Erstattung dessjenigen Werths geflagt werden könnte, den die gesuchte Sache zur Zeit der Entwendung gehabt hat. G. von Quistorp Grds. des peinl. Rechts 1. Th. §. 384. Allein ohne Grund; man vergleiche dagegen Littmanns Handbuch des deutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 429. u. 505.

fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. *Semper enim moram fur facere videtur.* Der Grund hiervon liegt blos darin, weil der Diebstahl in dem Augenblick, in welchem er geschieht, die Verbindlichkeit zur Restitution der Sache begründet⁵⁷⁾) und diese Mora tritt auch sogar beym furto usus ein⁵⁸⁾). Uebrigens fällt die condictio furtiva weg, wenn durch Novation die Forderung aus dem Diebstahl aufgehoben worden ist⁵⁹⁾, oder der Dieb durch gehörig geschehenes Anerbieten der gestohlenen Sache, und verweigerte Annahme derselben von Seiten des Bestohlenen in mora zu seyn aufgehört⁶⁰⁾, oder der Bestohlene seine Sache wieder, oder den Werth dafür erhalten hat⁶¹⁾). Keinesweges aber fällt sie als solche durch die Bestrafung des Diebes hinweg⁶²⁾).

57) *L. ult. D. h. t.* sagt: *Qui invito domino rem contrectavit, semper in restituenda, quam nec debuit auferre, moram facete videtur.* Da von Anfang dieser Zögerung an auch die Klage gegen den Dieb begründet ist, so erklärt sich daraus *L. 2. §. 3. D. de privat. delict.* welche sagt: *Condictio ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus.* Hier ist nicht von der Zeit der angestellten Klage die Rede, wie *Ant. FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 11.* dieses Fragment irrig erklärt, sondern der Ausdruck *iudicij accipiendi tempus* bezeichnet hier die ganze Zeit, da die Condiction angestellt werden konnte, bis dahin, da sie wirklich angestellt worden ist. *G. Io. IENSII Strictur. in Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 489. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.*

58) *G. Schömanns Fragmente I. §. 8. G. 31.*

59) *L. 17. D. h. t. L. 29. §. 1. D. de Verb. obligat.*

60) *L. 8. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. L. 72. §. 3. D. de solut.* *Ger. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 304.*

61) *L. 10. pr. L. 14. §. 2. D. h. t. VOET h. t. §. 8. und Schömanns Fragmente I. §. 8. a. E.*

62) *G. Io. Sam. FRID. BOEHMERI Observation. select. ad Carpzovium. Quæst. LXXX. Obs. 10. WERNHERI Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 4. nr. 123. und Littmanns Handbuch des deutſchen penl. Rechts 3. Th. §. 505. G. 364. f.*