

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

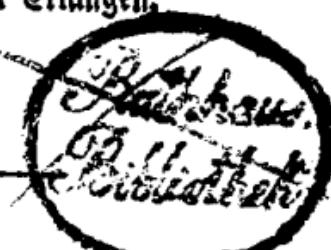
H e l l f e l d

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

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der  
Friedrich - Alexander - Universität in Erlangen.



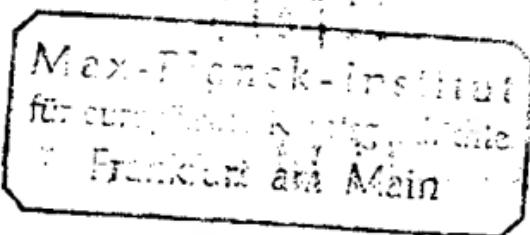
Siebenzehnten Theils erste Abtheilung.

E r l a n g e n

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1 8 1 5.

Deutschland  
15 AK 35



Physikalisches  
Institut

Max-Planck-Institut für physikalische  
Kernphysik Frankfurt am Main



2057/13.

64 / 3387

Lib. XVIII. Tit. V.

De rescindenda venditione, et quando  
liceat ab emtione discedere.

S. 1026.

Ursachen der Aufhebung eines Kaufs. I. Richtigkeit. Wirkung der Ratihabition bey einem ungültigen Kaufe. S. 1.  
Seite 240 sub 1.

**G**ein Kauf kann aus mancherlen Ursachen aufgehoben werden<sup>2</sup>).

I. Aus dem Grunde der Ungültigkeit; d. i. wenn es bey demselben an einem gesetzlichen Erforderniß fehlt, ohne welches der Handel nicht gelten kann. Der Mangel betreffe die Form oder die Substanz desselben. Jedoch kann die Ungültigkeit des Geschäfts durch die nachher erfolgte Ratihabition oder erklärte Zustimmung der Interessenten gehoben werden, und zwar nicht blos in dem Falle, wenn der Grund der Richtigkeit desselben in dem Mangel der freien Einwilligung, z. B. wegen Betrugs

i.) **S. Aug. Christoph. WILKE**, Diss. de causis contractum imperfectum rescindentibus, Altorfii 1740. **Chr. Ignat. MAL'IRON** Diss. de rescissionibus et nullitatibus emtionis venditionis. Argentorati 1785. Und **Westphal's** Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe z. Kap. XI. S. 579. ff.

trugs, oder Furcht, oder Irrthums, lag, sondern auch, wenn die persönliche Unfähigkeit des einen Contrahenten den Handel ungültig mache. Es muß nur die Genehmigung in dem Zustande der Freyheit, oder nachher eingetretenen persönlichen Fähigkeit, und überhaupt unter veränderten Umständen erfolgen, wenn sie zu jenem Zweck Statt finden soll<sup>2</sup>). Ob sie durch einen von neuen ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen erfolgt, ist an sich gleichgültig. Das Geschäft wird dann von Zeit der Genehmigung zurückwirkend gültig<sup>3</sup>). Eben diese zurückwirkende Kraft hat auch in dem Falle Statt, wenn die Genehmigung eines Dritten zur Gültigkeit nöthig war<sup>4</sup>). Zuweilen kann aber selbst der Mangel der Form durch Ratshabition desjenigen getheilet werden, welcher den Handel als nichtig hätte anfechten können. Dies ist z. B. der Fall, wenn das Grundstück eines minderjährigen ohne Decret der Obrigkeit verkauft worden ist, und derselbe nach erlangter Großjährigkeit den Handel genehmigt, oder, welches einer stillschweigenden Genehmigung gleich zu achten ist, denselben in fünf Jahren anzusechten

2) Beber Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 127, S. 561. Dabelow Handbuch des heut. gemeinen röm. deutschen Privatrechts I. Th. §. 146. und Schwoeppe röm. Privatrecht. I. Th. §. 110.

3) L. 4. Cod. de his quae vi metuisti causa gesta sunt. L. 7. pr. Cod. ad Sciam Macedon. L. 25. in fin. Cod. de donatione inter virum et uxorem. Aemilius Lud. ROMBERCK zu Wach Olss. de convalescentia vitiosae alienationis. Marburgi 1743. Cap. I. §. 38 — 40.

4) Arg. L. 16. §. 1. 11. de pignorib.

seßten untersäßt<sup>5</sup>). War hingegen der Handel, ohne Rücksicht auf persönliches Verhältniß der Contrahenten, oder Form, den Gesetzen schlechterdings zuwider, so kann er, so lange das Verbot bestehet, durch keine Genehmigung der Contrahenten gültig werden<sup>6</sup>); und hört auch nachher das Verbot auf, so kann das Geschäft, bey fort- dauerndem Willen der Contrahenten, nur als ein ganz neues bestehen, und ohne zurückwirkende Kraft<sup>7</sup>).

## S. 1027.

## II. Ursachen der Rescission eines gültigen Kaufs.

## A. Mutuus dissensus.

Es kann aber auch II. ein an sich gültiger Kauf wieder aufgehoben werden, wenn eine gerechte Ursache dazu vorhanden ist. Eine solche Ursache kann nun entweder a) in einem angehängten Vertrage liegen, z. B. wenn das pactum displicantiae, oder addictionis in diem, oder die lex commissoria dem Kaufe ist bengießt worden. Oder b) in der Natur des Contracts. Dahin gehört

A) der s.alle Consensualcontracte aufhebende gegenseitige Dissens, oder Vertrag, wodurch die Contrahenten mit einander übereinkommen, daß der unter ihnen

5) L. 2. Cod. Si maior factus rat. hab. L. 3. C. Si maior factus alienat. fact. sine decreto rat. hab. HOMBERG zu Bach Dias. cit. Cap. II. §. 17—24.

6) Weber a. a. D. §. 127. S. 561. Man siehe auch den 13. Th. dieses Commentar d. §. 850. S. 377—379.

7) Arg. L. 65. §. 1. D. de ritu nupt. Schmeppe a. a. D. §. 110.

nen geschlossene, und noch von keinem Theile erfüllte Handel nicht gelten solle.

*L. 58. D. de pactis.* Ab emtione, venditione, conductione caeterisque similibus obligationibus, quin, integris omnibus, consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est.

*L. 59. S. 1. D. h. t.* Emtio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit.

*L. 80. D. de solutionib.* Prout quidque contractum est, sita et solvi debet. Ut quum re contraxerimus, re solvi debet. — Aeque quum emtio vel venditio, vel locatio contracta est; quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.

*L. 35. D. de div. reg. iur.* Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio, recontrario consensu dissolvitur.

Durch den mutuus dissensus wird nun, je nachdem die Parteien sich vereinigt haben, entweder der ganze Handel, oder nur ein Theil desselben wieder aufgehoben. Z. B. es soll nur die Bedingung, unter welcher der Contract war geschlossen worden, nicht gelten; oder der Handel in Ansehung einer von mehreren zugleich verkauften Sachen aufgehoben seyn.

*L. 6. S. 2. D. de contrah. emt.* Conditio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest; sicuti etiam abiri tota emtione potest.

potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt.

*L. 4. D. h. t.* Si emtio contracta sit togae (puta) aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emtio maneat: puto resolvi obligationem huius rei nomine duntaxat<sup>8)</sup>.

Die simple Einwilligung beider Theile ist jedoch in jedem Falle hinreichend, sie mag erklärt seyn, auf welche Art sie wolle; auch stillschweigend, durch Schließung eines neuen Contracts, ehe noch der erste vollzogen war; ja selbst die Acceptilation, wodurch nur ein Theil dem andern seine Verbindlichkeit erlassen hätte, galt hier doch in Kraft einer den Handel aufhebenden Convention.

*L. 2. D. h. t.* Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris, minorisve emero; discessimus a priore emtione. Potest enim, dum res intacta est, conventione nostra infecta fieri emtio, quasi nulla praecesserit; sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum, emtione repetita; cum post pretium solutum infectam emtione facere non possumus.

*L. 5. D. eodem.* Cum emtor, venditori, vel emtori venditor acceptum faciat; voluntas utriusque ostenditur, id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos.

8) Das Gesetz spricht zwar nur von mehreren alternativ verkauften Sachen. Es gilt aber unstrittig auch von mehreren zusammen verkauften Sachen, wie schon Westphal vom Räuse §. 822. ganz richtig bemerkt hat.

*eos; ut nenter ab altero quidquam peteret. Sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis<sup>9)</sup> valet.*

Es galt jedoch der gegenseitige Dissens nach dem römischen Recht nur als ein pactum nudum. Eine neue flagbare Verbindlichkeit ward dadurch nicht begründet. Wenn daher der noch unverfüllte erste Handel unbedingt war abgeschlossen worden, so ward er durch einen zweyten bedingten Handel nicht aufgehoben, wenn übrigens der Kaufpreis der vorige blieb. So erklärt sich

*L. 7. pr. D. h. t. Si id, quod pure emi, sub conditione fursus emam: nihil agitur posteriore emtione.*

Wäre bei dem zweyten Handel ein neuer Preis bestimmt worden, als sei nun entweder ein höherer oder geringerer, so hätte er als ein neuer Kauf gegolten.<sup>10)</sup>

9) Nach der Formel der Acceptilation wäre hier nur der eine Theil von seiner Verbindlichkeit befreyes worden; allein da die bona fides conventionis nicht erlaubte, daß der andere Theil aus dem Contract verbunden blieb; L. 50. D. de act. emt. et vend. so zog hier die Befreiung des einen auch die Befreiung des andern Theils nach sich. L. 23. D. de acceptilat. Cum locatio, conductio, emtio, venditio conventione facta est, et nondum res intercessit: utrumque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte duntaxat intercessit, liberantur obligatione. S. Guil. FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 5. (in Thes. iur. Rom. Otton. T. II. p. 87.) und Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L.

10) L. 72. pr. D. de contr. emt.

Ausserdem galt er auch nicht als Nebenvertrag, wenn gleich die Bedingung zur Wirklichkeit fäim<sup>11)</sup>.

Uebrigens wird durch die bloße Einwilligung beyder Theile der abgeschlossene Kauf so aufgehoben, als ob er gar nicht wäre eingegangen worden. Hiermit erlöschhen denn auch alle Nebenbedingungen des Contracts, und auch der Bürge wird seiner Verbindlichkeit entledigt.

*L. 3. D. h. t. Emtio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta.* Ideoque quaesitum est, si emtor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit: an nuda voluntate resolvatur obligatio? JULIANUS scripsit; ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt. An autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum? Et puto, liberato reo, et fideiussorem liberari.

*L. 95. §. ult. D. de solutionib. Si inter emtorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emtione discedat.*

11) lac. Cujacius in Iul. Paulo ad h. L. Tom. III. Oper. pag. 1054. Wespahl a. a. D. §. 793. HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 685. glaubt zwar, es solle hier bloß der Satz ausgedrückt werden, daß man die nämliche Sache nicht zweimal kaufen und verkaufen könne, wenn die Contrahenten die nämlichen sind, und diese den animus novandi, d. i. die Absicht den ersten Kauf aufzuheben, nicht deutlich erklären. Nam animus novandi non praesumitur. L. ult. C. de novat. Allein ich glaube nicht, daß Paulus daran gedacht habe.

cedatur: fideiussor eo nomine acceptus, soluto contractu, liberabitur.

L. 8. Cod. de pactis inter emtor. et vend. compoſ. Tempore contractus inter emtorem, et venditorem habitam conventionem integrā servari, si ab ea posteriore pacto non recodatur, certum est.

Soll jedoch ein gültig geschlossener Kauf durch den mutuus dissensus wieder aufgehoben werden, so wird vor ausgesetzt,

1) daß die Einwilligung beiderseits gültiger erklärt sey. Hat also ein Pupilli mit Vollwort seines Vormunds einen gültigen Handel geschlossen, so ist die Aufhebung, die er ohne Zustimmung des Vormunds mit dem andern Contrahenten verabredet hat, ohne alle Wirkung, und der Handel bleibt von beyden Seiten gültig. Es ist also hier nicht so, wie bey der Schließung eines Handels. Dieser würde, auch ohne vormundschäfliche Auctorität, wenigstens als ein hinkendes Geschäft, den Mitcontrahenten verpflichten, ob er schon gegen den Pupillen selbst keine Klage begründet. Allein die ohne des Vormunds Auctorität geschehene Aufhebung eines gültig geschlossenen Contracts befreyet auch nicht einmal den Pupillen von seiner Verbindlichkeit. Denn es stimmt mit der bona fides nicht überein, einen gültig geschlossenen Contract auf eine solche Art aufzuheben, daß der andere Theil dargus zu seinem Schaden verbunhen bleibt. Dies scheint mir der wahre Sinn der Worte des Paulus zu seyn, wenn er L. 7. §. 1. D. h. t. sagt:

Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quam-

quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen, quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint. Quod si ante tutoris auctoritas intervenierit, deinde sine tute rae auctore emit, nihil actum est posteriore emtione. Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emtione, an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant<sup>12)</sup>? Sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte emtio sit contracta, vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus.

Cujas<sup>13)</sup> will zwar die Entscheidung dieses Gesetzes blos auf den Fall einschränken, wenn der Verkäufer den Käufer aus Irrthum für mündig gehalten hätte, und erklärt daher die Worte *et maxime* durch *sed tum tantum*. Ihm stimmt auch Westphal<sup>14)</sup> bey. Allein daß der Sach, die Aufhebung des Kaufs durch einen Pupillen ohne Zustimmung des Vormunds ist ohne Wirkung, und veranlaßt auch nicht einmal ein hinkendes Geschäft, in dem

12) Hat nämlich ein Pupill ohne Auctorität seines Vormunds einen Handel geschlossen, so kann zwar nur er daraus klagen, aber nicht der Verkäufer; klagt jedoch der Pupill als Käufer auf die Uebergabe der Sache, so kann der Verkäufer die Sache so lange retiniren, bis der Kläger das Kaufgeld bezahlt hat.

S. ROTHIER Pand. Justin. Tom. I. h. c. Nr. II. not. c.

13) Iul. Paulus ad h. L. Tom. II. Oper. pag. 1055. edit. Fabroti.

14) Vom Kauf. §. 796.

dem Gesetz ganz allgemein ausgesprochen seyn, liegt klar vor Augen, und ist von Anton Faber<sup>15)</sup> und Bartholomäus Chesus<sup>16)</sup> überzeugend dargethan worden. Zwar waren selbst die römischen Rechtsgelehrten hierüber nicht vollkommen einverstanden. Aristo z. B. auch Celsus behaupteten, es sey zwischen der Schließung und Aufhebung des Contracts kein Unterschied, auch letztere könne so geschehen, daß ein Theil davon verbunden bleibe. Celsus glaubte sogar, wenn ein filiusfamilias eine zum peculio profectitio gehörige Sache verkauft, und der Vater nachher allein mit dem Käufer paciscirt hätte, daß der Contract nicht gelten solle; so werde zwar dieser bestrenet, allein der Sohn bleibe als Verkäufer verpflichtet. Pomponius lehrt jedoch, daß man die Meinung des Aristo vermögen habe, und modifizierte auch die Meinung des Celsus, wie aus folgender Gesetzesstelle ersielet.

*L. i. D. h. t. CELSUS filius putabat: si vendidisset mihi filius familias rem peculiarem, etiamsi conveniat, ut abeatur ab ea venditione; inter patrem, et filium, et me convenire debere: ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari: et quaeratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus? Sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam, qui cum eo pactus est. Nam quod ARISTO dixit, posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum:*

15) Rational. in Pand. ad h. L. 22. 1. 11. 1. 12.

16) *Differentiar. iuris. Cap. IV.* (in *Iurispr. Rom. et Attica* Tom. II.)

rum: quia *proxima parte contrahentium abiri pacto ab emtione non possit*; et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur, non valere eiusmodi pactionem: sed dicendum est, patre paciscente, et liberato adversario, filium quoque obiter liberari. So wie ich die Stelle verstehe, weicht hier Pomponius von der Meinung des Celsus und Aristo ab. Celsus behauptete, der Kauf, welchen ein filiusfamilias über eine zu dem peculum profectitum gehörige Sache mit einem Dritten geschlossen hatte, könne ohne des Sohns Einwilligung durch einen zwischen dem Vater und dem Käufer allein eingegangenen Vertrag nicht wieder aufgehoben werden. Der Vertrag komme wenigstens dem Sohne nicht zu statten, sondern dieser bleibe verbunden. Nach dem strengen Recht ist gegen diesen Satz nichts einzuwenden. Denn Julian schreibt, wie Paulus L. 21. S. 2. *D. de partis* sagt, wenn auch der Vater ausdrücklich pacifizirt, daß weder von ihm noch von seinem Sohn Etwas gefordert werden solle, so helfe doch dem Sohn das pactum nichts, weil ich selbst einer solchen Person, die in meiner Gewalt ist, durch Verträge keinen Vortheil verschaffen kann. Soll also das pactum auch dem Sohn zu statten kommen, so muß er selbst doreinwilligen, und also mitpacifiziren. Allein der Grund, welchen Celsus von einem Pupillen hernahm, der ohne Auctorität seines Vormunds durch Vertrag mit dem Mitcontrahenten einen gültig geschlossenen Kauf wieder ausgehoben hat, war offenbar nichtig. Denn die Meinung des Aristo, ein Contract könne unter den Contrahenten auf eine solche Art ausgehoben werden, daß ein Theil daraus verbunden bleibe, ist falsch, und ein solcher Vertrag nichtig. Es paßt auch

auch dieser Grund schon darum nicht, weil der Fall, wenn der Sohn mit einem Dritten einen Kauf geschlossen, und der Vater denselben ohne Zustimmung des Sohns durch Vertrag mit dem Käufer wieder aufgehoben hat, von jenem Falle ganz verschieden ist. Hier bleibt der Sohn nach dem strengen Recht verbunden. Pomponius modifizirt daher die Meinung des Celsus in so weit, daß er sagt, der Vertrag gelte zwar direct nur zwischen dem Vater und dem Käufer, aber per consequentiam, (so ist hier das Wort *obiter* mit Brisson zu erklären) komme er auch dem Sohn zu statten, nämlich in sofern, daß dieser sich mit der *exceptio doli* schützen kann, wenn er von dem Käufer daraus belangt wird, wie auch Paulus in der oben angeführten L. 21. §. 2. *D. de pactis* lehrt, *Magis est*, sagt er, *ut pacti exceptio filiofamilias* *anda non sit, sed doli prosit*<sup>17)</sup>. So erklärt auch Ulrich Zuber<sup>18)</sup> die Stelle des Pomponius, und es ist daher die von Westphal<sup>19)</sup> vorgeschlagene Aenderung der Lesart: *filium quoque ob id non liberari*, eben so unnöthig, als ungegründet die Hypothese des Anton Faber<sup>20)</sup>, daß die Worte: *sed dicendum est, patre pa-*

cis.

17) Statt *sed doli prosit* liestet zwar *Ant. FABER Rational.* in Pand. ad h. Li. *sed soli patri prosit*. Allein ohne Grund, wie BACHOV in Prot. Pand. pag. 641. und *Io. Ger. Christ. RÜCKER* in Diss. ad L. 21. *D. de pact. Cap. III. Sect. 3.* (in OELRICHS *Thes. Diss. Belgicar.* Vol. I. T. I. pag. 303. sqq.) zeigen.

18) Eunomia Rom. ad L. 1. *D. de rescind. vendit.* pag. 684. sq.

19) Lehre des gemeinen Rechts vom Käufe §. 795.

20) Rational. in Pand. ad L. 1. *D. h. t.*

ciscente, et liberato adversario, filium quoque obiter liberari für ein Emblem des Tribonian zu halten seyn.

a) Der Contract muß noch von seinem Theile erfüllt gewesen seyn; wenn er mutuo dissensu aufgehoben werden soll. Nach erfolgter Vollziehung durch Uebergabe der Sache und Bezahlung des Kaufgeldes ist die simple Einwilligung nicht mehr hinreichend, sondern es muß ein neuer Contract geschlossen werden, und der Käufer muß die Sache an den Verkäufer zurückgeben, wenn dieser das Eigenthum der verkauften Sache wieder erlangen soll.

L. I. Cod. Quando liceat. ab. emit. disced. Re quidem integra. ab emtione. et venditione. utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis ad miniculo dissolvitur. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtione, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

Hatte einer von beyden Theilen schon den Handel seiner Seits ganz, oder auch nur zum Theil erfüllt; z. B. der Käufer hatte schon einen Theil des Kaufgeldes bezahlt, und nun wird die Aufhebung des Kaufs verabredet, so giebt ihm dieser Vertrag nach dem römischen Recht keine Klage, um dasjenige, was aus dem Kauf bereits geleistet worden, zurückzufordern. Denn der mutuus dissensus ist nach dem römischen Recht nur ein pactum liberatorium, und also ein pactum nudum, welches keine Klage wirkte. Zwar behauptete Kristo, wie Teras-

tius L. 58. D. de pactis<sup>21)</sup>) anführt, wenn ich dasjenige, was ich als Verkäufer leisten mußte, geleistet habe, der Käufer aber mir den Kaufschilling noch schuldig ist, und wir nun hierauf den Vertrag geschlossen haben, wenn du mir alles von Waaren zurückgegeben wirst, was ich dir geleistet habe, so sollst du den Kaufschilling nicht bezahlen; so sey der Käufer das Kaufgeld nicht mehr schuldig, wenn er die empfangene Waare zurückgegeben hat. Denn da hier blos auf Willigkeit gesehen wird, so ist es einerley, ob wir, ehe noch ein Theil den Contract erfüllt hat, ausmachen, daß wir den Handel aufheben wollen, oder ob wir den Vertrag

21) Aristonis hoc amplius videbatur: si ea, quae me ex emto praestare tibi oporteret, praestitisssem, et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisssem, pretium mihi non dares; tuque mihi ea praestitisses; pretium te debere desinere: quia bona fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quidquam intereat, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur: an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus. ne quid tu mihi eo nomine praestares. Illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id, quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. Man vergleiche über diese Geschäftsstelle BACHOVIVS advers. Ant. FABRUM de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCV. Err. 8. et 9. et Decad. XCVI. Err. 1. et 2. und Ger. NOODT de pactis Cap. XI. Oper. T. I. pag. 512.

trag schließen, daß wenn mir alles zurückgegeben wird, was ich geleistet habe, auch der andere Theil mir nichts weiter schuldig seyn solle. Allein die Meinung des Kristo geht doch nur dahin, daß in Absicht auf die liberatorische Wirkung zwischen beyden Verträgen kein Unterschied sey, sondern der Käufer durch den einen eben so, wie durch den andern, von seiner Verbindlichkeit und zwar ipso iure befreyet werde. : deo enim bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, sagt Ulpian *L. 7. §. 6. D. de pactis*, ut constet, in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis, re nondum secuta, posse abiri ab emtione.

Das hingegen konnte durch eine Convention, welche blos ein Geschäft wieder aufheben soll, nicht bewirkt werden, daß der andere Theil dasjenige, was ihm bereits aus dem Contract geleistet worden, zurückzugeben verpflichtet werde. Denn hier ist es nicht blos die Absicht der Partheyen, von dem vorigen Geschäft abzugehen, sondern sie wollen zugleich eine neue Verbindlichkeit unter sich festsetzen, welches den Regeln bloßer Verträge entgegen war. Nach dem römischen Recht kann daher blos auf die Erfüllung des Contracts geklagt werden. Sezt nun der Beklagte dem Kläger die Einrede entgegen, der Contract sey mutuo dissensu aufgehoben; so kann der Kläger diese Exception durch die replicatio dolit entkräften, nämlich der Beklagte handle unredlich, daß er gleichwohl das Empfangene zurück zu geben sich weigere. Es gehört hierher folgende Gesetzstelle.

*L. 2. Cod. Quando liceat ab emit. disced. Perfectam emtionem atque venditionem re integra tan-*

tum pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo si quidem arrhae nomine aurum datum sit: potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare; sin vero partem pretii persolvisti, ad ea, quae venditorem ex venditione oportet praestare, magis actionem (sc. *contractus quaesitam*) quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes.

Man erkennt zugleich aus diesem Gesetz, daß die gebene Arrha die Aufhebung des Contracts durch gegenseitige Einwilligung nicht hindert. Denn diese gehört nicht zur Erfüllung des Contracts, und kann auf jeden Fall mit der *condictio sine causa* zurückgesfordert werden.

Da jedoch heut zu Tage auch aufhebende Verträge flagbar sind, so hat es keinen Zweifel, daß jetzt, nach aufgehobenen Contract, geradezu auf Zurückgabe dessen geflagt werden könne, was ein Theil von dem andern bereits aus dem Contract erhalten hat<sup>22)</sup>.

Es bleibt indessen der Unterschied, ob ein geschlossener Kauf re adhuc integra durch gegenseitige Einwilligung der Contrahenten aufgehoben, oder nach bereits geschehener Erfüllung ein neuer Kauf geschlossen wird, in mancher Hinsicht practisch. Denn wenn z. B. von dem verkauften Grundstück in Veräußerungsfällen eine Abgabe zu entrichten ist, so kann sie in dem ersten Falle gar nicht, in dem andern hingegen doppelt gefordert werden. Hat ferner der Gläubiger in den Verkauf der Hypothek einge-

22) S. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 133. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. XLI. §. 3. Westphal vom Kause §. 797. Weber zu Höpfners Commentar über die Institut. §. 1000. Not. 3.

eingewilliget, so behält er sein Pfandrecht, wenn der Kauf nachher mutuo dissensu wieder aufgehoben wird<sup>23)</sup>; da hingegen wacht sein Pfandrecht nicht wieder auf, wenn der Schuldner in der Folge durch einen neuen mit dem ersten Verkauf in keinem Zusammenhange stehenden Handel wieder Eigenthümer der Sache wird, und ihm kein Dolus zur Last fällt<sup>24)</sup>. Hellfeld nimmt zwar noch ein Beispiel vom Retract her, allein man sehe, was dagegen an einem andern Orte<sup>25)</sup> erinnert worden ist.

§. 1028.

B) Rescission des Kaufs wegen Verlegung über die Hälften. *Brienn. l. 240. sue. 2/*

Außer dem mutuus dissensus lässt sich B) noch ein anderer Rescissionsgrund aus der Natur des Kaufs, als eines zweiseitigen bonae fidei Contracts, ableiten, welcher darin besteht, wenn der eine oder andere Contrahent durch den Handel über die Hälften verlegt worden ist<sup>26)</sup>. Eine solche Verlegung (laesio enormis seu

B 2 ultra

23) *L. 10. pr. D. Quib. mod. pign.*

24) *L. ult. Cod. de remiss. pignor. L. 8. §. 7. et 8. D. Quib. med. pignus.*

25) *S. den 16. Theil §. 996. S. 196. ff.*

26) *L. 2. et 8. Cod. de rescind. vendit. Cap. 3. et 6. X. de emt. vend. Casp. ZIEGLER de laesione ultra dimidium iusti pretii, eiusque actione ex L. 2. Cod. de resc. vendit. Discursus legalis. Witrb. ARII PINELLI ad L. 2. Cod. de resc. vendit. Commentar. Coloniae 1584. 8. et Antw. 1618. Hug. DONELLUS und Hub. CIPHANIUS ad L. 2. Cod. de resc. vendit. cocceji Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. Heidelbergae 1679. (in Exercitat. Vol I. 36.)*

ultra dimidium) ist vorhanden, wenn dasjenige, was ein Contrahent erhielt, nicht halb so viel werth ist, als das, was er gab<sup>27)</sup>). Ob sie schon nach dem ältern Recht in Betracht gezogen worden seyn, ist streitig. Viele<sup>28)</sup> be-  
zweie-

*Christ. THOMASII* Diss. de aequitate cerebrina L. 2. C. de resc. vend. et eius usu practico. *Halae* 1706. *Io. God. SCHAUUMBURG* Diss. de aequitate et usu practico L. 2. Cod. de resc. vend. *Vitemb.* 1725. *Io. Andr. HANNESEN* Diss. de immodica laesione eiusque probatione in primis per testes caute instituenda *Goettingae* 1747. *Io. Christ. ZINDEL* Diss. de laesione enormi contractus, et in primis venditiones rescindente: praes. *Mich. God. WERNHER* def. *Erlangae* 1762. *Ioach. Ge. DARIES* Diss. de interpretatione et extensione L. 2. C. de resc. vendit. *Tracti ad Viadr.* 1775. *Henr. God. BAUER* *Termini* L 2. C. de resc. vendit. *Lipsiae* 1776. *Herm. Io. LIENAU* Diss. de natura ac indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur. *Goettingae* 1782. *Ignat. Christoph. FREYBOTT* Specim. iuris civ. quo contractum emtionis vendit. propter laesionem enormen de se praecise rescindi ad illustrandam L. 2. C. de resc. vend. determinatur. *Wirceburgi* 1768. *Ge. Steph. WIESAND* de sensu atque applicatione L. 2. C. de resc. vend. in *Opuscul.* pag. 221. sqq. *Car. Gottfr. FARES* Specim. th. pract. exhibens remedium Legis 2. Cod. de resc. vendit. praes. *Io. Phil. GRECEL*. *Wirceburgi* 1798.

27) *S. Joh. Ge. Estor's Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Prozesses* 3. Th. §. 131. *S. 65. ff. Gmelin's und Elläger's gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle* 4. Band S. 249. *Thibaut System des Pand. Rechts* 1. B. §. 197. und *Ferd. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen*. §. 553.

28) *Hub. GIPHANIUS* in *Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. Cod. de resc. vendit.* pag. 304. sqq. *Io. SCHILTER* *Prax.*

zweifeln dieses, und halten die Kaiser Diocletian und Maximian für diejenigen römischen Gesetzgeber, welche zuerst in der L. 2. Cod. de resc. vend. einen Kauf wegen der Verlezung im Preise anzusehnen gestattet hätten. Soviel ist zwar gewiß, daß es dem Geist der Handlung und des gemeinen Verkehrs offenbar entgegenstreiten würde, wenn man hier immer eine genaue Gleichheit zwischen Waare und Preis beobachtet wissen wollte; sofern die Bestimmung des letztern den Contrahenten überlassen ist. Denn das ist nun einmal Händelsgebrauch, daß der Verkäufer seine Waare so theuer, als möglich, zu verkaufen, und der Käufer für sein Geld so wohlseil, als möglich, zu kaufen sucht. Dieses missbilligen auch gar nicht die Gesetze, wenn nur kein Theil den andern befreien hat, wie aus folgenden Stellen der Pandecten erhellt.

L. 16. §. 4. *D. de minorib.* Idem POMPONIUS ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

L. 22. §. 3. *D. Locati.* Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere; et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

L. 23. *D. eodem.* Et ideo, praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

Jus

Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 90. Io. Ern. Bernh. EMMINGHAUS ad Cocceji ius ciy. controv. h. t. Qu. 2. not. w. und Schleppe Röm. Privatrecht 2. Band §. 393.

Justinian nennt das, was hier durch *naturaliter* ausgedrückt wird, *Nov. XCVII. cap. 1. ἐμπορίως*, welches in der alten lateinischen Version durch *negotiative*, von *Haloander* und *Zombergk* aber zierlicher durch *ut in commerciis fieri solet, sese mutuo circumscribere*, übersetzt wird<sup>29)</sup>). Mit Recht trugen daher die römischen Gesetzgeber Bedenken, um jeder Uebertheurung willen, eine Klage auf Rescission des Contracts zu gestatten, wenn sich auch der Verkäufer die Notdurft des Käufers zu Nutze gemacht hatte, wie die in den Schriften der klassischen Auctoren hin und wieder vorkommenden Beispiele beweisen<sup>30)</sup>). Daß man indessen auch eine überschüssige Lassion unberücksichtigt gelassen haben sollte, läßt sich aus den angeführten Stellen der Pandecten keinesweges folgern, weil eine solche Ungleichheit mit der bona fides in Widerspruch steht<sup>31)</sup>). Nam bono et aequo non

29) *S. Ios. FINESTRES Hermogenian. ad L. 49. D. de act. emti et vend. pag. 471. sqq.*

30) PLAUTUS in *Mostellaria* Actu III. Sc. II. v. 113. *Si male emtae forent, nobis istas redhibere haud liceret.*  
*SENECA de benefic. Lib. VI. c. 15.* Venditori nihil debet, qui bene emuit. Der Ausdruck *bene emere* heißt hier nichts anders, als wohlfeil kaufen, so wie *male emere* theuer kaufen. *S. CUYACIUS Observation. Lib. XXIII. c. 32.* Eben dieser SENECA sagt *Controv. 26.* Non possum demum habere, nisi hanc emero, nulla alia vaenalis est; hanc occasionem videt vendor, et premit, non tamen hanc emtionem rescindes; alioquin in infinitum calumnia excedet.  
*S. RAD. FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. VI. cap. 20.* (in *Thes. iur. Rom. Otton. T. II. pag. 300. sqq.*)

31) *GER. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Hactenus. pag. 410.* Anderer Meinung ist SCHWEPPENRÖM. *Privatrecht. 2. Band* §. 394.

non convenit, sagt Pomponius *L.* 6. §. 2. *D. de iure dot.* aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Bey der aestimatio dotis, welche bekanntermaßen als ein Kauf angesehen wird<sup>32)</sup>), mußte daher, wenn der Preis zu gering war, der Mann entweder das Fehlende zulegen, oder das Heyrathsgut in Natur zurückgeben<sup>33)</sup>). Zwar könnte man hier sagen, dieses habe auf einer besondern Begünstigung des Heyrathsguts beruhet<sup>34)</sup>); allein daß es doch auch außer diesen Fall dem Richter bey den bonae fidei Contracten erlaubt gewesen seyn müsse, eine unbillige Lässion nach Besinden der Umstände zu emendiren, läßt sich aus der *L.* 2. *D. depositi* und *L.* 79. *D. pro socio* nicht undeutlich schließen<sup>35)</sup>). Ja viele<sup>36)</sup> glauben, daß diese Art der Verlezung schon unter der allgemeinen prætorischen Clausel begriffen gewesen sey. Wie groß indessen die Verlezung habe seyn müssen, wenn deshalb ein Handel wieder aufgehoben werden konnte, scheint anfangs nicht gesetzlich bestimmt gewesen zu seyn, sondern es berührte noch alles auf dem richterlichen Ermessen<sup>37)</sup>). Die

Rai-

32) *L.* 10. §. 5. *in fin. D. de iure dot.*33) *L.* 12. §. 1. *D. eodem.*34) Nach *L.* 6. *Cod. Soluto matrim.* konnte sich jedoch auch der Mann bey der Schätzung des Heyrathsguts über erlittene Lässion beschweren, und brauchte dann nichts mehr, als das *preium iustum*, zu restituiren.35) *S. Em. MERILLIUS Observation.* Lib. VI. cap. 16.36) *Sam. de cocceji iur. civ. controv. h. t.* Qu. 2. LINNAU Diss. cit. §. 2. Westphal vom Kauf. §. 802.37) *Pet. de TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss. XII. §. 1. de cocceji c. l.*

Kaiser Diocletian und Maximian gaben zuerst in der L. 2. Cod. de resc. vendit. durch die Bestimmung der Größe der Verlezung dem Richter eine bestimmte Vorschrift an die Hand<sup>38)</sup>). Die Verordnung ist ein Rescript an einen gewissen Lupus, und lautet folgendermaßen.

Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Dieselben Kaiser haben nachher nochmals bei einer andern Gelegenheit diese Verordnung mit einer ausführlicheren Erläuterung wiederholt, nämlich durch ein Rescript an Evodia, welches die L. 8. Cod. eodem in folgenden Worten darstellt.

Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminentia detegi, ne habeatur ratio venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditio-

38) CUJACIUS Observation. XXIII. c. 24. glaubt jedoch, es müsse diese Bestimmung schon vorher als Rechtsnorm bestanden haben, weil die L. 47. D. de evict. lehre, daß ein Kauf bis auf die Hälfte des wahren Werths nicht ungültig gewesen sei. Allein daß sich daraus kein sicheres Argument herleiten lasse, hat schon SCHILTER in Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 91. bemerk't.

ditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione iam emtori praestita servanda.

Durch die Verordnungen der nachfolgenden Kaiser vor Justinian wird nun zwar alles abgeändert, und der Grundsatz eingeschränkt, daß ein gültig abgeschlossener Kauf nie aus dem Grunde allein, daß der Preis zu gering sei, solle angefochten werden können, wenn sonst kein Betrug dabei vorgegangen ist; wie die Verordnungen der Kaiser Constantius I.<sup>39</sup>), Gratian, Valentinian und Theodosius<sup>40</sup>), nicht minder des Arcadius und Honorius<sup>41</sup>)

39) L. 1. Cod. Throd. de contrah. emt. vend. Venditionis atque emtionis fidem, nulla circumscriptio violencia factam, rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querela, contractus, sine ulla culpa celebratus, litigioso strepitu turbandus est.

40) L. 4. C. Th. eodem. Quisquis maior aetate, atque administrandis familiarum suarum curis idoneus compribatus,

beweisen. Wenn Westphal<sup>42)</sup> glaubt, es sey vielleicht damals das, was des Diocletians und Maximians Rescript enthält, noch nicht im Gebrauch gewesen, oder man müsse diese neuern Verordnungen von einer Verlezung unter die Hälfte verstehen; so kann ich ihm weder in dem Einen noch dem Andern bestimmen. Denn sicher war dieses Rescript in dem Gregorianischen oder Hermogenischen Codex, welche vorzüglich die Rescripte dieser Kaiser enthielten, aufgenommen. Beyde Codices aber hatten gerichtlichen Gebrauch. Dass auch die Verordnungen der christlichen Kaiser nicht blos auf den Fall einer Verlezung unter die Hälfte zu beschränken sind, erhellet daraus, weil sie ganz allgemein reden<sup>43)</sup>). Kaiser Justinian stellte jedoch die Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian wieder her, und nahm sie, mit Hinweglassung, zum Theil auch Interpolation der ihnen entgegen gesetzten Verordnungen<sup>44)</sup> in seinen Codex auf, und die Päpste bestätigten sie ebenfalls in ihren Defretalen<sup>45)</sup>.

Nach

batus, praedia etiam procul sita distraxerit, etiamsi praediī forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur.

41) L. 7. C. Th. eod. Semel inter personas legitimas initus erati contractus et venditi ob minorem adnumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari.

42) Vom Kause §. 154.

43) Man sehe Iac. GOTHOFREDI Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de contrah. emt. Tom I. Lib. III. Tit. 1. pag. 279. edit. Ritter.

44) Nämlich die L. 1. et L. 7. Cod. Theod. de contrah. emt. sind im Justinianischen Codex ganz weggelassen worden, offens-

Nach den Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian kann also ein Kauf wegen einer Verlezung im Werth dann angefochten werden, wenn eine Verlezung über die Hälfte erweislich ist, und diese besteht nach der Bestimmung derselben darin, wenn der Verkäufer noch nicht einmal die Hälfte des wahren Werths für die verkaufte Sache erhalten hat. Da aber beide Rescripte blos von dem Verkäufer reden, so entstehen zwei sehr streitige Rechtsfragen, welche hier näher zu erörtern sind. Es fragt sich nämlich,

I) ob auch der Käufer sich wegen einer Verlezung über die Hälfte beklagen könne? Erwägt man, daß nicht blos die beiden Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, sondern auch die dieselben aufhebenden späteren Verordnungen der christlichen Kaiser blos vom Verkäufer und dessen Lässion reden, und daß auch die Rubrik des Titels *de rescindenda venditione* im Iust. Codex nicht so von ungefähr gefaßt zu seyn scheint; so läßt sich freylich nicht ohne Grund bezweifeln, ob dem Käufer ein gleiches Recht zu gestatten sey. Cuias<sup>46)</sup> meint zwar, vor ihm habe Niemand daran gedacht, dem Käufer die Wohlthat der L. 2. abzusprechen. Allein darf man der Bemerkung des Mornac<sup>47)</sup> glauben, so war Carl Dü Mo-

offenbar aus keinem andern Grund, als weil sie der L. 2. et 8. Cod. Iust. *de resc. vend.* entgegen waren. Die L. 4. ist zwar in den Iust. Codex aufgenommen, und ist L. 15. C. h. t. allein interpolirt. Statt *pretii nomine vilioris* heißt es jetzt *paulo vilioris pretii nomine*.

45) Cap. 3. et 6. X. *de emtione et vendit.*

46) Observat. Lib. XVI. cap. 18. in fin.

47) Comm. ad L. 2. C. *de resc. vendit.*

Molin<sup>48)</sup> der erste, welcher dieses that. Johann Schilter<sup>49)</sup>, behauptet sogar, daß auch schon vor Cujas Franz Duaren<sup>50)</sup> gleicher Meinung gewesen sey. Allein er irrt. Duaren sagt nur: De emtore circumscripto nihil scriptum in iure civili comperimus. Nam rescriptum *Diocletiani* lex constitutive non est: alioqui generaliter constituendum ab eo fuisset, nec de venditore tantum loquendum. Rescripta namque huiusmodi certarum causarum ac personarum erant, quae *Iustinianus* in suum Codicem concessit, pro legibus haberi generalibus voluit. Proinde quod de venditore a *Diocletiano* rescriptum est, ad emtorem ita producere necesse est, ut inter emtorem et venditorem aequalitas et proportio servetur. Anton Favre<sup>51)</sup>, welcher dem Cujas folgte, hält jedoch diesen seinen Lehrer für den erstern, von welchem jene Meinung ausgegangen sey. Edmund Mérille<sup>52)</sup> rügt hiebey die Unbeständigkeit des Cujas in seinen Behauptungen. Denn in seinen Erklärungen über L. 16. §. *Idem Pomponius D. de minorib.* und L. 2. Cod. h. t. habe er dem Käufer jene Wohlthat ohne Bedenken eingeräumt. Mérille hält indessen die erstere, blos auf

48) MOLINAEUS ad Consuetud. Paris. §. 22. nr. 46. et in Tract. Commerciorum et usurar. Qu. XIV. nr. 175. pag. 199. (*Coloniae* 1577. 8.)

49) Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 91.

50) Comm. ad L. 36. D. de Verbor. obligat. (in *Eius Operib.* pag. 740.)

51) Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 7.

52) Variantum ex Cujacio Lib. II. cap. 5.

auf den Verkäufer sich beschränkende Erklärung der L. 2. Cod. h. t. für die richtigere, und hat sie noch durch mehrere Gründe zu unterstützen gesucht<sup>53</sup>). Um meisten kämpfte jedoch gegen die Ausdehnung derselben auf den Käufer Caspar Schifordegher<sup>54</sup>), welcher zugleich bemerkt, Robert und Sachinäus hätten den Cujas so hart angegriffen, daß wenn sich sein Favre nicht seiner angenommen hätte, es um die gute Sache geschehen gewesen wäre, weil sie Cujas nicht standhaft genug vertheidiget habe. Für diese Meinung erklärte sich auch Hugo Grotius<sup>55</sup>), und unter den neuern haben sie Madihn<sup>56</sup>), Malblanc<sup>57</sup>), Weber<sup>58</sup>) und Müller<sup>59</sup>) vorzüglich in Schuß genommen. Die Hauptgründe sind. 1) Der Verkäufer verdiene eher Mitleiden und Begünstigung, als der Käufer, da erster insgemein aus Noth verkaufe, und, um nur Geld zu erhalten, die Sache für einen geringen Preis hingabe; dagegen der Käufer, den keine Noth treibt, nur zu seinem Vortheil und Bequemlichkeit kaufe<sup>60</sup>); und

kaufe

53) Observation. Lib. VI. cap. 16.

54) Ad Ant. FABRUM Lib. III. Tract. XIII. Qu. 5. et 6. pag. 166. sqq.

55) Florum sparsio ad ius Iustinian. ad L. 2. C. h. t. pag. 381.

56) Princip. iuris Rom. P. II. §. 172. et ad Mencken Doctr. de actionib. forens. not. 653. pag. 227.

57) Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 551.

58) Syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 41. S. 116.

59) Observation. pract. ad Leyserum Tom. II. Observat. 425.

60) SALVIANUS de providentia Dei, auf den sich Cujas und Grotius berufen, sagt: *Fermis omnis contractus hoc in*

kaufe er ja zu theuer, so müsse er es seiner Thorheit zuschreiben. Daß sen wenigstens die auf Erfahrung gegründete Ansicht der Gesetze<sup>61)</sup> und treffe sie denn auch nicht immer zu, sondern trete zuweilen der Fall ein, daß auch ein Käufer eine Sache aus Nothwendigkeit kauft; so könnten solche ausserordentliche Verhältnisse keine Ausnahme von der Regel begründen, weil die Legislation nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenmerk richte, und daher ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines jeden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen könne, welche gemeinlich statt finden<sup>62)</sup>. 2) Die Verordnung der L. 2. Cod. de resc. vend. welche von den Vorschriften des Naturrechts ab<sup>63)</sup>; sie könne also auch nicht weiter angewendet werden, als es den Gesetzgebern gefallen habe, davon abzuweichen, und lasse daher, schon als Ausnahme von der Regel, keine Aus-

*se habet, ut invidia penes emtorem, inopia penes venditorem esse videatur; quia emtor emit ad hoc, ut substantiam suam augeat, vendor ad hoc vendit, ut minuat.* Merille fügt noch eine Stelle aus LIBANIUS De-clamat. hinzu: ἐνθαίμων, ὠνεῖσθαι δυνάμενος, ὅδε ἀθλιός πωλεῖν βεβιασμένος: Felix, qui potest emere; infelix, qui cogatur vendere.

61) L. 36. §. 1. *D. Mandati.* L. 12. et L. 16. *Cod. de resc. vendit.* L. 1. *Cod. de praed. decurion.* L. 2. *Cod. Sine censu vel reliquis.* L. 3. pr. L. 61. *D. ad Leg. Falcid.* L. 44. §. 1. *D. de damno infecto.*

62) *L. 3. 4. 5. et 6. D. de Legibus.*

63) GROTIUS de iure belli ac pacis Lib. II. cap. 12. §. 26. et ad Eundem de cocceji. ACHENWALL *Ius nat.* Lib. I. Sect. II, Tit. 8. §. 203. Höpflner *Naturrecht* §. 92.

Ausdehnung zu. Dieser Grunde ungeachtet hat dennoch die entgegengesetzte Meinung von jehet bey weitem die meisten Anhänger gehabt. Ob sie schon den Griechen gefallen habe, wie Robert<sup>64</sup>), einer der eifrigsten Vertheidiger derselben, behauptet, ist sehr zweifelhaft. Die Stelle aus *Harmenopulus*<sup>65</sup>), worauf er sich beruft, ist wenigstens corrupt, wie Cujas<sup>66</sup>) sehr deutlich gezeigt hat. Dahingegen spricht die Novelle 2. des griechischen Kaisers Romanus Senior ausdrücklich nur von dem Verkäufer<sup>67</sup>). Soviel ist aber gewiß, daß schon die Glossen sowohl des römischen als des kanonischen Rechts die L. 2. auf den Käufer ausdehnt. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben für diese Meinung vorzüglich gestritten Hugues Doneau<sup>68</sup>), Hubert von Giffen<sup>69</sup>), Johann Jacob Wissenbach<sup>70</sup>), Gerhard Noodt<sup>71</sup>), Johann Voet<sup>72</sup>), Wolfgang Adam Lauterbach<sup>73</sup>), Samuel

64) Animadversion. Lib. II. cap. 13.

65) Manuale Legum Lib. III. Tit. 3. nr. 72.

66) Mercator Lib. II. cap. 13.

67) Auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XIX. Tit. 2. pag. 381.  
haben hierin nichts geändert.

68) *Hug. DONELLUS* Comment. ad L. 2. Cod. de resc. vendit.  
nr. 17. pag. 328. (*Francof.* 1599. f.)

69) *Hub. GIPHANIUS* Explanat. difficilior. et celebrior. LL.  
Cod. ad L. 2. C. h. t. ad verb. *Distraxerit*. pag. 307. sqq.

70) In libros VII. Cod. Commentat. ad L. 2. C. eod.  
pag. 316.

71) Commentar. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 411.)

72) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

73) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

muel von Cocceji<sup>74)</sup> und Carl Friedrich Walch<sup>75)</sup>; an welche sich denn auch die meisten heutigen Rechtsgelehrten<sup>76)</sup> angeschlossen haben. Diese Meinung ist jetzt in der Praxis<sup>77)</sup> so allgemein herrschend, daß es zur Unterstützung derselben fast keiner Gründe mehr bedarf. Dass es ihr jedoch auch gar nicht an Gründen fehle, welche gewiß jenen, für die erstere, an Gewicht nichts nachgeben, ergiebt sich aus Folgendem. 1) Beyde Gesetze die L. 2. und L. 8. Cod. de resc. vendit. sind, ihrem Ursprung nach, Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, welche an einzelne Personen gerichtet sind. Sie enthalten nun zwar, dem Wortverstande nach, nur eine Entscheidung über der Fall, wenn der Verkäufer über die Hälfte verlebt worden ist, aber offenbar nur darum, weil er ihnen so vorgelegt war, ohne über den andern Fall, nämlich wenn der Käufer der verlebte Theil ist, abzus.

74) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

75) Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 23.

76) WIESAND Opusc pag. 225. Westphal vom Kauf §. 807. EMMINCHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. f. et g. Tom. II. pag. 419. Sirtler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. § 82. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. nov. T. II. §. 973. HÖFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1936. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 197. denen noch hinzufügen ist Io. Fr. Ad. KOCH Diss. de L. 2. Cod de resc. vendit. etiam ad emtorem extendenda. Argentorati 1759.

77) MEVIUS P. III. Decis. 192. not. 2. Jo. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 93. CARPOV Iurisprud. for. P. II. Const. 34. Def. 8.

abzusprechen. Diesen also von der Wohlthat des Gesetzes auszuschließen, streitet nicht nur gegen die Absicht der Gesetzgeber, weil dieses durch ein argumentum a contrario geschehen müßte, welches bey Rescripten in dem Justinianischen Codex höchst bedenklich und unzuverlässig ist<sup>78</sup>); sondern es streitet auch gegen den ganzen Geist des Codex, nach welchem die darin aufgenommenen Rescripte nicht als Gesetz blos für den Fall zu betrachten sind, welchen sie betrafen, sondern die diesen Fall betreffende Entscheidung auch als Entscheidung jedes andern gleichen Falles zu betrachten ist<sup>79</sup>). Denn die Kaiser entschieden in ihren Rescripten die ihnen vorgelegten Fälle insgemein nur nach dem gemeinen Recht. Nach dem Princip des gemeinen Rechts ist es aber beyden Theilen erlaubt, sich durch wohlfreien Kauf, oder theuren Verkauf einen Vortheil zu verschaffen, so lange nicht die Ungleichheit zwischen dem, was ein Theil dem andern giebt, und dagegen empfängt, bis zu dem Grad einer abzuändernden Unbilligkeit hinaufsteigt. In *emendo et vendendo* naturaliter concessum est *contrahentibus* se *invicem circumscribere*<sup>80</sup>). Es muß also auch jedem Theile das Recht zustehen, sich über Verlehung zu beschweren, wenn die Ungleichheit jenen Grad der Unbilligkeit erreicht hat, welchen das Gesetz emendirt wissen will, und es hätten daher die Kaiser bey dem Käufer nicht anders entscheiden können, als sie bey dem Verkäufer entschieden haben. Man erkennt dies<sup>2)</sup> noch

78) *S. Ger. NOODT* in *Dioclet. et Maximiano. Cap. 2.*

79) *L. Hibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 31.*

80) *L. 16. §. 4. D. de minorib. L. 22. §. ult. D. Locati. Glück's Erläut. d. Pand. 17. §.* C

noch mehr daraus, weil die Kaiser den Grund ihrer Entscheidung in der Billigkeit sezen. Humanum est etc. Diese Billigkeit hat aber offenbar nicht in einer besondern Begünstigung der Verkäufers, sondern in der enormen Verleßung desselben ihren Grund. Die Wohlthat dieses Gesetzes ist also ein *beneficium causae, non personae*, und muß folglich auch nach der Absicht des Gesetzes dem Käufer in demselben Falle eben so gut, wie dem Verkäufer, zu statthen kommen. Denn daß der Verkäufer immer aus Noth zu wohlfeil verkaufe, weil in einigen hierher gar nicht gehörigen Gesetzen von einem Verkauf aus Noth die Rede ist, ist, wie Wissenbach mit Recht sagt, eine inepta differentiae ratio; da der Fall gewiß nicht seltener ist, daß auch der Käufer aus Nothwendigkeit kaust. Hätten nun die Gesetzgeber ihre Entscheidung auf jenen Grund wirklich gebauet, so wäre er viel zu wichtig gewesen, um ihn so ganz mit Stillschweigen zu übergehen. Endlich 3) den Ausschlag für das gleiche Recht des Käufers giebt die Natur des Contracts. Denn bey einem Geschäft, das seiner Natur nach den beyderseitigen Vortheil bezweckt, wäre es, wie Zirkler<sup>81)</sup> ganz richtig sagt, eine Aufhebung des Gleichgewichts der gegenseitigen Verhältnisse, wenn man dem einen Theile eine Rechtswohlthat wollte angedeihen lassen, die nicht unter völlig gleichen Umständen auch dem andern Theile zu statthen käme.

II. Die andere Frage, welche eben so streitig ist, betrifft die Berechnung der Verleßung über die Hälfte auf Seiten des Käufers. Darin sind zwar alle Rechtsgelehrten

<sup>81)</sup> Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. C. 82.

ten einverstanden, daß zwischen beyden Theilen, dem Käufer und Verkäufer, ein gleiches Verhältniß beobachtet werden müsse, weil beyde gleiche Rechte haben. Allein nach welcher Norm diese Gleichheit zu bestimmen sey, dieß ist eigentlich der Punct, worüber gestritten wird. Es giebt hierüber bekanntlich zweyerley Meinungen.

I. Die eine Partien hält den Käufer schon dann für enorm verlebt, und der Wohlthat des Gesetzes würdig, wenn er, außer den wahren Werth der Sache, noch etwas über die Hälfte desselben bezahlt hat. Z. B. der Käufer hat für eine Sache, die nur 10 Rthlr. werth ist, 16 Rthlr. bezahlt. Dieß ist die Meinung der Glossen. Nicht nur Alzo<sup>82)</sup> und Accursius<sup>83)</sup> vertheidigten sie, sondern auch die Glossatoren des Canonischen Rechts<sup>84)</sup>. Ihr stimmten auch Baldus<sup>85)</sup> und Bartolus<sup>86)</sup> bei. Vorzüglich aber gaben ihr unter den spanischen Rechtsgelehrten Johann Gutierrez<sup>87)</sup>, Didacus Covarrubias & Leyva<sup>88)</sup>, Anton Gomez<sup>89)</sup> und Augustin Barbos<sup>90)</sup>

82) Summa in ius civ. Tit. de resc. vend. nr. 4.

83) Gloss. ad L. 2. C. h. t.

84) Glossa ad cap. 6. X. de contrah. emt. verb. *Dimidium*.

85) Com. in Cod. h. t. nr. 21. fol. 123. b. (*Lugd.* 1556.)

86) Oper. (*Frfti.* 1615.) P. II. fol. 1008.

87) Pract. Quaestion. Lib. II. Qu. 133. in in *Eiusd. Operib. Francof.* 1619. p. 324. sqq.

88) Varior. Resolut. Lib. II. Cap. III. nr. 8. (*Operum Lugduni* 1661. f. Tom. II. pag. 124. sq.)

89) Varior. Tom. II. Cap. 2. nr. 22.

bosa<sup>90</sup>) Beyfall. Unter den Ausländern dürfen jedoch auch Jacobus Curtius<sup>91</sup>) und Johann Voet<sup>92</sup>) nicht unhemerkt bleiben. Allein keiner kämpfte wohl mit so viel Eifer für die Meinung der Glossen, als Gottlieb Gerhard Titius<sup>93</sup>) welcher deshalb mit Recht unter den deutschen Rechtsglehrten zuerst genannt zu werden verdient. Nach ihm haben sich noch Johann Adam von Jekstatt<sup>94</sup>), Samuel von Cocceji<sup>95</sup>) und Joachim Georg Daries<sup>96</sup>) als Vertheidiger derselben vorzüglich bekannt gemacht. Man nimmt bey dieser Berechnungsart eine arithmetische Proportion an, wornach man die Gränzen der Läsion bestimmt. Der Werth der Sache wird

90) Collectan. in Cod. h. t. nr. 107. 108. (*Lugduni* 1637.) T. II. p. 216.

91) *Einaudi* s. Conjectur iur. civ. Lib. I. cap. 50. (*in Th. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 151.)

92) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

93) Observation. ratiocinant. in Compend. iuris Lauterbachian. (*Lipsiae* 1703.) h. t. Obs. 542.

94) Specim. iuris civ. de laesione enormi in contraetu emtionis venditionis recte computanda. *Wirzburgi* 1734. (in *Eius Opuscul. iurid. Aug. Vindelicor.* 1747. 4. edit. Tom. I. Nr. IV. *Eiusdem Schediasma apologeticum de laesione enormi recte computanda*, quo modum laesio- nem enormem in emtore perinde atque in venditore ex dimidio veri etiusti pretii haud ita pridem a se stabili- tam adversus ea, quae pro sententia contraria obmovet *I. U. Cramer*, amice defendit. *Wirzburgi* 1735.

95) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

96) Diss. de interpretatione et extensione L. 2. Cod. de resc. vendit. *Tracti ad Viadr.* 1775.

wird hier zum arithmetisch proportionalen Mittelpunct zwischen der gesetzlich bestimmten Gränze der Lässion auf Seiten des Verkäufers, und der Gränze der Verlezung auf Seiten des Käufers gemacht. Wenn also die Sache 10 Rthlr. werth ist, so ist 10 nach der arithmetischen Proportion die Mitte zwischen 5 und 15. Die Zahlen 5, 10 und 15 folgen demnach in einer arithmetischen Progression auf einander. Man schließt nach diesem Verhältniß nun folgendermaßen. Ist der Verkäufer, wenn er für eine Sache, welche 10 Rthlr. werth ist, noch nicht 5 Rthlr. erhalten hat, enorm oder über die Hälfte verlezt, so muß auf gleiche Weise auch der Käufer enorm verlezt seyn, wenn er für eine Sache, die nur 10 werth ist, mehr als 15 bezahlt hat.

II. Die andere Partien hingegen nimmt auf Seiten des Käufers nur dann erst eine Verlezung über die Hälfte an, wenn das, was er für die Sache bezahlt hat, den doppelten wahren Werth der Sache übersteigt. Z. B. der Käufer hat für die Sache, welche nur 10 Rthlr. werth ist, 21 Rthlr. bezahlt. Man nimmt bey dieser Berechnungsart ein geometrisches Verhältniß an, so daß also hier der wahre Werth der Sache zur geometrisch proportionalen Mittelgröße zwischen beiden Gränzen der Lässion sowohl auf Seiten des Verkäufers als auf Seiten des Käufers gemacht wird. Wenn also die Sache 10 Rthlr. werth ist, so sind die Gränzen der Lässion auf Seiten des Verkäufers 5, auf Seiten des Käufers 20, weil 10 die geometrische Mittelgröße zwischen 5 und 20 ist, folglich die Zahlen 5, 10, 20 in geometrischer Proportion fortschreiten. Diese Meinung muß schon zu den Zeiten der Glossatoren ihre Vertheidiger gefunden haben, wie man

man aus der Aeußerung des Accursius in der Glossa über die *L. 2. C. h. t.* sieht, wenn er sagt: *Sed quae est haec dimidia? Dic in emtore decepto, si res valet decem: emit pro XVI. licet alii dicant, emit pro XXI. quod non placet, quia tunc non dimidiari iusti pretii, sed duplum egreditur.* Allein schon *Cynus*<sup>97)</sup> hat diesen Grund sehr gut beantwortet. Unter den nachfolgenden Rechtsgelehrten gebührt dem Carl Dü Molin<sup>98)</sup> das Lob, den Irrthum der Glossa zuerst am einleuchtendsten aufgedeckt zu haben, denn seine ganze Absicht war, *semel erroris radices funditus ita convellere, et veritatem stabilire, ut nemo posthac, qui haec legerit, in hoc errare possit.* *Cujas*<sup>99)</sup> versagt ihm selbst dieses Lob nicht, er tadeln es nur, daß er seinen Gegenstand salebrosa nimis et incondita oratione behandelt habe. Wie richtig indessen Dü Molin die Quelle des Irrthums entdeckt, und wie leicht aller Irrthum durch eine deutlichere, obwohl in den Worten der *L. 2. C. h. t.* liegende Bestimmung hätte vermieden werden können, erscheint aus folgenden Worten desselben. *Causa erroris praecipua fuit, sagt er, indiscreta proportio et confusio relationum, quoniam proportionem pretii referunt ad utrumque contrahentium, non solum ad venditorem, ut in d. L. 2 sed etiam ad emtorem, quod est ineptum.* — *Nam licet res et pretium sint idem respective, hoc est, eandem proportionem et similem habitudinem habeant propriis*

97) Comment. in Cod. h. t. nr. 7. (*Francof. 1578.*)

98) Tractat. Commercior. et usuratum Qu. XIV. nr. 175.

99) Observat. Lib. XVI. cap. 18.

priis suis respectibus, videlicet secundum obiecta vel personas, ad quas referuntur, et quibus debentur: tamen non sunt idem respectu eiusdem personae vel obiecti, ut sensus communis ostendit, et sic non debent hae relationes confundi: alioquin tota doctrina perturbaretur. — Modo in proposito, si constet, venditorem esse deceptum, et quaeritur quantum sit deceptus, an ultra vel circa dimidiam, brevis et expedita doctrina datur in d. L. 2. in fine, ut inspiciatur, an pretium convenitum sit infra dimidiam veri pretii. Poterat autem dari doctrina, ut non minus vera et certa, ita doctrinalior, generalior, et magis methodica, inspiciendo, *quantum res vendita supervaleret pretio convento:* et tunc dicendum fuisse, quod si supervaleret ultra duplum, tunc esset venditor laesus ultra dimidiam: si vero res duplo tantum supervaleret, esset laesus in dimidia tantum, et non ultra dimidiam: si vero supervaleret aliquanto, sed minus duplo, tunc esset laesus infra dimidiam tantum. Quae ratio, quamquam necessario tacite insit, et eliciatur per praedicta: tamen si fuisse expressat nunquam ortus esset, et multo minus invaluisse, ille vulgaris error. *Onnes enim idem statim videntur ex parte emitoris, videlicet eum non esse deceptum ultra dimidium, nisi pretium plus duplo supervaleret rei emiae.* Ihm folgten Franz Duaren<sup>100</sup>), Arius Pines

<sup>100)</sup> Comm. ad L. 36. D. de verb. obligat. (in Operib. Francof. 1592. pag. 740.)

Pinelus<sup>1)</sup>, Hugues Doneau<sup>2)</sup>, Hubert von Gif-  
fen<sup>3)</sup>, Anton Merenda<sup>4)</sup>, Anton Perez<sup>5)</sup>, Georg  
Francke<sup>6)</sup>, Mästertius<sup>7)</sup>, Diodot Tilden<sup>8)</sup>, Jo-  
hann Fried. Böckelmann<sup>9)</sup>, und Peter von Touls-  
lien<sup>10)</sup>. Durch Joseph Averani<sup>11)</sup>, Jer. Ebeth.  
Linch<sup>12)</sup> und Johann Ulrich von Cramer<sup>13)</sup> wird  
aber diese Meinung über alle juristische Zweifel, und durch  
Johann Friedrich Polack<sup>14)</sup>, Johann Samuel  
Traug.

1) Comment. ad L. 2. Cod. h. t. P. I. Cap. 2. nr. 7. sqq.  
pag. 181. (*Coloniae* 1584. 8.)

2) Commentar. ad Cod. Lib. IV. Tit. 44. h. L. 2. nr. 17.

3) Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. p. 302. sq.

4) Controvers. iuris Lib. I. cap. 36. §. 5.

5) Præelection. in Cod. Lib. IV. Tit. 44. §. 8.

6) Variatum Resolution. Lib. III. Res. 3. nr. 11. sqq.

7) Quaest. illust. h. t. Qu. 1. pag. 484.

8) Commentar. in Cod. h. t. nr. 3.

9) Commentar. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 13. p. 631.

10) Collectan. iuris civ. Diss. XII. §. 7. et 8. pag. 335.  
sqq.

11) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 7.

12) Diss. I—III. de falsa et irrationali Hispanorum com-  
putatione in emitoris indaganda enormi laesione. *Ar-  
gentorati* 1724. 1731. et 1732.

13) Disquisit. de laesione enormi recte computanda: in  
 *eius Opuscul.* Tom. III. (*Marburgi* 1755. 4.) Nr. XXII.

14) Mathesis. forens. I. Abth. Kap. 2. Abth. 8.

Traug. Gehler<sup>15)</sup>, Carl Chass. von Florencourt<sup>16)</sup>, und Lud. Herrenschneider<sup>17)</sup> bis zur mathematischen Evidenz erhoben. Die Praxis hat sich auch für diese Meinung schon längst entscheidend erklärt<sup>18)</sup>, und in den neuern Systemen<sup>19)</sup> ist sie durchgehends angenommen. Der Unterschied zwischen beyden Meinungen liegt also lediglich darin, daß nach der ersten Berechnung ein arithmetisches, nach der letztern aber ein geometrisches Verhältniß zum Maasstabe angenommen wird. Erwägt man nun, daß keine Größe absolut, sondern nur aus der Vergleichung mit einer Einheit oder einem gewissen Ganzen erkannt, und folglich nicht nach einem arithmeti-

15) *Commentat. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda.* Lipsiae 1777.

16) Abhandlungen aus der iurist. und politischen Rechenkunst. (Uitenburg 1781.) Kap. VII. S. 243. ff.

17) Diss. I. et II. de laesionis enormis computatione. Argentorati 1784. et 1785. 4.

18) CARPOV P. II. Const. 34. Def. 8. MYNSINGER Cent. IV. Obs. 73. nr. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 96. et 97. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 86. Pet. MÜLLER ad Eundem und Joh. Ludw. Schmidt hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien. 2. Band Nr. CIX. S. 385. ff.

19) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1937. Westphal vom Kauf §. 808. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 551. Höpfner Commentar über die Heincc. Institutionen §. 870. Thibaut System des Pand. R. I. Th. §. 197. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 974. Schweppe Rom. Privatrecht. 2. Band. §. 394.

metischen, sondern geometrischen Verhältniß bestimmt und abgemessen werden kann; so kann auch wohl bey der Berechnung der Größe einer Läision kein anderes Verhältniß statt finden. Unmöglich konnten daher die Kaiser Diocletian und Maximian bey der Bestimmung einer enormen Verleistung auf Seiten des Verkäufers ein anderes Verhältniß, als das geometrische, zum Maasstabe annehmen, da dieses Verhältniß bey jeder Vergleichung das einzige wahre in dem Innersten unserer Seele tief gegründete Gesetz unseres Verstandes ist, nach welchem wir handeln, und welches nie trügt. Dies ist daher auch das Verhältniß, welches die Gesetze beym Handel und Verkehr in Ansehung der versprochenen Präsentationen überall beobachtet wissen wollen, wie ich schon bey einer andern Gelegenheit ausführlicher gezeigt habe<sup>20)</sup>). So wie nun schon nach dieser Betrachtung die von der Glossa angenommene Berechnungsart als höchst unwahrscheinlich und dem Geist der Gesetze nicht angemessen erscheint; so ergiebt sich die offensbare Unrichtigkeit derselben sofort daraus, daß nach dem von der Glossa zum Grunde gelegten arithmetischen Verhältniß der Verkäufer auch sogar dann schon für enorm verlebt gehalten werden müßte, wenn er das für 10 Rthlr. verkauft, was 16 Rthlr. werth ist, welches aber den ausdrücklichen Worten der L. 2. Cod. h. t. widersprechen würde, nach welchen der Verkäufer nur erst dann über die Hälfte verlebt ist, wenn er für eine Sache, die mehr als 20 Rthlr. werth ist, nur 10 Rthlr. bekommen hat. Schon hieraus erhellet, daß auf gleiche Weise auch der Käufer noch nicht in dem Grade, welchen das Gesetz bey dem

20) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 45. und 46.  
S. 299. ff.

dem Verkäufer als eine laesio enormis bestimmt hat, verlebt sey, wenn er dafür 16 Rthlr. bezahlt hat, was nur 10 Rthlr. werth ist. Nur dann ist also ein völlig gleiches Verhältniß vorhanden, wenn der Käufer mehr als 20 Rthlr. für eine Sache bezahlt hat, welche nur 10 Rthlr. werth ist. Offenbar irrt also die Glosse, wenn sie ein gleiches Verhältniß zwischen beiden Theilen schon dann annimmt, wenn jeder Contrahent 6 verliert, ohne zu bedenken, daß die 6 zu 16, welche der Käufer bezahlt hat, sich nicht auf gleiche Weise wie die 6 zu 10 verhalten, welche der Verkäufer an Werth gegeben hat; und also derjenige, welcher 16 giebt, und 6 verliert, nicht eben so verlebt werde, wie derjenige, welcher 10 giebt, und gleichfalls 6 verliert. Denn das sieht doch wohl ein jeder von selbst ein, daß derjenige, welcher nur den dritten Theil des Seinigen verliert, nicht gleichen Schaden leide, wie derjenige, welcher die Hälfte verliert. Würde nun nicht nach der Berechnung der Glosse der Käufer mehr begünstigt werden, als der Verkäufer? Um sich hiervon noch mehr zu überzeugen, darf man nur von dem Begriff der Lässion ausgehen. Eine Verlebung ist vorhanden, wenn man weniger empfing, als man dagegen gab, und dagegen hätte erhalten sollen. Ist also das Empfangene dem Gegebenen gleich, so ist keine Verlebung denkbar. Denn man hat nichts verloren. Je größer oder geringer nun die Ungleichheit zwischen dem Empfangenen und dem Gegebenen ist, desto größer oder geringer ist die Lässion. Diese Ungleichheit ist also der einzige wahre Maastab, die Größe der Verlebung zu berechnen, indem man das, was dem Verletzten fehlt, mit dem, was er gab, und wofür er eben so viel wieder hätte bekommen sollen, nach gese-

geometrischen Verhältniß vergieicht. Wenden wir diese Regel auf den Kaufcontract an, so ist nach derselben der Verkäufer verlebt, wenn er ein geringeres Kaufgeld erhielt, als der Werth der Sache erforderte. Der Käufer hingegen, wenn er eine größere Summe bezahlt hat, als der Werth der Sache mit sich brachte. In bryden Fällen ist also ein gewisses Ganzes anzunehmen, in Beziehung auf welches die Lässion der Contrahenten nach einem geometrischen Verhältniß zu bestimmen ist, und welches folglich den Maasstab giebt. Das Ganze, wonach das minus des Verkäufers zu bemessen ist, ist der wahre Werth der Sache. Denn der Verkäufer muß, um nicht verlebt zu werden, einen dem Werth der Sache gleichkommenden Preis erhalten. Das Maas der Lässion auf Seiten des Verkäufers bestimmt also der wahre Werth der Sache. Dieses verum et iustum rei pretium wird daher auch in der L. z. C. h. t. mit Recht bey der Bestimmung der Größe einer enormen Verlezung auf Seiten des Verkäufers zum Maasstabe angenommen. Das Ganze hingegen, wornach das Plus des Käufers zu bemessen ist, kann keinesweges das iustum, sondern das solutum pretium seyn. Die Kaufsumme, welche er bezahlt hat, giebt also auf Seiten des Käufers den Maasstab zur Ausmittelung der erlittenen Lässion ab. Denn um gar nicht verlebt zu werden, muß der Käufer von dem Verkäufer eine Sache erhalten, die so viel werth ist, als der dafür bezahlte Preis beträgt. Was also dem verlebten Käufer fehlt, und was er verliert, fehlt ihm und verliert er nicht an dem wahren Werthe, denn dieser bleibt ihm, da er die Sache selbst erhält, unvermindert; sondern es fehlt ihm an dem,

was er für die Sache bezahlt hat, denn daran hat er, weil er nicht eben so viel an Waare dagegen erhielt, einen Theil verloren. Demnach ist also die Verlezung des Käufers nach einem geometrischen Verhältniß dessen, was ihm fehlt, zu dem, was er bezahlt hat, zu bestimmen. Nun vergleiche man damit die Gesetze selbst L. 2. et 8. Cod. h. t. und man wird finden, daß sie damit auf das genaueste übereinstimmen. Die Kaiser verordnen nämlich, daß der Verkäufer alsdann enorm verlebt sey, und auf Rescission des Contracts flagen könne, wenn er weniger, als die Hälfte des wahren Werths, welchen die Sache zur Zeit des geschlossenen Contracts hatte, oder, welches eben so viel ist, wenn er noch nicht die Hälfte dessen erhielt, was er gab, und was er für die verkauft Sache hätte bekommen sollen. Die Größe der enormen Lässion wird also hier nicht nach einer bestimmten Geldsumme, sondern nach dem geometrischen Verhältniß dessen, was dem Verkäufer an dem wahren Werthe fehlt, zu dem, was er hätte erhalten sollen, geschähe. Beträgt nun das, was er gab, über zweymal mehr, als das, was er dagegen empfing, so ist er enorm verlebt. Der gesetzliche Begriff der Verlezung über die Hälfte bey dem Verkäufer ist also der, wenn das Verhältniß oder die Ungleichheit des empfangenen Kaufgeldes zum wahren Werthe der verkauften Sache größer ist, als die Hälfte dieses Werths. Soll nun also der Käufer mit dem Verkäufer in ein gleiches Verhältniß gesetzt werden, so muß man nothwendig sagen, der Käufer sey alsdann enorm oder über die Hälfte verlebt, so daß er auf Rescission des Contracts flagen kann,

fann, wenn das, was er von dem Verkäufer erhielt, an Werth nicht die Hälften dessen beträgt, was er dafür an Geld bezahlt hat, oder, welches eben so viel ist, wenn das bezahlte Kaufgeld den doppelten wahren Werth der Sache übersteigt, so daß er weniger als die Hälften der Waaren erhielt, die er für sein Geld hätte erhalten sollen. So ist nun das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer ganz gleich. Wenn also der Verkäufer eine Sache, die 10 Werth ist, für 4 verkaufe hat, so muß der Käufer die Sache für 21 gekauft haben, wenn eine Verlezung über die Hälften vorhanden seyn soll. Denn nun erhält der Verkäufer an Gelde nicht die Hälften des wahren Werths, und der Käufer an Waare nicht die Hälften des dafür bezahlten Geldes. Jeder verliert hier mehr, als die Hälften dessen, was er vor dem Contract hatte, und hat nicht die Hälften soviel erhalten, als er für das, was er gab, hätte erhalten sollen. Der Verkäufer leidet also die Verlezung an dem zu geringen Kaufgelde, der Käufer an dem zu geringen Werthe der Waare. Denn was bey dem verlegten Verkäufer die Sache ist, welche er tradirt, ist bey dem Verlezten Käufer der Preis, den er dafür zahlt. Das, was also bey dem Verkäufer in Ansehung der verkauften Sache die Hälften ist, eben das ist bey dem Käufer die Hälften in Ansehung des bezahlten Kaufgeldes. So wie demnach bey dem Verkäufer das bezahlte Kaufgeld zweymal und noch etwas darüber in dem Werthe der verkauften Sache enthalten seyn muß, wenn aus diesem Grunde auf die Rescission des Contracts soll geflagt werden können; so muß auch bey dem Käufer der Werth der Waare in dem von ihm bezahlten Kaufgelde zweymal

mal und noch etwas darüber enthalten seyn, wenn auch seiner Seits eine Rescission Statt finden soll. So klar und deutlich dieses alles ist, so hat es dennoch vielen nicht einleuchten wollen. Man sagt, wenn der Käufer um 20 kaust, was 10 gilt, und der Verkäufer um 5 verkaust, was auch 10 werth ist, so sey ja der Käufer um 10, der Verkäufer aber nur um 5 verlebt, folglich könne keine gleichmäßige Verlebung vorhanden seyn. Allein man irrt. Quantitativ, das heißt, in Ansehung der Summe ist freylich die Verlebung des einen Theils der Verlebung des andern nicht gleich; aber doch quotitativ, das heißt in Ansehung des verhältnismäßig gleichen Theils, (rata portio) weil jeder in der Hälfte verlebt ist. Nun kommt es aber hier nicht auf die Quantität, d. i. auf eine bestimmte Geldsumme, sondern nur auf eine Quote an; und diese hat das Gesetz auf die Hälfte bestimmt, so daß derjenige, welcher über dieselbe verlebt ist, die Wohlthat des Gesetzes zu genießen haben solle. Derjenige, welcher eine Sache für 10 Rthlr. verkauft, welche 20 Rthlr. werth ist, ist also eben so, wie derjenige, welcher eine Sache für 5 Rthlr. verkauft, welche 10 Rthlr. werth ist, in der Hälfte verlebt, wenn auch nicht in gleicher Summe. Der eine hat also, wie der andere, auf die Wohlthat des Gesetzes Anspruch, wenn jener weniger als 10, dieser aber weniger als 5 für die verkaufte Sache erhielt. Eben so ist derjenige, welcher eine Sache für 20 kaust, die nur 10 gilt, so gut in der Hälfte verlebt, als derjenige, welcher eine Sache für 100 kaust, die nur 50 werth ist. Daß aber nach dem angegebenen Verhältniß der Käufer dem Verkäufer auf das vollkommenste gleichgestellt werde, wird sich am evidentesten

sten zeigen, wenn man annimmt, A. kaufe um 100, was nur 50 werth ist; B. aber verkaufe um 50, was 100 gilt. Beide veräussern oder geben hier 100 hin. Der Käufer in Geld, der Verkäufer in Waare. Jeder erhält dafür nur 50. Der Käufer in Waare, der Verkäufer in Gelde. Jeder verliert also 50. Eine treffendere Gleichheit zwischen dem Käufer und Verkäufer lässt sich gar nicht denken. So wie hier also der Verkäufer nicht auf Rescision des Handels klagen kann, eben so auch nicht der Käufer. So wie hingegen der Verkäufer, wenn er die Sache unter 50 Rthlr. verkauft hat, sich der Wohlthat des Gesetzes zu erfreuen hat, so muss sie nun auch dem Käufer zustehen, wenn die erkaufte Sache noch nicht 50 Rthlr. werth ist. Welche absteckende Ungleichheit aber zeigt sich dagegen in dem angeführten Beispiel nach der Berechnung der Glosse! Denn nach derselben wird derjenige, welcher eine Sache für 100 gekauft hat, die 50 werth ist, auf die Aufhebung des Contracts klagen können, aber nicht derjenige, welcher für 50 verkaufte, was 100 werth ist. Man wendet zwar ein, die Gesetze hätten ja aber doch den wahren Werth der Sache als das Ganze, oder als den Maasstab angenommen, woranach die unmäßige Verleugnung auf Seiten des Verkäufers zu bestimmen sey; es müsse folglich auch eben dieser Werth bey dem Käufer zum Maasstabe dienen, um nach demselben auf seiner Seite die Lösion zu beurtheilen. Allein gerade hierin liegt der Fehler, daß man sich an die Worte des Gesetzes band, ohne in den Geist desselben einzudringen. Man bedenke doch, daß das Gesetz blos von dem Verkäufer spricht, welcher die Sache tradirt, und den Preis dafür erhält. Bei diesem konnte natürlich das Gesetz keinen andern Maasstab

siab annehmen, nach welchem die Verlezung derselben zu bestimmen sey, als den wahren Werth der Sache. Denn um zu beurtheilen, ob der Verkäufer enorm verlezt sey, muß man ja nothwendig dasjenige, was er für seine Ware erhalten hat, mit ihrem wahren Werthe vergleichen. Was ihm also fehlt, hat er an dem Werthe der Sache verloren, den er hätte bekommen sollen. Indem nun das Gesetz bestimmt, daß der Verkäufer alsdann enorm verlezt sey, wenn er weniger, als den halben Werth der Sache erhält, so erscheint ja hieraus klar, daß das Gesetz die Größe der Lässion nicht nach der absoluten Größe des Schadens, sondern nach einem geometrischen Verhältniß, als dem natürlichen Maasstabe, bestimmt habe. Denn eben dadurch äußert sich die unmäßige Verlezung auf Seiten des Verkäufers, wenn die Verlezung so groß ist, daß das Verhältniß der verkauften Sache zu dem empfangenen Kaufgilde größer ist, als die Hälfte des Werths der verkauften Sache. Wenn man nun das Gesetz auf den Käufer anwenden will, so darf man ja hier nicht, wie bei dem Verkäufer, auf den wahren Werth der Sache sehen, sondern vielmehr auf den Preis, den er dafür bezahlt hat. Denn, was ihm fehlt, hat er an dem verloren, was er bezahlte, nicht an dem, was er dagegen empfing. Um also die Größe seiner Lässion zu beurtheilen, wird der Käufer das, was ihm fehlt, auf den für die erkaufte Sache bezahlten Preis, als einen Theil des Ganzen referiren, und nach diesem Maasstabe die Größe seiner Lässion bestimmen müssen. Gewiß würden daher die Kaiser, wenn ihnen der Fall eben sowohl von dem Käufer, als von dem Verkäufer, wäre vorgelegt worden, prescrivirt haben, daß er nur dann für enorm verlezt

lebt zu halten sey, wenn er an Waare noch nicht einmal die Hälste so viel bekommen hat, als das dafür bezahlte Kaufgeld beträgt, oder welches eben so viel ist, wenn das Verhältniß des bezahlten Kaufgeldes zum Werthe der gekauften Sache größer ist, als die Hälste der dafür bezahlten Summe. Denn das Verhältniß im Falle des verletzten Verkäufers ist, nach der Bestimmung des Gesetzes, eine proportio dupla maior, nämlich 49 zu 100. Es muß also auch im Falle des verletzten Käufers nach dem Geist des Gesetzes eine gleiche proportio dupla maior statt finden, nämlich 100 zu 201, nicht 100 zu 151. Das aus dem Geist des Gesetzes abgeleitete Princip ist also, derjenige Theil ist beim Kaufcontract über die Hälste verletzt, er sei Verkäufer oder Käufer, welcher über zweymal mehr hingab, als er dagegen empfing, oder dafür, was er gab, weniger als die Hälste empfing, also der Verkäufer, welcher für 201 an Werth, nur 100 an Geld erhielt, und der Käufer, welcher für 100 am Werth, 201 an Geld bezahlte. Wie konnte nun *Titius*<sup>21)</sup> bey dieser Evidenz unserer Meinung hier vulgatum illud anwenden: *Nihil tam absurdum est, quod non aliquando defendereit Philosophus?* Ich sehe ihm den Ausspruch des *Cicero*<sup>22)</sup> entgegen: *Valent aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.*

Da man die *L. 2. Cod. de rest. vendit.* nun einmal für eine ganz specielle und exorbitante Verordnung hält,

21) Observat. ratiocinat. in compend. iuris Lauterbach. h. t.  
Obs. 542. in fin. p. 362.

22) Topicor. ad Trebatium Cap. 4.

hält, so ist auch darüber gestritten worden, ob dieselbe auch bey dem Verkauf beweglicher Sachen anwendbar sey? Diejenigen, welche das Gesetz blos nach den Worten erklärt wissen wollen, läugnen dieses aus dem Grund, weil dasselbe von einem fundo venumdato rede. Cujacius<sup>23)</sup>, Robert<sup>24)</sup> und noch in den neuern Zeiten Müller<sup>25)</sup>, haben diese Meinung zu vertheidigen gesucht. Allein wollte man sich hier blos an die Worte binden, ohne den Grund des Gesetzes zu berücksichtigen, so würde man die Verordnung derselben nicht einmal bey jedem Verkaufe einer unbeweglichen Sache anwenden können. Denn das Wort fundus wird in der Sprache der Römer nur eigentlich von solchen Grundstücken gebraucht, welche natürliche Früchte hervorbringen, und insbesondere von Landgütern<sup>26)</sup>). Man unterschied also davon zedes<sup>27)</sup>). Nun sehe man, der Verkäufer sei bey dem Ver-

## D 2

kaufe

23) Observat. Lib. XVI. Cap. 18. in fin.

24) Animadvers. iuris civ. Lib. II. cap. 12.

25) Observat. pract. ad Leyserum. Tom. II. Fasc. II. Obs. 425.

26) BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. Fundus. Car. Andr. DUKER Opusc. de Latinitate Istor. vet. pag. 63. sqq. et pag. 75. sqq. besonders Iac. CUJACII Commentar. ad L. 60. et 211. de Verbor. Signif.

27) L. 8. et L. 10. pr. et §. 1. D. Quib. mod. ususfr. amitt. Bey einem fundus konnten zwar auch Gebäude seyn, allein nur als Theil vom Ganzen. Ager cum aedificio fundus dicitur, sagt L. 211. in fin. D. de Verb. Signif. Die vorhergehenden Worte: Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur, sind daher nicht diverse, sondern coniuncte zu verstehen, wie auch DUKER c. l. pag. 79. bemerkt hat.

Kause eines Hauses enorm verlegt worden. Hier wäre ihm nach den Worten des Gesetzes nicht zu helfen. Wie ungereimt! Schon Cicero<sup>28)</sup> sagt: *Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut, quoniam usus auctoritas FUNDI biennium est, sit etiam AEDIUM.* At in lege AEDES non appellantur? valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat. So wie also die Billigkeit erheischt, das Gesetz, welches von fundo spricht, auch auf aedes anzuwenden, so ist ja offenbar auch gleicher Grund der Billigkeit bey dem Verkauf beweglicher Sachen vorhanden, wenn sie besonders von bedeutendem Werthe sind. Nun gründen aber die Kaiser Diocletian und Maximian ihre Verordnung blos auf Billigkeit. Humanum est. Wie wenig ihnen in der That daran gelegen gewesen seyn müsse, ob der Gegenstand des Handels gerade ein fundus oder eine andere Sache war, sieht man noch deutlicher aus den ganz allgemein gefassten Anfangsworten: *REM majoris pretii si tu vel patet tuus minoris distraxerit.* In den Basiliiken<sup>29)</sup> geschiehet daher auch des fundi gar keiner Erwähnung. Und hierin stimmen denn auch die meisten Rechtsgelehrten<sup>30)</sup> mit mir überein.

Es

28) Topic. Cap. 4. in fin.

29) Tom. II. Lib. XIX. Tit. 10. pag. 402.

30) Reinh. BACHOVIA Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. II. Disp. II. Th. 10. lit. A. 10. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12. ANT. SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 4. AR. PINELUS Comment. ad L. a. Cod. de resc. vendit. P. II. Cap. II. nr. 17. GER. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 411. PET. MÜLLER ad Struvium Ex.

Es sey nun also der Käufer oder der Verkäufer über die Hälfte verlebt, so kann auf Rescission des Geschäfts geflagt werden; jedoch steht es auch dem Gegner frey, die Aufhebung dadurch abzuwenden, wenn er die Lässion vergüten will. Diese Vergütung besteht aber darin, daß wenn der Käufer der verlebte Theil ist, der Verkäufer dasjenige, was er an Kaufgeld über den wahren Werth erhielt, herausgebe; und wenn der Verkäufer enorm verlebt ist, der Käufer noch soviel nachzahle, als an dem wahren Werthe der Sache fehlt. Dies, dünkt mir, der wahre Sinn der Worte der L. 2. C. h. t. zu seyn, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. So verstehen auch die meisten Ausleger<sup>31)</sup>:

XXIII. Th. 85. not. 7. Henr. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 16. besonderes Jo. ANDER. HANNESSEN Diss. de immodica laesione eiisque probatione §. 25. und Gabi. Überbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band Medit. 218.

31) Hug. DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 12. J. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 49. Henr. COCCEJI Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Th. 8. et Eiusdem Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione. Traj. ad VIADR. 1682. BACHOVIVS Not. et Animadvers. ad TREATTERUM Vol. II. Disp. II Th. 9. lit. F. Casp. ZEGLER Diss. de laesione ultra dimidium iusti pretii §. 34. Mich. God. WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 40. This baut Syst. des Pand. N. I. B. §. 198. Schmepp Röm. Privatrecht. 2. B. §. 395. Die Ausnahme, welche Ant. FÄBER Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 3d. Def. 3. im Falle einer laesio enormissima macht, in welchem dem Gegner die ihm sonst gestattete Wahl nicht zustehen soll, ist ganz ungewöhnlich.

diese Worte, und auch die Praxis erkennt nicht anders<sup>32</sup>). Gleichwohl meinen viele<sup>33</sup>), wenn der Gegner soviel nach, oder zurückzahlt, als der Hälfte des wahren Werths fehlt, so habe er der ihm gesetzlich nachgelassenen Wahl ein Genüge gethan. Man sagt, hätte er gleich Anfangs soviel gegeben, so hätte über eine Läsion gar keine Beschwerde entstehen können. Bleitet er also nachher noch das Nämliche an, so müsse auch der Verleger damit zufrieden seyn. Diese Meinung soll nun nicht nur dem Geist des Gesetzes, sondern sogar den ausdrücklichen Worten desselben gemäß seyn. Denn es soll nur ergänzt werden, *quod de-est iusto pretio*. Das Wort *iustum* bedeute hier aber nichts anders, als *legitimum*, so wie man sagt, *iustae nuptiae*. Nun bestehet der gesetzmäßige Preis nur in der Hälfte des wahren Werths. Allein diese Gründe scheinen mir sehr unbedeutend zu seyn. Das *iustum pretium* ist hier kein anderes, als *preium verum*, d. i. der wahre Werth, den die Sache zur Zeit des geschlossenen Handels hatte, wie es die Kaiser nicht nur selbst *L. 2. et L. 8. Cod. h. t.* erklären, sondern solches auch dem

Geist

gründet. Denn die sogenannte *laesio enormissima* ist, wie Westphal vom Kaufe §. 816. ganz richtig sagt, ein Hirnengespinnst der Pragmatiker.

32) CARPOV Iurispr. for. P. II. Constit. 34. Def. 7. RICHTER Vol. II. Decis. XCIX. nr. 30. 31. 32. 38. und Beyträg. zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. (Berlin 1778.) Nr. IX. S. 95. ff.

33) Franc. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 9. nr. 10. Henr. ZOESIVS Commentar ad Pand. h. t. §. 29. Matth. WESENBEC. Comm. ad Pand. h. t. nr. 6. u. a. m.

Geist anderer Stellen des Römischen Gesetzbuches<sup>34)</sup> gemäß ist, welche des iusti pretii beim Kaufe gedenken. Es folge auch gar nicht, was dem Gegner anfangs erlaubt gewesen wäre, ohne daß der Verlehrte sich hätte beklagen können, müsse ihm auch noch nachher erlaubt seyn. Denn ist einmal das Recht des verletzten Theils auf Rescission zu klagen begründet, so kann er auch auf Zurückgabe oder Zurücknahme der Sache dringen, wenn sich der Gegner nicht zur Bedingung des wahren Werths verstehen will, den die Sache zur Zeit des geschlossenen Kaufs hatte. Hat also der Verkäufer für eine Sache, die 20 werth ist, nur 9 bezahlt erhalten, so muß der Käufer nicht 1, sondern 11 nachzahlen, wenn die Läson ganz gehoben werden soll. Zinsen und Früchte werden jedoch bei dieser Ergänzung nicht vergütet<sup>35).</sup> Denn vor der Interpellation war keine mora denkbar. Es ist aber auch dem Willen der Gesetzgeber nicht gemäß, daß Zinsen bezahlt werden sollen<sup>36).</sup> Denn sie wollen nur, ut, si emitor elegerit, quod deest iusto pretio, venditor recipiat. Verbindet man nun noch damit die letzten Worte der *L. 8. Cod. eodem:* nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, elections iam

34) *L. 16. §. ult. D. de pignorib. I. 12. §. 1. D. de iure dot.*

35) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 49. in fin. TITIUS Observation. ratiocin. ad Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 551. Westphäl vom Kauf. §. 811.

36) Von Zeit der Litigation an will jedoch Joh. a SANDER in Decision. aureis Lib. III. Tit. 4. Def. 14. dem Käufer die Zinsen zuerkannt wissen.

iam emtori praestita servanda, so ergiebt sich daraus mit einer Evidenz, die keinem vernünftigen Zweifel mehr Raum läßt, daß der Käufer nur durch Zulage dessen, was an dem wahren Werthe fehlt, der ihm im Gesetze gestatteten Wahl ein Genüge gethan habe.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß eine Verlehung über die Hälfte in dem gegebenen Falle wirklich vorhanden sey, welche immer von dem bewiesen werden muß, der sich darüber beschwert. Bey diesem Beweise muß dann der Werth, welchen die Sache zur Zeit des Contracts hatte, lediglich zum Maasstabe genommen werden<sup>37)</sup>. Wäre also etwa der Preis der Sache, wegen der nachher eingetretenen besondern Zeitumstände, in der Folge gesunken, so kommt dieses eben so wenig in Betrachtung, als wenn der Preis der Sache nachher gestiegen seyn sollte<sup>38)</sup>, und es kann daher der Kauf nicht angefochten werden, wenn die Sache um einen auch noch so geringen Preis wäre verkauft worden, wenn Sachen von der Art gerade zur Zeit des geschlossenen Geschäfts nicht mehr galten<sup>39)</sup>. Auch kann der auf dem für einen unmäßigen Preis gekauften Grundstück gefundene Schatz keine Aenderung her-

<sup>37)</sup> AR. PINELUS Comm. ad L. 2. C. de resc. vend. P. III.

Cap. IV. nr. 15. sqq. DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 4. HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione. §. 22. et 23.

<sup>38)</sup> LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. et 15.

<sup>39)</sup> SAM. de cocceji jur. civ. contr. h. t. Qu. 6. und WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. Subs. 2. §. 28.

vorbringen<sup>40</sup>). Denn man sieht bey Contracten immer auf den Anfang des Geschäfts<sup>41</sup>), und der gefundene Schatz ist weder als ein Theil noch Frucht des Grundstücks zu betrachten<sup>42</sup>), sondern als ein donum fortunae anzusehen, wie sich Tryphonin<sup>43</sup>) ausdrückt. Ueberhaupt aber soll nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes<sup>44</sup>) blos das iustum rei pretium berücksichtigt werden, quod fuerat tempore yenditionis. Dieses ist nun blos der gemeine Werth, der einer Sache nach ihrer Qualität oder nach der Quantität ihres Ertrags in meinem Handel und Verkehr beigelegt ist, nicht der Affectionswert<sup>45</sup>). Da jedoch die Preise der Dinge auch nach der Verschiedenheit des Orts sehr verschieden sind, so muß bey unbeweglichen Sachen die Taxe des Orts, wo sie liegen, bey beweglichen aber der Marktpreis des Orts, wo der Contract geschlossen worden, zum Grunde gelegt werden.

40) VOET Comm. ad Pand. h. f. §. 7. und Henr. cocceji Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 3. Ein Wunders wäre, wenn das gefundene Geld dem Verkäufer selbst erweislich gehörte. L. 67. D. de Rei vind. L. 21. §. 1. D. de acquir. rer. dom.

41) L. 8. pr. D. Mandati. L. 58. §. 2. in fn. D. Pro socio.

42) L. 7. §. 12. D. Soluto matrim.

43) L. 63. §. 1. D. de acquir. rer. dom.

44) L. 8. in fin. Cod. h. t. Cap. 3. X. de emt. et vendit.

45) L. 16. C. h. t. L. 13. pr. D. de reb. eor. qui sub tut. L. 33. pr. D. ad Leg. Aquil. et L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid. VOET h. t. §. 7.

werden<sup>46)</sup>). Man sieht aus dem allen, daß der hier zu führende Beweis mit vielen Schwierigkeiten verknüpft ist. Die meiste Schwierigkeit macht die Ausmittelung des wahren Werths, den die Sache zur Zeit des abgeschlossenen Contracts im gemelnen Handel hatte, worauf doch hier alles ankommen soll. Denn wer erinnert sich immer des damaligen Preises noch so genau, um darüber ein Zeugniß ablegen zu können, wenn seit dem geschlossenen Handel eine geraume Zeit verstrichen ist? Ja man ist selbst darüber noch nicht einmal einig, wie die Zeit des Contracts eigentlich zu bestimmen sey? ob nämlich dieselbe mit *Arius Pinelius*<sup>47)</sup> punctuel, oder nach *Mascard*<sup>48)</sup> mit einer gewissen, nur nicht gar zu weiten Ausdehnung zu verstehen sey? Z. B. die Zeugen wissen zwar nicht zu sagen, wie viel die Sache gerade am Tage des geschlossenen Geschäfts gegolten hat, allein sie begründen den Werth, den Sachen dieser Art einige Monate vor, oder nach dem geschlossenen Contract gehabt haben; aber sie erhärter nur überhaupt, in welchem Preise Sachen von der Art in dem Jahre standen, da der Contract geschlossen wurde. Vergleichende Zeugnisse sind nicht schlechterdings zu verwerten, wenn keine Umstände angegeben werden können, unter welchen die Sache zur Zeit

46) *L. 6. D. de evict. L. 34. D. de div. reg. iur. L. 1. pr. D. de Usuris.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 18. Not. 3. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 198.

47) Comm. ad L. 2. C. h. t. P. III. Cap. 4. nr. 15.

48) *De probation. Conclus. DCCCCLXII. nr. 10. et Conclus. MCCCXCVI. nr. 31.*

Zeit des Kaufs einen andern Preis gehabt haben müsse<sup>49)</sup>). Denn das richterlich Ermessen ist auch hier, wie Ziegler<sup>50)</sup> und Franzke<sup>51)</sup> ganz richtig behaupten, nicht auszuschließen. Ja Doneau<sup>52)</sup> giebt sogar den Rath, der Verlehte solle, wenn er den Werth der Sache zur Zeit des Contracts auf keine Weise darzuthun vermöchte, nur den gegenwärtigen Werth beweisen, und anführen, daß die Sache seit dem geschlossenen Kauf unabgeändert geblieben sey. Necessum est enim, sagt er, nisi fundus sit mutatus, et mutata eius aestimatio, eandem etiam aestimationem prius fuisse, quae nunc est. Behauptet der Gegner eine Aenderung, so muß er sie beweisen<sup>53)</sup>). Hätte jedoch die Sache erwiesenermaßen einen andern Preis zur Zeit der Abschließung des Contracts, als zur Zeit der Uebergabe gehabt, so kommt es nicht auf den letzten Preis an, wie Pinel<sup>54)</sup> behauptet, sondern der erste entscheidet. Denn das ist das pretium, quod fuerat *tempore venditionis*, wie das Gesetz<sup>55)</sup> sagt.

Soviel die Beweismittel anbetrifft, so entsteht I) die Frage, ob auch Urkunden dazu dienen können? Einige

49) S. HANNESEN Diss. cit. §. 23. et 24.

50) Diss. de laesione ultra dimidium §. 33.

51) Resolut. Var. Lib. III. Resolut. 3. nr. 43.

52) Comment ad L. 2. Cod. h. t. nr. 5. in fin.

53) Arg. L. 22. D. *de probat.*

54) Comm. cit. P. III. Cap. 4. §. 16.

55) L. 8. in fin. Cod. h. t. DONELLUS Comm. ad h. L. nr. 4.

ge<sup>56</sup>) wollen sie von dem Beweise einer Verlezung über die Hälfte aus dem Grund ganz ausschließen, weil Kaufbriefe immer nur den unter den Contrahenten verabredeten, aber nicht gerade den gemeinen Werth bewiesen, und folglich einem Dritten nicht präjudiciren könnten. Allein der Urkundenbeweis ist hier nicht schlechterdings zu verwiesen. Man unterscheide. Es ist nämlich entweder nur eine Urkunde, oder es sind mehrere beigebracht worden. Eine Urkunde, sie spreche entweder von demselben schon früher an einen der vormaligen Besitzer verkauften Grundstück, über welches der gegenwärtige Streit ist, oder von einem andern demselben ähnlichen, wird selten zur Vollführung des erforderlichen Beweises hinreichen, weil ein solcher Kaufbrief nur beweiset, wie hoch die Contrahenten unter den Umständen, worin sie sich befanden, den Werth zu bestimmen beliebten, nicht aber, daß auch jeder andere Käufer soviel dafür gegeben haben würde<sup>57</sup>). Allein man sehe, das Document besage, daß entweder die nämliche Sache, oder eine andere benachbarte von derselben Qualität und Quantität durch verpflichtete Schäfer taxirt, und über zweymal höher geschäfft worden wäre, als es wieder verkauft worden ist; so würde eine solche Urkunde nicht zu verwiesen seyn<sup>58</sup>). Sind nun vollends mehrere entweder auf einander folgende Urkunden über die nämliche

56) ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimid. iusti pretii §. 33. MÜLLER ad Struvium Exercit. XXIII. Th. 86. David Ge. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 118.

57) G. Io. Andr. HANNESEN cit. Diss. de immodica laesione eiusque probatione §. 26. et 27.

58) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

liche Sachen, oder über verschiedene benachbarte Grundsätze von gleicher Qualität und Quantität beigebracht worden, so daß der damalige gemeine Werth von Sachen dieser Art mit Zuverlässigkeit daraus erkannt werden kann; so kann der auf solche Art geführte Urkundenbeweis wohl keinem gegründeten Zweifel weiter unterworfen seyn<sup>59)</sup>). Und so ist es denn auch hier wahr, was Kr. Constantin sagt L. 15. *Cod. de fide instrumentorum.* In exercendis litibus eandem vim obtinet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. Gewöhnlicher ist aber freylich in solchen Fällen II) Der Zeugenbeweis. Die Zeugen brauchen aber nicht gerade verpflichtete Schäfer (periti rerum aestimatores) zu seyn, wie man insgemein behauptet<sup>60)</sup>), sondern es werden zum Beweis der Verlehung über die Hälfte wahre Zeugen erforderl, welche von dem Werthe, den den gleichen Sachen, von deren Preis die Rede ist, zur Zeit des geschlossenen Handels hatten, hinlängliche Wissenschaft haben<sup>61)</sup>). Man unterscheide also ja kunstverständige Schäf.

59) HANNESEN cit. Diss. §. 28. et 29. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 5. in fin. und Thibaut System des Pandecten Rechts I. B. §. 198.

60) Hug. DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 5. sagt: *Proinde erit prudentiae indicis, ad eam aestimationem admittere non quoslibet, sed, peritos varum rerum aestimatores, quales in omnibus locis fere semper multi reperiuntur.* Eben so LAUTERBACH c. I. §. 22. LUDOVICI Doctrin. Pand. h. t. §. 2. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 86. MALELANG Princip. iuris Rom. P. III. §. 551. IV. u. a. m.

61) S. HANNESEN Diss. cit. §. 25.

Schäfer und Zeugen des Werths, den eine Sache zu einer bestimmten Zeit gehabt hat. Beyde müssen nach ganz verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden<sup>62)</sup>), und es ist ein großer Irrthum vieler Rechtsgelehrten, wenn sie die Grundsätze von Kunstverständigen auf die bey diesem Beweise erforderlichen Zeugen anwenden. Denn Kunstverständige sind kein Beweismittel, sondern es sind Gehülfen des Richters bey der Beurtheilung eines streitigen Gegenstandes. Daher sind solche Personen insgemein schon öffentlich ernannt, und auf alle vorkommende Fälle beeidiget, und wo dieses nicht ist, müssen sie von beyden Parteien in gleicher Anzahl ernannt werden, und auch der Richter hat eben so viele, als einer der streitenden Theile, zu ernennen. Allein die Zeugen sind Beweismittel, und werden daher blos von der Partey ernannt, dem der Beweis obliegt, ohne daß dem Richter dabey eine Wahl zusteht. Diese sollen hier blos über ein Factum der vergangenen Zeit ihre Wissenschaft eröfnen. Auf ihr eigenes Urtheil oder Meinung kommt es nicht an. Schäfer hingegen urtheilen über das, was gegenwärtig ist, nach ihrer Einsicht. Ihre Außerung ist also nicht wie eine Zeugen-Deposition, sondern als ein Gutachten anzusehen, welches dem künftigen Urtheil des Richters zur Basis dient. Sind ferner die Kunstverständigen bey Schätzung einer Sache verschiedener Meinung, so treten hier ganz andere Grundsätze ein, als wenn die Zeugen in ihren Aussagen nicht

62) Man vergleiche hier die gründliche Abhandlung von Beurtheilung durch Kunstverständige in Sonner's Handbuche des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLV. der zweyten Auflage. S. 429. ff.

nicht übereinstimmen. Ein solcher Dissensus ist nach den Regeln vom Beweis zu beurtheilen. Bey Schätzungen werden nämlich die Summen der verschiedenen Kunstreständigen zusammengerechnet, und mit der Zahl der gebrauchten Schäfer dividirt, der Quotient wird dann als das reine Resultat der Schätzung angenommen. Wollten wir nun dieses Verfahren bey den Beweiszeugen anwenden, welche in dem Werthe, den die streitige Sache zur Zeit des darüber geschlossenen Contracts hatte, von einander abweichen, so würde daraus eine offbare Unge rechtigkeit entstehen. Denn man sehe den Fall, der Kläger habe das Grundstück für 40. Rthlr. verkauft, was nach seiner Behauptung zur Zeit des Contracts 100 Rthlr. werth gewesen seyn soll, und er habe drey Zeugen ernannt, von denen der A. einen Werth von 76 Rthlr. B. von 81 und C. von 83 Rthlr. angegeben hat. Hier sprechen zwey Zeugen für den Kläger, nach deren Aussagen er wirklich eine Verlehung über die Hälfte erlitten hat. Denn stimmen sie auch in den angegebenen Summen nicht überein, so bezeugen sie doch die Lässion selbst einstimmig. Dahingegen steht die Aussage des Zeugen A. dem Kläger geradezu entgegen, als nach welcher keine Verlehung über die Hälfte vorhanden ist. Es ist also hier zwischen den Aussagen des Zeugen ein solcher Widerspruch vorhanden, den man eine singularitas testium obstativa oder adversativa nennt. Wollte man nun diesen Widerspruch der Zeugen, wie bey Schäfern, durch Addition und Division zu heben suchen, so würde der Quotient = 80 Rthlr. entscheiden, und der Kläger, welcher die Aussagen zweier fleissiger Zeugen für sich hat, würde um der Aussage des einen ihm widersprechenden Zeugen

gen willen, der vielleicht nicht einmal vollkommenen Glauben verdient, mit seiner Klage abgewiesen werden müssen. Wie ungereimt, ja wie gesetzwidrig<sup>63)</sup> ein solches Erkenntniß sey, leuchtet in die Augen. Diese Ungereimtheit wird aber noch auffallender, wenn man den Fall annimmt, der Beklagte habe einen Gegenbeweis geführt. Man sehe einmal, der Käufer klage wegen einer erlittenen enormen Verlehung auf Rescission des Contracts. Er giebt vor, das Haus, was er mit 3000 Rthlr. bezahlt habe, sey zur Zeit des Kaufs nicht 1500 werth gewesen. Er führt den Beweis durch drey Zeugen, von denen der Zeuge A. den damaligen Werth von 1433 Rthlr. der Zeuge B. von 1426, der Zeuge C. von 1430 angiebt. Der Verkäufer führt den Gegenbeweis ebenfalls durch drey Zeugen, von denen D. den Werth von 1561 Rthlr. E. 1565. und F. von 1560 erhärtet. Ein jeder sieht hier, daß die Gegenbeweiszugen den für den Kläger sprechenden Zeugenaussagen in gerader Richtung entgegenstehen. Es muß also den Rechten nach wider den Beweisführer erkannt werden. Denn wo der Beweis und Gegenbeweis einander gleich sind, hebt einer den andern auf, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünstigungen der Beweis den Vorzug verdient<sup>64)</sup>. Allein welches entgegengesetzte Resultat ergiebt sich, wenn man den Widerspruch zwischen dem Beweis und Gegenbeweis durch Addition und Division zu heben suchen wollte? Die Totalsumme wäre dann = 8975. Diese, mit der Zahl der Zeu-

63) L. 21. §. 3. *D. de testib. Cap. 32. X. eodem.*

64) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Band Nr. XLI. §. II. S. 344.

Zeugen = 6 dividiſt, giebt zum Quotienten die Summe von 1495  $\frac{5}{6}$  Rthlr. welche also als der damals gültige wahre Werth des Hauses angenommen werden müſte. So hätte dann der Kläger gegen alle Regeln des Prozesses aus einem Irrthum des Richters gewonnen. Welche Justiz! Mit Recht läßt sich hier anwenden, was Cicero sagt: *Totius iniustitias nulla capitalior est, quam eorum, qui, cum maxime fallunt, id agunt, ut boni iudices videantur.* Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn die Zeugen in Anſchung der Summe in ihren Aussagen differiren, deswegen nicht immer gleich ein absolu-ter Widerspruch (*contradictio obstativa*) vorhanden ſey, sondern nur dann, wenn der eine Zeuge durch Angabe des wahren Werths, den die Sache zur Zeit des Con-tracts hatte, das Dafehn einer enormen Verleihung, der andere aber das Gegentheil erhärtet. Weichen ſie zwar in den angegebenen Summen des Werths von einander ab, allein ſie treffen in der Einheit des Zwecks zusammen, indem ihre Aussagen, in Verbindung genommen, entweber die enorme Läſion, oder das Gegentheil bezeu-gen; ſo ist kein Widerspruch in ihren Aussagen vorhanden, ſondern es ist, wie man ſagt, blos eine *Singularitas di-versificativa* vorhanden. Dies ist der gewöhnliche Fall. Denn da die Zeugen insgemein von verschiedenen Kauf-handlungen ſprechen, mit deren Hülfe der gemeine Werth der damaligen Zeit auszumitteln ist; ſo ist es sehr natür-lich, daß dieselbe Sache, oder eine Sache von gleicher Art nicht immer um eben denselben Preis gekauft, oder verkauft worden ist. Durch die Verbindung mehrerer ſol-cher singularer Zeugen, wenn ſie an ſich klassische Zeugen ſind, und der von dem einen Zeugen bekundete Umſtand

Vermuthungsgrund für den von einem andern ausgesagten ist, wird ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann<sup>65</sup>). Einige Rechtsgelehrten<sup>66</sup>) haben zwar die Zulässigkeit dieses Eides bey dem Beweise der enormen Verlezung aus dem Grunde bezweifeln wollen, weil zu vermutthen seyn, daß Andere den Werth der Dinge besser wissen werden, als der Verlehte. Allein dieser Grund ist offenbar nichtig. Denn warum sollte nicht auch der Verlehte selbst Wissenschaft von den Geschäftten erhalten haben können, von denen die Zeugen deponirt haben<sup>67</sup>)? Ueberdem läßt die Praxis sogar den Erfüllungseid de credulitate zu<sup>68</sup>). Daß endlich III. der Beweis auch durch Eideszuschreibung geführt werden könne, leidet keinen Zweifel<sup>69</sup>).

## §. 1029.

**Rechtsmittel wegen der Verlezung über die Hälfte.**

Die Rechtsmittel, deren sich der Verlehte bedienen kann, sind

I. Et.

65) S. GROßMAN's Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 87.

66) PINELUS Comm. ad L. 2. C. h. t. P. III. Cap. 4. nr. 13.  
MASCARDUS de probat. Concl. 560. nr. ult. et Concl. 651.  
nr. 13.

67) HANNESEN Diss. de immodica laesione. §. 54. Struben rechtl. Bedenken. 3. Th. Ged. 118. §. 3.

68) I. H. BÖHMERI Ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 72. CARPZOV P. I. Const. 23. Def. 12. BERLICH P. III. Decis. 305. in fin.

69) S. CARPZOV Resp. iur. Lib. III. Resp. XLIII. nr. 5.  
STRYK Us. mod Pand. h. t. §. 14. und HANNESEN cit. Diss.

I. eine Eintrede (exceptio laesioris enormis). Diese steht dem Verlebten zu, wenn er den Contract seiner Seits noch nicht erfüllt hat, und mit der Klage aus dem Contract auf Erfüllung desselben belangt wird. Ihrer Natur nach gehört sie zu den peremptorischen Einreden, denn sie vernichtet den Anspruch des Klägers, und kann, wie alle zerstörliche Eintreden, zu einer prozeßhindernden erhoben werden, wenn dem Beklagten sofort liquide Beweise zur Seite stehen, und dann findet sie auch sogar im Executivproceß Statt<sup>70)</sup>.

II. Eine Klage, wenn der Contract schon erfüllt ist. Ob dieß die Klage aus dem Contract, oder eine eigene Klage sey, ist unter den Rechtsglehrten streitig. Viele behaupten das Letztere, und diese weichen wieder in der Art und dem Namen der Klage sehr von einander ab. Einige<sup>71)</sup> nennen sie *condictio ex lege* 2. *Cod. de rescindenda venditione*. Diesen stimmt auch Zellfeld bey.

## E 2

An-

S. 31—34. Es ist übrigens zum Beweis einer enormen Verlehung nicht hinreichend, wenn der Kläger darthut, daß er die Sache theuer gekauft, und wohlfeil wieder verkauft habe. L. 4. *Cod. h. t.* S. Westphal vom Kauf. §. 819.

70) CARPOV Respons. iur. Lib. V. Tit. 6. Resp. LIII. nr. 9. sqq. und Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 4. Bd. Nr. LXXVIII. §. 14. ff.

71) PINELUS ad L. 2. C. h. t. P. I. Cap. 3. nr. 9. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VII. Err. 7. ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimidium iusti pretii. §. 24. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. §. 36. LIENAU Diss. de natura ac indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur. §. 8. sqq. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. I. not. s.

Andere<sup>72)</sup> *condictio indebiti*. Viele halten sie für eine *restitutio in integrum civilis*<sup>73)</sup>. Manche für eine *imploratio officii judicis*<sup>74)</sup>. Ja einige unter den ältern Rechtsgelehrten haben sie sogar zu einer *Spoliensklage* machen wollen<sup>75)</sup>. Allein die Mehrzahl der ältern und neuern Rechtsgelehrten<sup>76)</sup> hat sich immer dafür erklärt.

72) Diese Meinung behaupteten unter den ältern Rechtsgelehrten vorzüglich Bartolus, Eagnolus und Alexander, welche Pinel ad L. 2. Cod. h. t. P. I. Cap. 3. nr. 8. anschrift, und widerlegt.

73) S. Helf. Ulr. HUNNIUS Variar. Resolut. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. I. Qu. 16. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. P. I. pag. 316. Io. Phil. GRECEL über Car. Gothofr. FARES Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. §. 3—5. Dieses war auch die Meinung der griechischen Rechtsgelehrten, welche deswegen diesem Rechtsmittel die Dauer von vier Jahren setzten. S. HARMENOPULI Προχειρού νομών s. Promptuarium iuris Lib. III. Tit. 3. n. 83.

74) CYNUS, und schon vor ihm Petrus de BELLAPERTICA und nachher noch BACMOVIUS in Not. et Animadvers. ad Treutlerum Vol. II. Diss. 2. Thes. IX. lit. C. waren dieser Meinung.

75) Dieser Meinung gedenkt MÜLLER ad *Struvium Exercit.* XXIII. Th. 91. not. β. und widerlegt sie, wie auch schon vor ihm Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VII. Err. 10. und Ant. MERENDA Controvers. iuris. Lib. I. Cap. 42. §. 5. gethan haben.

76) Io. SICHARD Praelection. in Cod. ad L. 2. h. t. nr. 9. Hug. DONELLUS Commentar. in dict. L. 2. Cod. nr. 16. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Ulr. HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 8. Io. Iac. WISSENBACH

Com-

erklärt, daß die Klage wegen der Verlehung über die Hälfte keine andere, als die Contractsklage sey. Dies war schon die Meinung der Glossa, und sie verdient auch gewiß vor allen übrigen den Vorzug. Denn wie könnte hier wohl ein Zweifel entstehen, quo genere actionis experiamur, wie doch die Condictio ex Lege vorausgesetzt<sup>77</sup>), wenn das Gesetz das Maas der Verlehung bey einem Contract bestimmte, welcher von den ältesten Zeiten her seine bestimmte Form und Klage hatte. Mit Recht sagt Johann Otewin Westenberg<sup>78</sup>): *Plane non statim Condictio ex Lege locum habet, ubi nomen actionis non exprimitur, sed illud in primis considerandum est, an incerta sit natura et forma negotii, ex quo obligatio et actio introducitur.*

**Commentation. in VII. Libros. Cod. ad L. 2. h. t. Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 5. Henr. HAHN Observata th. pr. ad Wesenbetium h. t. pag. 635. nr. VIII. et ad Tit. de act. emti et vend. Nr. VIII. pag. 648. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. I. Frid. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. § 3. Qu. 8. Jo. Henr. BERGER Resolution. Legum obstant. h. t. Animadvers. pag. 356 sq. Jo. Balth. WERNHER Manual. Pandectar. (Vitemb. 1754.) h. t. §. 1. Henr. COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 14. und Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1938. Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. IV. cap. 1. §. 30. Thibaut Syst. des Pand. N. 1. B. §. 199. SCHWEPPPE Röm. Privatrecht. 2. B. §. 395. u. a. m.**

<sup>77) L. un. D. de conduct. ex Lege.</sup>

<sup>78) De causis obligationum Dissertat. IV. Cap. 6. §. 1.</sup>

tur. — Ex ipsa autem L. 2. constat, agi ibi de emtione venditione, ex qua nascitur *actio emti-venditi*, quae ad omnia ea, quae ex natura huius bonae fidei contractus praestanda sunt, quin et ad distrahendam emtionem aliquando competit. Die Worte der L. 2. *auctoritate iudicis interveniente* deuten auch gewiß nicht auf eine obligatio lege nova introducta hin, sondern enthalten eine bloße Verweisung des Verlebten an den Richter, unter Voraussetzung des ohnehin bekannten Rechtsmittels. Welches konnte dieses aber anders seyn, als die Klage aus dem Contract, da dieselbe bei den negotiis bonae fidei schon längst vorher das gewöhnliche Rechtsmittel war, wenn ein Theil sich gegen den andern über eine manifesta iniquitas beschwert<sup>79)</sup>? Es liegt dieß auch ganz in der Natur der iudiciorum bonae fidei, daß sie auf alles gehen, was der Willigkeit gemäß ist, wenn es auch nicht gerade verabredet worden<sup>80)</sup>, ja wenn es selbst der Aufhebung des Contracts gelten sollte, wie mehrere Stellen in dem römischen Gesetzbuche<sup>81)</sup> klar beweisen. In der Praxis ist man jedoch nun einmal gewohnt, die Klage wegen einer Verlehung

79) L. 78. et 79. D. Pro Socio.

80) §. 30. I. de Action. §. 3. I. de obligat. ex consensu.  
L. 31. §. 20. D. de aedilit. edicto.

81) L. 11. §. 3. D. de act. emti et vend. Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus. §. 5. — verumtamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur. §. 6. Julianus utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam, inquit, emtionem.

hung über die Hälfte das *Remedium ex L. 2. Cod. de rescindenda venditione* zu nennen<sup>82)</sup>), und dasselbe zu den Civil-Restitutionen zu rechnen, welche sich von den prätorischen darin unterscheiden, daß sie in der Regel nicht in die kurze Dauer von vier Jahren beschränkt sind, sondern binnen 30 Jahren gesucht werden können<sup>83)</sup>). Diese Klage steht dem verlehten Theile zu, er sey der Käufer oder Verkäufer, und wird gegen den andern Contrahenten, von welchem er über die Hälfte verlebt worden ist, auf Rescission des ganzen Handels gerichtet, wosfern sich der Beklagte nicht etwa zur Vergütung der Lässion verstehen will. Ob das Gesuch der Klage deswegen alternativisch einzurichten sey, ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten<sup>84)</sup> halten dieses für nöthig, und glauben, die Klagschrift sey als inept zu verwerten, wenn geradezu auf die Aufhebung des Geschäfts geflagt worden. Der verlebte Verkäufer müsse also z. B. sein Gesuch so fassen, daß der Beklagte ihm entweder soviel, als an dem wahren Werthe fehlt, annoch nachzuzahlen, oder die ihm verkaufte Sache, gegen Zurücknahme des dafür bezahlten Kaufgeldes, dem Kläger wie-

82) G. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 943. ff.

83) Westphal vom Kause §. 810. MALELANG Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. nr. III.

84) Unter den ältern Bartolus und der Abt Panormitanus. Diesen Antesignanen sind gefolgt STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Tit. 87. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. SCHACHER Colleg. pract. Pand. h. t. Io. Balth. WERNHER Manuale Pandect. h. t. §. 6. Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 4. B. §. 946. u. a. m.

wieder zurückzugeben schuldig sey. Diese Meinung scheint zwar das Canonische Recht für sich zu haben. Denn in dem Cap. 3. *X. de emt. et vendit.* erklärt der Pabst Alexander III. ein richterliches Urtheil für rechtswidrig, weil darin geradezu auf Rescission des Kaufs war erkannt worden, ohne dem Beklagten die ihm gesetzlich zustehende Wahl nachzulassen. Der Pabst sagt: *Habita deliberatione cum fratribus nostris et aliis sapientibus viris, qui legibus iurati iudicant, eandem sententiam iuri contrariam intelleximus. Quia vero in arbitrio emitoris est, si velit, supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia iusti pretii comparatur; sententiam ipsam, tanquam iuri contrariam irritantes, possessionem monachis iudicavimus esse reddendam.* Und in dem Cap. 6. *X. eodem* sagt der Pabst Innocenz III. *Cum constisset nobis, monasterium in praedictarum rerum venditione ultra dimidiā iusti pretii fuisse deceptum, sententionando decrevimus, ut praefati cives aut, receptio pretio, possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret, legitimae venditionis tempore iusto pretio defuisse.* Die Ausleger des Canonischen Rechts<sup>85)</sup> haben diese Stellen fast durchgehends so erklärt, daß nach der Vorschrift derselben nicht nur das Gesuch der Klage wegen einer Verlehung

85) Ausser Barbosa, Gonzalez und Grannaneto sind noch zu bemerkern Henr. LINCK Commentar. in Decretal. Lib. III. Tit. 17. §. 3. Paul. los. a RIEGGER Institution. iurisprud. ecclesiast. P. III. §. 337. Ant. SCHMIDT Institut. iuris ecclesiast. Germ. Tom. II. §. 149. u. Phil. HEDDE-REICH Elem. iuris canon. P. III. §. 83.

hung über die Hälfte, sondern auch das Erkenntniß des Richters alternativisch gefaßt werden müsse, wenn es zu Recht bestehen solle. Allein sollte dieses wirklich die Meinung der Päpste gewesen seyn, so würde ihre Entscheidung, wie schon Just. Henning Böhmer<sup>86)</sup> bemerkt hat, auf einem Irrthume und Mißverständ des Civilrechtes beruhen. Denn nach den klaren Worten den L. 2. und L. 8. Cod. h. t. kann der Verleger nur Eins, nämlich Aufhebung des Geschäfts, verlangen<sup>87)</sup>). Daß nun der Beklagte durch verhältnismäßiges Nach- oder Zurückzahlen bis zum wahren Werthe die Rescission abwenden kann, ist eine ihm vom Gesetz gestattete Wohlthat, welche lediglich seiner Willkür zu überlassen ist. Es ist also hier keine alternative Verbindlichkeit vorhanden, als welche sich nur dann gedenken läßt, wenn der Schuldner von zwey Sachen die eine oder die andere zu leisten verbunden ist, so daß der Gläubiger die eine so gut, wie die an-

86) Not. 2. ad cap. 3. X. de emt. et vend. der Böhmerschen Ausgabe des Corp. iuris canon. Man sehe auch desselben Ius Eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 17. §. 6 und Dasselben Diss. de libellis alternativis. Halae 1714. Cap. III. §. 2. sqq.

87) Man vergleiche hier vorzüglich Hugo DONELLUS ad L. 2. Cod. h. t. nr. 14. Sam. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 9. und Alb. Phil. FRICK Diss. de libello actionis ob lsesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo. Helmst. 1714. Diesen stimmen auch bey Herm. Io. LIENAU Diss. de nat. et indec. act. ob laes. enorm. §. 21. Westphal vom Kause §. 803. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. II. §. 27. Chibaut Syst. des Pand. Rechts I. B. §. 198. u. a. m.

andere mit vollkommenem Recht fordern kann<sup>88)</sup>), oder, wie Paulus sagt *L. 128. D. de Verbor. obligat.* si utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem. Ist hingegen, wie hier der Fall ist, nur Eins in obligatione, das Andere aber in solutione, das heißt, ist der Schuldner zwar etwas Gewisses zu leisten verbunden, es steht ihm aber die Befugniß zu, sich durch Leistung einer andern Sache dieser Verbindlichkeit zu entledigen, so findet nach der Strenge des Rechts kein alternatives Gesuch statt<sup>89)</sup>). Indessen ist es doch dem Ansehen des Canonischen Rechts und seiner Ausleger zu zuschreiben, daß in der Praxis die Klagschrift nicht als fehlerhaft verworfen wird, wenn das Gesuch auch alternativisch gefaßt worden ist<sup>90)</sup>; und so gewiß es ist, daß dem Beklagten jene gesetzliche Wohlthat auch sogar noch zur Abwendung der Execution zu statthen kommen müsse, wenn gleich schlechthin auf die Aufhebung des geschlossenen Handels erkannt worden wäre, indem ein solches Erkenntniß immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen seyn würde, es wollte denn Beklagter dem Mangel des wahren Werths ersehen<sup>91)</sup>); so sehr ist dennoch dem

88) BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. II. und Pet. de TOUL-  
LIEU Collectan. iuris civ. Diss. XII. §. 14.

89) L. 6. §. 1. D. de re indic. §. Danz Grundsätze des  
ordent. Prozesses §. 73. §. 187. der Gönnerschen Ausgabe,  
und der 3. Th. 2. Abth. dieses Commentars §. 282. §. 624.

90) §. BOEHMER cit. Diss. Cap. III. §. 3. und diesen Com-  
mentar a. a. §. 625.

91) BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18. Not. 9.  
LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 48. HERT Diss.

dem Richter anzuempfehlen, daß er dem Beklagten die ihm zustehende Wahl vorbehalte, um nicht zu unnöthigen Beschwerden Anlaß zu geben. Nur dann würde freylich das richterliche Erkenntniß als rechtswidrig anzusehnen seyn, wenn der Beklagte, der sich bey der Einlassung auf die Klage zur Nach- oder Zurückzahlung erbot, dessen ungedachtet zur Zurückgabe der ihm verkauften Sache, oder zur Zurückgabe des empfangenen Kaufgeldes schlechterdings wäre verurtheilt worden; welches auch wohl der Fall gewesen seyn mag, in welchem der Pabst Alexander III. in dem oben angeführten Cap. 3. X. de emt. et vend. die Sentenz des Richters, tanquam iuri contrarium, aufhob; wenigstens bin ich geneigter, dieses anzunehmen<sup>92)</sup>), als den Pabst mit Böhmer eines Irrthums zu bezüglichen, oder mit Anton Schmidt<sup>93)</sup> eine Abänderung des Civilrechts zu behaupten. Dahingegen kann ich dem Reinhard Bachov von Eche<sup>94)</sup> nicht bestimmen, wenn er den Beklagten die Wahl nur bis zur Litis-Contestation gestattet wissen will. Denn vor dem Erkenntniß des Richters ist es ja überhaupt noch gar nicht entschieden, ob der Beklagte dem Kläger

Et.

de electione ex obligatione alternativa debitori debita.  
Sect. I. §. 3. BOEHMER Diss. de libellis alternativis.

Cap. III. §. 4. WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 39.

92) Man sehe auch Ignat. Christph. FREYBOTT Specim. iuris civ. quo contractum emtionis vendit. propter laesionem enorm. de se praecise rescindi determinatur. §. 22.

93) Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 149. Not.

94) Not. et Animadvers. ad Treutlerum Vol. II. Disp. II. Th. 10. Lit. B.

Etwas zu leisten verpflichtet sey, da alles von dem Beweis der Lässion abhänge. Es ist also der Natur der Sache gemäß, daß dem Beklagten die ihm nach dem Gesetz zustehende Wahl auch nach dem erfolgten richterlichen Erkenntniß zu gestatten sey<sup>95</sup>).

Die bemerkten Rechtsmittel sind übrigens so wenig den Erben des Verlebten, als dem Bürger desselben zu versagen<sup>96</sup>). Denn außerdem daß der Erbe ohnehin gleiche Rechte mit dem Erblasser hat<sup>97</sup>), so fordert ja der Verlebte nur das, was ihm an seinem Vermögen fehlt. Es kommt daher auch gar nicht darauf an, ob dem Erblasser die Verleihung bekannt gewesen ist, oder nicht, wenn nur von Seiten desselben nichts geschehen ist, wodurch er selbst von diesem Rechtsmittel wäre ausgeschlossen worden<sup>98</sup>) Denn eine Entzagung wird im Zweifel nie vermutet<sup>99</sup>). Dass auch der Bürger durch die Aufhebung des

95) *S. Tob. Nic. WIBEL Diss. de laesione enormi in negotiis mercatoriis. lenae 1794. §. 8.*

96) VOET Comm ad Pand. h. t. §. 5. LIENAU Diss. cit. de natura ac indole actionis ob laes. enorm. §. 23.

97) *L. 59. D. de div. reg. iur.*

98) *Dav. MEVIUS Decision. P. II. Dec. 147. und J. C. L. de SCHELWITZ Comm. in qua disquiritur, utrum hereditarium L. 2 Cod. de resc. vend. detur. lenae 1767. §. 2—4.*

99) Anderer Meinung ist zwar *W. KAESTNER* *remedium L. 2. C. de resc. vendit. liberis heredibus non opitulari. Lipsiae 1764.* Allein man sehe *I. N. MÖCKERT* *Diss. de actione rescissoria ob laisionem enormem liberis heredibus non deneganda. Rintel. 1767.*

des Contracts von seiner Verbindlichkeit befreiet werde, sagt Papinian *L. 95. S. ult. D. de solution.* ausdrücklich. Wird er früher belangt, so kann er sich entweder nach der Novelle 4. cap. 2. der Einrede der Excussion bedienen, oder auch geradezu die exceptio laesioris enormis vorschützen. Denn die aus dem Geschäft selbst entspringenden Einreden (exceptiones reales) kommen auch dem Bürgen zu statten<sup>100)</sup>. Gegen den dritten Besitzer findet hingegen wegen einer enormen Verlehung keine Klage statt<sup>2)</sup>). Denn man halte sie für die Contractsklage, oder für eine Condiction, so ist sie immer nur eine persönliche Klage. Da man würde dem verleihenden Theil die ihm nach dem Gesetz zustehende Wahl entziehen, und ihm einer nachtheiligen Regressklage aussehen, wenn man die Klage gegen den Dritten gestatten wollte, an welchen die Sache schon wieder veräußert worden ist. Zwar nehmen viele<sup>3)</sup> den Fall aus, wenn der

Ver-

100) *L. 7. §. 1. D. de except.*

1) *Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 3.*  
*Ant. MERENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 43.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 31. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 91. WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 24. MEVIUS P. V. Decis. 22. GREGEL Specim. de remedio L. 2. C. de resc. vend. §. 19. et 20. und der Gebr. Overbeek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Meditat. 92. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. cap. 1. §. 31. Thibaut Enst. des Pand. R. 1. Th. §. 199. SCHWEPPPE Nörm. Privatrecht. §. 395.

2) COVARRUVIAS A LEYVA Variar. Resolut. Lib. II. Cap. 3. nr. 10. Matth. BERLICH Decis. aur. P. I. Decis. 157.  
 Reinck.

Verleßende nicht im Stande ist die Läson zu vergüten, und der Dritte entweder in bösem Glauben, oder auch um einen eben so geringen Preis oder ganz unentgeldlich die Sache an sich gebracht, und sich also mit dem Schaden des Verkäufers bereichert hat. Nach einigen<sup>3)</sup> soll dann der Billigkeit wegen eine actio in factum, nach andern<sup>4)</sup> aber die actio Pauliana utilis statt finden. Allein die Beweise für diese Meinung sind nicht überzeugend. Denn die L. 13. §. 1. *D. de minor.* handelt von der Wiedereinsetzung eines Minderjährigen in den vorigen Stand, und kann wegen der besondern Begünstigung des minderjährigen Alters nicht auf die Restitution eines Großjährigen wegen einer enormen Verleßung angewendet werden. Die L. 1. et L. 3. Cod. *Si vendito pign. agatur* aber sprechen von dem Verkaufe eines Pfandes, wobei der Gläubiger bekanntermassen als Mandatar des Schuldners zu betrachten ist<sup>5)</sup>, und folglich nichtig handelt, wenn er bey dem Verkaufe treulos verfährt

*Reinh. BACHOVIVS ECHT Not. et Animadv. ad Treutlerum Vol. II. Disp. II. Th. 11. lit. G. Io. Heinr. de BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 18. not. 8. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. Sam. ds cocceji iut. civ. controv. h. t. Qu. 10. et Io. Ern. Bern. EMMINGHAUS ad Eundem not. u. u. a. m.*

3) Pet. MÜLLER ad Struvium Exerc. XXIII. Th. 91. not. §.  
Ernst Gottfr. Schmidt theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. B. §. 945.

4) Wie Bachov, Voet, und von Coccejianen angef. Orten.

5) L. 29. in fin. D. Famil. exercis.

fährt<sup>6</sup>); sie sind also hier ebenfalls nicht anwendbar. Am allerwenigsten aber gehört hierher die L. 67. D. de contrah. emit. wo gesagt wird, daß bei der Veräußerung einer Sache das Eigenthum cum sua causa auf den Käufer übertragen werde. Denn das Wort *causa* bezieht sich offenbar nur auf die Zubehörungen der Sache, und begreift sowohl die auf der Sache ruhenden Gerechtigkeiten als Lasten unter sich<sup>7</sup>). Reinesweges aber ist daraus die Folge zu ziehen, daß der zweyte Käufer eben so, wie der erste, belangt werden könne, wenn der Verkäufer über die Hälfte verlebt worden ist.

S. 1030.

In welchen Fällen findet keine Rescission des Kaufs wegen enorner Verlezung statt?

Das Rechtsmittel wegen einer Verlezung über die Hälfte fällt weg,

<sup>1)</sup> wenkt

6) L. 1. §. 5. D. de except. rei vend. et trad. L. 4. et 5. Cod. Si vend. pign. agat. S. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. I. Err. 5. Ob nicht auch dem Schuldner gegenüber den Verkauf, den übrigens der Pfandgläubiger auf rechtliche Art unternommen hat, das Rechtsmittel der L. 2. Cod. de resc. vend. zustehet? ist eine Frage, welche zwar von mehreren, z. B. PINELUS ad L. 2. C. h. t. P. II. Cap. II. §. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin. und Westphal syst. Erläut. der Röm. Ges. vom Pfandrecht §. 220. Not. 244. Nr. 3. bejahet, von Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. I. Err. 8. aber, sofern sich der Käufer des Pfandes keines Dolus schuldig gemacht hat, aus nicht unerheblichen Gründen verneinet wird.

7) S. Westphal vom Kause §. 115.

1) wenn die Verlehung nicht durch den Contract sondern durch andere zufällige Umstände entstand, welche erst nach dem Contract eintraten<sup>8</sup>).

2) Wenn die Verlehung nicht erwiesen werden kann<sup>9</sup>). Von diesem Beweise ist schon oben gehandelt worden.

3) Wenn der Kauf z. B. wegen Betrugs, Furcht und Zwangs, oder wegen Irrthums schon an sich nichtig ist. Denn hier kann der Handel angefochten werden, wenn auch keine enorme Lässion vorhanden ist<sup>10</sup>).

4) Wenn der Testator dem Erben befohlen hat, eine Sache einer gewissen Person für einen bestimmten Preis zu verkaufen<sup>11</sup>); oder wenn der Legatar gegen die ihm vermachte Summe eine ihm gehörige Sache an einen Andern zu überlassen von dem Testator beschwert worden ist<sup>12</sup>). In beyden Fällen kommt es dann auf den wahren Werth der Sache nicht mehr an, weil der Wille des Erblassers von dem erfüllt werden muß, welcher sich durch Antretung der Erbschaft, oder Annahme eines mit dieser Beschwerde behafteten Vermächtnisses zur Erfüllung derselben einmal verpflichtet hat<sup>13</sup>).

5) Wenn

8) L. 8. Cod. h. t.

9) Nic. Hieron. Gundlings rechtliche Ausarbeitungen.  
2. Th. Nr. LXXIX.

10) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. CCV. medit. 1.

11) L. 49. §. ult. D. de legat. 1.

12) L. 70. §. 1. D. de legat. II. Papinian führt den Grund an: Non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. Man sehe über diesen Grund Bern. Henr. REINOLDI Varior. Cap. 27. in Opusc. pag 179.

13) PINELUS cit. Comm. P. I. Legis 2. h. t. Cap. I. nr. 19.  
und VOET Comm. ad Pand. h. t. 16.

5) Wenn der Verlehrte wußte, daß er die Sache zu wohlfeil weggab, oder zu theuer kaufte, weil hier eine Schenkung des Uebrigen um so mehr anzunehmen ist, als Schenkungen nach dem neuern Römischen Rechte auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen können<sup>14)</sup>). Im Zweifel wird jedoch eine solche Wissenschaft nicht vermutet, sondern sie muß von dem Beklagten, welcher sie als Einrede vorschükt, erwiesen werden<sup>15)</sup>). Man muß daher im Zweifel immer annehmen, daß der Verlehrte den wahren Werth der Sache nicht verstanden habe<sup>16)</sup>). Zwar wird

14) *L.* 38. *L.* 57. §. 2. *D.* de contrah. emt. *L.* 53. *L.* 145. et *L.* 203. *D.* de div. reg. iuris. *L.* 11. *Cod. h. t.* *L.* 9. *Cod. de act. emti et vend.* CARPOV Iurispr. for. P. II. Const 34. Def. 3. nr. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 88. BACHOV Not. et Animadv. ad Treutlerum Vol. II. Disp. II. Th. 10. lit. E. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 17. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 15. Ehbaut Synt. des P. X. 1. B. §. 200. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. in fin. SCHWEPPPE Röm. Priv. Recht. 2. B. §. 394. a. C.

15) *L.* 19. pr. *D.* de probat. *Io. Balth.* *L.* B. o WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 202. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 26.

16) Nemo enim facile sutili iactare praestummittit. *L.* 25. pr. de probat. Daher fest auch *L.* 1. *Cod.* Si maior factus alienat. fact. sine decreto ratam hab. ausdrücklich vorauß: inconsulto errore lapsum patrem perpetam venditioni consensum dedisse. *S. Westphal* vom Kauf §. 803.

wird es in der L. 15. Cod. de resc. vend. dem Verkäufer zur Last gelegt, daß er sich nicht vorher erkundiget hat. Allein dieser Vorwurf trifft den Verletzten nur dann, wenn er, wie das Gesetz sagt, paulo vilioris pretii nomine den Kauf anfechten wollte. Anders ist es bei einer Verlezung über die Hälfte. Hier wird dem Verletzten seine Unwissenheit zu gute gehalten<sup>17)</sup>. Viele<sup>18)</sup> halten jedoch dafür, daß wenn das Geschäft aus Noth geschlossen ward, es gar nicht darauf ankomme, ob der Verletzte den Werth der Sache gekannt habe, oder nicht. Hier könne bei einer erweislichen Verlezung über die Hälfte ohne Unterschied auf Rescission des Handels geflagt werden. Denn das Gesetz, welches immer einen solchen Fall voraussehe, mache keinen Unterschied, sondern wolle blos die übermäßige und unbillige Ungleichheit berücksichtigt wissen. In einem solchen Nothfall lasse sich auch von Seiten des Gedrängten nicht füglich eine Schenkung annehmen<sup>19)</sup>. Allein daß

dem

17) Leges enim erranti, ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent. Arg. L. 6. §. 11. *D. Quae in fraud. creditor.* L. 41. §. 1. L. 206. *D. de div. reg. iur.*

18) FABRINAUS Controv. iuris Lib. II. cap. 20. Controv. V. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VIII. Err. 7. MÜLLER ad Struvium Ex. XXIII. Th. 88. not. a. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. Ant. MERENDA Controv. iuris Lib. I. Cap. 34. §. 9. PINELUS cit. Comm. ad L. 2. Part. I. Cap. 1. nr. 10. HOMMEL Rhaphod. Quæstion. in foro quot. obvenient. Vol. I. Obs. 5. und Tob. Nic. WIBEL Diss. de laesione enormi in negot. mercator. §. 9.

19) L. 18. *D. de adim. vel transf. legat.* L. 10. Cod. de donat.

dem Verkäufer die Noth, welche ihn zum Verkaufe trieb, wenn er auch deswegen die Sache für einen geringern Preis weggegeben haben sollte, nicht zur Aufhebung des Geschäfts berechtige, lehrt die L. 12. Cod. h. c.<sup>20)</sup>. Eine solche Noth, sofern sie mit keinem widerrechtlichen Zwange eines Andern verknüpft war, hindert auch die Einwilligung nicht, wenn dem Verkäufer der wahre Preis der Sache bekannt war. Sie kann daher dem schuldlosen Mitcontrahenten nicht zum Nachtheil gereichen. Nicht zu geben ist, wie sehr das Commerz und die Sicherheit der Käufer darunter leiden würde, wenn man in dem Falle, da Jemand seine Sache aus Noth zu wohlfeil verkauft hat, eine Rescission des Geschäfts gestatten wollte. Aus diesen und mehreren andern Gründen haben daher schon Arnold Vinnius<sup>21)</sup>, und Georg Stephan Wiesand<sup>22)</sup> jener Meinung widersprochen.

### § 2

### 6) Wenn

20) Es heißt zwar in dieser L. 12. C. h. c. Non idcirco ri-  
nus venditio fundi, quod hunc ad munus sumtibus ne-  
cessariis urgentibus, non viliore pretio, vel urgente de-  
bito, te distraxisse contendis, rata manere dovet; allein  
schon Jac. Eujacius in Recitat. Solemn. in libr. Cod.  
ad h. Tit. hat bemerkt, daß das NON wegzustrichen sei, wenn  
ein richtiger Sinn herauskommen soll. Eine Erklärung von  
diesem Gesetz geht nämlich dahin: Lex ot, venditionem non  
rescindi, quod dicat venditor, se rem vilioris vendidisse,  
cum pecunia egeret, urgente aere alieno, vel mune-  
re civili a se sumto, quod sumtum exigebat; si dicat,  
se hoc coactum minioris vendere, non ideo venditio re-  
scindetur. Dem Euj. stimmt auch Westphal von Rau-  
fe §. 26. bey.

21) Selectar. iuris Quaest. Lib. I. cap. 56.

22) Disceptation iuris. Specim. II. Vitbergae 1792. Nr. I.

6) Wenn der Verleker schon in Voraus seinen Ansprüchen wegen der unmäßigen Verleierung speciell und namentlich entsagte<sup>23)</sup>. Denn jedem, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat, steht es frey, seinen Rechten zu entsagen<sup>24)</sup>. Mehrere Rechtsgelehrten<sup>25)</sup> wollen jedoch einen Unterschied machen, ob der Enttägnde den Werth der Sache gekannt habe, oder nicht. Im letzten Fall halten sie den Verzicht für ungültig, weil man hier annehmen müsse, daß er auf eben dem Irrthum, wie die Verleierung selbst beruhe. Denn eine Enttägung setzt immer eine genaue Kenntniß der zu enttägenden Ansprüche voraus. Hat nun der Enttägnde den Werth der Sache nicht gekannt, so konnte er auch an keine Verleierung denken. Hierzu komme, daß Niemand durch Verzicht bewirken könne, daß kein Dolus prästirt werde<sup>26)</sup>. Dieses würde aber hier geschehen, weil bei einer unmäßigen Lässion

der

**23)** *Io. voet* Comm. ad Pand. h. t. §. 18. *Ant. PABER* de Eri.rib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 8. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 57. *Io. Frid. BOECKELMANN* Cunm. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 9. pag. 629. *Io. Ortio. WESENBERG* Dig. h. t. §. 15. *Thibaut* Syst. des P. R. I. §. 200. lit. C.

**24)** *L. 29. Coz. a. pact. L. 46. D. eodem. L. 14. §. 9.*  
*D. de aedilit. idem, L. 69. D. de div. reg. iur.*

**25)** *Ant. MERENDA* Controvers. iuris Lib. I. cap. 39. *Ant. PEREZ* Praelect. in Cod. h. t. §. 17. *Henr. COCCESI* Diss. de remedio L. 2. C. le resc. vendit. Th. II. *MALBLANG* Princip. iuris Rom. P. III. §. 5c. VI. 6.

**26)** *Arg. L. 27. §. 3. et 4. D. de pac. L. 1. §. 7. D. depositi. L. 27. pr. D. Commod. L. 23. D. de div. reg. iuris.*

her Dolus in der Sache liege<sup>27)</sup>). Allein diese Gründe verlieren ihr Gewicht, wenn man erwägt, daß selbst die Unkunde des wahren Werths der Sache die Absicht zu schenken nicht schlechterdings ausschließt; und daher die Gültigkeit eines solchen Verzichts nicht hindert, der nichts anders, als die Verabredung enthält, daß es bey dem bebungenen Preise schlechterdings bleiben solle, wenn sich's auch ergeben würde, daß eine übermäßige Ungleichheit vorhanden wäre. Warum sollte ein solcher Vertrag unter Personen, welche die freie Disposition über ihr Vermögen haben, nicht verbindlich seyn, sofern demjenigen, zu dessen Vortheil die Begebung geschehen ist, kein Betrug dabei zur Last fällt? Ein solcher Dolus aber ist, wie uns die Kaiser Diocletian und Maximian, als die besten Ausleger ihrer Verordnungen, in der L. 10. Cod. h. t. lehren, nicht nach der quantitate pretii, sondern nach der qualitate facti zu beurtheilen. Und hiermit stimmt auch Papinian überein, wenn er L. 79. D. de div. reg. iur. sagt: *Fraudis interpretatio semper in iure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.*

7) Wenn der Verlehrte ein gewagtes Geschäft auf Gewinn und Verlust schloß. Denn die L. 2. Cod. h. t. setzt den Verkauf einer solchen Sache voraus, deren Werth schon zur Zeit des Contracts eine gewisse Bestimmung hat. Dies fällt aber bey einer emtio spei weg, deren Gegenstand von einer Casual-Bedingung abhängt<sup>28)</sup>). Man wei-

27) L. 36. D. de Verb. obligat.

28) L. 8. §. 1. D. de contrah. emt. L. 11. §. ult. L. 12. D. de act. E. et V. voer Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Gedr.

wendet zwar ein, das Wagen hebe den Begriff einer enormen Verlezung nicht auf<sup>29</sup>). Allein wer wagt, muß den Schaden, den er sich selbst zuzuschreiben hat, mit dem Gewinn compensiren, den er auch wahrscheinlich hätte machen können. Selbst bei Erbheilungen, bei welchen doch die Gesetze die genaueste Gleichheit beobachtet wissen wollen<sup>30</sup>), kommt die Läson nicht in Betracht, si tantum aestimatus sit dubius eventus, wie Paulus sagt L. 23. D. Famil. excisc.<sup>31</sup>). Und dennoch konnten mehrere Rechtsgelehrten<sup>32</sup>) aus eben dieser Gesetzstelle ein Argument hernehmen, daß auch bei der emtio spei die Klage wegen der Verlezung über die Hälfte nicht ausgeschlossen sey.

8) Wenn die Gesetze selbst den Preis bestimmt haben. Dann wird keine Uebertheuerung gestattet<sup>33</sup>).

9) Wenn der verletzte Käufer die Sache willkührlich wieder veräußert, und einem Andern tradiert hat. Hier wird ihm die Klage gegen den Verkäufer darum versagt, weil

Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtematerien. 4. Band. Medic. 217. und WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Suba. II. §. 19.

29) ZICKLER's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 85.

30) L. 3. C. Commun. utriusq. iudic. S. den 11. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 734. S. 103.

31) S. WESTPHAL'S Chst. der Lehre von den einzelnen Bezeichnungen. §. 772.

32) BERGER Ocean. iuris. Lib. III. Tit. 5. Th. 18. Not. 4. in fin. LAUTERBACH coll. th. pr. Pand. h. t. §. 36.

33) S. den 16. Th. 1. Abth. §. 979. dieses Commentars.

weil er durch seine Handlung und frenen Willen das Geschäft in einen solchen Zustand gebracht hat, daß dem Verkäufer die ihm nach dem Gesetz zustehende Wahl nicht mehr übrig ist<sup>34)</sup>). Ob aber endlich

10) das Gesuch um Rescission des Geschäfts auch dann wegfallt, wenn der Verkauf öffentlich an den Meistbietenden durch Zuschlag geschehen ist? ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele<sup>35)</sup> tragen kein Bedenken, diese Frage schlechthin zu bejahen, wenn nur kein Betrug von Seiten des Käntanten erweislich ist. Ihre Gründe sind, weil, der Natur des Geschäfts wegen, immer derjenige Werth als der wahre angesehen werden müsse, welcher

34) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 20. de cocceji iure civ. controv. h. t. Qu. 9. Nr. V. Thibaut Synt. des P. R. i. Th. §. 200. lit. E.

35) CARPZOV Resp. iur. Lib. IV. Resp. 1. BERLICH P. I. Decis. 126. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIII Th. 89. ANT. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. X. Err. 7. et 9. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 277. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 6. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCV. Cor. 1. HOMMEL Rhapsod. Quaestio. in foro quot. obvenient. Vol. IV. Obs. 586. nr. 22. et 23. GE. Christph. GOLLING Diss. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. neque in transact. iudiciali, neque in subhastatione publica admittendo. Altdorfii 1752. Cap. II. §. 7. sqq. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 15. WIEAND Opusc. pag. 228. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 20. Klein's merkwürdige Rechtsprüche der Hall. Juristen-Fakultät 1. B. Nr. XLIV. Girkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 93. f.

cher durch die öffentliche Versteigerung ist ausgemittelt worden. Denn darum werde ja eine Sache subhastirt, ut, quantum fieri potest, pinguorem emtorem inveniat. Wenn daher auf das höchste Gebot der Bussblag geschehen ist, so müsse nach formlichen Recht angenommen werden, die Sache sey so gut an den Mann gebracht, als sie nur immer angebracht werden konnte, und es würde gegen den öffentlichen Glauben streiten, wenn er dem Käufer nicht volle Sicherheit gewährte. Man sucht diese Meinung aber auch noch durch mehrere Verordnungen des Römischen Rechts zu begründen, in welchen gesagt wird, daß ein durch Subhastation geschehener Verkauf weder durch Auctorität eines landesherrlichen Rescripts, noch durch die Rechtswohlthat des minderjährigen Alters, noch aus irgend einer andern Ursach, als wegen Betrugs, rescindit werden, sondern das Eigenthum einer auf diese Weise gekauften Sache bei demjenigen unwiderruflich verbleiben solle, dem dieselbe für das höchste Gebot zugeschlagen worden ist. Diese Gesetze sind

*L. 5. Cod. de fide et iure hastae fiscal. Quae-  
unque pro reliquis prodigorum in annonario  
titulo 36), caeterisque fiscalibus debitibus in quibus-  
cun-*

36) *Reliqua prodigorum in annonario titulo* sind rückständige Lieferungen von allerhand Lebensmitteln zur kaiserlichen Armee. *Prodiga*, sagt Iac. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. Cod. Thead. de fide et iure hastae. lib. X. Tit. 17. sunt, quae pro usu quotidiano prodigi oportet: puta species annonariae, veluti vinum, frumentum, esculenta pollentiae, quae prodiguntur; oder wie Enja; ad L. 5. C. cod. annona militaris, quae in dies prodigenda est. *Annonarius titulus* ist, wie ebenfalls Gothofredus a. D. sagt,

cunque corporibus<sup>37)</sup> sub auctione licitanda sunt, fisco auctore vendantur: *ut perpetuo penes eos sint iure dominii, quibus res huiuscmodi sub hastae solemnis arbitrio fiscus addixerit*, et si quidem unquam, ut a fisco facta venditio possit infringi, auctoritate rescripti fuerit impetratum, nullus obtemperet: cum etiam minoribus, si quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitibus addicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem intercipiatur aetatem.

*L. ult. Cod. Si propter publicas pensitat. vendit. fuerit celebrata. Si quis fundum, vel mancipium (aliamve rem) ob cessationem tributorum, vel etiam ob vestium<sup>38)</sup>, auri argenteique debitum,*  
quae

sagt, quod in annonis et annonariis speciebus fisco penditur. Allein Westphal vom Kauf §. 637. meint, Reliqua prodigorum seyen die Reste derer, welche zur Bestreitung der Abgaben in Getraide und andern Früchten bestellt waren, und unteru gegen den Fiskus gehandelt hatten, oder der Schuldner dieser Abgabe selbst. Die Gothostedische Erklärung nimmt auch BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. Prodigus an.

37) Unter *corpora* werden also hier nicht blos unbewegliche Güter verstanden, sondern auch andere Sachen von Werth.

38) Es ist dies von militärischen Kleidungsstücken zu verstehen, welche gewisse Provinzen in Spanien, besonders die provincia Baetica, an deren Präses diese Constitution gerichtet ist, für Armee liefern mussten. Diese Lieferung hieß daher *Canon vestium*, *L. 2. Cod. Theod. de militari veste*, und die als Tribut zu liefernden Kleidungsstücke selbst wurden *vestes canonicae* genannt. *L. 1. Cod. Th. de distrahan. pignorib. quae tributor. causa tenentur.* S. Iac. co-

*quae annua exactione solvuntur, occupata, con-  
vento debitore, et apud iudicem interpellatione  
celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta di-  
stracta comparaverit, perpetuam emtionis accipiat  
firmitatem.*

*L. 8. Cod. de remiss. pignor.* Si hypothecas  
fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt  
negotium: palam est, etiam actionem suam ami-  
ssisse eos, quam in rem habebant, nam *fiscalis  
hastae fides facile convelli non debet.*

Wie nachtheilig es für Credit und Commerz seyn  
würde, selbst den Minderjährigen gegen einen durch öff-  
fentliche Versteigerung geschehenen Verkauf ihrer Sachen  
die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen,  
lehrten insonderheit *L. 7. §. 8. und L. 24. §. 1. D. de  
minorib.*

Dahingegen seyn es keinem Zweifel unterworfen, daß  
auch fiskalische Subhastationen wegen Betrugs und argli-  
stiger Collusion wieder aufgehoben werden könnten, wie  
folgende Geseßstellen bewiesen.

*L. 3. Cod. de iure fisci.* Si minori pretio,  
quam res est, *aperta fraude emtoris vel gratia,*  
*quae obligata sunt fisco, venierint, aditus Procu-  
rator meus debitam quantitatem inferenti restitui  
ea praedia iubebit.*

*L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscalis.* Du-  
plex ratio desiderium tuum iuvat: et quod prae-  
ter-

THOFREDUS Comment. ad Tit. Cod. Theodos. de militari  
veste Tom. II. Lib. VII. Tit. 5. und Tom. IV. Lib. XI.  
Tit. 9. ad L. 2. cit. pag. 93. der Ritterschen Ausgabe.

termissa hastarum solemnitate possessiones tuas ex officio distractas<sup>39)</sup> suggeris: *et quod pretiis vilitate, ob exiguum debitum, gratiosam emtionem<sup>40)</sup> in fraudem tuam, inutilitatemque rationum mearum, adversarium commentum<sup>41)</sup> fuisse dicis.* Quapropter illicita ista redargue tam indemnitatii fisci consulturus, quam tuae securitati operam latus.

**L. 16. Cod. de rescind. vend.** Si quos debitorum mole depresso necessitas publicae rationis adstringat proprias distrahere facultates: rei qualitas et redditum quantitas aestimetur<sup>42)</sup>, nec sub nomine subhastationis publicae locus fraudibus relinquatur, ut, possessionibus viliore pretio distractis, plus exactor<sup>43)</sup> ex gratia, quam debitor ex pretio con-

39) Dein ohne Subhastation konnte wegen fiskalischer Schulden nicht zum Verkauf geschritten werden. Gesetzt aber auch, es wäre eine Subhastation geschehen, so blieb noch immer der andere Grund übrig, dieselbe anzusechten, nämlich der Betrug des Gegners. S. Westphal vom Kauf §. 20.

40) *Gratiosa emtio* ist ein Kauf, wobei es nach Gunst gieng.

41) *Comminisci* heißt hier soviel als durch List zu Stande bringen.

42) Wenn die Güter derjenigen, die den öffentlichen Eassen schuldig waren, zur Befriedigung des Fiskus veräußert werden sollten, so mußte vor der Subhastation ein Anschlag derselben gemacht werden, damit sie in einem proportioniren Werthe dem Weisbiedenden zugeschlagen werden könnten, und hierdurch aller Betrug auf Seiten derer, welche vergleichene fiskalische Veräußerungen zu besorgen hatten, verhütet würde. S. Westphal a. a. D. §. 19.

43) *Exactores* wurden diejenigen genannt, welche die fiskalischen Forderungen begtrieben, wenn ihnen die Namen der Schuldner den

*consequatur*<sup>44</sup>). Hi postremo sub emti titulo perpetuo dominii iure potiantur, qui tantum adnumerarint fisco, quantum exegerit utilitas privatorum<sup>45</sup>). Etenim periniquum est, ut, *alienis bonis sub*

von dem Tabularius civitatis, vergleichend Listen man breves debitorum nonnate, waren angezeigt worden; dann die Schuldner auspfändeten, und ihr Eigenthum zur Subhastation brachten. Sie hießen auch *Ducenarii*, *Centenarii*, oder *Sexagenarii*. S. L. 1. Cod. Theod. de exactiorib. und Iac. GOTHOFREDI Commentar. in Cod. Theod. Lib. XI. Tit. VII. ad cit. L. 1. Tom. IV. pag. 69.

44) Die Exactores pflegten zuweilen durch Urklist und Collusion mit den Käufern die Güter der Schuldner für einen geringen Preis zuschlagen, so daß der Gewinn für sie dabei oft größer war, als der Preis, der aus dem Verkauf gelöst wurde.

45) Es konnte also auch bei fiskalischen Subhastationen die gänzliche Aufhebung des Geschäfts dadurch abgewendet, und ein unwiederrufliches Eigenthum an den erstandenen Sachen erhalten werden, wenn der Licitant noch soviel nachzahlte, als an dem geschätzten Werthe fehlte. Die Worte: *quantum exegerit utilitas privatorum* beziehen sich auf den proportionirten Werth der Sache, oder wie *IENSIVS* in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 575. diese Worte erklärt, *quantum ista res pro qualitate sua et redditum quantitate vulgo valeret inter privatos*. Einige Rechtsgelehrten behaupten, daß selbst wegen eines erwiesenen Dolus eine Subhastation nicht umgestossen, sondern nur auf Bergütung der Kosten gesetzte werden könne, weil hier der dolus nie causam dans, sondern immer nur *incidens* sey, welcher kein Recht gebe, auf Reisection des Geschäfts, sondern nur auf das Interesse zu klagen. L. 13. §. 4. et 5. D. de act. emt. vend. So HOMMEL Rhapsod. quaestio[n] for. Vol. IV. Obs. 686. nr. 35. und EMMINGHAUS ad Coccoji ius civ. controv. h. t. Qu. XV. not. g.

*sub gratijsa auctione distractis, parum accedat publico nomini, cum totum pereat debitori* <sup>46)</sup>.

So wie nun also von Seiten desjenigen, dessen Güter öffentlich versteigert worden sind, das Gesuch um Rescission des Geschäfts unstatthaft sei, so müsse auf der andern Seite auch der Käufer diesen Rigor gegen sich entscheiden lassen, eben weil er für ihn gelte. Er könne daher nicht restituirt werden, wenn er sich im Ueberbieten vergessen habe, weil er auch den Verkäufer nicht in dem vorigen Stand herstellen kann, wo mehrere Kauflustige die Sache hinaufgetrieben haben.

Andere <sup>47)</sup> hingegen sind der Meinung, daß, aller dieser Gründe ungeachtet, auch Subhastationen wegen einer  
Vers-

46) Der Sinn dieser Worte ist, es sej unbillig, daß durch eine Versteigerung, wobei es blos nach Gunst gieng, der Fiskus nur eine Kleinigkeit auf seine Forderung erhalten, dagegen aber dem Schuldner der ganze Betrag verloren gehe. S. Westphal a. a. D. §. 19.

47) And. FACHINAEUS Controvers. Lib. II. cap. 21. §. Amplius. Ant. PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 19. Ant. GOMEZ Var. Resolut. T. II. Cap. 2. nr. 23. Jo. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. IX. §. 20. Henr. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 95. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. Frid. ES. & PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 78. Westphal vom Kauf. §. 812. und des selben Rechtsgutachten. I. Band Nr. 30. Qu. 3. §. 375. BOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 193g. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien I. B. Medit. 4. Höpfner theor. pr. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 870. Not. 5. Christ. Heintz. Gottl. Kochs Meditationen über die interessantesten Gegenstände

Verlezung über die Hälfte ohne alle Einschränkung umgestoßen werden könnten, wenn nur die Verlezung erwiesen werden könne, es möge ein Betrug dabei vorgegangen seyn, oder nicht. Ihre Gründe sind, 1) die angeführten Gesetze sprächen sämtlich nur von fiskalischen Versteigungen, welche in der römischen Fiskalverfassung ihren Grund hätten, und daher auch keine allgemeine Anwendung fänden, redeten auch von keiner Verlezung über die Hälfte. 2) Die Gesetze, welche wegen einer Verlezung über die Hälfte die Rescission des Contracts gestatten, räumten dieses Recht ganz allgemein jedem Verkäufer ein, ohne dabei auf die Art, wie der Kauf geschlossen worden, im mindesten Rücksicht zu nehmen. So weit sich nun keine begründete Ausnahme von dieser allgemeinen Regel bey Subhastationen nachweisen lässt, sei auch kein Grund vorhanden, bey dieser Art des Verkaufs von derselben abzugehen. 3) Der gesetzliche Grund der Billigkeit trete sogar bey Subhastationen, als beim Privatverkaufe ein. Es kämen auch 4) selbst in den Gesetzen mehrere Beispiele vor, wo Subhastationen wegen einer Verlezung rescindirt worden sind. Bey Minderjährigen sey dies ein ganz gewöhnlicher Fall, und werde auch dafür in den Gesetzen, nämlich L. 7. §. 8. et L. 49. *D. de minoribus* erklärt, aber er sei auch bey den Großjährigen nicht unerhört, wie aus L. 9. *D. h. c.* erhelle, worin *Stavola* sagt: *Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale reipublicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset, paratuui se esse, vectigal exsolvere solidum,*  
quum

quum minore venisset fundus, quam debita summa esset: *Praeses provinciae rescidit venditionem*, eumque restitui iussit Lucio Titio<sup>48)</sup>: quaesitum est, an post sententiam praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emtus esset? respondit, non prius, quam emtori pretium esset illatum, vel, si pretium nondum esset ab emtore solutum, in vectigal satisfactum esset. 5) Sen zwar gewöhnlich derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten, wofür sie öffentlich verkauft worden; doch sen dieß nicht immer der Fall. Denn es geschehe nicht selten, daß bei Subhastationen die Güter in einem zu gerin-

48) Dass hier der Verkauf sub hasta geschehen war, ist wohl nicht zu bezweifeln, weil das Grundstück des Schuldners wegen öffentlicher Abgaben war verkauft worden. Das Eigenthum war auch auf den Käufer übergegangen. Denn sonst hätte nicht die Frage entstehen können, wenn ebe es der Schuldner wieder erwerbe. Er müsste es also durch die Adjudication und erfolgte Uebergabe des Grundstücks an den Licitanten verloren haben. Aus welchem Grunde aber der sub hasta geschehene Verkauf wieder aufgeboben worden seyn, wird hier nicht gesagt. Soviel aber sieht man doch, daß das Grundstück weit mehr müsse werth gewesen seyn, als die Summe betrug, welche der fiskalische Schuldner an Steuern schuldig war. Denn sonst würde er das Grundstück gegen die Entrichtung der Steuern nicht wieder an sich zu bringen verlangt haben. Mehrere Ausleger nehmen daher an, daß der Zuschlag für den zu geringen Preis per sordes et gratiam geschehen seyn müsse. S. Ant. FABER Rational, in Pand. ad h. L. und ULR. HUBER Eudom. Rom. ad h. L. pag. 686. sq. Scavola konnte freilich darüber hinausgehen, da über die Rechtmäßigkeit der Rescission kein Streit war. S. Westphal vom Kauf. §. 610.

geringen Preise losgeschlagen würden, weil es an Kauflustigen fehlt, oder auch der Zuschlag, welcher noch hätte ausgesetzt werden sollen, zu schnell erfolgte<sup>49)</sup>). Es kommt also alles darauf an, ob derjenige, welcher sich des Rechts mittels der L. 2. Cod. de resc. vend. gegen eine Subhastation bedienen will, eine Verlezung über die Hälfte erlitten zu haben, wirklich beweisen könne.

Viele<sup>50)</sup> unterscheiden endlich zwischen einer nothwendigen und freywilligen Subhastation, und lassen zwar bei dieser, nicht aber bei jener die Rescission wegen einer enormen Verlezung zu. Die Gründe in Ansehung der nothwendigen Subhastation sind die nämlichen, welche auch die erstere Meinung für sich anführt. Bei der freywilligen Subhastation hingegen soll Rescission wegen einer Verlezung über die Hälfte darum statt finden, weil diese nach den Grundsätzen eines jeden andern Verkaufs zu beurtheilen sey, indem sie lediglich von dem Willen des Verkäufers abhänge, mithin jene Gründe, welche bei

49) Man führt hier zur Bestärkung die L. ult. Cod. de iure dominii impetr. L. 16. C. de resc. vend. und L. 2. C. de iure et fid. hastae fisc. an.

50) PINELUS Comm. ad L. 2. C. h. t. P. II. cap. II. nr. 26. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. PHILIPPI de Subhastation. Cap. IV. Comm. 22. nr. 18. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18 not. 4. Lüd. MENCKE Disp. de rescissione emtionis venditionis per subhastationem factae ob laesionem ultra dimidium ex L. 2. C. de resc. vendit. Lipsiae 1686. Cap. II. §. 17. sqq. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. pag. 309. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551.

bey der ersten Art der Subhastation Statt hätten, hier meistens heils wegfielen.

Unter diesen verschiedenen Meinungen ist wohl die letztere am wenigsten begründet. Kann eine freiwillige Subhastation wegen einer Verlehung über die Hälfte angefochten werden, warum nicht auch eine nothwendige? da erste blos das Beste des Verkäufers, letzte aber zugleich das Beste der Gläubiger, welche unter dem zu geringen Zuschlag der Güter beym Concurs nicht minder leiden, zum Zweck hat. Ist hingegen die Aufhebung einer nothwendigen Subhastation für den öffentlichen Credit nachtheilig, so ist es gewiß eine freiwillige nicht minder. Prüft man die Gründe aller drey Meinungen unparthenisch, so hat wohl die zweite das Meiste für sich, nach welcher auch die Praxis spricht<sup>51)</sup>). Denn daß öffentliche Versteigerungen nicht immer der sicherste Weg sind, den wahren und eigentlichen Werth einer Sache auszumitteln, wird in den oben angeführten Gesetzen selbst anerkannt, welche die Rescission einer Subhastation wegen zu geringen Preises billigen, sey es auch, daß dort ein Dolus daran Schuld gewesen

51) *S. Iust. Henn. BOEHMER Consultat. et Precision. iuris Tom. II. P. I. Decis. 365. Dav. Ge. Gruben rechtliche Bedenken 5. Th. Ged. 69. Dav. MEWIS Decision. Tom. II. P. VII. Dec. 206. Frid. Es. a FUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 78. Fried. von Bülow's und Theob. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. IV. Band. Erdt. 43. Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechtes. 1. Band Nr. 30. S. 376.*  
*Glucks Erläut. d. Pand. 17. Th.* G

gewesen wäre<sup>52)</sup>). Diese Gesetze beweisen wenigstens auf jeden Fall, daß Subhastationen an sich nicht wider jede mögliche Verlezung schützen. Ueberhaupt aber können die Verordnungen der Christlichen Kaiser vor Justinian hier gar nicht zur Entscheidung dienen, weil durch dieselben die *L. 2. Cod. de rest. vendit.* war aufgehoben, und zum Rechtsatz angenommen worden, daß aus dem Grunde des zu geringen Kaufpreises ein sonst gültig abgeschlossener Kauf nicht solle angefochten werden können<sup>53)</sup>). Nachdem aber Kaiser Justinian die Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian wieder hergestellt, und in seinen Codex (*L. 2. et 8. h. t.*) aufgenommen hat; müssen sie schlechterdings als allgemeine Verordnungen gelten, und können daher um so weniger blos auf den Privatverkauf eingeschränkt werden, als derselbe Grund der Billigkeit auch bei einer öffentlichen Versteigerung, sie sey eine nothwendige oder freywillige, eintritt. Der Grund einer erweislichen enormen Verlezung ist dann gewiß auch immer ein so erheblicher Grund, daß dagegen der Einwurf, es sey doch eine Sache von schädlichen Folgen, wenn ein sub hasta geschlossener Kauf unter allerhand Vorwand wieder aufgehoben werden könnte, in keine Betrachtung kommen kann. Denn sonst dürfte ja eine Subhastation nie angefochten werden, und das kann doch wohl die Mei-

52) *L. 9. D. L. 16. Cod. h. t. L. 3. Cod. de iure fisci.  
L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscal.*

53) *L. 1. L. 4. et L. 7. Cod. Theod. de contrah. emt.*  
Siehe oben S. 25. ff. und von Lohr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der röm. Kaiser von Constantinus I. bis auf Theodosius II. und Valentinianus III. Weeglarz 1811. S. 18. Not. 2.

Meinung des Gesetzgebers nicht seyn, wenn er sagt: *Fiscalis hastae fides FACILE convelli non debet*<sup>54)</sup>. Aus diesen Gründen erkannte denn auch das hiesige Spruch-collegium in Sachen des Curators der abwesenden Wilhelmine Jungblutin Imploranten, wider den Bürger Johann Georg Salterbach zu Hachenburg Imploranten, die Beschwerde des erstern wegen eines von dem Stadtgericht in einem zu geringen Preise dem Letztern zugeschlagenen, und zur Jungblutischen Massa gehörigen Scheuer-Gebäudes betreffend, im Jahr 1790. für Recht; daß bewandten Umständen nach der Kauf über das Jungblutische Scheuer-Gebäude wieder aufzuheben, und daher Implorat, wosfern er dem Imploranten den Mangel des wahren Werths zu ersehen nicht Willens wäre, das genannte Grundstück zur Jungblutischen Massa, gegen Rücknahme des dafür bezahlten Kaufgeldes, wieder abzutreten schuldig sey. Der Implorat hatte nämlich das Grundstück als Meistbietender für 205 Thaler erstanden, nach der gerichtlich veranstalteten Taxation aber war es wenigstens 487 Thaler werth. Nach den Verordnungen dr L. 2. et 8. Cod. h. t. ist nun einmal, wie Carl Aug. Ritter<sup>55)</sup> ganz richtig sagt, das iustum pretium.

G 2

wel-

54) L. 8. Cod. de remiss. pignor.

55) Specim. demonstrationis iurid. qua nonnulli casus et iura notabiliora in materia subhastationum ut et creditorum concursu obvenientia, et Ictōr nostri seculi dissensu hactenus plane ambigua, ex genuinis certis et adaequatis principiis ratiocinando terminantur. Lipsiae 1739. §. 27. Man sehe auch nach Leonh. CARLIER, oder Io. Christ. Ios. Franc. Ignat. UNGER Diss. de rerum publicar. ac privatuarum possessionibus et publicis venditionibus. Heribpoli 1748. Cap. III. §. 4.

welches ein gesetzliches Verhältniß mit der verkauften Ware beobachtet, ein naturale requisitum eines jeden Kaufs, was nur durch ein pactum contrarium abgesändert werden kann. Bey Subhastationen ist ein solches pactum nicht anzunehmen, am wenigsten bey nothwendigen; und selbst die Adjudication schließt jenes naturale requisitum nicht aus, und dieß um so weniger, weil ja die Subhastationen gerade zu dem Zweck geschehen, um dadurch den höchst möglichen Werth der Sache auszumitteln. Ist nun das Gegenthell erweislich, was ist wohl noch für ein Grund übrig, warum es hier anders, als bey einem Privatkaufe, seyn sollte?

Darin sind jedoch alle Rechtsgelehrten einverstanden, daß das Rechtsmittel der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* durch eine blos gerichtliche Bestätigung des Contracts nicht ausgeschlossen werde. Denn solche Bestätigungen geschehen ja auf den bloßen Antrag der Interessenten, ohne vorgängige Untersuchung, unter der gewöhnlichen Clausel, sofern der Contract an sich zu Recht bestehen kann. Die Rechte der Parteien bleiben dabei ungekränkt, wenn auch ohne das richterliche Dekret der Verkauf nicht hätte geschehen können<sup>56)</sup>). Ob aber das Geschäft auch dann noch ange-

sochten

56) Arg. *L. II. Cod. de praed. et aliis reb. minor. sine  
decr. n. alien plus Comm.* ad L. 2. Cod. h. t. P. II.  
Cap. 2. nr. 21. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand.  
h. t. §. 33. WERNHER select. Observat for. T. I. P. V.  
Obs. 234. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim.  
CCV. medit. 10. Struben rechtliche Bedenken 5 Band  
Beb. 137. Sam. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11.  
Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III.  
Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 22.

## De rescindenda venditione, et quando etc. 101

sochten werden könne, wenn es eidlich bekräftigt worden, ist streitiger. Nach der gemeinen Meinung wird diese Frage verneinet, weil nach der Vorschrift des Canonischen Rechts jeder Eid gehalten werden müsse, der nicht zum Nachtheil der Seeligkeit gereicht<sup>57)</sup>). Jedoch wollen einige den Fall ausnehmen, wenn die Verlehung eine laesio enormissima ist<sup>58)</sup>). Andere<sup>59)</sup> hingegen sind der bejahenden Meinung, weil der Eid auf einem Irrthume beruhe, wenigstens ein solcher bey einer erweislichen enormen Verlehung zu vermuthen sey, und der Eid eine Ungerechtigkeit mit sich führen würde, wenn er gehalten werden müsste. Der Schwörende könnte also um Relaxation des Eides bitten, und dann auf Rescission des Geschäfts flagen. Noch andere<sup>60)</sup> halten nicht einmal eine Absolution für nöthig. Endlich wollen einige<sup>61)</sup> dem Eide die Wirkung beilegen, daß

57) PINELUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. Part. III. Cap. 2.  
WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 201. sqq. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 88. not. y. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 48. not. 9. Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et Q. 32. Mich. God. WERNHER Diss. de laesione enormi §. 47. u. a. m.

58) FRANTZKIUS Resolut. iur. civ. Lib. I. Resol. IV. nr. 25. et 31. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 58.

59) Ant. MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 40. Andr. FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 17. Henr. cocceji Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 10.

60) And. GAILL Practicar. Observat. Lib. II. Obs. 147. nr. 10. Chibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 266.

61) Dies ist die Meinung des Balbus, Felinus, Albertius, Catellianus Cotta, Socinus und mehrerer dts. teret

dass zwar nicht auf Rescission des Geschäfts, wohl aber auf Vergütung der Lässion geklagt werden könne. Die Frage ist eigentlich nach den Grundsätzen von der Wirkung eines promissorischen Eides bey rechtlichen Geschäften zu beurtheilen. Nun kann zwar der Eid an sich die rechtliche Natur der Verbindlichkeit nicht ändern<sup>62)</sup>, es lässt sich auch nicht behaupten, dass derselbe die Kraft einer speciellen Entzagung des Rechts, wegen einer erlittenen unmäßigen Verlehung zu klagen, habe, wie Berger behauptet; denn die von ihm angeführte *L. 77. S. 23. D. de legat. II.* redet blos von einer Fideicommissauflage, welche den Erben, der Ungültigkeit des Testaments ungedacht, dennoch verbinden soll, wenn er zugleich Intestaterbe ist, und der Erblosser ihn beschworen hat, das Vermächtnis auszuzahlen<sup>63)</sup>). Allein das Canonische Recht hat nun einmal zum Gesetz gemacht, *servanda esse iuramenta, sine vi et dolo, sponte praestita, quae in alterius praeiudicium non redundant, nec observata vergunt in dispendium salutis aeternae*<sup>64)</sup>). Es erklärt diesem Grundsatz zu Folge Geschäfte, die wegen bürgerlicher Mängel ungültig sind, und angefochten werden können, für gültig<sup>65)</sup>). Sofern dieser Grundsatz noch bis jetzt

terer Rechtsgelehrten, welche aber schon *Pinel a. a. O. nr. 5.* widerlegt hat. Man sehe auch *BACHOV ECHT Not. et Animadversion. ad Treutlerum Vol. II. Disp. II. Thes. XI. lit. E. Verb. Adeo ut ne quidem. pag. 99.*

62) S. den 4. Th. des Commentars §. 348.

63) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1364.

64) *Cap. 28. X. de iure iuri. Cap. 2. de pact. in 6to.*

65) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 16. S. 61. ff. der 2. Aufl.

jetzt, selbst in den Protestantischen Gerichten, gilt, wird also auch wohl die erste Meinung den Vorzug behaupten<sup>66</sup>), obwohl nach theoretischen Gründen die dritte Meinung für die richtigere zu halten ist.

Eben so sehr wird darüber gestritten, ob der Verkauf einer Erbschaft wegen einer enormen Verlezung angefochten werden könne? Ist die Erbschaft, als eine solche, das heißt, als eine universitas iuris, verkauft worden, so lässt sich eine Verlezung über die Hälfte nicht denken<sup>67</sup>). Denn diese kann nur bey Sachen Statt finden, welche einen bestimmten Werth haben. Diesen haben nun zwar einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, aber auf diese kommt es nicht an. Daher steht auch der Verkäufer einer Erbschaft nicht für die Entwährung einzelner Sachen<sup>68</sup>). Allein die Erbschaft, als ein ideales Ganzes, hat keinen bestimmten Werth. *Hereditas enim iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit. Hereditatis appellatio itaque sine dubio continet etiam damnosam hereditatem*<sup>69</sup>). Der Verkäufer braucht also hier keine bestimmte Quantität zu gewähren. Er

66) BOEHMERI ius. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 29.

67) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. Cap. 57. Verb. *Atque hanc eandem ob causam. Besonders Melch. Gottl. BESEKE de alienatione hereditatis. (Halae 1774. 8.) Cap. X. §. 135.*

68) L. 2. pr. D. de heredit. vel act. vend. L. 1. Cod. de evicition. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 4. §. *Vult igitur. Oper. T. II. p. 401. BESEKE cit. lib. §. 134. und Westphal vom Kauf. §. 874.*

69) L. 119. L. 178. §. 1. D. de Verbor. Significat.

Er liefert die Erbschaft dem Käufer aus, wie sie ist, sie sey beträchtlich oder unbeträchtlich. Paulus giebt dieses deutlich zu erkennen, wenn er *L. 14. §. 1. D. de hered. vel act. vend.* sagt: *Si hereditas venierit, venditoris hereditarias tradere debet. Quanta autem hereditas est, nihil interest.* Ein Anderes wäre, wenn die Erbschaft nach einem Inventarium verkauft worden, wo durch der Käufer bestimmt wurde, mehr dafür zu geben, als er sonst gegeben haben würde. Hier muß der Verkäufer gewähren, was er versprochen hat, weil sonst der Käufer betrogen wäre. Diese Ausnahme enthält *L. 15. D. eodem*, wo Cajus sagt: *Nisi de substantia eius afflumaverit, das heißtt, wie es Anton Faber<sup>70)</sup> erklärt, nisi dixerit venditor nominatim hereditatem in his et in illis corporibus aut iuribus consistere. Quo casu id ipsum, quod promisit, praestare debet: Quia nollioquin decipiatur emitor, qui ex comparatione ratiuum a venditore affirmatarum pretium hereditati constituit, longe minori pretio emiturus; si venditor nihil de substantia hereditatis affirmasset<sup>71)</sup>.* Demohngesachtet sind mehrere Rechtsgelehrten<sup>72)</sup> anderer Meinung. Sie glauben, daraus, daß der Verkäufer die Erbschaft nur so prästiren dürfe, wie sie ist, folge nicht, daß sich

70) Rational. in Pand. ad L. 15. D. de heredit. vel act. vendita.

71) *L. 9. pr. et §. 1. D. de dolo malo. L. 39. D. de act. emti et vend.*

72) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. LEYSEI Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCV. med. 4. Sam. & COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

der Käufer nicht über Lässion beschweren könne. Allein die Quantität einer gekauften Erbschaft steht in derselben Kategorie, wie die Güte einer verkauften Schuld-Forderung. Letztere prästirt der Verkäufer so wenig, wie die erstere, sofern ihm nur kein Dolus zur Last fällt, und auch durch Vertrag nicht etwas Anders bestimmt worden ist<sup>73)</sup>). Ist nun von Seiten des Verkäufers keine Verbindlichkeit zur Entschädigung vorhanden, wie kann auf Seiten des Käufers ein Klagerecht Statt finden? Nach diesen Grundsätzen erkannte auch das Königl. Preuß. Tribunal zu Berlin<sup>74)</sup>.

S. 1031.

Wirkungen der Rescission wegen enormer Verlezung.

Die Wirkungen der Rescission wegen einer Verlezung über die Hälfte sind verschieden; je nachdem der Gegenstand der Verlezung noch vorhanden ist, oder nicht mehr existirt. Im ersten Falle müssen beyde Theile sich das Empfangene zurückgeben, also der Käufer die Sache, und der Verkäufer das Kaufgeld. Ob auch die unterdessen genossenen Vortheile, nämlich Früchte und Zinsen, der Restitution unterworfen, oder nicht vielmehr gegen einander zu compensiren sind, ist nicht entschieden. Viele<sup>75)</sup> behaupt-

73) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1023.

74) S. HYMMENS Beyträge zur iurist. Litteratur in den preuß. Staaten. 5. Sammlung S. 122.

75) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Aut. FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 50. Casp. ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimidium. Th. 34. LEYSER Meditat. ad Pand.

behaupten das Letzte, weil die Gesche der Früchte und Zinsen nicht gedenken, überdem der Käufer bis zur Rescission des Geschäfts wahrer Eigenthümer der Sache gewesen, und, als solcher, die Früchte derselben genossen habe, wegen der hier allenfalls eintretenden Ungleichheit aber dem Verkauften zur Last falle, daß er nicht früher geklagt hat. Hierzu kommt, daß der Käufer die Gefahr der Sache trage, billig gehörten ihm also auch die Früchte derselben. Die Rescission geschehe ferner hier immer nur ex nunc, und nicht ex tunc, und ein Verzug auf Seiten des Beklagten lasse sich nicht eher gedenken, als von Zeit des erhobenen Prozesses an. Allein die das Gegentheil behaupten<sup>76)</sup>, wenden dagegen ein, durch die Rescission werde alles in den vorigen Stand gebracht. Also müsse auch die Sache mit den Früchten, und das Kaufgeld mit den genossenen, oder zu erheben gewesenen Zinsen restituirt werden,

Pand. Vol III. Specim. CCV. medit. 9. PINELUS Comm. cit. P. II. Leg. 2. Cap. 4. nr. 2. sqq. Ant. MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 46. Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 6. WALCH Introducet. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. II. §. 29. GREGEL Specim. de remedio L. 2. C. de resc. vend. §. 21. Westphal vom Kauf §. 804. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. I. B. Medit. 29. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1938. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. u. a.

76) Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. ult. Io. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 102. Henr. COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. Thes. 6. Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. et 27. Thiobaut Syst. des Pand. Rechts I. B. §. 199. SCHWEPPÉ Rom. Privatrecht. 2. B. §. 395.

den, so weit nicht deshalb eine verhältnismäßige Compensation statt findet<sup>77)</sup>). Eine gänzlich Compensation der Früchte mit den Zinsen des Kaufgeldes erlaube aber die hier vorhandene Ungleichheit des Empfängenen nicht. Das Gesetz gedenke freylich der Früchte so wenig, wie der Zinsen. Allein die Ausdrücke *pratum restituere*, et *fundum recipere*, begriffen diese Wirkung nach der eigenen Erklärung der Gesetze unter sich. Cum enim verbum *restituas* lege invenitur, sagt Paulus L. 173. §. 1. *D. de div. reg. iuris*, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam *fructus* sunt restituendi. Eben dieses bestärkten auch die L. 22. 35. 75. und L. ult. §. 1. *D. de Verb. Signif.* L. 38. §. 4. *D. de Usuris et fruct.* Von den Zinsen aber sage Ulpian L. 34. *D. eodem: vicem fructuum obtainent, et merito non debent a fructibus separari.* Ueberhaupt seyn das Verhältniß der Contrahenten unter einander hier nach den Grundsäcken der *actio redhibitoria* zu bestimmen<sup>78)</sup>). In der Theorie verdient diese letztere Meinung allerhand den Vorzug. Denn man kann hier nicht sagen, der Verlehrte leide den Schaden wegen der Ungleichheit der Compensation durch seine Schuld, daß er nicht früher geflagt habe, weil er nicht früher zu flagen schuldig war. Eher könnte man es dem Beklagten zur Last legen, daß er nicht den ihm offen gestandenen andern Weg, nämlich

77) L. 23. §. 2. L. 28. §. ult. D. Ex quib. caus. maior. L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. D. de minorib. L. 40. §. 1. D. eodem. L. 1. Cod. Si maior factus alienat. factam sine decreto ratam hab.

78) L. 23. §. ult. L. 27. L. 43. §. 5. D. de aedilit. edict.

lich die Vergütung der Läsion, einschlug, und dadurch die ganze Rescission abwendete. Daß der Käufer die Gefahr trägt, kann ihn auch von der Restitution der Früchte nicht befreien, wenn der Kauf rescindirt wird. Denn auch bey der addictio in diem geht die Gefahr auf den Käufer über. Er bezieht auch als Eigenthümer die Früchte; allein meldet sich ein besserer Käufer, dessen Bedingungen der erste Käufer nicht erfüllen will, so muß er alle gezogenen Nutzungen dem Verkäufer zurückgeben<sup>79)</sup>. Dies ist eine ganz natürliche Folge einer jeden Rescission. Dennoch ist jene erstere Meinung die in der Praxis allgemein herrschende. Auf jeden Fall kann jedoch der Käufer die nothwendigen und nützlichen auf die Sache selbst verwendeten Unkosten abziehen. Die Kosten hingegen, die er blos zu seinem Vergnügen aufwandte, kann er nur wegnehmen, soweit es, ohne die Sache selbst zu verderben, geschehen kann<sup>80)</sup>. Hiernach ist denn auch die Frage zu entscheiden, ob die von dem Käufer einem Dritten auf der Sache gegebene Hypothek erlösche, oder gültig bleibe? Schon Baldus und Bartolus stritten darüber. Erster vertheidigte die fortdauernde Gültigkeit der Hypothek, welche letzterer in Zweifel zog. Beide haben wichtige Anhänger gefunden. Auf der Seite des Bartolus stehen Jac. Cujacius<sup>81)</sup>, Anton Merenda<sup>82)</sup>, Anton Gaber<sup>83)</sup>, Rein-

79) L. 2 §. 1. L. 3.. L. 6. D. de in diem addict.

80) PINELUS ad L. 2. P. II. Cap. 3. nr. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 50. et 54. Henr. COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. h. t. Th. 6. in fin.

81) Observation. Lib. XXIV. cap. 36.

82) Controv. iur. Lib. I. cap. 45.

83) De erroribus Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 2.

Reinhard Bachov<sup>84</sup>), Arnold Vinnius<sup>85</sup>), Laus-  
terbach<sup>86</sup>), Georg Franzke<sup>87</sup>), Anton Schul-  
ting<sup>88</sup>), Westphal<sup>89</sup>) und a. m. Dem Baldus fol-  
gen Pinel<sup>90</sup>), Fackinaus<sup>91</sup>), Negusantius<sup>92</sup>), Sa-  
muel von Cocceji<sup>93</sup>) und andere. Ich trage kein Be-  
denken, auf die Seite der ersten zu treten. Denn ohne  
Zweifel war der Käufer, als wahrer und vollkommener  
Eigenthümer, eine solche Hypothek auf der Sache zu be-  
stellen besugt. Nun geschieht hier die Rescission nicht  
ipso iure, weil der Käufer das Eigenthum unbedingt  
erworben hat, und die Aufhebung des Contracts durch  
Vergütung der Lässion abwenden kann. Will er dieses  
nicht, sondern giebt die Sache zurück, so geschieht auf  
Seiten des Verkäufers eine neue Erwerbung des Eigens-  
thums. Hier findet also die Regel nicht statt: *resolutio*  
*iure constituentis, resolvitur etiam ius ab ipso con-*  
*stitutum.* Denn diese Regel findet nur dann ihre Anwen-  
dung, wenn der Constituent entweder kein vollkommenes  
Eigenthum, oder das Eigenthum nur unter einer *resolutio*  
ven

84) Tr. de pignorib. Lib. V. cap. 13. §. 6.

85) Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 5.

86) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 51.

87) Commentar. in XXI. libros Pand. Lib. XX. Tit. 6. nr.  
154. sqq.

88) Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 7.

89) Vom Kauf §. 804. und Dessen Pfandrecht §. 245.

90) Comm. cit. P. II. Cap. 3. nr. 11.

91) Controv. iuris Lib. II. cap. 33.

92) De pignoribus. P. V. membr. I. nr. 43.

93) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25.

ven Bedingung erworben hatte. Hatte hingegen der Käufer, wie in dem gegenwärtigen Falle, ein unwiederrufliches Eigenthum erworben, welches wider seinen Willen nicht von dem revocirt werden konnte, von welchem es auf ihn war übertragen worden, so bleibt das auf der Sache einem Dritten ertheilte Pfandrecht gültig<sup>94)</sup>). Es kann jedoch der Verkäufer von dem Käufer mit Recht verlangen, daß er die Sache von der Pfandbeschwerde befreie. Deswegen bleibt ihm der Käufer auch noch nach der Zurückgabe mit der actio venditi verpflichtet, und er kann deshalb von ihm Cautionsleistung fordern<sup>95)</sup>). Hat der Verkäufer das Kaufgeld noch nicht zurückgegeben, so kann er auch soviel davon zurück behalten, als zur Bezahlung der Pfandschuld erforderlich ist<sup>96)</sup>). Es ist hier gerade eben so, wie bey der Redhibition einer fehlerhaften Sache, von welcher Ulpian sagt *L. 4. pr. D. Quib. mod. pignus solv.* Si debitor, cuius res pignori obligatae erant, servum, quem emerat, redhibuerit, an desinat Serviana locus esse? et respondet, *magis esse*, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum sit. Mit ihm stimmt auch Paulus überein, welcher *L. 43. §. 8. D. de aedilitio Edicto* lehrt: *Pignus manebit obligatum,*

94) Man sehe hier vorzüglich *Christ. Gottl. GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit.* (*Ulmæ 1778.*) §. 6.

95) *L. 21. §. 1. D. de aedilit. Edicto.*

96) Man vergleiche hier *Io. Paul TRUMMER Disput. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentia.* *Lipsiae 1741.* Cap. III, §. 29 — 31.

gatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset. Diesem ist auch nicht entgegen, was eben dieser Paulus an einem andern Orte sagt. *L. 60. D. eodem:* Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit. Denn dieser Ausspruch bezieht sich blos darauf, daß nach erfolgter Aufhebung des Contracts beyde Theile sich das Empfangene restituiren müssen, mit allem, was dazu gehört, eben so, als wenn kein Kauf wäre geschlossen worden, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, wie Ulpian sich hierüber *L. 23. §. 1. D. eodem* erklärt, quam haberet, si emtio facta non esset. Hiermit fällt nun auch der von Johann Voet<sup>97)</sup> gemachte Unterschied, ob der Verkäufer, oder der Käufer der verlebte Theil sey, und deswegen aus der *L. 2. C. h. t.* auf Rescission des Contracts klage, als an sich ungegründet, hinweg. Er behauptet, daß in dem ersten Falle die Sache dem Verkäufer frey und ohne alle Beschwerung zurückgegeben werden müsse, weil hier die Aufhebung des Contracts nicht von dem freyen Willen des Käufers abhänge, sondern derselbe vielmehr von dem Verkäufer durch seine Klage gendächtiget werde, den Contract aufzugeben, wosfern er nicht das Fehlende an dem Kaufschilling ergänzen wolle. Wenn hingegen der Käufer selbst, welcher die Hypothek bestellt hat, wegen einer enormen Verlelung auf die Aufhebung des Contracts klage, so geschehe dieses durch eine freywilsigen Entschließung desselben, und hier bleibe daher das Pfandrecht, eben so, wie bey der Redhibition einer fehler-

97) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 6. §. 9.

lerhaften Sache, gültig, weil hier die Sache cum sua causa auf den Verkäufer übergehe. Allein daß hier der Unterschied, ob die Rescission des Contracts aus freyer Entschließung des Käufers, oder wider desselben Willen geschehe, auf die Fortdauer oder Erlöszung der Hypothek gar keinen entscheidenden Einfluß habe, ist schon von Vinnius<sup>98)</sup> und vorzüglich von Faber<sup>99)</sup> so einleuchtend erwiesen worden, daß diese Meinung gar keiner weiteren Widerlegung bedarf. Ich gehe also zu dem Fall über, wenn der Gegenstand der Verlehung bey dem Käufer nicht mehr vorhanden ist. Es lassen sich hier wieder zwey Fälle gedenken.

1) Der Käufer hat die Sache an einen Dritten veräußert. Daß hier dennoch der verlehte Verkäufer von dem Käufer noch immer Entschädigung fordern könne, wenn die Veräußerung arglistig, um den Ansprüchen des Verkäufers auszuweichen, und diese dadurch zu vernichten, geschehe, leidet keinen Zweifel. Denn die Regel dolus pro possessione est<sup>100)</sup>, findet auch bey persönlichen Klagen Statt. Aber streitiger ist es, ob die Entschädigungs-Forderung des Verkäufers auch in dem Falle begründet sey, wenn die Veräußerung in gutem Glauben geschehe? Peter von Coullieu<sup>101)</sup> läugnet dies schlechterdings,

98) Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 5.

99) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 2.

100) L. 131. D. de div. reg. iur. S. den 6. Th. dieses Commentars und dessen 1. Abth. §. 474. S. 62.

101) Diss. de usu remedii L. 2. Cod. de resc. vend. re alienata vel extincta; in EIUS Collectan. iur. civ. Diss. XII. §. 10. pag. 338. sqq.

dings, weil der Käufer nun die Sache nicht mehr restituiren könne, zu deren Veräußerung er als Eigenthümer berechtiget war. Die Behauptung des Gegentheils würde auch für die Sicherheit des Handels und Gewissheit des Eigenthums nachtheilige Folgen haben. Dahingegen behaupten andere<sup>2)</sup>), der Verkäufer könne wenigstens immer noch auf Ergänzung des wahren Werths klagen. Denn der Käufer, auch abgesehen davon, daß er durch sein eigenes Factum das Vermögen zur Restitution der Sache verloren habe, sei alternativ zur Ergänzung des wahren Werths, oder zur Restitution der Sache verbunden. Es trete also hier die Regel ein, die bey alternativen Verbindlichkeiten gilt, daß wenn auch dem Schuldner das Eine zu leisten unmöglich geworden, er dennoch zur Leistung des Andern verbunden bleibe. Heinrich von Cocceji<sup>3)</sup> verwirft zwar diesen Grund mit Recht, welcher auch Tonlieu<sup>4)</sup> sehr ausführlich widerlegt hat, stimmt aber doch jener Meinung aus dem Grunde bey, ne suo facto, etsi alia nulla eius culpa sit, alii noceat, welches die Gesetze<sup>5)</sup> nicht erlaubten. Ja er geht noch weiter. Er glaubt ohne Bedenken behaupten zu können, daß der Käufer, durch die Aufhebung des Contracts, auch die Ver- äusse-

2) PINELUS Comm. ad L. 2. P. II. Cap. 4. nr. 29. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 131. nr. 5. sqq. u. a. m.

3) Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione. Trajecti ad Rhen. 1689. Seet. II. §. 9.

4) Cit. Diss. §. 14. sqq. pag. 339. sqq.

5) L. 155. D. de div. reg. iur. L. 25. §. 2. in fin. D. ad SCutum Trebell.

äußerung rescindiren, und hierdurch dem Verkäufer das Eigenthum, und mit demselben auch zugleich die Reivindication gegen den dritten Besitzer wieder herstellen könne, eben so, als wenn gar keine Veräußerung geschehen wäre. Denn so sey es auch bey den prätorischen Restitutionen. Eben diese Meinung hat auch Samuel von Cocceji<sup>6)</sup> zu der seinigen gemacht. Allein selbst prätorische Restitutionen haben nicht immer die Wirkung, daß dadurch Geschäfte rescindirt werden, welche mit einem Dritten geschlossen worden sind<sup>7)</sup>; um wie viel weniger kann eine so folgenreiche Wirkung einem blos aus dem Grunde der Willigkeit zugelassenen Rechsmittel beigelegt werden, welche das Gesetz durchaus nicht kennt<sup>8)</sup>). Ueberhaupt fällt alle Restitution weg, wo Niemand vorhanden ist, der sich entweder gegen die Willigkeit mit dem Schaden des Andern, dem keine Schuld zur Last fällt, zu bereichern sucht, oder sich einer Arglist oder Ungerechtigkeit schuldig gemacht hat, welche nach Recht und Willigkeit nicht ungestraft bleiben kann<sup>9)</sup>). Nach dieser Ansicht kann also im Falle einer geschehenen Veräußerung des Objects der Verlegung nur dann eine Entschädigungsforderung statt finden, wenn sich der Käufer entweder dadurch arglistig des Besitzes der Sache zu entäußern suchte, um die Ansprüche des Verkäufers zu vereiteln, oder durch die Veräußerung wirklich bereichert worden ist<sup>10)</sup>).

2) Wie

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

7) S. meine Opuscula iurid. Fasc. II. pag. 283. sqq.

8) EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. p. pag. 424.

9) S. meine Opuscula a. a. D. pag. 291.

10) L. 14. L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. D. de conduct. indeb. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 19. Pet. de TOULLIEU Collectan. iur. civ. Diss. XII. §. 20.

2) Wie wenn aber die Sache bey dem Käufer durch Zufall zu Grunde oder verloren gegangen seyn sollte? Hier lassen sich zwey Fälle gedenken. a) Der Verkäufer ist der verlorne Theil. Dann fällt aller Anspruch weg, wenn die Sache ohne Arglist des Käufers verloren, oder untergegangen ist<sup>11)</sup>. Denn der Verkäufer kann nur Aufhebung des Geschäfts verlangen. Der Käufer ist also nur zur Restitution der Sache verbunden. Von dieser Verbindlichkeit wird er aber durch den Untergang der Sache befreyet<sup>12)</sup>. Der Verkäufer kann daher nun auch nicht einmal mehr Ergänzung des wahren Werths fordern. Denn deshalb findet keine besondere Klage statt. Supplementum enim pretii non est in actione, sed solutione, quae e lege tribuitur. Es gilt also hier, was Ulpian L. 6. §. 1. *D. de re iudic.* von einer gleichartigen Klage sagt: At iudicium solius noxae deditio-  
nis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo iudicati in decem agitur. His

§ 2

enim

11) *S. Henr. cocceji Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione.* Sect. II. §. 8. *Pct. de TOULLIEU cit. Diss. de usu remedii* L. 2. Cod. de resc. vend. re alienata vel exticta. § 21—23. in *Collectan.* pag. 246. sqq. *Hub. CIPHANIUS Explanat.* difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. verb. *Ait Lex vel si emtor elegerit.* pag. 319. *Hug. PONELLUS Comm.* ad L. 2. Cod. h. t. nr. 14. in fin. *Io. VOET Comm.* ad Pand. h. t. §. 19. *STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII.* Th. 90. *Steph. Sigism. WLOEMEN Disp. de laesione ultra dimidium perempta re ab emtore non praestanda.* *Giesseae 1762.* *GREGOR Specim.* cit. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Cap. IV. §. 22. *Westphal vom Kauf.* §. 806.

12) L. 23. L. 33. L. 37. *D. de verb. obligat.*

enim solis condemnatur. *Noxae deditio in solutione est, quae e Lege tribuitur.* Ist es aber der freyen Wahl und Willkür des Beklagten zu überlassen, ob er durch Ergänzung des wahren Werths die Rescission des Geschäfts abwenden wolle; so folgt hieraus, daß wenn die Klage auf Rescission durch den Untergang der Sache erloschen ist, auch keine Ergänzung des Werths weiter gefordert werden könne<sup>13)</sup>). Der Verkäufer muß sich nun also mit dem Preise begnügen, den er von dem Käufer für die Sache erhalten hat. Hierzu kommt noch, daß der Käufer, wenn die Sache zu Grunde gegangen ist, auch nicht für bereichert gehalten werden kann. Beide Theile leiden hier Schaden. In einem solchen Falle, da beide in gleicher Lage sich befinden, ist es der gesetzlichen Billigkeit gemäß, für denjenigen zu sprechen, welcher sich in dem Besitz dessen befindet, was ihm nach seinem Recht gebührt<sup>14)</sup>). Nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, lehrt Paulus L. 91. §. 3. *D. de Verbor. oblig.* quare non potentior sit, qui teneat, quam qui persequitur? So einleuchtend dieses Alles ist, so sind dennoch viele Rechtsgelehrten anderer Meinung. Einige<sup>15)</sup> glauben, daß alles darauf ankomme,

ob

<sup>13)</sup> Arg. L. 39. §. fin. L. 42. §. 1. L. 26. §. 4. *D. de noxal. act.* L. 12. §. 1. *D. de iure dot.*

<sup>14)</sup> L. 13. *D. de doli mali et met. except.* L. 154. *D. de div. reg. iur.* L. 9. §. 4. *D. de public. in rem act.* L. 15. *Cod. de rei vind.* L. 4. §. 2. L. 8. *D. de conduct. ob turp. caus.* L. 12. *D. de donat.* L. 11. §. 6. *D. de minorib.*

<sup>15)</sup> PINELUS Comm. cit. P. II. Cap. I. nr. 36. et 37. und die von diesem angeführten Bartolus, Baldus, Ugo, Co-  
vare

ob der Käufer an dem Untergange der Sache Schuld sey, oder nicht. In dem ersten Falle soll der Käufer für Entschädigung des Verkäufers haften. Culpa enim et mora perpetuat obligationem<sup>16)</sup>). In dem letzten hingegen sprechen sie ihn frey. Allein dem Käufer kann nicht eher ein Verzug zur Last gelegt werden, als nachdem ihn die Verkäufer belangt hat. Ist also die Sache schon vorher, zwar durch die Schuld des Käufers, aber doch ohne Arglist desselben, untergegangen, so ist derselbe für eine solche Culpa nicht verantwortlich. Denn er war unbeschränkter Eigenthümer der Sache. Es findet also hier der Ausspruch des Ulpian statt, welcher L. 25. S. 11. D. de heredit. petit. von den bonae fidei possessoribus sagt: *Si quid dilapidaverunt, perdidereunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt.* Ja einige<sup>17)</sup> gehen soweit, daß sie sogar auch in dem letzten Falle, wenn die Sache durch bloßen Zufall, ohne alle Schuld des Käufers, zu Grunde gegangen ist, dem Verkäufer noch die Rechtswohlthat der L. 2. Cod. h. t. wollen angedeihen lassen. Allein auch diese haben Unrecht. Sie sagen, nach den Worten der L. 2 könne freylich der Verkäufer wegen einer enormen Verlezung nur auf die Aufhebung des Kaufs, und nicht auf die Ergänzung des wahren Werths klagen; allein die Käufer

varralias, Gomez u. a. m. Auch RICHTER Decis. P. II. Decis. 99. nr. 108. sq.

16) L. 23. L. 82. §. 1. L. 91. §. 3. D. de Verb. obligat.

17) Ant. MERENDA Controv. juris Lib. I. cap. 44. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. et 28. TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. cap. 20. §. 32. u. a.

ser sehten in ihrem Rescript den Fall voraus, daß die verkaufte Sache bey dem Käufer noch vorhanden sey. Man könne daher nicht behaupten, daß ihre Verordnung auch Statt finden müsse, wenn die Sache nicht mehr existire. Denn die Verbindlichkeit des Käufers hänge nicht von der Existenz der gekauften Sache ab, sondern sie sey in der Natur des Contracts gegründet, weil anzunehmen sey, daß sich die Contrahenten darüber stillschweigend vereinigt hätten, daß der Käufer, bey einer erweislichen enormen Verlehung des Verkäufers, zur Ergänzung des wahren Werths oder zur Restitution der Sache verbunden cyn solle. Der Verkäufer verliere also durch den Untergang der Sache die ihm gegen den Käufer zustehende Klage eben so wenig, als man behaupten könne, daß ein Schuldner, welcher alternativ entweder Dieses oder Jenes zu leisten verbunden ist, von seiner Verbindlichkeit dadurch befreyet werde, wenn eine von beyden Gegenständen zu Grunde geht. Man fügt endlich auch noch den Grund hinzu, kann der Verkäufer gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen, wenn gleich die Sache noch vor der Uebergabe durch Zufall zu Grunde gegangen ist, warum sollte er nicht auch noch nach der Uebergabe auf Ergänzung des wahren Werths der Sache klagen können, wenn er eine enorme Verlehung erweislich erlitten hat, da es ja gleichviel sey, ob man den Werth seiner Sache vermöge Vertrags, oder vermöge geschlicher Auctorität fordert. Allein das ganze Raisonnement geht hier von dem falschen Grundsatz aus, daß die Verbindlichkeit des Beklagten, im Falle einer vorhandenen enormen Verlehung des Klägers, eine alternative sey, welches aber schon an einem andern Orte<sup>18)</sup> widerlegt worden ist. Der

Grund,

18) S. §. 1029. S. 73. f.

Grund, der Käufer müsse die Gefahr tragen, kann hier nichts entscheiden. Der Käufer war allerdings wahrer Eigenthümer der Sache, und selbet, als solcher, durch den Untergang derselben den Schaden insofern ohne Zweifel, daß er von Niemanden deshalb Ersatz fordern kann. Allein eine andere Frage ist, ob der Verkäufer gegen ihn auf die Ergänzung des Werths flagen könne? und dieß ist schlechterdings zu verneinen. Denn wird der Käufer noch der Regel: res perit ei, cui debetur, durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit frey, dieselbe dem Verkäufer zu restituiren, so kann ein weiterer Anspruch an den Käufer darum nicht mehr Statt finden, weil die Ergänzung des wahren Werths dem Käufer blos dazu vom Gesetz nachgelassen ist, um die Rescission des Contracts dadurch abzuwenden.

b) Wenn hingegen der Käufer der verlehrte Theil ist, so kann derselbe zwar auch eigentlich nicht auf Rescission des Contracts flagen, weil er die Sache nicht mehr herausgeben kann, wenn sie bey ihm zu Grunde gegangen ist. Allein da doch der Verkäufer das ungerechte Kaufgeld noch besitzt, und daher mit dem Schaden des Käufers bereichert ist<sup>19)</sup> so kann er immer noch Schadensersatz fordern. Denn insofern der Käufer aus Unwissenheit mehr, als den doppelten Werth, für die Sache bezahlt hat, ist eine wahre Solutio indebiti vorhanden, er kann daher wenigstens darauf flagen, daß ihm der Verkäufer zurückgebe, was dieser über den wahren Werth erhalten hat.

19) *Premium enim, quod semel in corpus patrimonii venditoris abiit, quantitas est, quae non perire censemur.*  
*L. II. Cod. Si cert. petat.*

hat. Denn in Ansehung dieses Ueberschusses ist der Verkäufer bereichert, wenn er auch die Sache nicht zurückhält, wosfern nur dem Käufer kein Dolus zur Last fällt. Nam hoc natura aequum est, sagt Pomponius L. 14. *D. de conduct. indebiti*, nieminem cum alterius detrimento fieri docupletiorem. Der Verkäufer kann zufrieden seyn, daß er doch noch den wahren Werth der Sache behält<sup>20)</sup>.

### §. 1032.

#### Ausdehnung der L. 2. Cod. de resc. vendit. auf andere Geschäfte.

Man wendet das Rechtsmittel wegen einer Verlesung über die Hälfte in der Praxis auch bei andern zweiseitigen Geschäften an, welche eine Gleichheit wechselseitiger Präsentationen erfordern, es mag dadurch das Eigenthum, oder es mögen andere Rechte übertragen werden<sup>21)</sup>.

In

20) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. Henr. COCCEJI Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Th. 13. et Disp. de electione rei conventi ex enormi laesione. §. 13. Pet. de TOULLIEU cit. diss. §. 28. in Collectan. iur. civ. pag. 350. STRUV Synt. Iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 90. Westphal vom Kauf §. 809. Thibaut Syst. des P. R. I. B. §. 200.

21) Iac. CUJACIUS Recitat. Solemp. in Cod. ad L. 2. h. t. et Observat. Lib. XVI. c. 23. PINELUS cit. Comment. P. I. Cap. 3. nr. 1. sqq. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. Ant. MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 34. sqq. Henr. COCCEJI Disp. de remedio L. 2. C. h. t. Th. 15. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. sqq. WERNER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 181. in Sup-

In der Theorie wird zwar darüber gestritten, ob eine solche Ausdehnung der Absicht des Gesetzes entspreche? Viele wollen dieses läugnen, und zwar aus mancherley Gründen. Einige<sup>22)</sup> sagen, die L. 2. C. h. t. sey ein neues correctorisches Gesetz, und lasse daher auch wegen Gleichheit des Grundes keine Ausdehnung zu. Andere<sup>23)</sup> hingegen halten die ganze Verordnung für eine abgeschmackte, dem Naturrechte widerstreitende Vorschrift, die keinen vernünftigen Grund habe. Zwar sey nicht zu läugnen, daß dem allgemeinen Verkehr die Idee einer durchgängigen Gleichheit, als letzter Zweck zu Grunde liege. Aber ihr stehe die Idee der Freyheit zur Seite, auf deren Kosten keine Gleichheit befördert werden dürfe. Ueberhaupt laufe die Querela laesioris enormis ganz gegen den fatego-

*Supplm. nov. pag. 168. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bedenken 119. MEVIUS P. II. Decis. 148. nr. 5. DARIUS Diss. de interpretat. et extensione L. 2. C. de resc. vend. §. 9. — §. 17. Sam. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 16. HANNESEN Diss. de immodica laesione §. 11—13. Ge. Lud. BOEHMER Electa iur. civ. Tom. I. Exerc. IX. §. 19. pag. 279. Westphal vom Kauf. §. 813. Lüthauß Syst. des P. R. 1. B. §. 197.*

22) *Ant. FABER de errorib. Pragmat. Dec. VIII. Err. 8. Ulr. HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 3. Jos. FINESTRES Commentar. in Hermogeniani juris Epitomar. Libros VI. ad L. 23. D. Locati pag. 483. sqq. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinerr. Institutionen §. 870. Not. 5.*

23) *Weber's syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 41. S. 116. Zirkler's Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 83. folg.*

tegorischen Imperativ der Verträge. Allein, dieser Grunde ungeachtet, läßt sich nicht wohl annehmen, daß die bemerkte Ausdehnung der Absicht des Gesetzes widerstreite, und man wendet sie daher mit Recht bey dem Tausch, Pacht, und andern onerosen Geschäften an, bey denen auf Billigkeit und Gleichheit gesehen wird. Gesetzt die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian wäre wirklich als ein ganz neues correctorisches Gesetz anzusehen, so folgt deswegen noch nicht, daß die Ausdehnung desselben zu verwerfen sey. Denn paßt der Grund einer correctorischen Verordnung auf Fälle, welche in dem ältern unverändert gelassenen Rechte nicht entschieden sind, so steht der Ausdehnung derselben nichts entgegen<sup>24)</sup>. Allein man erwäge, daß die Kaiser in der L. 2. Cod. h. t. nicht blos gesetzgebend versahen, indem sie die vorher noch unbestimmt und blos dem richterlichen Ermessen überlassen gewesene Größe der Verlezung im Preise, wegen welcher ein Kauf soll rescindirt werden können, für immer festsetzen, sondern auch richten, indem sie eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel hier auf den ihnen vorgetragenen besondern Fall durch bloßes Urtheil anwenden. Sie missbilligen nämlich eine Verlezung über die Hälfte bey dem Kaufe darum, weil sie der Billigkeit zuwiderläuft. Dieser Grund der Billigkeit ist schon in dem ältern Recht als Gesetz anerkannt, und zwar nicht blos bey dem Kauf, sondern bey allen zweyseitigen Geschäften, wo es auf eine Gleichheit wechselseitiger Prä-

statio-

24) S. Thibaut. Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 20. S. 95. der zweyten vermehrten Ausgabe. (Ulm 1806.)

stationen ankommt. Daher sagt schon Paulus *L.* 79. *D. Pro socio*, manifesta iniqitas corrigi potest per judicium bonae fidei; und die Kaiser Diocletian und Maximian stellen an einem andern Ort, *L.* 3. *Cod. Communia utriusque iudicii* diese Rechtsregel als Entscheidungsgrund, auf, wenn sie im Allgemeinen sagen: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur; sie zeigen also nur die Anwendung derselben auf die ihnen vorgelegten Fälle. Schließt nun der Richter, welchem es zur Pflicht gemacht ist, dasjenige, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, entweder mittelst der Interpretation oder der Jurisdiction zu ergänzen<sup>25)</sup>, aus diesem Entscheidungsgrunde weiter fort, so ist ein solcher Schluss nicht sowohl Ausdehnung, als vielmehr blos consequente Anwendung des Gesetzes<sup>26)</sup>. Man sieht uns nun zwar den Ausspruch des Hermogenian entgegen, welcher *L.* 23. *D. Locati* sagt: Praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest; und da Hermogenian erst nach Diocletian und Maximian lebte, so würde er es gewiß, sagt man, nicht blos bey der Ausnahme, welche er in Ansehung des Dolus macht, haben bewenden lassen, sondern auch der enormen Verlehung gedacht haben, wenn die Verordnung der *L.* 2. *C. h. t.* eine solche Ausdehnung erlaubt hätte. Allein man erinnere sich, daß der Kaiser

Con-

25) *L.* 12. et 13. *D. de Legib. SCtis etc.*

26) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 16.

Constantin I. unter welchem Hermogenian lebte<sup>27</sup>), die Anwendung der L. 2. Cod. de resc. vendit. durch die L. 1. Cod. Th. de contrah. emt. verboten hatte. Der Auspruch des Hermogenian war also ganz diesem Rechte gemäß. Dennoch konnte ihn auch Justinian beybehalten. Denn in der Verbindung, in welche derselbe mit der vorhergehenden L. 22. D. Locati gesetzt ist, hat er nun den ganz richtigen Sinn, daß der Verpächter nicht besugt sey, unter dem Vorwande, daß das Pachtgeld zu gering sey, von dem Pacht abzugehen; welches denn aber freilich nunmehr, vermöge der von Justinian wieder hergestellten Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, eine Verlezung über die Hälfte nicht ausschließt. Nur bey einem Vergleiche fallen diese Grundsätze insofern weg, als derselbe, nach seiner besondern Natur, des Freihums wegen nicht angefochten werden kann<sup>28</sup>). Dahin gehört 1) wenn der Werth der Sache gerade das ist, was, als Ungewiß, zu dem Vergleiche die Veranlassung gab, und 2) wenn schlechthin über einen ungewissen Gegenstand transfigirt worden, dessen Werth beyde Contrahenten nicht als gewiß voraussehen<sup>29</sup>). Sollte hingegen 3) die Ungewißheit des Gegenstandes, welche den Vergleich veranlaßte, auf den Werth desselben gar keinen entscheidenden Einfluß haben, weil beyde Theile diesen, so wie er angegeben worden, als gewiß und ausgemacht voraussehen; so ist der An-

wen-

27) S. Ios. FINESTRES Comment. in Hermogenian. Diss. praelim. §. 5. pag. 3. sqq.

28) S. den 5. Theil dieses Commentars. §. 348.

29) S. den 5. Th. dieses, Commentars. §. 356. S. 89.

wendung der L. 2. C. de resc. vend. auch bey einem geschlossenen Vergleiche nichts entgegen zu sezen, weil hier der Natur derselben nicht entgegen ist, die allgemeinen Grundsäze vom Irrthum bey Verträgen auf denselben anzuwenden<sup>30</sup>). Theilungen hingegen haben das Eogene, daß sie angefochten werden können, wenn gleich die Verlehung nicht unmäßig ist<sup>31</sup>).

30) G. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rech: S. 2. B. 11. Abhandl. S. 249 ff.

31) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 734. S. 103. ff. und Henr. cocceji Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vendit. Th. 15.

## Lib. XVIII. Tit. VI.

## De periculo et commodo rei venditae.

S. 1033.

Begriffe. Warum geht nach abgeschlossenem Kaufe schon vor der Übergabe die Gefahr auf den Käufer über?

Es kommt hier auf zwey Fragen an: I) wenn geht die Gefahr der Sache auf den Käufer über? II) Von welcher Zeit an genießt der Käufer die Vortheile, und trägt die Lasten?<sup>32)</sup> Soviel die erste Frage anbetrifft, so ist vorläufig zu bemerken, daß das Wort *periculum*, welches die Gesetze hier gebrauchen, so wie das deutsche Wort

32) *Io. MOORMANN* Diss. de periculo et commodo rei venditae. *Lugd. Bat. 1717. Christ. Henr. DREWER* Aequitas Legum Rom. circa *periculum rei venditae. Lipsiae 1727. Gottfr. Weigh. RING* Diss. de periculo rei venditae, occasione L. II. pr. D. de Evict. *Francof. ad Viadr. 1736. Franc. ALEF* Diss. de eo, quod iustum est circa *periculum et commodum rei venditae. Heidelbergae 1742. in Eius Diebus academicis s. Opuscul.* (*Heidelb. 1753. 4.*) Dissert. XVI. pag. 483. sqq. *Reinhard's Sammlung jurist. phil. und kritischer Aufsätze* 1. Band. 3. St. Nr. III. S. 164. ff. *Westphal* vom Kauf §. 577—604. *Gottl. WERNSDORF* Diss. de *periculo et commodo praedii venditi ante resignationem judicialem. Wittebergae 1773.*

Wort Gefahr in zweyerley Bedeutung genommen wird. Im allgemeinen Sinn bezeichnet dieser Ausdruck jeden Schaden, den eine Sache leidet, es sey durch Zufall, oder durch die Schuld eines Menschen<sup>33)</sup>). Daher kommen die Redensarten in den Gesezen vor: *periculum custodiae subire*<sup>34)</sup>, *periculo culpe subiici*<sup>35)</sup>, *periculo contumaciae vel negligentiae adstringi*<sup>36)</sup>, *periculo obligari propter culpam vel segnitiem*<sup>37)</sup>). In der eigentlichen hierher gehörigen Bedeutung aber wird darunter nur ein rein zufälliger Schaden verstanden<sup>38)</sup>; *damnnum fatale, vis magna*, wie *Cajus*<sup>39)</sup> sagt. Besteht nun dieser Schade in der gänzlichen Vernichtung oder Verlust der Sache, so nennt man eine solche Gefahr *periculum interitus*; ist aber durch den Zufall nur die Qualität der Sache verdorben, oder verschlechtert worden, so heißt die Gefahr *periculum deteriorationis*<sup>40)</sup>. Es ist nun ein Grundsatz des

Civil-

33) L. 4. pr. D. *Nautae, caupones, stabular.* L. 25. D. *pro Socio.* L. 4. pr. D. h. t. S. 10. D'AVEZAN *Contractum libr.* I. cap. 24. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 51.)

34) L. 40. D. *Locati,*

35) L. 39 §. 12. D. *de administrat. tutor.*

36) L. 40. D. *eodem.*

37) L. 1. et 3. *Cod. de periculo tutor.*

38) L. 1. pr. et §. 1. L. 8. L. 12. L. 14. pr. L. 16. D. h. t. L. 9. §. ult. D. *de reb. credit.* §. 3. I. *de emt. et vendit.* L. 1. *Cod. de commodato.*

39) L. 2. §. 1. D. h. t. L. 52. §. 3. D. *Pro socio.* L. 25. §. 6. et 7. D. *Locati.*

40) L. 1. pr. L. 4. pr. et §. 1. L. 8. pr. L. 14. §. 1. D. h. t. §. 3. I. *de emt. et vendit.*

Civilrechts, daß die Gefahr sowohl des Untergangs als der Deterioration der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, sobald der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist, wenn ihm auch die Sache noch nicht übergeben worden; und diese Gefahr, welche gleich nach richtig gewordenem Handel den Käufer trifft, besteht darin, daß der Verkäufer, wenn nun die Sache durch Zufall verloren oder zu Grunde geht, oder sonst verdorben wird, ohne daß demselben irgend ein verantwortliches Versehen dabei zur Last fällt, hierdurch von aller Verbindlichkeit befreiet wird, ohne irgend einen Ersatz leisten zu dürfen; der Käufer hingegen seiner Seits schuldig bleibt, das Kaufgeld zu bezahlen, nicht anders, als wenn die Uebergabe geschehen wäre, und deshalb actione venditi belangt werden kann. So belehren uns die Institutionen des Kaisers Justinian.

*§. 3. I. de emit. et vendit. Quum autem emitio et venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emitorem pertinet, tametsi adhuc ea res emitori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit; aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cooperit: emitoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*

Eben so belehren uns die Fragmente der Römischen Rechtsgelehrten in den Pandecten. So sagt

1) Julian L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. Mortuo autem homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset: *ut pote cum venditor liberetur, et emtori homo pereat*: quare, nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt.

2) Paulus L. 34. §. 6. D. de contrah. emt. Si emtio ita facta fuerit, *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus: sed uno mortuo, qui superest, dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, *preium debebitur*: unus enim utique *pericuio emtoris* vixit.

3) Ebenderselbe L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet.

4) Pomponius in Verbindung mit Ulpian L. 14. et 15. D. de iure dot. Ulpian sagt nämlich: Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto. Nun fährt Pomponius fort: Quodsi per eam non stetisset, *perinde preium aufert, ac si tradidisset*: quia quod evenit, *emtoris periculo est*.

Ganz diesem Grundsatz gemäß rescribiren endlich auch die Römischen Kaiser im Justinianeischen Codex. So

1) Gordian L. 4. Cod. h. t. Cum inter emtorem et venditorem, contractu sine scriptis inito,

de pretio convenit, moraque venditoris in traditione non intercessit: *periculo emitoris rem distractam esse*, in dubium non venit.

2) Diocletian und Maximian *L. 5. C. eodem.* Cum speciem venditam per violentiam ignis absumtam dicas: si venditionem nulla conditio suspenderat, *amissae rei periculum te non adstringit.*

3) Dieselben Kaiser *L. ult. Cod. eodem.* Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam, non ad venditorem, sed ad emitorem pertinet: et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta, *solutionem pretii emitor non recte recusat.*

Es ist indessen nicht zu läugnen, daß jener Grundsatz ganz von der Regel abweicht, die sonst bey Bilaterals Contracten gilt, nach welcher kein Theil gegen den andern auf Erfüllung klagen kann, der nicht dem Contract seiner Seits ein Genüge geleistet hat. Nach dieser Regel würde daher dem Verkäufer, der, ohne die Sache tradirt zu haben, auf die Bezahlung des Kaufgelds klagt, eigentlich die exceptio non adimplete contractus entgegen stehen. Dass die Sache ohne seine Schuld zu Grunde gegangen ist, giebt ihm an sich noch kein Recht, auf die Erfüllung zu klagen. Denn daraus folgt weiter nichts, als dass der Verkäufer nicht auf das Interesse belangt werden kann, wenn die Sache durch einen bloßen Zufall verloren geht, aber keinesweges lässt sich hieraus erklären, warum der Käufer dennoch das Kaufgeld bezahlen müsse, wenn ihm auch die Sache nicht übergeben worden ist. Man sieht hieraus, wie unbefriedigend, ja wie unrichtig es sey, wenn

wenn man gewöhnlich diese von der Regel so sehr abweichende Verordnung des Römischen Rechts aus dem Grundsatz zu erklären sucht, daß der Verkäufer gleich von dem Augenblick an, da der Kauf abgeschlossen ist, als ein debitor speciei anzusehen sey, ein solcher aber durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreyet werde<sup>41</sup>). Es muß also wohl einen andern Rechtsgrund haben. Viele<sup>42</sup>) sehen nun denselben darin, daß der Verkäufer gleich nach abgeschlossenem Kause rechtlich begründete Intention habe, auf die Annahme der Sache zu dringen, folglich der Käufer, wenn er nicht sogleich das Kaufgeld bezahlt, und die Sache an sich nimmt, sich in mora befindet, deren Folgen nicht dem Verkäufer, sondern nur dem Käufer zum Nachtheil gereichen können. *Sua enim cuique, non alteri nocet mora*<sup>43</sup>). Allein selbst aus dem Grunde einer mora läßt sich jene besondere Ausnahme nicht wohl erklären, weil diese mora eine von dem Verkäufer an den Käufer geschahene Inter-

S 2

pella-

41) *C. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Princ. pag. 412.

*Guil. PROUSTEAU Recitat.* ad L. 23. D. de div reg iur. Cap. XVII. §. 10. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 518.)

*Io. Gottl. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. III. §. 302. Io. Ortio. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. u. a. m.*

42) *Pet. de TOULLIEU Collectan.* iur. civ. Diss. XII. §. 27.

*pag. 349. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2.* WERNHER select. Observat for. Tom. I. P. IV. Obs. 214.

nr. 12. *Sam. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 552. pag. 464.

*u. a. m.*

43) *L. 173. §. 1. D. de div. reg. iur.*

pellation, d. h. Aufforderung zur Annahme der verkausten Sache, voraussetzen würde, wenn sie rechtlich denkbar seyn sollte<sup>44)</sup>; es würde folglich der Verkäufer wenigstens bis dahin die Gefahr der Sache behalten, wo von aber doch die Gesetze kein Wort sagen<sup>45)</sup>. Der Käufer könnte zwar auch durch Anbietung des Kaufgeldes den Verkäufer in *mora tradendi* versetzen, allein deswegen macht er sich doch selbst durch Unterlassung derselben keiner solchen Verzögerung schuldig, welche die Gefahr der Sache auf ihn bringt. Denn nur widerrechtliche Unterlassung der Zahlung versetzt den Käufer, als Schuldner, in *mora solvendi*. Nun sehe man, das Kaufgeld sei dem Käufer creditirt; und ist es nicht geborgt, so darf ja das Gesetz die Zahlungszeit erst von dem Moment der geschehenen Uebergabe, wie schon oben vorgekommen ist. Es lässt sich aber noch eine andere ratio legis auffinden. Die römischen Juristen haben die Lehre von der Gefahr der verkausten Sache im Zusammenhange mit der Pflicht des Verkäufers zur *Custodia* vorgetragen. Man vergleiche nur die *LL. I. 2. et 4. D. h. t.* Aus diesem Zusammenhange entwickelt sich, wie Zirkler<sup>46)</sup> nach meinem Gefühl ganz richtig zeigt, der wahre Rechtsgrund sehr natürlich, warum der Käufer die Gefahr der Sache trägt. Dieser ist Willigkeit. Denn weil die Gesetze den Verkäufer,

44) S. Schmann's Fragmente aus seinen civilist. und criministischen Vorlesungen (Jena 1814.) §. 13.

45) Man sehe EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. b.

46) Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. §. 128.

Käufer, als einen debitor specii, von Zeit des geschlossenen Kaufs an, zur custodia plena verpflichten, und ihn für das geringste Versehen verantwortlich machen, wenn die Sache durch seine Schuld zu Grunde oder verloren geht; so halten sie es dagegen auch für billig, daß der Käufer, welcher von Zeit des geschlossenen Kaufs an die Sache nun schon so gut, als die seinige, ansehen kann<sup>47)</sup>), und deshalb auch von diesem Augenblick an alle Vortheile zieht, den Zufall trage. Diese Ansicht scheint mir weit consequenter zu seyn, als wenn Franz Alef<sup>48)</sup> den Grund aus der Nothwendigkeit des Kaufcontracts ableiten will. Seine Idee ist, der Kaufcontract werde im gemeinen Leben am häufigsten geschlossen, und sey so nothwendig, daß ohne dessen Hülfe das gemeine Wesen auch keine Stunde bestehen könnte. Man mußte ihn also auch gewiß und fest zu machen suchen, weil sonst die Sicherheit der Bürger, welche durch diesen Contract ihren Bedürfnissen abzuhelfen suchen, und hiemit auch die Wohlfirth des Staats gewaakt hätte. Man habe daher verordnen müssen, daß die Gefahr gleich nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer übergehe. Der Grund sey indessen, welcher er wolle, so sind die oben angeführten Gesetze klar. Dennoch sind über den Grundsatz selbst die Rechtsgeliehrten noch nicht ganz einverstanden, weil sich einige Gesetzstellen in den Pandecten finden, welche jenen zu widersprechen scheinen. Diese Stellen hat der große Cujaz für so überwiegend gehal-

<sup>47)</sup> L. 143. D. de Verb. Signif. Id apud se quis habere videtur, de quo haberet actionem: *habetur enim, quod peti potest.*

<sup>48)</sup> Diss. cit. §. 13. in Dieb. acad. pag. 491.

gehalten, daß sie ihn bestimmt haben, gerade das Gegentheil der gemeinen Ehre zur Regel zu machen. *Cujacius*<sup>49</sup>) behauptet nämlich, daß vor der Uebergabe der Sache die Gefahr nicht auf den Käufer übergehe, oder wenigstens nur in sofern, daß er, wenn die Sache zu Grunde geht, kein Interesse von dem Verkäufer fordern könne; allein das Kaufgeld brauche er nicht zu bezahlen und ist es schon bezahlt, so könne es zurückgesfordert werden. Es sind besonders folgende Gesetzesstellen in den Pandecten, welche diese Meinung des Cujacius zu begünstigen scheinen.

1) *L. 33. D. Locati.* Hier sagt Afrikan: *Si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi.*

2) *L. 12. et 14. D. h. t.* Lectos emtos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit. *Si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet. Quod si neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quo minus traderentur, venditoris periculum erit. — Materia emta, si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, respondit: si minus, venditoris.*

Dem

<sup>49)</sup> Tract. VIII. ad Africanum in L. 23. D. (Locati und Observation. Lib. XXIII. cap. 29.

Dem Cujaz sind auch Hermann Vulstejus<sup>50)</sup> und Johann Borcholten<sup>51)</sup> beygetreten. Sie sagen, in den Institutionen lehre Justinian blos, was die Regel des strengen Rechts mit sich bringe; aber in den angeführten Stellen der Pandecten zeigten die Römischen Rechtsgelehrten, wie diese Regel nach der Billigkeit modifizirt worden sey. Wie wenig jedoch diese großen Rechtslehrer mit diesem Raisonnement auslangen, beweisen die deutlichen Stellen im Codex. Es fragt sich nur, ob die angeführten Stellen wirklich das Gegenthell lehren? Die Ausleger sind nun freylich über den Sinn derselben sehr verschiedener Meinung. Es ist der Mühe werth, die mancherley Auslegungen derselben kürzlich zu prüfen. Soviel zuerst die L. 33. D. Locati anbetrifft, so erklären sie viele<sup>52)</sup> von dem Falle, da der Verkäufer an der Publication der Sache selbst Schuld war, weil er sich durch ein begangenes Delict dieselbe zugezogen hatte. Allein diese Erklärung lässt sich nicht wohl annehmen. Man darf nur die L. 33. D. locati im Zusammenhange lesen, um sich von dem Gegenthell zu überzeugen. Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, sagt Afrikan, tene-

50) Commentar. in Institut iur. civ. L. III. Tit. 24. nr. 71.

51) Commentar. in IV. Institut. iur. civ. libros ad §. 3. I. de contrah. emt. nr. 3. et 4:

52) Jul. PACIUS Analys. Institut. ad §. 3. de contrah. emt. und Εὐαγτίοφαρών s. Legg. conciliatar. Centur. V. Qu. 8. Ulr. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 24. §. 10. Arn. VINNIUS Comment. ad §. 3 Inst. de contrah. emt. nr. 8. RING Cit. Diss. de periculo rei venditae §. 4. Ev. BRONCHORST Εὐαγτίοφαν. Cent. II. Assert. 55. und Jo. HARPPRECHT Comm. ad §. 3. I. de contr. emt.

teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liccat,  
*quavis per te non stet, quoniam id praestes:*  
 Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam  
 locasses, et solum corruisset, nihilominus tenebe-  
 ris. Nam et si vendideris mihi fundum etc. —  
 Similiter igitur et circa conductionem servandam  
 puto, *ut mercedem, quam praestiterim, restituas,*  
*eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec*  
*ultra actione ex conducto praestare cogeris.* Aus  
 diesem Zusammenhange ergiebt sich, daß Afrikan den  
 Satz hier ausführen will, wenn der Pächter an dem Genüß  
 der ihm verpachteten Sache verhindert wird, z. B. durch  
 Publication des Grundstücks; so könne zwar derselbe,  
 wenn auch der Verpächter dabei außer Schuld sey, (*quam-*  
*vis per te non stet, quo minus id praestes*) doch  
 gegen diesen mit der actio conducti klagen, aber nur  
 auf die Zurückgabe des bereits bezahlten Pachtgeldes, näm-  
 lich von der Zeit an, da der Pächter keinen Gebrauch mehr  
 von der Sache machen konnte, hingegen ein weiteres In-  
 teresse könne von demselben nicht gefordert werden. Den  
 Beweis führt Afrikan auf eine doppelte Art. Erstens  
 wenn Jemand ein Haus zu bauen verdungen hat, so  
 haftet er dem Werkmeister wegen der bereits gethanen  
 Arbeit dennoch, wenn auch durch einen Erdstoß das ganze  
 Gebäude wieder eingefallen wäre. Diesen Zufall trägt der  
 Eigentümer. Einen andern Beweis nimmt er vom  
 Kaufcontract her. Wenn nämlich Jemand ein Grundstück  
 verkauft, und dieses, ehe es noch dem Käufer war über-  
 geben worden, publicirt wird, so haftet er actione emti,  
 nämlich in sofern, daß er dem Käufer das Kaufgeld  
 wieder zurückgeben muß; zu einem weitem Erfaß ist er  
ihm

ihm nicht verbunden. Es erheslet daraus unverkennbar, daß Afrikan vorausseht, die Confiskation des Grundstücks, welches verpachtet worden, sey ohne Verschulden des Verpächters aus einer Ursache geschehen, welche der Verpächter vor der Abschließung des Contracts weder gewußt hat, noch hat wissen können. Denn sie wird einem bloßen Unglücksfalle, nämlich dem Einsturz eines Gebäudes durch eine Erderschütterung, gleichgesetzt. Was nun im Fall des Pachtcontracts anzunehmen ist, muß auch in dem zum Beweise gebrauchten Falle eines Kaufcontracts vorausgesetzt werden. Man sieht es aber noch deutlicher aus den folgenden Worten: *Nam etsi colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id facias possis: tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit, frui.* Hier kommt Afrikan erst auf den Fall, wenn der Pächter durch den Verpächter oder dessen Schuld an dem Gebrauch der Sache verhindert worden ist. Hier, sagt er mit Recht, müsse der Verpächter dem Pächter auch das Interesse vergüten. Andere<sup>53)</sup> sagen dagegen, es sey ein Unterschied zwischen der Publication eines Grundstücks, und dem Untergange der Sache. Denn in dem ersten Falle bleibe doch noch immer die Möglichkeit übrig, die Sache tradiren zu können, weil hier die Sache nicht aufhöre zu existiren. Der Verkäufer könne also die confiscirte Sache wieder auslösen; wolle er dieses nicht, so müsse er wenigstens dem Käufer des schen

53) *Guil. BARCLAIUS Comm. ad Tit. Dig. de reb. credit. ad L. 5.* (in *Thes. iur. Rom. Oton.* Tom. III. pag. 839.) und *Henr. a SUERIN Repetit. Lection. iuris civ. libr. cap. 23.* (in *Thes. eodem.* T. IV. pag. 52.)

schon bezahlte Kaufgeld zurückgeben. Allein, auch davon abgesehen, daß es noch erst die Frage seyn würde, ob der Verkäufer zu einer solchen Auslösung auf seine Kosten verbunden sey, wozu kein rechtlicher Grund vorhanden ist; so lehrt der ganze Zusammenhang des Gesetzes, daß diese Ansicht in dem Plan des römischen Juristen gar nicht begriffen sei. Die meisten Rechtsgelehrten<sup>54)</sup> sind daher der Meinung, daß die L. 33. von einer für den Fall der Publication zu machenden Ausnahme zu verstehen sey, welche ihren Grund in belli iniuria, oder in dem imperio principis, und folglich in einer solchen vis maior habe, welcher der Verkäufer keinen Widerstand leisten konnte. Hier sey es billig, daß der den Schaden allein trage, dem das Unrecht wiedersfahren ist. Daher müsse der Verkäufer das ihm bereits bezahlte Kaufgeld wieder herausgeben, wenn die Publication vor der Uebergabe geschehen wäre. Er wäre hingegen das  
Kauf-

54) *Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Pluribus pag. 416.*  
*Osius AURELIUS Dispunction. ad Merillium de variant.*  
*Cujacii interpretat. Disp. 26. (in Ev. OTTONIS Thes. iur.*  
*Rom. Tom. III. pag. 761.) Jo. D'AVEZAN libr. Contractuum II. Tr. I. de emt. et vend. §. Praeter ea. (in*  
*Thes. Merman. T. IV. pag. 95.) Jan. a COSTA Comm.*  
*ad § 3. I. de emt. et vend. Ev. OTTO Comm. ad eund.*  
*§. Inst. Art. SCHULTING Thes. controversial. Dec. LXVII.*  
*Th. 8. Bau. VOORDA in Jani a Costa Praelect. ad illus-*  
*trior. quosdam Titulos locaque selecta iur. civ. (Lugd.*  
*Batav. 1773 4.) ad L. 1. Cod. de peric. comm. rei*  
*vend. not. d. pag. 336. Ge. FRANTZIUS et Comm. ad*  
*Dig. h. t. nr. 14. sqq. Vincent. CABOTIUS Disputat.*  
*Lib. I. cap. 25. (in Th. Meerm. T. IV. pag. 611.) u. a. m.*

Kaufgeld fordern, wenn sie dem Käufer nach der Uebergabe wiederfahren wäre, nachdem derselbe schon Eigentümer der Sache geworden war. Dieses letztere lehre die L. 11. D. *de eviction.* welche mit der L. 33. D. *Locati* zu verbinden sey. Allein auch diese Erklärung findet in dem Gesetz selbst schon ihre Widerlegung. Denn Afrikan setzt ja die Publication mit dem Einsturz eines Gebäudes durch Erdbeben in eine Classe. Was ist denn auch im Grunde für ein Unterschied, ob die Sache durch Zufall untergegangen, oder durch Publication verloren worden ist? Daß sie hier nicht aufgehört hat, in rerum natura zu existiren, kann nichts entscheiden. Hieraus läßt sich denn nun auch beurtheilen, was von der Erklärung des Marcus Lyklama van Nyholt<sup>55)</sup> zu halten sey, welcher die Publication für eine Art der Eviction hält, die von einer Gefahr oder einem blos zufälligen Schaden unterschieden werden müsse. L. 21. pr. D. *de evict.* Für die Entwährung müsse der Verkäufer stehen. Dies sey eine Regel für sich. Den Unglücksfall hingegen trage der Käufer. Daß aber die Publication eines Grundstücks eine Art der Eviction sey, erhelle aus L. 11. D. *de evict.* Zwar sey die Publication in dem Falle die L. 33. noch vor der Uebergabe des Grundstücks geschehen, man könne also eigentlich nicht sagen, daß vor der Uebergabe die Sache dem Käufer entwähret worden sey. Allein der Verkäufer sey vor der Uebergabe noch Eigentümer, also sey das Grundstück doch ihm evincirt worden. Darum müsse der Verkäufer dafür gut stehen.

55) Membranar. Lib. VI. Eccl. 8. (Ienae 1624. 8.) Vol. II.  
pag. 18. sqq.

stehen. L. 33. D. *de evict.* Dieser Meinung ist auch Wilhelm Prousteau<sup>56)</sup> beigetreten. Allein eine Eviction, welche nicht auf dem rechtlichen Wege, sondern durch eine öffentliche Gewalt geschieht, der man keinen Widerstand leisten konnte, ist einem Unglücksfall gleich zu achten, für welchen der Auctor nach L. 51. pr. D. *de evict.* nicht hasten darf. Die L. 33. D. *eodem* spricht freilich von einer schon vor der Uebergabe erfolgten Eviction, weshalb der Verkäufer dem Käufer war zur Entschädigung verurtheilt worden, weil er ihm die Sache nicht übergeben konnte. Allein hier war der Fall, wo jemand die in gutem Glauben gekaufte Sache sogleich wieder an einen Andern verkaufte, und diese Sache noch vor der Uebergabe dem ersten Käufer war rechtlich abgestritten worden, ehe dieser noch die Sache dem zweyten Käufer übergeben hatte. Die Frage war hier nur, ob die stipulatio dupli von dem ersten Käufer gegen seinen Auctor noch geltend gemacht werden könne, welche in dem Gesetz mit Recht bejahend entschieden wird<sup>57)</sup>). Sinnreicher ist die Erklärung des Johann Voet<sup>58)</sup>). Er nimmt einen solchen Fall an, wo der confiscirte Fundus durch ein fideicommissum tacitum einer unsäbigen Person war vermacht worden, von welcher ein Anderer dieses Grundstück in gutem Glauben gekauft, und dieser es wieder an einen Dritten verkauft hatte. Das Grund-

stück

56) Recitation ad L. 23. D. *de Reg. iur. Cap. XVII. §. 16.*  
(in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 518.)

57) S. Christfr. WLECHTLER Comm. ad Tit. Dig. *de evict.*  
in *Opusc.* pag. 66.

58) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

stück zog nachher der Fiskus ein, ehe es noch dem jungen Käufer war übergeben worden. Weil hier der Verkäufer seiner Seits außer aller Schuld war, daß er das Grundstück dem Käufer nicht trahiren konnte; so spreche Afrikan zwar denselben billig von der Leistung des Interesse frey, halte ihn aber doch mit Recht für schuldig, das bereits empfangene Kaufgeld dem Käufer zurückzugeben. Denn die Sache sey hier gleichsam, als mit einem Fehler behaftet, anzusehen, weil sic, aus einem schon vor dem Contract vorhanden gewesenen Grunde, der Publication unterworffen war, nach der Analogie der *actio redhibitoria ex aedilitio Edicto*<sup>59)</sup>. Es könne aber auch, sagt Voet, die L. 33. D. Locati von einem solchen fundus sehr wohl verstanden werden, welchen das Römische Volk von den Feinden erobert hatte, und der zwar noch einige Zeit dem vorigen Besitzer war gelassen, nachher aber aus Gründen einer dringenden Noth, oder des gemeinen Wohls war publicirt worden. Ein Fall, der auch in andern Stellen des römischen Gesetzbuches<sup>60)</sup>, als nicht ungewöhnlich, erwähnt werde. Der Grund der Entscheidung sey aber immer der nämliche. Die Sache sey nämlich, als mit einer gewissen Art von Fehler behaftet, anzusehen, weil sie ad nutum Principis publicirt werden konnte. Dieser Erklärung nähert sich die des Samuel von Cocceji<sup>61)</sup>. Er sage nämlich, in der L. 33. D. Loc. sey nicht die Rede von einer Gefahr,

die

59) *L. 1. C. de aedilit. act. iuncta L. 13. D. de act. emti.*

60) *L. 11. D. de evict. L. 15. §. 2. D. de rei vindicat.*

*L. 16. D. de acquir. rer. dom.*

61) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.*

die erst nach abgeschlossenem Kause entstand, sondern deren Ursach schon früher vorhanden war. Denn es werde vorausgesetzt, daß der Verkäufer wegen der erfolgten Publication ausser Schuld sey. Die Ursach, warum die Sache nicht tradirt werden konnte, sey also schon zur Zeit des Contracte vorhanden gewesen, darum habe der Verkäufer das Kaufgeld billig zurückgeben müssen, wenn er auch übrigens dem Käufer zu keinem weiteren Interesse verpflichtet war. Diese Erklärung nehmen auch EMMINGHAUS<sup>62)</sup> und HÖPFNER<sup>63)</sup> an. Der bescheidenere Theil der Rechtsglehrten<sup>64)</sup> gesteht zwar, daß Afrikan im Falle der Publication der verkauften Sache von der oben angegebenen Regel des Civilrechts abgewichen sey; warum aber? davon lasse sich kein befriedigender Grund angeben. Daß indessen dieser Dissensus noch eine Reliquie der zwischen den Sabinianern und Proculianern streitig gewesenen Meinungen seyn sollte, wie einige<sup>65)</sup> behaupten wollen, läßt sich nicht wohl annehmen, weil

62) *Ad cecceji ius. civ. contr. h. t. Qu. 2. not. d. pag. 441.*

63) *Theor. pract. Commentar über die Heinec. Institutionen.*  
§. 872. Mot. 1.

64) *Fr. HOTOMANN Epit. Pand. de peric. et comm. rei vend.*  
*Guil. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 11. (in*  
*Thes. Otton. Tom. V. p. 964.) Io. Iac. WISSENBACH*  
*Disputat. ad Instituta Disputat. XXXV. Th. 23. POTHIER*  
*Pand. Iustin. T. I. Tit. Locati Nr. XLVIII. not. h. und*  
*Westphal vom Kause. 1c. §. 962. S. 726.*

65) *Pet. BURGIUS Elector. cap. 13. Franc. ALEF Diss. cit. de*  
*eo quod iustum est circa periculum et commodum rei vend.*  
*Cap. II. §. 21. u. Gottl. WERNSDORF Disp. cit. de periculo*  
*et commodo praedii venditi ante resignat. iudic. §. 13.*

weil selbst Afrikan an einem andern Orte ganz der von allen angenommenen Regel gemäß lehrt. Es ist die L. 39. in fin. D. de Solution. wo Afrikan sagt: His consequens esse puto, ut, etiamsi et emtor nummos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emtoris periculo sint; utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit: et nihilominus merx quoque, quia emio perfecta sit. Der Sinn des Afrikan sei nun übrigens, welcher er wolle, so kann doch das, was er nur beyläufig bey einer andern Gelegenheit als Argument anführt, einen in so vielen andern Gestellten so deutlich bestimmten Rechessatz nicht wankend machen.

Die beyden andern Stellen L. 12. et 14. D. h. t. sind vom Paulus. Es sind darin zwey Fälle enthalten, 1) wenn die verkaufte Sache durch die gerechte oder ungerechte Handlung eines Magistrats vernichtet wird. Die Aedilen, und zwar, wie Everard Otto<sup>66)</sup> und Abraham Wicling<sup>67)</sup> gezeigt haben, die Aediles municipales, von deren Amts Papinian L. un. D. de via publica handelt, mussten vermöge ihres Amtes besonders auch darauf sehen, daß nicht Sachen in den öffentlichen Weg gestellt oder gelegt würden, welche die freye Passage hinderten. Papinian sagt in der angeführten L. un. §. 4. Student Aediles, ut ante officinas nihil proiectum sit, vel propositum; praeterquam si fullo

66) De Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. IX. §. 7. et Cap. XIII. §. 5.

67) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 16.

fullo vestimenta siccet, aut faber currus exterius ponat. Ponant autem et hi, ut non prohibeant vehiculum ire. Was sie außerdem auf der öffentlichen Strasse, in den Weg gestellt, fanden, konnten sie wegnehmen und zerschlagen lassen. Dieß geschah nun auch in dem Fall, von welchem Paulus in der L. 12. u. 14. handelt, mit Sachen, welche an Jemanden waren verkauft worden. Es entstand daher die Frage, wer den Sachen tragen müsse? Paulus unterscheidet, ob die Sachen bereits übergeben waren, oder nicht. In dem ersten Fall trage der Käufer den Schaden, der Aedil mag Recht oder Unrecht gehabt haben. Denn der Käufer war Eigenthümer der Sache geworden. In dem letzten Falle hingegen war entweder der Käufer selbst daran Schuld, durch dessen Säumniß der Verkäufer war veranlaßt worden, die Sachen auf die Strasse zu stellen; oder der Verkäufer war Schuld, oder keiner von beyden. In dem ersten Falle geht der Schade wieder über den Käufer, in dem andern hingegen über den Verkäufer. Ueber wen aber in dem dritten Falle? entscheidet das Gesetz nicht deutlich. Noodt<sup>68)</sup> meint daher, der Verkäufer erage auch hier die Gefahr, weil hier die Sachen nicht durch einen Unglücksfall, sondern durch die widerrechtsliche Handlung des Aedils vernichtet worden wären. Dieses dem Verkäufer widersfahrne Unrecht könne also nur ihm schaden.

Allein es ist merkwürdig, was Julian L. 13. D. h. t. sagt: *Eumque cum Aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem Legis Aquiliae; aut certe cum*

68) Comm. ad Dig. h. t. §. Admonet. pag. 416.

cum venditore *ex emto* agendum esse, ut is actiones suas, quas cum Aedile habuisset, ei praestaret. Für den Magistrat streitet zwar die Vermuthung, daß er pflichtmäsig gehandelt habe. Allein daß zuweilen, insonderheit die Aedilen, durch unzeitige Hizc, oder unrechten Hass verleitet, die Gränzen ihres Amts überschritten, und widerrechtlich handelten, lehren mehrere Beispiele des römischen Alterthums<sup>69)</sup>). Ein solcher Fall wird hier von Ulpian angenommen. Magistratus municipales konnten dann wegen eines solchen widerrechtlichen Schadens *ex Lege Aquilia* belangt werden<sup>70)</sup>. War nun der Schade nach der Uebergabe geschehen, so konnte der Käufer selbst als Eigenthümer klagen. War hingegen die von dem Aedil widerrechtlich zerbrochene Sache dem Käufer noch nicht tradirt worden, so stand die Klage des Aquilischen Gesetzes dem Verkäufer zu, der jetzt noch Eigenthümer war; allein der Käufer konnte *ex emto* gegen den Verkäufer klagen, daß dieser ihm seine Klage gegen den Aedil cedire. Dies setzt also Erstens den Fall voraus, daß der Verkäufer eben so gut, wie der Käufer, außer aller Schuld war. Nam nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest<sup>71)</sup>). Es beweiset aber auch zweyten, daß hier

96) *S. Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 5.

70) *L.* 29. §. 7. *D. ad Leg. Aquil.* *L.* 32. *D. de iniur.* Ob während ihres Amtes, oder erst nachher? ist streitig. *S. Ed.* HENRYSON pro Eg. Barone adversus Goveanum de iurisdictione Lib. I. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 453.)

71) *L.* 134. §. 1. *D. de div. reg. iuris.*

der Käufer die Gefahr tragen müsse, denn wozu wäre ihm sonst eine Cession der Klage gegen den Aedil nöthig gewesen, da er durch die Contractsklage gegen den Verkäufer schon gedeckt gewesen wäre<sup>72)</sup>). Aus Allem geht also soviel hervor, daß die L. 12. 13. et 14. D. h. t. bis dahin nichts von dem oben aufgestellten Rechtssatz abweichendes enthalten.

2) Der andere Fall, den Paulus in dem §. 1. der L. 14. h. t. entscheidet, ist, wenn die verkauft Sache gestohlen worden. Auch hier unterscheidet Paulus, ob die Entwendung vor oder nach der Uebergabe geschehen ist. In dem ersten Fall trage der Verkäufer, in dem andern der Käufer den Schaden. Nach der gemeinen, von der Glossa herstamrienden Erklärung<sup>73)</sup> soll hier von einer materia in genere vendita die Rede seyn, welche noch erst durch Bezeichnung oder Uebergabe bestimmt werden müßte. Es wäre nämlich eine gewisse Zahl Balken aus einer größern Quantität verkauft worden. Solang diese noch nicht ausgewählt und bezeichnet waren, müsse freylich der Verkäufer die Gefahr tragen, weil der Kauf noch nicht zur Perfection gediehen sey. Man glaubt, die Worte: *Videri autem trubes traditas, quas eintor signasset*, gäben dieses nicht undeutlich zu erkennen.

Allein so wenig diese Worte, als der Ausdruck *materia*, welcher in dem Gesetz gebraucht wird, nöthigen uns, hier

72) *S. Guid. PANCIROLUS Thes. variar. Lection. L. II. Cap. 40.* (in *Jurisprud. Rom. et Attica T. II.* pag. 1158.) und Westphal vom Kauf. § 615.

73) *S. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.*

hier einen noch unvollkommenen Kauf anzunehmen, um erklären zu können, warum der Verkäufer die Gefahr des Diebstahls vor der Uebergabe trage. Schon Lyklas ma<sup>74)</sup> hat sehr richtig bemerkt, daß der Ausdruck materia hier von keinem Genus, sondern vielmehr, wie er auch an andern Orten<sup>75)</sup> gebraucht wird, von einer verkauften Species zu verstehen sey. Die Entscheidung des Gesetzes geht also von einem ganz andern Princip aus. Es ist nämlich ein Grundsatz des Röm. Rechts, derjenige, welcher custodia präfert, steht unbedingt für jedes furtum<sup>76)</sup>). Denn man hieß den Fall für undenkbar, daß eine Sache, welche gehörig verwahret wird, auf keine Art gegen heimliche Entwendung zu sichern gewesen wäre<sup>77)</sup>). Nur für Gewalt steht der custodiens nicht,

## § 2

quia

74) Membranar. Vol. II. Lib. VI. Eccl. 3. pag. 33.

75) L. 12. pr. *D. de Usufructu.*

76) §. 13. 15. et 16. *I. de obligat. quae ex delicto.* L. 12. pr. L. 14. §. 10. et 17. *D. de furtis.* L. 52 c. 5. *D. Pro socio.* E. Egid von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa. IV. Absch. S. 163. ff. *Nippeius 240 n. 2)*

77) Die L. 14 §. 12. *D. de furt.* wo Ulpian sagt: Quod si conduxit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res, stehen nicht entgegen. Denn Culpa heißt hier nichts anders, als omissio custodiae. Es giebt aber auch Fälle, wo eine Sache ohne Unterlassung der custodia geslohlen werden kann. Dabin gehört, wenn sie entweder gar nicht custodiri zu werden pflegt, wie dies bey den Röm. Sklaven der Fall war, L. 21. pr. *D. de rei vindicat.* L. 14. §. 6. *D. de furt.* oder wenn sie nicht durch ein einfaches, sondern qualificites furtum, durch Einsteigen oder Einbrechen entwendet wird. L. 1. Cod. de locato et cond. S. von Löhr a. a. D. IV. Abschn. S. 181. ff.

quia custodia, sagt Uleratius L. 31. pr. D. de act. emti et vend. adversus vim parum proficit, wenn ihm nur keine besondere Schuld dabei zur Last fällt. Dass nun der Verkäufer zur custodia verpflichtet sei, ist schon an einem andern Ort<sup>78)</sup> gezeigt worden. Er haftet daher für jeden durch Diebstahl entstandenen Schaden, da jedes furtum durch sorgfältigere custodia zu verhindern gewesen wäre. Dies beweist nun nicht nur die Stelle des Paulus L. 14. §. 1. D. h. t. Materia emta, si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, respondit, si minus (d. i. vor der Übergabe), venditoris; sondern eben dieses bestätigen auch noch mehr folgende Gesetzstellen.

L. 31. pr. D. de act. emti et vend. Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen proprius est, ut nihil amplius, quam actiones consequendae eius praestari a me emtori oporteat; quia custodia adversus vim parum proficit.

Ausser dem Fall einer gewaltsamen Entwendung, ist also der Verkäufer in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schaden hätte abgewendet werden können. Braucht er dort nur allenfalls dem Käufer seine Klagen zur Verfolgung der Sache zu cediren; so wird er hier, wo durch seine rechlich zu vermutende Omissio custodiae die Sache gestohlen worden, durch die Cession der Kla-

78) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 984. Man vergleiche damit noch vorzüglich Jo. Casp. GENSLER Exercitat. iur. civ. ad doctrinam de culpa Fascic. I. (Ienae 1813. 8.) Exercit. IV. §. 2.

Klagen nicht loskommen, sondern den Schaden unabdingt ersetzen müssen; ohne Rücksicht, ob er von dem Diebe seine Entschädigung erhalten könne, oder nicht.

*L. 35. §. 4. D. de contrah. emt.* Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertisendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat. Si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, quem bonus paterfamilias suis rebus adhibet: (denn heimliche Entwendung kann jeder gute Hausvater durch die ihm eigene Sorgfalt verhüten) quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, (nämlich durch eine Gewalt, für welche es keine custodia giebt) securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori.

*L. 14. pr. D. de furtis.* Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, CELSUS scripsit. Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem, et vindicationem: et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id prae-stare eum emtori oportebit. Quae sententia vera est, et ita et IULIANUS. Et sane periculum rei ad emtorem pertinet; dummodo CUSTODIAM venditor ante traditionem praestet.

Auf diese Art können wir denn nun auch der Dis-sinction überhoben seyn, welche Anton Faber<sup>79)</sup>, um die angeführten Gesetzstellen mit der Lehre des Kaisers Justinian im §. 3. I. de contr. emt. zu vereinigen,

zwi-

79) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 4.

zwischen Unglücksfällen macht, welche ex causa aliqua extrinseca herrühren, und solchen, welche an der Sache selbst dargestalt geschehen, daß diese ganz zu existiren aufhört. Das erste soll der Fall seyn, wenn das verkaufte Grundstück publicirt, oder die Sache gestohlen wird. Hier trage der Verkäufer die Gefahr, und er müsse wenigstens dem Käufer seine Klagen cediren; könne er dieses nicht, so müsse er, ohne jedoch ein weiteres Interesse leisten zu dürfen, das Kaufgeld zurückgeben. Wenn aber die Sache durch den Unglücksfall ganz zu Grunde gegangen ist, so habe der Käufer die Gefahr, und müsse daher das Kaufgeld dennoch bezahlen, wenn ihm gleich die Sache nicht tradirt werden kann. Denn hier habe es an dem Käufer gelegen, den Besitz und das Eigenthum der Sache durch Bezahlung des Kaufgeldes zeitiger an sich zu bringen. Diese Distinction, glaubt Faber, bestätige Justinian in dem §. 5. I. de contr. emt. nicht unbedeutlich, indem er erstens Beispiele des gänzlichen Untergangs der verkauften Sache, nachher aber Beispiele von solchen Zufällen anführe, wo durch die Sache nicht zu existiren aufhört, nämlich wenn der verkauft Sklave vor der Uebergabe entläuft, oder gestohlen wird. Hier sagt Justinian, werde der Verkäufer nicht frey, sondern müsse seine Klagen dem Käufer cediren. Habe der Verkäufer keine Klagen zu cediren, welches z. B. der Fall sey, wenn die gestohlene Sache eine fremde Sache ist, oder die Sache confiscirt worden; so habe zwar Justinian dieses Falles nicht gedacht. Er müsse aber aus den Gesetzen der Pandecten ergänzt werden. Dieses wären denn die L. 35. §. 4. D. de contr. emt. und die L. 35. D. Locati. In der ersten Stelle werde gesagt: Unde videbimus in personam eius, qui alienam

rem

rem vendiderit, *cum* *is nullam vindicationem aut condicione habere possit*; ob id ipsum damnandus est; quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. Dieses könne nun anders nicht verstanden werden, als es Africani L. 33. erklärt, nämlich daß der Verkäufer das Kaufgeld zwar wieder herausgeben müsse, sonst aber keinen weiteren Ersatz wegen des Interesse leisten dürfe, weil sich vor der Übergabe keine eigentliche Eviction gedenken lasse<sup>80)</sup>). Allein wie wenig dieser Unterschied zur Aufklärung der Sache beitrage, hat schon Wilhelm Ranchinus<sup>81)</sup> hinlänglich gezeigt. Sie wird auch durch die L. 33. D. Locati schon von selbst widerlegt. Jedoch hat ihn Schifordeghet<sup>82)</sup> zu vertheidigen gesucht.

## §. 1034.

Wenn ist der Kauf in Hinsicht der Gefahr für vollkommen zu halten?

Es ist schon an einem andern Orte<sup>83)</sup> bemerkt worden, daß man die Perfection des Kaufs, von welcher blos die verbindende Kraft desselben abhängt, von derjenigen Vollkommenheit unterscheiden müsse, mit welcher die Gefahr der Sache auf den Käufer übertragen wird. Von der ersten ist schon oben gehandelt worden. Von der letzten ist hier die Rede. Hierüber belehrt uns nun Paulus am bestimmttesten, in der hicther gehörigen Haupstelle der L. 8. pr. D. h. t. wo er sagt:

Neces-

80) L. 3. Cod. de evict. L. 74. §. 2. D. eodem.

81) Variar. Lection. Lib. III. cap. 12. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. 5. pag. 964. sqq.)

82) Ad Ant. Fabrum Lib. II. Tract. XVIII. Qu. 5.

83) S. den 16. Th. dieses Commentars. §. 972. S. 15. ff.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. *Et, si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio.*

Nach dieser Stelle ist also eine blos verbindliche Einwilligung, welche den einseitigen Rücktritt von dem Contract hindert, noch nicht hinreichend, wenn die Gefahr auf den Käufer übergehen soll, sondern der Kauf muß soweit zur Perfection gebiehen seyn, daß der Verkäufer als ein debtor speciei zu betrachten ist. Dazu wird nun aber nach der Lehre unsers Paulus breyerley erforderlich. 1) Der Gegenstand muß völlig, und also nicht blos der Gattung nach, sondern individuell nach Qualität und Quantität bestimmt; 2) der Preis gewiß, und 3) der Kauf unbedingt seyn. Es wird sich dieses in der Folge durch Verbindung mit andern Gesetzen näher aufzuklären. Hier bemerke ich nur noch, daß bei Subhastationen der Kauf erst durch den Zuschlag seine Perfection erhält. Erst von dieser Zeit an geht daher die Gefahr auf den Käufer über<sup>84)</sup>.

### §. 1035.

#### ✓ Unvollkommenheit des Kaufs in Ansehung der Einwilligung.

Solang der Kauf noch nicht zur Perfection gebiehen ist, trägt also der Verkäufer die Gefahr. Der Kauf kann aber noch unvollkommen seyn 1) in Ansehung der Einwilligung. Dahin gehört 1) wenn die Con-

<sup>84)</sup> S. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

trahenten verabredet haben, daß sie den Kauf schriftlich schließen wollen, und der schriftliche Aufsatz noch nicht ausgesertiget und unterschrieben ist<sup>85</sup>). 2) Wenn der Kauf unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden, und diese noch pendent ist<sup>86</sup>). Es ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob die Sache ganz zu Grunde geht, oder nur durch Zufall beschädigt wird. Im ersten Fall geht die Sache dem Verkäufer, jedoch nicht als solchem, sondern als Eigentümer, zu Grunde. Denn sollte auch die Bedingung nachher existiren, so kann doch der Kauf nun wegen Mangels der Sache nicht mehr zur Perfection gelangen, sondern er ist und bleibt ungültig<sup>87</sup>). Ganz anders verhält es sich in dem letztern Falle. Denn hier ist die Sache, wenn die Bedingung existirt, noch da, sen sie auch immerhin durch Zufall verschlechtert worden. Es fehlt also nicht an einer Materie des Kaufs. Denn über eine solche Sache konnte gleich anfangs ein Kauf unbedingt geschlossen werden. Sie konnte daher auch auf des Käufers Gefahr schlechter werden. Billig träßt also hier der Käufer den Schaden, weil die Bedingung, wenn sie zur Wirklichkeit kommt, retrotrahirt wird, als ob der Contract gleich anfangs unbedingt geschlos-

85) §. 5. I. de contrah. emt. L. 4. Cod. de peric. et comm. rei vend.

86) L. 7. pr. D. de contr. emt. L. 5. Cod. de peric. et comm. rei vend.

87) L. 10. §. 5. D. de iure dot. Jac. CUSACIUS in Julio Paulo ad L. 8. pr. D. h. t. (Oper. postum. a FABROTO editor. T. II. pag. 542. sqq.) Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Satis. pag. 415. Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

schlossen worden wäre<sup>88)</sup>. Daher sagt Paulus L. 8 pr. D. h. t. Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio: si cuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, PROCULUS et OCTAVENUS emtoris esse periculum aiunt. Idem POMPONIUS libro IX. probat. — Quod si pendente conditione res tradita sit: emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur; et fructus medii temporis venditoris sunt: sicuti stipulationes et legata conditio-nalia peremuntur, si pendente conditione res ex-tincta fuerit. *Sane si exstet res, licet deterior effe-cta, potest dici esse damnum emtoris.* So liestet die Florentinische Ausgabe der Pandecten. Die glossirte Aus-gabe des Petrus ab Urca Baudoza Cestius hingegen, mit welcher zum Theil auch die Haloadrianische über-einstimmt, enthält nach den Worten venditoris sunt, noch Folgendes: *Plane si pendente conditione res in-terierit, perimitur emtio;* sicuti stipulationes u. s. w. Accursius bemerkt hier, daß diese fehlenden Worte aus andern Handschriften, um des Zusammen-hangs willen, notwendig ergänzt werden müßten. In unserer Erlangischen Handschrift der Pandecten befinden sich jedoch diese Worte eben so wenig, als in der Floren-zinischen. Wird blos der Vollziehung des Contracts eine Bedingung hangesfügt, z. B. der Verkäufer soll die Waare nicht eher zu übergeben schuldig seyn, als bis das Kauf-geld.

88) *Ant. FABER Rational* in Pand. ad L. 8; pr. D. h. t. ad verb. *Sane si exstet res* und *Ge. KRANTZKUS Commen-tar.* ad Dig. h. t. nr. 23. et 24.

geld bezahlt seyn wird<sup>89)</sup>; oder ist die Bedingung eine resolutive, so wird dadurch die Perfection des Contracts nicht gehindert<sup>90)</sup>, und eben so wenig durch den Vertrag, wodurch sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehält<sup>91)</sup>). Ja zuweilen kann selbst der unter einer suspensiven Bedingung geschlossene Kauf sofort für perfect gehalten werden, wenn gleich die Bedingung noch schwebt. Paulus selbst führt einen solchen Fall an *L. 8. §. 1. D. h. t.* *Si ita venierit, est ille servus emtus, sive natus ex Asia venerit, sive non venerit, IULIANUS putat, statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam.* Die Verabredung, es soll Dir die Sache verkauft seyn, die haben vorausgesetzte Begebenheit möge zur Wirklichkeit kommen oder nicht, ist eigentlich keine bedingte. Denn eine Bedingung ist eine ungewisse Begebenheit, von deren zu erwartenden Wirklichkeit es abhängt, ob der Vertrag seine Perfection erhalten wird, oder nicht. Wenn nun zwei einander entgegengesetzte Bedingungen, zwischen denen kein Drittes möglich ist, sind hinzugesetzt worden, wie in dem Falle, den Paulus hier entscheidet; so ist offenbar, daß eine von beiden existiren muß. Es muß also auch natürlich der Vertrag schon für vollkommen gehalten werden, ehe es noch gewiß ist, ob die eine oder die

89) G. ALEF Diss. de eo, quod iustum est circa periculum et commod. rei vend. Cap. III, §. 52.

90) L. 20. §. 1. D. de praescript. verb. L. 2. pr. et §. 2. D. de in diem addict.

91) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. Man siehe auch den 16. Th. §. 1000. S. 232.

die andere Gegebenheit sich ereignen wird, weil hier keine solche Ungewissheit des Erfolgs denkbar ist, von welcher die Gültigkeit derselben abhängig seyn könnte. Der Vertrag, unter einer solchen Bedingung geschlossen, quae omnimodo exstitura est, ist also so gut, wie ein unbedingter<sup>92)</sup>). Dennoch wird der Clausel: *sive illud sacram fuerit, sive non fuerit* in andern Gesetzen z. B. bei Vermächtnissen, die Wirkung einer Bedingung bezeugt<sup>93)</sup>; und sie wirkt auch bei Verträgen wenigstens soviel, daß nicht eher auf Erfüllung geklagt werden kann, als bis einer von beiden Fällen existirt, wenn auch gleich bei einer etwa schon früher geschehenen Erfüllung keine Zurückforderung statt findet<sup>94)</sup>). Demohngeachtet ist und bleibt es gewiß, daß der Kauf, der unter der gedachten Clausel geschlossen worden ist, gleich für perfect zu halten sei, mithin die Gefahr auf den Käufer übergehe, ehe sich noch einer von beiden Fällen ereignet hat; weil hier der Fall, daß der Kauf für nicht geschlossen gehalten werden dürfe, gar nicht denkbar ist, wie die Worte: *quoniam certum est, eam contractam, anbieten sollen.* Endlich 3) wenn sich der Käufer ausbedungen hat, daß er die Sache erst kosten wolle, so ist der Kauf nicht eher gültig, als bis er die Sache gekostet, und nach seinem Geschmack gut befunden hat. Er kann daher auch von dem Contract wieder abgehen, wenn ihm nach erfolgtem Ausproben die Sache nicht geschmeckt hat.

L. 1.

92) L. 9. §. 1. D. de novat.

93) L. 13. D. Quando dies legator.

94) L. 18. D. de condic. indebiti. Jac. cujacius in Jul. Paulo ad L. 8. §. 1. D. h. t. und Ant. FABER Rational. in Pand. ad eund. loc.

*L. 1. pr. D. h. t.* Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emtoris erit damnum: quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit. Quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, *quoad degustetur vinum: videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum.* Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit: aut non convenit, *et usque ad degustationem sustinebit.* Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emtore vasa vel dolia, consequenter dicemus, adhuc periculum esse venditoris: nisi si aliud convenit.

*L. 4. princ. D. h. t.* Si quis vina vendiderit, et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quominus degustarentur: utrum praeteritum duntaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet; an vero etiam die praeterito, ut, si forte corrupta sint, posteaquam dies degustandi praeterit, periculum ad venditorem pertineat? an vero magis emtio sit soluta, quasi sub conditione venierint, hoc est, si ante diem illum fuissent degustata? et intererit, quid actum sit. Ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici, emtionem manere; periculum autem ad venditorem respicere, etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est.

*L. 4. §. 1. D. eodem.* Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed *omne periculum ad emtorem pertinere*. Difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet: quare si dies degustationi adjactus non erit, quandoque degustare emtor poterit; et, *quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit*. Dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit.

*L. 34. §. 5. D. de contrah. emt.* Alia causa est degustandi, alia metiendi. *Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat:* mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

Die beiden ersten Gesetzstellen sind aus des Ulpian libro 28. ad Sabinum genommen. Die Ausleger<sup>95)</sup> haben

95) Man vergleiche *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. III. cap. 6. *Jac. Cujacius* Observation. Lib. XXIII. cap. 34. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. et 4. h. t. *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 12. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Injecta*. pag. 414. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Guil.* EEST Ratio emendandi Leges Cap. VIII. et IX. §. 1.—11. *Franz Schömann* Handbuch des Civilrechts 2. Bd. Seite 216. ff. *Jo.* Casp. GENSLER Commentat. de emtione venditione, quae fit ad mensuram, adnumerationem, pondusve, vel ad gustum. Jenae 1814. 8. §. 6. et 7. und Westphal vom Kauf §. 583. und 596.

ben in denselben mancherlei Schwierigkeiten gefunden, welche einige durch Emendation der Leseart, andere durch Unterscheidung der Worte des **Sabir.us** von den Anmerkungen des **Ulpian**, welche **Tribonian** mit einander vermischt habe, zu heben bemüht gewesen sind. Es wird nämlich in diesen Stellen, welche von dem Verkaufe des Weins handeln, ein Unterschied gemacht, ob dabei das Ausproben vorbehalten worden, oder nicht. Von dem letztern Falle handelt die **L. 1. pr. D. h. t.** Hier geht die Gefahr sowohl des gänzlichen Untergangs, als der Deterioration der Sache sofort nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer über. Eben dieses wird nochmals in der **L. 4. §. 1. D. h. t.** wiederholt. Jedoch wird **L. 1. pr. h. t.** eine Ausnahme in dem Falle gemacht, wenn der Verkäufer die Gefahr übernommen hat. Hier entscheidet nun der Vertrag, wie lange er sie trägt. Ist keine Zeit bestimmt, so soll er sie bis zum erfolgten Ausproben behalten, weil nun erst der Contract zur endlichen Vollkommenheit gebiehen ist. Diese Entscheidung ist unbedeutlich. Wie kann, wenn kein Auskosten ausbedungen worden, und der Verkäufer überdem noch die Gefahr der Sache selbst übernommen hat, die Perfection des Contracts erst noch von einem erfolgenden Ausproben abhangen? Um sich dieses Rätsel zu erklären, sage **Wilhelm Best**<sup>96)</sup>, muß man die Worte des **Sabinus**, über den Ulpian commentirt, von den eingemischten Anmerkungen des letztern unterscheiden. Nun seien die Worte der **L. 1. Si vinum venditum, bis quoad se**

96) Ratio emendandi Leges. Cap. VIII. §. 3. sqq. u. Cap. IX. §. 5. et 4.

se subiecit, Worte des Sabinus; so wie die Worte  
der L. 4. §. 1. h. t. Ex hoc apparet bis omne peri-  
culum ad emtorem pertinere. Denn kein Tropfen  
Wasser könne dem andern so ähnlich seyn, als hier ein  
Satz dem andern. Nun stelle Sabinus den Grundsatz  
auf: ist eine gewisse Quantität Wein überhaupt und ohne  
Maas (aversione) für einen Preis verkauft, auch we-  
gen des Ausprobens nichts bedungen worden, so steht der  
Verkäufer nur für custodia, der Käufer hingegen trägt  
den Zufall, wenn der Wein, ohne des Verkäufers  
Schuld, verdorbt, oder ganz zu Grunde geht. Denn die  
Richtigkeit des Handels war hier weder von einer Ab-  
mensuration noch Degustation abhängig. Dagegen wende  
aber Ulpian ein, es werde wohl Niemand leicht Wein  
in Quantität kaufen, ohne sich das Versuchen derselben  
vorzubehalten. Sei daher auch in dem Vertrage nichts  
davon erwähnt, so müsse man es doch nach der Intention der  
Contrahenten als eine stillschweigende Bedingung des Han-  
dels betrachten. Der Verkäufer werde daher die Gefahr  
bis dahin tragen, da das Ausproben von Seiten des  
Käufers erfolgt seyn wird. Denn nun erst könne man  
sagen, der Kauf habe seine Vollkommenheit erreicht.  
Dem sei nun übrigens, wie ihm wolle, so ist soviel  
wohl gewiß, daß ohne eine Verabredung wegen des noch  
zu geschehenden Auskostens anzunehmen, der Satz des  
Ulpian, daß der Handel bis zur erfolgten Degustation  
noch unvollkommen sei, unmöglich wahr seyn könne, zu-  
nial wenn der Verkäufer sogar die Gefahr der Sache  
übernommen hat. Wir können auch jetzt in der Verbin-  
dung, in welcher nun die Worte dieser Stellen auf ein-  
ander folgen, ohne Widerspruch, den Satz nicht gelten  
lassen,

lassen, daß sich beym Weinkauf das Auskosten auch ohne Vorbehalt schon von selbst verstehe. Denn sonst könnten es ja die Gesetze dem Käufer nicht zur Schuld anrechnen, die er sich selbst zuzuschreiben habe, daß er sich das Auskosten nicht vorbehalten hat, wie es in der L. 15. D. h. t. geschieht, wo Cajus sagt: *Si vina, quae in dolis erunt, venierint, eaque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint: siquidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emtori: quod si nihil adfirmavit, emtoris erit periculum; quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet.* Ist nun aber das Ausproben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden, von welchem Falle besonders die L. 4. pr. und §. 1. D. h. t. reden, so ist nach dem Inhalt der angeführten Gesetzstellen wieder zu unterscheiden, ob die Contrahenten eine gewisse Zeit dazu bestimmt haben, oder nicht. In dem ersten Falle hat bis zum Degustations-Termin der Verkäufer die Gefahr. Bevor also der Degustations-Termin eintritt, ist der Contract nicht perfect. Nach Ablauf desselben geht die Gefahr auf den Käufer über, weil alsdann erst die Perfection des Contracts eintritt. Es muß nur nicht etwa der Verkäufer dem Käufer, der sich zur bestimmten Zeit zum Auskosten einsand, daran hinderlich gewesen seyn, denn sonst behält der Verkäufer die Gefahr auch noch nach Ablauf der bestimmten Zeit so lange, bis er durch eine spätere mordes. Käufers derselben entledigt worden ist<sup>97)</sup>). In dem andern Falle hingegen, wenn keine Zeit zum Ausproben be-

97) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. pr. D. h. t.

Glücks Erläut. d. Pand. 17. Th.

bestimme worden ist, kann der Käufer den Wein versuchen, wenn ehe er will, und der Verkäufer hat bis dahin die Gefahr, und zwar ohne Unterschied, der Wein mag durch den ihn etwa betreffenden Zufall ganz zu Grunde gehen oder nur verschlechtert werden. Zwar sprechen die angeführten Gesetzstellen nur vom acor und mucor, allein es lässt sich daraus nicht folgern, daß der Verkäufer für die Gefahr des Untergangs nicht stehe dürfe. Offenbar reden die Gesetze nur exemplificativisch, und so wie dadurch nicht andere Arten der Deterioration, welche der Wein erleiden kann, ausgeschlossen sind, so kann auch die Gefahr des gänzlichen Zugrundegehens keinesweges für rechtlich ausgeschlossen gehalten werden. Man sieht es auch noch mehr daraus, weil in dem entgegengesetzten Falle, da nämlich der Wein unbedingt, und ohne Vorbehalt des Versuchs gekauft worden ist, omne periculum auf den Käufer übergehen soll, ohnerachtet kurz vorher gesagt war, der Verkäufer stehe weder für acor noch mucor. Warum sollte es denn nun anders seyn, wenn sich der Käufer das Auskosten vorbehalten hat, zumal da hier der Contract, bevor das Auskosten geschehen ist, noch gar nicht einmal seine Perfection erreicht hat? und wo sagt denn das Gesetz nur mit einem Worte, der Käufer trage, des vorbehaltenen Auskostens ungeachtet, des periculum interitus<sup>98)</sup>? Daß endlich die Gesetze bei der emtio vini ad gustum vel non in Absicht auf die Gefahr keinen Unterschied zwischen dem peri-

98) Gleichwohl will dieses THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts §. 175. lit. D. behaupten. Man sehe aber dagegen GENSLER cit. Commentat. §. 6. Not. 13. pag. 13—20.

periculum interitus und dem periculum deteriorationis gemacht wissen wollen, erhellst aus den Anfangsworten der *L. 1. pr. D. h. t.* wo die Fälle, si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, und si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa einander gleichgesetzt werden. Damit aber doch der Käufer das sich vorbehaltene Auskosten nicht, zum Nachtheil des Verkäufers, allzulang verschiebe, so kann nach Ablauf einiger Zeit der Verkäufer den Käufer dazu auffordern, und ihm ankündigen, daß wenn er den Wein nicht bald versuchen würde, man dieses für eine stillschweigende Missbilligung ansehen, und den Wein weiter verkaufen werde<sup>99)</sup>). Es kann ihm auch auf Verlangen des Verkäufers ein Termin vom Richter gesetzt werden. Denn wenn das Gesetz sagt: Si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, so kann dieses nur unter der Bedingung verstanden werden, so lange nämlich der Verkäufer sich nicht regt, und den Käufer interpellirt<sup>100)</sup>). Hieraus erklärt sich das Ende der *L. 4. §. 1. D. h. t.* Dies enim degustationi praestitutus, meliorem conditionem emtoris facit. Denn ist eine Zeit zum Ausproben bestimmt, so muß der Verkäufer diesen Termin abwarten, ohne das Auskosten früher verlangen zu können, und mittlerweile die Gefahr tragen. Man hat zwar bey diesen Worten

{ 2

viel

99) *L. 1. §. ult. L. 4. §. ult. D. h. t.* **G. voET** Comm. ad Pand. h. c. §. 3. Man sehe auch **Westphal** vom Kaufe §. 583. **G. 441.** und **MALBLANC** Princip. iur. Rom. P. III. h. c. §. 552.

100) **CENSLER** Comm. cit. §. 7. N. 15. pag. 21. sq.

viel Schwierigkeit gefunden. Man glaubt dieser Grund stehe mit dem Vorhergehenden im Widerpruch, weil die Bestimmung eines Degustationstermins für den Verkäufer vortheilhafter sey, als für den Käufer. Cujacius<sup>1)</sup>, dem auch Anton Faber<sup>2)</sup> und Pothier<sup>3)</sup> bestimmen, will daher entweder *non praestitutus*, oder statt *emtoris*, *vendoris* gelesen wissen. Best<sup>4)</sup> hingegen, welcher *cane peius et angue obscoenam istam atque infastam particulam non*, wie er sich ausdrückt, hast, eignet diese Worte dem Sabinus zu, und glaubt, sie wären von den ersten Worten des S. I. der L. 4. Si aversione etc. welche er ebenfalls für Textes-Worte des Sabinus hält, durch die eingeschaltete Anmerkung des Ulpianus, welche mit den Worten: *Difficile autem est, etc. angehen soll*, getrennt worden. Die ganze Lehre des Sabinus sey nämlich folgendermaßen zu fassen: *Vino per aversionem vendito solo custodia praestatur a venditore. Idem est, si uno eodemque pretio venit certus vasorum numerus, et emtor expresse pactus non est, ut vinum degustaretur: dies enim degustationi praestitutus amovet periculum rei venditae usque ad dici lapsum, ad venditorem, adeoque meliorem emtoris facit conditionem.* Auch Merill<sup>5)</sup> verwirft die Cujazische Emendation, und glaubt, es solle durch die angeführten Worte nur überhaupt der Sinn aus-

1) Observation. Lib. XXIII. cap. 34.

2) Rational. in Pand. ad L. 4. §. 1. D. b. t.

3) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XIV. not. e.

4) Ratio emendandi Leges Cap. VIII. §. 3. et 15.

5) Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 12.

ausgedrückt werden, daß es ein Vortheil für den Käufer sey, wenn wegen des Ausprobens bey dem Weinkauf etwas ausgemacht worden, weil es bis dahin keine Gefahr habe. Ulpian, dem er diese ganze Stelle ohne Unterschied zuschreibt, schließe nämlich hier a die praestituto ad diem non praestitutum. So wie nämlich der Verkäufer, wenn eine Zeit zum Auskosten bestimmt worden, die Gefahr habe, so liege sie ihm auch in dem entgegengesetzten Falle zur Last, bis der Käufer den Wein versucht hat; und in jedem Falle befindet sich der Käufer dabei besser, als wenn wegen der Degustation gar nichts bedungen worden ist. Johann Jacob Wissenbach<sup>6)</sup> hat diese Erklärung wörtlich angenommen, und ihr nähert sich auch die Erklärung des Herrn Hofr. Gensler<sup>7)</sup>. Man sieht wenigstens aus Allem soviel, daß keine Noth vorhanden sey, zu einer so violenten Crisis, die sich Cuzjaz erlaubt hat, seine Zuflucht zu nehmen. Uebrigens bemerkt Ulpian sehr richtig, daß das bloße Bezeichnen der Fässer, worin sich der gekaufte Wein befindet, die Gefahr nicht auf den Käufer wälze, so lange noch kein Ausproben erfolgt ist. Denn die Meinung des Trebatius, daß das Bezeichnen der Fässer für eine Tradition zu halten sey, ist schon von Labeo verworfen worden, dem Ulpian hier bestimmt<sup>8)</sup>. Die Zeichnung geschieht nur, um Verwechslung der Fässer zu verhüten. Ob aber der Käufer der sich das Auskosten vorbehalten hat, so geradezu sagen könne, der Wein schmecke ihm nicht,

wenn

6) Exercitation. ad Pand. Vol. I. Disp. XXXV. Th. 26.

7) Cit. Commentat. §. 6. Not. 13. pag. 18. lit. e.

8) L. i. §. 2. D. h. t.

wenn ihn Kenner für gut finden, ist in neuern Zeiten in Zweifel gezogen worden. Schöman<sup>9)</sup> glaubt nämlich, der Käufer könne nicht nach Willkür seinen Geschmack bestimmen, sondern der Verkäufer könne es auf das Urtheil der Weinverständigen ankommen lassen. Denn sonst wäre ja die ganze Verabredung soviel als nichts, quia nulla promissio consistere potest, wie Iavolenus L. 108. § 1. *D. de verbor. obligat.* sagt, quae ex voluntate promittentis statum capit. Diese Meinung scheint dadurch noch eine stärkere Grube zu erhalten, daß die Gesetze, um nicht die Erfüllung des Vertrags von der bloßen Willkür des Verpflichteten abhängig zu machen, ein in solchen Fällen gleichsam stillschweigend bedungenes arbitrium boni viri wollen eintreten lassen<sup>10)</sup>). Allein diese Meinung läßt sich dennoch nicht wohl vertheidigen. Denn das oben angeführte Gesetz sagt unbedingt: gustus ad hoc proficit, ut improbare liceat. Man kann auch hier nicht sagen, es hänge alles von der Willkür des Käufers ab. Denn sein Wille ist hier seinem Geschmack untergeordnet. Dieser Geschmack kann nicht nach den Regeln der Kunst beurtheilt werden, sondern ist ein individueller und unwillkürlicher Zustand unsers organischen Körpers, wie Herr Hofr. Gensler<sup>11)</sup> schon sehr richtig gegen jene Meinung erinnert hat. Was übrigens vom Geschmack gesagt worden ist, gilt auch von andern

9) Handbuch des Civilrechts 2. B. Nr. IX. §. 216. f.

10) L. 7. pr. D. de contrah. emt. L. 24. pr. D. Locati.

11) Cit. Comm. de emt. venditione, quae fit ad mensuram adnumerat. pondusve vel ad gustum. §. 17. not. 15. pag. 20. sqq.

andern Sinnen, z. B. vom Geruch, von Besehen, wenn davon die Billigung des gekauften Gegenstandes, und folglich die Perfection des Contracts abhängig gemacht worden ist<sup>12)</sup>).

## §. 1036.

Unvollkommenheit des Raufs in Rücksicht des Gegenstandes und Preises. *vgl. I. 240 = 4/*

Unvollkommen ist ferner der Kauf II.) in Ansehung des Preises, wenn dieser noch nicht gewiß bestimmt ist. Dahin gehört, wenn die Bestimmung des Preises einem Dritten überlassen worden ist, und dieser seine Meinung noch nicht erklärt hat<sup>13)</sup>). Ein Anders wäre, wenn die Contrahenten sich über den Preis vereinigt, aber mit einander ausgemacht hätten, daß wenn der Käufer die Sache wieder mit Profit verkaufen könnte, er diesen Gewinn mit dem Verkäufer theilen solle. Hier ist der Kauf gleich perfect, und wird auch dadurch nicht ungünstig, wenn der Käufer nachher die Sache entweder gar nicht, oder nicht um einen höhern Preis verkaufen könnte. So lehrt Ulpian L. 7. §. 1. *D. de contrah. emt.* *Si quis ita emerit, est mihi fundus emtus centum, et quanto pluris eum vendidero, valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium, centum: augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum ven-*

12) *S. Sam. STRVK Tract. de iure sensuum. Diss. V. Cap. I. nr. 34 — 36.*

13) *S. den 16. Th. dieses Commentars §. 980. S. 76 — 83.*

vendiderit <sup>14)</sup>). Unvollkommen ist endlich III.) der Kauf in Rücksicht der Sache, welche den Gegenstand des Contracts ausmacht, 1) wenn sie nach Zahl, Maas oder Gewicht verkauft worden, und noch keine Zurechnung oder Zugäzung erfolgt ist. Hier ist zwar der Kauf in Absicht auf das genus perfect, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind. Denn es wird vorausgesetzt, daß das erhandelte genus gewiß sey, und beyde Theile darüber einverstanden sind <sup>15)</sup>). Daher kann auch der Käufer auf die Erfüllung des Contracts klagen, das heißt, er kann darauf klagen, daß ihm die Sache zu messen, zugewogen oder zugezählet werde. Allein imperfect ist der Kauf noch insofern, als entweder die Theile oder Species, die der Käufer von einem gewissen Ganzen haben soll, noch nicht bestimmt sind, sondern ihm erst noch zugezählet, oder zugewogen, oder zugemessen werden müssen; oder wenigstens die Qualität des gekauften Ganzen vor der Zurechnung oder Zugäzung noch ungewiß ist. Daher trägt der Verkäufer bis dahin alle Gefahr, sowohl das periculum interitus als deteriorationis, wie folgende Gesetzestellen lehren.

*L. 35. §. 5. D. de contrah. emt.* In his, quae pondere, numero, mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur, quae in caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut,  
etiam

14) *S. Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Westphal vom Kauf. §. 152.

15) *L. 75. §. 2. L. 94. D. de Verbor. obligat.* *S. GENSLER* Commentat. cit. de emt. venditione, quae sit ad mensuram. etc. §. 4.

etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratae sint. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, *quantumcunque esset*, uno pretio venierit, (sc. *per aversiōnem*) idem iuris est, quod in caeteris rebus. (sc. *ut emtio sit perfecta, simul atque inter emtorem venditoremque de re atque pretio convenerit.*) Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulos metretas; item frumentum, ut in singulos modios; item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emtio perfici? Quod similiter scilicet quaeritur et de his, *quae numero constant*, si pro numero corporum pretium fuerit statutum? SABINUS et CASSIUS tunc perfici emtionem existimant, *cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri*, *ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos, quasve admensus eris: aut in singulas libras, quas appenderis: aut in singula corpora, quae adnumeraueris.*

§. 6. Ergo et si grex venierit: siquidem universaliter uno pretio: perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero *in singula corpora certo pretio*, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

§. 7. Sed et si *ex dolario pars vini* venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) *antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere.* Nec interest, unum

pre-

pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos.

*L. 1. §. 1. D. h. t.* Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: *priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit.* Post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras, vel etiam singula dolia. (i. e. *per aversionem, quidquid in amphoris, et quidquid in doliis esset.*)

*L. 5. D. eodem.* Si amphorae centum ex eo vini, quod in cella esset, venierint, si admensum est; *donec admetiatur, omne periculum venditoris est,* nisi id per emtorem fiat. (sc. quo minus *admetiatur vinum, atque tollatur.*)

*L. 2. Cod. h. t.* Cum convenit, ut *singulæ amphoræ vini* certo pretio veneant: antequam tradantur, *imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui morari mensuræ facienda non interposuit, non fuit.* Cum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura, et claves emtoribus traditas, alleges post perfectam venditionem, quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. Haec omnia locum habent, non solum si vinum, sed etiam si oleum, vel frumentum, vel his similia venierint, et ea aut deteriorata, aut penitus corrupta fuerint.

Diese Gesetze unterscheiden also durchgehends bey einem Verkauf solcher Sachen, die aus mehreren Quantitäten bestie-

bestehen, es sey Wein, oder Oel, oder Getraide u. dergl. auch sogar Heerden Fleß; ob das Ganze, es sey der ganze Vorrath des Verkäufers, oder nur ein bestimmtes Ganzen, z. B. ein Fäß Wein, für einen Preis ohne Rücksicht auf Zahl und Maas; oder ob nach Zahl, Maas und Gewicht entweder das Ganze, oder einzelne Quantitäten desselben gekauft worden sind<sup>16)</sup>). In dem ersten Falle ist der Kauf gleich perfect, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind, denn die Waare ist hier ganz bestimmt. Die Gefahr geht also hier noch vor der Uebergabe auf den Käufer über, und zwar ohne Unterschied, sowohl das periculum interitus als periculum deteriorationis. In dem letztern Falle aber ist der Kauf bis zur erfolgten ungehinderten Zumessung, Zuzählung, oder Zuwägung noch imperfect. Die Gesetze erwähnen hier zwey Fälle. Erstens wenn von einem gewissen Ganzen nur einzelne Quantitäten gekauft worden sind, die durch Zumessen, Zuzählen oder Zuwägen von dem Ganzen erst abgesondert werden müssen. z. B. es kaufst jemand aus einem Weinkeller (doliario) hundert Eymer Wein. Hier bleibt alle Gefahr so lange dem Verkäufer zur Last, bis die Zumessung erfolgt ist. Es muß ihm nur der Käufer daran nicht hinderlich gewesen seyn. Denn vor der Zumessung ist es noch ungewiß, welchen Theil des Weins der Käufer von dem Ganzen erhalten wird. Es kommt übrigens nicht darauf an, ob die 100 Eymer zusammen (in semel) für einen Preis erhandelt worden sind, oder der Preis Eymerweise bestimmt worden ist. Es ist auch gleichviel, ob das Ganze durch Zufall

16) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 981.

zu Grunde geht, oder nur ein Theil desselben<sup>17)</sup>). Zweitens wenn der Käufer zwar das Ganze zusammen, aber Quantitätenweise kaust. Z. B. der Käufer kaust ein ganzes Fäß Wein, dessen Quantum erst durch Zumessung ausgemittelt werden soll, und zwar dergestalt, daß er für jeden Eymer 30 Thlr. bezahlen will. Hier ist zwar die Species selbst, welche der Käufer erhalten soll, schon gewiß, dennoch aber muß der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung die Gefahr tragen, weil vor der Zumessung noch ungewiß ist, wie viel Quantitäten das gekaufte Ganze enthält, und wie viel daher der Käufer dafür zu bezahlen haben wird. Geht also vorher das Ganze zu Grunde, oder der Wein verdürbt, so trägt der Verkäufer diesen Schaden. Anderer Meinung ist jedoch Voet<sup>18)</sup>). Dieser behauptet, wenn Jemand ein gewisses Ganzes für einen nach dem Verhältniß der durch die Zumessung erst auszumittelnden Quantität zu bestimmenden Preis kaust, so müsse der Käufer auch noch vor der Zumessung die Gefahr übernehmen, wenn man nur darüber einig sey, wieviel für jede einzelne Quantität bezahlt werden solle. Denn die Zumessung mache hier keine Bedingung des Contracts aus, von welcher die Gültigkeit des selben abhängig sey, sondern sey nur als ein modus et demonstratio quaedam quantitatis *vini pure pleneque distracti* anzusehen. Franz Alsf<sup>19)</sup>) nimmt zwar auch

17) S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 35. §. 7. D. de contrah. emt.

18) VOET Commentar. in Pand. h. t. §. 4.

19) Diss. cit. de eo, quod iustum est, circa pericul. et commod. rei vend. Cap. III. §. 41.

auch diese Meinung, aber doch nur unter der näheren Bestimmung an, wenn der Verkäufer versichert hätte, das Ganze enthalte eine bestimmte Anzahl von Quantitäten, und der Käufer, sich auf diese Versicherung verlassend, ein dieser Quantität angemessenes Kaufgeld versprochen hätte. Hier sey der Handel gleich perfekt, und der Wille der Contrahenten gehe blos dahin, daß wenn sich bey dem Zumeessen eine geringere Quantität findet, als angegeben worden, soviel vom Preis verhältnismäßig abgehe, als der Abgang der Ware beträgt, der Ueberschuß aber ein Gewinn für den Käufer sey. Samuel Friedrich Wil-  
lenberg<sup>20)</sup> hingegen meint, daß man, wenn der Ver-  
käufer bey dem Verkauf eines gewissen Ganzen die Quan-  
tität angegeben habe, drey Fälle unterscheiden müsse. Die  
Quantität ist a) nur demonstrative angegeben, z. B. ich  
verkaufe dir diesen Haufen Getraide, welcher ohngefähr  
100 Scheffel enthält. Dieser Kauf sey für einen wahren  
Aversional Handel zu halten, die Gefahr gehe also gleich  
auf den Käufer über, denn der Preis bleibe hier der näm-  
liche, es möge sich bey der Ausmessung eine größere oder  
geringere Quantität finden. b) Die Quantität des Gan-  
zen ist restrictive angegeben, z. B. der Verkäufer ver-  
kauft dem Käufer einen Haufen Getraide von 100 Sche-  
ffeln. Hier komme es auf eine Vermessung an, und bis  
dahin habe der Verkäufer die Gefahr. Dieser müsse für  
den Defect stehen, aber auch der Ueberschuß gehöre ihm.  
c) Die Quantität sey modificative beigefügt, z. B. ich  
kaufe

20) Exercitat. de periculo rei ad quantitatem vel gus:um  
venditae, in *Lius Selectis iurisprud. civilis.* P. I. Exer-  
citat. XVII. §. 3—7.

Kause dir diesen Haufen Getraide ab, er muß aber 100 Scheffel enthalten. Hier trage der Käufer die Gefahr vor der Zumessung, dafür lucire er auch den Ueberschuß, und findet sich weniger, so könne er diesen Defect von dem Kaufgilde abrechnen. Mir scheinen aber alle diese Meinungen mit den angeführten Gesetzen nicht überein zu stimmen, welche vielmehr den Grundsatz feststellen, so oft es bey einem Handel noch auf eine Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung ankommt, um entweder die dem Käufer zu übergebenden Theile von einem gewissen Ganzen zu bestimmen, oder um die Größe oder Quantität des gekauften Ganzen auszumitteln, und darnach den Preis zu bestimmen, so ist der Kauf nicht eher perfect, als bis die Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung erfolgt ist, wenn auch der Käufer die Waare, wie er sich vorbehalten hat, versucht, und gut befunden hätte; bis dahin trifft also der Schaden des Zufalls den Verkäufer<sup>21)</sup>). Voet beruft sich zwar zur Begründung seiner Meinung auf die *L. 10. §. 1. D. h. t. wo Ulpian* sagt: *In libro septimo Digestorum JULIANI SCAEVOLA notat: Fundi nomine enitor agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu pars fundi interierit.* Allein es wird hier weiter nichts gesagt, als daß der Käufer wegen des ihm verkausten Grundstücks nicht auf Entschädigung klagen könne, wenn vor der Ausmessung desselben ein Theil davon durch Ueberschwemmung oder durch einen Erdfall untergegangen ist. Ob aber der Verkäufer gegen ihn auf die Bezahlung des ganzen Kaufgeldes klagen könne,

<sup>21)</sup>) GERISLER cit. Commentat. §. 8. et not. 16.

könne, wird hier nicht entscheiden<sup>22)</sup>). Wir haben also hier nicht nötig, mit Anton Faber<sup>23)</sup> anzunehmen, daß man bey unbeweglichen Sachen, welche ad mensuram verkauft worden, eine Ausnahme von der Regel, noch welcher sonst ein solcher Kauf bedingt, und vor der Admensuration noch imperfect sey, gemacht habe. Eben so wenig bedarf es einer Emendation der Leseart, zu welcher Peter Burgius<sup>24)</sup> seine Zuflucht nimmt, welcher in libro septimo *Digestorum Juliani sententiam Scaevola notat* lesen, und diese Stelle so verstehen will, daß hier die Meinung des Julianus vom Scāvola in seinen Digesten sey verworfen worden. Denn wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß diese Leseart wirklich in verschiedenen Ausgaben, und Handschriften der Pandecten gefunden wird<sup>25)</sup>; auch nicht bezweifelt werden kann, daß Scāvola über Julians Digesten Noten geschrieben habe, wovon die Ueberschrift der L. 54. D. de pactis nach meiner Einsicht einen überzeugenden Beweß giebt; so kann doch das Wort *notare* hier nicht für reprehendere genommen werden, weil ja sonst Scāvola die Meinung des Julianus mit Unrecht getadelt hätte, wie auch Gerhard Vloodt<sup>26)</sup> mit Recht erinnert hat.

Wenn

22) S. Bartholom. CHESIUS Interpretation. iuris Lib II Cap. 34. nr. 10. pag. 166. (*Liburni 1657. f.*) und Westphal vom Kauf. §. 599.

23) Rational. in Pand. ad L. 10 §. 1. D. h. t.

24) Elector. Cap. XIII. (in *Thes. iur. Rom. Ottos. Tom. I.* pag. 333.)

25) So liest z. B. Petrus ab Area Gaudioz Cestius und unsere Erlanger Pandecten Handschrift hat: Idem libro 6. Digestorum Iuliani sententiam Scaevola notat.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Similiter* pag. 414.

Wenn nun aber auch gleich der Verkäufer bis zur erfolgten Zummessung, Zugählung, oder Zuwägung die Gefahr ohne Unterschied behält, so muß er deswegen doch auch bis dahin custodiam präsitiren. Nicht nur Ulpian lehrt dieses *L. 1. §. 1. D. h. t.* wenn er sagt: Sed et *custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet*; sondern Caius bestimmt diese custodia noch näher, wenn er *L. 2. §. 1. D. h. t.* sagt: *CUSTODIAM autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet: an vero dolum duntaxat, videamus?* Et puto, *eam diligentiam venditorem exhibere debere*, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum. Die Ausleger haben zwar auch bey diesen Stellen Schwierigkeiten gefunden. Gerhard Vloodd<sup>27)</sup> glaubt, von einer custodia könne hier gar keine Rede seyn, denn die Frage sey de casu, modum custodiae diligentiaeque egrediente. Es hätte also in den angeführten Stellen nicht custodia, sondern periculum heißen sollen; zumal da Ulpian sage: priusquam admittatur vinum, prope quasi nondum venit. Ihm stimmt auch Pothier<sup>28)</sup> bey. Anton Faber<sup>29)</sup> hingegen nimmt mit Accursius einen solchen Fall an, wo vinum doliare, (Wein in bestimmten Fässern<sup>30)</sup>), wovon in

<sup>27)</sup> Comment. ad. Dig. h. t. §. *Initium* pag. 413.

<sup>28)</sup> Pandect. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. c. pag. 511.

<sup>29)</sup> Rational. in Pandect. ad L. 2. §. 1. D. h. t.

<sup>30)</sup> S. *Guil. BUDAEI Annotation. prior. et posterior.* in Pand. ad L. 1. §. 4. D. h. t. pag. 159. (*Lutetiae* 1556. f.)

in der *L. I. §. 4. D. h. t.* die Rede war, also per modum speciei, non generis gekauft, und das Zumeessen, wozu die Contrahenten einen gewissen Tag bestimmt hatten, nicht sowohl dazu geschehen sollte, ut appareret, quantum emeretur, sed ut appareret, quantum emtori aut perisset, aut non perisset, so daß also die Perfection des Kaufs selbst nicht von der Zumeession sey abhängig gemacht worden. Atque ita omnino, sagt Haber, meo iudicio sentiendum est. *Quoties enim periculum rei venditae ad eritorem pertinet, toties dicimus venditorem interim, et ad traditionem usque, custodiam praestare debere.* *Quoties autem custodiam praestare venditor debet, toties dicimus, et a fatali damno, et a vi maiore excusandum eum esse.* Qua enim custodia vel diligentia assequi quisquam possit, ne damnum iniuria ab alio patiatur? Allein ich kann hier weder der Emendation des Noodt, noch der Erklärung des Haber beystimmen. Wie unnütz und zwecklos müßte nicht eine solche Zumeession seyn? und wer sollte wohl glauben, daß die Contrahenten dazu einen Tag bestimmt haben sollten, wenn nicht ihre Absicht gewesen wäre, daß der Handel erst dadurch seine Perfection erhalten solle? wie dieses auch durch die Worte der *L. I. §. 1. D. h. t.* priusquam enim admittatur vinum, prope quasi nondum venit, deutlich genug ausgedrückt wird. Es kann ja sehr wohl mit einander bestehen, daß der Verkäufer bis zum Tage der Zumeession alle Gefahr trägt, und nichts desto weniger auch custodiam prästiren muß, wie schon Bartholomäus Chesi<sup>31)</sup> sehr gründlich ausgeführt hat. Denn wenn auch

31) Interpretat. juris Lib. II. Cap. 34. nr. 4—9. p. 165.

auch der Kauf, so lang die Zummessung noch nicht erfolgte ist, noch nicht für perfect gehalten werden kann; so ist er doch schon dergestalt verbindlich, daß es keinem von beyden Theilen erlaubt ist, von dem Handel abzugehen. Der Käufer erwirbt ja aus einem, sogar unter einer bloßen Casual-Bedingung, geschlossenen Kaufe wenigstens ein künstiges Recht, sey es auch nur, wie Justinian<sup>32)</sup> sagt, eine spes debitum iri; um wie viel mehr ist dieses in dem Falle zu behaupten, wenn die Erfüllung der Bedingung so ganz in der Macht der Contrahenten steht, wie die Bedingung der Zummessung, durch welche überhaupt nur die Quantität der gekauften Sache bestimmt und ausgemittelt werden soll. Mensura enim, sagt Paulus L. 34. §. 5. *D. de contrah. emt.* non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut apparet, quantum ematur. Da also dem Käufer daran gelegen ist, daß die Bedingung erfüllt werde, und der Contract seine Perfection erhalte, so kann es ja unmöglich in der Willkür des Verkäufers stehen, die Sache zu vernachlässigen. Es liegt ihm vielmehr ganz natürlich die Verbindlichkeit ob, dieselbe so zu verwahren, daß sie nicht durch seine Schuld zu Grunde gehe, und die Klage des Käufers auf Zummessung nicht vereitelt werde; weil er sonst den Käufer alles Interesse vergüten muß<sup>33)</sup>. So schließt also die Uebernehmung des periculi die Pflicht zur custodiac praestatio keinesweges aus; beydes äußert sich vielmehr in seiner Wirkung auf ganz verschiedene Art. Denn geht die Sache ohne alle Schuld des Verkäufers zu fāl-

32) §. 4. *I. de verbis obligatis.*

33) L. 36. *D. de act. emti et vend.*

zufällig zu Grunde, so ist die Folge der von dem Verkäufer zu tragenden Gefahr blos die, daß er jetzt das Kaufgeld nicht fordern kann, oder das schon empfangene wieder herausgeben muß; allein ist die Sache durch omissione custodiae zu Grunde gegangen, so kann der Verkäufer nicht nur kein Kaufgeld fordern, sondern er muß noch überdem dem Käufer allen Schaden ersehen<sup>34)</sup>). Ist die Zumessung erfolgt, und diese, wie gewöhnlich, mit der Uebergabe verbunden, so hört auf Seiten des Verkäufers mit der Verbindlichkeit zur custodia auch alle Gefahr auf<sup>35)</sup>). So gewiß dieses an sich ist, so wenig ist man darüber einig, ob der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung custodiam plenam, und also exactissimam in servanda re diligentiam, oder nur custodiam ordinariam, und also gewöhnlichen Fleiß zu prästiren habe? Man glaubt, ersteres würde einer vernünftigen Legislation, ja dem gemeinen Wohl entgegen streiten<sup>36)</sup>). Denn wer würde etwas auf Zumessung verkaufen wollen, wenn er bis dahin, da diese erfolgt ist, die Sache mit dem möglichst größten Fleiß verwahren, und also für das kleinste Versehen haften müßte, falls die Sache zu Grunde gehen sollte? Unmöglich könne daher dieses die Meinung der L. 2. §. 1. D. h. t. seyn, oder Cajus hätte eine ganz singulaire Meinung behauptet, der kein anderer Rechtsgelehrter Befall gegeben hätte. Etwas Anders wäre es freylich, wenn der Kauf seine Per-

M. 2 perfection

34) G. GENSLER cit. Comm. de E. V. quae sit ad mensuram etc. §. 4. Not. 11. pag. 12.

35) GENSLER cit. Commentat. §. 5.

36) GENSLER cit. Commentat. §. 11.

section erreicht hat. Hier müsse natürlich, wie Paulus lehrt *L. 3. D. h. t.* der Verkäufer custodiam talem prästire, quam praestant hi, quibus res commoda ta est. Allein dort sey ja der Kauf bis zur erfolgten Zummessung noch imperfect. In diesem Fall brauche er nur custodiam schlechthin zu prästiren, das ist, die Sache ordentlich zu verwahren. So lehre auch Ulpian *L. 1. s. 1. D. h. t.* Cajus habe viel zu unbestimmt sich ausgedrückt, als daß man aus seinen Worten mit Gewißheit schließen könne, er habe bey der dem Verkäufer auferlegten Verbindlichkeit zur custodia gerade an den höchsten Fleiß gedacht. Es leuchte vielmehr in die Augen, daß er blos die beiden äußersten Gränzen der custodia berührt habe, nämlich dolus und diligentia, und zwar letztere für diligentia summa genommen; die ihm vorgelegte Frage habe er aber so entschieden, daß der gewöhnliche oder mittlere Fleiß nicht ausgeschlossen sey. Unius positio non est alterius exclusio<sup>37)</sup>. Allein man kann immerhin zugeben, daß die custodia ihre Grade habe, sonst gäbe es keine custodia plena. Daß aber dennoch auch hier dieselbe custodia bis zur Zummessung zu prästiren sey, welche der Verkäufer, außer dem Fall der Zummessung, bis zur Uebergabe prästiren muß, lehrt Cajus unverkennbar. Es ist hier nicht zu übersehen, daß die *L. 2. s. 1. D. h. t.* aus des Cajus *libris rerum quotidianarum* genommen ist. Diese Bücher enthielten eine Darstellung der gangbarsten Rechtsmaterien, worin Cajus die Theorie, und was besonders ad fundamenta iuris gehörte, in den am meistlen practischen

Bezie-

Beziehungen entwickelt hat<sup>38)</sup>). Schon diese Bemerkung überzeugt uns, daß Cajus hier ganz bestimmte Rechtsfälle, und keine singulaire Meinungen vorgetragen habe. Es ist aber auch in der That gar kein Grund abzusehen, warum in dem Falle eine andere custodia zu prästiren seyn sollte, wenn etwas unter der Bedingung der noch erst zu erfolgenden Zummessung verkauft worden, als in dem Falle, da der Handel unbedingt geschlossen worden ist. Muß nun in dem letztern Falle der Verkäufer custodia plena prästiren, gleich dem Commodatar; warum nicht auch in dem ersten Fall? da ja die Unvollkommenheit des Contracts das Recht des Käufers nicht mindert, und die Erfüllung der Bedingung, von welcher die Perfection des selben abhängt, hier erzwungen werden kann. Wie kann endlich zwischen zwey Extremen noch ein Mittleres denkbar seyn, wenn Cajus sagt, der Verkäufer solle bis zum Tage der Zummessung eam diligentiam prästiren, *ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum?* Soll ihn nur ein unabwendlicher Zufall von der Leistung des Interesse bestreben, so muß er also wohl für jedes, auch das kleinste Versehen, verantwortlich seyn. Es läßt sich daher zwischen Ulpian und Cajus durchaus kein Widerspruch annehmen. Ist der Käufer säumig sich die Ware, der Verabredung gemäß, zummessen zu lassen; so geht nun die Gefahr auf den Käufer über, und der Verkäufer sieht nur für dolus und culpa lata<sup>39)</sup>). Braucht der Verkäufer

38) E. Gösschen über die Res quotidianae des Cajus; (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Gösschen 1. Band 1. Heft (Berlin 1815.) Nr. IV. S. 69 ff.)

39) L. 5. L. 17. D. II. t.

Käufer seine Fässer selbst, und er muß fremde mieten, so muß ihm der Käufer das Mietgeld erschicken, oder hätte er seine Fässer vermiethen können, wenn der Wein wäre gehörig abgeholt worden, so muß dem Verkäufer auch dieser entgangene Gewinn vergütet werden. Kann er seine Fässer wegen der eingetretenen Weinlese nicht entbehren, und weil jeder die seinigen braucht, auch keine fremden mieten, so kann er den Wein an einen Andern verkaufen, und was er jetzt weniger dafür erhält, muß ihm der Käufer vergüten. Kann der Verkäufer den Wein auch nicht auf diese Art anbringen, so ist es ihm sogar erlaubt, den Wein wegzuschütten. Ehe jedoch der Verkäufer zu diesem Extrem schreitet, so muß er den Käufer nochmals vor Zeugen auffordern, den Wein abzuholen, und ihm ankündigen, daß er widrigenfalls den Wein weggiessen werde. Es muß aber doch der Wein, ehe er weggegossen wird, gemessen werden, unstreitig in Gegenwart von Zeugen, damit man weiß, wie viel Wein für Rechnung des Käufers weggeschüttet worden ist, und ihm nicht mehr ange rechnet werde, als der Verkäufer ausgegossen hat<sup>40)</sup>.

*L. i. §. 3. D. h. t.* Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, prius quam testando denunciet emtori, *ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur.* Si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exige re;

40) S. Westphal vom Kauf §. 563. und GENSLER Commentat. cit. §. 10. pag. 26. sqq.

re; sed ita demum, si interfuit eius, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emtorc redditur; aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minime detimento sit ea res emtori.

*L. I. §. 4. D. eod.* Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum<sup>41)</sup> futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere, et effundere<sup>42)</sup>. Veteres enim hoc pro-

41) Das Wort *Opera* wird hier gegen den eigentlichen Sprachgebrauch für usus genommen. IENSIIUS in Strictur. ad Rom. juris Pand. ad h. L. pag. (137.) glaubt hier wieder einen Beweis für seine Hypothese zu finden, daß unsere Pandecten aus dem Griechischen wären übersetzt worden.

42) Einige Rechtsgelehrten wollen daran zweifeln, daß es dem Verkäufer im Ernst erlaubt sey, den Wein wegen der Saumseitigkeit des Käufers auszuschütten. Sie halten das hier Gesagte für Scherz und Ironie. Denn wie könne ein Korb, der aus Welben geflochten ist, zum Maase dienen? gewiß so wenig als ein Sieb; da das eine so wenig, als das andere etwas Flüssiges zusammenhält. S. CUCACIUS Observation. Lib. II. cap. 36. DIONYS. GOTHOFREDUS in Not. ad h. §. 4. L. I. D. h. t. und Tussan. DE LA RUE Amoenae iuris Observations. Dec. II. cap. 3. (in Thes. iur. Rom. OTTON. Tom.

propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset, non appareat, videlicet, ut appareret, quantum emtori perierit.

L. 2.

Tom. V. pag. 1507.) Allein man sehe dagegen *Corn. van BYN-KERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 25. §. 2.* Corbis muß allerdings, eben so wie culeus, ein gewisses Weinmaas gewesen seyn, welches flüssige Sachen in sich fasste, bis man sie, wenn das Maas voll war, durch eine vielleicht am Ende angebrachte Defnung, (*subducta lamina coriove*) wieder auslaufen ließ. S. *Utr. HUBER Eunomia Rom. ad h. L. §. 2.* pag. 788. sq. IENSUS in *Strictur. pag. (138.)* sagt Corbis sey hier eben das, was bey *Hesychius νόφηνος* sey, nämlich *μέτρου χωροῦ τρεις χοας*, i. e. vini mensura tres choas capiens. Man sehe auch *Guil. BUDAEUS Notae prior. et poster. ad. Pand. ad h. L.* Ein Spaß wäre also hier am unrechten Orte angebracht! *Ant. FABER Rational.* in *Pand. ad h. L.* glaubt vielmehr, der Verkäufer könne sich seines Rechts, den Wein auszuschütten, sofort bedienen, wenn ihm auch die gelindern Auskunftsmitte zu Gebote gestanden hätten. Eben so *Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t.* pag. 413. Noch bemerke ich aus *M. PORCIUS CATO de re rustica. Cap. 148.* daß sich der Käufer, zur Ausmittlung des Quantum, auch der Elbesbelation habe bedienen können. Uebrigens sagt auch dieser Klassiker, es sey so gar beym Weinverkauf eine gewöhnliche Clausel gewesen: *Si emtor non deportaverit, dominus vino, quid volet, faciet.* *WILLENBERG in Exercit. cit. de periculo rei ad quantitatem vel gustum vend. §. 11.* erklärt hingegen das **EFFUNDERE** so, daß der Verkäufer, wenn er seine Weinfässer selbst braucht, den verkauften Wein, welchen sich der Käufer nicht auf die geschehene Ankündigung habe zumessen lassen, nun in andere, auch dazu nicht geeignete offene Gefäße, auf des Käufers Gefahr, solle auffüllen können, wo er seine Stärke verliert, und leicht verderben kann; weil es eine Eünde wäre,

den

*L. 2. D. eodem.* Hoc ita verum est, si is est venditor, cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria: si vero mercator est, qui emere vina, et vendere solet, is dies spectandus est, quo ex commodo venditoris tolli possint.

a) Wenn Etwas in genere gekauft worden, wo von die zu übergebende Species noch erst durch die Wahl zu bestimmen ist. Hier ist der Verkäufer, als debitor generis, von seiner Verbindlichkeit nicht frey, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne Species zu Grunde gehen; sondern er muß den Schaden tragen. Denn es war ja noch ungewiß, welche Species der Käufer erhalten sollte. Wird aber das ganze genus, ohne des Verkäufers verantwortliche Schulb, zufällig vernichtet, so wird zwar der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit, den Contract zu erfüllen, befreiet, ob aber der Käufer den bedungenen Preis dennoch zu bezahlen schuldig sei, ist zweifelhaft? Herr Hofrath Thibaut<sup>43)</sup> glaubt dieses ohne Bedenken bejahren zu können. Denn man sehe, der Käufer habe dem Verkäufer unbedingt eins von seinen Pferden, die alle von gleichem Schlage und Preise sind, abgekauft. Hier ist ja auch das gekaufte mit gefallen, wenn sie alle gefallen sind. Er führt auch

den Wein auf die Erde zu schütten. Allein Ulpian erkennt ja hier selbst an, was er *L. 144. D. de div. reg. iur.* sagt: Non omne, quod licet, honestum est; und lobt den Käufer, wenn er es zu diesem Extrem nicht kommen läßt. Man vergleiche übrigens noch SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exercitat. XXX. §. 117.*

43) System des Pand. Rechts I. Th. §. 175: lit. B. S. 135. der 4. Ausgabe.

auch noch mehrere Gesetzstellen<sup>44)</sup> an, von denen aber freylich keine einzige hierher gehört, wie Herr Hofr. Gensler<sup>45)</sup> gezeigt hat, welcher daher mit Lauterbach<sup>46)</sup> anderer Meinung ist, weil ein in genere geschlossener Kauf nicht eher für perfect zu halten sey, als wenn die Sache dem Käufer in specie tradirt worden ist. Diesen Grund braucht auch Wilhelm Prousteau<sup>47)</sup>. Außer Zweifel ist es jedoch

3) daß bey einem alternativ geschlossenen Kaufe zwar vor der Wahl der Verkäufer den Verlust trage, wenn eine von beyden Sachen zu Grunde geht; der Käufer jedoch den bestimmten Preis bezahlen müsse, wenn vor der Wahl alle beyde verloren gehen. Dieß lehrt uns Paulus *L. 34. §. 6. D. de contrah. emt.* *Si emtio ita facta fuerit, est mihi emitus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus; sed uno mortuo, qui superest, dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorum,*

44) *L. 42. D. de iure dot.* *L. 1. §. 4. D. de obligat. et act.* *L. 30. §. 5. D. ad Leg. Falcid.*

45) *Cit. Commentat. §. 4. not. 10. lit. A. pag. 9. sq.*

46) *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. et 21.*

47) *Recitation. ad L. 23. Dig. de reg. iuris. Cap. XVII. §. 9.* (in *Thes. Meerman. Tom. III. pag. 517.*) Die *L. 14. §. 1. D. h. t.* worauf er sich beruft, gehört jedoch nicht hierher. Denn das Wort *materia* bezeichnet hier kein genus, sondern eine res in specie certa, nämlich trabes venditae, verkauftre Balken, oder Bauholz. Denn wie könnte sonst von einem Diebstahl derselben die Rede seyn? wie auch schon *Utr. nuber* in *Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 5.* bemerkt hat.

rem, posterioris ad emtorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: *unus enim utique periculo emtoris vixit.* Es erhellet zugleich aus diesem Gesetz, daß bey einem alternativen Kause der Verkäufer, als Schuldner, die Wahl habe, diese Wahl aber nur so lange daure, als sie möglich ist. Ist also nur noch eine von beyden Sachen übrig, so muß diese dem Käufer gegeben werden, weil der Verkäufer sein Wahlrecht verloren hat, das Recht des Käufers hingegen nicht blos auf jene erste Sache beschränkt war<sup>48)</sup>). Sind hingegen beyde Sachen vor der Wahl durch Zufall zu Grunde gegangen, es sey zugleich, oder eine nach der andern; so trägt der Käufer den Zufall so, daß er den bedungenen Preis für eine derselben bezahlen muß, weil ihm doch eine von beyden hätte übergeben werden müssen<sup>49)</sup>). Ein Gleiches würde indessen Statt finden, wenn sich auch der Käufer die Wahl vorbehalten hätte, wie Paulus ebenfalls bemerkt, wenn er noch hinzufügt: *Idem dicendum est, etiamsi emtoris fuit arbitrium, quem vellet, habere: si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisse, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet.*

Noch ist zu bemerken, daß wenn Waaren von einem entfernten Ort her verschrieben werden, die Absendung derselben immer auf die Gefahr des Käufers geschiehet,

48) L. 128. in fin. D. de verb. obligat. L. 95. pr. et §. 1. D. de Solution. L. 47. §. 3. D. de legat. I. Ant. FÄBER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 6. D. de contr. emt.

49) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Weßle phal vom Kauf. §. 587.

het, wenn auch gleich der Preis noch nicht bestimmt worden wäre, weil derjenige, welcher die Woaren verschreibt, sich anheischig macht, den Preis dafür zu bezahlen, um welchen sie dort verkauft zu werden pflegen ).

### §. 1037.

Ausnahmen von der Regel, daß die Gefahr nach geschlossenem Kause auf den Käufer übergeht.

Die Regel, daß nach richtig gewordenem Kause den Käufer die Unglücksfälle treffen, leidet folgende Ausnahmen.

1) Wenn ausdrücklich verabredet worden, daß der Verkäufer bis zur Uebergabe der Sache die Gefahr tragen solle. Daß ein solcher Vertrag gelte, hat keinen Zweifel <sup>51</sup>).

2) Wenn die Sache durch eine solche Culpa des Verkäufers zu Grunde gegangen ist, die er zu vertreten hat, oder wenn der Untergang der Sache dadurch verursacht wurde, daß der Verkäufer die zur Erhaltung derselben nöthigen Kosten aufzuwenden unterließ <sup>52</sup>).

3) Wenn

50) **S. Struben** rechtliche Bedenken. Th. 2. Ged. 75. und **HOMMEL** Rhapsod. quaestion. forens. Vol. V. Obs. 608. et Obs. 689.

51) *L. 35. §. 4. de contrah. emt. L. 1. pr. et L. 10. pr. D. h. t.* **S. GENSLER** Commentat. cit. §. 9. und **Ge. FRANTZKE** Comm. ad Dig. h. t. §. 20.

52) *§. 3. l. de emt. et vendit. L. 11. D. h. t. L. 13. §. 22. L. 36. D. de act. emti et vend.* **LAUTERBACH** Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

3) Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe säumte, und durch diesen Verzug der Schade verursacht worden ist<sup>53)</sup>).

4) Wenn die Sache wegen eines alten Fehlers zu Grunde ging, der schon zur Zeit des Contracts vorhanden, und dem Käufer unbekannt war<sup>54)</sup>). Hier ist die Sache zur Redhibitorischen Klage geeignet. Wenn hingegen der Verkäufer wußte, daß sich die Sache nicht halten werde, und solches dem Käufer nicht angezeigt hat, so hastet er ihm für alles Interesse<sup>55)</sup>).

### §. 1038.

#### Vortheile des Käufers nach geschlossenem Kaufe.

Die andere oben (§. 1033.) aufgeworfene Frage betrifft die Vortheile und Lasten der verkauften Sache. Hier sind folgende Grundsätze zu bemerken. I. Dem Käufer gehören von dem Augenblick an, da der Handel zur Richtigkeit kam, alle Vortheile der Sache, die nur ein Eigenthümer haben kann<sup>56)</sup>. Nam et *commodum* eius esse debet, cuius periculum est, sagt Justinian §. 3. *I. de emt. vendit.* Ihm gehören also 1) alle accessiones

53) *L. 4. L. 6. Cod. h. t.* LAUTERBACH cit. loc. §. 7.

54) *L. 1. L. ult. Cod. h. t.* PROUSTEAU Recitat. ad *L. 23. D de div. reg. iur. Cap. XVII. §. 17.* und LAUTERBACH cit. loc. §. 9.

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

56) *L. 1. Cod. h. t.* Post perfectam venditionem OMNE COMMODUM, et INCOMMODUM, quod rei venditae contingit, ad emtorem pertinet. *S. Westphal vom Kauze. §. 581. u. 590.*

nes rei venditae, z. B. was dem verkauften Grundstück durch Alluvion oder vis fluminis gewächst<sup>57)</sup>). Ferner partus ancillae<sup>58)</sup>). Nicht minder der Gewinn des erhöhten Werthes<sup>59)</sup>). Ob ihm aber auch der vor der Uebergabe gefundene Schatz gehöre? ist streitig.. Die meisten Rechtsgelehrten<sup>60)</sup> verneinen dieses aus dem Grund, weil der Verkäufer vor der Uebergabe noch Eigenthümer der verkauften Sache bleibe. Qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse DOMINUS est, sage Justinian §. 3. in fin. I. de emtione et vendit. ausdrücklich. Nach  
der

57) L. 7. D. h. t. Id quod post emtionem fundo accessit per alluvionem, vel periit, ad emtoris commodum incommodumque pertinet.

58) L. 4. §. 1. D. de Usuris et fruct. et omnib. accession.

59) L. 12. Cod. h. t. Sicut periculum vini mutati, quod certum fuerit comparatum, (id est, in specie, non in genere) ad emtorem, ita commodum aucti pretii pertinet.

60) Ge. FRANTZKE Commentar. in Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 211 — 217. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 103. MÜLLER ad Eundem not. ε. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 36. Io. Henr. BERGER Resolution. Legg. obstant. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 11. Sam. de cocceji iur. civ. controv. Tit. de action. emti et venditi. Qu. 15. Io. Ger. SCHLITTE Diss. de thesauro in fundo vendito ante traditionem reperto. Halae 1724. Christ. Henr. BREUNING Diss. de iure thesauri in fundo vendito non tradito. Lipsiae 1769. Aug. Corn. STOCKMANN Diss. de acquirendo per occupationem rerum dominio Observationes. Lipsiae 1806. Cap. II. §. 14. pag. 43. Christ. Heinr. Gottl. Rödch Civilist. Ersterungen. 1. Samml. (Leipzig 1797. 8.) Nr. VII. S. 246. Mot. z.

der Verordnung des Kaisers Hadrian, welche Justinian §. 39. *I. de rer. divis.* bestätigt hat, gehöre aber der Schatz dem Finder, der ihm auf seinem Eigenthume gefunden hat. Man glaubt ferner, auch die *L. 67. D. de rei vindicat.* beweise sehr deutlich, daß der auf dem verkausten Grundstück gefundene Schatz dem Käufer nach Grundsäzen der Accession nur dann zugehöre, wenn zur Zeit der geschehenen Invention das Eigenthum durch die erfolgte Uebergabe auf den Käufer bereits übertragen war. Ueberdem sey der Schatz als ein donum fortunae anzusehen, und siehe daher mit dem verkauften Grundstück in keiner Verbindung, sondern mache eine res prorsus separata aus<sup>61)</sup>). Andere<sup>62)</sup> hingegen sprechen den vor der Uebergabe auf dem verkauften Grundstück gefundenen

61) *L. 63. §. 1. D. de acquir. rer. dom. L. 3. §. 3. D. de acquir. vel. amitt. possess.*

62) *Andr. ALCIATUS Parergor. Lib. VII. cap. I. FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. II. cap. 28.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 529.*) *Henr. NEBELKRAE Lib. I. Decis. 9. Gottl. Ger. TITIUS Observation. ad Lauterbachium. Obs. 575. Iac. Frid. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 2. Ioach. SCHOEPFFER Synops. iur. Rom. Tit. de act. E. et V. nr. 14. Ge. BEYER Delineat. iur. civ. sec. Pandect. Lib. XIX. Tit. I. Posit. 44. Io. Gottfr. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. I. MARTINI Diss. an thesaurus in fundo emto cum moneta viginti annorum excusa inventus ad venditorem potius, quam emtorem pertineat? Erfordiae 1709. LINCKE Diss. de emtore ante traditionem rei venditae thesaurum vel eius partem acquirente. Argentor. 1724. Iust. Henn. BOEHMER Introd. in ius. Dig. h. t. §. 11. und Lud. God. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 175. in fin.*

denen Schatz, und zwar, wie ich glaube, mit Recht, dem Käufer zu, so weit er wenigstens iure accessionis erworben wird. Denn ist gleich der Verkäufer bis zur Übergabe noch Eigenthümer der Sache, so ist er es doch nur in Rücksicht eines jeden Dritten. Daher kann nur er, nicht aber ohne Cession der Käufer, die Reivindication, die conductio furtiva, die actio Legis Aquiliae, die actio furti, die actio aquae pluviae arcendae, das interdictum quod vi aut clam, wegen der an der Sache gewagten Unternehmungen, oder Beschädigungen anderer, anstellen<sup>63)</sup>). Im Verhältniß zum Käufer aber ist der Verkäufer als ein debitor speciei anzusehen, der sich in Rücksicht der verkauften Sache durchaus keine Vortheile mehr zueignen kann, sie haben Namen, wie sie wollen, vielmehr in dieser Hinsicht die verkauft, wenn gleich noch nicht übergebene Sache, als eine ihm nicht mehr gehörige, anzusehen hat. Es kann daher dem Verkäufer die Verordnung des Krs. Hadrian nur in sofern zu statthen kommen, daß ihm die Hälfte des Schatzes als Finder gebührt, dagegen er die andere Hälfte eben so, wie jede andere accession, dem Käufer um so mehr herausgeben muß, als demselben nach der Verordnung des Kaisers Alexander L. 1. Cod. h. t. von Zeit des abgeschlossenen Kaufs an, OMNE COMMODUM, ohne irgend eine Ausnahme zu machen, und also in eben dem Umfange gehören soll, wie ihn das incommodum trifft, quod rei venditae contingit. Die L. 67. D. de rei vind. entscheidet hierüber gar nichts. Scavola sagt: A tutore

63) §. 3. I. de emt. et vend. L. 13. § 12. D. de act. enti et vend.

tore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxit. Is pecuniam invenit. Quaeritur ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat. Es war nämlich zwischen dem Käufer eines Hauses, und dem Wurmund eines Pupillen, von welchem erster das Haus gekauft hatte, ein Streit darüber entstanden, wem das, bey Gelegenheit einer von dem Käufer, vermutlich wohl erst nach erfolgter Uebergabe, unternommenen Reparatur, von dem Handwerkermann bey seiner Arbeit in dem Hause gefundene Geld gehöre? Scavola entscheidet diesen Fall so, daß das gefundene Geld, wosfern es kein eigentlicher Schatz ist, sondern verloren, oder aus Versehen von demjenigen, dem es gehört, nicht hinweggenommen seyn sollte, dem vorigen Eigenthümer verbleiben müsse. Er giebt nun zwar hierdurch zugleich zu erkennen, daß sich die Sache ganz anders verhalten würde, wenn das gefundene Geld ein Schatz wäre. Allein er hat doch darüber weiter nichts entschieden<sup>64)</sup>). Dem Käufer gehören ferner nach der Perfection des Contracts auch 2) alle Nutzungen der Sache. Um dieses näher zu bestimmen, ist zwischen natürlichen und bürgerlichen Früchten zu unterscheiden. a) Die natürlichen Früchte, so ferne sie zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon von der Sache abgesondert waren, verbleiben zwar dem Verkäufer;

64) S. Christ. Gottl. RICHTER Exercit. iur. civ. de iure thesauri a mercenario inventi. (Lipsiae 1773. Cap. III. §. 5. Giūcūs Erläut. d. Pand. 17. Eb. 91

fer<sup>65</sup>); diejenigen Früchte aber, welche zu der Zeit noch hingen, wenn sie auch gleich zur Ende reif waren oder erst in der Folge sind eingearbeitet worden, gehören dem Käufer<sup>66</sup>); und macht sich der Verkäufer bey der Uebergabe eines Verzugs schuldig, so hastet er dem Käufer auch sogar wegen der vernachlässigten Früchte<sup>67</sup>). Es ist eine irrite Meinung, wenn einige Rechtsgelehrten<sup>68</sup>) haben behaupten wollen, daß außer der Perfection des Handels, auch noch die Bezahlung des Kaufgeldes erforderlich werde, wenn der Käufer die natürlichen Früchte in Anspruch

65) *L. 2. C. de act. emti et vend.* *Fructus autem perceptos ante venditionem contractam, quos, cum venditioni non accessissent, eundem emtorem invasisse proponis, eodem iudicio reposces.*

66) *L. 13. C. de action. emti et vend.* *Fructus post perfectum iure contractum, emtoris spectare personam convenit.* *L. 16. Cod. eodem.* *Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero sumitus, si quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est.* *L. 13. §. 10. D. de act. Emti et Vend.* *Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emtori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est.* *L. 38. §. 8. D. de Usur.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XIX. Tit. I. §. 18—20.

67) Arg. *L. 21. §. 3. D. de act. Emti et Vend.* LAUTERBACH c. I. §. 21.

68) lac. CUJACIUS in Not. ad Pauli Sentent. recept. Lib. II. Tit. 17. §. 7. Ant. SCHULTING Not. ad eundem Pauli loc. in Iurisprud. Antejust. pag. 294. not. 18. et 19. und BAV. VOORDA ad Iani a COSTA Praelection. ad illustriores quosd. Titulos Locaque sel. iuris civ. (Lugd. Bat. 1773. 4) ad L. 11. Cod. h. t. not. e. pag. 337.

spruch nehmen wolle. Die Gesetze unsers corpus iuris Rom. enthalten von dieser Einschränkung nichts, und was in den Fragmenten von des Paulus *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 17. S. 7. gesagt wird: Ex die emtionis, *si pretium numeratum sit*, et fructus, et operaे servorum, et foctus pecorum, et ancillarum partus ad emtorem pertinent; darf uns um so weniger irremachen, da nicht einmal die Leseart außer Zweifel ist<sup>69)</sup>, und noch erst die Frage ist, ob diese Stelle ohne Zusatz und unverfälscht auf uns gekommen sey. Mit Recht ist daher jene Meinung schon von Wissenbach<sup>70)</sup> verworfen, und noch ausführlicher von Peter Müller<sup>71)</sup> widerlegt worden. Vielleicht sollen auch die Worte: *si pretium numeratum sit*, nur auf die der Früchte wegen anzustellende Klage hindeuten, wie Westphal<sup>72)</sup> nicht ohne Grund annimmt, weil die actio emti nur unter dieser Bedingung mit Wirkung angestellt werden kann. b) In Rücksicht der bürgerlichen Früchte ist wieder zu unterscheiden, ob sie in Pacht - oder Mietzinsen, oder in andern Präsentationen und jährlichen Gefällen bestehen. Bei den bürgerlichen Früchten der ersten Art kommt es wieder darauf an, ob die Sache eine solche ist, die man jeden Augenblick nutzen kann, wie z. B. Häuser, Pferde u. dgl. oder ob sie nur zu gewissen Zeiten des Jahrs Früchte hervorbringe, wofür das Pachtgeld bezahlt wird, wie z. B.

69) Einige Handschriften lesen: *Si pars pretii numerata sit.*

S. HUGO ius civile Antejust. Tom. I. pag. 121.

70) Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXXVII. Th. 9.

71) Ad Struvium Exercit. XXIII. Th. 103. not. β.

72) Vom Kauf. §. 590.

Hecker, Wiesen, Weinberge. In jenem Falle wird der Mietzins nach dem Verhältniß der Zeit getheilt. Bis zur Perfection des Contracts gebührt er dem Verkäufer, nachher aber dem Käufer<sup>73)</sup>). In dem letztern Falle aber ist darauf zu sehen, ob der Contract noch vor der Erndte zu Stande kam, oder erst nach der Erndte. Nur in dem ersten Falle gehört das Pachtgeld dem Käufer, in dem letztern aber behält es der Verkäufer, wosfern nicht ein Anderes verabredet worden ist<sup>74)</sup>). Denn das Pachtgeld ist als

73) Arg. L. 26. D. de Usufr. L. 13. §. 13. D. de act. Emissi et Vend. VOET Comm. ad Pand. h t. § 9. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 103. not. 8. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 24.

74) So ist die L. 13. § 11. D. de act. emissi et vend. zu verstehen, wo Ulpian sagt: *Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat.* Idem et in praedilis urbanis: *nisi si quid nominatum convenisse proportionatur.* Anderer Meinung sind zwar Iac. CUJACIUS Observatio. Lib. XXV. cap. 31. und Ant. SCHULTING Thes. controversial. Dec. LXVIII. Th. 9. Sie glauben, aus diesem Gesetz erweisen zu können, daß wenn das verkaufte Grundstück verpachtet sey, der Mietzins immer dem Verkäufer bleibe, wosfern nicht ein Anderes verabredet worden. Ihr Grund ist, weil der Käufer nicht schuldig sey, den Pacht zu halten. Nur bey dem Käufer eines fiskalischen Guts soll eine Ausnahme statt finden. L. ult. D. de iure fisci. Allein schon B. VOORDA ad *Iani a COSTA Praelect.* ab illustr. quosd. Titulos iur. civ. pag. 337. sq. hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Offenbar kann jene Stelle nur von solchen Mietzinsen verstanden werden, die zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon fällig waren, wenn sie nicht andern bereite angeführten Stellen widersprechen soll, wie auch Ant. FABER Conjectur. iur. civ.

als ein Surrogat der natürlichen Früchte zu betrachten<sup>75</sup>). Ist von andern jährlichen Gefäßen die Rede, so waren diese entwes-

Lib. I. cap. 13. gezeigt hat. Der Grund, den Eujaz und Schulting von dem Recht des Käufers, den Pächter zu vertreiben, hernehmen, ist höchst sonderbar. Dieses Recht kann doch der Käufer nicht vor der Übergabe ausüben. Kann man ihm nun deswegen die Früchte von der Zeit des perfect geworbenen Contracts an nicht versagen, wenn die Sache nicht verpachtet worden wäre! warum den Pächzins, der an die Stelle der natürlichen Früchte tritt? Mit mir erklären diese Stelle auch so die meisten Rechtsgelehrten. G. STRAUß Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 103. und Besiphal vom Kauf. §. 591. Man könnte zwar auch mit J. VOET Comm. ad Pand. b. c. §. 9. in fin. sagen, Ulpian habe hier gar nicht entscheiden wollen, wem der Pächzins gehöre, sondern nur wer ihn erheben könne. Dieses Recht sieht nun zwar freylich bloss dem Verkäufer zu, jedoch hindert dieses nicht, daß er den erhobenen Pächzins, soweit er erst nach abgeschlossenem Kauf fällig ward, dem Käufer restituiren müsse, oder ihm die Klage gegen den Pächter ebdiren könne. Auf eben die Art glauben auch NOODT in Comm. ad Dig. pag. 415. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 22. die Schwierigkeit lösen zu können. Allein dagegen hat Ge. FRANTZKE in Comm. ad Pand. Tit. de action. emti et vend. nr. 243. schon mit Recht erinnert, daß diese Erklärung mit den Worten:  *nisi si quid nominatum convenisse proponatur*, nicht wohl zu vereinigen sey. Wozu bedürfte es denn eines besonderen Vertrags, wenn der Verkäufer schon von selbst nach gewinem Recht zur Restitution oder Cession verpflichtet wäre? Es muß also doch wohl die Meinung des Ulpian gewesen seyn, daß in dem Falle, von welchem er spricht, ohne Vertrag, der Pächzins dem Verkäufer unwiderruflich gehöre. Summa igitur *de fructibus civilibus haec regula esto*, sagt mit Rech: Voerba a. a. D. *Fructus civiles, ex re vendita ante traditionem provenientes, toties*

entweder schon vor der Perfection des Contracts versallen, oder sie sind erst nachher fällig geworden. Hier erhält sie der Käufer, dort aber gehören sie dem Verkäufer. Man kann hier die an einem andern Orte<sup>76)</sup> von der Vertheilung der Früchte bey der Endigung des Nießbrauchs zwischen dem Proprietar und den Erben des Usufructars vorgetragenen Grundsätze vollkommen anwenden. So wie nun also der Käufer von der Zeit an, da der Handel zur Richtigkeit gekommen, alle Vortheile der Sache hat, nicht anders als ob er schon Eigenthümer derselben wäre; so muß er aber auch II. von der Zeit an billig alle auf der Sache lastende Lasten und zu bezahlenden Abgaben übernehmen, und die Kosten tragen, welche der Verkäufer zur Erhaltung der Sache, oder sonst zum Nutzen des Käufers in gutem Glauben verwendet hat<sup>77)</sup>). Hat der Verkäufer nach dem Contract durch die verkaufte Sache selbst Schaden gesitten, z. B. der verkaufte Sklave hat den Verkäufer bestohlen, so muß auch dieser Schade von dem Käufer ersicht werden, und es steht dem Verkäufer deshalb auch ein Retentionsrecht zu<sup>78)</sup>).

*toties praestandi sunt emtori, quoties, si res non fuisset locata, eiusdem temporis fructus naturales, quorum in locum succedunt, emtorem sequerentur.*

75) L. 50. D. de iure fisci. L. 58. pr. D. de Usufr.

76) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 637. c. S. 329. ff.

77) L. 13. L. 16. Cod. de act. emti et vend. L. 13. §. 22. D. eodem. L. 2. Cod. de annona et tribut. S. den 16.

Th. dieses Commentars §. 987. S. 146.

78) L. 30. pr. D. de act. emti et vend. Westphal vom Kaufe §. 604.

## Lib. XVIII. Tit. VII.

De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur,  
vel contra.

§ 1039.

Verträge heym Verkaufe der römischen Sklaven.

**B**ey dem Verkaufe der römischen Sklaven pflegten mancherley Verträge angehängt zu werden, welche dem verkauften Sklaven entweder zum Nutzen oder zur Strafe dienen sollten. Zu den Verträgen der erstern Art gehörte zum Beispiel der, daß der verkaufte Sklave nach einer bestimmten Zeit manumittirt werden solle, ferner, daß die verkaufte Sklavin nicht prostituiirt, das heißt, nicht zur Hure gemacht werden solle. Die Wirkung jenes Vertrags war, daß wenn die Freilassung nicht dem Vertrage gemäß erfolgte, der Kauf deswegen zwar nicht ungültig, allein der Sklave nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Marcus Aurelius Antoninus ipso iure als frey anzusehen war. Nach einer ältern Verordnung des Kaisers Hadrian war es zwar anders; und Cetvidius Scavola, welcher, als Rath des Kaisers Marcus,<sup>79)</sup> unsreitig auch wohl die Verordnung seines Sohns

verains

79) CAPITOLINUS in vita Marci. Cap. II.

veralns kannte, glaubte, jene ältere Constitution sey wenigstens in dem Falle nicht aufgehoben, wenn in dem Kaufe, ohne die ausdrückliche Bedingung der Manumission, bloß ausgemacht worden, daß der Sklave nach dem Tode des Käufers frey seyn sollte<sup>80</sup>). Hier werde der Sklave anders nicht vollkommen frey, als wenn noch die Manumission hinzukomme. Allein Claudius Tryphoninus widersprach ihm, weil dieser Fall allerdings in dem Sinn der Verordnung des Krs. Marcus mit begriffen sey, wenn gleich die Worte derselben nicht ausdrücklich darauf giengen. Man überzeuge sich hiervon durch folgende Stelle, welche aus des Scavola 7. Buche der Digesten genommen ist.

*L. ult. D. h. t. Cum venderet Pamphilam et Stichum, venditioni inseruit pactum conventum: uti ne eadem mancipia, Pamphila et Stichus, quos minorato pretio vendidit, alterius servitutum, quam Seji, paterentur, post mortemque eius in libertate morarentur.* Quaesitum est, an haec mancipia, de quibus inter emtorem et venditorem convenit, post mortem emtoris iure ipso liberata sint? Respondit, secundum constitutionem *Divi Hadriani* super hoc prolatam, Pamphilam et Stichum, de quibus quaereretur, si manumissi nonsint, liberos non esse. CLAUDIUS: *Divus Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo, quamvis non manumissos, fore libe-*

80) S. cujaci Observat. Lib. X. cap. 21. Ant. FABER Conjectur. Iuris civ. Lib. XIV. cap. 4. hat ihn zwar zu widerlegen gesucht; allein man sche Weßpahl vom Kauf §. 648. Dem Cujaz ist auch ROTHIER in Pand. Justinian. T. III. Lib. XL. Tit. 8. Nr. XII. not. i. begegneten.

liberos, in Semestribus constituit, licet in mortis tempus emtoris distulit venditor libertatem.

Peter Perrenonius<sup>81)</sup> will jedoch keinen Widerspruch zwischen Scavola und Tryphonin zugeben, sondern glaubt, daß es hier auf den Unterschied zwischen liberum esse und in libertate morari ankomme. In dem Vertrage, über welchen Scavola entscheidet, sey nicht gesagt worden, daß der Sklave nach dem Tode des Käufers frey seyn; sondern nur in der Freyheit leben solle. Beydes sey nach Quintilian<sup>82)</sup> so sehr verschieden, als servum esse und in servitute vivere. Mit Recht sage also Scavola, daß der Sklave, der nach dem Tode des Käufers nur in der Freyheit leben solle, nicht anders vollkommen frey werde, als wenn er noch manumittirt worden sey. Damit habe er aber keinesweges geläugnet, daß nach der Constitution des *Divus Marcus* der Sklave ohne Manumission, und also ipso iure frey werde, wenn in dem Vertrage ausgemacht worden, daß derselbe nach dem Tode des Käufers frey seyn solle. Dies sey es, was Tryphonin nur noch habe hinzugesügen wollen. Ich würde den Perrenonius Recht geben, wenn nur nicht die Worte: *etiam non manumissos fore liberos*, und was noch zuletzt hinzugefügt werden, *licet in mortis tempus emtoris venditor distulit libertatem* so deutlich bewiesen, daß Tryphonin von dem nämlichen Falle rede, welchen Scavola entschieden hat. Merkwürdig ist es freylich, daß Scavola der Constitution des Kaisers Marcus nirgends

81) Animadversion. Lib. I. cap. 22. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 619.)

82) *Declam.* 340. II. 342.

gends gedenkt. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß er des *Diescripts* nur etwa in seinen *Digesten* nicht gedacht, wohl aber in seinen *Quaestiones* desselben Erwähnung gehabt habe. Denn in der *L. II. §. I. D. de minorib.* führt Ulpian zwar den *Scaevola libro 14. Quaestionum* an; allein man sieht daraus nur, daß *Scaevola* von demselben Falle, nicht aber von der gedachten Constitution geredet habe. Jacob Råvard<sup>83)</sup> will daher behaupten, *Scaevola* habe die Constitution des Kaisers *Marcus* nicht mehr erlebt. Allein *Scaevola* nennt ja den Kaiser *Marcus Antoninus* in der *L. 39. D. de legat. III. Divus.* Dieses Elogium ward keinem lebenden Kaiser beigelegt. Vielmehr sagt Tacitus<sup>84)</sup>: *Deum honor Principi non ante habetur, quam agere inter homines desierit.* Er muß also den Kr. *Marcus* noch überlebt haben. Vielleicht läßt sich die Schwierigkeit mit Johann Ludwig Conradi<sup>85)</sup> auf folgende Art am leichtesten heben. Die *L. ult. D. h. 1.* ist aus dem 7. Buche der *Digesten* des *Scaevola* entlehnt. Es erscheint aber aus *L. 29. D. de probat.* und dessen Inscription, daß noch der Kaiser *Lucius Verus* gelebt habe, als *Scaevola* das 9. Buch seiner *Digesten* schrieb. Nun rescribiret erst, nach dem Tode dieses Kaisers, *Marcus Aurelius* mit seinem Sohne *Commodus* in den Semestribus. Wie konnte also *Scaevola* in

83) Varior. Lib. I. cap. 13.

84) *Lib. XV. Annal. Cap. 74. in fine.* S. auch HERODIUS *Princip. libri IV. Histor.*

85) *Dissertat. histor. critica I. de vita et scriptis Quinti Cer- vidii Scaevolae ICti.* *Lipsiae 1755. Cap. II. pag. 15. sqq.*

in seinem weit früher ertheilten Gutachten auf das Rescript dieser Kaiser Rücksicht nehmen? Nachher hat Scavola seine Meinung nicht mehr ändern mögen, weil ihm die Verordnung des Hadrian mehr auf seinen Fall zu passen schien, als die Constitution des Kaisers Marcus. Dieses hat denn dem Claudio Tryphoninus, welcher anderer Meinung war, Gelegenheit gegeben zu der dem Scavola beigefügten Note. Höchst unmöglich ist dagegen die Meinung des Jacob Constantinäus<sup>86</sup>), ob sie gleich auch Joseph Fernandez De Retes<sup>87</sup>) zu vertheidigen sucht, daß man zwey Constitutionen des Kaisers Marcus unterscheiden müsse. Die eine, der Zeit nach ältere, an den Aufidius Victorinus habe von dem Falle gehandelt, wenn ein Slave unter der Bedingung verkauft worden, daß ihn der Kaiser binnen einer gewissen Zeit manumittiren solle. Die andere, der Zeit nach jüngere, sey in den Semestribus erlassen, und habe den Fall betroffen, wenn der Kauf unter der Bedingung geschlossen worden, daß der Slave binnen einer gewissen Zeit frey seyn sollte, ohne jedoch daher der Manumission ausdrücklich zu gedenken. Jene habe Scavola Lib. XIV. Quaestionum berührt, wie aus L. II. §. I. D. de minorib. erhelle. Diese aber habe er nicht mehr erlebt. Denn sonst wäre kein Grund abzusehen, warum er sie nicht auch angeführt hätte. Allein diese Conjectur läßt sich nicht erweisen. Die L. 3. Cod.

Si

86) Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 17. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 513. sq.)

87) Opuscular. Libr. IV. sive uberior. Notae ad notas Claudi affixas Digestor. et Responsor. libb. Scaevolae. ad L. ult. D. de Servis export. (Tom. VI. *Thes. Meerm.* p. 197.)

*Si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittatur,* worauf er sich beruft, unterstüzt sie wenigstens nicht. Hier wendet Kaiser Alexander die Constitution der Kaiser Marcus und Commodus blos auf einen gewissen Fall an, wobei vermutlich über deren Anwendbarkeit war gestritten worden, wie aus folgenden Worten derselben erschellt. Si Iusta Saturnino puellam nomine Firmam, agentem tunc annos septem, hac lege vendiderit, *ut cum haberet annos viginti quinque, libera esset:* quamvis factum ab emtore praestandae libertatis pacto non sit insertum; sed ut libera esset, expressum: tamen constitutioni Divorum *Marcus et Commodi* in Semestribus scriptae locus est: ideoque impleto vicesimo quinto anno Firma libera facta est. Nec obest ei, quod vicesimo septimo anno manumissa est, quae iam ex constitutione libera erat.

War dem Verkaufe eines Sclaven die Bedingung beigefügt, daß ihn der Käufer manumittiren solle, und auf den Fall der Nichterfüllung eine Geldstrafe stipulirt worden, so war dieselbe unnütz. Denn da hier das Gesetz die Handlung Käufers ergänzte, wenn auch die Manumission von dem Verkäufer nicht geschah, mithin der Sclave auf jeden Fall frey wurde, wenn nur der Verkäufer vor Ablauf der bestimmten Zeit seinen Willen nicht wieder geändert hatte; so konnte man hier nicht sagen, der Käufer habe sein gegebenes Wort gebrochen. Dies ist, der Verordnung der Kaiser Marcus und Commodus gemäß, von den Kaisern Diocletian und Maximian prescrivire worden, wie aus *L. ult. Cod.* *Si mancip.*

cip. ita fuerit alienatum etc.<sup>88)</sup> erhellen. Anders repondirte zwar Scavola in seinen Digesten, woraus die L. 122. §. 2. D. de verbis. obligat. entlehnt worden ist. Allein da diese Stelle aus dem 28. Buch der Digesten des Scavola genommen ist, welches Buch dieser römische Jurist unter dem Kaiser Commodus schrieb, also zu einer Zeit, wo ihm die Verordnung des Kaisers Marcus nicht unbekannt seyn konnte, so kann man hier sein Stillschweigen wohl anders nicht erklären, als damit, daß diese Verordnung ausdrücklich nur von Sklaven handelte, die unter der Bedingung der Manumission waren verkauft worden; der Fall aber, den Scavola hier entscheidet, einen solchen Sklaven betroffen habe, welcher der Manumission wegen war geschenkt worden, wie Retes<sup>89)</sup> auch ganz richtig bemerkt hat. Eben dieser Meinung war auch schon vor ihm Cujazius<sup>90)</sup>. Daß jedoch die in der Schenkung bedingene Art der manumissio per vindictam Einfluß auf die Entscheidung des Scavola gehabt haben sollte, wie Aleiat, Duaren, und Donellus<sup>91)</sup> behaupten wollen, ist darum nicht glaublich, weil die Constitution des Kaisers Marcus von jeder Art der Manumission ohne Ausnahme redet. Daher verwirft Hubert

Gi-

88) Man sehe über dieses Gesetz vorzüglich POTIUS Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. d. et e. pag. 514.

89) Opuscul. cit. Lib. IV. ad L. ult. D. de servis export. nr. 6. pag. 197.

90) Observation. Lib. I. cap. 29.

91) In ihren Commentaren über den Tit. de verbis. obligat. ad L. 122. §. 2. D. h. t.

Giphan<sup>92)</sup> diese Meinung mit Recht. Es hatte jedoch schon der Kaiser Alexander die Constitution des Kaisers Marcus auch auf geschenkte Sclaven ausgedehnt. L. 1. Cod. *Si mancip. ita fuerit alienat.* etc.

War dem Verkauf einer Sclavin der Vertrag angehängt worden, ne prostituatur, und sie wurde dennoch dem Vertrage zuwider zur Hurerey Preis gegeben, so kam es darauf an, ob auf diesen Fall die Freywerbung der Sclavin, oder die eigenmächtige Zurücknahme derselben (*manus injectio, seu abducendi potestas*) war ausgemacht worden<sup>93)</sup>. Hatte sich der Käufer beym andern weiten Verkaufe der Sclavin dieselbe Bedingung ausgemacht, so gieng im Falle der Contravention der erste Verkäufer (*qui auctor fuit legis*) dem zweyten vor<sup>94)</sup>. Es konnte überdem auch eine Conventionalstrafe Statt finden<sup>95)</sup>.

Zu den Verträgen, die dem verkauften Sclaven zur Strafe dienen sollten, gehörte z. B. der, daß der Sclave nicht manumittirt werden, oder daß derselbe exportirt werden sollte. Das *pactum, ne servus manumitteretur*, ließ jedoch keine Conventionalstrafe auf den Contraventionsfall zu, sondern die derselben zuwider unternommene Manumission war ungültig<sup>96)</sup>. Denn da die Freyläffung ohne Effect

92) Lecturae Altorphin. in Tit. 1. Libri XLV. Dig. de Verb. obligat. ad L. 122. §. 2. D. h. t. pag. 966.

93) L. 1. et 2. Cod. *Si mancipium ita venierit, ne prostituatur.* G. Westphal vom Kauf §. 753. u. §. 756.

94) L. 9. D. de Servis exportand. G. Westphal §. 651.

95) L. 6. pr. D. h. t. Westphal §. 650.

Effect war, so konnte der Fall der vorbehaltenen Strafe gar nicht eintreten. Daher sagt Papinian *L. 6. pr. D. h. t.* Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si, ne manumitteretur, exceptum est. Nam incredibile est, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficij (i. e. manumissionis) cogitatum. In Absicht auf das andere pactum, *ut servus exportetur*, konnte ausgemacht werden, daß sich der Slave nicht in der Stadt aufhalten dürfe, wo sein Herr wohnte. Diese Ausschließung begriff denn auch die Entfernung desselben aus Rom in sich, nam Roma communis omnium in orbe Rom. viventium patria censebatur. War im Vertrag, ausgemacht worden, daß sich der Slave nicht in einer bestimmten Provinz aufhalten sollte, so war auch die Ausschließung aus Italien mit darunter begriffen<sup>97)</sup>. Wurde nun in dem einen oder andern Falle der Bedingung entgegen gehandelt, so konnte sich der Verkäufer entweder des Slaven wieder bemächtigen, oder auf eine Geldstrafe klagen, je nachdem entweder das eine oder das andere auf den Contraventionsfall ausdrücklich war stipulirt worden. Jedoch fiel in dem letztern Falle der Slave dem Fiskus anheim<sup>98)</sup>. War keine Geldstrafe stipulirt, sondern blos durch ein pactum adjectum versprochen

96) *L. 5. Cod. Si mancip. ita fuerit alienatum, ut manumittatur. L. ult. Cod. Qui non poss. ad libertatem pervenire. I.. 4. §. 9. L.. 9. D. de manumission. Westphal vom Kauf §. 752.*

97) *L. 5. Cod. Si servus exportand. ven.*

98) *L. 2. Cod. codem.*

chen worden, so entstand die Frage, ob nicht auch actio venditi geflagt werden könne? Papinian war anfangs der verneinenden Meinung, weil eine actio bonae fidei nicht auf Befriedigung einer bloßen Rache gehen dürfe. Er nahm nur den Fall aus, wenn der Verkäufer selbst auf den Fall der nicht erfolgenden Exportation eine Geldstrafe an Jemand zu bezahlen sich verbindlich gemacht hätte. Denn nun gelte es nicht mehr der Befriedigung einer bloßen Rache, sondern der Abwendung einer eigenen sonst zu befürchtenden Geldstrafe. Eben so könne die auf den entgegengesetzten Fall, nämlich *ne servus poenae causa exportaretur*, bedungene Geldstrafe ohne allen Zweifel mit der actio venditi gefordert werden. *Cum beneficio adfici hominem, intersit hominis. Enimvero poenae non irrogatae indignatio solam duritiem continet.* So dachte Papinian im 10. Buche seiner Quaestiones, woraus die L. 7. D. h. t. genommen ist. Er änderte aber seine Meinung nachher wieder in der L. 6. §. 1. D. eodem, welche aus dem 27. Buche seiner Quaestiones entlehnt ist. Hier sagt er freymüthig, er sey zwar ehemals anderer Meinung gewesen; allein nun nehme er die Meinung des Sabinus an, welcher ihn vom Gegentheil durch den Grund überzeugt habe, daß ja der Käufer, welcher sich eine solche Bedingung hat gefallen lassen, deshalb auch ein geringeres Kaufgeld bezahlt habe. Der Verkäufer habe daher allemal ein pecuniäres Interesse, indem er für den Sklaven mehr bekommen hätte, wenn jene Bedingung nicht wäre beigefügt worden. Die auf den Contraventionsfall bedungene Strafe ergänze also gleichsam das Kaufgeld, und sey als ein Theil desselben anzusehen.

anzusehen<sup>99)</sup>). Ein nachahmungswürdiges Beyspiel einer bescheidenen Retractation, welches uns hier einer der größten Rechtsgelehrten, die je gelebt haben, hinterlassen hat<sup>100)</sup>). Es ist der Mühe werth, den Papinian selbst reden zu lassen. *Si quid emtor, contra quam lege venditionis cautum est, feciset aut non fecisset: nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promisisset: caeterum viro bono non convenire, credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat SABINI sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.* Man hat den Tribonian deshalb tadeln wollen, daß er beyde Stellen aus den Quässionen des Papinian in seine Pandecten und zwar in der sonderbaren Ordnung aufgenommen, daß er die Retractation der ältern von Papinian widerrufenen Meinung habe vorausgehen lassen. Everhard Otto<sup>11)</sup> glaubt gar, es stecke ein arcanum dahinter. Quo magis enim verba L. ult.

99) POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. not. a. pag. 515. Westphal dem Kauf. §. 652.

100) S. EM. MERILLIUS Observation. Lib. I. cap. 9. ANT. MORNACIUS Observat. ad Dig. p. 469. GR. NOODT de pactis et transact. Cap. XI. EV. OTTO Papinianus. Cap. XV. §. 5. et 6. und 10. SAL BRUNQUELL Prolus. de retractationibus veterum Ictor. quorum fragmenta in Digestis supersunt. §. 7. in Opuscul. pag. 351. sq.

11) Cit. vita Papiniani Cap. XV. §. 6 init.

ult. §. 3. Cod. de furtis perpendo, sagt er, eo veri-  
 similius mihi videtur, IUSTINIANUM inconstantiae  
 et oblivionis notam tacite impingere voluisse PA-  
 PINIANO, quod in eodem opere Quaestionum muta-  
 verit sententiam, nec deleverit et omiserit, quod in  
 commentariis prioribus erronee scriptum esse  
 agnoscebat. Allein ich kann ihm hierin nicht Recht ge-  
 ben, sondern glaube vielmehr, daß Tribonian die Stel-  
 le aus Papinius Quaestiones, welche die erstere Meinung  
 dieses Rechtsgelehrten enthielt, zur Erläuterung der L. 6.  
 §. 1. D. h. t. beyfügt habe, um beyde Stellen mit ein-  
 ander vergleichen zu können, weil aus der L. 6. nicht  
 deutlich zu ersehen ist, von welcher Lex venditionis ei-  
 gentlich die Rede war, bey der Papinian seine Meinung  
 geändert habe <sup>2)</sup>.

a) S. Ulr. HUBER Eunom. Rom. ad L. 6. §. 1. et L. 7.  
 D. h. t. pag. 691. sq.

---

## Lib. XIX. Tit. I.

## De actionibus emti et venditi.

§. 1040.

## Klagen aus dem Kaufcontract.

**U**m die aus dem Kaufcontract entstehenden gegenseitigen Ansprüche geltend zu machen, gibt es zweyerley von dem Contract benannte Klagen, nämlich die *actio emti* und die *actio venditi*. Diese wird auch *actio ex emto*, so wie diese *actio ex vendito* genannt<sup>3)</sup>. Ist der Contract durch einen Bevollmächtigten dem Auftrag geöffnet geschlossen worden, so klagt derjenige, auf dessen Auftrag die Sache gekauft worden ist, *actionem emti utili*. Diese *actio utilis* steht auch dem Käufer gegen den Eigentümer ad exemplum institoriae actionis zu, wenn dessen Sache durch einen Bevollmächtigten verkauft worden ist; der Eigentümer aber, dessen Sachen von dem Mandatar, dem erhaltenen Auftrag geöffnet verkauft worden ist, stellt *utili ex vendito actionem* gegen den Käufer an<sup>4)</sup>. War der Contract mittelst ei-

D 2

ner

3) L. 13. §. 8. et §. 19. D. h. t. L. 26. et L. 66. §. a. D. de eviction. Die *actio venditi* wird auch *actio pretii* genannt. L. 7. C. h. t. L. 9. Cod. de contrah. emtione.

4) L. 13. §. 25. D. h. t. Si procurator vendiderit, et caverit emtori; quaeritur an domino vel adversus dominum

ner Stipulation geschlossen worden, so konnte der Kämmer auch *actione ex stipulatu* klagen, doch war damit die Contractsklage nicht ausgeschlossen, wo diese, als *actio bonae fidei*, vortheilhafter war<sup>5</sup>). Zuweilen geht die Klage aus dem Contract gar nur dahin, daß der Beschuldigte sich erkläre, ob er den Contract halten, oder davon wieder abgehen wolle. Dies ist der Fall, wenn der Handel durch Betrug veranlaßt worden ist. Denn der Betrüger kann nicht schlechthin auf die Erfüllung des Contracts klagen. Ulpian sagt *L. 13. §. 27. et 28. D. h. t.* *Si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex emto?* Et puto, hactenus,

ut

*num actio dari debeat?* Et Papinianus Libro 3. Responsorum putat, *cum domino ex emto agi posse utili actione*, ad exemplum insitoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, *utili ex emto actionem domino competere.* ANT. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 4 in fin. bemerkt hierbei, daß man statt *utili ex emto actionem domino competere*, vielmehr *utili ex vendito actionem* lesen müsse. Allein es ist nichts Seltenes, daß die Benennungen *actio emti* und *venditi* in den Gesetzen verwechselt werden. S. B. L. 26. *D. de eviction.* L. 66. §. 2. *D. eodem.* L. 11. *Cod. de pact.* L. un. *Cod. Si servus extero se emi mandau.* Es ist daher in der *L. 13. §. 25. D. cit.* nichts zu ändern, wie auch ANT. SCHULTING Thesium controversar. Decad. LXVIII. Th. 1. und POTHIER Pandect. Iusun. h. t. Nr. III. not. c. erinnert haben.

S. *L. 3. §. 1. D. h. t.* Vergleicht man jedoch damit die *L. 4. D. de Usuris*, so scheinen Pomponius und Papinian verschieden Meinung gewesen zu seyn. S. HUBER Eunomia Rom. ad *L. 3. §. 1. D. h. t.* pag. 693.

*ut aut stetur emitioni, aut discedatur.* Sed et si quis minorem viginti quinque annis circumvene-  
rit, et huic hactenus dabimus actionem ex emto,  
ut diximus in superiore casu<sup>6)</sup>.

## §. 1041.

## Actio emti.

Die *actio emti* oder *ex emto* steht nun dem Käufer zu, er mag die Sache mit eigenem oder fremden Gelde gekauft haben<sup>7)</sup>. Sie wird gegen den Verkäufer aufgestellt, und geht auf Erfüllung der sowohl aus dem Contract entstehenden, als durch besondere Verträge begründeten Verpflichtungen derselben. Worin die Verbindlichkeiten des Verkäufers bestehen, welche ihm die Natur des Contracts auflegt, ist schon an einem andern Ort<sup>8)</sup> gesagt worden. Der Käufer kann sich aber auch durch Nebenverabredungen Manches ausbedungen haben, worauf die *actio emti* gerichtet werden kann. Pomponius deutet auf Beydes hin, wenn er *L. 66. pr. D. de contrah. emt.* sagt: *In vendendo fundo quaedam, etiam si non condicantur, praestanda sunt; veluti, ne fundus evincatur, aut ususfructus eius: quaedam ita demum, si dicta sint; veluti viam, iter, actum, aquae ductum praestatuiri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.* Daß der Verkäufer dem Käufer für die Entwährung der Sache oder der Nutzung derselben haften müsse, versteht sich von selbst.

Allein

6) S. Westphal vom Kauf. §. 778. und 824.

7) *L. 8. Cod. Si quis alteri vel sibi.*

8) S. dell 16. Th. dieses Commentars §§. 983. 984. u. 985.

Allein daß sich gewisse Actio - Servituten bey dem verkauften Grundstück befinden, kann der Käufer anders nicht verlangen, als wenn sie ihm von dem Verkäufer besonders versprochen worden sind. Außerdem gehört noch hierher, was Ulpian L. II. D. h. t. sagt: *Ex emto actione is, qui emit, utitur. Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit. Cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est: quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huic iudicij potestate.*

Ist dieselbe Sache mehreren verkauft worden, so haben sie solche entweder gemeinschaftlich gekauft, oder nicht. In dem ersten Falle kann keiner derselben blos seinen Anteil am Kaufgeld bezahlen, und dagegen die Uebergabe der Sache verlangen wollen; sondern sie müssen entweder alle zusammen klagen, oder, wenn einer von ihnen allein klagen will, so muß er das ganze Kaufgeld bezahlen, und sich überdem zur verlangten Uebergabe durch Vollmacht des andern Mitkäufers legitimiren<sup>9)</sup>). So ist es auch, wenn der Käufer vor der Uebergabe gestorben ist, und mehrere Erben hinterlassen hat. Dies lehrt Labeo L. 78. §. 2. D. de contrah. emt. Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae er-

9) L. 31. §. 8. D. de aedilit. Edicto. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Westphal vom Kauf. §. 882. u. 883.

erciscundae iudicio servabit: nec, si partem solvat, ex emto cum venditore ageret; quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit. Haben nicht mehrere die Sache gemeinschaftlich gekauft, sondern sie ist mehreren besonders verkauft worden, so ist dieses entweder zu verschiedener Zeit, oder es ist zu gleicher Zeit geschehen. In jenem Falle geht, so lange noch keinem der verschiedenen Käufer die Sache übergeben worden ist, der erste Käufer dem zweyten Käufer vor. Es gilt hier die Regel: in pari causa qui prior tempore, est potior iure <sup>10)</sup>). Wäre aber die Sache dem zweyten Käufer tradirt worden, so hat dieser ein stärkeres Recht, und der erste Käufer kann hier blos actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen. Denn vor der Uebergabe blieb der Verkäufer noch Eigenthümer; er konnte daher die Sache einem Andern verkaufen, und diesem das Eigenthum übertragen. Hieran lassen uns folgende Gesetze nicht zweifeln.

L. 15. Cod. de Rei vindicat. Quoties duobus in solidum <sup>11)</sup> praedium iure distrahitur <sup>12)</sup>: manifesti

10) **S. Io. Henr. BOETTICHER** Diss. de eo qui in emtione potior. Helmst. 1687. und **Phil. Lud. BECK** Diss. de eo, quod iustum est circa rem duobus vel pluribus seorsim venditam. Altorfii 1747. Westphal vom Kauf §. 579.

11) Man ist nicht einig, von welchem Falle eigentlich diese Worte zu verstehen sind. **Iac. CUJACIUS** Observation. Lib. XVIII. cap. 31. versteht sie, wie die meisten Rechtsgelehrten, von dem Falle, da mehreren die nämliche Sache zu verschiedenen Seiten verkauft worden ist. Anton Gaber hingegen behält deshalb den Cujaz in seinen Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVI. Err. 1. und erklärt das Gesetz von dem Fälle,

nifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse<sup>13)</sup>), ac pretium exsolvisse, apud praesidem provinciae probaveris:  
ob-

le, da mehreren die nämliche Sache, und zwar ohne Theilung, in einem Contract und zu gleicher Zeit verkauft worden ist. Von einem solchen Falle redet auch L. 2. Cod. Pro Socio. Nun hat zwar Jo. Iac. WISSENBACH in Commentar. in Cod. ad L. 15. C. de rei vind. den Faber widerlegt. Für die Erklärung des Eujas streitet auch die L. 4. Cod. Gregorieni de rei vindicat. (Lib. III. Tit. 3.) wo unsere L. 15. auf folgende Art epitomirt ist: Quoties eadem res a domino diversis temporibus pluribus venundatur, eum potiorem esse, cui possessio primum data est. (S. Ant. SCHULTING Iurisprud. Autejust. pag. 693. et not. 6.) Allein man mag immerhin das Gesetz auch von mehreren correis emendi verstehen, das Resultat, daß die Uebergabe ein vorzügliches res Recht giebt, bleibt immer das nämliche.

12) Auch bey den Worten iure distrahitur hat man Anstoß gefunden. Faber kann sie mit seiner Erklärung wohl vereinigen. Allein wie Eujas? Sollte ihm nicht Paulus L. 21. D. de Lege Cornelia de falsis entgegenstehen? Eujas will zwar das iure für sine dolo malo erklären, allein Faber beweist ihm, daß Beydes nicht gleichviel sey. Wie könnte man auch den Verkäufer vom Dolus freysprechen, der die nämliche Sache zweyen in solidum zu verschiedenen Zeiten verkauft hat? D. Swegen sieht aber doch die Lex Cornelia der Rechtsbeschränktheit des Kaufs nicht entgegen, und hindert die Uebertragung des Eigenthums nicht, sondern bestrafft nur den Betrug des Verkäufers. S. WISSENBACH c. l. ad L. 15. Cod. de rei vind.

13) Ant. FABER cit. loc. de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVI. Err. 4. will hier lesen: Si igitur antecedente tempore

obtentu non datorum instrumentorum <sup>14)</sup>) expelli te a possessione non patetur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris recipere

pore te possessionem tenuisse, statt emisse. Denn darauf, daß auch der Kauf müsse früher geschlossen seyn, um vor dem andern Käufer den Vorzug zu behaupten, komme es nicht an, wenn nur die Sache dem einen von beyden zuerst übergeben worden sey. Allein eine Emendation scheint mir deswegen doch nicht nöthig zu seyn. Denn was berechtigt uns, die angeführten Worte gerade von einer früheren Schließung des Kaufs zu verstehen? Wissenbach a. a. D. sagt, die Worte antecedente tempore seyen so zu erklären, antequam ipsi, sc. consultrici, controversia moveretur. Allein richtiger scheint mir die Interpretation des Accursius zu seyn, welcher sie so versteht: Si igitur antecedente tempore te rem emtam per traditionem accepisse etc. Denn das Wort possessio soll hier wohl auf die Uebergabe hindeuten. Andere glauben, man müsse hier den Fall annehmen, wovon L. 9. §. 4. D. de public. in rem act. rede. C. die Götting. Ausgabe das Corp. iuris civ. ad h. L. not. 75. T. II. pag. 192.

14) Daß der Käufer auch den Kaufbrief in Händen habe, ist zur Gültigkeit seines Rechts nicht erforderlich. Der Besitz desselben giebt aber auch dem Käufer sein Vorrecht vor dem zweyten, dem die Sache tradirt worden ist, wenn auch dem ersten Käufer der Kaufbrief noch vor der Uebergabe der Sache an den zweyten Käufer wäre eingehändiget worden. Anderer Meinung ist zwar FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVI. Err. 3. Allein die L. 1. Cod. de donation. entscheidet hierüber nichts. Man sehe Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 27. C. 313. f. der 2. Auflage. Carl Frid. Christ. WENCK Diss. de traditione inter possessionis et proprietatis transferendae modum fluctuante. Lipsiae 1809. Cap. III. §. 2. pag. 30. sq. und Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen sc. §. 484.

pere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum rātio habeatur<sup>15)</sup>: cum et si ex causa donationis utriusque dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat.

*L. 6. Cod. de hereditate vel act. vendita.* Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo, vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogetur.

Man will jedoch verschiedene Ausnahmen statt finden lassen<sup>16)</sup>. Man rechnet dahin 1) wenn der erste Kauf mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche das Privilegium hat, daß sie das Eigentum ohne Uebergabe erwirbt. Z. B. die Sache ist einer Kirche verkauft worden. Allein die *L. 23. §. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* sagt dieses nicht<sup>17)</sup>. 2) Wenn die Sache dem

15) Es ist also hier dem Käufer, dem die Sache übergeben war, freigestellt, ob er auf seinem Rechte bestehen, oder die gekaufte Sache zurückgeben, und das Kaufgeld mit Zinsen zurückverlangen wolle. Dann muß er sich aber doch auch die genossenen Früchte anrechnen lassen; und auch die gehabten Kosten kommen in Anspruch.

16) S. BECK Diss. cit. §. 7.

17) Man s. WISSENBACH Comment. in Cod. Lib. I. Tit. 2. §. 10. Eben dasselben Disputation. ad Instituta Disp. X. Th. 36. Hub. CYPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 20. Cod. de pactis pag. 47. Westphals Cyph. des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ic. §. 765. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechtes 1. B. §. 695. Mv. 3.

dem ersten Käufer cum pacto de non alienanda re verkauft, und ihm deshalb eine Special - Hypothek bestellt worden ist. Allein dieses pactum würde zwar den Entschädigungs - Anspruch des Käufers verstärken, aber ihm keinen Vorzug vor dem zweyten Käufer geben, dem die Sache eradirt worden ist<sup>18)</sup>). 3) Wenn der zweyten Käufer gewußt hätte, daß die Sache schon vorher einem Andern sey verkauft worden. Allein daß der Dolus des zweyten Käufers dem ersten kein Recht gebe, die dem zweyten Käufer übergebene Sache selbst in Anspruch zu nehmen, hat schon Carl Ferdinand Zommiel<sup>19)</sup> ausgeführt. Ist endlich die Sache zwey verschiedenen Personen zu gleicher Zeit verkauft worden, so haben beyde ein gleiches Recht. Man sehe z. B. A. trägt dem B. auf, ihm sein Haus zu verkaufen, und bestimmt die Bedingungen des Contracts. B. findet auch wirklich einen Käufer, mit dem er den Kauf seinem Auftrage gemäß abschließt. Unterdessen findet auch A. Gelegenheit, das Haus zu verkaufen, und, in der Meinung, B. werde dasselbe so geschwind nicht verkauft haben, schließt er mit diesen ebenfalls einen Handel unter gleichen Bedingungen ab. Zufällig geschieht es, daß beyde Contracte nicht nur an einem Tage, sondern auch sogar in einer und derselben Stunde zu Stande kommen. Beyde Käufer verlangen nun das Haus. Da Mandans und Mandatarius in Rücksicht des hier geschlossenen Handels wie eine Person anzusehen sind, so sind beyde Contracte in gleichem Grade gültig, und das Recht

<sup>18)</sup> G. HERTIUS Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22.

<sup>19)</sup> Rhapsod. Quaest. for. Vol. VI. Obs. 883.

Recht der beyden Käufer steht hier gegen einander in einem so genauen Gleichgewichte, daß ohne offbare Verlezung keinem ein Vorzug vor dem andern zugesprochen werden kann. Es ist also der Willkür der Käufer anheimzustellen, ob sie die Sache gemeinschaftlich in Besitz nehmen, oder durchs Loos unter sich ausmachen wollen, wer die Sache von beyden allein haben solle. Dem versierenden Theile bleibt dann blos der Regress gegen den Verkäufer wegen der Entschädigung übrig <sup>20)</sup>).

Hat sich der Verkäufer entweder mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Schuld außer Stand gesetzt, die Sache dem Käufer zu übergeben, so kann gegen ihn mit der actio emti auf das Interesse geklagt werden <sup>21)</sup>). Dieses kann zuweilen den Werth der Sache übersteigen <sup>22)</sup>). Ob deshalb das iuramentum in litem Statt finde, ist schon an einem andern Orte <sup>23)</sup> ausgeführt worden. Säumte der Verkäufer mit der Uebergabe, so kann der Käufer auf den höchsten Werth klagen, den die Sache seit der Zeit, da sie hätte tradirt werden sollen, bis zur Zeit der Verurtheilung des Verkäufers hatte <sup>24)</sup>). Mit der actio emti kann auch auf die Aufhebung des Han-

dels

20) Ein solcher Fall kommt in Hymmen's Beyträgen zur jurist. Litteratur in den preuß. Staaten 5. Samml. S. 141. ff. vor.

21) L. 11. §. 9. L. 21. §. 3 D. h. t. L. 4. Cod. eodem. L. 10. C. eod.

22) L. 1. pr. D. h. t.

23) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 416.

24) L. 3. §. 3. D. h. t. S. den 13. Th. dieses Commentars §. 844. S. 290. ff. Man sehe auch ROTIER Pandect. Justin. T. I. h. t. Nr. LXXXI. not. a.

dels geflagt werden, wenn ein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden ist<sup>25</sup>). Zuweilen geht die Klage nur auf Restitution des Kaufgeldes. z. B. Der Legatar faust die Sache, welche ihm von dem Erblasser unter einer Bedingung vermachte worden ist, pendente conditione unwillkürlich von dem Erben. Da der Erbe bis zur Existenz der Bedingung Eigenthümer bleibt, so läßt sich die Gültigkeit des Kaufs nicht bezweifeln. Allein tritt nachher die Bedingung ein, so wird der Kauf resolvirt, als ob er nie geschlossen worden wäre<sup>26</sup>). Es muß daher dem Käufer das Kaufgeld zurückgegeben werden, weil er sonst die Sache nicht als ein Legat hätte<sup>27</sup>).

Endlich kann die Klage auch zuweilen auf Cautions-Leistung gerichtet werden, z. B. wegen der Entwährung, oder wegen der Mängel, oder auch wegen

25) *L. 11. §. 3. 5. et 6. D. h. t. L. 2. C. de rescind. vendit.* S oben §. 1029 S. 70.

26) Arg. *L. ult. §. 3. Cod. Communia de legatis.*

27) *L. 29. D. de act. emti et vend.* Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit. *Actione ex emto poterit consequi emtor pretium:* quia non ex causa legati rem habet. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 14 will statt non lieber nunc lesen. Ihm pflichtet auch POTHIER Pand. Iustin. h. t. nr. XLI. not. g. bey. Allein zu einer solchen Emendation ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Westphal vom Kaufe §. 85. meint mit RETES Opusculor. Lib. IV. ad L. 88. §. 12. de Legat. 2. (*Thes. Meerm. T. VI. p. 201.*) der Kauf habe die causa legati nun verdrängt. Allein wie könnte denn das Kaufgeld zurückgesetzt werden? S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

wegen der Uebergabe, wenn dieselbe nicht sogleich erfolgen konnte<sup>28)</sup>).

*L. 11. §. 8. D. h. t.* Idem MERATIUS, etiam si alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere, ab omnibus receptum est, et *ex emto actionem esse*, *ut habere licere emtori caveatur*, sed et ut tradatur ei possessio.

*L. 14. Cod. eodem.* Enitor servorum certe de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erroresque non esse, aut noxa solutos, repromitti sibi recte postulat.

### §. 1042.

#### Actio venditi.

Die actio venditi steht dem Verkäufer gegen den Käufer zu, und geht auf Leistung desjenigen, wozu der Contract den Käufer verpflichtet. *Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emtori praestari oportet*, sagt Ulpian *L. 13. §. 19. D. h. t.*

Hauptsächlich wird sie auf die Bezahlung des Kaufgeldes oder dessen Restes gerichtet, und sie ist noch immer begründet, wenn auch der Verkäufer aus Irrthum geglaubt hätte, seine Forderung sey durch Compensation getilgt. Denn soll die Einrede der Abrechnung der Klage entgegenstehen, so muß sie auch begründet seyn, wie die Kaiser Valerian und Gallienus *L. 2. C. h. t.* prescribiren: *Venditi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris.*

Nec

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. Westphal vom Kauf. §. 76.

Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invicem deberes, id obesse tibi poterit, si in bona fidei contractu (in quo maiores etiam viginti quinque annis officio iudicis in his, quae dolo commissa sunt, adiuvantur) iusto errore te ductum, vel fraude adversarii captum, quasi debitum id esset, quod revera non debebatur, pepigisse monstraveris. Ist ein rechtlicher Grund dazu vorhanden, d. h. Vertrag, Verzug, oder gesetzlich anerkannte Billigkeit, so können auch Zinsen vom Kaufgelde <sup>29)</sup>), jedoch nicht höhere, als die Gesetze erlauben, wenn sie auch als eine Conventionalstrafe wäre ausbedungen worden <sup>30)</sup>); auch kein weiteres Interesse <sup>31)</sup>), noch Gewinn, den vielleicht der Verkäufer, als Kaufmann, mit dem ihm nicht gehörig bezahlten Kaufgelde gemacht haben würde, gefordert werden; es müßte denn etwa die Bezahlung des Kaufgeldes an einem bestimmten Orte haben geschehen sollen, und daher das interesse loci zu vergüten seyn <sup>32)</sup>). Hat sich der Käufer bey der Besitznahme der Sache mehr angemäßt,

als

29) L. 13. §. 20. D. h. t. L. 47. in fin. D. eodem. L. 5. L. 13. Cod. h. t. L. 18. §. 1. D. de Usuris. L. 2. Cod. eodem. S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. S. 134. ff.

30) L. 13. §. 26. D. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58. Westphal vom Käufe §. 665.

31) L. 19. D. de periculo et commodo rei vend. S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 20. Ios. FINESTRES Hermogenian. ad h. L. pag. 464. sqq.

32) L. 2. §. ult. L. 4. D. de eo, quod certo loco. S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. Mot. 36. S. 142.

als ihm gehörte, so kann auch auf Zurückgabe desselben geklagt werden<sup>33)</sup>). Mit dieser Klage erhält ferner der Verkäufer Ersatz der auf die verkauften Sache verwandten Unkosten<sup>34)</sup>). Endlich geht die Klage auch noch auf Erfüllung dessen, was durch Nebenverabredungen ausbedungen worden ist. Ist ein solcher Vertrag als ein resolutiver beigefügt worden, so kann auch auf die Zurückgabe der verkauften Sache mit aller Zubehörung geklagt werden, und der Verkäufer hat dann nach dem neuern römischen Recht die Wahl, ob er mit der *actio venditi* oder *praescriptis verbis* flagen will<sup>35)</sup>). Eben diese Wahl findet Statt, wenn dasjenige, was sich der Verkäufer ausbedungen hat, gleichsam einen Theil des Kaufgeldes ausmacht, wenn auch der Nebenvertrag an sich einen eignen Contract ausmachen sollte. Z. B. ich habe dir einen leeren Platz mit der Bedingung verkauft, daß du ihn bebauen, und mir dann einen Theil des Gebäudes überlassen sollst<sup>36)</sup>); oder du hast mir die Hälfte eines Grundstücks um einen wohlseilens Preis mit der Bedingung verkauft, daß ich den andern Theil, den du zurückbehalten hast, auf eine

33) *L. 2. in fin. Cod. h. t.*

34) *L. 13. §. 22. L. 38. §. 1. D. h. t. L. 16. C. eodem.*

35) *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compositis.* Unter den ältern Rechtsgelehrten war dieses streitig, wie schon an einen andern Orte (*Th. XVI. §. 1000. Not. 37. S. 226.*) bemerkt worden ist.

36) *L. 6. §. 2. D. h. t.* *Si aream tibi vendidi certo pretio, et tradidi ita, ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est, et ut aedifices agere me posse ex vendito, et ut aedificatam mihi retradas.*

eine bestimmte Zeit in Pacht nehmen solle<sup>37)</sup>). Labeo und Trebatius läugneten zwar, daß hier ex vendito geklagt werden könne, und glaubten, dem Verkäufer stehe nur die actio praescriptis verbis zu<sup>38)</sup>). Allein Ulpian und Javolen waren anderer Meinung, und behaupteten mit Recht, daß auch die actio venditi nicht ausgeschlossen sey, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: *nam hoc ipsum pretium fundi videtur, quod eo pacto venditus fuerit;* wie Javolen L. 79. D. de contrah. emt. sagt; und diese Meinung nahm auch die Praxis an.

### §. 1043.

Eigenschaften und Bedingungen beyder Klagen. Exceptio non adimplenti contractus. Findet hier wohl auch der Executiv-Prozeß statt?

Da beyde Klagen blos das Vermögen betreffen, so gehen sie sowohl activ als passiv auf die Erben der Contrahenten über, das heißt, sie können sowohl von den Erben, als gegen die Erben der Contrahenten angestellt werden. Hat der Verkäufer die nämliche Sache an zwey verschiedene Personen verhandelt, dieselbe aber noch keinem von beyden tradirt, und dann von diesen zwey Käufern der eine des andern Erbe geworden ist, so concurrenzen zwey Klagen in einer Person, nämlich die eigne Klage des Erben, und die erbschaftliche. Hatte nun der eine Käufer schon vor der Antretung der Erbschaft die ihm aus

37) L. 79. D. de contrah. emt.

38) L. 50. D. de contrah. emt. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 79. D. de contrah. emt. und Westphal vom Kauf. §. 888.

aus seinen eigenen Contract zustehende Klage angestellt, so kann er nach der Antretung der Erbschaft noch, wenn er will, die ihm als Erben zustehende Klage aus dem Contract seines Erblassers anstellen; und also, wenn er mit seiner eigenen Klage z. B. die Sache selbst erhalten hat, nachher noch mit der ihm als Erben des andern Käufers zustehenden Klage das Interesse fordern. Hätte er hingegen vor der Antretung der Erbschaft noch gar nicht geflagt, so kann er nun zwar nur eine Klage anstellen, aber doch so, daß er mittelst derselben den Vortheil beyder Contracte erhalten kann. Es findet also hier keine *confusio obligationum* statt<sup>39)</sup>). So lehrt Ulpian L. 10. D. h. t. Non est novum, *ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant*. Cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres oxtiterit: *constat duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes, propriam, et hereditariam: et debere heredem*

39) *S. Iac. LABITTUS Usu Indicis Pandectar. Cap. III. §. 30.*  
*(Adject. Abr. WIELING Iurisprud. restitut. T II. pag. 49.)*  
 und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3.  
 Nr. CXXVI. Not. b. c. d. Unders erklärt diese Stelle Westphal vom Käufe §. 880. Nach seiner Erklärung soll der Sinn der Worte: unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum, der seyn, durch das Erkenntniß auf die Sache oder das Interesse, als von welchen beiden Stücken nur eins zugesprochen werde, seyen beyde Contracte zugleich abgethan. Allein die Erklärung des POTHIER Pandect. Iustin. cit. loco not. d. welcher sie so versteht, consequetur una actione, in quam duae quasi conflatae sunt, quod ex utroque contractu debetur; ist den Worten, und auch der Rechtsanalogie angemessener. Cum enim duae eiusdem potestatis sint obligationes, non potest reperiri, cur altera potius, quam altera consumeretur, sagt L. 5. D. de fideiussor.

*redem institutum, si velit, separatim duarum actionum commodo uti: ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire; deinde, adita hereditate, hereditarium. Quodsi prius adierit hereditatem: unam quidem actionem movere potest: sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum.*

Bey beyden Klagen wird ferner zur Begründung der selben erforderl. daß der Kläger an seiner Seite den Contract erfüllt habe, oder die Erfüllung vollständig anbiete. Denn sie entspringen aus einem Bilateralcontract, in welchem die Leistung des einen durch die des andern bedingt ist. Jeder Theil kann daher zu seiner Sicherheit (quasi pignus) seine Gegenleistung so lange zurückhalten, bis der andere seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist. Will daher I) der Käufer mit der actio emti auf die Uebergabe klagen, so muß er, wosfern ihm die Sache nicht auf Credit verkauft worden ist, entweder das ganze Kaufgeld bezahlt, oder solches dem Verkäufer, mit der Bereitwilligkeit es sofort zu bezahlen, ganz angeboten haben. Hätte er nur einen Theil der Kaufsumme angeboten, oder auch auf Abschlag bezahlt, so würde ihm dieses nichts helfen, sondern der Verkäufer die Sache dennoch bis zur Bezahlung des ganzen Kaufgeldes zurückzuhalten berechtigt seyn.

L. II. §. 2. D. h. t. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum.

L. 13. §. 8. D. h. t. Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor

tor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem,  
quam vendidit.

*L. 22. D. de hereditate vel act. vend.* Hereditatis venditae pretium pro parte accepi, reliquum emtore non solvente. Quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nihil proponi, cur non teneantur.

2) Eben so muß aber auch der Verkäufer, wenn er auf die Bezahlung des Kaufgeldes oder des Restes desselben klagen will, die Sache tradirt, oder sich zur Uebergabe bereitwillig erklärt haben. Sonst kann ihn der Käufer mit der exceptio rei venditae, sed non traditae eben so zurückweisen, als in jenem Falle der Verkäufer mit der exceptio pretii nondum soluti den Käufer mit seiner Klage abweisen kann.

*L. 25. D. h. t.* Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, ad versus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea repetitur, quae venit, neque tradita est.*

Man nennt überhaupt die Einrede, welche der aus einem Bilateralcontract angestellten, und auf dessen Erfüllung gerichteten Klage, zur Ausschließung derselben, entgegengesetzt wird, und welche dahin gehet, daß der Kläger seiner Seits dasjenige nicht geleistet habe, in dessen Rücksicht sich der Beklagte zu dem, was der Kläger von ihm fordert, verbindlich gemacht hat, die Einrede des nicht erfüllten Contracts, (exceptio non adimulti contractus, oder auch exceptio im-

implementi non secuti<sup>40</sup>). Daß diese Exception in dem römischen Recht gegründet seyn, ist, nach den angeführten Gesetzstellen, außer Zweifel; wenn gleich den Worten nach dieselbe darin nicht vorkommt, sondern die römischen Gesetze nur von einer exceptio mercis non traditae sprechen<sup>41</sup>). Auch in dem Canonischen Recht findet sich die gedachte Exception nicht wörtlich, so deutlich es auch die Billigkeit derselben in der Regel anerkennt: *Frusta sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat*<sup>42</sup>). Wenn nun gleich sonst der Regel nach dem Beklagten der Beweis seiner Einreden obliegt<sup>43</sup>); so verhält sich doch hier die Sache anders. Die sogenannte exceptio non adimpleti contractus gehört zu denjenigen Einreden, wodurch die Last des Beweises auf den Kläger gebracht wird<sup>44</sup>). Der Grund, warum hier der Kläger den Beweis übernehmen muß, daß er seiner Seits den Contract erfüllt habe, beruhet nicht, wie man gewöhnlich sagt, darin, weil die der Klage entgegengesetzte Einrede eine verneinende ist, denn auch negative Behaupt-

40) *S. Io. Frid. Franc. de LICHENSTEIN* Diss. de natura et indole exceptionis implementi non securi, praes. *Io. Frid. WAHL* def. *Goettingae* 1751. §. 20.

41) *L. 5. §. 4. D. de doli mali et met. except.*

42) *Cap. 75. de Reg. iuris in 6to.*

43) *L. 19. pr. D. de probat. L. 1. D. et L. 5. Cod. de exceptionib.*

44) *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 23. *Gabr. SCHWEDER* Conclusion. select. de exceptione non impleti contractus. *Tübingae* 1688. §. 26. sqq. *Io. ERN. SCHROEDER* Diss. de exceptionibus, quibus oppositis onus probandi actori iniungitur. Cap. III. §. 5. *de LICHENSTEIN* oder *WAHL* cit. Diss. §. 23.

hauptungen müssen bewiesen werden<sup>45)</sup>; sondern weil dadurch ein Umstand bestritten wird, der zum Grunde der Klage gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt<sup>46)</sup>). Sie findet daher auch im Executivprozesse Statt, nicht weil sie zu den liquiden Einreden gehört, sondern weil sie die Forderung des Klägers illiquid macht. Denn es soll ja erst ausgemacht werden, ob der Contract erfüllt, und also die Klage begründet sey, oder nicht<sup>47)</sup>). Die Praxis begünstigt überhaupt diese Einrede dergestalt, daß sie nicht nur in jedem Theile des Prozesses, auch nach der Einlassung auf die Klage, ja selbst noch bey der Execution zugelassen wird<sup>48)</sup>), sondern auch sogar von dem Richter, wenn sie gleich nicht vgeschützt worden ist, ergänzt werden kann, insosfern sie sich aus den Acten schon von selbst

45) S. GÖNNER Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XXXIV. §. 4.

46) I. H. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 19. §. 11. Frid. Alex. KÜNHOLD Disput. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno. Lipsiae 1726. §. 18. und Ad. Dicet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. VI. nr. 11. §. 198.

47) S. Weber a. a. O. Nr. 27. §. 267. f.

48) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. SCHWEIDER cit. Diss. §. 22. MÜLLER ad Struvium Exercit. XXIII. Th. 113. not. d. Doch macht sich schon STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. den Zweifel, ob nicht der jüngste Reichsabschied vom J. 1654. §. 37. entgegenstehe? Man sehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIII. §. 11. Auch WAHL cit. Diss. §. 30. will diese Einrede bey der Execution nur unter folgenden Bedingungen zulassen, 1) wenn sie weder in den Acten selbst vgeschützt worden, noch sich sonst aus den Acten ergobe; 2) wenn der Beklagte eine rechtmäßige Entscheidung habe, daß er sie nicht zur rechten Zeit vor dem Erkenntniß vgeschützt hat; und 3) wenn sie sogleich liquid sey, oder durch Angabe der Beweismittel sogleich liquid gemacht werden könnte.

selbst ergiebt<sup>49</sup>). Sie kann auch nicht nur von jedem Beklagten, welcher aus dem Contract belängt wird, er sei der Contrahent selbst oder ein anderer Interessent, z. B. der Bürge, oder Erbe, vorgeschrüft, sondern auch jedem Kläger entgegengesezt werden, welcher aus dem Contract klagt, er sei der Contrahent oder ein anderer, welcher in seine Rechte eingetreten ist<sup>50</sup>). Denn sie ist eine exceptio in rem, oder wie Paulus<sup>51</sup>) sagt, rei cohaerens.

Von der exceptio non adimpleti contractus wollen viele<sup>52</sup>), zu denen auch Hellfeld gehört, die exceptio non rite adimpleti contractus, oder wie man sie auch nennt, exceptio non debito modo impleti contractus, oder wie man sie deutsch ausdrückt, die Einrede des nicht gehörig erfüllten Contracts, unterschieden wissen. Bey dieser, sagt man, behalte es bey der Regel, vermöge welcher der Beklagte seine

49) LAUTERBACH c. I. STRYK c. I. SCHWEDE cit. Diss. §. 9. WAHL über de LICHENSTEIN cit. Disp. §. 22. MÜLLER ad Struvium c. I. not d. nr. II HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1935 Not. a. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. I §. 292. not. f u. a. m. Man s. jedoch Gönners Handbuch des gem. Prozesses 1. B. Nr. X. §. 13. S. 251. ff.

50) WAHL cit. Diss. §. 26. et 27.

51) L. z. §. 1. D. de except.

52) Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreben §. 125. Schon früher SCHAUMBURG Compend. juris Digest. h. t. §. 2. Einstimmig mit ihnen Christoph Christ. Dabekow Hand. des heutigen gemeinen röm. deutsch. Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1658. Fried. von Bülow und Theob. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Themen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erör. XXIII. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 169. (der 4. Aufl.) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. Nr. 27. S. 268. Hellfelds Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1907. Not.

seine Einreden beweisen muß, das Bewenden. Den Grund dieses Unterschieds sieht man darin, weil der Beklagte hier ein Factum anfüre, das nicht blos verneinend ist, sondern einen Umstand enthalte, wovon, nach den Regeln des Beweises, dem Kläger der Beweis nicht aufgebürdet werden könne. Allein daß dieser Unterschied ungegründet sei, hat schon Johann Christian von Quistorp<sup>53)</sup>, und nach ihm noch einleuchtender Heinrich Ernst Bornemann<sup>54)</sup> gezeigt. Man hätte doch billig erwartet, daß man vor allen Dingen erst darüber einen befriedigenden Aufschluß geben sollen, wenn man sagen könne, der Contract sei nicht gehörig erfüllt. Hierüber haben sich aber die angeführten Rechtsgelehrten so unbestimmt erklärt, daß man fast nicht weiß, wie man aus diesem Labyrinth einen Ausweg finden soll. Unser Hellfeld erklärt mit seinem Vorgänger Schaumburg, die Einrede so, wenn der Contract nicht vollständig, plenarie, erfüllt, oder wie sich Schaumburg ausdrückt, wenn dem Contract nicht ex a se ein Genüge geschehen ist. Man sehe nun, der Verkäufer stelle dem auf die Uebergabe flagenden Käufer die Einrede entgegen, er habe noch nicht das ganze, auf 100 Thlr. behandelte Kaufgeld, sondern nur erst die Hälfte daran bezahlt, ohne ihm wegen des Rückstandes Credit gegeben zu haben, so wäre dies die exceptio non rite, id est, non plenarie adimpleti contractus, und dem Verkäufer müßte also der Beweis aufgebürdet werden.

In

53) Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit s. L. herausgegeben von Wiese. (Leipzig 1798. 4.) Bemerk. LIII. S. 190. ff.

54) Ueber die confessio qualificata im Epil. Proces mit einer Anwendung auf die exceptio non rite adimpleti contractus. Hannover 1806. 8. S. 19. II.

In welchem Widerspruche würde aber eine solche Behauptung mit *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* und *L.* 22. *D. de hered. vel act. vend.* stehen, welche dem Kläger die Klage ex emto in diesem Falle geradezu absprechen? Herr Hofrat Thibaut erklärt sich hingegen darüber so, wenn der Contract zwar erfüllt, die Leistung aber fehlerhaft geschehen sey, so sey die exceptio non rite adimpleti contractus vorgeschrifft. Allein hier könnte man auch noch erst fragen, worin diese fehlerhafte Leistung bestehet, welche die gedachte Exception voraussehen soll? Daß es hier nicht blos auf die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache angesehen seyn könne, ist wohl gewiß. Die aus Leyser<sup>55)</sup> und Hommel<sup>56)</sup> von ihm angeführten Stellen enthalten auch ganz andere Fälle. Dem Käufer war die Sache gehörig übergeben, und somit der Contract wirklich erfüllt worden. Derselbe setzte aber dem auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagenden Verkäufer die Einrede entgegen, er sey von einem Dritten wegen der Sache in Anspruch genommen worden, und ihm drohe eine Entwährung. Allein wie kann man die exceptio imminentis evictionis eine exceptio non rite adimpleti contractus nennen? Freylich kann man, wie auch Leyser ganz richtig urtheilt, in diesem Falle dem Verkäufer keinen Beweis aufbürden, daß er Eigenthümer der verkauften Sache gewesen sey. Denn dieser Beweis gehört nicht zur Erfüllung des Contracts<sup>57)</sup>. Allein der Käufer kann sich auch aus dem Grunde der etwa immin-

55) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCVIII. medit. 1. et 2. et Vol. IV. Specim. CCXXXVIII. medit. 2. et 3.

56) Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 87.

57) *L.* 25. §. 1. *D. de contr. emt.* *L.* 11. §. 2. *L.* 30. §. 1. *D. h. t.* *L.* 3. *C. de eviction.*

renden Eviction von seinen Contractsverbindlichkeiten nicht frey machen. Zwar kann ihm aus diesem Grunde die Zurückbehaltung des Kaufgeldes nicht bestritten werden; allein diese kann doch nur höchstens so lange Statt finden, bis der Verkäufer für die etwa zu besorgen habende Eviction hinreichende Sicherheit bestellt hat<sup>58)</sup>). Man sehe aber ferner, der Käufer habe dem auf die Erfüllung flagenden Verkäufer die Einrede entgegengesetzt, daß die ihm attrirte Sache fehlerhaft sey, so muß zwar freylich der Käufer, da er die Vermuthung gegen sich hat, den behaupteten Fehler beweisen; allein deswegen kann man ihm doch nicht den Beweis auflegen, daß der Fehler tempore contractus schon vorhanden gewesen sey. Zeigt also der Beklagte, daß der Fehler wirklich vorhanden sey, und der Kläger war auch verbunden, die Sache ohne diesen Fehler zu überliefern, so steht dem Beklagten, welcher die Richtigkeit der geschehenen Erfüllung läugnet, nichts entgegen, und der Kläger ist vor allen Dingen schuldig zu beweisen, daß er die Sache fehlerfrei übergeben habe. Herr Prof. Weber hat sich noch unter allen am ausführlichsten darüber erklärt. „Sobald der Beklagte, sagt er, nicht mehr in jenen Gränzen einer bloßen Bestreitung des factischen Klagegrundes bleibt, und nicht sowohl das, was eigentlich hiezu gehört, abläugnet, als vielmehr dem Kläger sonst besondere Thatsachen, in Ansehung dessen, was er zu leisten hat, entgegensezt, so folgt natürlich, daß Beklagter sich mit dieser Gegenbehauptung — *exceptio non rite seu non debito modo impleti contractus* — wenn der Kläger sie nicht zugiebt, allerdings die Verbindlichkeit des Beweises auflegt. Dahin gehört, wenn jene Einrede des nicht

58) L. 18. §. 1. *D. de peric. et comm. rei vend.* L. 24. *Cod. de eviction.* S. Buchholz Versuche über versch. Rechtsmat. Nr. I.

nicht erfüllten Contracts aus der fehlerhaften Be-  
schaffenheit der gelieferten Sachen, aus Handlungen, die  
der Kläger gegen den Contract unternommen hat, oder  
sonst aus Verhältnissen hergeleitet wird, wodurch Beklag-  
ter die Rechte, welche ihm der Contract zusichert, gehörig  
zu behaupten gehindert wird, insofern der andere Contra-  
hent dafür zu haften verbunden ist. Alles dieses beruhet  
auf Thatsachen, die der Beklagte, wenn sie bestritten wer-  
den, erst darthun muß, bevor er die darauf gegründete  
Einrede gegen den Kläger geltend machen kann." Er be-  
zieht sich übrigens, wie Thibaut, auf Leyser und Hom-  
mel. Die noch ausserdem aus Müller über Leyser an-  
geföhrte Observat. <sup>59)</sup>) kommt nicht in Betrachtung, weil  
sie in der Hauptsache aus Hommel genommen ist. Da  
hier blos die Meinung des Herrn Hofrats Thibaut, auf  
welchen auch verwiesen wird, durch Fälle, die bereits vor-  
hin sind angeführt worden, mehr ausgeführt worden ist;  
so steht das Nämliche auch dieser Meinung entgegen. Die  
ältern Schriftsteller, auch selbst diejenigen, welche der ex-  
ceptio non adimpleti contractus eigene Abhandlungen <sup>60)</sup>)  
gewidmet haben, schweigen von einer exceptio non rite  
adimpleti contractus ganzlich. Vielmehr sagen sie ein-  
stimmig: *Exceptio implementi non secuti cum ipsi  
actori, tum heredi eius, potest tam diu opponi,  
quamdiu aliquid adhuc praestandum superest, etiam-  
si in minima parte contractus non sit impletus, aut  
implementum tantum in accidentalibus secutum non  
sit, quia is tantum cum effectu agere potest, qui*  
con-

59) Tom. V. Obs. 850.

60) Siehe die oben in den Noten 40. 44. und 46. angeführten SCHWEDER, KÜNHOLD und WAHL oder von LICHENSTEIN.

conventa et promissa *ex asse*, sive, ut practici loquuntur, *totaliter implevit*<sup>61)</sup>. Und Stryk<sup>62)</sup> widerlegt mit Recht die Meinung des Berlich<sup>63)</sup>, welcher behaupten wollte, die exceptio non impleti contractus bringe nur dann den Beweis auf den Kläger, wenn dadurch essentialia bestritten würden, wenn hingegen von accidentalibus per pactum adjectis die Frage sey; so müsse der Beklagte seine Einrede beweisen. Non tamen, sagt Stryk, haec sententia firmo stat talo, cum quae per pactum adjiciuntur, insint contractibus, et pro naturalibus habeantur<sup>64)</sup>, ut proinde implementum tam in essentialibus quam accidentalibus probari debeat, quippe quod non prae sumitur, cum in facto consistat. Hierin stimmen denn auch mehrere neuern Pandecten-Systeme überein, in welchen zwischen der exceptio non adimpleti et non rite impleti contractus kein Unterschied gemacht wird, weshalb ich auf Günther<sup>65)</sup>, Meister<sup>66)</sup> und Zauner<sup>67)</sup> verweise. In der That unterscheiden auch selbst die Gesetze nicht, sondern verlangen von dem Contrahenten, welcher als Kläger auftreten will, überhaupt, daß er seiner Seits den Contract erfüllt habe; und daß dieses nur von einer vollkommen und auf die gehörige Art geschehenen Erfüllung verstanden werden könne, ist wohl mit Grund

61) G. WAHL cit. Diss. §. 31. SCHWEDER Diss. cit. §. 11.

62) Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

63) Decis. Part. I. Decis. 174. nr. 10.

64) L. 7. §. 5. D. *de pactis*. L. 1. §. 6. D. *depositi*.

65) Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 975.

66) Ius Rom. privat. idque purum. Vol. I. §. 532.

67) Introduct. in Digesta iuris civ. P. III. Lib. IV. Tit. 18. §. 4.

Grund nicht zu bezweifeln, weil es ja in rechtlichem Sinn gleichviel ist, ob der Contract gar nicht, oder nicht auf die gehörige Art erfüllt worden ist. Es sagt dieses auch Paulus in einem Halle, wo ein Sklave von dem Peculium, welches sein Herr ihm gegeben hatte, eine Sache kaufte, in der merkwürdigen, übrigens den Auslegern schwierig geschienenen Stelle der *L. 31. §. 1. D. de rebus creditis*<sup>68)</sup> ausdrücklich, wenn es daselbst heißt: *non aliter domino servi venditorem ex emto teneri quam si ei pretium solidum, et quaecunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret.* Und Ulpian bestärkt dieses in der *L. 31. §. 8. D. de aedilit. Edicto* noch dadurch, wenn er sagt: *Nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat.* Der Contrahent, welcher auf Erfüllung des Contracts flagt, muß sich also durchaus darauf gründen, daß er den Contract erfüllt habe. Er darf daher keine ihm nachtheiligen Punkte auslassen. Denn es gehört durchaus mit zu den Prämissen der Klage, daß sich das Factum nur so verhält, als es vorgetragen ist. Seht ihm nun der Beklagte die Einrede entgegen, daß in diesem oder jenem bestimmte angegebenen Umstände die Erfüllung des Contracts nicht gehörig geschehen sey, so läugnet er zugleich die Richtigkeit der Prämissen. Hier muß nun der Kläger vor allen Dingen beweisen, daß sich das Factum nur so verhalte, wie er es vorgetragen hat, und den Contract,

so

68) Es ist damit zu verbinden *L. 24. §. 1. et 2. D. h. t.* Man vergleiche *Em. MERILLIUS ad Tit. Dig. de rebus creditis in Thes. Otton. Tom. III. pag. 684* *Guil. BARCLAIUS ad eand. Leg. Tit. de reb. cred. ibid. pag. 885.* *Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 31. §. 1. D. de reb. cred. und POTHIER Pandect. Iustin. T. I. Lib. XII. Tit. 1. Nr. V. noxt. f—q. pag. 348.*

so weit es ihm geläugnet ist, gehörig erfüllt habe. Hat der Kläger dieses bewiesen, so muß denn auch der Beklagte den Umstand beweisen, worin die nicht gehörig geschehene Erfüllung des Contracts besteht. Die exceptio non rite adimpleti contractus ist also ganz nach den Grundsätzen einer confessio qualificata zu beurtheilen<sup>69)</sup>). Sollte jedoch die Einrede der Nichterfüllung auf einen zum Factum der Klage rechtlich nicht gehörenden Umstand sich gründen, so müßte sie freilich der Beklagte allein beweisen<sup>70)</sup>.

Es entsteht hier noch die Frage, ob aus einem Kaufcontract auch executivisch geklagt werden könne? Man ist darüber nicht einverstanden. Von einigen<sup>71)</sup> wird sie verneint, von andern bejahet<sup>72)</sup>). Soviel ist 1) gewiß, daß wenn der Verkäufer gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes flagt, und er hat eine klare Urkunde für sich, worin nicht nur die Kaufsumme bestimmt ist, sondern woraus auch die geschehene Erfüllung von Seiten des Klägers sofort erhellt, der Executiv-Prozeß allerdings Statt finde<sup>73)</sup>). Wenn aber 2) der Käufer auf die Uebergabe flagt,

69) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXIV. §. 2. und Nr. XLIII. §. 16. Grolemann's Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 82. a. S. 143. und Bornemann über die confessio qualificata im Civilprozeß §. 22. ff.

70) Bornemann a. a. D. §. 24

71) LYNCKER Resolut. 643. CARPZOV P. III. Decis. 257. nr. 12. sqq. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß Kap. 3. §. 2. Nr. 5. §. 3. et lang. Dass. de carp. n. impl. conto. S. 62. Arratio /

72) WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 149. P. III. Obs. 172. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse. §. 77. S. 112. der Gönnerschen Ausgabe Stuttgart 1806.

73) PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 210. von Bülow's und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. B. Erst. 26. Not. 2. in risolutorij progr. B. VII. S. 350. 357.

flagt, so sollte eigentlich der Executiv-Prozeß wegfallen, weil derselbe in der Regel nur wegen solcher Forderungen statt findet, die in Geldsummen oder andern bestimmten Quantitäten verbrauchbarer Sachen bestehen<sup>74)</sup>). Allein da der Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 174. überhaupt bey klaren Brief und Siegeln ein schleuniges Verfahren erlaubt; so läßt die gemeine Praxis bey gleichen Bilateralcontracten den Executiv-Prozeß auch dann zu, wenn nicht gerade auf Geldsummen, sondern auf körperliche Sachen, sie seyen bewegliche, oder unbewegliche, geflagt wird; wosfern nur durch Urkunden alle Punkte der Klage sogleich bewiesen werden können<sup>75)</sup>). Wird freylich dem Kläger die Einrede des nicht erfüllten Contractis entgegengesetzt, und die Erfüllung von Seiten des Klägers erhellert nicht klar aus dem der Klage zum Grund gelegten Document, so muß dem Kläger zuvörderst der Beweis, daß er den Contract seiner Seits erfüllt habe, aufgelegt, und so lange der Executiv-Prozeß suspendirt werden<sup>76)</sup>). Es muß nur aber der Beklagte deutlich und bestimmt angeben, worin der Punct bestehe, welchen der Kläger noch erst zu erfüllen habe<sup>77)</sup>).

74) Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe §. 160.

75) de BERGER Electa processus executivi. §. 31. u. Gönnner's Handbuch des Deutschen gemeinen Processe. 4. Band. Nr. LXXVII. §. 3.

76) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 37. und WAHL Diss. cit. de natura et indole exceptionis implementi non securi. §. 27. pag. 69. sq. a. m. Lang. 2. Kapitl.

77) S. den 4. Th. dieses Commentars Abschn. 2. §. 313. §. 290. Nr. 2.

### A n h a n g.

Nachdem schon an den letzteren Bogen dieses Abschnittes gedruckt wurde, sind mir noch einige neuere Schriften über einzelne Materien zu Gesicht gekommen, welche ich daher leider nicht habe benutzen können. Ich will sie hier nur noch zur Ergänzung anführen.

1) Zu dem §. 1026. Die hier einschlagende schwierige Lehre von den Wirkungen der Genehmigung bei rechtlichen Geschäften ist nun durch die neue treffliche Bearbeitung in des Hrn. Hofr. Hufeland Abhandlungen aus d. m. Civilrecht 1. Band (Giesen 1814.) Nr. IV. in ein so helles Licht gesetzt worden, daß die in dem röm. Recht vorkommenden verschiedenen Bestimmungen über Zulassung und Untersagung der rückwirkenden Kraft derselben in der Anwendung der von ihm angegebenen sehr einfachen Grundregeln wohl keinen Anstoß finden dürften.

2) Zum §. 1028. verdient noch vor allen die sehr interessante Abhandlung über die Rescission der Contracte wegen enormer Verlezung, in Vergleichung des römischen, preußischen und französischen Civilrechts aus dem Gesichtspunct der Legislation in Gönnner's Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums 2. Band Nr. XX. S. 356—410. hinzugefügt zu werden.

3) Zum §. 1033. S. 147. Der hier §. 9. als Entscheidungsgrund der L. 14. §. 1. *D. de peric. et commodo rei vend.* angeführte Grundsatz von der unbedingten Verantwortlichkeit des Verkäufers wegen der vor der Übergabe entwandelten verkauften Sache, als eine Folge der Verpflichtung desselben zur custodia, ist bestritten worden in D. Job. Christ. Hafse civilist. Abhandl. über die Culpa des röm. Rechts. Kiel 1815. Kap. X. §. 81. ff. wegen der auch von mir Not. 27. nicht unbemerkt gelassenen L. 14. §. 12. *D. de furtis.*

4) Zum §. 1035. u. 1036 Über die hier erklärten Gesetzesstellen L. 1. pr. L. 1. §. 1. E. 2. L. 3. u. L. 4. §. 1. et 2. *D. de per. et comm. rei vend.* ist vorzüglich zu vergleichen die angef. Abhandl. des Hrn. Prof. Hafse über die Culpa des R. R. Kap. X. §. 90. S. 451. ff. .