

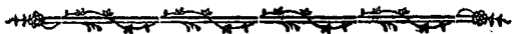
Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
H e l l f e l d
e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrichs-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenzehnten Theils zweyte Abtheilung.



E r l a n g e n
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1 8 1 6.

Fig. A14950

Miethe, bald Pacht, auch Bestand genennt; der letzte Consensual. Contract, von welchem nun noch zu handeln

die Rubrik dieses Titels. Die in dem Canonischen Recht vorkommende *datio et receptio ad firmam*, *Cap. 2. X. de locat. et conduct.* *Cap. 8. et 24. X. de decimis.* *Cap. 6. X. Ne clerici vel mon. sec. negot.* ist nichts anders, als ein Pachtcontract. *Ian. a COSTA* in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. III. Tit. 38. pag. 562. leitet den Ursprung dieser Benennung von jener Constitution des Kaisers Zenon her, welche *Cuja* §. Lib. XII. *Observat. c. 38.* restituirt hat, und sich auch in der *Synopsi Basilicoy* des *Leunclavius* befindet, nach welcher es bey einer auf 5. Jahre geschenehen Verpachtung eines Grundstücks den Partheyen binnen einem Jahre erlaubt seyn soll, von dem Contract wieder abzugehen. *L. 33. Cod. de loc. et cond.* Um diesem Rücktritt vorzubeugen, pflegte man sich gegenseitig die Festhaltung des Contracts durch angehängten Vertrag zuzusichern. *Cap. ult. X. Ne praelati vices suas vel Eccles. sub annuo censu concedant.* Daher sey der Name Firma entstanden, *quod praestita fide de non expellendo conductore firmaretur contractus.* Firma sey also nichts anders, als *conductio firmata.* Mit dieser Erklärung stimmt auch *Alex. CHASSANEUS* ad *cap. 2. X. de loc.* überein, welcher sagt *ad firmam dare vel locare est, praestita fide pacisci in ipso contractu in continenti, ne ulli ex contrahentibus uti liceat beneficio L. 33. C. de loc.* Allein *Inn. CIRONIUS* ad *Cap. 2. cit. REINESIUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 1. pag. 312.* halten das Wort Firma für eine vox anglo-saxonica, welches soviel als *merces*, oder *praestatio annua* bedeute. Hiermit stimmt auch *J. H. BOEHMER* in *Edit. corp. iur. ad Cap. 2. X. de loc. not. 42.* überein. Man sehe noch *DU FRESNE* in *Glossar. voc. Firma.* Ein Beyspiel von einer *Datio ad firmam* findet man bey *Hubert. MIRAEUS* Lib. I. *Donat. Belgicar. Cap. 101.*

dein ist ³). Man bezeichnet mit diesem Namen überhaupt denjenigen Consensual-Contract, da Jemand einem Andern den Gebrauch einer Sache gegen ein Aequivalent in Gelde, zuweilen auch in Früchten, als persönliches Recht, zu überlassen, oder auch Dienste gegen einen bestimmten Preis oder Mietzgeld (*merces, pretium*) zu leisten sich verbindet. Dieser Contract erfordert, wie der Kauf, drey wesentliche Stücke. 1) Einwilligung der Contra-

hen-

3) Ueber diese Materie sind vorzüglich zu bemerken, *Io. D'AVAZAN* Tr. de locatione et conductione (in *Meerman. Thes.* Tom. IV. pag. 96. sqq.) *Andr. WEGE* Tr. de eod. arg. *Lipsiae* 1696. 4. *Frid. BRUMMER* Exercit. de locatione et conductione. *Lipsiae* 1664. (in *Opuscul. a Ge. BEYER* edit. *Lips.* 1716. 8. p. 375. sqq.) *Iust. Henn. BOEHMER* Diss. continens selecta quaedam capita, eaque plurimum practica, circa locationem et conductionem praediorum rusticorum. *Halae* 1730. rec. 1737. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III.) *Ge. Frid. de PLOENNIES* Diss. qua praecipua et controversa locationis conductionis capita scientificè explicantur. *Giessae* 1738. *Io. VOET* Disp. de locat. conduct. *Lugd. Bat.* 1681. *Sam. Frid. WILLENBERG* Diss. de opere conducto; (in *EIUS Select. Iurisprudentiae civ. s. Exercitat. Sabbathin.* Edit. 2. *Gedani* 1728. 4. P. II. Exercit. XLII. pag. 656. sqq.). *Io. Iust. Frid. SCHLEMM* de discrimine inter locationem conductionem Romanam et Germanicam, in specie contractum villicalem, vulgo *Meyer-Contract* *Goett.* 1779. 14. *Rob. Jos. POTHIER* Traité du Contrat de louage, et traité des cheptels. Nouv. edit. par Mr. *HUTTEAU* fils. *Paris* 1806. 8. Car. *Aug. HAASE* de opere locato et conducto Romanorum Commentatio grammatica et historica I. et II. *Lipsiae* 1814. und *Westphal* von Kauf, Pacht, Mietzcontract ic. 2. Th. S. 661. f.

henten. 2) Ein bestimmtes Object. Dieses können I. Sachen seyn. Hier nennt man den Contract überhaupt *Locatio conductio rerum*; und dann sind es entweder 1) bewegliche Sachen, oder auch Häuser und überhaupt solche Gegenstände, bey deren Gebrauch kein weiterer Gewinn beabsichtigt wird, sondern wo in diesem Gebrauche allein der Nutzen besteht, welchen man von demselben erwartet. Hier heißt das Geschäft insonderheit *Miethcontract*, und die Contrahenten heißen *Vermieter*, *Locator*, *Miethsman*, *inquilinus*; oder es sind 2) fruchttragende Grundstücke, desgleichen Rechte, durch deren Gebrauch man einen gewissen Gewinn, nämlich Früchte, oder Renten, und andere Einkünfte zu erhalten sucht; wie z. B. Zölle. Hier ist es ein *Pachtcontract* 4), und die Contrahenten heißen *Verpächter*, *locator*, und der *Pächter*, *colonus*, und insofern fiskalische Güter, oder öffentliche Einkünfte und Zölle gepachtet worden, *publicanus* 5), *redemptor* 6), oder *manceps* 7). II. Es können auch Dienste den Gegenstand

4) Ueber den Unterschied zwischen *Mieth*- und *Pacht*-Contract vergleiche man *Ignaz Rudhart* Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge für Doctrin und Legislation (Nürnberg 1811. 8.) §. 48.

5) L. 1. §. 1. D. de publicanis. S. Did. SCHAGHEN Diss. de re frumentaria. Traj. ad Rhen. 1709. Cap. V. §. 3. (in Ger. OELRICHS Thes. Diss. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. III. Nr. XIII. pag. 193.).

6) L. 60. §. 8. D. h. t.

7) So sagt FESTUS VOC. *Manceps*: MANCEPS dicitur qui quid a populo emit, conducitve, und ASCONIUS PEDIAN. in CICER. divinat. MANCIPIES appellati fuerunt publicanorum prin-

des Contracts ausmachen. *Locatio conductio operarum*. Dann sind es entweder 1) solche Dienste, die ein Dienstbote oder Arbeiter gegen einen bestimmten Lohn zu leisten verspricht, ohne dabei weitere Besorgungen und Auslagen übernehmen zu dürfen. Hier nennt man den Vertrag, Dienstmiethen; Lohnvertrag; oder 2) die Dienste werden zur Verfertigung eines gewissen Werks z. B. zur Ausführung eines Gebäudes, geleistet, welches Jemand für einen bedungenen Lohn übernommen hat. — *Locatio conductio operis*, Verdingung, Verdingungsvertrag. Hier unterscheidet man a) den Eigenthümer (*dominus*) welcher das Werk verfertigen läßt. Dieser heißt *locator operis*, denn er verdingt das Werk, und zugleich *conductor operarum*, weil er dazu die Dienste der Handwerker miethet. b) Den Unternehmer des Werks, welcher es ausführt. Dieser ist zugleich *conductor* oder *redemptor operis*, und *locator operarum*⁸⁾, weil er sich die Errichtung des Werks bedingt, oder erhandelt, und seine Dienste dazu vermietet. Es ist demnach ein Unterschied zwischen *Opera* und *opus*. Ersteres heißt blos Arbeit, oder Dienst, letzteres aber, was durch die Arbeit bewirkt und verfertigt wird⁹⁾. Doch
wird

principes ab eo, quod publicos redditus conduxissent.
C. HOTMANNUS Lib. XI. Observat. cap. 10. Man sehe auch
L. 11. Cod. de vectigal.

8) L. 22. §. 2. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 36. D. eod.

9) TERENTIUS Heaut. Act. I. Sc. I. v. 21. 22. *Quod in opere faciendo operae consumis tuae, si sumas, in illis exercendis plus agas.* SENECA Epist. 76. CICERO Verr. IV. cap. 57.

wird zuweilen auch *opus* für *opera* gebraucht ¹⁰⁾, und *opus* im eigentlichen Sinn ein ganz vollendetes Werk genannt, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 5. §. 1. D. de Verbor. Signif. Opere locato conducto: his verbis LABEO significari ait id opus, quod Graeci *αποτελεσμα* vocant, (non *εργον*) id est, *ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Locatio et conductio operarum und locatio et conductio operis, unterscheiden sich also darin von einander, daß durch die erstere blos die Leistung gewisser Dienste, durch die letztere aber die Ausführung eines zusammenhängenden Ganzen, als Erfolg der gedungenen Dienstleistung, übernommen wird. Von beiden wird unten §. 1048. ausführlicher gehandelt werden. Ich bemerke hier nur noch, daß die Ausdrücke *locare* und *conducere* in den Gesetzen nicht selten verwechselt werden ¹¹⁾, so wie dieses auch bey den Benennungen *emptio* und *venditio* der Fall ist ¹²⁾. Bey der *locatio et conductio operarum* läßt sich jedoch die Verwechslung sehr leicht erklären. Denn auch derjenige, welcher blos seine Dienste verdingt, um Etwas zu verrichten, was auch nicht gerade in der Verrichtung eines gewissen ganzen Werks besteht, und daher in dieser Hinsicht *locator operarum* ist, kann doch auch in Rücksicht dessen, was durch die zu leistenden Dienste verrichtet werden soll, *conductor*, so wie derjenige,

wel

10) CICERO *de officiis* Lib. II. Cap. 3. §. 9.

11) L. 2. pr. L. ult. D. de lege Rhodia de iactu.

12) L. 19. et 20. D. de act. empti et vend.

welcher ihn zur Verrichtung desselben gebungen hat, und welcher sonst conductor operarum heißt, in dieser verschiedenen Beziehung auch nicht unrichtig locator genennet werden ¹³⁾ Daraus erklären sich denn die in den römischen Gesetzen vorkommenden Redensarten *mulierem nave vehendam conducere* ¹⁴⁾; ferner *vinum transportandum locare* ¹⁵⁾ u. d. m. Es erhellet zugleich hieraus daß es nicht durchgehends richtig sey, wenn man denjenigen, welcher den Lohn empfängt, Locator, denjenigen hingegen, welcher ihn zahlt, Conductor nennt. Richtiger definirt Cujaz ¹⁶⁾, wenn er sagt: perpetuam esse hanc inter *Locare* atque *Conducere* differentiam, ut nihil sit aliud *Locare*, quam utendum vel faciendum aliquid dare: *Conducere*, accipere; und so kannt bald der Locator, bald der Conductor den Lohn geben, oder empfangen.

3) Das dritte wesentliche Erforderniß des Mieths oder Pachtcontracts ist *merces*, Miethsgeld, Pachtgeld,

13) S. BRUMMER cit. Exercitat. Cap. II. §. 1. und HAASE Diss. de opere locato et conducto. Commentat. I. Cap. II. §. 1.

14) L. 19. §. 7. D. h. t.

15) L. 11. §. 3. D. eodem. Man vergleiche noch VELLEJUS PATERCULUS Hist. Rom. Lib. I. cap. 13. §. 4. et CICERO Verr. V. Cap. 45.

16) Observation. Lib. II. c. 28. Man sehe auch Ant. SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXIX. Th. 1. und WINCKLER ad Bergeri Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 19. Not. 2. in fin.

geld, Lohn, Preis. Diese merces wird zuweilen in den Gesetzen tropisch auch *conductio* ¹⁷⁾ genannt.

Sind nun die Contrahenten sowohl über das Object, d. i. über den Gebrauch der Sache oder Leistung der Dienste, als über die merces einverstanden, so ist dieser Contract perfect und verbindlich. Es kommt also hierin der Miethcontract ganz mit dem Kaufcontract überein, wie auch Cajus bemerkt *L. 2. pr. D. h. t.* wo er sagt: *Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni. Nam ut emtio et venditio contrahitur, si de pretio convenerit: sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.* Es kann sogar im Miethcontract zuweilen ein Eigenthum, wie im Kaufe, übergehen, obgleich dieses freylich ein ungewöhnlicher Fall ist. *Non solet* ¹⁸⁾ enim *locatio dominium mutare*, sagt Ulpian *L. 39. D. h. t.* und Julian lehrt mit Recht *L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap.* daß der Pächter auch nicht einmal einen juristischen Besitz habe; womit auch Ulpian *L. 9. D. de rei vindicat.* übereinstimmt. Daher setzt Javolenus hierin einen Hauptunterschied zwischen *venditio* und *locatio*, daß erstere eine Veräußerung enthält, letztere aber nicht. *Toties enim conductio alicuius rei est*, sagt er *L. 65. D. de contrah. emt. quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet;*

17) *L. 9. D. de public. et vectigal. L. 68. §. 1. D. de fideiussor.* BRUMMER cit. Exercit. Cap. I. §. 4.

18) Die Worte *non solet* zeigen an, daß dieses nur der Regel nach so sey. S. Corn. van. BYNKERSHOEK *Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. pag. 293. edit. Heinecc.*

net; *quotiens vero et immutatur et alienatur, EMTIO magis, quam LOCATIO intelligi debet.* Von dieser Regel weicht aber doch zuweilen die *locatio conductio operum* ab, wie *Ulpianus* lehrt *L. 31. D. h. t.* wenn er sagt:

Rerum locatarum duo genera esse: ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore, in creditum iri.

Da diese Stelle schon bey einer andern Gelegenheit ¹⁹⁾ erklärt worden ist; so bemerke ich hier nur noch, daß bey den Römern ehemals sogar der Gebrauch der Mancipation mit Benfügung des *pacti fiduciae*, d. i. eine feyerliche Veräußerung oder Ablieferung einer Sache zum Eigenthum unter der Bedingung der Restitution, oder Remancipation, auch selbst bey der *locatio et conductio* nicht ungewöhnlich gewesen sey. Der Grund war, weil daraus für beyde Theile, sowohl für den Geber, als den Empfänger, ein bedeutender Vortheil entstand. Für den letztern, weil er die ihm durch Mancipation überlassene Sache, als *optimo iure dominus*, nun *ex iure Quiritium* von jedem vindictiren konnte, der sie ihm etwa vorenthielt; für den ersten aber, weil nun die Gefahr auf den Empfänger überging, mithin dieser auch für eine solche *Kulpa* stand, für welche er sonst nach der Natur des *Contractus* nicht hätte haften dürfen. Der Geber
konnte

19) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 940. S. 165. ff.

konnte nun auch, wegen des *iudicii fiduciae*; desto mehr versichert seyn, daß er seine Sache wieder zurück erhielt ²⁰). Eine solche Mancipation ward auch sogar bey der *locatio et conductio operis* gebraucht. Denn die Benennungen *manceps* oder *redemptor operis* mit welchen der *conductor operis faciendi* bey den Alten bezeichnet wird, sind unstreitig von der feyerlichen *mancipatio fiduciaria*, welche mit der Uebernehmung der Gefahr verbunden war, herzuleiten ²¹). Daher ist ferner zu erklären, warum bey den Alten das Wort *vendere* sehr oft für *locare*, und *emere* für *conducere* gebraucht wurde ²²). Dem allen ohngeachtet bleibt doch immer der Unterschied zwischen Kauf und Mlethe oder Pacht darin wesentlich gegründet, daß in dem erstern die Sache selbst mit allen Rechten, für einen bestimmten Preis, in dem letztern aber

nur

20) *S. Franc. Car. CONRADI de pacto fiduciae. Exercit. I. Helmst. 1732. §. 11 — 13.*

21) CONRADI c. l. §. 13. hat dieses aus mehreren Stellen der Inscriptions bey GRUTER, ferner des CICERO, PLAUTIUS und SYMMACHUS, auch des *Corporis iuris Rom.* erwiesen. Man sehe auch BRUMMER *Exercit. de locat. et conduct. Cap. III. §. 5. (Opuscul. pag. 407.) Ev. OTTO de Tutela viarum publicarum. P. II. Cap. 5. und Car. Aug. HAASE de opere locato et conducto. Commentat. I. P. I. Cap. II. §. 2. et 3.*

22) So §. E. sagt FESTUS sub VOC. VENDITIO: *Venditiones dicebantur olim Censurum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant, und Hyginus de limit. constitut. Lib. II. sagt: Vectigalibus alii subiecti sunt per annos, alii vero mancipibus ementibus, id est, conducentibus. S. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. I. §. 6. et 7.*

nur der Gebrauch der Sache gegen ein bestimmtes Miethgeld einem Andern zu überlassen versprochen wird ²³⁾).

§. 1045.

1. Einwilligung der Contrahenten. Stillschweigende Vermietung. Relocation. Zeit der stillschweigenden Verlängerung derselben, sowohl bey Grundstücken, als Diensten.

Das erste wesentliche Stück der Locatio et conductio ist also gegenseitig erklärte Einwilligung der Contrahenten. Diese ist zur Perfection und Gültigkeit des Contracts in der Regel hinreichend, wenn nicht etwa die Partheyen mit einander verabredet haben sollten, daß sie den Contract schriftlich schließen wollen; und hier gilt denn auch alles, was oben ²⁴⁾ bey dem Kaufe von der schriftlichen Abschließung desselben gesagt worden ist; oder wenn nicht die Geseze sonst in einzelnen Fällen ausnahmsweise eine gewisse Form vorgeschrieben haben. So z. B. sollen Staatsgüter anders nicht, als nach vorhergegangenen öffentlichen Anschläge, an den Meistbietenden verpachtet werden ²⁵⁾, und bey den zum Privateigenthum des Regenten gehörigen Gütern soll die Verpachtung gerichtlich, ohne Zeitbestimmung, und unter hinlänglicher Bürgschaft geschehen ²⁶⁾. Außerdem wird weder ein schriftli-

23) Von dem Unterschiede zwischen Kauf und Pacht handeln VINNIUS Comm. ad Institut. Lib. III, Tit. 25. und BRUMMER cit Exercitat. Cap. I. §. 11.

24) S. den 16. Theil §. 975.

25) L. 3. Cod. de locat. praedior. civ. Westphal vom Kauf, Pacht, und Miethcontract §. 901.

26) L. 1. Cod. de locat. praedior. civ. S. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XI. Tit. 70. nr. 4. et 5. und Westphal a. a. O. §. 900.

cher Auffaß ²⁷⁾, noch sonst eine andere Form zur Gültigkeit dieses Contracts erfordert ²⁸⁾. Es kann daher der Mieth- und Pachtcontract, so wie jeder andere Consensual-Contract, sowohl ausdrücklich als stillschweigend errichtet werden ²⁹⁾. Mehrere Rechtsgelehrten ³⁰⁾ sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, der Miethcontract könne zwar stillschweigend erneuert, aber nie anders errichtet werden, als mit ausdrücklicher Einwilligung der Contractanten, weil er wesentlich die Bestimmung eines gewissen Miethgeldes erfordere ³¹⁾. Allein **Leyser** ³²⁾ und **Stru-**
ben

27) *L. 24. Cod. de locato et cond.* Contractus locationis conductionisque non intervenientibus etiam instrumentis ratus habeatur.

28) *L. 1. D. h. t.* Locatio et conductio, cum naturali sit, et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur: sicut emtio et venditio.

29) *L. 2. pr. et §. 1. D. de obligat. et act.* Consensu fiunt obligationes in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur: sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire. **S. MÜLLER** *Observat. pract. ad Leyserum.* T. II. Fasc. II. Obs. 435. **WALCH** *Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 11.* **Wessphal** §. 925. a. **E. und Schibaut** *Syst. des Pand. Rechts.* 2. B. §. 860.

30) **BACHOV** *ad Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIX Th. 1. Lit. C. **BRUMMER** *cit. Exercit. Cap. III. §. 2.* **Io. Ortow.** **WESTENBERG** *Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 22.* **Ant. SCHULTING** *Thes. controversar. Dec. LXIX. Th. 6.*

31) *L. 52. pr. D. de donat. int. vir. et uxor. L. 25. pr. D. h. t.*

32) *Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIII. med. 1.*

bert³³⁾ haben diese Meinung schon längst zur Genüge widerlegt. Man wendet zwar ein, in §. I. *I. h. t.* und *L. 22. D. de praescript. verbis* werde ausdrücklich gesagt, daß das Geschäft kein Miethcontract sey, wenn kein Miethgeld bestimmt worden, sondern ein unbenannter Contract vorhanden sey. Allein man kann das immerhin zugeben, und doch bleibt der Satz richtig, daß der Miethcontract auch stillschweigend errichtet werden könne, weil ja das Miethgeld, wie nach *Leysers* Bemerkung an mehreren Orten der Fall ist, durch Geseße oder Gewohnheit bestimmt seyn kann. Denn ist hier auch wegen der Bezahlung nichts verabredet worden, so versteht sich's, daß man in das schon in einem solchen Falle hergebrachte Miethgeld eingewilliget habe, wenn übrigens kein solcher Fall vorhanden ist, wo rechtlich vermuthet werden könnte, daß man dem Andern den Gebrauch seiner Sache umsonst habe einräumen, oder ihm die Dienste ohne Lohn habe leisten wollen³⁴⁾. Daß eine Relocation, Wiederpacht, so wohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen könne, ist eine allgemein anerkannte Wahrheit³⁵⁾. Sie setzt jedoch
vor

33) *Rechtliche Bedenken* 3. Th. *Bed.* 58.

34) *S. Hypfners* *Commentar über die Heincc. Institutionen.* §. 891.

35) *Em. Christ. von ESSEN* *Pr. de renovatione contractus locationis et conductionis.* *Gryph.* 1766. *Frid. PHILIPPI* *Diss. de relocatione et reconductione tacita.* *Lipsiae* 1678. *Sam. Frid. WILLENBERG* *Exerc. de tacita relocatione;* in *EIUSD. select. iurisprud. civ.* P. II. *Exerc. XL.* p. 638. 299. *Io. HARTMANN* *Diss. de tacita locatione conductione.* *Ienae* 1724. *Io. Ad. KUNZ* *Diss. de relocat. tacita.* *Marburgi* 1741. *Car. Frid. WINCKLER* *Epist. de relocatione tacita,*

voraus, daß der Contract unter ebendenselben Personen in Rücksicht des nämlichen Gegenstandes erneuert werde, unter welchen die erste Vermiethung oder Verpachtung war errichtet worden. Verkauft daher der Vermiether das Haus, der Käufer läßt aber den Miethsmann nachher wie vorhin darin wohnen, ohne ihn, wozu er allerdings berechtigt wäre, zu vertreiben, so ist dieses nicht sowohl eine Relocation, als vielmehr ein zwischen dem Käufer und Miethsmann stillschweigend von neuen geschlossener Miethcontract³⁶). Die vorigen Bedingungen bleiben jedoch bey der Relocation nur insofern, als dieselben von dem Willen der Partheyen abhängen, und in sofern dauern auch die Sicherheitsrechte fort³⁷). Hat hingegen ein Dritter für den Pächter Caution geleistet, so wird desselben Einwilligung von neuen erfordert, wenn sie sich auf die Relocation erstrecken soll³⁸). Ein Wiederpacht nimmt jedoch nicht eher, als nach Endigung der ersten Vermiethung, seinen

ad L. 13. §. ult. Pand. Loc. Lipsiae 1754. Matth. PAULSEN Diss. de relocationis tacitae effectu in praediis urbanis. Goettingae 1775. Franc. ALEF Diss. de tacitae relocationis. termino quoad praedia rustica. Heidelbergae 1753. und Ge. Aug. GRÖTE Diss. de relocatione et reconductione tacita operarum, maxime quousque et in quod tempus inita censeatur. Goettingae 1796.

36) S. STRUBENS rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 58.

37) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIV. medit. 2. et 3. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11.

38) VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 41. PUFENDORF Observation. iuris univ. T. II. Obs. 42. Io. Lud. SCHMID lib. sing. de fideiussore plane non obligato. §. 100. Man sehe jedoch LEYSER c. l. med. 4.

seinen Anfang ³⁹⁾ Alles dieses bestätigen folgende Gesetze-
stellen.

L. 13. §. 11. D. h. t. Qui, impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat. Huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si reipublicae praedia locata fuerint.

L. 16. Cod. h. t. Imp. VALERIANUS ET GAL- LIENUS: Legem quidem conductionis servari oportet, nec pensionum nomine amplius, quam convenit, repositi. Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum, et in eadem locatione conductor permanserit: *tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.*

L. 7. Cod. eodem. Imp. ALEXANDER. Si, quum Hermes vectigal Octavarum ⁴⁰⁾ in quinquennium
con-

39) Irrig behauptet LEYSER c. l. medit. 1. der Wiederpacht nehme seinen Anfang erst von der Zeit an, da der Pächter Früchte gedrenget hat. S. MÜLLER ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 436.

40) *Vectigal octavarum* s. *Octavarium* hieß der Zoll, der für die Ein- und Ausfuhr der Waaren bezahlt wurde, weil der achte Theil (Octava) davon abgegeben werden mußte. *L. 7. Cod. de vectigal. et commiss.* Davon wurden auch die Publicani *Octavarii* genennt. *L. 8. C. eod.* S. SEXTONIUS in *Calligula*. Cap. 40. BURMANN Diss. de vectigali-
Glücks Erläut. d. Pand. 17. Th. K gali-

continuum conduceret, fidem tuam obligasti; posteaque spatio eius temporis expleto, quum idem Hermes in conductione ut idoneus detineretur, non consensisti; sed cautionem tibi reddi postulasti: non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi, competens iudex non ignorabit.

Die Relocation kann sich nun entweder auf Sachen oder Dienste beziehen, und geschieht stillschweigend wenn der Conductor nach geendigter Mierh oder Pachtzeit den Gebrauch der Sache ohne Widerspruch des locators fortsetzt, oder sich die gemietheten Dienste fortleisten läßt. Es fragt sich nun aber, wie lange die stillschweigende Relocation daure? Hier lassen sich folgende Fälle denken.

I. Es ist von der stillschweigenden Relocation fruchttragender Grundstücke die Rede. Diese bestimmt ein ganz entscheidendes Gesetz des Röm. Rechts auf ein Jahr, wenn auch der erste Pacht sich auf eine weit längere Zeit erstreckt hätte. So lehrt Ulpian L. 13. §. ult. D. h. t.

Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse; non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno

galibus populi Rom. Cap. IX. p. 145. und Jac. GOTHOFREDUS Comm. ad L. 2. Cod. Th. de fisci debitoribus T. III. pag. 506.

anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse. Hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur. *Et hoc deinceps in uno quoque anno observandum est.*

Daß dieses bloß auf praedia rustica gehet, ergiebt sich theils aus den vorhergehenden Worten: Eadem causa erit, et si *reipublicae praedia* locata fuerint; theils aus dem Nachsatz: *In urbanis autem praediis alio iure utimur.* Man sieht hleraus, daß man bey der Bestimmung der Dauer der stillschweigenden Relocation die möglichst kürzeste Zeit angenommen habe, binnen welcher man, nach der Natur der verpachteten Sache, den Hauptnutzen davon ziehen könne. Diese ist nun bey den Landgütern ein Jahr, weil man von einem Landgute nur einmal im Jahre die hauptsächlich beabsichtigten Früchte zieht; nicht auf kürzere Zeit, weil nicht zu jeder Zeit Nutzen daraus gezogen werden kann, folglich die neue Pachtung zwecklos seyn würde. Zwar meinen viele, diese Verordnung des Römischen Rechts beziehe sich auf das milde Klima Italiens, bey welchem man nach der von der unfrigen ganz verschiedenen Wirthschaftsweise der Römer in einem Jahre ein Landguth völlig habe benutzen können ⁴¹⁾. Da aber dieses in Deutschland nicht immer möglich sey, so glaubt man in Beziehung auf die heut zu Tage übliche Dreifelderwirthschaft nun zur Regel annehmen zu müssen, daß bey uns die stillschweigende Verlängerung eines

R 2

Pachts

41) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de iuribus diversis ex diversitate climatum natis. Halae 1742. §. 14.

Pachts gewöhnlich drey Jahre dauere ⁴²⁾. Andere ⁴³⁾ hingegen nehmen zwar noch jetzt ein Jahr als Regel an, wenn das Grundstück ein solches ist, welches Jahr aus Jahr ein benutzt werden kann, wie z. B. bey Gärten, Wiesen, und Weinbergen der Fall ist; bey andern Grundstücken hingegen, deren vollkommene Benutzung eine längere Zeit erfordert, müsse auch die stillschweigende Relocation auf längere Zeit erstreckt werden. Noch andere ⁴⁴⁾ sagen, die Zeit der stillschweigenden Relocation bey Landgütern sey nach der Verschiedenheit derselben verschieden, sie dauere bald 1, bald 2, bald 3, bald 4, bald 5 Jahre, nämlich so lange, als erfordert wird, um das Pachtgut in allen seinen Theilen vollkommen zu benutzen. Allein alle die Meinungen beruhen auf einer doppelten *petitio principii*. Erstens daß bey dem stillschweigenden Wiederpacht eine völlige Benutzung des Gutes in allen seinen Theilen versprochen sey, und zweitens, daß die Römer bey ihrem milden Klima und nach ihrer Wirtschaftsweise in jedem Jahre jeden Theil eines Landguts völlig

42) KUNTZ cit. Diss. §. 12. Höpfner Commentar über die Helnecc. Institutionen. §. 891.

43) STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 73.* WERNHER *Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 16. T. II. P. VII. Obs. 136.* WILLENBERG cit. *Exercitat. §. 9. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.* LAUTERSBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.*

44) VOET *Commentar. ad Pand. h. t. §. 10.* FRANTZKIUS *Comment. ad Dig. h. t. §. 18.* Ant. FABER *Cod. def. forens. Lib. IV. Tit. 41. Def. 45.* CONNANUS *Commentar. iur. civ. Lib. VII. Cap. 11. nr. 20.* Westphal vom Kauf, Mieth, und Pacht. *Contract. §. 905.*

völlig ausgenutzt hätten. Daß nun aber dem nicht so sey, hat Herr Prof. Schrader ⁴⁵⁾, und schon vor ihm der verstorbene Regierungsrath und ehemalige Prof. der Rechte zu Heidelberg Franz Allef ⁴⁶⁾, aus den alten landwirthschaftlichen Schriftstellern der Römer ganz deutlich gezeigt. So belehrt uns z. B. Varro ⁴⁷⁾, daß auch bey den Römern zweyerley Arten, das Land zu bebauen, gewöhnlich waren. Entweder es wurde Jahr aus Jahr ein cultivirt, — *terra restibilis*, oder man ließ es von Zeit zu Zeit, gewöhnlich ein Jahr um das andere, brach liegen, — *vervactum*, *ager novalis*. Letzteres empfahl besonders Virgil ⁴⁸⁾ den Landwirthen, und Plinius ⁴⁹⁾ hielt dieß eben

45) Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. (Hannover 1808.) Nr. 2 S. 24. f.

46) Cit. Diss. de tacitae relocationis termino quoad praedia rustica. Cap. II. et III.

47) *De re rustica*. Lib. I. c. 44. §. 2. et 3. (In *Scriptor. rei rusticae* Vol. I. pag. 140. Edit. Bipontin.) Illud quoque multum interest in rudi terra, an in ea seras, quae quotannis obsita sit, quae vocatur *restibilis*: an in *vervacto*, quae interdum requierit. Derselbe VARRO erklärt dieses noch weiter *de Ling. Lat.* Lib. IV. *Ager restibilis*, qui restituitur ac reseritur quotquot annis, contra qui intermittitur, a novando *novalis ager*. Merkwürdig ist noch folgende Stelle aus PLINIUS SEC. *Histor. natur.* Lib. XVIII. cap. 49. §. 2. (Edit. bipontin. Vol. III. pag. 267.) Quod vere semel aratum est, a temporis argumento *vervactum* vocatur. Hoc in *novali* aequè necessarium est. *Novale* est, quod alternis annis aritur.

48) *Georgic.* Lib. I. v. 71. sqq.

49) PLINIUS *Hist. nat.* Lib. XVIII. Cap. 50. pag. 270. *Virgilius* alternis cessare arva suadet: et hoc, si *patiantur iuris*

ebenfalls für das Nützlichste, wenn man hierzu hinreichend große Fluren besaß. Erlaubte dieses aber die Beschaffenheit des Ackers nicht, so hatte zwar fortgehende Bebauung statt, doch so, daß mit den Früchten gewechselt wurde. Die Zwenfelterwirthschaft scheint indessen bey den Römern die Regel ausgemacht zu haben. Denn Varro ⁵⁰⁾ sagt ausdrücklich: *Agrum alternis annis relinquere oportet, aut paulo levioribus sationibus serere, id est, quae minus sugunt terram.* Mit ihm stimmt auch Plinius ⁵¹⁾ überein. Es gab selbst einzelne Fruchtarten, die man nicht alle Jahre erndtete. So z. B. trugen die Oelbäume, von denen die Römer nicht nur ganze Gärten, (*Oliveta*) hatten, sondern welche sie auch bisweilen in den Getreidefeldern anpflanzten, in zwey Jahren nur einmal Früchte ⁵²⁾. Sollte alles dieses dem großen Ulpian

ruris spatia, utilissimum procul dubio est. Quod si neget conditio, far serendum, unde et lupinum, aut vicia, aut faba sublata sint, et quae terram faciunt laetiozem.

50) Cit. loc. cap. 44. p. 140. Man sehe auch Alex. Adam's Handbuch der Röm. Alterthümer, aus dem Engl. übersetzt von Meyer. 2. Theil. S. 1013.

51) Cit. loc. Vol. III. pag. 270. edit. bipont.

52) COLUMELLA *de re rustica* Lib. V. cap. 8. (*Scriptor. rei rusticae Vol. II. edit. bipont. pag. 224.*) Omnis tamen arboris cultus simplicior, quam vinearum est, longeque ex omnibus stirpibus minorem impensam desiderat OLEA, quae prima omnium arborum est. *Nam quamvis non continuis annis, sed fere altero quoque fructum afferat, eximia tamen eius ratio est, quod levi cultu sustinetur, et cum se non induit, vix ullam impensam poscit. — Potest tamen*

pian unbekannt gewesen seyn, welcher, wie uns die L. 4. *Cod. de contrah. et committ. stipulat.* lehrt, selbst Praefectus annonae war? und dennoch sagt dieser Römische Jurist, die stillschweigende Relocation sey bey Landsgütern immer nur von dem Jahre zu verstehen, da die Contrahenten geschwiegen haben, zum offenbaren Beweise, daß Ulpian bey dieser Bestimmung von einem Jahre für die Zeit des Wiederpachts eines Landsguts nicht daran gedacht habe, daß die Zeit der stillschweigenden Relocation gerade einen solchen Zeitraum umfassen müsse, welcher erfordert wird, um das Pachtgut in allen seinen Theilen vollkommen zu benutzen. Denn sonst würde er, in Beziehung auf den, auch bey den Römern die Hauptsache ausmachenden Ackerbau, oder auch bey dem Delbau, gewiß zwey Jahre bestimmt haben. Dahingegen stimmt Ulpians Ausspruch sehr wohl mit der Voraussetzung zusammen, daß der stillschweigende Wiederpacht auf die kürzeste Zeit gehe, binnen welcher man den Hauptnutzen des gepachteten Guts ziehen könne. Dieser ist nun aber bloß die Erndte eines Jahres. Denn weiter, als auf das Jahr, da die Contrahenten geschwiegen haben, läßt sich ihre Einwilligung nicht ausdehnen, weil eine Verlängerung auf mehrere Jahre leicht in eine Unbilligkeit und Härte gegen die Contrahenten ausarten könnte, indem die Pachtpreise inzwischen beträchtlich steigen oder fallen

tamen in agro frumentario seri. Auch gehört hieher, was M. TERENTIUS VARRO *de re rust.* Lib. I. cap. 55. (*Scriptor. rei rustic.* Vol. I. pag. 147.) sagt, aus welcher Stelle ich nur die Worte ausheben will: *ut haec non minima causa, quod oliveta dicant alteris annis non ferre fructus, aut non aequè magnos.*

fallen können, und es, wie Hr. Prof. Schrader⁵³⁾ sehr richtig bemerkt, unbillig seyn würde, die Nachlässigkeit, welche in dem Stillschweigen weniger Wochen enthalten ist, mit einem, mehrere Jahre hindurch bedeutend anwachsenden, Schaden zu bestrafen. Hierzu kommt, daß man, wie die Erfahrung lehrt, auch schon bey der Bestimmung des Pachtgeldes darauf rechnet, ob der Nutzen des Grundstücks in jedem Jahre der nämliche ist, oder das Gut nicht immer in jedem Jahre gleichmäßig benützt werden kann, indem im letztern Fall auch gewiß ein geringeres Pachtgeld gegeben wird, als in dem erstern, so daß also im Durchschnitt immer der Pächter in jedem Jahre einen dem bestimmten Pachtgelde proportionirlichen Nutzen zieht. Mit Recht behaupten daher die heutigen Rechtsgelehrten⁵⁴⁾, daß die Bestimmung des Römischen Rechts von einem Jahre bey der stillschweigenden Relocation der Landgüter auch in Deutschland unbedingt anzunehmen sey.

II. Es ist von praediis urbanis, d. i. von solchen unbeweglichen Sachen die Rede, welche keine natürliche Früchte tragen, wohin besonders Wohnhäuser gehören. Hier bestimmt das Römische Recht keine gewisse Zeit, wie lange die stillschweigende Relocation dauern solle, sondern es kann das Verhältniß von jedem Theile nach Gefallen auf-

53) In den angef. Abhandlungen 1. B. Nr. 2. §. 7.

54) MÜLLER Syst. Pandect. ad fora Germ. applicat. §. 668. not. g. HOFACKER Princip. iur. civ. R. Germ. Tom. III. §. 1978. in fin. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 557. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. Th. §. 860. Schweppe Röm. Privatrecht. 2. Bd. §. 421. besonders Schrader a. a. O. und ALEX cit. Diss.

aufgekündigt werden. Die hierher gehörigen Worte *Ulpianus* lauten folgendermaßen.

In urbanis autem praediis alio iure utimur: ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur.

In den *Basiliken* ⁵⁵⁾ ist diese Stelle auf folgende Art übersetzt: *ἐπι δὲ τῶν οἰκῶν ὑπὲρ ἄλλου χρόνου μείνη τις ἐτέχεται. i. e. In aedibus autem, prout quis habitaverit, tenetur.* Nach dem Wortverstand beyder Texte ist also bey Häusern der Miethsmann nur für die Zeit verpflichtet, da er wirklich in dem Hause gewohnt hat. Dieß ist auch ganz der Natur der Sache gemäß, weil eine Wohnung in jedem Augenblick gleichmäßig Nutzen schafft. Bey Häusern war also keine Nothwendigkeit vorhanden, so, wie bey Landgütern, von denen man nur einmal im Jahre die hauptsächlich beabsichtigten Früchte zieht, für die Dauer der stillschweigenden Relocation eine so lange Zeit zu bestimmen. So wenig dieses einigem Zweifel unterworfen zu seyn scheint, so sehr hat man sich dennoch von den Zeiten der Glossatoren an über den Sinn jener Worte gestritten. Es giebt darüber dreyerley Erklärungen. Einige ⁵⁶⁾ verstehen die Worte: *prout quisque*

55) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const. XIII. §. 10. pag. 420. edit. *Fabroti*.

56) *Herm. VULTEJUS* Commentar. ad *Instit.* Lib. III. Tit. 25. pr. nr. 12. *STRYK* *Us. mod. Pand. h. t. §. 68.* *HOPPE* *Comm. ad Inst. h. t. pr.* *WINCKLER* *Commentat. de re locat. tacita.* Besonders *Matth. PAULSEN* *Diss. cit. de re locationis tacitae effectu in praediis urbanis. §. 10. sqq.* und *Joh. Ludw. Schmidt* in den hinterlassenen Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien, herausgegeben von *Fasellus* 2. B. Nr. XCV. §. 7.

que habitaverit, von der Zeit, da die erste Vermietung gedauert hat. Prout quisque *antea* habitaverit. War also die Wohnung auf ein viertel, oder halbes Jahr oder auf ein Jahr gemiethet, so sey auch die stillschweigende Relocation auf so lange Zeit anzunehmen. Eine willkürliche Aufkündigung des Contracts, sagen diese, könne darum nicht gestattet werden, weil dieses gegen die bona fides streite, welche Festhaltung eines geschlossenen Contracts gebiete; überdem ohne Bestimmung einer gewissen Miethzeit auch kein bestimmtes Miethgeld denkbar sey. Man glaube auch noch einen Grund für diese Meinung in der *L. 14. D. h. t.* zu finden, wo derselbe Ulpian sagt:

Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, *ex integro* locare.

Diese Worte will man so verstehen, daß die stillschweigende Wiedervermietung auf so lange Zeit anzunehmen sey, als die erste Vermietung gedauert hat. Allein diese Stelle gehört offenbar nicht hierher. Die hier gebrauchten Ausdrücke colonus, in fundo esse, beweisen vielmehr, daß von einem verpachteten Landgute die Rede sey. Nun will ja Ulpian nicht, daß bey der stillschweigenden Relocation der Landgüter auf die Zeit der ersten Verpachtung gesehen werden soll, warum also bey den Häusern, bey denen doch der Grund, warum bey jenen wenigstens ein Jahr zum Relocationstermin bestimmt werden mußte, wegfällt? Sollte hier die Relocation auf so lange angenommen werden, als die erste Vermietung verabredet worden, so würde ja hier das Stillschweigen oft auf wei-

tere

tere Zeit ausgedehnt, als selbst bey den verpachteten Landgütern, und dennoch scheint dem Ulpian, wie Herr Prof. Schrader ⁵⁷⁾ sehr richtig bemerkt, der allgemeine Gedanke vorgeschwebt zu haben, daß die stillschweigende Relocation die möglichst kürzeste Zeit hindurch daure, binnen welcher man nach der Natur der locirten Sache den Hauptnutzen davon ziehen könne. Die Worte der L. 14. *ex integro locare dominus intelligitur*, stehen auch gar nicht entgegen. Denn sie gehen nicht auf die Zeit der Relocation, sondern auf die stillschweigende Erneuerung des Contracts überhaupt, wie auch die Basiliken ⁵⁸⁾ bestätigen, wo die Worte *ex integro* durch *ὡς ἀπὸ νέας συναίνεσως*, d. i. *quasi ex novo consensu*, übersetzt werden. Das Miethgeld läßt sich auch sehr wohl für die Zeit bestimmen, da der Miethsmann nach Endigung der erstern Mieth die das Haus bewohnt hat. Denn daß bey der ersten Vermietung das Miethgeld bestimmt gewesen seyn müsse, versteht sich ja von selbst. Andere ⁵⁹⁾, deren Meinung auch die heutigen Rechtsgelehrten ⁶⁰⁾ fast durchgehends annehmen, erklären

57) In den angef. Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. Nr. 2. §. 2. S. 26.

58) Tom. II. pag. 420.

59) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 10. Ulr. HUBER Eunom. Rom. ad L. 13. §. ult. D. h. t. §. 1. p. 704. FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 17. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 135. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIV. medit. 5. Sam. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

60) Westphal §. 905. Weber zu Höpfners Commentar über die Heincc. Institutionen. §. 891. Not. 3. S. 948. MAL-

klären daher die Worte: *prout quisque habitaverit*, richtiger von der Zeit, da der Miethsmann, *finita prima locatione*, in der Wohnung geblieben ist. Nach dieser Erklärung ist also der Sinn der angeführten Worte der, daß bey vermiethteten Häusern und Wohnungen die stillschweigende Relocation nur so lange dauere, als kein Theil dem andern aufkündigt. Der Miethsmann bezahle dann den Miethzins bloß für die Zeit, da er über den ersten Contract in der Wohnung blieb. Nun giebt es noch Rechtsgelehrten⁶¹⁾, welche die gedachten Worte sowohl auf die location als Relocation beziehen. Sie sagen, bey Wohnungen sey nicht so, wie bey Landgütern, schon durch die Natur der Sache selbst, für die Dauer des Contractsverhältnisses, eine gewisse Zeit bestimmt, sondern der Miethsmann sey nur immer für die Zeit verpflichtet, die er wirklich gewohnt hat, wosern nicht ausdrücklich eine Dauer des Contracts verabredet ist. Natürlich müsse also eben dieses auch bey der stillschweigenden Relocation gelten.

Eine Ausnahme wird zwar allerdings Statt finden, wenn gleich Anfangs bey der ersten Vermietzung eine gewisse Zeit ausdrücklich ist festgesetzt worden, wie lange die Vermietzung, nach Ablauf der ersten Miethzeit, stillschweigend für erneuert angenommen werden solle, wenn
fein

BLANC Princip. iur. Rom. §. 557. Eribaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 860. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 506. Schrader a. a. D. Schweppe Ném. Privatrecht 2. B. §. 421. u. a.

61) EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 3. Not. I. pag. 458. Weber zu Höpfners Commentar a. a. D. S. 949.

sein Theil dem andern aufgekündigt hätte. Auch Ulpian hat selbst seiner gegebenen Regel eine Ausnahme beygefügt, welche so lautet:

nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.

Die Basiliken haben diese Worte so übersetzt: ἐν μὴ δῆλος χρόνος ἐγγράφως ὀρισθῆν τῇ μισθώσει. i. e. *nisi in scriptis certum tempus conductioni praestitutum sit.* Es fragt sich nur, was Ulpian darunter verstanden, und ob er etwa jene Ausnahme gemeint habe? Dies ist ebenfalls sehr streitig. Viele ⁶²⁾ behaupten das letztere. Aber auch eben so viele erklären die angeführten Worte von der Zeit der ersten Vermietung, stimmen jedoch unter sich wieder über den Sinn der Worte *in scriptis* nicht überein. Nach einigen ⁶³⁾ sollen sie so viel heißen, wenn der erste Contract schriftlich errichtet, und darin die Miethzeit bestimmt worden, so daure die stillschweigende Relocation eben so lange, als die erste Miethzeit. Der schriftliche Aufsatz müsse also nicht bloß zum Beweis, sondern zur Substanziirung des Contracts hinzugekommen seyn, wenn die stillschweigende Erneuerung der Mieth sich auf die erste Miethzeit erstrecken soll. Un-
bere

62) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 71. LEYSER Specim. CCXIV. med. 5. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 557. Westphal vom Kauf, Pacht, und Mieth-Contract. §. 905.

63) Io. Henr. de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 20. Not. 1. und Frid. BRUMMER Ex. de locat. et conduct. Cap. III. §. 4. in fin.

dere ⁶⁴⁾ halten es hingegen schon für hinreichend, wenn die erste Miethzeit schriftlich verabredet worden, der Contract möge schriftlich errichtet, oder nur schriftlich verfaßt seyn. Ja manche ⁶⁵⁾ erfordern nicht einmal einen schriftlichen Contract, sondern halten überhaupt eine ausdrücklich geschene Verabredung der ersten Miethzeit schon für hinreichend, sie sey schriftlich oder mündlich geschene. Die schriftliche sey nur darum erwähnt, weil diese bey den mehresten Contracten, welche von Dauer seyn sollen, gewöhnlich, und auch besser zu erweisen sey. Eine eigene Meinung hat Fried. Esaias von Pufendorf ⁶⁶⁾. Er behauptet, wenn in dem schriftlichen Contract eine Miethzeit bestimmt sey, so daure die stillschweigende Relocation bey den praediis urbanis, wie bey den rusticis, noch ein Jahr. Allein dieser Sinn liegt in den Worten gewiß eben so wenig, als wenn andere ⁶⁷⁾ dieselben so verstehen

64) STRUV Syn. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 16. KUNTZ Diss. de relocat. tacita §. 15. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Obs. 438. u. *Ehibaut* Syst. des P. R. 2. B. §. 860. in fin.

65) *Struben* rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 34. *Schmidt* hinterlassene Abhandlungen verschied. pract. Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. XCV. §. 7.

66) *Observat. iuris univ.* Tom. I. Obs. 135.

67) *Ant.* FABER *Rational.* in Pand ad L. 13. §. ult. D. h. t. et in Cod. Definition. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 48. *Ant.* SCHULTING *Thes. controvers.* Dec. LXIX. Th. 6. *Io.* SCHILTER *Prax. iur. Rom.* Ex. XXXI. §. 11. HOFACKER *Princip. iur. civ. Rom. Germ.* Tom. III. §. 1978. *Juß.* *Claproth* *Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Ein-*

stehen wollen, daß ein schriftlich errichteter Miethcontract gar nicht stillschweigend erneuert werden könne. Denn hier ist nicht von der Form und Gültigkeit der stillschweigenden Relocation, welche, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt wird, sondern blos von der Dauer derselben die Rede. Es läßt sich aber von der Form der ersten Errichtung des Contracts auf die Relocation um so weniger ein gültiger Schluß machen, weil sonst daraus folgen würde, daß die Erneuerung des Contracts auch nicht einmal mit ausdrücklicher Einwilligung der Contractanten ohne Scriptur gültig geschehen könnte, wenn der erste Contract schriftlich errichtet worden ist, welches doch wohl Niemand behaupten wird. Ueberhaupt aber ist gar nicht abzusehen, warum das einmal, obgleich durch einen schriftlichen Contract, begründete Rechtsverhältniß nicht stillschweigend verlängert werden könnte, wie auch schon Hr. Prof. Weber ⁶⁸⁾ ganz richtig erinnert hat. Man müßte überdem, wenn man diese Erklärung annimmt, ein Emblem *Triboniani* voraussetzen, weil die Verordnung des Röm. Rechts über die schriftliche Errichtung der Contracte (*L. 17. Cod. de fide instrumentor.*) sich vom Kr. Justinian herschreibt, folglich die darin aufgestellten Sätze zu Ulpian's Zeiten noch nicht galten; wozu aber doch kein hinreichender Grund vorhanden ist. Ich kann nicht läugnen, daß unter allen angeführten Erklärungen mir die

Eingebung der Verträge und Contracte 2. Th. S. 306. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen S. 891. Not. 3. und Carl Bucher's Recht der Forderungen. Leipzig 1815. S. 73. S. 142.

68) zu Höpfner's Commentar a. a. O. S. 949.

die erste die natürlichste zu seyn scheint, welche auch dem Gegenstande, wovon das Gesetz redet, am angemessensten ist. Denn es ist schwer zu begreifen, warum bey den praediis urbanis die stillschweigende Relocation, um des schriftlichen Contracts willen, gerade auf ein Jahr, wie bey den praediis rusticis, oder auch auf so lange, als die erste Mietzeit verabredet war, sich erstrecken solle; da bey den praediis rusticis, bey denen doch mehr Grund dazu vorhanden gewesen wäre, auf die Zeit der verabredeten ersten Verpachtung gar keine Rücksicht genommen werden soll, und der Grund, warum bey dem stillschweigenden Wiederpacht der Landgüter ein Jahr angenommen wird, auf die praedia urbana gar nicht paßt. Man kann indessen, der oben angeführten Ausnahme unbeschadet, Ulpians Worte gar süglich auch von der ersten Vermietzung der Wohnung verstehen, und man wird daraus ungezwungen einen ganz vernünftigen und der Sache angemessenen Sinn erhalten. Nämlich bey der Mietzung der Wohnungen bekümmert man sich gewöhnlich blos darum, was man für einen gewissen Zeitabschnitt, z. B. vierteljährlich, halbjährlich oder jährlich an Mietzins zu bezahlen hat. Man macht sich aber nicht leicht verbindlich, eine bestimmte Zeit von Jahren in der Wohnung bleiben zu wollen. Es ist also der Contract mit jedem Zeitabschnitt, da man das Mietzins zu bezahlen pflegt, auch geendigt. Bleibt nun der Miethsmann dennoch mit Willen des Vermiethers nach wie vor in der Wohnung, so ist der Contract stillschweigend erneuert. Daß aber der Miethsmann sich dadurch auch stillschweigend verpflichtet habe, wieder so lange, als vorher, in dem Hause bleiben zu wollen, liegt weder in dem Begriff

griff der stillschweigenden Relocation, noch in den Worten des Gesetzes. Diese lehren uns vielmehr ganz klar, daß der Miethsmann nur auf so lang verpflichtet sey, als er wirklich in dem Hause gewohnt hat. Er kann also abziehen, wenn er will, und zahlt dann nur bis auf die Zeit seines Abzugs den Miethzins. Eine Ausnahme würde nun aber freylich alsdann Statt finden, wenn gleich Anfangs in dem darüber schriftlich aufgesetzten Miethcontracte eine gewisse Zeit, wie lange die Mieth dauern soll, wäre festgesetzt worden. Hier kann dann kein Theil dem andern vor Ablauf dieser Zeit die Mieth aufkündigen ⁶⁹⁾. Es läßt sich aber

III. der Fall denken, daß bey dem vermiethteten Hause einige Länderey, oder bey dem verpachteten Landgute eine Wohnung befindlich ist, und das Mieth- oder Pachtgeld dafür in einer Summe bestimmt worden. Nach welchen Grundsätzen ist hier die stillschweigende Relocation zu beurtheilen? Das Gesetz hat nicht bestimmt, welches Praedium in diesem Falle den Vorzug haben sollte. Nach der Rechtsanalogie dürfte aber es darauf ankommen, welches die Absicht der Contrahenten dabey gewesen sey. War nämlich gleich Anfangs bey Errichtung des Miethcontractes das Hauptabschen der Contrahenten blos auf das Praedium urbanum, nämlich auf die eigentliche Wohnung, gerichtet, und der dabey befindliche Garten oder sonstige Länderey nur als Nebensache angesehen, so würde der Contract

69) So erklären diese Stelle auch *de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 3. in fin.* und Lud. Fried. Griefinger im Commentar über das Württemberg. Landrecht. 4. Band S. 971. f.

tract in der Hauptsache, als über ein praedium urbanum geschlossen, anzusehen und zu beurtheilen seyn. Wäre hingegen die Hauptabsicht der Contrahenten auf das Praedium rusticum und den damit verknüpften Nahrungszweig gerichtet, so daß die dabey befindliche Wohnung nur das Accessorium ausmache, so würde alsdann in der Hauptsache eine Locatio et conductio praedii rustici zum Grunde zu nehmen seyn ⁷⁰⁾.

IV) Ist von beweglichen Sachen die Rede, welche den Nutzen, wozu sie gemiethet worden sind, zu jeder Zeit gewähren, z. B. von gemietheten Pferden; so heißt es auch hier, wie bey den Wohnungen, prout quisque usus fuerit, ita et obligatur ⁷¹⁾.

V) Ueber die stillschweigende Relocation der Dienste findet sich keine bestimmte Verordnung in dem Röm. Recht. Die hier eintretenden Rechtsgrundsätze müssen daher nach
der

70) S. Ernst Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 1. Bd. Nr. XXIX. S. 119. ff.

71) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. TITIVS iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 6. §. 3. WILLENBERG Ex. de tacita relocatione §. 10. Zwar will SALICETUS ad L. 16. C. h. t. läugnen, daß bey beweglichen Sachen eine stillschweigende Relocation Statt finde, weil sich der Miether eines furti usus schuldig mache, wenn er die gemiethete Sache über die bestimmte Mietzzeit behalte. Allein eine stillschweigende Relocation beruhet ja auf der Einwilligung des Eigenthümers, welcher dem Mietzmann den fernern Gebrauch der Sache gestattet. Hier läßt sich kein furtum gedenken. L. 46. §. 7. D. de furt. C. 10. HARTMANN Diss. de tacita locatione conductione. Ienae 1724. §. 28.

der Analogie der *L. 13. §. ult. D. h. t.* bestimmt werden⁷²⁾. Es kommt daher vor allen Dingen darauf an, ob die Dienste zur Errichtung eines ganzen Werks gemiethet worden sind, oder nicht. In dem ersten Falle ist nach der Natur der Sache anzunehmen, daß die stillschweigende Relocation auf so lange geschehen sey, als erfordert wird, um das Ganze auszuführen. In dem letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob von Tageslöhnerarbeiten, oder von solchen Diensten die Rede ist, die auf eine längere Zeit geleistet werden. In Ansehung der erstern dauert die stillschweigende Relocation immer nur auf den Tag, da die Dienste geleistet werden. Bey den letztern aber ist wieder ein Unterschied zu machen, ob die Dienste zum Nutzen der Landwirthschaft gemiethet worden sind, (*operae rusticae*) oder zu einem andern erlaubten städtischen Gebrauche (*operae urbanae*). Im ersten Falle ist nach der Analogie die stillschweigende Relocation bey den Land - Gesinde - Diensten immer von einem Jahre zu verstehen, denn auf solche Dienste paßt der Grund, wor, um bey Landgütern der stillschweigende Wiederpacht ein Jahr dauert, weil sie hauptsächlich zu gewissen Zeiten des Jahres, nämlich zur Bestellzeit, zur Erndtzeit, und zur Zeit der Weinlese den beabsichtigten Nutzen gewähren⁷³⁾.

§ 2

Mit

72) *S. Ge. Aug. GROTE Diss. de relocatione et reconductione tacita operarum. Goettingae 1796.*

73) *S. GROTE Diss. cit. §. 11.* Hiermit stimmen auch mehrere deutsche Landesgesetze überein. *S. das allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten. 2. Th. 5. Tit. §. 114.* Ferner die *Chur-Braunschweig-Lüneburg. Landes-Gesetze 3. Th. S. 212. u. 213.*

Mit den städtischen Gesinde- und Lohn-Diensten verhält sich die Sache anders. Diese haben mit den praediis urbanis das gemein, daß sie zu aller Zeit genutzt werden können. Solche Dienste können daher auch in jedem Augenblick als vollendet angesehen werden. Es tritt daher bey ihnen die Regel ein, welche bey praediis urbanis gilt, daß die stillschweigende Relocation so lange dauert, bis ein Theil dem andern den Dienst aufkündigt⁷⁴⁾. Dieß sind die Grundsätze des gemeinen Rechts, welche noch jetzt zur Anwendung gebracht werden müssen, wo es an besondern Vorschriften der Landesgesetze fehlt⁷⁵⁾. Denn daß letztere vor den erstern den Vorzug haben, versteht sich von selbst.

§. 1046.

Die Einwilligung muß frey, und die Contrahenten müssen dieses Geschäfts fähig seyn.

Aus dem ersten Erforderniß dieses Contracts folgt
1) daß jeder miethen, und vermietthen, pachten und verpach-

74) GROTE Diss. cit. §. 9. et 10. Nach dem Preuß. Landrecht a. a. O. wird bey dem städtischen Gesinde die Verlängerung auf ein Viertel-Jahr gerechnet.

75) Das allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 21. §. 328. ff. hat die Dauer der stillschweigend erfolgten Verlängerung bey Grundstücken ohne Unterschied in der Regel auf ein Jahr bestimmt. Wäre jedoch in einem auf mehrere Jahre geschlossenen Contract der Zins auf die mehreren Jahre zusammen genommen bestimmt, so soll sich die stillschweigende Verlängerung auf die ganze Dauer der ersten contractmäßigen Zeit erstrecken. Ist bey verpachteten Landgütern der Acker in gewisse Felder eingetheilt: so wird der stillschweigend fortgesetzte Pacht um soviel Zeit für verlängert geachtet, als erforderlich ist, daß der Pächter sämtliche Felder nach landüblichem Wirtschaftsgebrauche nutzen könne.

pachten kann, welcher eine verbindliche Einwilligung zu erklären, und, sofern Sachen den Gegenstand des Contracts ausmachen, über das Seinige zu disponiren fähig ist. Diese Fähigkeit wird auch zur Erneuerung des Miethcontracts erfordert. Fällt daher der Vermiether in Wahnsinn, so kann auch das Stillschweigen die Wirkung einer Relocation nicht haben⁷⁶⁾. Doch kann der Pacht mit Einwilligung des Curators erneuert werden⁷⁷⁾. Manchen Personen verbieten jedoch die Gesetze ihres Standes und Berufs wegen Landgüter zu pachten. Dahin gehörten 1) die Magistrate in den Municipal-Städten (*Curiales, Decuriones*⁷⁸⁾. Nach den Gesetzen der Pandecten war den Curialen zwar nur das Pachten öffentlicher Güter und Zölle verboten⁷⁹⁾, jedoch konnte der Decurio, als Erbe des Pächters, einen solchen Pacht fortsetzen⁸⁰⁾. Auch nahm Kaiser Theodos der Große die Aegyptische Diöces überhaupt von diesem Verbote aus⁸¹⁾. Allein der Kaiser Theodos II. dehnte das Verbot auf alle Pachtungen aus, und erklärte den Contract für nichtig, ohne alle Ausnahme

76) L. 14. D. h. t. Et ideo, si interim dominus furere coeperit, — fieri non posse *Marcellus* ait, ut locatio redintegretur: et hoc est verum. *S. Weßphal* §. 906.

77) *VOET* Comm. h. t. §. 11. in fin.

78) *Frid. ROTH* de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. II. §. 14. not. 79.

79) L. 2. §. 1. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.
L. 6. §. 2. D. de decurionib.

80) L. 4. D. de Decurionib.

81) L. 97. Cod. Theod. de Decurionib.

nahme⁸²⁾. 2) Soldaten. Diese sollen weder Ländereyen pachten, noch sich für Pächter verbürgen, bey Verlust ihres Dienstes und ihrer Ehre⁸³⁾. Der Verpächter soll auch mit keiner Klage gegen einen solchen Pächter gehört werden, er müßte denn etwa nicht gewußt haben, daß der Pächter ein Soldat sey⁸⁴⁾. 3) Kaiserliche Hofbedienten (Palatini, qui in officio rei privatae Principis militabant). Diese sollen nur keine fiskalischen Güter pachten, zu deren Oberaufsicht und Besorgung sie angestellt sind⁸⁵⁾. 4) Geistliche. Diese sollen weder Landgüter, noch öffentliche Einkünfte pachten,

82) L. 30. Cod. de loc. et cond. Nov. THEODOSII. IV. in Collect. Novellar. Imperator. Iustiniano anterior. edit. Ritter (Cod. Theod. T. VI. P. II. p. 16.)

83) L. 31. Cod. eodem. Milites nostros alienarum rerum conductores, seu procuratores, aut fideiussores, vel mandatores conductorum fieri prohibemus: ne, omisso armorum usu, ad opus rurestre se conferant, et vicinis graves praesumptione cinguli militaris existant. — L. 35. Cod. eodem. — Iubemus itaque, omnes omnino, qui sub armis militant, sive maiores sive minores, — saltem in posterum ab omni conductione alienarum rerum temperare: scituros, quod ex ipso contractu ab initio sine aliquo facto vel aliqua sententia cadant militia, et non sit regressus eis ad pristinum gradum, neque beneficio imperiali, neque consensu vel permiasu iudicis, sub quo tolerandam sortiti sunt militiam: ne, dum alienas res conductionis titulo esse gubernandas existimant, suas militias suamque opinionem amittant, ex militibus pagani, ex decoratis infames constituti. S. Westphal §. 213. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 16.

84) L. 50. D. h. t.

85) L. un. Cod. Quib. ad conduction. praed. fiscal.

ten, noch sich für solche Pächter verbürgen. Nur Kirchengüter soll ihnen zu pachten erlaubt seyn, wenn es mit Einwilligung des Bischofs und des Oeconomi geschieht. Außerdem sollen sie in eine Geldstrafe verfallen, und die Verpächter für allen daraus entstandenen Schaden verantwortlich seyn ⁸⁶⁾. Man hielt bey allen den ausgenommenen

86) *Nov. CXXIII. Cap. 6. Sed nec susceptorem vel exactorem fiscalium functionum, vel conductorem vectigalium aut alinarum possessionum, vel curatorem domus vel administratorem, vel procuratorem litis, vel fiduciosorem pro illis causis, Episcopum vel Oeconomum, vel alium cuiuscunque gradus Clericum vel Monachum proprio, vel Ecclesiae vel Monasterii nomine fieri permittimus: ne per hanc occasionem et sacris domibus damnum inferatur, et sacra ministeria impeāantur. Attamen si possessiones quaedam ecclesiis vel monasteriis adjacentes reperiantur, velintque earundem venerabilium domuum administratores in locationem et emphyteusin illas accipere, tunc si omnes Clerici et Monachi de illis causis vel in ipso instrumento, vel apud Acta consentiant, atque declarent ad utilitatem venerabilium locorum hoc factum esse, locationem et emphyteusin illam procedere permittimus. Clericis similiter, ut Ecclesiarum suarum possessiones conducaut et administrent, (volente tamen Episcopo et Oeconomo) permittimus. etc. Add. Cap. 1. et 6. X. Ne cler. vel monachi reb. secul. Cap. 13. X. de vita et honest. Clericor. Neues ist übrigens hier nichts verordnet, was nicht alles auch schon in dem Can. 3. Concil. Chalcedon. vom Jahr 451. enthalten wäre. S. Christ. Henr. BREUNING Quæst. iur. controv. An locatio et conductio clericis et militibus sit prohibita? Lipsiae 1775. und I. H. BOEHMERI Ius Eccles. Protest. T. II. Lib. III. Tit. 18. §. 7 — 9.*

menen Personen ein solches Gewerbe theils unter der Würde ihres Standes, theils besorgte man bey ihnen eine daraus entstehende Dienstvernachlässigung, theils Begehung von Ungerechtigkeiten unter dem Ansehen ihres Standes. Diese Gründe sind, wo nicht das Subject selbst wegfällt, auch noch heut zu Tage von Bewicht; dennoch zweifeln mehrere Rechtsgelehrten ⁸⁷⁾ an der heutigen Gültigkeit dieser Verordnungen des Röm. Rechts. 5) Vormünder, so lange sie noch nicht Rechnung abgelegt haben, dürfen keine fiskalische Pachtungen eingehen. Verschweigen sie dieses Verhältniß, so sollen sie nach einer Verordnung des Kr. Severus als Falsarien bestraft werden. Dieser Constitution gedenkt *Modestinus* in einer merkwürdigen Stelle, welche aus seinen griechisch geschriebenen *Libris Excusationum* sich griechisch und lateinisch in den *Pandecten* findet.

L. 49. D. h. t. Οἱ ἐπίτροποι γινόμενοι ἢ κουράτορες, πρὶν ἐκτίσαι τὰ τῆς κηδεμονίας, μισθῶται καὶ σαρρος γενέσθαι κωλύονται ⁸⁸⁾. Καὶν τις ἀποκρυψάμενος τοῦτο, προσέλθῃ τῇ μισθώσει τῶν τοῦ καίσαρος χωρίων ὡς παραποιήσας κολάζεται. Τοῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβῆρος. §. 1. Κατὰ ταῦτα δὲ καὶ οἱ χειρίζοντες ἐπιτροπίας ἢ κουρατορίας, εἰσὶν

87) STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 66.* TITIVS *Iur. priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. VI. §. 5.* von *Kreittmayr* *Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bav. civ. IV. Th. 6. Kap. §. 2. S. 341.* und *Höpfner* *Commentar über die Heinecc. Institut. §. 885.* Man sehe auch *BREUNING c. 1. §. 12.*

88) In den *Basiliens* Tom. II. pag. 423. edit. *Labroti* heißt es: οὐ γίνονται μισθῶται τοῦ βασιλέως, ἢ τοῦ δημοσίου.

ἔισιν κερωλυμένοι μισθοῦσθαι καὶ παρὰ τοῦ τορμείου
 χωρίᾳ — *Tutores curatoresve constituti, priusquam
 officii sui rationes reddant, prohibentur, ne quid de
 patrimonio Caesaris conductum habeant: ac si quis id
 dissimulans, nihilominus ad conducenda Caesaris prae-
 dia accesserit, perinde ut falsarius poena afficitur.
 Hocque sanxit Imperator SEVERUS §. 1. Secundum
 quae sane prohibiti erunt et a fisco conducere, qui
 tutelam curamve gerunt.*

Die Verordnung der Kaiser Septimius Severus
 und Antoninus Caracalla selbst ist die *L. un. Cod. Ne
 tutor vel curator vectigalia conducat. (V. 41.)*

Competens iudex non ignorat, non esse ad-
 mittendos ad vectigalia conducenda eos, qui pu-
 pillorum vel adolescentium tutelam, seu curam
 administrant, vel qui eius administrationis ratio-
 nem nondum reddiderunt. Sed quamvis contra
 Interdictum ad vectigal conducendum accesseris,
 tamen quoniam ultro me adiisti, si tam vectigali,
 quam pupillis satisfeceris, falsi crimine carebis,
 Cum autem fisco te iam obstrictum postea tutorem
 esse factum dicas: periculo te excusare poteris.

Derselben Constitution thut auch Marcian Erwäh-
 nung *L. 1. §. 9. D. de Lege Cornel. de falsis.* Ex
 illa quoque causa falsi poenae quis subiicitur, ut
 Divi quoque SEVERUS et ANTONINUS constituerunt,
 ut tutores et curatores, et qui officio deposito
 non restituerunt tutelam vel curationem: cum fis-
 co contrahere non possint: ac si quis adversus
 hanc Legem profectus, aerario obrepserit: ut per-
 inde

inde puniatur, ac si falsum commisisset. §. 10. Sed ad illos hoc non pertinet (ut idem Principes scripserunt) qui antequam tutelam susciperent, hanc gesserunt: nec enim excusationes admisisse, sed fraudes exclusisse videntur.

Aus der Vergleichung dieser Gesetzstellen erhellet, daß der wahre Grund des Verbots, welches den Vormündern fiskalische Güter zu pachten untersagt, so lange sie noch als Vormünder ihren Mündeln verpflichtet sind, darin beruhet, weil der Fiskus wegen seiner Forderungen aus dem Contract bey einem solchen Pächter keine hinlängliche Sicherheit haben würde. Deun es ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß den Pupillen und Minderjährigen schon zur Zeit der Kaiser Sever und Antonin, außer dem privilegium exigendi, welches ihnen unter den chirographarischen Gläubigern einen vorzüglichen Platz einräumte⁸⁹⁾, auch eine stillschweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Vormünder zugestanden habe⁹⁰⁾. Es mußte

89) L. 9. §. 1. L. 42. L. 44. §. 1. D. de admin. tut. L. 19. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. L. 25. D. de tut. et rat. distr. L. 52. §. 1. D. de pecul.

90) Viele wollen zwar den Ursprung der gesetzlichen Hypothek der Pupillen von Constantin dem Großen herleiten. S. Ferd. Aug. Meißners vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 114. Allein die Worte der L. 20. C. de admin. tut. worauf man sich beruft: *minores sibimet vindicare minime prohibentur*, deuten sichtbar auf ein älteres Recht hin. S. Jac. GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de Admin. tutor. (Tom. I. Lib. III. Tit. 19 pag. 365. sqq.). Jos. FINESTRES et de MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libr. ad L. 25.

mußte also dem Fiskus allerdings daran gelegen seyn, nicht mit solchen Gläubigern seines Pächterschuldners zu concurriren, welche ihm bey der Unzulänglichkeit des Vermögens desselben vorgehen würden. Zwar hatte auch der Fiskus schon zu den Zeiten der Kr. Sever und Antoninus unstreitig eine stillschweigende Hypothek auf dem Vermögen seiner Contractschuldner⁹¹⁾; allein sie mußte doch, als die jüngere, der pupillarischen Hypothek weichen⁹²⁾. Daß hier nicht zunächst eine Störung im Amt berücksichtigt war, ergiebt sich daraus, weil der fiskalische Pächter nur eine freiwillige Excusation hatte⁹³⁾. War also nur der Fiskus mit seiner Forderung hinlänglich gesichert, so konnte sein Pächter immerhin auch Vormund seyn. Hierauf geht auch das, was Marcian in der oben angeführten *L. 1. §. 10. D. de lege Corn. de fals.*

L. 25. D. de tut. et rat. distr. §. 7. sqq. und Arn. IKEN Diss. de pupillorum ac minorum in bonis tutorum curatorumve pignore atque privilegio. Marburgi 1779. Die Worte: si eo nomine cautum non sit in der L. ult. D. de tut. et rat. distrak. gehen offenbar auf keine ausdrückliche Verpfändung, sondern auf die gewöhnliche Caution der Vormünder, und dieß ist keine Pfandgebung, sondern eine Satisfaktion durch Bürgen. L. 9. §. 1. in fin. D. de admin. tutor. Vid. Tit. Inst. de Satisfat. tut. et curator. I. 24.

91) *E. Traug. THOMASII Diss. de origine atque progressu hypothecarum tacitarum ex LL. Rom. Lips. 1732. §. 14. 10. Th. SEGER Histor. iur. civ. de pignorib. tacite contractis. Lipsiae 1772. §. 15. u. Metßner a. a. D. §. 96.*

92) *L. 2. C. In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. L. 2. et 4. Cod. de privil. fisci.*

93) *§. 1. l. de Excusat. tut. et curat.*

ſals. und die *KK. Sever und Antonin L. un. Cod. Ne tut. vel curat. vectig. cond.* am Ende ſelbſt ſagen. Dahingegen kann der Vormund, ſo lange er noch nicht ſeiner vormundſchaftlichen Pflichten entlaſſen iſt, auch noch jetzt keine fiſkalischen Güter pachten. Er müßte dann nachweiſen, daß ſowohl für den Fiſkus als den Pupillen hinlängliche Sicherheit vorhanden ſey. Auf keine Weiſe aber darf er das vormundſchaftliche Verhältniß dem Fiſkus verſchweigen, ohne ſich eines Betrugs ſchuldig zu machen. Und ſo läßt ſich der heutige Gebrauch des Röm. Rechts mit Grund nicht bezweifeln⁹⁴⁾. Aus den Geſetzen hingegen iſt es nicht zu erweiſen, wenn einige Rechtsgelehrten⁹⁵⁾ auch noch 6) zu den Ausnahmen rechnen, daß Handwerker, welche eine geräuſchmachende Handthierung treiben, ſich in der Nachbarschaft eines Gelehrten nicht einmiethen dürften. Denn die *L. un. Cod. de stud. liberal. urbis Rom.* woraus man dieſes Privilegium herleiten will, enthält kein Wort davon. Es iſt eine Verordnung der Kaiſer Theodos und Valentinian, worin die Zahl der Profeſſoren in Rom für jedes Lehrfach beſtimmt und befohlen wird, jedem Lehrer im Capitolium ſeinen Plaß anzuweiſen, wo er lehren ſoll, damit kein Lehrer dem andern, noch die Schüler einander, durch Geräuſch hinderlich ſind. *Habeat igitur,* heißt es darin, *auditorium*
specia-

94) *S. de BERGER* *Oecon. iuris* Lib. III. Tit. V. Th. 21. und *Höpfner* *Commentar über die Inſtitut.* §. 885.

95) *PEREZ* *Praelect. in Cod.* Lib. XI. Tit. 18. *LAUTERBACH* *Colleg. theor. pr. Pand. h. t.* §. 16. *de BERGER.* *Oecon. iur. c. l.* *Faber* *Staats-Kanzley* Th. 2. Kap. 6. nr. 11. 29. *Kreittmayr* *Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ.* 4. Th. 6. Kap. §. 2. S. 340.

specialiter nostrum in his primum, quos Romanae eloquentiae doctrina commendat, *Oratores* ⁹⁶⁾ quidem, tres numero: *Grammaticos* vero decem. In his etiam, qui facundia gravitatis ⁹⁷⁾ pollere noscuntur, quinque numero sint *Sophistae* ⁹⁸⁾, et *Grammatici* aequae decem. Et quoniam non his artibus tantum adolescentiam gloriosam optamus institui: profundioris quoque scientiae atque doctrinae memoratis Magistris sociamus auctores. Unum igitur adungi caeteris volumus, qui Philosophiae arcana rimetur; duos quoque, qui iuris ac Legum voluntates pandant: ita ut unicuique loca specialiter deputata adsignari faciat tua sublimitas: *ne discipuli sibi invicem possint obstrepere vel magistri: neve linguarum confusio permixta, vel vocum, aures quorundam, aut mentes a studio literarum aver-*
tat.

96) *Oratores* sind hier eben diejenigen, welche sonst *Rhetores* genannt werden, nemlich Lehrer der römischen Beredsamkeit *Oratores* werden sie auch L. 11. *Cod. de Profess.* genannt.

97) *Gravitatis* ist offenbar eine falsche Lesart. In dem Theodosianischen Codex, nämlich L. 3. *Cod. Theodos. de studiis liberal.* steht *gracitatis* i. e. *gracae linguae*.

98) *Sophistae* sind Lehrer der griechischen Beredsamkeit. Ihrer geschieht auch L. 6. §. 11. *D. de Excusar.* Erwähnung. Man vergleiche *Iac. GOTHOFREDI* Commentar. ad h. L. Tom. V. *Cod. Theodos.* pag. 229. ex edit. *Ritter.* Ferner *Glossar. Nomic.* ebendasselbst Tom. VI. P. II. s. voc. *Sophistae.* und *Güntzer* über L. 6. §. 1. *D. de Excusat.* In dem Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgeg. von *Hagemann* u. *Güntzer.* 1. Th. Nr. XV. S. 324. ff.

tat⁹⁹⁾. Andere¹⁰⁰⁾ wollen zwar das vermeintliche Privilegium auf eine Observanz gründen, allein auch diese läßt sich nicht als allgemein erweisen. Sey indessen hierüber auch weder ein Gesetz noch eine allgemeine Observanz vorhanden, so sollte doch jede Obrigkeit, unter deren Schutz die öffentlichen academischen Lehrer das ihnen vom Staate anvertraute Amt ungestört müssen ausüben dürfen, von selbst dafür sorgen, daß kein Handwerker von lärmender Profession neben dem Hörsaal eines Professors seine Werkstatt anlege, und ihn dadurch in seinem Vortrage stöhre¹⁾.

II. Die Einwilligung muß frey seyn. Betrug, Furcht und Gewalt, auch Irrthum machen daher den Mieth- und Pachtcontract eben so, wie den Kaufcontract, ungültig²⁾.

III. Niemand kann zum Miethen und Vermiethen in der Regel gezwungen werden, wo nicht Gründe des öffent-

99) S. Webers syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 63. Not. 9. Höpfners Commentar a. a. O. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Nr. XV. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 861.

100) Thomastus Rechtshandel 3. Th. Nr. 17. LYNCKER Diss. de iure litteratorum vicinos expellendi strepiferos.

1) S. Christ. Henr. BREUNING Qu. iur. controv. de spurio eruditorum privilegio expellendi operarios cum strepitu laborantes. Lipsiae 1771. Besonders Hymms Beiträge zu der jurist. Litteratur in den Preussischen Staaten. 7. Samml. Nr. VIII. S. 56.

2) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 973.

öffentlichen Wohls solches erheischen³⁾. So kann z. B. Jemand sein Haus, was er nicht nothwendig braucht, zur interimistischen Anlegung eines Lazareths, oder Hospitals, zu vermietthen genöthiget werden. Desgleichen Pferde, so weit man ihrer zum Behuf der Posten, oder anderer zu dringenden Staatszwecken dienender Fuhrn bedarf⁴⁾. In manchen Universitäts-Städten, z. B. in Tübingen, sind auch die Bürger verbunden, die Wohnungen, die sie selbst nicht brauchen, an Studenten zu vermietthen⁵⁾. Eine Ausnahme in Ansehung der Dienstmiethe macht insonderheit der an mehreren Orten Deutschlands, aus der ehemaligen Leibeigenschaft selbst bey frey gewordenen dienstpflchtigen Bauern sich erhaltene, Dienstzwang, welcher darin besteht, daß die Kinder der Leibeigenen und Gerichtsunterthanen, wenn sie sich als Gesinde vermietthen wollen, ihre Dienste der Leib- oder Gutsherrschaft vor allen Andern anbieten, und derselben, wenn sie es begehrt, auf die in solchem Falle gewöhnlich bestimmte Zeit um ein gebührlches Lohn dienen müssen⁶⁾. So ist dieser Dienstzwang in Ober-Sachsen, der Lausitz, Pom-

3) L. 11. L. 22. C. h. t. L. 11. §. ult. D. de publican. et vectigal. S. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 12.

4) BRUNNEMANN Comm. ad L. un. Cod. de cursu publ. nr. 16.

5) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 14.

6) Ioach. POTGIESSER Commentarior. iuris Germ. de statu servorum. Lib. II. Cap. 6. §. 28. Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. II. Obs. 356. Kunde Grundf. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 548.

Pommern, Preußen, Baiern, und mehreren andern Orten noch jetzt üblich 7).

§. 1047.

II. Gegenstände des Mieth- und Pacht-Contracts.

A) Sachen.

Der Gegenstand des Pacht- oder Mieth-Contracts, das zweyte wesentliche Erforderniß desselben, können Sachen und Dienste seyn. Die Sachen dürfen aber nicht solche seyn, die durch den Gebrauch verzehrt werden 8). Denn die *locatio rerum* hat nur die Ueberlassung der Sache zum Gebrauch oder Benutzung, nicht aber Uebertragung des Eigenthums zum Zweck 9), wenn auch der Contract auf noch so lange Zeit wäre eingegangen worden 10). Sie hat aber doch immer die Sache selbst zum

7) S. POTTGIESSER a. a. O. Lib. V. cap. 2. §. 42. Kreittmayr's Anmerkungen über den Cod. Max. Bavar. civ. IV. Th. 6. Kap. §. 2. Nr. 2. S. 341. Allgem. Landrecht für die Preussischen Staaten 2. Th. 7. Tit. 4. Abschn. §. 185. ff.

8) Es ist hierin zwischen Mieth- und Leih-Contract kein Unterschied. L. 3. §. ult. D. Commodati. E. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

9) L. 39 D. h. t. L. 9. D. de Rei vindic. LAUTERBACH c. 1. §. 17.

10) L. 10. Cod. h. t. L. 2. C. de praescri. 30. vel 40. annor. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. ERUMMER Exerc. de Locat. et Conduct. Cap. II. §. 10. und Abrah. KAESTNER Disput. de erronea doctorum opinione, per locationem ad longum tempus factam utile transferri dominium. Lipsiae 1747.

zum Gegenstande. Denn ein Vertrag, welcher bloß über die an der Sache existirende Frucht errichtet wird, würde mehr ein Kauf der letztern, als ein Pacht seyn ²¹⁾. Uebrigens können alle im Commercj befindliche Sachen vermietet und verpachtet werden, auch sogar unförperliche Sachen. Z. B. die Jagd, Braugerechtigkeit, Gastwirthschaft, Branntweinbrennerey, sogar die Patrimonialgerichtsbarkeit, bey deren Verpachtung denn auch nicht nur alle Vortheile, welche dem Gerichtsherrn bey der Ausübung derselben zustehen, so weit sie nicht ausdrücklich ausgenommen sind, sondern auch alle damit verbundene Lasten auf den Pächter übergehen ²²⁾. Ist das Gut, worauf sie subjectiv haftet, ohne Erwähnung derselben, mit allen Zubehörungen verpachtet worden, so ist sie stillschweigend für mitverpachtet zu halten, sofern sich der Verpächter solche nicht ausdrücklich vorbehalten hat, wie schon an einem andern Orte (Th. 3. §. 192. Not. 61.) bemerkt worden ist. Das Römische Recht gedenkt noch insonderheit der Verpachtung des Nießbrauchs ²³⁾, und der Habitation ²⁴⁾. Auch selbst die Servitus usus ist nicht ganz ausge-

21) S. Höpfners Commentar über die Instit. §. 883. Not. 1. und Weber zu Höpfner S. 937. auch Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 416.

22) S. STRYK Cautel. Contractuum Sect. II. Cap. IX. §. 12. de COCCEJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 5. und Iac. Aug. FRANCKENSTEIN Diss. de locatione iurisdictionis. Lipsiae 1728.

23) §. 1. l. de usu et habitat. l. 12. §. 2. l. 38. D. de Usufr.,

24) §. 5. l. de usu et habitat. l. 13. Cod. de Usufr.

ausgeschlossen. Derjenige, dem der usus aedium zusteht, darf nur nicht das ganze Haus vermlethen, ohne selbst die Wohnung in dem Hause zu behalten¹⁵⁾. Nur dann, wenn der usus sich einzig auf die Bedürfnisse oder dem eigenen Gebrauch des Berechtigten beschränkt, fällt die Verpachtung weg¹⁶⁾. Dingliche Servituten können hingegen ohne das Grundstück, worauf sie activ haften, nicht verpachtet werden. So ist der Ausspruch Ulpian's zu verstehen, wenn er L. 44. D. h. t. sagt: *Locare servitutem nemo potest*¹⁷⁾. Ob die Sachen dem Locator eigenthümlich zugehören, oder fremde Sachen sind, ist gleichviel¹⁸⁾. Man kann daher nicht nur seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache sowohl dem Miteigenthümer selbst, als einem Fremden verpachten¹⁹⁾; sondern man kann sogar eine Sache, woran man nur ein antichrestisches

15) L. 2. §. 1. in fin. L. 8. pr. D. de usu et habitat. VOET Comm. h. t. §. 4.

16) §. 1. l. eodem. L. 11. D. eodem. L. 12. §. ult. D. cod. L. 10. §. 1. D. Communi divid. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 6.

17) Denn Realservituten sind zum Besten des berechtigten Grundstücks, dem sie zustehen, bestellt, und bloß auf dessen Bedürfnisse beschränkt. S. Ant. FABER Rational. in Pandect. h. t. ad h. L. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Reliquum est. Oper. Tom. II. pag. 422. und POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. c. Man vergleiche auch den 9. Th. dieses Commentars §. 621. S. 16.

18) VOET Comm. h. t. §. 3.

19) L. 35. §. 1. D. h. t. S. Westphal vom Kauf, Mieth- und Pachtcontract. §. 918.

eisches Pfandrecht hat ²⁰⁾, oder die man selbst nur gemiethet oder gepachtet hat, auch ohne Einwilligung des Verpächters, ganz oder zum Theil wieder vermietthen, oder verpachten ²¹⁾, welches man eine Aftermiethen oder Afterpacht, *Sublocatio, subconductio* nennt ²²⁾. Es muß nur nicht im Contract ein anders bestimmt seyn, auch sonst der Verpächter oder Vermietther keinen Grund haben, der Sublocation zu widersprechen, z. B. weil der Aftermiethsmann nach der Beschaffenheit seiner Lage und seines Gewerbes die Sache durch den Gebrauch mehr beschädigen werde, als der erste Miethsmann, oder derselbe zu einem andern Zweck die Sache gemiethet hat, als wozu sie, ihrer Bestimmung nach, dem erstern ist vermietthet worden ²³⁾. Soll also der Vermietther oder Verpächter die Sublocation gelten lassen, so muß die Sache zu demselben Gebrauche und unter solchen Umständen sublocirt worden seyn, daß dem erstern daraus kein Nachtheil erwächst.

§ 2

20) L. 37. D. de pignor. act. L. 23. pr. D. de pignorib. et hypoth.

21) L. 7. L. 8. L. 24. §. 1. L. 30. pr. L. 60. D. h. t. L. 11. §. 5. D. de pign. act. Besonders L. 6. Cod. h. t. wo Kr. Alexander sagt: Nemo prohibetur, rem, quam conduxit, fruendam alii locare: si nihil aliud convenit. S. HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 2.

22) Christ. WILDSCHMIDT Diss. de eo, quod iustum est, circa sublocationem. Ienae 1727. und Sam. Frid. WILLENBERG Exerc. de rerum sublocatione. (In eius Select. Iurisprud. civ. s. Exercitat. Sabbathin. P. II. Exerc. XLI. pag. 646. sqq.)

23) L. 13. §. ult. D. de usufr. VOET Comm. h. t. §. 5.

wächst²⁴⁾. Uebrigens müssen die bey einer Sublocation vorkommenden verschiedenen Contracte wohl unterschieden werden²⁵⁾, wovon weiter unten die Rede seyn wird. Seine eigene Sache hingegen kann man in der Regel nicht miethen noch pachten²⁶⁾. Liegt hierbey ein Irrthum zum Grunde, so ist der ganze Contract nichtig²⁷⁾. In diesem Falle macht es daher auch keinen Beweis aus, daß Einem das Eigenthum nicht zustehe, weil er die Sache, die er als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, gemiethet oder gepachtet hat²⁸⁾. Zuweilen kann indessen der Eigenthümer selbst seine eigene Sache auf eine gültige Art wieder miethen oder pachten, nämlich wenn dem Verpächter oder Vermiether das dingliche Recht zusteht, die Sache zu besitzen und zu gebrauchen oder zu benutzen, z. B. als Usufructuar, oder antichretischer Pfandgläubiger²⁹⁾. Ist ein
gan

24) WILLENBERG Exercit. cit. §. 9.

25) S. Westphal vom Kauf, Mieth- und Pachtcontract. §. 909. u. 910.

26) L. 45. D. de reg. iuris.

27) L. 20. Cod. h. t. Qui rem propriam conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.

28) L. 23. C. eodem. Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere: cum inscientia domini proprii et errantis nullum habeat consensum: sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. Nemo enim sibi iure possessionem mutare potest. S. IENSIUS Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. pag. 586.

29) L. 37 D. de pigner. act. L. 29. pr. D. Quib. mod. ususfr. amitt. VOET c. 1. §. 4.

ganzes Gut verpachtet worden, so sind auch alle Zubehörungen, und darauf haftende Gerechtigkeiten³⁰⁾, selbst das Patronatrecht nicht ausgenommen³¹⁾, unter diesem Pacht begriffen, wosern nicht ein Anderes ausdrücklich ist ausbedungen worden. Man nennt den Pacht eines ganzen Gutsdistricts mit allen dazu gehörigen Gerechtigkeiten, z. B. Jagd, Jurisdiction, Braugerechtigkeit, Patronatrecht u. d. *Admodiatio* von dem französischen Worte *admodier*, verpachten³²⁾. Wenn gleich fungible Sachen
 kein

30) L. 19. §. 2. *D. h. t.* Westphal §. 921. L. 3. *D. cod.*

31) *Cap. 7. X. de iure patronatus.* Mandamus, quatenus, si vobis constiterit, quod praefato militi praescripta villa fuerit, non excepto iure patronatus, ad firmam concessa, vel, antequam de iure patronatus inter Abbatissam et militem controversia esset suborta, praefatus Guillelmus de L. in praescripta Ecclesia per Episcopum, ad praesentationem militis, institutus fuisset, ei, dummodo alias sit idoneus, adiudicetis ecclesiam. *E. lan. a costa* Comm. in Decretal. ad hoc *Cap. pag. 564.* GONZALEZ TELLEZ Comm. ad id. *cap. I. H. BOEHMER* in edit. *Corp. iur. Canon.* ad id. *Capit. et in Diss. contin. sel. Capita circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 7.* STRYK *Caut. Contractuum Sect. II. Cap. IX. §. 12.* Aug. *Gottl. PETERMANN* *Diss. de exercitio iuris patronatus realis ad praediorum fructus referendo. Lipsiae 1746. und Mich. God. WERNHER* *lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6.*

32) *E. Io. Henr. FELTZ* *Diss. de admodiatioe. Arg. 1699. Ge. Ad. STRUV* *D. de admodiat. Ien. 1683. und Io. Ott. TABOR* *de eod. arg. Argent 1646. auch I. H. BOEHMER* *Diss. cit. Cap. I. §. 5.*

kein Gegenstand des Miethcontractes seyn können, so sind doch Kleider nicht dahin zu rechnen ³³⁾.

§. 1048.

B. Vermietzung der Dienste.

Die Dienste, als Gegenstand des Miethcontractes betrachtet, müssen 1) in erlaubten Handlungen bestehen (Operae honestae). Denn dieß ist das allgemeine Erforderniß aller Handlungen, worüber ein Contract geschlossen werden soll ³⁴⁾. Sie müssen aber auch 2) ihrer Natur nach einen Miethcontract zulassen, d. h. von der Beschaffenheit seyn, daß man dafür einen bestimmten Lohn zu geben pflegt (Operae locari solitae ³⁵⁾). Dazu wird nun aber erfordert, a) daß sie nach einem gewissen Marktpreise schätzbar sind, d. h. zu einem bestimmten Werth angeschlagen werden können. Man rechnet dahin Kunst-, Handwerks- und Tagelöhner Dienste. So hoch auch die Malerey bey den Römern geschätzt war, wie daraus hervorgeht, daß Justinian wegen der Vortrefflichkeit dieser Kunst von der sonst bey Accessionen geltenden Regel abwich ³⁶⁾, und daß die Alten sie der Poesie und Beredsamkeit gleichsetzten ³⁷⁾; so erklären dennoch die Gesetze den

Con-

33) §. 5. I. h. t.

34) S. BRUMMER cit. Exercitat. Cap. III. §. 10.

35) L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. Tale sit factum, quod locari solet. S. Io. D'AVEZAN Libr. Contract. II. Tr. 2. Princ. (in Thes. Meerman. T. IV. pag. 96.)

36) §. 34. I. de Rer. divis.

37) CICERO in Bruto cap. 18. und HORATIUS de Arte poet. v. 9. Ueberhaupt PLINIUS Hist. Nat. Lib. XXXV. c. 1. sq.

Contract, den ich mit einem Maler schliesse, daß er mir für Geld Etwas malen solle, für einen Miethcontract³⁸⁾. Denn nur solche Künste, welche gelehrte, und wissenschaftliche Kenntnisse erfordern, und denjenigen, welche sich ihnen weihen, den Namen der Gelehrten geben, nennen die Römer *artes liberales*³⁹⁾, *studia liberalia*⁴⁰⁾. Diese sind kein Gegenstand des Miethcontracts. Denn solche Arbeiten, welche Gelehrte zum Nutzen Anderer übernehmen (*operae liberales*), betrachten die Geseze als eine Wohlthat, welche der Gelehrte demjenigen erzeigt, der sich seiner Belehrung oder Hülfe bedient, und die daher mit keinem Lohn bezahlt werden können, sondern an sich unschätzbar sind, wenn gleich dafür, als Beweis der Erkenntlichkeit, ein Honorar bezahlt wird⁴¹⁾. Der Contract ist ein *contractus innominatus facio, ut des, oder do, ut facias*. Die Dienste müssen ferner b) für den Conductor Nutzen haben, und entweder an seiner Person oder an seiner Sache geleistet werden⁴²⁾. Daher sagen die

38) L. 5. §. 2. *D. de praescr. verbis*.

39) CICERO *de Officiis* Lib. I. cap. 42. SENECA *de Beneficiis* Lib. VI. Cap. 15. et 16.

40) L. 1. *D. de extraord. cognit.*

41) L. 1. *pr. D. Si mentor falsum modum dix.* L. 1. §. 5. *D. de extraord. cognit.* S. de BERGER *Oecon. iuris* Lib. III. Tit. V. Th. 22. Not. 4. u. besonders Adolph. Frid. TRENDELENBURG *Diss. de honorario, eiusque a mercede discrimine.* Chilonii 1775. §. 6.

42) Hug. DONELLUS *Comment. iuris civ.* Lib. XIII. Cap. 6. §. *Factorum* pag. 636. (*Francof.* 1626. f.) Ger. NOODT *Comment. ad Dig. h. t. §. De operarum,* p. 422. Guil. FROUSTEAU *Recitat, ad L. 23. D. de leg. iur.* Cap. XVIII.

die Befehle ⁴³⁾, wenn ich Dir Geld gebe, um deinen Sklaven freizulassen, oder in meinem Namen eine Reise zu machen, so sey weder in dem einen, noch andern Falle ein Miethcontract vorhanden, sondern ein contractus inno-minatus do ut facias geschlossen worden. Eine Sublocation findet in der Regel bey Diensten nicht Statt. Denn wer mir seine Dienste vermietet, will sich dadurch bloß mir verbindlich machen. Nur ich habe daher ein persönliches Recht, von ihm zu fordern, daß er mir die versprochenen Dienste leiste. Wenn ich nun diese Dienste ohne die Einwilligung des Locators einem Dritten wieder sublocirt hätte, mit welchem Recht könnte ich den Locator nöthigen, daß er sie dem Subconductor leiste, mit dem er gar nicht contrahirt hat? Anderer Meinung ist zwar Berger ⁴⁴⁾. Allein die von ihm angeführten Befehle ⁴⁵⁾ reden nur von der Sublocatio rerum, von welcher sich aber auf die Sublocatio operarum kein gültiger Schluß machen läßt, wie schon Christ. Heinr. Breuning ⁴⁶⁾ dage-

§. 4. (in *Thes. Meerman. T. III. pag. 520.*) und *Buch er Recht der Forderungen §. 73. S. 143.*

43) *L. 5. §. 2. D. de praescript. verbis. L. 5. D. de condict. causa data causa non sequuta.*

44) *Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 22. Not. 5.* Eben dieser Meinung sind auch LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29.* *Ant. SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXIX. Th. 8.* und EMMINGHAUS *ad Coccejum h. t. Qu. 9. not. 1.*

45) *L. 7. D. L. 6. Cod. h. t.*

46) *Quaestio iuris controv. An sublocari possint operae? Lipsiae 1774.* Man sehe auch WILDSCHLAGER *Diss. de eo quod iustum est circa sublocationem. §. 13.* und *de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.*

dagegen erlindert hat. Westphal ⁴⁷⁾ glaubt zwar, die Analogie trete ein, sofern nicht des Dienenden Umstände dadurch erschwert werden, und also dieser mit Recht sich der Verschlimmerung entgegensetzen kann. Allein wie sehr diese Meinung der Analogie entgegen streite, lehrt der bekannte Satz des Röm. Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten vollkommen berechtigt, und eben so wenig vollkommen daraus verpflichtet werden könne, der nicht darein gewilliget hat ⁴⁸⁾. Daß die Dienste eines gemietheten Sklaven sublocirt werden konnten, will ich gern zugeben. Allein wie läßt sich davon auf die Dienste eines freyen Menschen schließen, da die Sklaven bey den Römern als Sachen behandelt wurden? Soviel ist indessen gewiß, daß bey der *Locatio et conductio operis* dem *conductor* oder *redemptor* die Sublocation freystehe, sofern nicht ein anderes verabredet worden ist ⁴⁹⁾. Dies lehrt uns *Marcellus L. 48. pr. D. h. t.* wo er sagt: *Si cui locaverim faciendum, quod ego conduxeram, constabit, habere me ex locato actionem.* Das Nämliche sagt auch *Ulpian L. 38. §. 21. D. de Verbor. Obligat.* Es tritt hier ein ganz anderes Rechtsverhältniß ein. Denn habe ich die *Verfertigung eines*

47) Vom Kauf, Mieth und Pachtcontract. §. 909.

48) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 304. S. 206. und §. 315. und §. 343.

49) *L. 31. D. de solution — et hoc specialiter actum, ut suis operis id perficiat.* S. *Franc. FLORENS ad h. L. in Operib. iurid. T. II. pag. 525. u. WILLENBERG Exerc. de opere conducto §. 2. in Select. iurisprud. civ. P. II. pag. 657.*

eines ganzen Werks gedungen, so ist mir auch daran gelegen, daß es ausgeführt werde, weil ich sonst ex locato auf das Interesse belangt werden könnte. Es muß mir also auch um so mehr erlaubt seyn, die Errichtung desselben einem Andern sublociren zu können, da es dem locator genügt, wenn er das Werk, so wie es bedungen worden ist, erhält. Potius enim opus ipsum, quam artificem, spectamus. Zwar sagt Ulpian: constat, habere eum *utilem* ex locato actionem. Allein das Wort *utilis* wird hier nicht zum Unterschied von der *actio directa* gebraucht, sondern heißt, wie Anton Faber⁵⁰⁾ es erklärt, so viel als *efficax*, d. i. eine Klage, die durch keine Einrede unwirksam gemacht werden kann; wenn man nicht etwa die Lesart für fehlerhaft halten, und mit Hugo Donellus⁵¹⁾ statt *utilis* lieber *utique* lesen will. Wegen der *Locatio conductio operis*, von welcher ich schon oben (S. 267. f.) den Begriff gegeben habe, ist hier nur noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß die zur Verfertigung des Werks erforderliche Materie, oder, wie sich Pomponius L. 20. *D. de contrah. emt.* ausdrückt, das *Corpus*, entweder ganz, oder wenigstens zum Theil, von dem Besteller desselben, dem *Conductor operis* müsse geliefert worden seyn⁵²⁾. Denn die von dem letztern zu leistende Arbeit

50) Rational. in Pand. ad L. 48. pr. D. h. t.

51) Commentar. in Tit. Dig. de Verb. obligat. ad L. 38. §. 21. h. t. nr. 2.

52) Ein merkwürdiges Beispiel eines solchen Accords hat CATO de re rustica. Cap. 14. In *Scriptor. rei rust.* Vol. I. edit. bipontin. pag. 20. sq.

belt betrifft nur eigentlich die Form und Ausführung des Werks. Hat daher der Besteller zur Verfertigung des Werks gar nichts geliefert, sondern giebt bloß das dafür bedungene Geld, so ist kein Verdingungsvertrag, sondern ein Kaufcontract geschlossen⁵³⁾. Ein Anders wäre, wenn der Grund oder die Substanz, mit welcher das neue Werk, als eine Accession, verbunden werden soll, dem Besteller des Werks gehört. Denn mag auch der conductor das ganze Werk auf seine Kosten auführen; der Vertrag bleibt dennoch eine wahre location. Dieß ist der Fall, wenn ich mit einem Bau- oder Zimmermeister (ergolabus)⁵⁴⁾ accordire, daß er mir für eine bestimmte Geldsumme auf meinen Grund und Boden ein Gebäude auführen, jedoch die Materialien selbst, und auf seine Kosten, dazuthun solle. Das Geschäft ist hier kein Kaufcontract, wenn gleich der Arbeiter das Eigenthum der Materialien auf mich überträgt. Denn da der Grund mein Eigenthum ist, so wird auch nach der Regel, superficies solo cedit, das Gebäude sofort mein Eigenthum⁵⁵⁾. Das Geschäft ist also als ein bloßer Verdingungs-

53) S. *Car. Aug.* HAASE De opere locato et conducto Romanorum. Commentat. I. P. I. Cap. I. §. 3. et 4.

54) L. un. Cod. de Monopoliis (IV. 59.) Das Wort Ergolabus kommt her von ἐργολαβεῖν, i. e. rem perficiendam suscipere, ut inde lucrum quis faciat. S. FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. II. cap. 9. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 573.) und Guil. FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 3. (*Ibidem* pag. 85. sq.)

55) L. 39. pr. D. de Rei vindicat. Redemptores, qui suis caementis aedificant, statim caementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant.

Dingungsvertrag zu betrachten, denn der Baumeister hat hier blos seine Arbeit verbunden. Folgende Gesetzesstellen bestärken das Gesagte.

POMPONIUS L. 20. D. de contrah. emt. SABINUS respondit, si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, *emtionem* videri: *nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret: aliter, atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.*

JAVOLENUS L. 65. D. eodem. Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio: quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit: Si *ex meo fundo* tegulas tibi factas ut darem, convenit: *emtionem* puto esse, non *conductionem*. Totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet⁵⁶). Quo.

56) Westphal vom Kauf II. § 7. a. E. will diesen Grund ganz verwerfen. Allein schon Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 4. §. *Iurisprudentiam* hat bemerkt, daß man ihn blos in Beziehung auf den Fall, den hier Javolen vorträgt, erklären müsse. Wenn ich also eine gewisse Zahl Dachziegel bey dem Verfertiger derselben bestellt habe, und zwar so, daß derselbe die Materie dazu aus meinem Grundstück nehmen soll, so bleibt natürlich die Materie mein, und ich bezahle dem Arbeiter blos für seine Arbeit. Die Worte *in eodem statu eius manet*, wollen, in Verbindung mit den nachfolgenden, blos soviel sagen, es gehe hier keine Veräußerung vor, wie in dem Fall, wenn der Arbeiter die Mate-

Quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis, quam locatio intelligi debet.

CAIUS L. 2. §. 1. D. h. t. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, *ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis, certaeque formae*, et acceperit (verbi gratia) trecenta: utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium⁵⁷⁾, et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero, mercede

Materialien dazuthut. Man sehe auch *Ant FABRI* Rational. in Pand. ad h. L.

57) Diese Worte: *Placet, unum esse negotium*, beziehen sich auf die Meinung des *Cassius*, welcher in diesem Falle ein gemischtes Geschäft annahm, nämlich in Ansehung der Materie einen Kauf, in Rücksicht der Arbeit aber eine Location, wie aus §. 4. I. h. t. erhellet. Die Meinung des *Cassius* billiget zwar *Grotius* de iure belli et pacis Lib. II. cap. 12. §. V. Auch *Wesphal* §. 7. glaubt, sie sey nicht zu verwerfen. Allein die Meinung des *Sabinus*, welcher auch *Cajus* beytrat, ward durch den Gerichtsgebrauch sanctionirt. *S. Ge. Lud.* *BOEHMER* Diss. de iure mercedis opificum in concursu creditorum. §. 3. in *Elect. iuris civ.* Tom. I. Exercitat. XII. pag. 344. sq. Es ist daher höchst unnöthig und vergebens, wenn *Dion. GOTHOFREDUS* die Lesart auf folgende Art zu verbessern sucht: *Sed placet primum negotium magis emptionem et venditionem esse*, wie auch schon *Ant. SCHULTING* Thes. controversar. Decad. LXIX. Th. 5. bemerkt hat.

cede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

PAULUS L. 22. §. 2. D. eodem. Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est⁵⁸⁾ locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.

§. 4. J. d. locat. et cond. Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis, certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet (verbi gratia) aureos decem: utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur? CASSIUS ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi: operae autem
Loca-

58) *Alia et fortior ratio locationem esse suadet, sagt Corn. van BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. §. Etiam. bey dieser Stelle, neque enim singula emo, constituto pretio, at loco opus faciendum, propria conductoris impensa. Quod autem materiae proprietas statim ad me transeat, ex alia iuris regula provenit, quod nempe superficies, quam exstruit redemptor, cedat solo. L. 39. D. de rei vindic. Hanc rationem indicavit SABINUS apud POMPONIUM in L. 20. in fin. D. de contrah. emt. — Substantia scilicet areae, quae locatoris est, absorbet substantiam materiae, quae est conductoris. Uebrigens enthält dieses Gesetz einen neuen wichtigen Beleg zu der oben (S. 270.) gemachten Bemerkung, daß in dem Miethcontract zuweilen ein Eigenthum auf den Conductor übergehe, worauf uns auch Ant. FABER in Rational. in Pand. ad h. L. aufmerksam macht.*

locationem et conductionem ⁵⁹⁾. *Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi* ⁶⁰⁾. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta: dubium non est, quin locatio et conductio sit.

Uebrigens ist zwar bey der Locatio conductio operis der Fall nicht selten, daß der redemptor operis Auslagen dabey hat; doch besteht darin nicht gerade der unterscheidende Charakter dieses Vertrags von der Locatio operarum. Denn es kommen genug Beispiele in den Klassikern ⁶¹⁾ vor, wo der Besteller des Werks alle Materialien dazu gegeben hatte.

§. 1049.

III. Mietzgeld, Pachtgeld, Lohn, *merces*. Eigenschaften desselben.

Das dritte wesentliche Erforderniß des Mietz- und Pachtcontracts ist *merces*, das Mietz- oder Pachtgeld,

59) THEOPHILUS in Paraphrasi graeca Lib. III. Tit. 24. §. 4. erläutert die Meinung des Cassius auf folgende Art: *ἴνα εἰ μὲν αἰτιῶμαι τὴν ὕλην τοῦ χρυσοῦ, ὡς οὐ χρηστὴν, κινήσω τὴν ex emto. εἰ δὲ τὴν ἐργασίαν, ὡς οὐ καλῶς ἔχουσαν, ἔχοιμι τὴν locati. i. e. ut, si quidem auri materiam, tanquam minus probam, incusem, ex emto actionem moveam: si vero artificium, tanquam minus recte se habens, locati actionem habeam.*

60) THEOPHILUS fügt noch den Grund hinzu: *τό γὰρ τῆς ἐργασίας ἐστὶν ὡς ἐν παρακολουθήματι. i. e. namque artificium pro accessione est.*

61) S. VITRUVIUS de Architectura Lib. IX. Cap. 3. (edit. Rode Berolini 1800. 4.) pag. 204. und CATO de re rustica. Cap. 14. Man sehe auch HAASE Diss. cit. I. Cap. I. §. 4.

geld, der Mietzins, Mietzlohn⁶²⁾. Quae enim locatio est, sagt Ulpian L. 23. D. *Communi divid. cum merces non intercesserit?* Das Wort MERCES, abgeleitet von *merere* oder *mereri*, heißt eigentlich, nach der Erklärung der römischen Grammatiker⁶³⁾, was Jemanden für seine Mühe und Arbeit bezahlt wird, und begreift in dieser Bedeutung auch die Belohnung für gelehrte Arbeiten unter sich, welche sonst *Honorarium* genannt wird⁶⁴⁾. Vorzüglich ist jedoch das Wort MERCES der *Locatio et Conductio* eigen, und heißt dann, was für den Gebrauch vermieteter Sachen oder Dienste bezahlt wird.

62) *Ant.* MATTHIEU Diss. de mercede in locatione conduct. solvenda. *Argentor.* 1758. und *Ger. von dem BUSCH* Diss. de mercede in locat. conduct. praes. *Io. Frid. GILDEMEISTER* def. *Duisburgi* 1782.

63) VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. MERCES à merendo est, si quid datum pro opera aut opere. Derselbe Lib. VII. cap. 7. edit. *Godofr.* pag. 29. et 63. Hier leitet er MERCES a merendo et aere her, welches aber mit Recht DONELLUS, *Commentar. iuris civ.* Lib. XIII. cap. 6. tabelst. DONATUS ad *Terentii Andr. Act.* II. Sc. 1. sagt: MERERI est aliquid mercedis pro labore sumere,

64) CICERO *ad Familiar.* Lib. XVI. Ep. 14. et in *Orat. Philipp.* II. cap. 17. L. 12. §. 3. D. *de administr. et peric. tutor.* L. 1. pr. D. *de extraord. cognit.* vergl. mit L. 1. §. 10. et 12. D. *eodem* und L. 4. §. ult. D. *de decret. ab ord. faciend.* L. 6. C. *de Professor. et Medicis.* S. *Iac. GOTHOFREDUS* *Comm.* ad L. 1. Cod. *Theod. de Med. et Professor.* Tom. V. pag. 30. edit. *Ritter.* und *Desid. HERALDUS* *Animadvers* in *Salmasii Observat. in ius Attic.* Lib. V. cap. 20. nr. 2. 8. 9.

wird ⁶⁵⁾. Es bezeichnet also gleichsam den Werth des Gebrauchs, worin das Wesen des Miethcontract besteht, so wie der Kaufpreis den Werth der Sache selbst, welche man in dem Kaufcontract dem Andern zu überlassen sich verpflichtet. Daher wird auch *merces* sehr häufig sowohl von den römischen Philosophen ⁶⁶⁾, als Rechtsgelehrten ⁶⁷⁾ *pretium* genannt. Diese Aehnlichkeit zwischen *merces* und *pretium* enthält einen Hauptgrund der genauen Verwandtschaft, welche der Mieth- und Kauf-Contract mit einander haben ⁶⁸⁾; und sie klärt uns noch mehr auf, was bereits bey dem vorigen Paragraph bemerkt worden ist, warum Arbeiten, welche keinen bestimmten Preis haben, und also eine eigentliche *merces* nicht zulassen, kein Gegenstand des Miethcontract seyn können, sondern was für diese gegeben wird, *Honorarium* heißt; nam non datur in perfectam compensationem, sed in remunerationem tantum qualemcunque, et honoris magis, quam compensationis causa ⁶⁹⁾. Bey

der

65) G. TRENDELENBURG Diss. de honorario eiusque a mercede discrimine. §. 4. et 5.

66) SENECA de Beneficiis Lib. VI. cap. 15. CICERO de Inventione Lib. II. cap. 1. Idem de Officiis Lib. II. cap. 6.

67) L. 28. §. ult. L. 51. §. 1. D. h. t. L. ult. §. ult. D. ad Leg. Rhod. de factu. L. 10. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess. S. Iac. CUJACIUS Observat. Lib. IV. cap. 26. BRISSONIUS de Verbor. Signific. voc. Pretium. BRUMMER Exercitat. de locat. et conduct. Cap. III. §. 15.

68) L. 2. pr. D. h. t.

69) L. 6. pr. D. Mandati. L. 1. §. 5. D. de extraj. cognition. Im allgemeinen Sinn nannte man *Honorarium*,

der Vermietung der Dienste wird der Lohn auch sowohl von juristischen ⁷⁰⁾ als nicht juristischen Klassikern ⁷¹⁾ *manus pretium* oder *manupretium*, so wie von den Griechen *χειροδόσιον* ⁷²⁾, d. i. *pretium, quo ars seu artificis operae aestimantur*, genennt. *Abusive enim*, sagt Isidor ⁷³⁾, *manus etiam ars, vel artifex: unde et manupretium dicimus*. Sonst aber nennen die Griechen den Arbeitslohn überhaupt *μισθός*. Bey Grundstücken hingegen, die *praedia* mögen *urbana* oder *rustica* seyn, wird das Wort *pensio* recht eigentlich für *merces* gebraucht ⁷⁴⁾.

Die

quidquid aut praemii aut honoris nomine datur. SENECA *Lib. 1. Controv. 8*. Daher hieß auch das Geschenk, was die Provinzialen den Rectoren der Provinzen bey ihrer Ankunft verehrten, *Honorarium*. CICERO *Orat. in L. Pisonem. Cap. 35*. S. TRENDELEBURG *cit. Diss. §. 3. et 5.*

70) *L. 30. §. 3. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de Verb. Signif.*

71) VARRO *de L. L. cit. loc. Quod manu factum erat, et datum pro eo, MANUPRETIVM a manibus et pretio*. PLAUTUS *in Menaechmeo Act. III. Scen. 3. v. 20*. CICERO *Orat. I. in Verrem cap. 56*. M. P. CATO *de re rustica. Cap. XIV. in fin.* PLINIUS *Hist. Nat. Lib. XXXIII. c. 11. XXXIV. cap. 7. et XXXV. cap. 10*. S. Barn. BRISSONIUS *Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 23.*

72) PHILOXENI *Glossar. h. voc.*

73) *Origin. s. Etymolog. Lib. XI. cap. 1. inter Dionys. GOTHOFREDI Auctor. linguae lat. pag. 1095.*

74) *L. 27. §. 1. D. de heredit. petit. L. 55. D. de condict. indeb. L. 15. §. 4. L. 19. §. 1. et L. 54. §. 1. D. Locati*. Bisweilen auch *Reditus §. 3. l. h. t.* S. CUJACIUS *Observat. Lib. IV. c. 26.* und DONELLUS *Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 6.*

Die Præstatiön des Conductor, welche man nun also überhaupt *merces* nennt, muß nun, wie das *pretium* beim Kaufe, in einer baaren Geldsumme (*pecunia numerata*) bestehen ⁷⁵⁾. Dieses gilt a) bey der Location der Dienste ohne Ausnahme. Wird daher für die Dienstleistung kein baar Geld, sondern etwas Anders gegeben, so ist dieß kein Miethcontract, sondern ein ungenannter Contract, *Contractus do ut facias*, oder *facio ut des*, weshalb die *actio praescriptis verbis* anzustellen ist. Die Beweise für diesen Satz enthalten folgende Geseßstellen.

L. 1. §. 9. D. Deposit. wo Ulpian sagt: *Si quis servum custodiendum conjecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse. Quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit: sed, quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio.*

L. 1. §. 4. D. Mandati. Hier lehrt Paulus: *Contrarium est officio merces: interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.*

U 2

L. 5.

75) Gottfr. STRAUSS Diss. de pecunia numerata in contractu locationis conduct. necessaria. Vitemb. 1675. Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. et ad Eundem EMMINGHAUS not. 5. et t.

L. 5. §. 2. D. de praescript. verbis. At cum do, ut faciās: sagt hier derselbe Paulus, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data, LOCATIO erit; — si res, NON erit LOCATIO, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio.

Johann Coras ⁷⁶⁾ will zwar das Wort *pecunia* hier nicht in seiner eigentlichen Bedeutung für Geld, sondern in dem Sinn nehmen, in welchem es nicht nur fungible Sachen, sondern überhaupt alle Sachen bezeichnet, die man in seinem Vermögen hat, so wie das Wort *PECUNIA* in der L. 2. C. de constit. pec. erklärt werde. Eben so auch Cujaz ⁷⁷⁾ und Johann D'Alvezan ⁷⁸⁾. Sie glauben, es sey nicht nothwendig, daß der Lohn gerade im baaren Gelde bestehe. Es könne auch, statt dessen, etwas Anders geleistet werden. Allein diese Meinung ist schon von andern ⁷⁹⁾ hinlänglich widerlegt worden. Es ist

76) Miscellaneor. iuris civ. Lib. II. cap. 11. p. 112. (Colon. Agripp. 1598. 8.)

77) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. §. 1. D. Loc.

78) Contractuum Lib. II. Tract. II. §. *Verum pretium*. (in *Thes. Meerman*. Tom. IV. pag. 97.)

79) S. Gregor. LOPEZ MADERA Animadversionum iuris civ. libr. sing. Cap. 15. (in *Thes. iur. Rom. Otton*. Tom. III. pag. 460. sqq.) Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 2. sqq. (in *Thes. Meerman*. Tom. VI. pag. 98. sqq.) Guil. PROUSTEAU Recitation. ad L. Contractus 23. D. de Reg. iur. Cap. XVIII. §. 7. et 8. (in *Thes. Meerm.* Tom. III. pag. 520.) FACHINAEUS Controvers. Op. Lib. I. cap. 82. BACHOVIVS Not. et Animadvers. ad Treutlerum Vol. I. Disp. XXIX. Th. 3. lit. G.

ist nicht nur gar kein Grund vorhanden, hier von der gewöhnlichen Bedeutung abzugehen, da zumal in der L. 5. §. 2. *D. de praes. verb.* das Wort pecunia der res entgegen gesetzt wird; sondern die Gesetze sagen es ja auch deutlich genug, daß die merces bey dem Miethcontract eben das sey, was das pretium bey dem Kaufcontract ist, und daß hierin beyde Contracte von einerley Regeln beherrscht werden ⁸⁰⁾. Daß aber der Kaufpreis in einer bestimmten Geldsumme bestehen müsse, ist schon an einem andern Orte ⁸¹⁾ gezeigt worden. Eben so gedenken die Gesetze ausdrücklich der pecunia numerata auch bey der location ⁸²⁾. Wie sehr sich hierin der Miethcontract dem Kaufcontracte nähere, hat am deutlichsten Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen ⁸³⁾ ausgedrückt, wenn er sagt: *Μίσθωσις καὶ ἡ ἐκμίσθωσις ἔοικε τῇ πρᾶσει καὶ τῇ ἀγορασίᾳ, καὶ διὰ τῶν αὐτῶν πρᾶσει κανόνων. Ὡσπερ γὰρ ἡ πρᾶσις τότε συνίσταται, ἠνίκα τὸ τίμημα ἐκατέρω μέρει ἀρέσει, οὕτω καὶ ἡ μίσθωσις συνίστασθαι νοεῖται, εἰ τὸ μίσθωμα τοῖς μέρεσιν ἤρесе. Καὶ ὡσπερ εἰρήκαμεν ἐκεῖ, κέρτον καὶ ἐν ἀργυρίῳ ὀφείλειν εἶναι τὸ τίμημα, οὕτω καὶ τὸ μίσθωμα κέρτον καὶ ἐν ἀργυρίῳ εἶναι δεῖ. i. e. Locatio et conductio similis est venditioni et emtioni, et per easdem procedit regulas. Sicut enim venditio tunc consistit, quando pretium utrique parti placuit, ita et locatio consistere intelligitur,*

si

80) L. 2. pr. *D. h. t.*81) C. den 16. Eb. 1. *Abth.* §. 977.82) L. 25. §. 6. *D. h. t.*

83) Lib. III. Tit. 24. Princ.

si merces partibus placuit. *Et sicut ibi diximus certum atque in pecunia debet esse pretium, sic et mercedem certam et in pecunia esse oportet.* Es muß aber auch b) bey der Location der Sachen die merces der Regel nach in pecunia numerata bestehen. Denn wird für den Gebrauch der Sache etwas Anders, als baar Geld, gegeben; so ist das Geschäft keine Location, sondern ein contractus innominatus *do ut des* ⁸⁴⁾. Die Hauptstelle ist hier

§. 2. *I. h. t.* Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emtio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat *de locatione et conductione*, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. *Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus: veluti si cum unum bovem quis haberet, et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: neque locati neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum: verum praescriptis verbis agendum est.*

Theophilus hat in seiner griechischen Paraphrase die letzten Worte, ganz der Lehre der Röm. Rechtsgelehrten ⁸⁵⁾ gemäß, so erklärt: *ὅυτε μισθωσις τό τοιοῦτόν ἐστι,*

84) BRUMMER cit. Exercit. Cap. III. §. 18. und Westphal vom Kauf, Mieth, und Pachtcontract. §. 891. und §. 894.

85) Man vergleiche L. 25. §. 6. L. 28. §. 2. L. 46. L. 52. L. 58. *D. h. t.* S. auch *Ian. a COSTA* Comm. ad §. 2. Inst. h. t.

ἔστι, διὰ τὸ μὴ εἶναι ἐνταῦθα κέρτον ἐν ἀργυρίῳ μίσθωμα· οὐδὲ κομμοδάτον, τὸ γὰρ κομμοδάτον γρατουίτον ὀφείλει εἶναι. i. e. neque locatio illud est, quia hic certa in pecunia merces non est; neque commodatum, nam commodatum debet esse gratuitum; und hat also auch hier wieder deutlich ausgesprochen, daß die Prästation des Conductor in Gelde bestehen müsse.

Bei der Verpachtung einer fruchttragenden Sache findet jedoch eine Ausnahme Statt. Hier kann statt des Pachtgeldes auch ein Theil der Früchte ausbedungen werden. Dieser Theil kann aber a) eine Pars quanta fructuum seyn, welcher also völlig bestimmte ist, und daher ein Jahr, wie das andere, immer derselbe bleibt, es mag der Pächter soviel geerntet haben, als er will. Hier nennen die Gesetze das Geschäft ausdrücklich eine Location. Dieß beweiset die bekannte Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 21. Cod. de locato et cond. Si olei certa ponderatione fructus anni locasti: de contractu bona fide habito, propter hoc solum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.

Viele Rechtsgelehrten wollen zwar diese Ausnahme nicht gelten lassen, und verstehen daher dieses Gesetz ganz anders. Einige⁸⁶⁾ erklären es nämlich von dem Falle, da zwar Anfangs ein Pachtgeld war bedungen worden, aber nachher ein Aequivalent an Früchten dafür beliebt wurde

86) BRUMMER Exercit. cit. Cap. III. §. 18. (in Opuscul. pag. 421. sqq.)

wurde. Andere ⁸⁷⁾ läugnen, daß in diesem Gesetz von einem Pacht die Rede sey. Sie sagen, das Wort *locare* werde hier im uneigentlichen Sinn genommen. Der Contract sey daher vielmehr ein ungenannter. Allein beyde Meinungen widerlegen sich schon aus den Worten des Gesetzes selbst. Denn daß die Verpachtung hier gegen Ablieferung eines gewissen Theils der Früchte gleich Anfangs geschehen war, lehren die Anfangsworte des Gesetzes unwidersprechlich; daß aber hier von keinem ungenannten Contract die Rede seyn könne, zeigt theils die Rubrik des Titels an, unter welche das Gesetz gestellt ist; theils überzeugt uns hiervon noch mehr der sehr wichtige Umstand, daß dem Locator der Rücktritt von dem Contract blos darum, weil ihm ein Anderer mehr geboten hat, versagt wird, welcher ihm sonst wegen des bey den ungenannten Contracten zugelassenen *Reurechtis* unstreitig zugestanden haben würde, wie auch schon *Zubert Giphan* ⁸⁸⁾ und *Gerhard Woodr* ⁸⁹⁾ erinnert haben. Man kann aber auch noch die *L. §. Cod. h. t.* hier zum Beweis anführen, in welcher die Worte: *Licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris*, sehr wohl von Früchten verstanden werden können. Ja von einer solchen Verpachtung gegen einen bestimmten Theil der Früchte verstehen

87) *Ed Accursius* in Gloss. ad L. 21. Cod. h. t. u. *Hug. DONELLUS* Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. 6. §. *Sed utrumque*.

88) *Explanat. difficilior. ac celebr. LL. Cod. ad L. 21. Cod. h. t. pag. 336.*

89) *Commentar. ad Dig. h. t. §. superiori. Oper. Tom. II. pag. 422.*

hen auch mehrere Rechtsgelehrten ⁹⁰⁾ die *L. 18. Cod. h. t.* mo es heißt: *fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit.* Der ausbedungene Theil der Früchte kann aber auch b) eine *Pars quota fructuum* seyn, welcher nur in Beziehung auf das bestimmt ist, was der *Colonus* erndten wird, z. B. ein Sechstel der Früchte. Ein solcher Pacht, welcher *Locatio partiaria*, der Pächter aber *Colonus partiarius*, auch *Partiarius* schlechtweg, bey den Griechen *Γεωργός μορτίρης*, genennt wurde, war bey den Römern sehr gewöhnlich ⁹¹⁾. Nicht nur *Caro* ⁹²⁾ gedenkt desselben, sondern auch *Plinius* ⁹³⁾ der jüngere, welcher einen solchen Theilpacht dem Geldpacht vorzog. Es ist diese Stelle, welche *Johann Fried. Gronov* ⁹⁴⁾ mit einem trefflichen Commentar erläutert hat, sehr merkwürdig. Die hierher gehörigen Worte sind: *Cum me necessitas locandorum praediorum plures annos ordinatura detineat, in qua mihi nova consilia sumenda sunt. Nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones,*
 reli-

90) *S. Ant.* SCHULTING *Thes. controversar. Dec. LXIX.*

Th. 2. und POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. IV. not. d.

91) *S. Dider.* SCHAGHEN *Diss. de re frumentaria. Traject. ad Rhen. 1709. Cap. V. §. 15 — 17.* (In *Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. selectiss. in Acad. Belgic. habitar. Vol. II. Tom. III. pag. 203. sqq.*)

92) *De re rustica. Cap. 16. et Cap. 136.* Man sehe auch *CICERO Lib. III. in Verrem cap. 30. u. LIVIUS Lib. XXVII. cap. 3.*

93) *Lib. IX. Epist. 37.*

94) *Observation. Lib. IV. Cap. 16. pag. 719. edit. Frid. PLATNERI. Lipsiae 1755.*

reliqua creverunt: inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi: rapiunt etiam, consumuntque, quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere. Occurrendum ergo augescentibus vitiis, et medendum est. Medendi una ratio, *si non nummo, sed partibus locem*, ac deinde ex meis aliquos exactores operi custodes fructibus ponam: et alioqui nullum iustius genus est redditus, quam quod terra, coelum, annus refert. Es frage sich aber, ob denn dieses Geschäft wirklich für einen Pacht, oder nicht vielmehr für einen Gesellschafts-Contract, oder wohl gar für einen ungenannten Contract zu halten sey? Alles kommt hier auf eine Stelle des Cajus an, welcher L. 25. §. 6. D. h. t. sagt: *Vis major, quam Graeci Θεῶν βίαν* ⁹⁵⁾, id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colone dicere, qui *ad pecuniam numeratum* condixit: alioquin *partiaris colonus*, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi parti-

95) Die Basilica Tom. II. p. 427. haben das Wort Θεομηνία, ira Dei. Diese Lesart hält Io. LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. pag. 1514. Thes. Otton. für richtiger. Denn es ist bekannt, daß die Römer widrige Zufälle dem Zorn der Götter zuschrieben. SENECA Lib. I. de ira cap. 27. et Lib. VI. Natur. Quaest. cap. 3. S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. §. Huc usque. pag. 424.

partitur. Vermöge dieser Stelle sagen nun viele ⁹⁶⁾, eine Locatio partiaria, oder wie man sie gewöhnlich nennt, *Colonia partiaria* ⁹⁷⁾, sey mehr ein Gesellschafts- als Pachtcontract. Es finde daher die actio pro Socio Statt. Allein schon das hier gebrauchte Wort QUASI zeigt deutlich genug an, daß dieses Geschäft kein eigentlicher Societäts-Contract sey, sondern nur das mit diesem Contract gemein habe, daß der colonus hier mit dem Eigenthümer des Grundstücks Gewinn und Verlust theilt. Daß übrigens der Contract ein wahrer Pacht sey, aus welchem daher mit der actio locati et conducti zu klagen ist, erhellet schon daraus, weil dieses Contracts unter der Rubric Locati conducti Erwähnung geschieht ⁹⁸⁾. Da jedoch der Contract irregulair ist, so glauben

96) CUIACIUS Recitat. in L. 5. Cod. h. t. CONNANUS Commentarior. iur. civ. Lib. VII. c. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 34. Guil. PROVSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. 18. §. 2. (in *Thes. Meerm.* T. III. p. 520.) u. Bucher Recht der Forderungen §. 73. a. E.

97) Der Ausdruck *Colonia* für *Conductio* kommt vor L. 24. §. 4. D. h. t. wo Paulus sagt: nam et qui expulsus a conductione in alliam se coloniam contulit. So wird auch das Pachtgut selbst *colonia* genannt. L. 20. §. 3. D. de instr. et instrum. legato. S. BRISSON. de Verb. Signif. voc. *Colonia*.

98) S. Em. MERILLIUS Variant. ex Cujacio. Lib. I. Cap. 24. Ios. Fern. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. n. 6. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 99.) Pet. BUSIUS Comm. ad L. 2. D. Locati. Ev. OTTO Commentar. ad Instit. §. 2. h. t. Did. SCHAGHEN Diss. cit. de re frumentaria Cap. V. §. 16. und Westphal von Kauf- Mieth- und Pacht-Contract. §. 895.

ben viele ⁹⁹⁾, daß auch die *actio praescriptis verbis* Statt finde, welche hier mit der *actio ex locato conducto* eben so *electiv concurrere*, als in dem Falle der *L. 50. D. de contrah. emt.* und *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor.* die *actio praescriptis verbis* mit der *actio ex vendito*. Warum man bey fruchttragenden Grundstücken in Rücksicht der *merces* oder *pensio* von der Regel abgewichen sey, hat theils in einer besondern Begünstigung des Ackerbaues, theils in der Betrachtung seinen Grund, daß es für das gemeine Wohl sehr nachtheilig gewesen wäre, wenn man das Geschäft in dem Falle, da ein Theil der Früchte, statt des Pachtgeldes, ausbedungen worden, in einen ungenannten Contract hätte übergehen lassen wollen, weil dann eines Theils gar keine Klage daraus Anfangs entstanden wäre, andern Theils aber auch eben so, wie bey den ungenannten Contracten, ein willkürliches Zurücktreten von dem Contract hätte gestattet werden müssen, welches aber bey einem in dem gemeinen Leben so gemeinnützigen, ja nothwendigen Contract von sehr schädlichen Folgen gewesen seyn würde, wie auch Anton Schulting ¹⁰⁰⁾ sehr richtig bemerkt hat. Ist jedoch in andern Fällen auf eine *merces* in Gelde contrahirt worden, so wird das Wesen des Contracts dadurch nicht geändert, wenn auch nachher durch Uebereinkunft der Partheyen etwas Anders an

Zah-

99) *S. Jan. a COSTA* Commentar. ad Princ. Instit. h. t. p. 442. *Ant. SCHULTING* Thes. controvers. Decad. LXIX. Th. 3. und *Io. D'AVEZAN* Libr. Contractuum II. Tr. II. § Sed quaeritur. (*Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 97.)

100) *Cit loc.* Th. 2.

Zahlungsstatt gegeben wird¹⁾. Denn so ist es auch bey dem Kaufcontract²⁾; überhaupt aber sieht man ja immer bey Contracten auf den Anfang³⁾, und ganz bestimmt wird dieses auch in der L. 19. §. 3. D. Locati gesagt. Hier lehrt Ulpian:

Si dominus exceperit in locatione, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, si dominus nolit frumentum accipere, neque pecuniam ex mercede deducere: potest quidem totam summam ex locato petere, sed utique consequens est existimare, officio iudicis hoc convenire, habere rationem, quanto conductoris intererat, in frumento potius, quam in pecunia, solvere pensionis exceptam portionem. Simili modo, et si ex conducto agatur, idem erit dicendum.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wo Anfangs ein Pacht in Gelde war bedungen, nachher aber verabredet worden, daß für einen Theil des Pachtgeldes eine Quantität Früchte geliefert werden sollte, welche zu dem Ende zu einem gewissen Preis waren angeschlagen worden. Daß hierdurch das Wesen des Contracts nicht geändert werde, beweiset die aus demselben gestattete Klage, nämlich die actio ex locato und ex conducto. Sonderbar scheint es zwar zu seyn, daß der Verpächter den

1) Guil. PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. XVIII. §. 2. Ant. SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXIX. Th. 4. Westphal vom Kauf. Pacht. und Mieth. Contr. §. 896. Bucher Recht der Forderungen. §. 73. a. E. S. 143.

2) L. 9. Cod. de resc. vendit.

3) L. 8. pr. D. Mandati. L. 1. §. 13. D. Depositi.

dennoch die Getraide-Lieferung ausschlagen, und auf das Anfangs bedungene ganze Pachtgeld klagen kann. Der Grund aber hiervon ist, weil das pactum die einmal begründete Verbindlichkeit zur Bezahlung des versprochenen Pachtgeldes nicht aufheben, noch die Klage ändern konnte⁴⁾. Setzt ihm jedoch der Pächter die Einrede der Fruchtverabredung entgegen, so kann ihn der Richter zur Leistung das Interesse condemniren, und dieses vom Pachtgelde abgerechnet werden. Eben so kann aber auch der Pächter mit der actio conducti den Verpächter nöthigen, den ganzen Pacht in Gelde anzunehmen⁵⁾. Leidet jedoch der Verpächter dabey Schaden, so muß auch hier das Interesse geschätzt, und der Pächter zu dessen Leistung verurtheilt werden. Daß heut zu Tage aus dem pactum selbst auf Erfüllung dessen, was dadurch ausgemacht worden, geklagt, und keinem Theile wider seinen Willen etwas Anders aufgedrungen werden könne, hat schon Westphal⁶⁾ hierbey richtig bemerkt.

Die merces muß nun auch noch die übrigen Eigenschaften haben, welche das pretium bey dem Kaufcontract hat. Sie muß daher

1) im Ernst festgesetzt seyn, so daß sie als ein Aequivalent für den Gebrauch der Sache oder den Nutzen der Dienste gelten kann und soll. (*Merces vera*).

Ist

4) S. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XXIX. Th. 3. lit. G.

5) S. *Ant.* FABER *Rational.* in *Pand.* ad h. L. POTHIER *Pand. Justin.* T. I. h. t. Nr. XI. Not. b. und BRUMMER *Exercit. cit.* Cap. III. §. 18. pag. 421.

6) Vom Kauf, Pacht &c. §. 896. S. 666.

Ist daher ein Miethgeld nur zum Scheln (*dicis gratia*) ausbedungen, oder eine solche Kleinigkeit beliebt worden, welche mit dem gestatteten Nutzen der Sache oder der Dienste in gar keinem Verhältniß steht, welches die Gesetze *conducere nummo uno* ⁷⁾ nennen, so ist kein Mieth-, noch Pachtcontract geschlossen worden, sondern geschieht dieß zur Umgehung der Gesetze, um ein ungültiges Geschäft, z. B. eine Schenkung unter Ehegatten, darunter zu verbergen, oder um einen Dritten zu hintergehen, so ist das Geschäft nichtig; liegt hingegen bey dieser Simulation die reine Absicht zu schenken zum Grunde, und geschieht sie in einem solchen Falle, wo die Schenkung gesetzlich nicht untersagt ist; so gilt das Geschäft zwar nicht als ein Miethcontract, aber doch als eine Schenkung. Dieses bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 46. D. h. t. Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit ⁸⁾.

L. 25.

7) L. 46. D. h. t. L. 10. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess. Der nummus unus wird auch von den Alten *Sestertius nummus* genannt, und wird immer gebraucht, um eine Kleinigkeit damit zu bezeichnen. Denn ein solcher Nummus galt nur 2 1/2 Asses, daher der Name *Sestertius* kommt, quasi Semis tertius, wie Jos. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 29 aus mehreren Stellen des Cicero erwiesen hat. Der Grund, den Ant. FABER Rational in Pand. ad L. 46. D. h. t. braucht, warum ein Locatio nicht nummo uno geschehen könne, weil Merces in pecunia numerata bestehen müsse, pecunia vero numerata non potest in uno nummo consistere, quia unitas non est numerus, kann wohl nicht als der wahre Grund angenommen werden, und ist schon von AVERANIUS c. l. nr. 10. widerlegt worden.

8) Die *Basilica* T. II. pag. 433. haben: *ὁμοῦς γὰρ εἰσὶν αἱ μεμνημα.* i. e. donationis enim inducit similitudinem.

L. 52. D. de donat. inter vir. et uxor. Si vir uxori, donationis causa, rem vilius locaverit, locatio nulla est.

L. 10. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess. Si quis et conduxerit et rogaverit precario, ut possideret: siquidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat; quia conductio nulla est, quae est in uno nummo.

Zwey Fälle waren jedoch ausgenommen, in welchen auch eine locatio nummo uno facta bey den Römern galt, nämlich a) wenn sie als ein Rechtsmittel vorgeschrieben ist, um den Rückfall eines gewissen Rechts zu verhüten, wie in dem Falle der *L. 66. D. de iure dot.* wovon schon an einem andern Ort ⁹⁾ gehandelt worden ist; b) wenn der Gebrauch der Sache oder der Dienste in der That nicht mehr werth ist. Ein Beyspiel hierzu giebt Plautus, in dessen *Aulularia* ¹⁰⁾ ein alter Geizhals, Euclio, den armen Koch Congrio für einen nummus gedungen hatte, um ihm ein mageres Lamm zu braten.

Ist jedoch Anfangs eine ordentliche merces im Ernst versprochen worden, so bleibt das Geschäft dennoch ein wahrer Pacht- oder Miethcontract, wenn gleich in der Folge die Bezahlung ganz erlassen wird. So lehrt Ulpian *L. 5. D. h. t. Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam: ex locato et conducto agendum*

9) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 634. S. 226. ff. und BRÜMMER cit. Exerc. Cap. III. §. 17.

10) *Aulularia* Act. III. Sc. II. v. 34. Nummo sum conductus, plus iam medico mercede opus est.

dum erit. Eben so Paulus *L. 24. §. 5. D. h. t.* Qui in plures annos fundum locaverat, testamento suo damnavit heredem, ut conductorem liberaret. Si non patiatur heres eum reliquo tempore frui, est ex conducto actio: quod si patiatur, nec mercedes remittat, ex testamento tenetur. Der Grund ist hier der schon mehrmals angeführte, weil Contracte nach ihrem Anfange beurtheilt werden ¹¹⁾. Was ist denn auch für ein Unterschied zwischen Bezahlung und Erlassung des Miethgeldes, da auch die letztere der ersten gleichgeachtet wird ¹²⁾?

Daß man auch eben so gut aus Freundschaft wohlfeil vermieten und verpachten, als aus Freundschaft wohlfeil verkaufen kann, hat keinen Zweifel ¹³⁾. Uebrigens muß der Pachtzins, wie er einmal bedungen ist, gehalten werden. So wenig also der Pächter berechtigt ist, die versprochene Pachtvergeltung einseitig herabzusetzen; eben so wenig ist auch der Verpächter befugt, solche, solange der Pacht dauert, willkürlich zu erhöhen ¹⁴⁾.

2) Das Mieth- oder Pachtgeld muß ferner gesetzmäßig seyn, (*merces iusta*). Es ist auch hier, wie bey dem Kaufe. Ist es gesetzlich bestimmt, so ist dem Locator keine

11) S. Westphal §. 893.

12) *L. 52. D. de Solut.* S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Alterum. T. II. Oper. pag. 422.

13) Jos. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. Cap. 29. nr. 12. et 13.

14) *L. 16. Cod. h. t.* Legem conductionis servari oportet, nec pensionum nomine amplius, quam convenit, repocari.

keine Uebertreibung erlaubt. Wird es aber erst durch Uebereinkunft der Partheyen bestimmt, so wird nicht nothwendig erfordert, daß eine vollkommene Gleichheit zwischen der merces und dem Nutzen, welchen der Conductor von dem Gebrauche der Sache oder den Diensten zieht, vorhanden seyn müsse. Das Mieth- oder Pachtgeld ist vielmehr so lange für gesetzmäßig zu halten, als keine Verletzung über die Hälfte erweislich ist. Außerdem können die Partheyen dasselbe nach Willkühr bestimmen, wie hoch sie wollen. Es gehört hierher die Stelle des Paulus *L. 22. §. 3. D. h. t.*, wo es heißt: *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.* Soll also in Absicht auf die Bestimmung des Mieth- oder Pachtgeldes eben das Rechtens seyn, was beim Kaufe gilt; so kann auch wohl die Anwendbarkeit der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* auf den Mieth- oder Pachtcontract um so weniger einigem Zweifel unterworfen seyn, da beyde Contracte hierin ganz nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden¹⁵⁾,
wenn

15) *Pr. I. h. t.* G. VOET Comm. ad Pandect. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 13. *Ant. MERENDA* *Controversiar. iuris* Lib. I. c. 36. §. 6. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Tit. de resc. vendit. §. 24. *Ern. Henr. MYLIUS* *Specim. iuris de remedio* L. 2. Cod. de resc. vendit. in locatione conductione. *Lipsiae* 1744. *Christ. Lud. DAUDET* *Diss. de aequitate* L. 2. Cod. de resc. vend. in locat. conductione *Argentor.* 1765. *Henr. Gottfr. BAUER* *Responsor. ad quaestion. ex iure vario dubias.* Vol. II. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. 58.

wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten ¹⁶⁾ anderer Meinung sind. Daß wenigstens der Ausspruch des Hermogenian L. 23. D. h. t. Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest, uns nicht zuwider sey, ist schon an einem andern Orte ¹⁷⁾ gezeigt worden. Die Praxis hat auch schon längst für unsere Meinung entschieden ¹⁸⁾. Hat bey der Angabe des Mieth- oder Pachtgeldes der Conductor den locator nicht recht verstanden, und ersterer weniger geben wollen, als letzterer verlangt hat; so ist der ganze Contract des Irrthums wegen ungültig. Hätte hingegen der Conductor aus Irrthum ein höheres Mieth- oder Pachtgeld geboten, als der locator verlangt hat; so giebt der erstere nicht mehr, als der letztere gemeint hat ¹⁹⁾. Denn das Versprechen einer

F 2

grö-

pag. 48. sqq. Eibaut Syst. des Pand. N. 1. Th. §. 197. Not. i. Man sehe auch oben §. 1032. Not. 21.

16) S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VIII. Err. 8. Ulr. HUBER Prael. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 3. H ö p f u e r Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 870. Not. 5. Bucher Recht der Forderungen §. 73. Not. c. S. 146. H u f e l a n d Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 504. Not. c. u. a. m.

17) S. die erste Abtheil. §. 1032. S. 123. ff.

18) CARPZOV Jurispr. for. P. II. Const. 34. Def. 10. STRYK Us. mod. Pand. Tit. de resc. vendit. §. 6. et 14. BÖHMNER Select. capita eaque plurim. practica circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. II. §. 2. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 119.

19) L. 52. D. h. t. Westphal §. 926.

größern Summe schließt auch die Einwilligung in die geringere in sich ²⁰⁾. Das Miethgeld muß endlich

3) auch bestimmt seyn, (*Merces certa*). Hier gilt wieder eben das, was oben beim Kaufgelde bemerkt worden ist ²¹⁾. Die Contrahenten können nämlich das Mieth- oder Pachtgeld entweder selbst bestimmen, oder auch die Bestimmung einem Dritten überlassen. Nur wird in dem letzten Falle erfordert, daß nicht nur eine gewisse Person ernannt sey, sondern diese auch das Miethgeld wirklich bestimme. Ist nicht Beides vereinigt, so ist der Contract nichtig. Cajus belehrt uns hierüber auf folgende Art.

L. 25. pr. D. h. t. Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur. Sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac conditione stare locationem, ut si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.

Daß

20) *L. 1. §. 4. D. de Verb. Oblig. L. 110. D. de div. reg. iur. C. Ant. FABER Rational. in L. 52. D. h. t.*

21) *G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. BRUMMER Diss. de locat. et conduct. Cap. III. §. 16. Westphal vom Kauf- Pacht- und Miethcontract §. 925.*

Daß hier überhaupt alles eben so sey, wie bey dem Kaufcontract, sagt auch Justinian §. 1. *J. h. t. Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium promissum fuerit: eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces promissa fuerit.* Man wende also hier an, was oben ²²⁾ darüber bey dem Kaufcontract ausführlicher gesagt worden ist.

Ist wegen des Miethgeldes zwar nichts ausdrücklich verabredet worden, es hat aber doch auch der Gebrauch der Sache nicht unentgeltlich überlassen, oder die Dienste nicht umsonst geleistet werden sollen; so ist in einem solchen Falle entweder das Miethgeld schon durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmt, oder nicht. In dem ersten und andern Falle ist ein stillschweigender Miethcontract vorhanden ²³⁾. Eben dieses gilt, wenn schon vorhin die nämliche Sache für eine bestimmte merces an die nämliche Person war vermiethet worden. Denn hier nimmt man an, es solle bey dem Alten bleiben, wenn keine neue Verabredung über das Miethgeld getroffen worden ist ²⁴⁾. In dem letztern Falle hingegen, wenn das Miethgeld weder durch Vertrag, noch durch Gesetz noch durch Gewohnheit bestimmt ist, sondern blos im allgemeinen erklärt worden, man

22) *S. den 16. Th. §. 980. und Io. D'AVEZAN Libr. Contract. II. Tr. II. §. Plane. pag. 98.*

23) WERNHER *Select. Observat. For. Tom. I. P. I. Obs. 68. WEGEN Tr. de locatione. Cap. IX. nr. 89. sqq. und Esser Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprozesses 3. Th. §. 139. S. 73.* Man sehe auch oben §. 1045.

24) *L. 18. Cod. h. t. FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 73. und de COCCEJI iur. civ. contror. h. t. Qu. 12. Obj.*

man werde wegen des Miethgeldes schon einig werden, muß dasselbe, wenn nachher keine Vereinigung Statt findet, durch richterliches Ermessen festgesetzt werden. Das Geschäft ist aber dann nicht sowohl als ein Miethcontract, sondern als ein unbenannter Contract anzusehen, weshalb die *actio praescriptis verbis* anzustellen ist, weil es hier an einer wesentlichen Bestimmung des Miethcontracts, nämlich der Gewißheit des Miethgeldes, fehlt²⁵⁾. Ist die Bestimmung des Miethgeldes bloß in die Willkühr des andern Theils gestellet worden, so ist der Contract nichtig²⁶⁾.

§. 1050.

25) §. 1. *I. h. t.* *Qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio praescriptis verbis datur.* Diese aus *Cajus* entlehnte Stelle lautet in den *Pandecten* vollständiger so *L. 22. D. de praescr. verb.* *Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces; sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit: placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse iudicium, id est, praescriptis verbis.* Man sehe *Guil. FROUSTEAU* Recitat. ad *L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVIII. §. 11. u. Estor a. a. D.*

26) *Arg. L. 7. pr. L. 35. §. 1. D. et L. 13. Cod. de contrah. emt.*

§. 1050.

Wirkungen des Miethcontract's 1) im Allgemeinen.
Praestatio culpa.

Soviel hiernächst das Rechtsverhältniß unter den Contrahenten anbelangt, so ist zuerst darauf zu sehen, ob der Mieth- und Pachtcontract, wie gewöhnlich, als ein für sich bestehender Hauptvertrag, oder, wie zuweilen der Fall seyn kann, nur als ein Nebenvertrag bey einem andern Hauptgeschäft verabredet worden ist. Z. B. der Käufer soll bis zur Bezahlung des Kaufgeldes das Haus nur miethweise bewohnen, und dafür bis dahin ein Miethgeld bezahlen. Hier ist das Rechtsverhältniß nur auf Seiten des Käufers aus dem Miethcontract zu beurtheilen. Denn die Verpflichtung von Seiten des Verkäufers bestimmt der Kaufcontract. Es kann aber doch der Verkäufer auf die Bezahlung der Miethgelder eben so wohl *actione locati*, als *venditi* klagen, wie folgende Gesetstellen lehren.

L. 20. §. 2. *D. h. t.* PAULUS *lib. 34. ad. Edictum.* Interdum locator non obligatur, conductor obligatur: veluti cum emtor fundum conducit, donec pretium si solvat.

L. 21. *D. eodem* IAVOLENUS *lib. II. Epistolarum.* Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emtor fundum conductum haberet: an soluta pecunia, merces accepta fieri debeat? Respondit: *Bona fides* exigit, ut, quod convenit, fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

Die *actio locati* bleibt auch denn noch fortbauend, wenn gleich das Hauptgeschäft wegen der angehängten *Lex commissoria* vernichtet wird, wie ebenfalls *Paulus lib. 34. ad Edictum* lehrt.

L. 22. pr. D. eodem. Item ²⁷⁾ *si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.*

In der Regel entspringt aber aus dem Mieth- und Pachtcontract eine gegenseitige Verbindlichkeit, und zwar wird das Rechtsverhältniß unter den Partheien theils durch die ausdrückliche Verabredung derselben, theils durch Prästation dessen bestimmt, was die Natur des Contracts und die Billigkeit mit sich bringt. Es ist also

1) darauf zu sehen, was unter den Contrahenten verabredet worden ist. Diese Bestimmungen machen die *Lex contractus* aus, und müssen mit allem Fleiß und Redlichkeit erfüllet werden, wenn sie auch sonst der Natur des Contracts und dem Landesgebrauche nicht gemäß seyn sollten, vorausgesetzt, daß sie nur keinem gesetzlichen Verbote entgegen sind ²⁸⁾. *Nihil magis enim bonae fidei con-*

27) *CUJACIUS Observat. Lib. XVI. cap. 21.* will statt *Item* besser *id est*, gelesen wissen, weil die *L. 22.* eine Fortsetzung der in der *L. 20.* abgebrochenen Rede sey. Denn beyde Fragmente seyen aus *PAULUS libro 34. ad Edictum* genommen. Allein man kann diesen Zusammenhang zugeben, ohne daß deswegen eine Emendation nöthig ist. Denn offenbar ist hier von einem andern Falle die Rede, wie auch *Ant. FABER Rational.* in *Pand. ad h. L.* bemerkt hat. Man sehe noch *Westphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract. §. 897.*

28) *S. Ev. OTTO Comment. ad §. 5. I. h. t.* und *Georg. Lud. BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum*

congruit, sagt Ulpian *L. 11. §. 1. D. de act. emti et vend.* quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Und Cajus sagt *L. 25. §. 3. D. h. t.* insonderheit von dem Conductor, quod omnia secundum legem conductionis facere debeat. Daß aber nur dann aller Anspruch wegfällt, wenn alles geschehen ist, was bedungen worden, zeigt Ulpian *L. 13. §. 1. D. h. t.* an folgendem Beispiele. Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius. LABEO, si culpa caret, non teneri ait: caeterum si vel invito domino fecit, vel, quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi imposuit, tunc ex locato agendum. Und überhaupt sagt Ulpian *L. 15. §. 1. D. eodem*: Si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. In allem Uebrigen aber, worüber nichts ausdrücklich verabredet worden ist, tritt

II) die praestatio ex aequo et bono ein, und diese wird durch die Natur des Contracts bestimmt. Quodsi nihil convenit, fährt Ulpian in der oben angeführten *L. 11. §. 1. D. de act. emti et vend.* fort, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt sc. contractui, ipsius iudicii potestate. Denn hierein haben beyde Theile stillschweigend gewilliget²⁹⁾. So erklärt sich

tum rei locati usum. Cap. 1. §. 4. et 5. (in *Electis iuris civ.* Tom. I. Exerc. X. pag. 257. sqq.)

29) S. BOEHMER cit. Diss. Cap. 1. §. 7.

sich denn auch die Stelle aus Justinians Institutionen §. 5. *h. t.*, wo, obwohl nur in Beziehung auf den Conductor, gesagt wird: *Omnia secundum legem conductionis facere debet, et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo praestare.* Zudem, was beyde Theile gegenseitig *ex aequo et bono* zu prästiren haben, gehört nun vorzüglich,

III) daß sich die Contrahenten nicht nur einander nicht betrügen dürfen, sondern auch noch außerdem verpflichtet sind, alle Verletzungen und Schäden von einander abzuwenden, welche nur immer durch menschlichen Fleiß und Sorgfalt verhütet werden können. Jeder Contrahent ist daher a) dem andern, von dem Augenblick der Perfection des Contracts an, für *dolus* und *culpa lata* verantwortlich, und weil der Contract von der Art ist, daß beyde Theile Nutzen haben, so muß b) nach der Regel der *L. 5. §. 2. D. Commodati. L. 108. §. 12. D. de legat. I.* und *L. 23. D. de div. regul. iuris*, auch jede *culpa* prästirt werden, die durch *diligentia* oder *custodia* hätte vermieden werden können; das heißt, es muß der Schaden ersetzt werden, wenn der Contrahent entweder die Sache selbst verletzte, oder sie nicht gegen äußere Unfälle durch die nöthigen Veranstellungen schützte, und überhaupt nicht so handelte, wie irgend ein fleißiger und vorsichtiger Mann unter den gegebenen Umständen gehandelt haben würde³⁰⁾. Nur den rein zufälligen Schaden braucht

30) S. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 864. der 4. Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. Bd. §. 507. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen §. 557. Haffe Culpa des Röm. Rechts §. 95. S. 492. ff.

braucht keiner dem andern zu ersetzen. Folgende Stellen sind hier merkwürdig.

L. 1. Cod. de locato et cond. Imp. ANTONINUS A. Agrippino. Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum, conductori praestare non cogitur. Hic cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, perierit, damnum depositarum rerum ei resarcire debet.

L. 28. C. eodem. Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS Neroni. In iudicio tam locati, quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.

L. 5. §. 15. D. Commodati. ULPIANUS lib. 28. ad Edictum. Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul. CELSUS filius scripsit libro VI. Digestorum, quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? Et — esse verius ait, *et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam* in totum me praestare debere.

L. 13. §. 6. D. h. t. ULPIANUS lib. 32. ad Edictum. Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, *ex locato* tenetur: *quia debuit ab hac re cavere*: et si pallium fullo permutaverit, et alii alterius dederit, *ex locato* actione tenebitur; *etianisi ignarus fecerit*.

L. 9. §. 5. D. eodem. ULPIANUS ibidem. CELSUS etiam imperitiam culpa adnumerandam libro 8. Digestorum scripsit. Si quis vitulos pascendos vel

vel sarcinendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, *et quod imperitia peccavit, culpam esse*: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

L. 25. §. 7. D. eodem. CAIUS lib. 10. ad Edictum provinc. Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: *culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.*

L. 40. D. eodem. CAIUS lib. 5. ad Edictum provinc. Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, *is huius periculum custodiae praestat.*

L. 60. §. 7. D. eodem. LABEO Posteriorum lib. 5. a Javoleno epitomatorum. Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. Si ipse se locasset, ex peculio duntaxat, et in rem verso, damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, *non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse.*

§. 5. J. de locat. et cond. Qui pro usu aut vestimentorum; aut argenti, aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit: *ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*: quam si praestiterit, et aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

L. 12. pr. D. de furtis. ULPIANUS *lib. 29. ad Sabinum.* Itaque fullo; qui curanda polienda vestimenta accepit, furti semper agit: *praestare enim custodiam debet.*

L. 14. §. 12. D. eodem. ULPIANUS *lib. 29. ad Sabinum.* Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, *si modo culpa eius subrepta sit res.*

L. 48. §. 4. D. eodem. ULPIANUS *lib. 42. ad Sabinum.* Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commoda- veris Titio, et Titio furtum factum sit: et tibi competit furti actio, *quia custodia rei ad te pertinet:* et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare, et id faciendo furtum admiseris. Ita erit casus, quo fur furti agere possit.

Nach der gewöhnlichen Vorstellungart, nach welcher man zwischen einem gemeinen oder mittelmäßigen, und einem außerordentlichen Fleiße, so wie zwischen culpa levis und levissima zu unterscheiden pflegt, behauptet man, daß in diesem Contract nur culpa levis prästirt werde. Wenn sich jedoch Jemand mit Ausübung einer Kunst abgiebt, oder ein seiner Natur nach schweres Geschäft unternimmt, oder einen höhern Lohn erhält, als sonst gewöhnlich ist, nur dann hafte er auch für das geringste Versehen³¹⁾. Andere hingegen verwerfen auch diese Ausnahmen, und sagen, was beym Künstler auch nur culpa

31) VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 29. et 30. Ev. OTTO Comment. ad §. 5. l. h. t. Io. D'AVEZAN Contractuum libr. I. Cap. 32. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXX. Th. 6.*

culpa levis sey, wäre bey andern culpa levissima, und in §. penult. J. h. t. werde der Superlativ für den Positiv gesetzt³²⁾. Allein man hat nicht nöthig, einen solchen Unterschied zu machen. Auch das Aeußerste, was jemals verlangt werden kann, ist immer nur auf das gewöhnliche Maß menschlicher Kräfte zu beziehen, und der Contractant ist außer aller Schuld, wenn er das that, was in der Regel ein fleißiger Mann, als solcher, in dem gegebenen Falle gethan hätte. Man muß sich nur von der diligentia diligentis patrisfamilias nicht die gewöhnliche, und also eine gar zu geringe Vorstellung machen. Denkt man sich darunter einen blos mittelmäßigen Fleiß, so stimmt diese Vorstellung freylich mit der Ansicht der Römer nicht vollkommen überein, nach welcher ein diligens paterfamilias ein solcher genennt wird, welcher nicht nur seinen Geschäften durchaus gewachsen ist, sondern auch in seinem Betriebe auf Ordnung hält. *Homo diligens est, et studiosus paterfamilias*, sagt Paulus L. 25. D. de probat. cuius personam incredibile est, in aliquo facile errasse. Was nun ein solcher fleißiger Mann zu leisten im Stande ist, und daher zu leisten pflegt, wird auch von Jedem in der Regel bey fremden Sachen, und also auch in diesem Contract, verlangt. So versteht sich's denn nun von selbst, daß derjenige, welcher sich mit Andern in Geschäfte einläßt, welche Geschicklichkeit, Genauigkeit und Ordnung erfordern, auch natur-

32) BRUMMER Exercit. de locat. et conduct. Cap. IV. §. 6. et 7. Guil. PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iuris. Cap. XVIII. §. 17. sqq. POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. XXXII. not. 2.

natürlich diese anwenden müsse. Thut er dieses, so thut er weiter nichts, als seine Pflicht. Er thut nichts mehr und nichts weniger, als jeder tüchtige Mann thun würde. Denn kein *bonus et diligens paterfamilias* wird etwas unternehmen, was er nicht versteht, oder ein Geschäft, mit einem mittelmäßigen Grade von Aufmerksamkeit treiben, welches den höchsten erfordert. Was also in der *L. 24. §. 7. D. h. t.* von der Transportirung einer leicht zerbrechlichen Sache gesagt wird, gilt allemal, wenn aus irgend einem Grunde die fremde Sache eine vorzügliche Aufmerksamkeit erheischt. Dennoch ist dieses immer nur *diligentia diligentis patrisfamilias*, weil ein tüchtiger und fleißiger Mann, als solcher, immer thut, was er soll, und nur das unterläßt, was in der Regel keinem zugerechnet werden kann³³⁾.

Für den Schaden, den ein Dritter an der vermieteten oder gemieteten Sache thut, steht weder der *locator* noch *conductor*, wenn er nur seiner Seite dabei nichts versehen hat; sonst wird ihm auch die Handlung des Dritten billig zur Last gelegt. Z. B. er hat den Dritten durch Feindseligkeit gegen ihn zur Rache gereizt. So stehen folgende Gesetzstellen in Verbindung.

L. 41. D. h. t. ULPIANUS lib. 5. ad Edictum.
Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse,
JULIANUS ait. Qua enim custodia consequi potuit,
ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed MAR-
CELLUS interdum esse posse ait: sive custodiri
potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos dam-
 num

33) S. Joh. Ehrst. Haffe die Culpa des Röm. Rechts.
 (Riel 1815.) S. 24. S. 121. ff.

num dedit. Quae sententia MARCELLI probanda est.

25. §. 4. *D. h. t.* CAIUS *lib. 10. ad Edictum provinciale.* Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit ³⁴).

Hat der Contrahent die gemietete Sache selbst beschädiget, so kann wegen dieser Culpa auch actione Legis Aquiliae geklagt werden, wie Cajus am angeführten Orte §. 5. lehrt:

Ipse quoque si exciderit, non solum *ex locato* tenetur, sed etiam *Lege Aquilia.*

Eben dieses bestätigt Paulus *L. 43. D. h. t.*, wo er *lib. 21. ad Edictum* sagt:

Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, *Legis Aquiliae*, et *ex locato* actio est: sed alterutra contentus actor esse debet; idque officio iudicis continetur, apud quem *ex locato* agetur.

IV. Die Verbindlichkeit aus dem Contract geht übrigs auch auf die Erben der Contrahenten über, der Contract mag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen worden seyn.

L. 10. Cod. h. t. Imp. GORDIANUS *A. Pomponio.* Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans: cum
sive

34) *S. Utr.* HUBERI *Eunomia Rom.* ad h. *L.* pag. 709. *Ant.* SCHULTING *Thes. controvers. Dec. LXX. Th. 7.* PÜTTMANN *Adversarior. iuris univ. Lib. I. Cap. I. pag. 24. sq.* und Westphal vom Kauf. u. Mietz. Contract. §. 936.

sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur: sive temporalis, intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat.

§. ult J. eodem. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres eius eodem iure in conductione succedit.

§. 1051.

II. Besondere Verbindlichkeiten A. bey der Vermietung der Sachen, 1) auf Seiten des Locators.

Die besondern Verbindlichkeiten bey der Vermietung der Sachen bestehen auf Seiten des Locators darin.

1) Der Locator ist schuldig, die versprochene Sache mit ihren Zubehörungen dem Conductor zu dem bestimmten Gebrauche vollständig einzuräumen, und auch die Möglichkeit desselben zu gewähren. Damit aber ein der Sache angemessener Gebrauch fortdauernd möglich sey, muß der Locator nicht nur den Conductor in den natürlichen Besitz der ihm vermieteten oder verpachteten Sache setzen, sondern auch die Sache selbst zu dem bestimmten Gebrauche gehörig einrichten lassen, und in diesem brauchbaren Stande erhalten. Der Vermiether ist daher die nöthwendige Ausbesserung der Sache auf seine Kosten zu übernehmen schuldig. Er steht aber nicht nur für die Tauglichkeit der Sache, sondern auch für den ungehinderten Gebrauch derselben, und zwar darf er den Conductor nicht nur selbst nicht hindern, die Sache auf die in dem Contract bestimmte Art zu gebrauchen, er muß ihm daher alle von dem Pachtgute zu ziehenden Früchte überlassen, selbst den zufälligen Gewinn, den er z. B. durch die Diebesflage erhalten hat; sondern er ist auch schuldig, ihn, wenn er

Glücks Erläut. d. Pand. 17. Th. J

von Andern daran durch seine Schuld gehindert wird, zu entschädigen, und den Gebrauch der Sache zu gewähren. Alles dieses begreifen die Römischen Rechtsgelehrten in der Formel zusammen: *ut conductori frui licere praestet locator*, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 9. pr. D. h. t. ULPIANUS Lib. XXXII. ad Edictum. Si quis domum bona fide emtam, vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpave eius, POMPONIUS ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit: *ut ei praestetur, frui, quod conduxit, licere.*

L. 15. pr. et §. 1. D. eodem. IDEM eodem libro. Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta, *si re, quam conduxit, frui eo non liceat*, forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat.

L. 18. Cod. de locato et cond. Impm. DIOCLETIANUS et MAXIM. AA. Anno. Excepto tempore, quo edaci locustarum pernicie sterilitatis vitium intercessit, sequentis temporis fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi Praeses provinciae jubebit.

L. 6. D. h. t. CAIUS libro X. ad Edictum provinciale. Is, qui rem conduxit, non cogitur restituere id, *quod rei nomine furti actione consecutus est.*

L. 25. §. 2. D. eodem. CAIUS libro 10. ad Edictum provinciale. Si, vicipo aedificante, obscuren-

tur lumina coenaculi, *teneri locatorem inquilino*. Certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.

L. 58. §. 2. *D. eodem*. LABEO libro IV. *Posteriorem a JAVOLENO epitomatorum*. Quidam in municipio balineum praestandum annuis viginti nummis conduxerat: et ad refectionem fornacis, fistularum, similiumque rerum, centum nummi ut praestarentur ei convenerat: conductor centum nummos petebat. Ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisfaceret.

Ist der Conductor durch des Locators Schuld, es sey durch Dolus oder auch nur durch irgend eine Culpa desselben, verhindert worden, den versprochenen Nutzen aus der ihm vermietheten oder verpachteten Sache zu ziehen, so bezahlt er nicht nur kein Pachtgeld, sondern der Locator muß ihm auch allen daher entstehenden Schaden vergüten³⁵⁾.

L. 15. §. 8. *D. h. t.* ULPIANUS libro XXXVII. *ad Edictum*, Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset, vel cum alius alienum³⁶⁾, vel quasi procurator, vel quasi suum:

¶ 2

quod

35) *Ge. Lud. BOEHMER* Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. §. 10. (in *Eius Elect. iur. civ.* Tom. I. Exercit. X. pag. 264.)

36) Man hat hier nicht nöthig, mit der Glossen gerade einen solchen Fall anzunehmen, wo der Verpächter sich fälschlich für den

quod interest praestabitur. Et ita PROCULUS in procuratore respondit.

L. 24. §. 4. D. eodem. PAULUS lib. XXXIV. ad Edictum. Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiat: nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione, in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit: et quantum per singulos annos compendii facturum erat, consequetur. Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest.

L. 25. §. 1. D. eodem. CAIUS libro X. ad Edictum provinc. Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Ein Gleiches gilt auch in dem Falle, wenn die Sache zu dem Gebrauche, zu welchem sie vermiethet worden, untauglich, oder wohl gar schädlich befunden worden ist. läßt sich der Mangel bey genauer Ansicht schon durch die äußern

den Bevollmächtigten des Eigenthümers, oder der Nichteigenthümer die fremde Sache wissentlich für die seinige ausgab. Es kann ihm eine Culpa zur Last fallen, wenn er auch gleich nicht in dolo ist. C. Ant. FABER Rational. in Pand ad L. 9. cit. et L. 15. §. 8. D. h. t.

äußern Sinne entdecken, so kann sich der Verpächter auch nicht einmal mit der Unwissenheit entschuldigen. 3 B. es sind mangelhafte Gefäße zur Aufbewahrung flüssiger Sachen vermiethet worden. Entdeckte man aber den Fehler, den man der Sache selbst nicht ansehen konnte, erst durch die Erfahrung, so kommt es darauf an, ob dem Verpächter diese Erfahrung bereits bekannt war, oder nicht. Nur im ersten Falle haftet er für das Interesse. In dem letzten Falle aber kann er nur keinen Pacht fordern. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn Jemand eine Wiese, oder Waldung zur Abhutung verpachtet hat, worauf oder worin giftige Kräuter wachsen, wovon des Pächters Vieh gestorben ist, wie folgende Gesetzstelle lehrt.

L. 19. § 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. ad Edictum. Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest: nec ignorantia eius erit excusata: et ita CASSIUS scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes. Et ita SERVIO, LABEONI, SABINO placuit.

Wie die Berechnung des Interesse zu machen sey, wenn der Gebrauch der vermietheten Sache durch Entwährung geht: dert wird, zeigen folgende Gesetzstellen an dem Beispiele einer Sublocation.

L. 7. D. h. t. PAULUS libro 32. ad Edictum. Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius

a domino prohibitus fuerit habitare, agentem to ex conducto, sexaginta consequi debere placet: quia ipse Titio tenearis in sexaginta,

L. 8. D. eodem. TRYPHONINUS libro IX. Disputationum. Nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest, perfrui conductione: tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit; quoniam emolumentum conductionis; ad comparisonem uberioris mercedis computatum, maiorem efficit condemnationem. Et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset. Quo iure utimur,

Wenn also der Conductor die Sache, die er um 50 Thlr. gemiethet hat, wieder für 60 Thlr. vermiethet hätte, so kann er zwar, wie Tryphonin mit Recht sagt, weder die 50 noch 60 Thlr. von seinem Vermiether fordern, weil er die 50 Thlr., die er demselben hätte bezahlen müssen, wenn keine Entwähnung vom Eigenthümer geschehen wäre, ihm nun nicht bezahlt, noch bezahlen darf; sondern nur den Gewinn bringt er in Anschlag, den er aus der Sublocation durch das höhere Miethgeld von dem zweiten Conductor erhalten hätte, und dieser besteht nicht in 60 Thlr., sondern, nach Abzug jener 50 Thlr., nur in 10 Thlr. Allein da der zweite Conductor, wegen des zu zahlenden höhern Miethgeldes, auch ein höheres Interesse in Anschlag bringt, welches ihm sein Vermiether vergüten muß, so kann diesen Erfaß billig der erste Conductor (medius) von seinem locator for-

fordern. Er schlägt also sein Interesse auf so hoch an, als er dem zweyten Conductor deshalb hastet³⁷⁾.

Die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse fällt jedoch weg, wenn der locator im Stande ist, dem Conductor eine andere gleich gute Sache zu dem bestimmten Gebrauche zu verschaffen, gesetzt auch, daß er sie zu diesem Zweck wieder bey einem Andern gemiethet hätte. Es ist auch der Conductor in diesem Falle den ganzen Miethzins an seinen locator zu bezahlen schuldig. Hätte aber der locator auf solche Art für den Conductor nicht gesorgt, so ist es zwar auch dem Conductor unverwehrt, sich selbst nach einer andern Miethse umzusehen; nur muß ihm, wenn er dafür mehr bezahlen muß, als er dem ersten locator gegeben hätte, dieser Schaden vergütet werden, vorausgesetzt, daß dem Conductor kein Betrug dabey zur Last fällt.

L. 9. pr. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Plane si dominus non patitur, et locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

L. 28. §. 2. D. eodem. LABEO lib. 4. Posteriorum epitomator. a Iavoleno. Idem iuris esse³⁸⁾,
 .. si

37) *S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad h. LL. Jac. CUCIACIUS in Iulio Paulo ad L. 7. et 8. D. h. t. Oper. postum. T. II. pag. 550. edit. Fabrot. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XLVII. not. e. f. g. und Westphal vom Kauf, Pacht- und Miethcontract. §. 948.*

38) Dieß geht auf den §. 1. L. cit. vorgelegenen Fall, wo gesagt wird, daß der Conductor dennoch das Miethgeld bezahlen müsse, wenn er in dem haufälligen Hause geblieben ist, aus
 wel.

si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret. Sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset, et is ³⁹⁾, in qua habitaret, conduxisset, *tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset* ⁴⁰⁾. Caeterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse ⁴¹⁾.

Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn sich gleich Anfangs ein Hinderniß finden sollte, weshalb der Conductor die

welchem er hätte ziehen können. Eben dieses gilt nun auch in dem Falle, wenn der Locator dem Conductor eine andere eben so bequeme Wohnung verschafft, und das Miethgeld dafür entrichtet. Die Worte: *Si potestatem conducendi habebat*, gehen also auf den Locator, und wollen soviel sagen, *Si locator conductori fecit copiam alterius domus*. Eben so die nachfolgenden Worte: *uti pretium conductionis praestaret*, nämlich ipse locator. S. Westphal vom Kauf- und Pacht-Contract §. 955. u. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. c.

39) sc. aliam domum.

40) Das heißt: dem Conductor muß das Miethgeld vom Locator ersetzt werden, wenn er die andere Miethe etwa theurer bezahlen muß, ohne daß derselbe sich einer Collusion schuldig gemacht hätte.

41) Räumt auch Jemand dem Conductor die Wohnung unentgeltlich ein, so kann er doch für diese Zeit dem Locator das Miethgeld anrechnen, eben so, als wenn er es wirklich bezahlt hätte. Er giebt also dem Locator nun soviel weniger Miethzins. In den *Basilicis* Tom. II. Lib. XX. Tit. I. pag. 428. heißt es: *πρὸς ἀναλογίαν τοῦ χρόνου μειοῦνται τὸ μίσθωμα.* i. e. *pro portione temporis merces minuitur.*

die Miethe nicht sogleich beziehen kann, der locator aber im Stande ist, demselben, bis jenes Hinderniß gehoben ist, eine andere eben so bequeme Wohnung anzuweisen. Hier kann der Conductor von dem Miethcontract nicht abgehen, sondern muß sich die Wohnung bis dahin gefallen lassen, und den versprochenen Miethzins bezahlen.

L. 60. D. h. t. LABEO Lib. 5. *Posteriorum a Iavoleno epitomatorum.* Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex Calendis illis⁴²⁾ cuiusque anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit⁴³⁾. Itaque si ea domus ex Calendis Ianuariis fulta⁴⁴⁾ in Calendis Iuniis permanisset, ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum: adeo ut nec cogi quidem posset, ex Calendis Iuliis resecta domo habitare, nisi si paratus fuis-

42) Haloander und Baudoja lesen *Calendis Iuliis*. Diese Lesart billigt auch Ant. AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. cap. 14. (in *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1546.) Allein zu dieser Emendation ist keine Nothwendigkeit vorhanden. *Calendae illae* sollen bloß den contractsmäßigen Anfang der Miethzeit anzeigen. S. Westphal S. 954.

43) Diese Worte gehen auf eine Sublocation.

44) Statt *fulta* lesen Haloander und Baudoja *fracta*. Ant. AUGUSTINUS Emendat. c. 1. will hingegen *rupta* lesen. Allein die Lesart *fulta* stimmt auch mit den Basiliken Tom. II. p. 437. überein, welche ὑπόθωσιν ἔχων ὁ δίκος haben, i. e. domus habens fucimentum. S. lo. Guil. HOFFMANN Meletemata ad Pand. Diss. XVII. §. 5. circ. fin.

fuisse locator, commodam domum ei ad habitandum dare.

Ist das Hinderniß oder die Unbequemlichkeit in Ansehung des Gebrauchs der Sache nur gering oder von kurzer Dauer, so kommt dieß nicht in Betrachtung. Der Conductor darf deswegen von dem Miethzins nichts abziehen, noch weniger ist er berechtigt, deswegen von dem Contract abzugehen.

L. 27. pr. D. h. t. ALFENUS lib. 2. Digestorum.
 Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet. Ea enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri deberet, aliquam partem parvulam incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet.

Fällt dem Locator keine Schuld zur Last, so muß er zwar dem Conductor von der Zeit an, da letzterer in dem Gebrauche der Sache verhindert worden ist, das Mieth- oder Pachtgeld erlassen, allein eine Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse findet hier nicht weiter Statt. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Conductor von dem Locator selbst, oder durch die Handlung eines Dritten gehindert worden ist, wenn nur in dem ersten Falle der Locator eine rechtmäßige Ursache hatte, z. B. weil die Sache einer nöthigen Reparatur bedurfte; und in dem letztern Falle der Locator sich der Handlung des Dritten zu widersetzen nicht vermochte. Hier ist es denn eben so gut, als wenn der Conductor durch einen unabwendbaren Un-

Unglücksfall wäre gehindert worden, die ihm vermietete Sache zu gebrauchen. Zwey Stellen des Sextus Cæcilius Africanus in seinen libris Quaestionum, welche Jacob Cujaz in seinen Tractatibus ad Africanum Tr. VIII. mit einem trefflichen Commentar erläutert hat, bestätigen diese Sätze auf das vollkommenste.

L. 33. D. h. t. AFRICANUS lib. 8. Quaestionum.
 Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid plaris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. *Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogaris.* Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur; quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. *Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.*

L. 34. D. eodem. CAJUS libro 10. ad Edictum provinciale. Perinde ac latronum in-cursu id acciderit,

L. 35. D. eodem. AFRICANUS lib. 8. *Quaestionum*.
 Et haec distinctio convenit illi, quae a SERVIO
 introducta, et ab omnibus fere probata est: ut,
 si aversione insulam locatam dominus reficiendo,
 ne ea conductor frui possit, effecerit, animadver-
 tatur, necessario nec ne id opus demolitus est.
 Quid enim interest, utrum locator insulae propter
 vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi
 cogatur ferre injuriam eius, quem prohibere non
 possit? Intelligendum est autem, nos hac distin-
 ctione uti de eo, qui et suum praedium fruen-
 dum locaverit, in bona fide negotium contra-
 xerit: non de eo, qui alienum praedium per
 fraudem locaverit, nec resistere domino possit,
 quominus is colonum frui prohibeat.

Aus dieser letztern Stelle ergiebt sich, daß der Un-
 terschied, den African hier zwischen der Erlassung des
 Pachtgeldes und Leistung des Interesse macht, auch in dem
 Falle zu berücksichtigen sey, wenn der Gebrauch der ver-
 pachteten Sache wegen einer erfolgten Entwäh-
 rung aufgehoben wird. War der Verpächter in bona fide, so
 daß ihm weder ein Dolus noch eine Culpa zur Last fällt,
 so kann er zwar, von der Zeit der erfolgten Entwäh-
 rung an, kein Pachtgeld mehr fordern, allein ein weiteres
 Interesse ist er dem Conductor zu leisten nicht verbunden.
 Die Lebensart *praedium suum locare* heißt also bey
 African soviel, als *praedium tamquam suum locare*,
 und die Worte *et bona fide negotium contraxerit*, zei-
 gen an, daß der Verpächter in gutem Glauben ein frem-
 des Grundstück, d. i. in der Meinung, er sey der Eigen-
 thümer, verpachtet hatte. Daß hier von einer Verpachtung
 die

die Rede sey, die von dem Nichteigenthümer geschehen ist, erhellet noch deutlicher aus dem Nachsatz: non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit. Anton Faber ⁴⁵⁾ ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, der Verpächter müsse in jedem Falle das Interesse leisten, er möge gewußt haben, daß die verpachtete Sache eine fremde Sache sey, oder nicht. Dieses beweise die oben schon vorgekommene *L. 9. pr. D. h. t.* Die Worte *per fraudem* in der Stelle des Afrikanus wären daher überflüssig, und für den Zusatz eines unwissenden Auslegers zu halten. Vincentius Cabot ⁴⁶⁾ tadelt zwar den Faber mit Recht wegen dieser Erläuterung ⁴⁷⁾, giebt ihm aber doch in der Hauptsache nicht Unrecht, sondern modificirt seine Meinung nur auf die Art, daß der Verpächter, welcher eine fremde Sache in gutem Glauben verpachtet hat, die Klage auf das Interesse dadurch abwenden könne, wenn er bereit sey, dem Conductor eine andere eben so gute und bequeme Sache zu verschaffen, welches sich aber der Conductor nicht brauchen gefallen zu lassen, wenn der Locator in mala fide sey. Allein die Worte des Ulpian in der *L. 9. pr. D. h. t. locatorem teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui, quod conduxit, licere*, beweisen noch nicht, daß derjenige, welcher

45) Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 5.

46) Disputation. Lib. I. cap. 26. (in *Thes. Meerman. T. IV. pag. 612.*)

47) CABOT c. I. hätte noch zur Widerlegung der Faber'schen Meinung anführen können, daß auch die *Basilica T. II. p. 431.* mit der Florentinischen Fassung hierin übereinstimmen, und die Worte *per fraudem* durch *κακῆς πίστεως* i. e. mala fide übersetzen.

domum bona fide emtam, mir vermiethet hat, wenn mir solches sine dolo culpaque eius von dem Eigenthümer evincirt worden ist, von welchem Falle Ulpian hier redet, das Interesse zu leisten schuldig sey. Denn auch African braucht die Redensart: *L. 33. pr. D. h. t. Locatorem teneri ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per eum non stet, quominus id praestes.* Er erklärt es aber so: *ut mercedem, quam praestiterim, restituat, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare quid cogatur.* Eben so erklärt die angeführte *L. 9. h. t.* auch Jacob Cujaz⁴⁸⁾ und ihm stimmen Justus Meier⁴⁹⁾ und Georg Ludw. Böhmer⁵⁰⁾ bey. Hat hingegen der Nichteigenthümer eine fremde Sache, als die seinige, wissentlich, oder so, daß er es hätte wissen können, vermiethet, so ist er dem Conductor das Interesse zu vergüten allerdings verbunden, und kann sich durch die bloße Erlassung, oder Erstattung des bereits bezahlten Miethgeldes von seiner Verbindlichkeit nicht befreien. Daß der Locator, wenn ihm wegen des verhinderten Gebrauchs der vermietheten oder verpachteten Sache keine Schuld bezumessen ist, ausser der Erlassung des Pachtgeldes für die Zeit, da der Gebrauch weggefallen ist, sonst kein weiteres Interesse leisten dürfe, bestätigen noch folgende merkwürdige Gesetze.

L. 15.

48) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. D. h. t.

49) *Ενδοξών* Iustinianeor. sive Disputation. apologet. iur. civ. Dec. VI. Cap. 9. pag. 993.

50) Diss. cit. de obligat. locatoris ob impeditum rei locatae usum. §. 16.

L. 15. §. ult. D. h. t. ULPIANUS lib. 32. ad Edictum. Interdum ad hoc ex locato agetur, ut quis locatione liberetur, JULIANUS libro 15. Digestorum scripsit. Utpote Titio fundum locavi, isque pupillo herede instituto decessit: et cum tutor constituisset abstinere pupillum hereditate, ego fundum pluris locavi: deinde pupillus restitutus est in bona paterna. *Ex conducto nihil amplius eum consecuturum, quam ut locatione liberetur; nihi enim iusta causa fuit locandi.*

L. 16. D. eodem. JULIANUS libro 15. Digestorum. Cum eo tempore in pupillum actiones rullae darentur.

L. 17. D. eodem. ULPIANUS lib. 32. ad Edictum. Tutelae tamen cum tutore iudicio, inquit, aget, si abstinere non debuit.

L. 18. D. eodem. In quo inerit etiam loc, quod ex conductione fundi lucrum facere pouit.

Da sich der Mündel von der Erbschaft seines Vaters, welcher den Pachtcontract mit mir geschlossen hatte, los sagte, so konnte man es mir nicht verdenken, wenn ich nun das Grundstück, so gut ich konnte, wieder zu verpachten suchte. Ich hatte dazu gerechte Ursach, weil ich aus dem Contract des Vaters keine Klage mehr gegen denselben unmündigen Sohn hatte. Nun erhielt zwar der Pupill gegen die geschene Lossagung von der väterlichen Erbschaft die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; allein er kann doch nun mit der actio conducti weiter nichts ausrichten, als daß ihm für die übrige Zeit das Pachtgeld erlaß

erlassen wird. Hat der Vormund dabey etwas versehen, so muß er sich an diesen halten, und gegen denselben mit der actio tutelae auf Entschädigung klagen⁵¹⁾:

L. 30. pr. D. h. t. ALFENUS lib. 3. Digestorum a Paulo epitomatorum. Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam. Quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium *necessario* demolitus esset, *pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem* aestimari: *sin autem non fuisse necesse* demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, *quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.*

Der Conductor hatte hier das Haus wieder sublocirt, was der locator nachher, weil er es für baufällig hielt, einreißen ließ. War das Einreißen nöthig, so bekommt der Miether nur das schon bezahlte Miethgeld von der Zeit an zurück, da durch den Bau der Gebrauch der Wohnung gehindert wurde, oder er zahlt nur bis dahin das Miethgeld, da er die Wohnung gebraucht hat. Geschahe hingegen das Einreißen ohne Noth, nur um ein besseres Gebäude herzustellen; so muß der Vermiethe dem Conductor auch den Gewinn vergüten, den

51) *E. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 15. §. ult. D. h. t. We s i p h a l vom Kauf- und Mieth-Contract §. 1023.*

er würde von den Astermiethern gezogen haben, so wie auch allen andern ihm daraus entstandenen Schaden ⁵²).

Sollte der Conductor selbst daran Schuld seyn, daß der versprochene Nutzen nicht hat von der gemietheten Sache gezogen werden können, so fällt von Seiten des Locators alle Verbindlichkeit zur Erlassung des Miethaeldes weg, derselbe behält vielmehr das ihm vermöge des Miethevertrags zustehende Recht, den ganzen Mietzins zu fordern, nicht anders als wenn der Conductor den vollständigen Gebrauch der Sache gehabt hätte ⁵³).

§. 1052.

Fälle, wo der Locator den Conductor vor der Endigung der Contractzeit vertreiben kann.

Der Locator ist II. verpflichtet, dem Conductor den Gebrauch der Sache die ganze Pacht- oder Mietzeit hindurch zu lassen. Er darf ihn also nicht vor Endigung derselben vertreiben, zumal wenn das Mietgeld schon für die ganze Zeit bezahlt ist; ausgenommen, wenn ihn die Gesetze in einzelnen Fällen dazu berechtigen. Hierher gehört vorzüglich

L. 3. C. de locato et cond. Imp. ANTONINUS A. Callimorphoniae. Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet: nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es ⁵⁴).

Nach

52) S. Westphal vom Kauf- und Miethecontract. §. 933.

53) L. 24. §. 2. D. h. t. S. G. L. BOEHMER cit. Dias. §. 12.

54) Man sehe über dieses Gesetz Io. Volk. BECHMANN Diss. ad

L. 3. C. de loc. et cond. Ienae 1682. Henr. HAHN Diss. de Glück Erläut. d. Pand. 17. Th. 3 con-

Nach diesem Gesetz kann also der Conductor vor geentigter Mleth • oder Pachtzeit vertrieben werden,

1) wenn der Locator beweisen kann, daß er die Sache zum eignen Gebrauche nöthig hat ⁵⁵). Es wird jedoch eine solche Nothwendigkeit vorausgesetzt, welche nicht vorauszusehen war, und wegen welcher der Locator nun seiner eigenen Sache schlechterdings nicht mehr entbehren kann ohne selbst in Schaden und Beschwerlichkeit zu gerathen ⁵⁶). Z. B. sein bisheriges-Wohnhaus brennt ab, und er kann keine andere Wohnung bekommen, welche hinreicht, um seine Familie darin unterzubringen. Da die Nothwendigkeit aus den vorkommenden Umständen zu beurtheilen ist, so muß hier das Weitere dem billigen Ermessen des Richters überlassen werden. So ist z. B. eine getroffene Heyrath des Locators, oder vermehrte Anzahl der Kinder nicht schlechthin, sondern nur dann für eine rechtmäßige Ursache, den

conductore expellendo ante finitam locationem. *Helmst.* 1655. *Io. Heur. FELZ* Diss. de causis, ob quas locator inquilinum ante tempus statutum expellere potest. *Argent.* 1714. *ITTIG* Diss. de expulsionem conductoris ante tempus. *Lipsiae* 1730. *Sam. Frid. WILLEBERG* Diss. de conductore ante finem contractus expellendo (in *Exercitat. Sabbathin.* P. II. Nr. 51.) *Io. Ge. STOER* Diss. de iustis expellendi conductorem causis intra tempora locationis locatori competentibus, ad L. 3. Cod. de loc. et cond. *Erlangae* 1758. und *P. L. SCHMUZ* Diss. de conductore ante tempus expellendo. *Argent.* 1785.

55) *God. Lud. MENCKEN* Diss. de iure expellendi colonum ob supervenientem necessitatem. *Helmstadii* 1751. (in *Opuscul.* Nr. XIV.)

56) *Dav. Ge. Struben* rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 24.

den Contract aufzuheben, anzusehen, wenn diese Ereignisse zur Zeit der Vermietung nicht zu vermuthen waren ⁵⁷⁾. Da das Gesetz bloß von gemieteten Häusern redet, so entsteht die Frage, ob es bloß auf Gebäude einzuschränken, oder auch auf andere Sachen, und besonders auf Feld- und Landgüter zu erstrecken sey? Mehrere Rechtsgelehrten ⁵⁸⁾ behaupten das erstere, weil die in der *L. 3. C. h. t.* enthaltenen Fälle, als besondere Anordnungen des Civilrechts, und als Ausnahmen von der Regel, welche jederzeit streng erklärt werden müßten, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes, oder der sogenannten *Clausula rebus sic stantibus*, zu behandeln wären; bey Landgütern aber auch wirklich nicht derselbe Grund, wie bey Wohnhäusern, vorhanden sey. Denn Landgüter könne man immer eher, als eines Wohnhauses, entwehren. Allein die practischen Rechtsgelehrten ⁵⁹⁾, denen auch einige Theoretiker ⁶⁰⁾ beytreten, halten eine Ausdehnung dieses

§ 2

Ge

- 57) *S. BOEHMER Consultat. et Decis. T. II. P. I. Resp. 390. nr. 8. CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 6. Struben a. a. D.*
- 58) *STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. §. 12. HAIN ad Wesenbecium h. t. nr. 15. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 35. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 20. not. a. BOEHMER Introd. in ius Dig. §. 23. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 90. S. 388. und Gebr. Dorer's bes Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 1. Band Medit. 19.*
- 59) *MEVIUS P. II. Decis. 88. CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 6. nr. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 43. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 25. not. 3.*
- 60) *MENCKEN Diss. cit. §. 12. et 13. STOER cit. Diss. §. 7. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. WALCH Introd. in con-*

Gefetzes auf Landgüter nicht für unzulässig, weil auch bey diesen Umstände sich ereignen können, welche den eigenen Gebrauch derselben dem locator nothwendig machen, und nach dem Geist des Gesetzes die Vermietzung immer die stillschweigende Bedingung enthalte, wenn der locator seiner Sache nicht selbst benöthiget sey. Diese letztere Meinung ist de: Billigkeit wegen in der Praxis die herrschende geworden, obwohl die erstere theoretisch strengere Meinung, welcher auch Westphal ⁶¹⁾ bejzustimmen scheint, sowohl die Basiliken ⁶²⁾, als das Canonische Recht ⁶³⁾ für sich hat. • Man streitet ferner darüber, ob sich's der locator müsse gefallen lassen, wenn ihn der Conductor bey sich aufnehmen will, und auch das vermietete Haus für beyde Raum und Zimmer genug enthält. Viele ⁶⁴⁾ wollen dies

ses

controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 10. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 680. not. b.

61) Vom Kauf. u. Mietz. Contract. §. 1021. S. auch den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 310.

62) Die Basilica T. II. pag. 439. in fine sind dem lateinischen Text ganz treu geblieben. Sie haben: *εἰ μὴ ἄρα ἢ εἰς, ἰδίαν χρῆσιν ἀναγκαίαν δεῖται τοῦ ὄνου: i. e. nisi ad proprios usus necessarios aede locata dominus indigeat.*

63) S. Cap. 3. X. de loc. et cond. welches ebenfalls, wie die L. 3. C. eod. nur von dem Vermiether eines Hauses redet.

64) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 12. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 43. in fin. SAM. DE COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. und Christ. Henr. BREUNING Quaest. iur. controv. an locator ob propriam rei locatae indigentiam conductorem expellens, cogi possit, ut, si sufficiat ea, partem conductori concedat? Lipsiae 1776.

seß darum läugnen, weil das Gesetz das Recht des locators nicht beschränke, sondern ihm solches, im Falle einer nicht vorhergesehenen Nothwendigkeit des eigenen Gebrauchs, ohne Unterschied einräume; überdem alle Gemeinschaft den Gesetzen verhaft sey; und hierzu auch gewissermaßen ein neuer Contract erfordert würde. Allein das Gesetz beschränkt das Recht des locators, den Conductor vor der Zeit zu vertreiben, ausdrücklich nur auf den Fall des unentbehrlichen Selbstgebrauchs. Räumt nun der Conductor dem Vermitlether soviel Zimmer zum Gebrauche ein, als dieser nöthig hat; so fällt ja nun der Grund weg, aus welchem er den Conductor die Mieth aufzukündigen berechtigt ist. Es kann ihm also auch kein weiteres Recht zustehen. Eine Gemeinschaft, die den Gebrauch hindern sollte, entspringt auch daraus eben so wenig, als deshalb ein neuer Contract erfordert wird, sondern der locator erläßt dem Conductor das Miethgeld für die Zimmer und Theile des Hauses verhältnißmäßig, welche ihm der Miethmann eingeräumt hat⁶⁵⁾. Da die gedachte Verordnung des Röm. Rechts unstreitig auch selbst in Ansehung des Miethcontracts eine singulaire ist, so erlaubt sie auf andere Geschäfte keine Ausdehnung⁶⁶⁾. Sie leidet aber auch in

An-

- 65) de BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. XXV. not. 3. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 12. not. d. Nr. IX. STÖER cit. Diss. §. 8. EMMINGHAUS ad *Coccejum*. c. 1. not. i. pag. 466. u. Gebr. Oberbeck Meditationen. 8. Bd. Medit. 397.
- 66) TULDENUS Comm. in Cod. Lib. IV. Tit. 23. nr. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. Schibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 18. nr. 3. S. 78. der zwoyten Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts I. B. §. 680. Not. b. S. auch den 13. Th. dieses Commentars §. 855. S. 446.

Ansehung der Studirenden keine Ausnahme, wenn gleich einige Rechtsgelehrten ⁶⁷⁾ wegen der Auth. *Habita* Cod. IV. 13. Ne filius pro patre anderer Meinung sind. Denn die Worte: *secure habitent*, haben offenbar auf unser Gesetz keine Beziehung, sondern gehen blos auf Schuß gegen äußere Gewalt ⁶⁸⁾. Die irrige Meinung der alten Glossatoren, daß Studirende auch sogar berechtigt wären, Miethsleute überall, wo es ihnen gefällt, zu vertreiben, um hierdurch eine bequemere Wohnung zu erhalten, ist längst durch eine eigene Verordnung des Pabsts Clemens III. *Cap. 1. de locato et conducto* (III. 18.) verworfen worden. Selbst das Recht des Vermiethers fällt weg, wenn die Ursache der Nothwendigkeit schon zur Zeit des Contracts vorhanden, oder wenigstens vorauszusehen war; denn hier ist es so gut, als ob er sich seines Rechts begeben hätte ⁶⁹⁾. In einer Verordnung des Pabsts Gregor des IX. *Cap. 3. X. de locato et cond.* heißt es ganz bestimmt: *Verum invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, si necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempore, id exposcat, remissa sibi pro residuo temporis pensione.* Daß jedoch dem Locator dasselbe Recht der Aufkündigung zustehet, wenn er die vermietete Sache auch für die Seinigen, für die er zu sorgen hat, nothwendig braucht, wird billig angenommen ⁷⁰⁾. Bedient sich

67) BRUNNEMANN *Comma. ad L. 35. D. h. t. nr. 2.*

68) LAUTERBACH c. 1. MÜLLER *ad Struvium Exerc. XXIV. Th. 12. not. e. nr. I.* STOER *cit. Diss. §. 10.*

69) MENCKEN *cit. Diss. §. 4. u. STOER Diss. cit. §. 18.*

70) MENCKEN *cit. Diss. §. 6. und MÜLLER ad Struvium Exerc. XXIV. Th. 12. not. d. nr. IV.*

sich übrigens der Vermiether seines Rechts, so ist er dem Miether deshalb zu keinem Schadensersatz verbunden, er braucht ihm, wie das angeführte *cap. 3. X. h. t.* sagt, weiter nichts, als den Miethzins für die übrige Zeit nachzulassen, wenn auch gleich der Conductor dadurch eine andere Wohnung zu miethen wäre genöthiget worden, für welche er jährlich mehr bezahlen müßte ⁷¹⁾. Haben mehrere Miteigenthümer das Haus gemeinschaftlich vermietet, und die Nothwendigkeit des eigenen Gebrauchs hat nur einen derselben betroffen, so behaupten fast alle ⁷²⁾, hier finde die *L. 3. C. h. t.* keine Anwendung, weil nach *L. 28. D. Comm. divid.* bey einer gemeinschaftlichen Sache keiner der Miteigenthümer ohne die Einwilligung des andern Etwas vorzunehmen berechtiget sey. Allein der Miteigenthümer konnte ja seinen Antheil auch ohne Einwilligung des andern veräußern ⁷³⁾, warum sollte er sich denn nicht auch des dem locator im Falle der

71) *E. VOET* *Comm. ad Pand. h. t. §. 16.* *LAUTERBACH* *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 46.* *Gebr. Overbeck* *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Medit. 148.* Das Gegentheil behauptet zwar *HEINECCIUS* *Pandect. P. III. §. 324. Not. *)*. Allein die von ihm angeführten Gesetze *L. 15. §. 8.* und *L. 33. in fin. D. h. t.* gehören gar nicht hierher. *E. STOER* *Diss. cit. §. 62.*

72) *LAUTERBACH* *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 45.* *MÜLLER* *ad-Struvium Exercit. XXIV. Th. 12. not. d. nr. 5.* *BRUNNEMANN* *Comm. ad L. 35. D. h. t. nr. 6.* *CARPZOV* *P. II. Decis. 137.* *Ge. Fr. de PLOENNIES* *praecipua et controversa locat. conduct. Capita §. 73.*

73) *L. 68. pr. D. pro socio. L. 3. Cod. de commun. rer. alienat.* *E. den 11. Th. dieses Commentars §. 739.*

der Noth gestatteten Aufkündigungsrechts in Ansehung seines Antheils bedienen können, da er ja mehr nicht, als diesen, vermietthen konnte ⁷⁴⁾?

2) Der andere Fall, in welchem das Gesetz dem Locator die einseitige Aufkündigung des Contracts vor der Zeit gestattet, ist, wenn die vermietthete Sache einer nöthigen Reparatur bedarf, welche bey fortdauerndem Gebrauche des Conductors nicht möglich ist ⁷⁵⁾. Diese Nothwendigkeit muß, wenn es zum Prozeß kommt, durch eine Besichtigung der Bauverständigung dargethan werden ⁷⁶⁾. Da hier zugleich das gemeine Beste dabey interessirt ist, wenn aus dem Einsturz des Gebäudes Unglück zu befürchten ist, so findet in diesem Falle weder eine ausdrückliche noch stillschweigende Entfagung statt ⁷⁷⁾. Es tritt hier vielmehr die Regel ein, *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* ⁷⁸⁾. War jedoch die Nothwendigkeit gleich anfangs vorhanden, und diese auch dem Vermietther nicht unbekannt, so muß er dem Conductor das Interesse leisten, außerdem darf er ihm nur den Mietzins für die übrige Zeit erlassen ⁷⁹⁾. Es kann aber auch der Conductor, nach vollendeter Reparatur, von dem Locator verlangen, daß er ihm die
Miethe

74) STOER cit. Diss. §. 9.

75) S. STOER cit. Diss. §. 21 — 27.

76) MÜLLEER ad *Struv.* Ex. XXIV. Th. 12. not. 7. nr. V.

77) BERGER *Oecon. iuris* Lib. III. Tit. 5. Th. 25. not. 3. in fin.

78) L. 7. §. 14. L. 38. *D. de pactis.*

79) MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIV. Th. 12. not. 7. nr. III. et IV.

Miethe bis auf die Zeit, da sie nach dem geschlossenen Contract geendiget ist, wieder einräume. Denn da die Ursache der Vertreibung nur temporell war, so wacht sein Recht, wenn diese gehoben, wieder auf ⁸⁰).

3) Der Dritte Fall ist, wenn der Conductor schlecht mit der Sache umgeht, sie verdirbt, das Haus zu einem Bordell macht ⁸¹), oder den Acker nicht ordentlich bauet ⁸²). Daß der dadurch verursachte Schade unerseßlich seyn müsse, sagen die Gesetze nicht. Das Gegentheil behauptet zwar Coccej ⁸³); allein die L. 5. §. 2. D. Commodati, worauf er sich beruft, bestimmt hierüber nichts, sondern sagt nur, daß in dem Miethecontract dolus und culpa prästirt werde. Es hat zwar keinen Zweifel, daß der Locator auch auf Schadensersatz klagen, und Caution fordern könne, wenn er den Conductor nicht vertreiben will ⁸⁴). Allein daß er, wenn der Schade sich repariren läßt, auch damit zufrieden seyn müsse, läßt sich aus L. 41. D. de iudi-

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. MÜLLER ad Struv. Exerc. XXIV. Th. 12. not. 7. nr. VI. STOER cit. Diss. §. 27.

81) Das ältere Röm. Recht begünstigte zwar die Lupanaria. L. 27. §. 1. de heredit. petit. Allein man sehe dagegen die Nov. XIV. des R. Justinian. Vergl. Ian. LANGLAEUS Semestrium Lib. VIII. cap. 8. und 10. Lud. LANGGUTH Diss. de muliere quaestuaria. Lipsiae 1733. praes. Andr. Flor. RIVINO def. Cap. III. §. 10.

82) L. 54. §. 1. D. h. t.

83) Iur. civ. controv. h. t. Qu. Verb. Tertia species.

84) S. MEVIUS P. V. Decis. 356. nr. 2. EMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. Not. 1. pag. 466. sq.

iudiciis nicht erweisen ⁸⁵⁾. Es heißt hier vielmehr, was Paulus sagt *L. 6. D. Quod falso tutore auctore. Melius est, rem restitui, quam incertum cautionis eventum spectare.* Endlich

4) wenn der Conductor zwey Jahre lang den Miethe- oder Pachtzins nicht bezahlt hat ⁸⁶⁾. Hier hilft dem Pächter auch das Versprechen nichts, daß ihn der Verpächter vor Endigung der Pachtzeit nicht vertreiben wolle, weil dieses unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen ist, wenn der Pächter seiner Verbindlichkeit gehörig nachkommen werde, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 54. §. 1. D. h. t. PAULUS Libro V. Responsorum. Inter locatorem fundi et conductorem convenit: ne intra tempora locationis Sejus conductor de fundo invitus repelleretur, et si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Sejo conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aeque decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. Quaero, cum Sejus conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit? PAULUS respondit: quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionem, tamen verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit, et, ut oportet, coleret: et ideo si poenam petere coeperit is, qui pensionibus

85) *S. STOER* cit. *Diss.* §. 29.

86) *C. Nic. Christoph. L. B. de LYNCKER* *Diss. de expulsionem conductoris, si pensionibus non paruerit. Ienae 1687. rec. 1743. STOER* cit. *Diss.* §. 42. sqq.

bus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

Ein zweyjähriges Ausbleiben des Pachtgeldes, als Bedingung des Ausbietens des Pächters, besonders wenn der Verpächter durch gerichtliche Sequestration der Früchte und Sachen des Pächters seine Bezahlung zu erhalten sucht, erfordert auch eine andere hierher gehörige Geseßstelle ausdrücklich.

L. 56. D. h. t. PAULUS libro sing. de officio Praefecti vigilum. Cum domini horreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus, nec eius temporis pensiones exsolventibus conducto-ribus, aperire, et ea, quae ibi sunt, describere a publicis personis, quorum interest, audiendi sunt. *Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari.*

Es fragt sich aber, wie die hier in beyden Geseßen bestimmte zweyjährige Frist, nach deren Ablauf der Conductor wegen nicht bezahlten Pachtgeldes vertrieben werden kann, zu verstehen sey? Die Ausleger sind darüber sehr verschiedener Meinung. Mehrere Rechtsgelehrten⁸⁷⁾ wollen diese Verordnungen blos auf den Fall einschränken, wenn jährliche Zahlung ausgemacht worden sey.

Wäre

87) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 25. Not. 3. nr. I. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 254. in fin. BOEHMER Exercitat ad Pand. Tom. III. pag. 476. §. 3. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 988. Westphal vom Kauf, Pacht, u. Miethecontract §. 1020. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 8. B. Meditat. 430. Dieser Meinung scheint auch Hellfeld beyzustimmen, wenn er hier sagt: *si merces bis non soluta.*

Wäre daher bedungen worden, daß das Miethgeld halb, jährlich oder auch alle Vierteljahre bezahlt werden solle, so könne der Conductor ausgetrieben werden, wenn er nur zwey dergleichen Termine habe verstreichen lassen, ohne den Miethzins zu bezahlen. Diese behaupten daher daß der Conductor auch in kürzerer Zeit vertrieben werden könne. Allein da die angeführten Gesetze ausdrücklich von einem zweyjährigen Pachtzins - Rückstande reden, und es überhaupt der Natur der Consensual - Contracte nicht eigen ist, wegen eines bloßen Verzugs auf die Aufhebung zu klagen, wosfern es nicht ausdrücklich verabredet worden ist, sondern eigentlich nur auf Erfüllung geklagt werden kann; so ist es wohl das Sicherste, wenn wir bey den Worten der Gesetze stehen bleiben⁸⁸⁾, solange weder die Partheyen selbst, noch die besondern Landesgesetze⁸⁹⁾ hierüber etwas bestimmt haben. Andere⁹⁰⁾ hingegen meinen, das biennium sey nur von den Fällen zu verstehen,

88) S. PUFENDORF *Observat. iur. univ.* Tom. IV. Obs. 182. HOFACKER *Princip. iur. civ. R. G.* Tom. III. §. 1984. MALBLANC *Princip. iuris Rom.* T. II. §. 558. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 820. Not. 5. und de COCCEJI *iur. civ. controv. h. t.* Qu. 17.

89) Nach dem Preuß. Landrecht 1. Th. 21. Tit. §. 298. berechtiget freylich schon der Rückstand zweyer Termine den Locator, dem andern Theile den Contract noch vor Ablauf der bedungenen Zeit aufzukündigen. Man vergleiche damit Kleins Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten 5. B. S. 99.

90) Pet. COSTALIUS *Adversar. ad L. 56. D. h. t.* Ant. FABER *Rational. in Pand. ad L. 54. §. 1. et ad L. 56. D. h. t.* TULDENUS *Comm. ad Cod. h. t. nr. 12.* Io. HARPPRECHT *Comm. ad princ. I. h. t. u. a. m.*

hen, von welchen in den angeführten Gesetzen die Rede sey, nämlich 1) wenn ausgemacht worden, daß der Conductor vor der Zeit nicht vertrieben werden solle, wovon die L. 54. §. 1. rede, und 2) wenn der Conductor abwesend ist, von welchem Falle die L. 56. D. h. t. rede. Ausser diesen Fällen könne der Pächter sogleich, nach Ablauf des ersten Termins, wegen nicht bezahlten Pachtgeldes, ausgedoten werden. Man sucht diese Meinung theils durch die L. 10. §. 1. D. de publicanis zu unterstützen, wo Zermogenian libro 5. Epitomarum sagt: Non solutis vectigalium pensionibus, pellere conductores, necdum etiam tempore conductionis completo, vel ab his usuras ex mora exigere permittitur; theils sucht man sie daraus zu beweisen, daß in der L. 3. Cod. h. t. gesagt wird: Si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, woraus man durch ein Argument a contrario folgert, daß derjenige, welcher den Pachtzins zur bestimmten Zeit nicht entrichtet, ausgetrieben werden könne, wenn er auch gleich noch nicht in einem zweyjährigen Rückstande sey. Allein auch diese Meinung ist ganz ungegründet⁹¹⁾. Denn da die Bedingung: *si colonus pensionibus paruerit*, stillschweigend in dem Vertrage liegt, daß der Pächter nicht vor der Zeit vertrieben werden solle; so kann ja dieser Vertrag auf das Recht des Verpächters, den Pächter auszubieten, wenn er jene Bedingung nicht erfüllt, unmöglich einen

91) S. Iac. CUJACIUS ad libr. V. Responsor. Pauli in L. 54. §. 1. D. h. t. Io. D'AVEZAN Contractuum Lib. II. Tr. II. §. Dixi pag. 102. LYNCKER cit. Diss. §. Quanti autem temporis etc. pag. 30. sqq. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. §. Quarta species. STOER cit. Diss. § 43.

einen Einfluß haben; und gesetzt, der Verpächter hätte das Recht, den Pächter sogleich wegen nicht inne gehaltenen ersten Termins zu vertreiben, würde dann wohl die Abwesenheit des Pächters eine gerechte Ursache seyn können, die Lage des Verpächters zu verschlimmern? Nun kann ich zwar dem Cujaz ⁹²⁾ nicht bestimmen, wenn er auch bey der Verpachtung der Zölle den Pächter erst nach einem zweyjährigen Verzuge vertrieben wissen will. Denn wie hätte es sonst die angeführte *L. 11. §. 1. D. de publican.* in die Willkühr des Verpächters stellen können, ob er den Pächter vertreiben, oder das Pachtgeld mit Verzugszinsen von ihm fordern wolle, wenn nicht der Pächter sofort nach Ablauf des ersten Zahlungstermins, den er nicht inne hielt, ausgedoten werden könnte? Müßte der Verpächter auch hier noch erst das biennium abwarten, so würde er ja dann Beydes, den Pächter austreiben, und auch die Verzugszinsen zugleich fordern können ⁹³⁾. Es sey aber immerhin bey der Verpachtung der Zölle anders, so ist ja dieses unstreitig ein besonderes Recht, welches in favorem tributorum, in quibus esse reipublicae nervos nemini dubium est, wie Ulpian *L. 1. §. 20. D. de Quaestionib.* sagt, eine Ausnahme macht, welche

92) Recitation. solemn. in libros Cod. Princ. h. t. §. *Secundo.*

93) Die Lesart der Basiliken Lib. 56. Tit. 18. bey Sabrot *Supplem. T. VI.* pag. 699. weicht hier freylich von der Lesart der Pandecten ab. Denn da heißt es: Μη καταβάλλοντες εμπροθέσμως οι τελωναι, και πρὸς συμπληρώσεως τοῦ χρέους, και τόκους υπερέσεως απαιτοῦνται, h. e. *Publicani ad diem non solventes, etiam tempore conductionis necdum completo, peliuntur, ET usurae ex mora ab eis exiguntur.*

welche in den übrigen Fällen die Regel bestärkt⁹⁴⁾. Endlich die *L. 3. C. h. t.* sagt zwar, daß wenn der Miethzins ganz bezahlt sey, keine Vertreibung Statt habe, allein es läßt sich daraus noch keinesweges mit Grund folgern, daß wegen nicht bezahlten Pachtgeldes sogleich nach Ablauf des ersten Termins der Contract aufgekündigt werden könne. Denn hierüber bestimmt das Gesetz nichts, und es ist nicht zu glauben, daß der Kaiser Antoninus durch diese Verordnung die Bestimmungen des ältern Rechts habe aufheben wollen, da sie ein bloßes Rescript ist, dergleichen Verordnungen nach den bekannten Regeln der Auslegung des Römischen Rechts keine *argumenta a contrario* zulassen; sondern, so viel als möglich, den Grundsätzen des damals bekannten gemeinen Rechts gemäß erklärt werden müssen⁹⁵⁾. Gesetz aber auch, die Sache wäre nach dem Römischen Recht noch einigem Zweifel unterworfen, so ist sie doch nach dem Canonischen Recht klar entschieden. Denn in dem *Cap. 3. X. de locatō et conducto* heißt es ausdrücklich: *Inquilinus etiam inde rationabiliter amovetur, si perverse ibi fuerit conversatus, vel cum canone per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit.*

Es erhellet also hieraus, daß der Contract auf mehr, als zwey Jahre⁹⁶⁾, müsse geschlossen, auch ein jährliches

94) *S. Ios. FINESTRES* Commentar. in Hermogeniani iuris epitomar. libros Tom. II. ad §. 1. Leg. 10. D. de publican. §. 10. sq. pag. 332. sqq.

95) *S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts.* §. 10. *S.* 66. u. 67. und die daselbst Not. 8. et 9. *S.* 76. angeführten Schriften.

96) Häuser und Grundstücke pflegten bey den Römern gewöhnlich

liches Pachtgeld müsse verabrebet worden seyn, wenn die Vorschrift der Röm. Gesetze angewendet werden soll. Ist daher der Contract nur überhaupt auf zwey Jahre, oder auf noch kürzere Zeit geschlossen worden, oder der Pacht erstreckt sich zwar auf längere Zeit, allein es ist für die ganze Pachtzeit nur eine gewisse Summe überhaupt zum Pachtgelde bedungen worden, so findet jene Vorschrift keine Anwendung, und es kann dann der Conductor erst nach Endigung der Contractszeit vertrieben werden⁹⁷⁾. Nach dem Canonischen Rechte kann der Conductor auch dadurch die Expulsion abwenden, wenn er zur Bezahlung des Pacht rückstandes sich bereit erklärt, ehe dieselbe förmlich der Gegenstand eines Rechtsstreits geworden ist⁹⁸⁾. Dem Römischen Recht ist zwar eine solche purgatio morae nicht gemäß⁹⁹⁾. Allein man giebt hierin der Billigkeit wegen

lich auf fünf Jahre vermietet oder verpachtet zu werden. L. 4. §. 1. D. de reb. credit. L. 16. D. de liberat. leg. L. 25. §. ult. D. Sol. matr. L. 89. D. de Verb. Oblig. L. 13. §. ult. L. 24. §. 2. et 4. D. h. t. Diese Gewohnheit schreibt sich von der Verpachtung der Bölle her, welche bey den Römern von den Censoren geschah, deren Amt anfänglich fünf Jahre dauerte. S. CICERO ad Atticum Lib. VI. Epist. 2. PLUTARCH in Lucullo. VARRO de Ling. Lat. Lib. V. L. 3. §. 6. D. de iure fisci. S. FINESTRES c. 1. §. 4. pag. 829.

97) LINCKER cit. Diss. §. Quanti autem pag. 31. und STORER Diss. cit. §. 44. et 45.

98) S. LYNCKER Diss. cit. pag. 40. §. Porro. ITTIG cit. Diss. de expulsionem conduct. §. 12. Ehbaut Eyst. des Pand. Rechts 1. Band. §. 104.

99) L. 41. §. 12. D. de fideicom. libertat. VOET Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. ult.

wegen dem Canonischen Rechte den Vorzug ¹⁰⁰⁾). Nach dem Canonischen Rechte würde sich daher auch der Verpächter seines Rechts begeben, wenn er vor angestellter Klage die Zahlung ohne Protestation angenommen hat ¹⁾). So viel ist jedoch gewiß, und die *L. 3. Cod. h. t.* lehrt es auch klar, daß der Conductor den Miethzins ganz bezahlt haben müsse, wenn er wegen einer Entsetzung nichts mehr zu befürchten haben soll. Es befreit ihn daher nicht, wenn er nur einen Theil der Miethzins bezahlt hat, und das Uebrige schuldig geblieben ist ²⁾). Denn eine theilweise, selbst beynahe vollständige Erfüllung einer Verbindlichkeit wird in ihren Folgen juristisch der gänzlichen Nichterfüllung gleichgesetzt ³⁾). Jedoch entschuldigen rechtmäßige Ursachen, welche den Pächter an der Zahlung hinderten ⁴⁾).

In allen diesen Fällen nun, wo der Locator den Conductor vor der Zeit vertreiben kann, darf es jedoch nicht durch Privatgewalt, sondern es muß im Wege des Rechts durch richterliche Hülfe geschehen. Mehrere Rechtsgelehrten

100) S. STOER cit. Diss. §. 47. in fin.

1) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIV. Th. 13. not. 7. Nr. XII. STOER cit. Diss. §. 50.

2) Westphal §. 1019. a. E.

3) *L. 85. §. 6. D. de Verb. obligat.* Ehibaut System des Pand. Rechts 1. Bd. §. 106. Jedoch giebt MÜLLER ad *Struv.* Ex. XXIV. Th. 13. Not. 7. Nr. V. dem Locator die Lehre, sein Recht nicht gar zu streng zu verfolgen, und den Conductor um eines unbedeutenden Rückstandes willen zu vertreiben.

4) S. LYNCKER cit. Diss. pag. 38. §. *Ut autem.*

Glücks Erläut. d. Pand. 17. Th.

ten ⁵⁾ sind zwar anderer Meinung. Allein diese Meinung streitet gegen alles Recht ⁶⁾. Selbst ein ausdrücklicher Vertrag würde den locator nicht zur Selbsthülfe berechtigen, sobald sich der Conductor ihm widersetzt ⁷⁾. Er würde sich eines Spoliums schuldig machen ⁸⁾. Daß richterliche Hülfe angesprochen werden müsse, giebt auch Paulus in der oben angeführten L. 56. D. h. t. nicht un deutlich zu erkennen, wenn gleich die Worte, wie sie dort gefaßt sind, sich kaum grammatisch construiren lassen, wofern man nicht entweder mit Gerhard Noodt ⁹⁾ vor dem Worte aperire, nach den Basiliken ¹⁰⁾, noch die Worte

- 5) *Ant.* FABER Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. 42. Def. 58. *Hub. GIPHANIUS* Explanat. difficil. Legg. Cod. ad L. 9. de locato pag. 334. *Io. Frid. BOECKELMANN* Commentar. in Dig. h. t. §. 7. in fin. und *BOEHMER* Diss. de poena ius sibi dicentis sine iudice. Cap. I. §. 17.
- 6) L. 176. D. de div. reg. iur. L. 13. §. 3. D. de usufr. L. 13. D. Quod met. causa. *LYNCKER* cit Diss. §. Ex his igitur. pag. 50. sqq. *WERNHER* Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 136. *Sam. de COCCEJI* iur. civ. CONTROV. h. t. Qu. 16. *EMMINGHAUS* ad *Eundem* not. a. und *STOER* cit. Diss. §. 55.
- 7) L. 3. Cod. de pignor. §. *Struben* rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 32. *WERNHER* Sel. Observat. for. T. III. P. II. Obs. 376. *HOMMEL* Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. II. Obs. 379.
- 8) *WERNHER* cit. loc. Obs. 296. *STOER* cit. Diss. §. 56.
- 9) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Illud quale*. pag. 428. Auch *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. meint, man müsse sich die von Noodt eingeschalteten Worte hinzudenken, wenn ein vernünftiger Sinn herauskommen soll.
- 10) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const. 56. pag. 436. Τῶν ἐνοίκων ἐπὶ πολὺν χρόνον, τοῦτέστιν ἐπὶ διετίαν, μὴ Φαινομέ-

Worte: *ut sibi liceat*, einschaltet, oder mit Johann Jensius ¹¹⁾ die Worte, *aperire et describere a publicis personis*, passive für *aperiri et describi* ¹²⁾ nimmt; so wie auch die griechischen Wörter ἀνοίγεσθαι und γράφεσθαι sowohl active als passive gebraucht werden.

A a 2

§. 1053.

νομένων, μήτε τὸ στεγονόμιον κατατιθέντων, ἔξεστι οἷς διαφέρει ἀνοίγειν, καὶ παρόντων δημοσίων προσώπων ἀπογράφεσθαι τὰ ἐκεῖ ὄντα. i. e. *Conductoribus per longum tempus, hoc est, toto biennio, non apparentibus, neque mercedem habitationis exsolventibus, licet eis, quorum interest, aperire, et publicis personis praesentibus, quae ibi sunt, describere.* Diese Stelle steht auch bey HARMENOPULUS in Promptuario iuris (Προχειρο Νομῶν) Lib. III. Tit. 8. §. 35. Ich bemerke hier noch, daß die Worte des lateinischen Textes: *quorum interest*, in den Basiliken schicklicher auf die Vermiether und Eigenthümer der Gebäude gezogen worden sind. In dem lateinischen Texte stehen sie nach den Worten: *a publicis personis*. Gerh. Noodt a. a. O. glaubt daher, sie stünden hier nicht am rechten Orte, sondern müßten den Anfangsworten: *Cum domini hortorum insularumque* beygefügt werden. Allein man kann sie auch an ihrem Plage mit der Glosse so verstehen: *ad quorum officium pertinet*, oder wie sie in den Scholien der Basiliken T. II. pag. 481. erklärt werden, ἐφ' ὧν τοῦτο πράττεσθαι χρῆ i. e. *per quas* (sc. *personas publicas*) *id fieri debet.*

11) *Stricturae ad Rom. iuris Pand.* pag. 138. JENSIUS führt in seiner diesem Buch vorgesezten *Ampliata demonstratio, Rom. iuris Pandectas, hodie latine exstantes, ex graeca versione tractatos esse*, Art. 3. eine Menge Beispiele an, wo das Activum für das Passivum ist gebraucht worden.

12) So lesen auch HALOANDER und BAUBOUA.

§. 1053.

Pflicht des Vermiethers, den Conductor zu entschädigen, und die Neallasten zu tragen.

Der locator muß III. dem Conductor für jeden nicht rein zufälligen Schaden stehen¹³⁾. Wenn also 1) dem Conductor durch Ruin und Einsturz oder sonst durch einen Fehler der Sache ein Schaden geschehen ist, weil der Vermiether die Sache nicht in Zeiten repariren lassen, oder die Tauglichkeit der Sache nicht gehörig untersucht hat, so muß der locator diesen Schaden ersetzen¹⁴⁾. Hätte jedoch der Conductor gleich anfangs gewußt, daß die Sache fehlerhaft sey, so hat er sich den dadurch erlittenen Schaden selbst zuzuschreiben. Trat hingegen die Nothwendigkeit der Reparatur erst nachher ein, so kann zwar der Conductor deshalb keine *Cautio damni infecti* fordern, allein er kann gegen den locator *ex conducto* klagen, daß er die Sache repariren lasse, und er haftet dann für den

13) *L. 1. Cod. h. t. S. oben §. 1050. S. 350. ff.* Ist der Schade von des Vermiethers Leuten geschehen, ohne daß ihm selbst dabey etwas zur Last fällt, so darf der locator dafür nicht haften. *L. 45. pr. et §. 1. D. h. t. Westphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract §. 968 u. 969.* Auch steht der Vermiether, welcher eine Scheune, Magazin oder sonst ein Behältniß zur Aufbewahrung von Sachen ganz vermietet hat, nicht für die *Custodia* der inferirten Sachen, wenn er sich nicht ausdrücklich dazu verpflichtet hat. *L. 55. pr. L. 60. §. 9. D. h. t. L. 1. L. 4. Cod. eod. Westphal §. 967.*

14) *L. 14. pr. L. 25. §. 2. D. h. t. L. 19. §. 1. D. eodem. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIII. c. 7. § Aedus. u. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 426.*

den aus der Verzögerung entstandenen Schäden¹⁵⁾.
 2) Hat der Conductor, wie ihm freysteht, gleich selbst die nöthige Reparatur unternommen, so müssen ihm die Kosten von dem Locator ersetzt werden. Hat er aber außerdem noch etwas auf die gemietete Sache verwendet und daran machen und einrichten lassen, so kann er es zwar, wenn er abzieht, wieder wegrißen und mitnehmen. Es versteht sich aber, daß er alles wieder in den vorigen Stand setze, und daß die Trennung ohne Schaden der Hauptsache geschehen könne; sonst müssen ihm auch diejenigen Unkosten vergütet werden, welche zwar nicht nothwendig waren, aber doch entweder dem Locator selbst einen fortwährenden Nutzen gewähren, oder mit dessen Einwilligung verwendet worden sind¹⁶⁾, wie folgende Gesetzelehren.

L. 19. §. 4. D. h. t. ULPIANUS lib. 32. ad Edictum. Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adjecerit, quae actio locum habeat? Et est verius, quod LABEO scripsit, competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat: sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriore causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.

L. 55. §. 1. D. eodem. PAULUS lib. 2. Sententiarum. In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid *necessario* vel *utiliter* auxerit, vel aedificaverit,

15) *L. 13. §. 6. D. de damno infecto.* S. WESTPHAL de libertate et servitutib. praediorum §. 240. not. 198.

16) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 97. und Henr. LINCK Diss. de indemnitate conductori in locatione rerum praestanda. Altdorffii 1678.

verit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest.

Für solche nützliche oder nothwendige Verwendungen muß der Pächter auch dann noch Vergütung erhalten, wenn er auch aus irgend einer rechtmäßigen Ursache vor der Zeit vertrieben worden wäre ¹⁷⁾, wie aus folgender merkwürdigen Stelle erhellet.

L. 61. pr. D. eodem. SCAEVOLA lib. 7. Digestorum. Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, *ut vineas poneret*, nihilominus in fundum vineas instituit, et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus *istum colonum fundi ejectum* pensionum debitarum nomine conveniat, *an sumtus utiliter factor in vineis instituendis reputare possit*, opposita doli mali exceptione? Respondit, *vel expensas consecuturum, vel nihil amplius praestaturum.*

Sind hingegen Unkosten blos der Früchte wegen verwendet worden ¹⁸⁾, oder der Conductor hat sie blos zu seiner eigenen Bequemlichkeit auf die Sache verwendet, ohne daß daraus für den locator ein fortdauernder Nutzen entsteht, so kann der Conductor deshalb keinen Ersatz fordern, wenn nicht in Ansehung der letztern ein Anderes verab-

17) LAUTERBACH c. 1. §. 98. Westphal a. a. D. §. 939.

18) *L. 15. §. 7. D. h. t. L. 7. §. 16. D. Soluta matrim.*
LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 102. II. BRUMMER Exerc. de locat. et cond. Cap. IV. §. 3.

verabrebet worden ist ¹⁹⁾). Der Locator ist endlich auch 3) verbunden, alle ordentliche und außerordentliche Lasten und Abgaben, welche nicht auf die Person, oder blos auf die Früchte, auch nicht auf das Vermögen überhaupt gelegt sind, sondern auf der vermieteten oder verpachteten Sache selbst lasten (*onera realia*), zu tragen, und solche dem Conductor, wenn sie etwa von demselben wären bezahlt worden, zu vergüten, sofern nicht ein Anderes bedungen worden ist ²⁰⁾).

Wer die Einquartierungs-Last zu tragen habe, und welches rechtliche Verhältniß in Ansehung derselben zwischen dem Locator und Conductor eintrete, ist eine unter den Rechtsgelehrten sehr streitige Rechtsfrage ²¹⁾. Die meisten Rechtsgelehrten ²²⁾ sind zwar der Meinung, daß

19) L. 58. § 2. D. h. t. Westphal. §. 941.

20) L. un. §. 3. D. de via publica. L. 13. D. de impens. in res dotal. fact. L. 7. §. 2. L. 27. §. 3. L. 39 D. de Usufr. L. 2. Cod. de annona et tribut. L. 4. L. 20. §. fin. Cod. de Agriculis, et Censit. et Colon. Cap. 24. et 28. X. de decimis. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 99. et 101. de WERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 46. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXVI. medit. 9. de COCCEJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 36. Thibaut Syst. des Pand. N. 2. B. §. 862. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 507.

21) Man s. Guntb. Heint. von Berg Revision der verschiedenen Meinungen über das rechtliche Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Beziehung auf Einquartierungen; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. Nr. I. Ein Nachtrag zu dieser Abhandlung im 4. Th. der angef. Beobachtungen Nr. II. S. 58. ff.

22) TABOR de Metatis. P. II. Cap. 1. §. 13. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 23. Not. 6. LAUTERBACH Coll. Pand.

daß die Einquartierungslast für eine Reallast zu halten sey, und daß mithin der Vermiether oder Verpächter in der Regel nicht nur die Kosten des Quartiers, sondern auch die der Verpflegung tragen müsse, weil die letztere ein unzertrennliches Accessorium der erstern wären, und auch die Verpflegung der Einquartierten in Rücksicht auf das Haus, und als eine demselben anlebende Grundbeschwerte geleistet werden müsse. Man gründet diese
Mei-

Pand. h. t. §. 100. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 107. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. X. Specim. DCLXI. medit. 7. von Cramer Beylar. Nebenstunden. Th. 82. S. 73. von Selchow Rechtsfälle 2. B. Nr. LVIII. S. 244. ff. von Winkler rechtl. Abhandl. von Kriegsschäden 2. Abschn. 4. Hauptst. §. 4. ff. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 8. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. II. §. 29. 36. 38. et 39. verglichen mit Cap. I. §. 17. sq. *Ios. de STEIN* Diss. Damna per hospitationes, militares, vulgo Einquartierungen, conductori illata, a locatore quatenus resarcienda sint? *Wirceb.* 1797. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 414. Leist Staatsrecht. §. 263. Eines Ungenannten Bemerkungen über die Einquartierungskosten und deren Vergütung. Celle 1804. Phil. Bernh. Degen Nähere Entwicklung der Frage über die Concurrenz des Miethmanns eines ganzen Hauses und des Inhabers einer Official. Wohnung zu den Einquartierungskosten. Lüneburg 1808. Eines Ungenannten Abhandl. Ist der Miethsman eines ganzen Hauses von den Verpflegungskosten, welche die Einquartierung fremder feindlicher Truppen veranlaßt hat, frezusprechen? Celle 1804. Ueberhaupt auch Strelin rechtl. kamerallist. Abhandlung über Kriegslasten und Kriegsschäden. Frankf. 1799.

Meinung theils auf das römische Recht ²³⁾, theils auf die Natur der Sache, weil ohne Haus keine Einquartierung Statt finde, folglich sich von selbst ver-
stehe,

23) L. 1. L. 9. Cod. de metatis et epidemet. (XII. 40.)
L. 3. §. 13. et 14. D. de munerib. et honorib. L. 10. pr.
et §. 2. L. 11. D. de vacat. et excusat. muner. L. 3.
Cod. de munerib. patrimonior. Nov. CXXX. Daß in
diesen Gesetzen Einquartierungen zu den Vermögens-Lasten
gerechnet werden, hat keinen Zweifel. Ulpian sagt L. 3.
§. 14. D. de munerib. ganz bestimmt: Munus hospitii in do-
mo recipiendi non personae, sed patrimonii onus est. Eben
so R. Alexander L. 3. C. de munerib. patrim. Nun
machen die römischen Gesetze einen Unterschied zwischen Pa-
trimonial-Lasten, die nur Besitzungen und Grundstücken auf-
gelegt sind, und daher von jedem Eigenthümer anerkannt wer-
den müssen, er sey Bürger und Einwohner, oder nicht, und
solchen, welche nur den Bürgern und Einwohnern aufgelegt
werden. Zu den erstern werden diejenigen Lasten gerechnet,
welche auf Aeckern und Häusern ruhen. L. 6. §. 5. et L. ult.
§. 21. et 22. D. de munerib. et honor. Wenn nun Her-
mogenian L. 11. D. de Vacat. et excusat. muner. lehrt:
Sunt munera, quae rei proprie cohaerent, und zu dens-
selben namentlich hospitii suscipiendi munus rechnet; sollte
es wohl noch einem weitem Zweifel unterworfen seyn, daß
die Römer die Einquartierungen für wirkliche Reallasten er-
klärt haben? Es kommt hierzu, daß bey den Römern die
Einquartierung eine ordentliche bürgerliche Last war, die jeder
Ortseinwohner, den die Reihe traf, übernehmen mußte. L. 3.
§. 13. D. de munerib. Nach einer Verordnung der Kaiser
Arcadius und Honorius L. 2. C. de metatis war da-
her jeder Besitzer eines eigenen Hauses schuldig, den dritten
Theil seiner Wohnung dem Staate zur Beherbergung seiner
Soldaten und anderer Staatsdiener offen zu lassen. Nur die
übrigen Theile konnte er selbst bewohnen oder auch vermietthen.

stehe, daß die Last derselben auf dem Hause haften müsse; theils auf die Natur des Miethcontracts, welcher, als ein *contractus bonae fidei*, nicht nur erfordere, daß der Vermiether den Conductor in den vollen Genuß der vermietheten Sache setze, und ihm allen in dieser Hinsicht durch seine Schuld entstehenden Schaden ersetze, sondern auch, daß der Miether nur in so fern und in so weit den Miethzins entrichte, als er die gemiethte Sache wirklich genießt. Hindere daher auch ein Zufall den Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil; so sey er von dem Vermiether zwar keinen Schadensersatz, wohl aber verhältnißmäßigen Erlaß des Miethzinses zu fordern befugt. Unter solche Zufälle gehörten denn auch Kriegslasten, sobald sie von einiger Bedeutung seyen, und, unter dieser Voraussetzung, auch die Einquartierungen, nebst den, als einer *accessorischen* Last, gewöhnlich damit verbundenen Verpflegungskosten. Andere ²⁴⁾ hingegen läugnen schlechterdings,

S. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. III. cap. 11. und Jos. FINESTRES Comment. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris in L. 11. D. de vacat. et excusat. mun. pag. 404. sqq. Die Einquartierungslast beschränkte sich jedoch nur auf die bloße Einräumung des Quartiers. Alle Requisitionen waren ausdrücklich verboten. *L. 5. et 9. Cod. de metat. Nov. 130. cap. 1. et 4.* Es ist also wohl begreiflich, warum die römischen Gesetzgeber nähere Bestimmungen über das rechtliche Verhältniß zwischen den Mietherr und Vermiethern in Beziehung auf Einquartierungen für unnöthig hielten.

24) *MEVIUS P. II. Dec. 90. VOGT Diss. de eo, quod iustum et æquum videtur circa metata bellica. eorumque onere mixto, vulgo von der Einquartierungslast. Maguntiae 1796.*

terdings, daß die Einquartierung für eine Grundlast zu halten sey, und daß die römischen Gesetze, welche sich auf das römische Einquartierungs-System beziehen, so schlechterdings auf unsere jetzigen Zeitverhältnisse angewendet werden könnten, zumal da in allen hierher gehörigen Gesetzen von keiner feindlichen Einquartierung die Rede, noch überhaupt das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Rücksicht auf Einquartierungen darin ausdrücklich bestimmt sey. Sie halten vielmehr die Einquartierung für eine gemeinschaftliche Last, welche, solange die Ausgleichung unter allen Staatsbürgern nicht gesetzlich bestimmt ist, wenigstens die Einwohner eines Orts, welchen diese Last trifft, gemeinschaftlich zu tragen hätten. Daß also auch der Miether oder Pächter sich der Theilnahme an dieser Last nicht entziehen dürfe, sey der Billigkeit gemäß. Es wird dabey besonders auf außerordentliche Einquartierung

Struben rechtliche Bedenken Bd. I. Bed. 82. Bd. III. Bed. 87. Franz. Jos. Bodmann Erörterung der Grundsätze, wornach Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten, und zu veräquiren sind (Frankf. a. Main 1798.) 4. Abschn. S. 50. S. 224. Guil. Herm. RIEDESEL ab EISENBACH Commentat. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conduct. ob calamitates bellicas. Goettingae 1760. 4. Cap. III. S. 1. p. 98. Hymmen Beiträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 4. Samml. S. 102. f. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 10. Bd. Medit. 492. Besonders von Berg Gutachten über das Verhältniß der Miethsleute und Pächter gegen die Vermiether und Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, so wie der Pächter u. Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen; in Desscib. jurist. Beobachtungen. 4. Th. Nr. I.

tierungen, vorzüglich feindliche, Rücksicht genommen. Diese seyen ein zufälliges Ereigniß, welches alle Einwohner des Orts trifft. Der Vermiether, als Eigenthümer des Hauses, welches er durch die Vermiethung benützt, sey aber auch eben so gut als Einwohner des Orts zu betrachten, wie der Miether. Es müsse also auch der Eigenthümer einer vermietheten Wohnung an den Einquartierungskosten Theil nehmen. Benützte er, statt den Miethzins zu ziehen, die Wohnung selbst; so würde ihn die Last ganz und allein treffen. Daß nun aber beyde die in Beziehung auf dieselbe auferlegte Last gemeinschaftlich tragen, sey um so billiger, da beyde von derselben Sache gleichen Vortheil haben. Man fügt noch die Betrachtung hinzu, daß durch die Ausnahme der Einquartierung, und die Leistung dessen, was dabey sonst noch verlangt wird, der Conductor sowohl von sich, als von dem Eigenthümer, größeren Schaden abwende, von sich, Plünderung seiner Haabseligkeiten, vielleicht auch persönliche Mißhandlung, von diesem den Ruin seiner Gebäude. Zwar sey freylich der erste Fall eher und öfter zu besorgen, als der letztere; es müsse aber doch hierbey in Erwägung gezogen werden, daß die Geseze dem Miether oder Pächter wegen allzu drückender Einquartierungslast die Befugniß beylegen, nach vorgängiger Anzeige bey dem Eigenthümer, abzugiehen, und auf solche Art die Gebäude der Discretion des Militärs zu überlassen²⁵⁾. Von einem ganz andern Standpunct gehen diejenigen²⁶⁾ aus, welche den Satz auf.

25) L. 13. §. 7. L. 27. pr. D. h. t.

26) S. Weber über die Repartition der Kriegsschäden. Würzburg 1798. §. 76. ff. vergl. mit §. 28. Schmid über

aufstellen, die Einquartierungskosten sind eine Last des ganzen Staats, nicht des einzelnen Bürgers. Der Einzelne leistet bloß Vorschuß, und hat dann seinen Regreß an den Staat. Denn der Krieg ist das Factum des ganzen Staats, und nicht das Factum einzelner Individuen. Der Staat, und nicht das Individuum, muß demnach den Schaden tragen, und jeder im Krieg Beschädigte ist daher berechtigt, den Ersatz seines Schadens vom Staate zu verlangen. Da jedoch der Staat bloß aus einzelnen Individuen besteht, und jeder sich auf den Schuß und die Vertheidigung aller gegen Verletzungen von Aussen verlassen darf; so wird nun daraus gefolgert, daß der durch die Kriegseinquartierung verursachte Aufwand von der Gesamtheit der Bürger, wie jeder andere Kriegsschade, also von allen im Verhältniß zu ihrem Vermögen getragen werden müsse. Diese Kosten werden also im Ganzen zusammen gerechnet, und unter alle Mitglieder des Staats, sie mögen Häuser, oder anderes Vermögen besitzen, verhältnißmäßig vertheilt. Nach dieser Ansicht ist die Untersuchung der Frage, ob die Einquartierung eine dingliche, oder persönliche, oder vermischte Last sey, ganz überflüssig. Das Verhältniß zwischen dem Locator und Conductor bleibt unverändert. Der letztere kann den erstern wegen verhinderten Gebrauchs seiner gemietheten Wohnung, so wenig als wegen gehabter Einquartierungskosten, etwas anrechnen. Er zahlt ihm den Miethzins ganz,

über Vertheilung der Kriegsschäden und die Einquartierung insbesondere. Hildburghausen 1808. Ein Ungenannter über den neuesten Standpunct und das Princip der juristischen Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden. 1806.

ganz, und erwartet dann seine Entschädigung vom Staate, der diesen Schaden und Kostenaufwand unter alle Bürger nach möglichster Gleichheit vertheilt²⁷⁾. Endlich giebt es noch Rechtsgelehrten²⁸⁾, welche die Einquartierung für eine Personallast halten, welche auf der Person eines jeden Bürgers und Bauers ruhe, er sey Eigenthümer seiner Wohnung oder nicht. Sie falle also allein auf den Miether.

Dies sind die vorzüglichsten Meinungen über die vorgetragene Rechtsfrage. Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß man bey der Entscheidung derselben in vorkommenden Fällen zunächst auf die deshalb unter den Parthen getroffenen Verabredungen, und in deren Ermangelung auf die örtlichen oder allgemeinen Landesgesetze²⁹⁾ oder Observanzen Rücksicht zu nehmen habe. Hiernächst ist es in Ansehung des Verhältnisses zwischen Miether und Vermiether nicht gleichgültig, ob von Einquartierungen in Friedenszeiten, oder in Kriegszeiten die Rede ist. Die in Friedenszeiten gewöhnlich statt habende Quartiers- und Service-Last der Landes-

27) S. Weber in der angef. Schrift S. 87.

28) GRAEVIUS in Diss. de metatis. *Vitembergae* 1718. und *Danig* Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. §. 414. Allein schon LEYSER in *Meditat. ad. Pand.* Vol. X. Spec. 661. medit. 7. widersprach dieser Meinung. Die Gründe aber sind von GÜNTHER, Heinrich von BERG in den jurist. Beobachtungen u. Rechtsfällen 3. Th. S. 26. näher geprüft und widerlegt worden.

29) S. z. B. das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. Tit. 21. §. 289. und die Königl. Baiersche Verordnung vom 23. Febr. 1809.

landesherrlichen Soldaten wird lediglich nach den Grundsätzen einer öffentlichen Staatslast behandelt, und von der höchsten Staatsgewalt landesverfassungsmäßig mit Rücksicht auf die übrigen öffentlichen Lasten vertheilt. Da hierüber in jedem Lande eigene Reglements zur Ausgleichung oder zum Ersatz vorhanden zu seyn pflegen, durch welche zugleich allen Privatstreitigkeiten vorgebeugt wird; so wird darüber nicht leicht zwischen Miether und Vermiether ein Streit entstehen, der nicht sofort aus dem Einquartierungs-Reglement, oder der landesherrlichen Verordnung entschieden werden könnte. Die Frage, wer die Einquartierungslast zu tragen habe, kommt also gewöhnlich nur bey außerordentlichen Einquartierungen, welche mit besondern Beschwerden verbunden sind, so wie sie in Kriegszeiten beschaffen zu seyn pflegen, hauptsächlich aber bey feindlichen Einquartierungen, zur Sprache, weil in solchen Fällen der Raum genommen wird, wo er sich findet, und die übrigen Kosten hergeben muß, wer zunächst dazu angehalten werden kann. Bey Einquartierungen kommt aber nicht nur die mit dem bloßen Quartiergeben verbundene Last, sondern auch der gewöhnlich damit verbundene Kostenaufwand in Betrachtung. Beides muß daher unterschieden werden³⁰⁾. Ist von der bloßen Quartierlast die Rede, welche ledig.

30) Herr von Berg hat diesen Unterschied in seinen Gutachten über das Verhältniß der Miethleute und Pächter gegen die Vermiether u. Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, so wie der Pächter u. Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen; (in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen Th. 4. Nr. 1.) §. 20. ff. S. 16. ff. sehr gut ausgeführt.

lediglich darin besteht, daß der Hausbewohner den Einquartierten einen Theil seiner Wohnung überlassen muß, und woben sich die Hauptbeschwerde blos durch Beengung des Raums, bey dem Miethsmann aber durch Verhinderung des freyen Gebrauchs der gemietheten Wohnung äussert; so ist der Conductor nach dem Geist der hier allerdings anwendbaren römischen Geseze wegen einer solchen Verhinderung berechtigt, einen verhältnismäßigen Erlaß an dem Miethzins zu fordern, weil es unbillig seyn würde, daß der Vermiether den ganzen Miethzins ziehe, während der Miether die gemiethete Wohnung durch die bey ihm eingelegte Quartierung ganz zu benützen verhindert wird³¹⁾. Denn bey Hausmieten ist die Wohnung für die Hauptsache zu halten, worauf sich der zwischen dem Hauseigentümer und dem Inquilin geschlossene Miethcontract erstreckt. Wird nun dem Miether der Gebrauch derselben ohne sein Verschulden, sey es auch durch eine Gewalt, welcher der Vermiether keinen Widerstand zu leisten im Stande war, ganz oder zum Theil entzogen, so ist das Recht des Inquilins, einen verhältnismäßigen Erlaß des Miethgeldes zu fordern, auffer Zweifel³²⁾. So wie jedoch schon nach gemeinem Recht bey den Mieten eine geringe Unbequemlichkeit, oder auch ein solcher Schaden, der nicht von Beträchtlichkeit ist, in keine Betrachtung kommt,

31) L. 15. §. 7. L. 33. D. h. t. BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 11. et 17. sq. Cap. II. §. 29. sqq. Bodman Erörterung der Grundf. wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu peräquiren sind. §. 44. ff. S. 244. ff. von Berg angef. Gutachten §. 21. ff. S. 17. ff.

32) L. 33. in fin. D. h. t.

kommt, und deshalb keine Vergütung gefordert werden kann³³⁾; so stimmen nun auch hier alle Rechtsgelehrten³⁴⁾ darinn überein, daß eine unbedeutende Beschränkung des Gebrauchs der gemietheten Wohnung, welche durch kurze vorübergehende Durchmärsche und dadurch veranlaßte Einquartierungen verursacht wird, den Miethmann keinesweges berechtige, deshalb einigen Erlaß am Miethgelde von dem Vermiether zu verlangen. Diese Forderung ist nur dann begründet, wenn dem Inquilin durch die Einquartierung ein Theil seiner Wohnung, den er wirklich brauchte, oder dessen Entbehrung wenigstens ihm große Unbequemlichkeiten verursachte, entzogen worden ist. Sie fällt also weg, 1) wenn die Einquartierung einen Raum einnimmt, den der Miethsmann gar nicht zu benutzen pflegte, oder 2) den er zugleich mit der Einquartierung benutzte, wie dies bey den Wohnungen des Handwerksmanns oft der Fall ist, oder 3) wenn die Einquartierung, wie bey einem Truppen-Durchmarsche, nur kurz und vorübergehend ist, gesetzt auch, daß allenfalls ein Kastag gehalten würde. Sollten hingegen dergleichen Durchmärsche und Kastage öfter auf einander folgen, so daß durch solche Verhinderungen des freien Gebrauchs der Wohnung am Ende dem Miethsmann doch ein nicht unbes

33) *L. 27. pr. D. h. t. L. 15 §. 2. in fin. L. 25. §. 6. D. eodem.* BOEHMER cit. Diss. Cap. 1. §. 19.

34) MÜLLER ad *Stravium* Exerc. XXIV. Th. 19. not. β. BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 28. sq. Winkler *Abh. von Kriegsschäden.* 2. Abschn. 4. Hptst. nr. 6. ff. S. 406. ff. Bodmann angef. Erörterung §. 44. S. 214. von Berg *Gutachten* §. 23. in *De ff. jurist. Beobachtungen* 4. Th. S. 18. f.

unbedeutender Schaden erwachsen ist; so bleibt es bey der Regel. Bey Pächtern fruchttragender Grundstücke, wenn auch damit eine Wohnung verbunden seyn sollte, tritt nicht das nämliche Verhältniß ein. Denn bey Gutspächtern kommt die Wohnung gewöhnlich fast in gar keinen Anschlag, der Pächter wird auch dadurch nicht an der vollen Benutzung der dabey befindlichen Güter verhindert, und diese sind es doch eigentlich, um deren willen der Pachtcontract geschlossen worden ist. Man kann daher die Regel aufstellen, daß dem Gutspächter für die geleistete Quartierung vom Verpächter nichts vergütet werde³⁵⁾. Es können aber auch hier Ausnahmen Statt finden. Dahin gehört 1) wenn der Pächter beweisen kann, daß ihm die Wohnung, die er der Einquartierung hat einräumen müssen; zur vollkommenen Benutzung des Guts ganz unentbehrlich gewesen sey; oder 2) daß er einen Theil seiner Leute während der Einquartierung habe anderswo einmlethen müssen, und also durch die Beschränkung der zum Gute gehörigen Wohnung wirklichen Ver lust erlitten habe; oder 3) wenn in dem Pachtanschlage die Wohnung besonders, und zwar nach gleichem Preise, wie Miethwohnungen an dem Orte bezahlt zu werden pflegen, angesetzt worden ist. In diesen Fällen muß der Pächter dem Miethsmanne gleichgehalten werden³⁶⁾.

Verschieden von der Quartierlast, und ungleich bedeutender, als diese, sind die Einquartierungskosten. Man betrachtet sie zwar gewöhnlich als ein Accesso-

35) S. Bodmann a. a. O. §. 43. S. 211. und v. Berg angef. Gutachten §. 24. S. 19. f.

36) S. Bodmann a. a. O. und von Berg. S. 20.

cessorium der erstern, und wendet auf sie gleiche Grundsätze an. Allein das Gegentheil ergibt sich theils aus der Natur der Sache, weil Einquartierung mit Verpflegung nicht bloß den Raum, sondern hauptsächlich das baare Vermögen des Bequartierten angreift, theils auch schon daraus, weil aus dem Grunde des verhinderten Gebrauchs der Wohnung, aus welchem die Gesetze den Vermiether zu einem Erlaß an dem Miethgelde verpflichten, noch keinesweges folgt, daß derselbe auch an den Verpflegungskosten Theil zu nehmen schuldig sey. Darin wenigstens, daß von den Einquartierten auch des Miethers Sachen gebraucht worden sind, liegt für den Vermiether kein gleicher Verpflichtungsgrund³⁷⁾. Auch das Römische Recht bietet hier keine Entscheidungs-Norm dar³⁸⁾. Denn die Gesetze desselben reden bloß von ordentlichen, nicht aber von außerordentlichen Einquartierungen, sie reden von Einquartierungen in Friedenszeiten, nicht von Einquartierungen zu Zeiten des Kriegs. Sie reden von Einquartierungen, welche ausdrücklich nur auf die bloße Einräumung des Quartiers beschränkt, und mit keinem Beföstigungs - Aufwande verbunden sind³⁹⁾.

B b 2

Sie

37) von Berg a. a. O. §. 22. S. 18.

38) S. Bodmann a. a. O. §. 40. S. 206. Not. 2. und §. 50. S. 225. Weber a. a. O. §. 73. S. 198. v. Berg a. a. O. §. 25. u. §. 35.

39) L. 5. Cod. de metatis. (XII. 41) — Solam sane hospitalitatem, verordnen hier die Kaiser Honor u. Theodos sub hac observatione concedimus, ut nihil ab hospite, quod vel hominum vel animalium pascuis necessarium creditur, postuletur. — Decem etiam librarum auri multa ferietur, quisquis administrator, rogator, apparitorve

Sie reden endlich von den Besitzern eigener Häuser, nicht von Miethleuten ⁴⁰⁾, und stehen auch überhaupt mit der römischen Municipal - Finanz - und Kriegs - Verfassung in einer zu engen Verbindung, als daß man bey den in unsern Tagen ganz veränderten Umständen davon mit Sicherheit Gebrauch machen könnte. Aus diesen Gründen sprechen daher auch einige Rechtsgelehrten ⁴¹⁾ den Vermiether einer bloßen Wohnung von einer Concurrnz zu den Verpflegungskosten ganz frey, weil sie an sich eben so wenig ein Hinderniß in dem Gebrauche derselben machen, als sie rechtlich für eine nothwendige Folge der Quartierslast zu halten wären. Andere ⁴²⁾ hingegen unterscheiden, ob sich das Militär bey Individuen selbst einquartirt, und Verpflegung verlangt, oder sich an die Ortsbehörde gewendet, und von dieser eine Anweisung des Quartiers verlangt habe. In dem ersten Falle sey dieß eine Verletzung, wofür kein Ersatz gefordert werden könne; in dem letzten aber eine Last der Gemeinde, an welcher jedes Mitglied derselben nach dem Verhältniß des Vermögens im geographischen Umkreise der Gemeinde, und des Vortheils, den es innerhalb ihres intellectuellen Umfangs

ges

torve ullus militans scilicet, vel iter agens ullo in loco aliquid ab hospite postulaverit. — *L. un. Cod. de salgamo hospitibus non praestando.* (XII. 42.)

40) *S. L. 9. Cod. de metatis.*

41) *S. Kunde rechtliche Grundsätze über die Vertheilung der Einquartierungslast.* Oldenburg 1808.

42) *S. Haus Beiträge zur Berichtigung der rechtlichen Grundsätze über den Ersatz und die Vertheilung der Kriegsschäden.* Nürnberg 1801.

genleßt, seinen Antheil tragen müsse. Die richtigste Meinung ist unstreitig diejenige, daß die Einquartierungskosten durch eine billige Concurrenz beyder Theile auszugleichen seyen⁴³). Denn daß auch die Miethleute sich der Theilnahme an diesen Kosten nicht entziehen können, ist schon darum der Billigkeit gemäß, weil sie, als Mitbürger des Staats und der einzelnen Gemeinheit, verbunden sind, die außerordentlichen Staats- und Communlasten eben so gut, wie die Hausbesitzer, pro rata zu tragen. Diese Billigkeit leuchtet noch mehr ein, wenn man erwägt, daß es besonders in den größern Städten, und in Handelsplätzen unter den Miethleuten viel angesehene reiche Leute, und im Gegentheil mehr unbemittelte Hausbesitzer giebt, welche ihrer Handthierung wegen sich ein eigen Haus anschaffen mußten. Wenn nun die mit Verfleugung verknüpfte Einquartierung blos auf die Hausbesitzer gelegt würde, so bliebe ja eine Classe reicher und bemittelter Bürger frey von einer äußerst wichtigen Staatslast, während ein anderer wenig bemittelter Theil dadurch zu Grunde gerichtet wird. Ich übergehe andere Gründe, die bereits oben (S. 399. f.) angeführt worden sind, und berühre hier nur noch die Frage, nach welchem Verhältniß die beyderseitige Concurrenz zu bestimmen sey? Bodmann⁴⁴) glaubt, wegen der gleichen Vortheile, welche der Miether

und

43) S. von Berg angef. Gutachten §. 44. in den jurist. Beobachtungen. Tb. 4. S. 36. ff. Man sehe auch eines Ungenannten Gedanken über die rechtliche Natur des Einquartierungsgeschäfts und dessen zweckmäßige Einrichtung. Leipzig 1807. S. 9. ff.

44) Erklärung der Grundf. wornach die Kriegsschäden festzustellen 2c. §. 50. S. 226.

und Vermieterher aus dem Contract genieffen, müßten auch die Einquartierungslasten unter sie zu gleichen Hälften vertheilt werden. Andere ⁴⁵⁾ hingegen nehmen zur Regel an, daß der Antheil auf der Seite des Vermiethers darum der größere seyn müsse, weil derselbe, indem ihm durch das Miethgeld sein Capital verzinsset, und gemeiniglich auch der Betrag der gewöhnlichen Abgaben und Reparaturkosten erstattet wird, sein Eigenthum vollständig nuzet, während der Miether durch die Ausübung des Wohnungsrechts nichts genießt, als was er völlig und oft über den Werth bezahle. Sie wollen daher dem Miether eines Hauses $\frac{2}{3}$, dem Pächter eines Landguts hingegen $\frac{1}{3}$ tel der Einquartierungskosten auflegen. Allein es läßt sich hier über keine allgemeine Regel aufstellen, sondern es muß die Bestimmung der beyderseitigen Concurrenz dem Ermessen des Richters überlassen werden, welcher hierbey auf Seiten des Vermiethers die Größe, den Werth und die Benutzung des Hauses, auf Seiten des Miethers aber die Beschaffenheit seines Gewerbes und seiner Habseligkeiten, auf Seiten des Pächters endlich die Größe des Kostenaufwandes im Verhältniß zu dem Pächtertrage in Erwägung zu ziehen hat. Dabey wird denn aber freylich vorausgesetzt, daß von dem zu leistenden Ersatze alles ausgeschlossen werden müsse, was der Quartiergeber aus völlig freyen Willen mehr geleistet hat, als nöthig war. Die Gränzen des Aufwandes werden nämlich durch Reglements und Ordonnanzen, oder durch besondere Verfügungen derer, die dazu berechtiget sind, oder doch die

45) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Ved. 82. S. 195. von Berg angef. Gutachten §. 47. ff. S. 39. ff.

Gewalt dazu haben, oder endlich durch die Gewohnheit des Orts bestimmt. Doch sind auch hier die vorkommenden Umstände zu erwägen. Denn könnte der Miether oder Pächter erweislich machen, daß er durch den jene Vorschriften überschreitenden Kostenaufwand dem Gute oder Hause einen wesentlichen Nutzen gestiftet habe, indem z. B. dadurch Unordnungen verhütet, Haus und Güter dadurch geschützt, und dadurch Schäden und Gefahr abgewendet worden; so kann auch wegen eines solchen Aufwandes von Richteramtswegen ein Ersatz zugebilliget werden ⁴⁶⁾.

§. 1054.

B. Besondere Verbindlichkeiten des Locators bey der Vermietung von Diensten.

Bei der Vermietung der Dienste ⁴⁷⁾ ist 1) der Vermiether verbunden, die versprochenen Dienste gehörig zu leisten. Geschieht dieses durch seine Schuld nicht, so verliert er nicht nur seinen Anspruch auf den bedungenen Lohn, sondern der Miether kann auch überdem das Interesse verlangen ⁴⁸⁾. Eben dieses findet Statt, wenn die Dienste nur zum Theil geleistet worden, und das unvollkommen Geleistete für den Miether gar keinen Nutzen hat.

46) Hobmann a. a. O. §. 51. S. 227. und von Berg angef. Gutachten §. 48.

47) STRUV Diss. de operarum locatione et conductione. Ienae 1692. HUNOLD D. de locatione conductione facti. Erfurti 1725.

48) §. ult. I. de Verb. obligat. L. 13. §. 1. D. de re iudicata. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 990. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 109.

hat⁴⁹⁾. Ja der Vermiether wird dadurch nicht einmal immer von seiner Verbindlichkeit frey, z. B. wenn der Baumeister das Haus an einem andern Orte erbauet hat, als wo es nach dem Contract geschehen sollte⁵⁰⁾. Ein Anders wäre, wenn der Miether an der Nichterfüllung Schuld seyn sollte. Hier muß dennoch dem Vermiether der volle Lohn entrichtet werden, wosern er ihn nicht etwa von einem andern Miether erhalten sollte⁵¹⁾. Hat der Locator seine Dienste mehreren zugleich vermiethet, so geht zwar der erste Miether dem letzteren vor, jedoch kann dieser Entschädigung fordern, wosern sich nicht etwa der erstere Miether lieber mit dem Interesse begnügen, und dem letzteren den Vorzug einräumen wollte⁵²⁾. 2) Der Vermiether muß auch bey Leistung der Dienste den gebührenden Fleiß anwenden. Wird daher die Sache, in Rücksicht welcher seine Dienste gemiethet worden sind, durch seine Ungeschicklichkeit verdorben, oder sie geht durch Mangel an nöthiger Aufsicht verloren, so muß er den Schaden unbedingt ersetzen⁵³⁾.

L. 13.

49) S. Bucher Recht der Forderungen §. 76.

50) L. 2. §. 7. D. de eo, quod certo loco. Verb. quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur.

51) L. 61. §. 1. D. h. t. L. 24. D. de condit. et demonstrat. VOET Comm. ad Pand. h. t. § 27. LAUTERBACH c. 1. §. 108. v. Bülow u. Hagemann's pract. Erörterungen. 1. B. Nr. 25.

52) L. 26. D. h. t. In operis, duobus simul locatis, convenit priori conductori ante satisfieri. S. Westphal vom Kauf, Pacht, und Mieth, Contract. §. 960. S. 723.

53) S. Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 30 und Io. Ern. Bern. EMMINGHAUS ad Eund. Not. d. p. 474. sq. Man s. auch SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquil.

L. 13. §. 5. D. h. t. ULPIANUS lib. 32. ad edictum.
Si gemma includenda aut insculpanda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio: *si imperitia facientis, erit.*

L. 27. §. 29. D. ad Legem Aquiliam. ULPIANUS lib. 18. ad Edictum. Si calicem diatretum⁵⁴⁾ faciendum dedisti, *si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur*: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus. Et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, *quae res ex locato tollit actionem et Aquilias.*

L. 9. §. 5. D. h. t. ULPIANUS lib. 32. ad Edictum. CELSUS etiam *imperitiam* culpa adnumerandam libro VIII. Digestorum. scripsit. Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, *et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

L. 13. pr. D. eod. ULPIANUS eodem. Item quaeritur, si cisiarius, (id est, carrucharius) dum caeteros

Aquil. Lib. II. Cap. II. Sect. 12. nr. 6. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. § 1986. nr. III. und Westphal §. 964.

54) *Calix diatretus* heißt ein Becher, welcher gestochene oder geschnitzte Figuren hat; von *διατρέω*, *διατρέφω*, Calix caelatus et tornatilis. Daher *Toreuma*, Schnitzwerk. MARTIALIS Lib. XII. Epigr. 71. S. Guil. BUDAEBUS Annotat. prior. et poster. in Pand. ad h. l. p. 118. b. in fin. (Lutetiae 1556. f.)

terros transire contendit, cisium evertit, et servum quassavit vel occidit? Puto ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit. Sed et utilis Aquilia ei dabitur.

§. 2. eiusd. L. Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit, et tempestate orta temperare non potuerit, et navem perdiderit: vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.

L. 25. §. 7. D. eodem. CAIUS lib. 10. ad Edict. provine. Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.* Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad caeteras res transferri potest.

3) Der Locator muß die Kosten tragen, welche aufzuwenden sind, um die vermieteten Dienste leisten zu können. Z. B. der Fuhrmann, den ich zum Transport einer Sache gemiethet habe, muß den Zoll für das Fuhrwerk bezahlen, ich hingegen habe nur die Abgabe für die Waare zu tragen⁵⁵⁾.

4) Für den Zufall steht jedoch derjenige nicht, welcher Dienste und Arbeiten für Andere um einen Lohn übernommen

55) L. 60. §. 8. D. h. t. L. 2. §. 1. D. de L. Rhod. de jactu. Westphal. a. D. §. 942. Ehbaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 862. S. 273.

men hat ⁵⁶). Es lassen sich indessen hier folgende Fälle denken. Der Zufall kann A) die Person betreffen, und die Leistung der Dienste ganz oder zum Theil unmöglich machen. Hier kommt es darauf an, wem der Zufall begegnet ist. Ereignet er sich a) in der Person des Miethers, dieser wird z. B. durch Krankheit gehindert, sich die Dienste leisten zu lassen, oder er stirbt; so ist der Vermiether von seiner Verbindlichkeit frey, kann aber doch den ihm versprochenen Lohn fordern, eben so, als ob er die Dienste geleistet hätte, vorausgesetzt, daß er sich unterdessen bey keinem Andern vermietet hat.

L. 19. §. 9. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Cum quidam exceptor operas suas locasset; deinde is, qui eas conduxerat ⁵⁷), decessisset: Imperator ANTONINUS cum Divo SEVERO rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: *Cum per te non stitisse proponas, quominus locatas*
ope-

56) L. 13. §. 1. et §. 5. D. h. t. L. 27. §. 29. D. ad Leg. Aquil. Westphal §. 970.

57) In den Basiliken Tom. II. pag. 424. wird der *voráπιος* genannt, welcher hier *exceptor* heißt, ein Geschwind-Schreiber, der das, was man ihm dictirte, oder was von Rednern, oder Andern ausgesprochen wurde, so geschwind niederschrieb, als es war ausgesprochen worden. Dieß ist die Bedeutung des Wortes *Excipere*, wie aus SUTTON, in *Caesare*. Cap. 54. in *Nerone* c. 53. und *Tito* cap. 3. erhellet. Man sehe LIPSIIUS ad *Taciti Annal.* Lib. V. cap. 4. Exc. A. HEINSIUS et BURMANNUS ad *Petron.* c. 53. und DU FRENE in Glossar. voc. *Actuarius*; auch Guil. PAUW. Disput. ad *varia iuris civ. Capita.* Traj. ad Rhen. 1704. Cap. I. (in *Ger. OELRICHS Thes. Dissert. iurid. select. in acad. Belgic. habitat.* Vol. I. T. I. pag. 112.)

operas Antonio Aquilae solveres: si eodem anno mercedes ab alio non accepisti: fidem contractus impleri aequum est.

L. 38. pr. D. eodem. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

Ist hingegen b) der Vermiether durch Zufall gehindert worden, die Dienste zu leisten, so ist er zwar auch von seiner Verbindlichkeit frey, und es findet gegen ihn keine Interessenklage Statt. Er kann aber auch den versprochenen Lohn, soweit er die Dienste zu leisten außer Stand war, nicht verlangen, und muß ihn in eben der Maasse wieder erstatten, wenn er ihn etwa voraus erhalten hätte⁵⁸⁾.

L. 15. §. 6. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua⁵⁹⁾ acceperat, repeteretur⁶⁰⁾,
re-

58) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 22. MÜLLER ad Eundem. not. a. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 105.

59) So liest die Florentinische Handschrift, und dann ist *pro mutua* soviel, als in antecessum, oder wie es in der *L. 19. §. 6. D. h. t.* heißt *pensionem prorogare*, oder wie HALOANDER richtiger liest, *praerogare*, den Lohn voraus bezahlen. S. HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICTo, eiusque fragmentis (*Lipsiae* 1806.) §. 16. Diese Lesart vertheidigte auch EUJAZ, vom Pithöus belehrt, *Observat. Lib. III. cap. 1.* und glaubte *Lib. VIII. cap. 34.* die Klage sey hier die *Condictio ex promutuo*, d. i. die *Condictio indebiti*. Allein die Lesart ist hier sehr verschieden. Unser Erlanger Coder liest *pro invecto*. HALOANDER und BAUDOJA haben:
quam

rescriptum est ab ANTONINO Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, *cum munere vehendi functus non sit* ⁶¹) quod in omnibus personis similiter observandum est.

Man macht jedoch eine Ausnahme, 1) wenn die Gesetze dem locator aus besonderer Begünstigung ein Deservitum einräumen ⁶²). Allein dieser Fall kann bey einer bloßen Dienst-

quam *pro inveccto nauta* acceperat. In der Gebauerischen Ausgabe wird die Lesart gebilliget: *quam promte nauta acceperat*. Die florentinische Lesart hat jedoch *Io. Guil. HOFFMANN* in *Observation. variis ad pand. Dissertat. XVII. §. 3.* durch mehrere Stellen der Griechen bestärkt. Deswegen läßt sich aber doch nicht mit *Cuja;* behaupten, daß wegen des voraus bezahlten Lohns die *Conditio indebiti* Statt finde. Das Gegentheil lehrt *L. 19. §. 6. D. h. t.* *Cuja;* hat nachher in seiner *Recitat. in Cod. ad L. 5. h. t.* selbst die *actio conducti* angenommen. Man vergleiche noch *Em. MERILLIUS* *Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 27.* und *Osius AURELIUS* *Dispunct. ad Merillium Dispunct. XXVII.* (in *Thes. iur. Rom. Otton. Tom. III. pag. 763.*)

60) Statt *repeteretur*, wie die Laurellische Ausgabe liest, hat unser Erlanger *Codex* *repeteret*. So liest auch *Halobander*. *Westphal* vom Kauf *ic. §. 937.* behält zwar *repeteretur* bey, glaubt aber, es müsse dann statt *quidam* besser *a quodam*, und statt *vectoram* vielmehr *vectura* heißen.

61) Diese Worte beweisen, daß hier mehr von einer *locatione operarum* als *rerum* die Rede sey. *S. Mich. God. WERNHER* *Lectiss Commentat. in Pand. h. t. §. 8.*

62) *J. B. L. 4. D. de officio assessor. L. 19. §. 10. D. h. t. L. 38. §. 1. D. eodem. L. 15. §. 1. Cod. de advocatis div. iudicior. L. 3. §. 6. L. 5. §. 6. Cod. de advoc. diversor iudicium.* *S. Ehibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Band. §. 175. S. 134. der 4. Ausgabe.*

Dienstvermlethung, vermöge welcher illiberale Dienste für einen bestimmten Lohn geleistet werden, nicht Statt finden. Die Geseze reden von besoldeten Staatsdienern und Advocaten, deren Dienstleistung sich auf keinen locati-
 ons-Contract gründet. Ueberhaupt aber ist noch erst die Frage, ob von den Vorrechten, welche den römischen Fiscalen eingeräumt werden, wegen der veränderten Verhältnisse, noch heut zu Tage Gebrauch zu machen sey? worüber ich an einem andern Orte⁶³⁾ meine Meinung gesagt habe. Man macht 2) eine Ausnahme bey Dienstboten, welche durch Krankheit verhindert worden sind, ihren Dienst zu verrichten⁶⁴⁾. Zwar bescheidet man sich, daß wenn der Contract mit einem Dienstboten auf mehrere Jahre geschlossen worden ist, und dieser dann durch Krankheit unfähig wird, die versprochenen Dienste seiner Herrschaft fernerhin zu leisten, derselbe nicht den Lohn für die ganze Dienstzeit fordern könne, die er hätte aushalten müssen, wenn er gesund und dienstfähig geblieben wäre. Allein das hält man wenigstens der Billigkeit, welche bey bonae fidei Contracten, zu denen der gegenwärtige Contract

63) S. den 4. Th. §. 326. a. S. 370. Not. 27. und 5. Th. §. 371. S. 124.

64) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXII. medit. 5. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 332. Christ. Lud. STIEGLITZ Progr. famulis aegrotantibus aut eorum mortuorum heredibus mercedem integram annuam praestandam atque sostrum pro eorum salute solvendum esse. Lipsiae 1769. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 4. und 10. Ad. Th. KIND Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 49. pag. 270. 399.

tract unstreitig gehöre, mehr, als das strenge Recht, zu berücksichtigen sey⁶⁵⁾, allerdings gemäß, daß einem Dienstboten wenigstens für das Jahr, da er, wegen einer ihn ergriffenen Krankheit, seinen Dienst fortzusetzen unfähig wurde, der ganze Lohn ohne Abzug entrichtet werden müsse. *Leyser*⁶⁶⁾ hat sogar mehrere Stellen sowohl aus dem römischen als canonischen Recht angeführt, um diese Meinung zu bestärken. Denn so habe *Paulus* in seinem libro singulari Regularum, woraus die *L. 38. D. h. t.* genommen ist, als allgemeine Regel aufgestellt: Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. Diese Stelle sey hier um so mehr anwendbar, da eine Krankheit als eine blos zufällige Verhinderungsurache in der Dienstverrichtung anzusehen sey, und daher als ein unvorhergesehener Zufall dem Dienstboten nicht zum Nachtheil gereichen könne. *Adfecto et misero non addenda est calamitas.* Eben deswegen werde auch ein Schiffer in der *L. 10. §. 1. in fine D. de Lege Rhodia* entschuldiget, wenn er durch Krankheit sey verhindert worden, seinen Dienst zu verrichten. Ja *Paulus* sage *L. 4. §. 5. D. de Statuliberis* in einem gewissen Falle, wo ein Herr seinem Sklaven die Freyheit unter der Bedingung vermacht hatte, wenn er seinem Erben noch ein Jahr gedient haben würde, ausdrücklich, daß auch die Tage, da der Sklave krank gewesen und nicht habe dienen können, in dieses Dienstjahr eingerechnet werden müßten. *Sed etsi quibusdam diebus,*

65) *L. 4. Cod. de obligat. et act. L. 8. Cod. de iudic. L. 90. D. de reg. iuris.*

66) *a. a. D. medit. 5. pag. 634.*

bus, dieß sind des Paulus Worte, aut valetudo, aut alia iusta causa, impedimento fuerit, quominus seruiat, et hi anno imputandi sunt. *Servire enim nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur.* Von gleichem Geiste der Billigkeit belebt, verordne denn auch endlich das canonische Recht *Cap. 1. X. de clerico aegrotante, quod Clericum ad percipienda beneficia, quae consueta sunt ab ecclesia, aegritudo sua non debeat impedire.* Allein es ist ein Unterschied zu machen, ob die Krankheit eines Dienstboten nur von kurzer Dauer, oder ob sie so anhaltend war, daß der Dienstherr eine beträchtliche Zeit hindurch oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen. In dem ersten Falle würde es allerdings sehr hart, und selbst den Rechten zuwider seyn, wenn man bey einer solchen kurz dauernden Krankheit den Lohn des Dienstboten kürzen wollte ⁶⁷⁾. Daß aber der Bediente auch in dem zweyten Falle den völligen Lohn fordern könne, läßt sich aus den von *Leyser* angeführten Gesetzen nicht süglich erweisen, da sie offenbar diesen Fall gar nicht betreffen, wie *Scruben* ⁶⁸⁾, *Wernher* ⁶⁹⁾ und andere ⁷⁰⁾ nach ihnen schon

67) *Arg. L. 27. pr. D. h. t. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. und Ab. Diet. Weber* syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 102.

68) *Rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 69.*

69) *Lectissim. Commentation. in Pand. P. I. h. t. §. 8.*

70) *Gebr. Overbeck* Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 6. Band. *Red. 342. und 10. Ern. Iust. MUELLER* *Observat. pract. ad Leyseri Meditat. Tom. II. Fasc. 2. Obs. 434.*

schon längst gezeigt haben. Eine von den Befehlen nicht unterstützte Billigkeit würde doch immer nur auf eine unvollkommene Pflicht hinausgehen, welche durch richterliche Hülfe nicht erzwungen werden kann. Der Hauptzweifel, der sich nicht heben läßt, bleibt immer der, daß der Lohn für die Dienste versprochen wird, und daher nicht mit Recht gefordert werden kann, wenn die letzteren nicht geleistet worden sind. Auf diesem Grunde beruhet die Entscheidung der *L. 15. §. 6. D. h. t.* und nach den Worten: *quod in omnibus personis similiter observandum est*, ist sie für alle andere Fälle gleicher Art geltend. Von dieser Regel wird nun zwar in der *L. 38. pr. D. h. t.* eine Ausnahme in dem Falle gemacht, *si per eum, qui operas suas locavit, non stetit, quominus operas praestet*. Allein diese Ausnahme tritt hier offenbar nicht ein, wenn ein Dienstbote durch eine langwierige Krankheit an der Verrichtung seiner Dienste gehindert wird. Warum soll hier der bloß seine Person betreffende Zufall gerade dem Dienstherrn schaden? *Cocceji* ⁷¹⁾ will jedoch den Fall ausnehmen, wenn der Lohn vorausbezahlt worden ist. Hier finde keine Zurückforderung Statt, wenn auch die Dienste nicht geleistet worden wären. Allein die *L. 38. §. 1. D. h. t.* redet von Advocaten. *Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent*. So sagt *Paulus* in der angeführten Stelle. Wenn man nun auch hier nicht gerade mit *Westphal* ⁷²⁾ einen solchen Fall annimmt, da durch die Schuld

des

71) *Iur. civ. controvers. h. t. Qu. 29. Exc.*

72) Lehre des gem. Rechts vom Kauf, 16. §. 1001. a. E.

des Klienten die dem Advocaten aufgetragene Rechtsfache nicht ausgeführt wurde; so ergiebt sich doch aus andern Gesetzen ⁷³⁾ deutlich, daß es aus einer besondern Begünstigung geschieht, wenn von einem Advocaten das ihm für die Führung des Processes vorausgegebene Honorar nicht wieder zurückgefordert werden kann, wenn er ohne seine Schuld, und selbst durch seinen Tod, daran verhindert wird; welches also wohl auf Dienstboten keine Ausdehnung leidet ⁷⁴⁾. Das Gegentheil lehrt offenbar die oben angeführte *L. 15. §. 6. D. h. t.*

B. Hat der Zufall die Sache betroffen, wegen welcher die Dienste zu leisten sind, so trägt der Miether als Eigenthümer den Schaden ⁷⁵⁾, und er ist dennoch den versprochenen Lohn zu bezahlen schuldig ⁷⁶⁾. Dagegen vergütet aber auch der Besteller der Arbeit dem Arbeitsmann den Schaden nicht, wenn dieser bey der Arbeit sein Handwerkszeug verdirbt ⁷⁷⁾. Die Regel, daß der ge-

dun-

73) *L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. L. ult. Cod. de condict. ob causam dator.*

74) *S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 15. §. 6. D. h. t. und EMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. not. 2.*

75) *L. 13. §. 1. et 5. D. h. t. L. 27. §. 29. D. ad Leg. Aquil. STRUV Syntagm. iuris civ. Exerc. XXIV. Th. 23. Westphal §. 970. und Car. Aug. HAASE Comment. iuris civ. Rom. II. de opere locato et conducto. Lipsiæ 1814. Cap. III. §. 2. pag. 21.*

76) *L. 33. D. h. t. Verb. Quemadmodum. S. Sam. Frid. WILLENBERG Selecta iurisprud. civ. P. II. Exerc. XLII. §. 7.*

77) *L. 2. §. 1. D. de Leg. Rhodiâ de jactu. Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exar-*
ma-

bungene Arbeiter für keinen bloßen Zufall steht, leidet aber ihre Ausnahmen, 1) wenn er den Zufall vertragsweise übernommen hat ⁷⁸⁾; oder 2) verabredet worden ist, daß die zum Transport oder zur Verarbeitung verbundene Sache nicht in Natur, sondern nur eine Sache von gleicher Gattung dafür geliefert werden solle ⁷⁹⁾. Denn hier wird derjenige, der eine solche Dienstleistung übernommen hat, Eigentümer der Sache, und der Besteller der Dienste bleibt ein bloßer Gläubiger der Quantität, wie aus folgendem merkwürdigen Gesetz erhellet.

L. 31. D. h. t. ALFENUS lib. 5. Digestorum a Paulo epitomator. In navem Saufeii cum complures frumentum confunderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat. Quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt *oneris aversei*

Et 1

actio-

maverit; nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. *Nam et si faber incudem aut malleum frugerit; non imputaretur ei, qui locaverit opus.* S. MÜLLER ad *Struvium Ex. XXIV.*

Th. 23. not. 7. und HAASE cit. *Comm. II. cap. III. §. 4.*

78) *L. 13. §. 5. D. h. t.* Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim, etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio *Bestphal §. 971.*

79) *Hug. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 9. §. Interdum. pag. 642. Sam. Frid. WILLENBERG Exercit. de opere conducto §. 7. (in EJ. Select. iurispr. civ. P. II. Ex. XLII. §. 2.) MENEEN Syst. Pandect. h. t. §. 23.1*

actione? Respondit, rerum locatorum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; *aut eiusdem generis redderetur*, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere: *ex posteriore, in creditum iri.* — Secundum quae videri triticum factum Saufeji, et recte datum. Quod si separatim tabulis, aut heronibus, aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset: non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum; quod nauta solvisset, vindicare. *Et ideo se improbare actiones oneris aversi:* quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, *ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret*, non videretur onus esse aversum, *quippe quod nautae fuisset:* sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse *iudicium oneris aversi.* Sed si ita datum esset, *ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere.* Nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi. Neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento: quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam caeterorum.

Es wird in dieser Stelle, und zwar zu verschiedenen Malen, einer Klage, als ganz bekannt, gedacht, welche außerdem nirgends weiter vorkommt, nämlich der *actio oneris aversi*, und aus Gründen gezeigt, daß sie gerade in

In dem Falle, welchen *Ulfentus* hier entscheidet, nicht Statt haben solle. Mehrere Kaufleute hatten nämlich einen Schiffer gebunden, um ihnen Getraide für einen bestimmten Lohn an einen bestimmten Ort zu bringen. Das Getraide der verschiedenen Eigenthümer war aber weder in besondern Verschlägen, noch in Säcken, Körben⁸⁰⁾, oder Fässern⁸¹⁾ von einander abgefordert worden, sondern sie hatten es auf dem Schiffe in einen Haufen zusammengesüttet. Nachdem das Schiff in den bestimmten Hafen eingelaufen war, gab der Schiffer einem der Interessenten auf dessen Verlangen seinen Antheil von dem gemeinschaftlichen Haufen, dann ging das Schiff mit der übrigen Ladung zu Grunde. Es fragte sich nun, ob nicht die übrigen Interessenten gegen den Schiffer wegen der ihnen gebüh-

80) Die Lesart ist hier verschieden. Die florentinische Ausgabe hat *heronibus*. Dieß heißt denn soviel als Körbe. Unsere Erlanger Pand. Handschrift *Erronibus*. *Baudouja heronibus*, nach der Emendation des *Budäus* Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 175., wo er sagt: *Sunt enim Berones sacci, quasi perones a pera dicti*. *Robert Stephanus* liest daher auch *peronibus*. *Haloander* hat gar *centibus*. *Jac. Cujas*; *Observation. Lib. VII. cap. 39.* giebt der florentinischen Lesart den Vorzug. *Corn. van BYNKERSHOEK* *Observat. iur. univ. Lib. VIII. cap. 6.* will aber lieber *arronibus* lesen. Man nehme indessen an, welche Lesart man will, am Ende läuft alles auf Eins hinaus. Man sehe übrigens *B. BRISSONIUS* *de Verbor. Significat. sub. voc. Hero.* und die Note 60. ad h. L. in dem *Gebauerischen Corpus iuris T. I. pag. 339.*

81) Der Text hat das Wort *Cuppa*, worunter nach *Budäus* eine Art großer Fässer, so wie man sie auch zum Weine braucht, verstanden wird.

gebührenden Getraide-Antheile mit der *actio oneris aversi* klagen könnten? Warum aber mit dieser Klage? Sie konnten ihn ja mit der *actio locati* belangen, wenn er sich dabey eines *Dolus* oder auch nur einer *Culpa* schuldig gemacht hatte⁸²⁾. Es scheint also die *actio oneris aversi* gegen Schiffer gewöhnlicher, und auch vorthellhafter gewesen zu seyn, als die *actio locatio*. Wahrscheinlich ging sie, wie die *actio furti*, auf das Doppelte. Sie setzte auch, wie der Diebstahl, Veruntreuung einer fremden Sache voraus, aber doch eine solche, welche, weil keine Absicht, sich durch Zueignung derselben zu bereichern, dabey war, nicht als ein *furtum* behandelt werden konnte⁸³⁾. Hieraus erklärt sich denn auch die Bedeutung des Wortes *avertere*. Dieß heißt hier nicht, wie es Anton Faber⁸⁴⁾ irrig erklärt, *permiscere et conturbare*, sondern soviel als *intercipere, amovere*, etwas unterschlagen, veruntreuen, auf die Seite schaffen⁸⁵⁾. *Onus aversum*, sagt Budäus⁸⁶⁾, est, quod interceptum est, et fur.

82) L. 3. §. 1. D. *Nautae caup. et stabularii*.

83) S. CUJACIUS *Observat. Lib. VII. c. 39.* Franc. CONNANUS *Comm. iuris civ. Lib. VII. cap. 11.* Lud. CHARONDAS *Verisimil. Lib. III. cap. 5.* Guid. PANCIROLUS *Variar. Lection. Lib. II. cap. 43.* und vorzüglich Corn. van BYNKERSHOEK *Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 1—8.* Außerdem noch Franc. STYPMANN *iur. maritim. P. IV. Cap. 10. n. 90. sqq.* Rein. KURICKE *iure maritim. hanseat. Qu. 33.* und Io. LOCCENIUS *de iure maritimo et navali Cap. V. §. 13.* (alle drey in Io. Gottl. HEINECCIUS *Scriptor. de iure naut. et maritimo. (Halae 1740.) pag. 512. 897. und pag. 1025.*)

84) *Rational. in Pand. ad h. L. 31. h. t.*

85) S. BRISSONIUS *de Verbor. Signif. sub voc. Avertere.*

86) *Annotat. prior. et posterior. in Pand. fol. 175.*

furtim ablatum. Hatte denn nun aber die *actio oneris aversi* in dem gegenwärtigen Falle Statt? Ulfenius sagt, Nein! und beweist seine Meinung auf folgende Art. Man kann den Miethcontract, sagt er, wo es auf eine Dienstleistung bey fungiblen Sachen ankommt, auf zweyerley Art schließen. Entweder es soll das Nämliche wieder abgeliefert werden, was man vermöge des Contracts zum Transport oder zur Bearbeitung gab, z. B. ich gebe einem Fullo Kleider zu waschen, und sie wieder herzurichten; oder es soll nur eine Sache von gleicher Gattung zurückgegeben werden. Z. B. ich gebe einem Goldschmidt reines geschmolzenes Silber (*argentum pusulatum*⁸⁷), um mir Gefäße, oder Gold, um mir goldne Ringe zu verfertigen. In dem ersten Fall bleibt der Conductor Eigenthümer der Sache; in dem letztern aber geht das Eigenthum auf den Uebernehmer der Dienste über, und der Besteller derselben bleibt blos ein Gläubiger der Quantität (*in creditum itur*)⁸⁸. Das Geschäft wird aber darum nicht in ein Darlehn verwandelt, sondern es bleibt ein Miethcontract, woraus die *actio locati* entsteht. Es ist hier gerade so, wie bey dem *Depositum*. Denn wenn ich Jemandem baar Geld dergestalt in Verwahrung gebe,

87) Bey GELLIUS *Noct. Attic. Lib. VI. cap. 5.* wird es *argentum purum putum* genannt. Man sehe auch BYNCKERSHOEK *Obs. cit. Lib. VIII. c. 4.*

88) *Id est, ut tantundem restituatur.* S. BYNCKERSHOEK *c. 1. cap. 4. pag. 294.* Ein Anders wäre, wenn dem Goldschmidt das Gold dergestalt wäre gegeben worden, daß er aus diesem Golde die Ringe verfertigen solle. Hier bleibt der Besteller der Arbeit Eigenthümer des dazu gegebenen Goldes. S. L. 34. *pr. D. de aure arg. legato.*

gebe, daß das Geld weder verschlossen noch versiegelt, sondern bloß in gemeinen Münzsorten dargezahlt worden ist; so wird zwar das Eigenthum der körperlichen Sache auf den Depositar übertragen, und dieser braucht nur tantumdem pecuniae, d. i. eine gleiche Summe zurückzuzahlen, der Contract geht aber deswegen nicht in ein Darlehn über, sondern bleibt ein Depositum⁸⁹⁾. Mit dem Schiffer hatten nun die Befrachter auch so contrahirt, daß er Eigenthümer des Getraides geworden war. Er konnte also auch dem einen Interessenten seinen Antheil mit Recht davon geben. Ein Anders wäre, wenn das Getraide eines jeden Eigenthümers abgesondert geblieben wäre, so daß man sogleich unterscheiden könnte, welches einem jeden derselben gehörte. Hier fände freylich keine Vertauschung Statt, d. h. der Schiffer könnte nicht dem Einem das Getraide geben, welches dem Andern gehört, (non potuisse nos⁹⁰⁾ permutationem facere⁹¹⁾ sondern jeder der Eigenthümer würde das Seinige vindiciren können⁹²⁾. Aus diesen Prämissen zeigt nun Alfes
nus

89) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 940. S. 166. ff.

90) Ant. FABER in Rational. will statt nos lieber nautam lesen. Ihm stimmt auch Westvhal §. 93i. S. 697. bey. Allein daß eine solche *εναλλαγή* der Personen in den Fragmenten der alten Röm. Juristen gar nicht ungewöhnlich sey, hat BYNCKERSHOEK cit. loc. cap. 6. pag. 304. gezeigt.

91) *Permutationem facere* ist hier nichts anders als alteri reddere alterius frumentum, wie das Wort *permutare* auch Ulpian L. 13. §. 6. D. h. t. in einem ähnlichen Falle gebraucht.

92) Eujaz o. a. D. setzt hinzu, daß außerdem auch noch die actio oneris aversi gegen den nauta auf das Doppelte habe angestellt werden können.

nus die Unstatthaftigkeit der actio oneris aversi in dem gegenwärtigen Falle durch folgendes Dilemma. Das Getraide wurde dem Schiffer entweder dergestalt zum Transport überliefert, daß er es an Ort und Stelle nur der Gattung nach restituiren sollte; oder es sollte dasselbe Getraide abgeliefert werden, was dem Schiffer zum Transport gegeben worden. In dem ersten Falle war ja der Schiffer Eigenthümer des Getraides geworden. Wie konnte er also eine Untreue an seiner eigenen Sache begehen? gewiß eben so wenig, als der Eigenthümer einen Diebstahl an seiner Sache begehen kann⁹³⁾. In dem letztern Falle finde wegen der betrüglischen Vertauschung die actio furti Statt, und mache das iudicium oneris aversi überflüssig. Allein wie, wenn diese Veruntreuung, weil kein animus lucri faciendi dabey war, nicht als ein furtum behandelt werden konnte? Man sehe, der nauta habe durch seinen Dolus das Schiff untergehen lassen, um Schaden zu stiften; oder durch ein grobes Versehen desselben seyen die Schiffsgüter der Befrachter verwechselt worden. Hier, wo keine actio furti Statt hatte, sagt *Bynkershök*⁹⁴⁾, konnte, statt der actio conducti, die höchstens nur auf das Interesse ging, die actio oneris aversi auf das Doppelte angestellet werden. In dem gegenwärtigen Falle fiel nun aber die actio oneris aversi darum ganz weg, weil die gegebene Schiffsladung nicht gerade in derselben Species, sondern nur in einer gleichen Gattung abgeliefert werden sollte. Hätte aber deswegen nicht

93) L. 43. §. 1. in fin. L. 59. D. de furtis.

94) Observat. c. 1. cap. 7. S. auch *Westphal* vom Kauf c. §. 931. a. E. S. 698.

nicht vielleicht mit der *actio locati* geklagt werden können? Diese Klage wäre nämlich darauf gegangen, daß der Schiffer den Klägern die verlohren gegangene Ladung entweder durch eben soviel von derselben Art Getraide, oder, wenn sie sich damit begnügen wollen, durch Leistung des Interesse vergüte. Allein dann hätte er sich irgend einer *Culpa* müssen schuldig gemacht haben. Auch diese ist hier nicht erfindlich. Denn wegen des erfolgten Schiffbruchs wird ihm ja gar nichts zur Last gelegt. Dieser wird stillschweigend als ein reiner Unglücksfall angesehen, welcher den Verpflichteten von seiner Verbindlichkeit befreiet. *Naufragii periculum*, sagt *Cujaz*, *pertinet ad locatores, si sine dolo et culpa nautae naufragium contigerit* *), *et repetere duntaxat possunt vecturas, si quas dederint in antecessum* 95). Er mußte also etwa dadurch eine *Culpa* begangen haben, daß er von dem Haufen des vermischten Getraides dem Einen der Befragter seinen Theil gegeben hatte. Allein wie kann ihm das zum Vorwurf gemacht werden, was er mit keinem Recht dem abzuliefern, verweigern konnte, der solches zuerst verlangte? Freulich ist dieß nun ein Glück für den, der auf solche Art das Seinige wieder erhielt, und es dadurch rettete. Wer kann es ihm aber verdenken, daß er vigilanter war, als die übrigen, denen eine gleiche Abforderung freystand? Ihm bleibt daher, was er hat, und den übrigen der erlittene Verlust.

§. 1055.

*) *L. 10. §. 1. D. de Lege Rhodia de jactu.*95) Man sehe auch *Herm. VULTEJUS* in *Institut. iur. civ. Comm. ad Princip. h. t. nr. 15.* und *Schöman* Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 145 Not. *).

§. 1055.

Wer trägt bey der Locatio conductio operis den Schaden, wenn das bestellte Werk zu Grunde geht?

Da bey der Locatio conductio operis (Werkverbindung) die Dienste eines Künstlers oder Handwerkers zur Ausführung eines zusammenhängenden Ganzen z. B. eines Gebäudes, eines Kleides u. dgl. gebunden werden; so entsteht C) die Frage, wer den Schaden tragen müsse, wenn das Werk zu Grunde geht, welches Jemand bey einem Künstler oder Handwerker bestellt hat? Hier ist zu unterscheiden.

I. Das Werk ist zu Grunde gegangen, nachdem es vollendet, und von dem Besteller als tüchtig angenommen worden war. Hier trägt der Besteller den Schaden; der Werkmeister ist von allem Anspruch frey, wenn auch ein Fehler in der Arbeit den Zufall verursacht haben sollte⁹⁶). Es ist hier gerade so, als wenn ein Gläubiger sich einen schlechten Schuldner hat überweisen lassen, oder einen schlechten Bürgen als tüchtig angenommen hat⁹⁷). Er muß sich ihn nachher gefallen lassen, denn es ist seine Schuld, daß er ihn so willfährig annahm. Es muß nur aber frey-

96) L. 36. et 37. D. h. t. L. 62. D. eodem. L. 1. §. ult. D. de pollicitat. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 37. Verb. Plane si locator etc. Hug. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 9. in fin. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 24. Westphal von Kauf 2c. §. 934. und Car. Aug. HAASE Comment. iuris civ. II. de opere locato et conducto. Cap. V. §. 1. p. 33. Man sehe jedoch PUFENDORF Observat. iur. univ. T. II. Obs. 14.

97) L. 26. §. 2. D. Mandati. L. 3. in fin. D. de fidejuss. L. 3. §. ult. D. Ut in possess. legator.

freylich der Besteller des Werks nicht durch Betrug des Verfertigers zur Annahme und Genehmigung desselben verleitet worden seyn⁹⁸⁾. Etwas Besonders verordnen jedoch die Gesetze bey den öffentlichen Werken. Hier sollen sowohl die Curatores operum, die mit den Baumeistern oder redemptoribus zu contrahiren pflegten⁹⁹⁾, als diejenigen, denen das Geld zum Bau vom Staate war decretirt worden, nebst ihren Erben dem Staate funfzehn Jahre lang mit ihrem Vermögen für den Schaden haften, wenn binnen dieser Zeit ein Fehler des Gebäudes entdeckt wird.

L. 8. Cod. de operib. public. VALENTIN. THEODOSIUS et ARCADIUS¹⁰⁰⁾. A. A. A. Cynegio P. P. Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum, vel pecunia ad exstructionem solito more credita, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii: ita ut si quid vitii in aedificatione intra praestitum tempus pervenerit, de eorum patrimonio, exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti, reformetur.

Man schließt hieraus, wenn ein neues Gebäude unter 15 Jahren wieder einfällt, so sey anzunehmen, daß es wegen eines Fehlers in der Arbeit zu Grunde gegangen

98) *L. 14. pr. D. h. t.*

99) *L. 2. §. 1. D. de operib. public. S. HAASE Cit. Commentat. I. Cap. III. §. 3.*

100) *S. Jac. GOTHOFREDUS Chronol. Cod. Theodos. T. I. pag. 120. et Comm. ad L. 24. Cod. Th. de operib. public. Tom. V. pag. 337.*

gen sey ¹⁾); und Leyser ²⁾ will diese Verordnung auch auf redemptores aedificiorum privatorum anwenden. Allein auch davon abgesehen, daß öffentliche Gebäude mehr begünstiget sind, als privat Gebäude; so lehrt schon die Erfahrung, daß bey Errichtung öffentlicher Werke gewöhnlich nicht die genaue Sorgfalt angewendet zu werden pflegt, welche bey Privatgebäuden dem Bauherrn eben so leicht möglich, als gewöhnlich ist ³⁾. Es ist daher begreiflich, daß bey privat Gebäuden nicht dasselbe Verhältnis, wie bey öffentlichen Gebäuden, vorhanden sey ⁴⁾. Bey diesen gilt daher die Regel, daß nach der erfolgten Genehmigung des Werks der Baumeister für keinen Fehler weiter stehe, sondern der Bauherr den Schaden, den er erleidet, seinem Leichtsinne und Nachgiebigkeit zuschreiben müsse ⁵⁾.

II. Der

- 1) BRUNNEMANN Comm. ad L. 8. C. de oper. publ.
- 2) Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXII. medit. 3.
- 3) Jac. GÖTHOFREDUS Comm. ad L. 24. Cod. Theod. de operib. public. (Tom. V. pag. 337. der Ritterischen Ausgabe) sagt: *Utrumque hoc ita constitutum observari aequissimum est, eo, quod opera publica, ut caetera publica, segnius ferme accurari solent.* Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 37. will zwar die L. 8. Cod. de operib. public. von einem solchen Fall erklären, wo das Werk noch nicht gebilliget war. Allein darauf kam es hier gar nicht an, weil der Staat sich an den hielt, dem er die Besorgung des Baues übertragen, und das Geld dazu angewiesen hatte; nicht an den Werkmeister. L. 2. §. 1. D. de operib. publ.
- 4) S. HAASE cit. Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. III. §. 3. pag. 22.
- 5) S. Sam. Frid. WILLENBERG Exerc. de opere conducto. §. 8. et 9. (in EJ. Select. iurisprud. civ. P. II. Ex. XLII. pag. 660.

II. Der Schade ist vor der Billigung ⁶⁾ des Werks geschehen: Hier lassen sich wieder folgende Fälle gedenken.

A) Der

6) Diese Billigung (*probatio locatoris*) besteht darin, wenn der Besteller entweder ausdrücklich erklärt, daß das gelieferte Werk contractsmäßig und recht gemacht sey; oder das ihm überlieferte Werk, ohne daran eine Ausstellung zu machen, annimmt. Ist die Arbeit des Künstlers oder Werkmeisters der Beurtheilung des Bestellers oder eines Dritten überlassen worden; so muß hier alle Schikane und Collusion wegfallen. Die Beurtheilung muß auf Billigkeit gegründet seyn, welche allen Betrug ausschließt, damit kein Theil dabey verlegt werde. Ist daher a) die Genehmigung des Werks dem Gutachten des Bestellers überlassen worden, so ist es eben so anzusehen, als sey es dem billigen Ermessen irgend eines Andern überlassen worden. Der Bauherr darf also das Werk nicht verworfen, wenn jeder billig Denkende es genehmigen müßte. Ist aber b) die Beurtheilung des Werks dem Gutachten eines Dritten überlassen worden, und dieses wirklich erfolgt; so hat es dabey sein Bewenden; es müßte denn offenbar unbillig seyn; oder durch betrügerisches Einverständnis mit dem Werkmeister zum Nachtheil des Bestellers veranlaßt worden seyn. Am Ende wird dann das billige Ermessen des Richters den Ausschlag geben. *L. 24. pr. D. h. t. Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus approbetur: perinde habetur; ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit. Nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.* Man fügt noch hinzu *L. 76. 77. et 79. D. pro Socio. L. 75. pr. D. de legat. 1. L. 7. pr. D. de contr. emt.* HAASE cit. Comment. II. Cap. IV. §. 1. Westphal vom Kauf II. §. 1013. und Bucher Recht der Forderungen. §. 76. S. 153.

A) Die Schuld lag an der Arbeit. Dann muß der Werkmeister für den Schaden stehen, es wäre denn, daß er das Werk ganz nach der Angabe und Vorschrift des Bestellers gefertigt hätte.

L. 51. §. 1. D. h. t. JAVOLENUS libro II. Epistolarum. Locavi opus faciendum, ita ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem. Opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? Respondit, si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore approbaretur⁷⁾, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur: *praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est.* Non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur: si modo universitas confirmationis ad conductorem pertinuit⁸⁾. Poterit ita-

7) Es war hier ausgemacht, daß das Werk ganz fertig und gut gearbeitet seyn müsse, wenn es der Besteller übernehmen sollte. Ich bemerke hierbey, daß der Ausdruck *approbare opus* recht eigentlich von dem Werkmeister gebraucht wird, wenn er die Arbeit so gemacht hat, daß der Besteller damit zufrieden ist; so wie das Wort *probare* von dem Besteller der Arbeit, wenn er sie billiget. Doch werden auch häufig diese Ausdrücke verwechselt. So z. B. wird L. 24. in fin. princ. D. h. t. *approbatio*, und in L. 60. §. 3. D. eodem *probatio* vom Locator; hingegen *probare opus locatori* L. 37. und L. 62. D. h. t. vom conductor gebraucht. S. Guil. BUDAËI Annotation. prior. et posterior. in Pand. fol. 234. lit. H. et I. (Lutetiae 1556.)

8) Das heißt, wenn der Werkmeister accordmäßig erst das Werk ganz fertig liefern sollte, so kommt es nicht darauf an, ob man

itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit: nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur⁹⁾.

L. 62. D. eodem. LABEO libro i. Pithanorum. — Si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum, sc. qui rivum faciendum conduxeras.

B) Die Schuld der Vernichtung lag an der Sache, welche von dem Besteller des Werks angewiesen und dazu hergegeben worden war. Z. B. durch einen Fehler des zum Bauplatz angewiesenen Bodens (soli vitio) ging das darauf errichtete Gebäude zu Grunde; oder die zur Verfertigung des Werks von dem Besteller gelieferte Materie war fehlerhaft. Hier trifft der Schade natürlich den Besteller.

L. 13. §. 5. D. h. t. ULPIANUS libro. 32. ad Edictum. Si gemma includenda aut insculpenda data

man ihn tageweis bezahlte, oder auf einmal den bedungenen Lohn giebt. Denn wenn gleich der Besteller den Lohn tageweis bezahlte, so hatte er doch deswegen das noch nicht übernommen und gebilliget, was jeden Tag gearbeitet ist. Genug daß der Accord den Werkmeister anwies, das Werk erst ganz fertig zu machen, ehe von einer Billigung und Uebernehmung desselben die Frage seyn konnte. S. Westphal S. 703.

9) Denn war das Werk ganz nach der Instruction des Bestellers gearbeitet worden, so kommt es auf gar keine Billigung desselben an, weil er es sich nun selbst zuzuschreiben hat, daß das Werk nicht besser ausfiel. S. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 9. §. Altera species. pag. 642. und Westphal a. a. O.

data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio.

L. 33. D. eodem. AFRICANUS lib. 8. *Quaestio-
num.* Verb. Quemadmodum, inquit, si insulam
aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilo-
minus tenēberis.

L. 62. D. eodem. LABEO libro 1. *Pithanorum.*
Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras,
antequam eum probares, labes¹⁰⁾ corripit, tuum
periculum est. PAULUS: Immo si soli vitio id acci-
dit, locatoris erit periculum.

L. 59. D. eodem. JAVOLENUS libro 5. *Labeonis
Posterior.* Marcius domum faciendam a Flacco
conduxerat: deinde operis parte effecta, terrae
motus¹¹⁾ concussum erat aedificium. MASSURIUS

SABI-

10) LABES ist hier sobiel als hiatus vel discessio terrae, ein
Einsturz des Erdbodens, wodurch eine tiefe Oefnung entsteht.
CICERO *de divinat.* Lib. I. c. 35. et 43. LIVIUS Lib. XLII.
Cap. 15. S. Guil. BUDAËI *Annotat. prior. et post. in
Pand. h. t. fol. 168. k.*

11) Der Ausdruck *Terrae motus* soll hier nicht ein eigentliches
Erdbeben anzeigen, wodurch Berge versinken, Häuser einstür-
zen, und das feste Land in eine See verwandelt wird, von
welcher fürchterlichen Naturerscheinung und deren Ursachen
SENECA *Quaestio. natur.* Lib. VI. cap. 4. ausführlich han-
delt; sondern ein Nachgeben und Einsinken des zu lockern oder
sumpfigten Bodens, von der Schwere des darauf errichteten
Gebäudes, wodurch dessen Ruin verursacht wurde. Also *Ter-
rae motus a vi naturali solique vitio proficiscens*, wie es
VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 37.* ganz richtig erklärt.

SABINUS, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

C) Die Schuld lag an keinem von beiden. Der Ruin entstand z. B. durch Erdbeben, Ueberschwemmung, oder Feuersbrunst, oder das Werk ging durch Raub oder Diebstahl verloren. Hier kommt es wieder darauf an,

1) ob das Werk bereits so weit fertig war, daß es als untadelhaft vom Besteller hätte angenommen werden müssen. Dann muß der Besteller des Werks den Schaden tragen.

L. 37. D. h. t. JAVOLENUS libro 8. ex Cassio. Si prius, quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

Es läßt sich aus den lezttern Worten dieser Gesetzesstelle per argumentum a contrario der ganz richtige Schluß ziehen, daß wenn der Besteller beweisen kann, das Werk sey nicht accordmäßig gemacht, und er daher dasselbe anzunehmen nicht schuldig gewesen, der Werkmeister deshalb keine Forderung an den Besteller habe ¹²⁾.

2) Das Werk war noch nicht soweit fertig. Hier trägt der Unternehmer die Gefahr, es mag das Werk im Ganzen, aversione ¹³⁾, oder Stückweise, in pedes

12) S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. h. 37. und POTHIER Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. LXVIII. not. b.

13) Irrig lesen hier einige aversione. S. Lud. CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap. 5. In den Basiliken Tom II. pag. 431. in fin. wird es durch ὁπώρα übersetzt, welches soviel als im Ganzen, über Haufsch und Dogen, bedeutet.

pedes mensurasve, das heißt entweder auf eine solche Art, daß das Werk erst, wenn es ganz, oder aber so wie ein Theil davon fertig seyn würde, dem Besteller vorgezeigt, und von ihm, bey besundener Lührigkeit, angenommen werden sollte, verbunden worden seyn¹⁴⁾. Gesah jedoch der Schade durch eine Naturbegebenheit, welche durch keine menschliche Vorsicht und Kräfte abzumenden war, (*vis major*¹⁵⁾); so trifft dieser Zufall den Bauherrn allein¹⁶⁾. Denn mehr braucht doch der Baumeister nicht zu gewähren, als was der Bauherr selbst durch eigne Sorgfalt und Fleiß erhalten haben würde. Bey solchen unabwendlichen Unglücksfällen aber hätte auch dem Bauherrn seine Mühe und Arbeit nichts geholfen. Es kann indessen durch Verträge ein Anders verabredet werden.

L. 36. D. h. t. FLORENTINUS libro 7. Institution. Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum¹⁷⁾ est. Quod vero

D b 2

vero

deutet. S. CUJACIUS Lib. VIII. Observation. cap. 15. und GESNER Thes. ling. lat. sub. voc. *Aversio*.

14) VOET Comm. c. 1. WILLENBERG cit. Exerc. de opere conducto. §. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1987. HAASE cit. Diss. II. Cap. V. §. 1. p. 34.

15) In der L. 25. §. 6. D. h. t. wird gesagt: *vis maior, quam Graeci Θεοῦ βία*, id est, *vim divinam* appellant. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 325. S. 365. Not. 13.

16) DONELLUS Comm. iur. civ. Lib. XIII. Cap. 9. in fin. pag. 643. EMMINGHAUS ad Coccejii ius civ. contriv. h. t. Qu. 30. not. f. T. II. pag. 475.

17) Das Wort *periculum* schließt nicht schlechterdings alle praestatio casus fortuiti in sich. Es wird in der Folge die *vis maior*

vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est¹⁸⁾: nisi si aliud actum sit. Non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus¹⁹⁾ esset.

Es

major davon unterschieden, und darunter ein solcher casus verstanden, cui resisti non potest, und welchen auch der Besteller des Werks selbst durch keine Vorsicht hätte abwenden können, wenn ihm auch das Werk schon fertig wäre überliefert worden. Das Wort periculum kann auch auf culpa omnis gehen, L. 14. §. 16. D. de furtis; und eine Gefahr bezeichnen, welche durch Vorsicht und Sorgfalt hätte abgewendet werden können, so wie in der L. 40. D. h. t. von einem periculo custodiae die Rede ist. S. Job. Christ. Haffe Culpa des Röm. Rechts. §. 77. S. 378. ff.

- 18) Haloander liest hier *locatoris periculo non est*. Ant. AUGUSTINUS Emendation. Lib. 1. cap. 2. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1435.) bemerkt auch, daß er in einer alten Handschrift *conductoris periculo est* gelesen habe. Allein Augustin verwirft mit Recht beyde Lesarten.
- 19) Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. will statt *consecutus* lieber *consecuturus* lesen. Allein der Sinn bleibt auch nach der florentinischen Lesart der nämliche. Er hat übrigens Recht, wenn er diese Worte auf den Locator, und nicht mit *Accursius* auf den Conductor bezieht. Er sagt nämlich: *Atqui locator, etiamsi opus et adprobatum et admensum et traditum locatori fuisset, nunquam tamen cura et opera sua ac diligentia quantumvis exactissima*

con-

Es trage nun aber entweder der Besteller des Werks, oder der Werkmeister den Schaden, so wird letzterer durch den Ruin des angefangenen Werks nicht immer von seiner Verbindlichkeit, dasselbe dennoch herzustellen, frey, wenn eine solche Herstellung noch möglich ist. Es muß ihm nur zu diesem neuen Bau wieder eben soviel Zeit gelassen werden, als bey dem ersten. Jedoch ist dann der Unterschied wichtig, ob der Besteller, oder der Uebernehmer desselben den Schaden trägt. In dem ersten Fall geschieht alles auf Kosten des Bestellers, und der Unternehmer bekommt auch für das neue Werk so gut, wie für das erstere, seinen Arbeitslohn. In dem letztern Falle hingegen muß dieser die Kosten tragen ²⁰).

L. 15. D. de Verb. Obligat. POMPONIUS Lib. 27. ad Sabinum. Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit: deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum duntaxat exspectan-

consequi potuisset, ne opus vi majore consumeretur. Vis enim major illa est, quae nullo hominis facto aut consilio prohiberi et impediri potest. Ergo nec postulare locator a conductore debet, ut vim illam majorem praestet, quam ipse nulla cura nullaque diligentia impedire potuisset. Aequius igitur est, ad locatorem casum hunc fortuitum pertinere, quam ad conductorem, quia scilicet certum est, hoc casu aequè omnimodo perituram rem fuisse penes locatorem. Man sehe auch Westphal vom Kauf §. 936. S. 703.

²⁰) S. Hug. DONELLUS ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. Comm. ad L. 15. h. t. pag. 75. und HAASE Comment. II. de opere locato et conducto Romanor. Cap. V. §. 2. p. 35.

spectandum, quod deerat? Et verius est, ut integrum ei detur.

§. 1056.

a) Besondere Verbindlichkeiten des Miethers oder Pächters.

Sobiel hiernächst die besondern Verbindlichkeiten des Conductors anbetrißt, so bestehen sie darin.

I. Der Miether oder Pächter ist verbunden, das verabredete Pacht- oder Miethgeld, und zwar

1) ganz zu entrichten, auch wenn er durch seine Schuld nicht den vollen Nutzen der Sache gezogen hätte²¹⁾; es müßte denn etwa der Eigenthümer die von dem Conductor ungenutzt gelassene Sache sogleich wieder einem Andern vermietet haben. Hier darf dann der Conductor den Miethzins nur bis zu der Zeit bezahlen, da er die Mieth verließ, weil nun der Vermiether kein weiteres Interesse hat²²⁾. Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L. 55. §. 2. D. h. t.* sagt:

Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest: QUATENUS locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur.

Denn

21) *L. 203. D. de div. reg. iuris. Ge. Lud. BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 12. nr. II. (in Elect. iuris civ. Tom. I. pag. 267.)*

22) *S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Westphal vom Kauf, Pacht, und Mieth. Contract §. 1001. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 418. Nr. 2.*

Denn offenbar würde hier der Pächter nicht bloß eine Entschädigung, sondern einen Gewinn zu erhalten suchen, wenn er das Pachtgeld, welches er jetzt von dem zweiten Pächter erhält, auch von dem erstern verlangen wollte. Der Beysatz *quatenus* ²³⁾ etc. wäre vielmehr ganz überflüssig gewesen, wenn der Conductor den ganzen Zins zu bezahlen, unbedingt verbunden wäre. Von dem Falle, da der Miether an dem verhinderten Gebrauche der Sache selbst Schuld war, und der Vermiether daher das bedungene Miethgeld dennoch fordern konnte, redet auch *Scävola L. 61. §. 1. D. h. l.*, wo er sagt:

Navem conduxit, ut de provincia Cirenensi Aquilejam navigaret, olei metretis tribus millibus impositis, et frumenti modis octo millibus, certa mercede. Sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur, et onus impositum commisso tolleretur ²⁴⁾. *Quaesitum est, an*

23) In den Basiliken Tom II pag. 435. heißt es: *ἐφ' ὅσον διαφέρει τῷ μισθώσαντι*, i. e. *quatenus locatoris interest*. Westphal vom Kauf x. §. 1002. S. 760. erklärt zwar das *Quatenus* durch *ita ut*. Eben so der Scholiast der Basiliken Tom. II. pag. 480. *ὁυτω μὲν τοι ὡς καὶ διαφερόντος γίνεσθαι λόγον, διὰ τὸ περιποιηθῆναι μοι τὸ ἀξίμιον*; i. e. *ita tamen, ut eius, quod mea interest, ratio habeatur, ut indemnitas mihi servetur*. Allein am Ende läuft doch alles darauf hinaus, daß der Locator nur in soweit, als er ein erweisliches Interesse hat, entschädiget werden soll.

24) Der Miether hatte das Schiff mit Contrebande befrachtet, darum war das Schiff angehalten, und die Waaren confiscirt worden. Unter diesem Verlust konnte der unschuldige Vermiether des Schiffs nicht leiden.

an vecturas, quas convenit, a conductore secundum locationem exigere navis²⁵⁾ possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse.

Da jedoch das Mieth- oder Pachtgeld für die Benutzung der Sache gegeben wird, so fällt die Verbindlichkeit zur Entrichtung desselben ganz oder zum Theil weg, oder, wenn es schon bezahlt seyn sollte, so findet gänzliche oder theilweise Zurückzahlung statt, wenn die Sache wegen irgend eines Ereignisses nicht benutzt werden konnte, und das Hinderniß nicht in der Person des Conductors liegt²⁶⁾. Dahin gehört 1) wenn die Sache zufällig zu Grunde geht.

L. 19. §. 6. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Si quis, eum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime MELA scripsit, ex conducto actione repetiturum.

L. 30. §. 1. D. eodem. ALFENUS lib. 3. Digestorum a Paulo epitomatorum. Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto, respondit, posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro

25) Nach POTHIER Pand. Justin. T. I. Nr. LVI. not. e. ist hier locator navis zu lesen. Haloander und Baubozza haben secundum locationem navis exigere possit.

26) L. 9. §. 1. L. 15. §. 7. D. h. t. BOEHMER cit. Diss. §. 13. sqq. und Sch w e p p e Röm. Privatrecht. §. 419.

pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret ²⁷⁾)

2) Wenn der Conductor aus der Sache verdrängt wurde, ohne daß auch der locator im Stande war, der Gewalt von Außen zu widerstehen, oder der Conductor aus einer ihn entschuldigenden Ursache die Miethe vor der Zeit verlassen hat.

L. 33. D. h. t. AFRICANUS lib. 8. *Questionum.*
Si colonus tuus fundo frui — ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.

L. 27. §. 1. D. eodem. ALFENUS lib. 2. *Digestorum.* Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem nec ne? Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilominus debere ²⁸⁾).

3) Wenn dem Conductor die Nutzung der Sache gerade in Ansehung desjenigen Theils geschmälert wurde, welcher ihm am nöthigsten war, und daher den wichtigsten

27) D. h. daß das vorausbezahlte Miethegeld nach dem Verhältniß der Zeit, da der Gebrauch des Badehauses aufhörte, zurückgegeben werden solle. In den Basiliken T. II. p. 429. heißt es: τοῦ λειπομένου χρόνου τὸν μισθοῦ ἀναλαμβάνω. i. e. *residui temporis mercedem recipiam.*

28) S. Westphal vom Kauf 2c. §. 1002. S. 760. und Car. Christoph. HOFACKER Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor. supersunt. Tüb. 1775. p. 58. 89q.

tigsten Theil der Sache ausmachte. Zwar ist es freylich dem Conductor nicht erlaubt, um jeder geringen Unbequemlichkeit willen, welche ihn hindert, die Sache vollkommen zu benutzen, sogleich den Miethzins zu kürzen. Allein wird demselben durch einen Bau des Nachbarn, den der Vermieterher nicht zu hindern vermöchte, in den Haupttheilen der Wohnung das Licht genommen, oder reißt der Vermieterher selbst wegen einer nöthigen Reparatur den Theil der Wohnung ein, welchen der Conductor gerade am nöthigsten brauchte; so kann er die Miethse verlassen, und zahlt den Miethzins nur bis zur Zeit seines Abzuges.

L. 25. §. 2. D. h. t. CAJUS lib. 10. ad Edictum prov. Si, vicino aedificante, obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino. Certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductio-nem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est ²⁹⁾

L. 27.

29) Wird nämlich der Conductor auch wegen der Miethse der vergangenen Zeit, so lange er die Wohnung wirklich genutzt hat, belangt, so kann er das ihm gebührende Interesse in Abrechnung bringen. Denn dieß versteht hier Cajus unter dem Ausdruck *reputatio*. L. un. Cod. de reputat. quae sunt in iud. in integr. restitut. S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. In den Basiliken T. II. pag. 427. heißt es: γίνεται ἀντέλλογος; i. e. compensatio fit. S. Westphal §. 951. Hätte sich jedoch der Conductor der wenn gleich durch des Nachbarn Bau verdunkelten Wohnung fort bedient, ohne sich darüber zu beklagen, so würde derselbe ohne Abzug den ganzen Miethzins bezahlen müssen. L. 28. D. h. t. DONNELLUS Comm. iur. civ. Lib. XIII. cap. 9. §. Extra rem.

L. 27. pr. D. eodem. Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet.

4) Wenn insonderheit bey der Landpachtung der Pächter durch eine unwiderstehliche Gewalt oder einen ungewöhnlichen Zufall, z. B. durch Mißwachs, Ueberschwemmung, Hagelwetter, feindliche Verheerung u. dergl. einen gänzlichen oder wenigstens nicht unbedeutenden Verlust an den Früchten erlitten hat. Zwar kann der Pächter für diesen Verlust keinen Ersatz fordern, mithin auch keine Vergütung für die nun vergeblich aufgewandten Saat- und andere Bestellungskosten; allein da der Verpächter dem Pächter dafür stehen muß, daß dieser von dem Pachtgute die ihm überlassenen Früchte ziehe, wenn er verbunden seyn soll, das dafür versprochene Pachtgeld zu bezahlen, so folgt, das ihm das Pachtgeld ganz oder zum Theil erlassen werden muß, wenn die Früchte entweder ganz zu Grunde gegangen, oder durch ungewöhnliche Unglücksfälle beträchtlich beschädiget worden sind³⁰). Es sind hier folgende Stellen des Römischen Rechts merkwürdig.

L. 15.

30. S. Franc de AMAYA Observation. iuris lib. III. cap. 3. pag. 366. sqq. (Genevae 1633. 4.) Greger. LOPEZ MADERA Animadversionum iuris civ. libr. singul. Cap. 16. (Colon. Agripp. 1594. 8. et in Thes. iur. Rom. Otton.

L. 15. § 2. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus? SERVIUS omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait: ut puta fluminum, graculorum, sturnorum³¹, et si quid simi-

Tom. III. p. 464. sqq.) Guil. Herm. RIEDESEL ab EISENBACH Commentar. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas, cum praefat. Io. Steph. PÜTTERI. Goettingae 1760. Frid. Wilh. Lud. de BEULWITZ Diss. de remissione mercedis ob damna fortuita. Rudolst. 1773. Io. Guil. Frid. KRAFFT Diss. qua quaestio: Num conductor obstrictus sit ad solvendam mercedem, si casu adverso fructibus fundi conducti vel penitus vel magna ex parte privatus fuerit? ex iure civili dissolvitur. Marburgi 1764. Ge. Lud. BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob im-peditum rei locatae usum. Goett. 1764. Cap. I. §. 17. sqq. et Cap. II. (in *Elect. iuris civ.* T. I. p. 275. sqq.) Aug. de BALTHASAR Diss. de remissione mercedis in locatione praediorum rusticorum ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. Gryphiswaldiae. 1756. Ge. Frid. ALBRECHT Diss. de mercedis remissione ob sterilitatem aecimanda, Giesae 1779 und STEEB Diss. de quantitate damni casu in rebus locatis dati mercedi remittendae locum faciente. Tübingae 1798.

31) Graculi und Sturni sind eine Art sehr gefräßiger Vögel, deren Art es eigen ist, in großen Schaaren zu fliegen, und, wo sie hinfallen, die Fruchtfelder und Aecker zu verheeren. S. B. Krähen und Staare. PLINIUS gedenkt ihrer *Histor. Natur.* Lib. X. Cap. 35. und Lib. XI. c. 35. p. 271. nach der Zweibrücker Ausgabe. Was die Graculi für eine Art der Vögel sind, hat Aegid. MENAGIUS in *Amoenitatib. iuris civ.* Cap. 38. ausführlich untersucht.

simile ³²⁾ *acciderit*; aut si *incursus hostium* fiat. Si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse ³³⁾: veluti si vinum coacuerit; si rancis

32) *B. B. edaci locustarum pernicie*, wie *L. 18. Cod. de locato et conducto* sagt. *PLINIUS Histor. Nat. Lib. XI. cap. 35.* handelt von diesem Ungeziefer ausführlich. *Deorum irae pestis ea intelligitur. Namque — immensos tractus permeant, dira messibus contegunt nube, multa contactu adurentes: omnia vero morsu erodentes, et fores quoque tectorum.* Das durch die Heuschrecken angerichtete Verderben wird im Buch der Richter Kap. 6. einer feindlichen Verberung gleichgeachtet. Zu dem *Quid simile* rechnen die *Basilica T. II. pag. 421.* auch *βίαν τῶν γερᾶνων* (*gruum*). Man kann auch noch den *Mäusefraß* hierher rechnen. *S. Ge. Ad. STRUV Disquis. de muribus eorumque damnis. Ienae 1676. Cap. 3. und POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. LI. not. 1.*

33) Wenn der Schaden nicht von Aussen kommt, sondern aus der Sache selbst herrührt, z. B. wenn der Wein am Stocke sauer wird, welches in Italien kein ungewöhnlicher Fall seyn mag, (*L. 9. §. fin. D. de contrah. emt. L. 1. D. de peric. et comm. rei vend. L. 85. D. de legat. III. CATO de Re Rustica cap. 148*) oder wenn die Saat durch Würmer, welche die Wurzeln anstessen, verdorben, oder durch Unkraut erstickt wird; so muß der Pächter den Schaden tragen. Denn hier hat er ihn gewöhnlich seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben. Schon den Römern waren die Mittel zur Abwendung dieser Uebel nicht unbekannt. *PLINIUS Hist. Nat. Lib. XVIII. cap. 45. COLUMELLA de Re Rustica Lib. II. cap. 9. und VIRGILIUS Georgicor. lib. I. vers. 150. sqq.* Man sehe über diese Stelle auch *Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Hucusque p. 425. und Westphal vom Kauf. §. 972. S. 739.* Unrichtig versteht jedoch *POTHIER Pand. Justin.*

cis ³⁴⁾ aut herbis ³⁵⁾ segetes corruptae sint. Sed et si *labes* ³⁶⁾ facta sit, omnemque fructum tulerit,

Justin. T. I. h. t. Nr. LI. not. m. die Worte: *ex ipsa re* von fructibus iam perceptis.

34) PLINIUS *Histor. Natural.* Lib. XVII. cap. 30. nr. 3. wo er von der Baumzucht handelt, sagt: *Olea, ubi quercus effossa sit, male ponitur, quoniam vermes, qui Raucae vocantur, in radice quercus nascuntur, et transeunt.* Von diesen nicht bloß den Wurzeln der Bäume, sondern auch den Wurzeln der Saaten schädlichen Würmern handelt derselbe PLINIUS Lib. XVIII. cap. 44. nr. 2. *Nascuntur et vermuculi in radice, cum sementem imbris secutis incluserit repentinus calor humorem. Gignuntur et in grano, cum spicae pluvis calor infervescit.* Es ist also nicht nöthig, statt *raucis* mit ALCIATUS *Parergor.* lib. VII. c. 5. *erucis* zu lesen. Man sehe BUDAËUS *Annotat. prior et poster.* in *Pand.* fol. 168. lit. G. CUJACIUS *Observat.* Lib. XV. c. 28. BRODAËUS Lib. X. *Miscellan.* cap. 20. und besonders *Car. Andr.* DUKER de *Latinitate Ictor. veter.* pag. 399.

35) Unter *Herbae* wird hier alles Unkraut verstanden, welches die Saat ersticht. S. PLINIUS *H. N.* Lib. XVIII. cap. 44. nr. 2. et 3. Vol. III. pag. 262. der Zwenbrücker Ausgabe, und VIRGILIUS *Georgic.* I. v. 150. 29.

36) Das Wort *labes* wird hier nicht in der oben Note 10. angeführten Bedeutung genommen, sondern bezeichnet hier ein Verderben der Früchte. BUDAËUS in *Annotat.* in *Pand.* ad h. L. fol. 169. lit. H. meint, es müsse *tabes* gelesen werden, weil PLINIUS in *H. N.* Lib. XVII. cap. 37. nr. 8. wo er von den Fehlern und Krankheiten der Bäume handelt, diesen Ausdruck braucht, wenn er sagt: *Quaedam temporum causae aut locorum non proprie dicantur morbi, quoniam protinus necant: sicut tabes, cum invasit arborem, aut uredo.* Allein schon EUJA; *Observat.* Lib. XV. c. 28. hielt diese

rit³⁷⁾, *damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur*³⁸⁾. Sed et si *uredo* fructum oleae corruperit, aut *solis fervore non adsueto* id acciderit, *damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*³⁹⁾

§. 3.

diese Emendation für unnöthig. Das Wort *Labes* drückt hier, generisch genommen, jede Krankheit aus, wodurch Säaten und Pflanzen welken und verdorren, sie mag durch Frost (*uredo*), oder durch Sonnenhitze (*rubigo*) entstanden seyn, man nennt beydes den Brand. So *Franc. de AMAYA* Observat. iur. Lib. III. c. 3. nr. 10. Diese Erklärung wird auch durch *COLUMELLA* de Re Rust. Lib. III. cap. 20. et Lib. X. de cultu hortorum v. 342. (Inter *Scriptores Rei Rust.* Vol. II. pag. 147. et 409. der Zweybrück. Ausg.) bestätigt. *Cujas*, dem auch *Sobefroi* und *Pothier* in *Pand. Iust. h. t.* Nr. LI. not. o. folgen, erklärt das Wort *Labes* von einem Verderben der Früchte durch Wind und Regenwetter.

37) Das Wort *ferre* wird hier für *auferre*, wegnehmen, zerstören, gebraucht. Die *Basilica* T II. pag. 421. haben: *ἐάν ἀπ' ὀλισθοῦ πάντες ἀρῶσιν* (von *αιρω*, *auffero*, *tollo*) *ὁ καρποί. i. e. si labe fructus omnes ablati fuerint.*

38) D. h. daß der Pächter nicht noch das Pachtgeld bezahlen dürfe, da er ohnehin schon Schaden genug dadurch leidet, daß er Aussaat und Bestellungskosten vergeblich aufgewandt hat.

39) *Fundo frui* i. e. *fructus obtinere, fructus percipere.*

§. 3. *eiusd. L.* Cum quidam *incendium fundi* ⁴⁰⁾ allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: *Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.*

§. 5. *ejusd. L.* Cum quidam *de fructuum exiguitate* ⁴¹⁾ quereretur: non esse rationem eius

40) Diese Stelle ist nicht, wie sie LEYSER *Meditar. ad Pand.* Vol. XI. Supplem. ad Specim. CCXVII. med. 10. erklärt, von einem incendio villae zu verstehen; wodurch die bereits eingebrachten Früchte zu Grunde gegangen sind. Das Gegentheil lehrt der Ausdruck *fundus*, welcher in der Sprache der Römer nur von solchen Grundstücken gebraucht wird, welche natürliche Früchte hervorbringen; also nicht von Gebäuden, sondern von Ländereyen. (S. §. 1028. S. 51.) Noch mehr beweisen dieses die nachfolgenden Worte: *Si praedium coluisti*, daß hier von einem solchen Brande die Rede ist, der die Saat oder die Früchte auf dem Halm ergriff, oder die Weinstöcke auf dem *fundus* vernichtete. Von einem solchen den *fundus* selbst betroffenen Brand redet z. B. Paulus *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquiliam*; auch Virgilius *Aeneid. Lib. II. v. 304.* In segetem veluti quum flamma furentibus austris incidit. Die von dieser Stelle gemachte Erklärung, mit welcher auch Westphal vom Kauf *ic. §. 973.* übereinstimmt, wird endlich auch noch besonders durch die *Basilica* Tom. II. pag. 421. bekräftigt, wo es nach Fabrot heißt: *Et de καὶ ὁ γεωργηθεὶς ἀγρός ἀφνω καυθῆ, ὃν δίδονται τὸ μίσθωμα. Sed et si praedium excultum repente exustum fuerit, merces non praestatur.*

41) Diese *exiguitas fructuum* kann auf die Quantität, wie POTHIER *Pand. Justin. h. t. Nr. LII.* meint, oder auf die Qualität der Früchte gehen, wenn sie klein, gering, schlecht sind, oder sich auch auf den Preis derselben beziehen, wie *Corn. van BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II. cap.*

habendam, rescripto *Divi ANTONINI* continetur. Item alio rescripto ita continetur: *Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.*

§. 7. Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, *non id, quod sua interest; conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata; supra* 42) denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur,

L. 25.

cap. 13. diese Worte erklärt. Genug es ist hier von einer geringfügigkeit der Früchte die Rede, welche nicht durch äussere und ungewöhnliche Zufälle entstand, sondern ex ipsa re herührte, und daher zu keinem Erlaß des Pachtgeldes geeignet ist. S. Westphal §. 974. Dies beweist noch mehr das in dem andern Rescript des *Krs. Antoninus* vorkommende Beispiel von der *vetustas vinearum*, wenn wegen Alters der Weinstöcke wenig Früchte gezogen worden sind. Die Ursache des Schadens war hier keine von Aussen entstandene, sondern eine schon zur Zeit des geschlossenen Contracts vorhanden gewesene innere Ursache, welche, wie *MENAGIUS* *Amoenitat. iur. civ. Cap. 9.* bemerkt, vielleicht dadurch hätte gehoben werden können, wenn der Pächter Absenker gemacht hätte. S. *BYNKERSHOEK* c. 1. und *Ant. FABER* *Rational. in Pand. ad h. L.*

42) *Supra* heißt hier nicht soviel, als *ultra*, wie es *HOTOMANUS* *Observat. Lib. IV. cap. 21.* erklärt, welcher daher *ad colonum non pertinere* lesen will. Zwar liest auch eben so *Haloander*. Allein diese Erklärung ist eben so unrichtig, als die Emendation unnütz. *Supra* heißt hier soviel als oben, und bezieht sich auf den §. 2. dieser Stelle, wo das Nämliche schon gesagt worden ist. S. *Jac. GOTHOFREDUS* *Animadversion. iuris civ. Cap. 13.* (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 300.) und *Ger. NOODT* *Comm. ad Glück's Erläut. d. Pand. 17. Th.* E e Dig.

L. 25. §. 6. D. h. t. CAJUS lib. 10. ad Edictum provinc.] Vis major⁴³⁾, quam Graeci Θεὸν βίαν, id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partarius colonus, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

Soll also nach diesen Gesetzen ein Erlaß des Pachtgeldes Statt finden, so wird vorausgesetzt,

I. daß der Schade durch einen ungewöhnlichen Zufall geschehen sey, welchen abzuwenden nicht in der Macht

Dig. h. t. §. Summa. pag. 426. Die Basilica Tom. II. pag. 422. enthalten auch keine Negation. Man sehe noch Westphal §. 976. S. 743.

43) Zur Erläuterung kann hier folgende Stelle aus PLINIUS *Histor. Nat. Lib. XVIII. Cap. 69.* dienen. Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus. Unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, caeteraque similia intelliguntur: quae cum acciderint, vis major appellatur. Haec ab horridis sideribus exeunt, veluti Arcturo, Orione, Hœdis. Alia sunt illa, quae silente coelo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt. Publica haec, et magnae differentiae a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem.

Macht des Pächters stand ⁴⁴⁾. Der Anspruch auf Erlaß fällt also weg, wenn der Schaden nicht von Außen, sondern entweder von der natürlich schlechten Beschaffenheit der gepachteten Sache herrührte, z. B. wenn die Bäume oder Weinstöcke wegen Alters wenig Früchte tragen, oder in einem immerwährenden Fehler des Grundstücks seinen Grund hatte, oder durch eine unzeitige Bestellung, oder durch vernachlässigten Gebrauch der zur Abwendung des Schadens dienlichen Mittel, und überhaupt durch eigene Schuld des Pächters herbeigeführt wurde ⁴⁵⁾. Dahin gehört denn auch, wenn der Zufall nach der Lage des Grundstücks ein ganz gewöhnlicher ist. Z. B. Ueberschwemmung der am Fluß liegenden Ländereien bey starken Schnee oder Regengüssen ⁴⁶⁾.

II. Daß der Unglücksfall die Früchte betroffen habe. Der Schaden, den der Pächter an seinen eigenen Sachen leidet, z. B. durch Viehsterben, oder feindliche Verheerung, gehört demnach nicht hierher ⁴⁷⁾. Jedoch ist

Ge 2

ber

44) L. 15. §. 2. et 3. L. 25. §. 6. D. h. t. Cap. 3. X. de locato et cond.

45) L. 15. §. 5. L. 25. §. 3. D. h. t. Fr. AMAYA Observat. iur. Lib. III. cap. 3. nr. 22. et 23. LOPEZ MADERA Animadvers. iur. civ. Cap. 16. de COCCEJI iur. civ. contro. h. t. Qu. 33. et ad Eundem EMMINGHAUS not. k. T. II. p. 477. Westphal §. 974. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1990. not. a. UND RIEDESEL ab EISENBACH cit. Diss. Cap. II. §. 14.

46) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 24.

47) L. 23. D. de div. reg. iur. L. 6. Cod. de pign. act. L. 12. Cod. h. t. CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 22. RIEDESEL ab EISENBACH cit. Diss. Cap. II. §. 22.

der Fall billig auszunehmen, wenn die Viehseuche so allgemein gewesen seyn sollte, daß der Pächter dadurch an der Bestellung und Nutzung der Pachtfelder schlechterdings wäre behindert worden ⁴⁸⁾).

III. Daß der Schaden an den Früchten vor der Perception geschehen sey. Darauf deuten alle die oben angeführten Gesetze nach einer richtigen Erklärung derselben hin. Dieß lehrt auch schon die Natur des Pachtcontracts. Dieser verpflichtet den Verpächter blos dafür zu stehen, daß der Pächter die Früchte ungehindert percipiren könne. Unter dieser Bedingung verspricht auch der Pächter das Pachtgeld zu bezahlen. Nun machen die Früchte, so lange sie von dem Grundstück noch nicht abgesondert sind, einen Theil desselben aus ⁴⁹⁾, woran der Pächter erst durch die Perception, d. h. durch Apprehension des Besizes, das Eigenthum erwirbt ⁵⁰⁾. Ganz natürlich stehen also auch die Früchte der Pachtung vor der Perception nicht auf der Gefahr des Pächters, sondern der Verpächter muß, als Eigenthümer, den Schaden tragen. *Damnum domini*

48) *S. Aug. de BALTHASAR Diss. de remissione mercedis in locatione praediorum rusticorum. ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. §. 8.*

49) *L. 44. D. de rei vindicat. L. 13. §. 10. D. de act. emti et vend.*

50) *§. 36. I. de Rer. divis. L. 13 D. Quib. mod. Ususfr. L. 78. D. de Rei vindicat. L. 26. §. 1. et L. 61. §. 8. D. de furtis, wo Afrikan sagt: Fructus, quam diu solo cohaereant, fundi esse, et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. S. von Savigny Recht des Besizes. §. 22. a. S. 257. der 2. Aufl. und Em. MERILLIUS Observat. Lib. VIII, cap. 27.*

mini est, sagt Ulpian ⁵¹⁾ *oportere enim agrum praestare conductori, ut FRUI possit.* Es ist daher ganz der Natur des zweiseitigen Contracts gemäß, daß wenn der Pächter die Früchte, für deren Perception ihm der Verpächter stehen muß, nicht erhält, derselbe auch das in Rücksicht der Früchte versprochene Pachtgeld nicht zu bezahlen schuldig sey ⁵²⁾. Ein ganz anderes Rechtsverhältniß tritt nach erfolgter Perception ein. Der Verpächter hat nun seiner Seits den Contract erfüllt, für mehr, als die Perception der Früchte, darf er dem Pächter nicht haften. Der Pächter ist nun Eigenthümer der Früchte, er muß also auch billig die Gefahr derselben übernehmen. Sollten die schon erhobenen Früchte noch ferner auf der Gefahr des Verpächters stehen, so wäre dieses gerade eben so consequent, als wenn der Pächter für das Pachtgeld auch noch nach der Zahlung haften müßte. So wenig also der Verpächter, wenn er das ihm von dem Pächter vorausbezahlte Pachtgeld durch einen unabwendbaren Unglücksfall verliert, dem Pächter deswegen die Früchte, wenn dieser sie noch nicht erhoben hat, vorenthalten kann, eben so wenig kann der Pächter, welcher die Früchte contractsmäßig percipirt hat, Erlass des Pachtgeldes verlangen, wenn ihm ein Unglücksfall nach der Perception die Früchte geraubt haben sollte.

So

51) L. 15. §. 2. in fin. D. h. t.

52) Es ist also nicht nöthig, mit Westphal von Kauf. §. 972. den Grund der Ansprüche des Pächters auf Erlass des Pachtgeldes, wegen zufälligen Verlusts der Früchte vor der Perception, in einer besondern Begünstigung des Pächters zu setzen. Man sehe vielmehr KRAFFT Diss. cit. §. 9. 399. et §. 20. 399.

So lehrten auch seit Cujaz⁵³⁾ fast alle sowohl theoretische⁵⁴⁾ als practische⁵⁵⁾ Rechtsgelahrten. Doch wollen manche⁵⁶⁾ die Früchte nicht eher für percipirt halten, als wenn sie eingefahren, und in die Scheune gebracht sind. So lange sie also noch auf dem Felde liegen, wenn sie auch schon von dem Grundstück abgetrennt sind, habe der Pächter noch Anspruch auf Erlass des Pachtgeldes, wenn die Früchte ohne seine Schuld verunglückt wären. Diese Meinung

53) Observat. Lib. XXVI. cap. 32.

54) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 88. Sam. de COCCEJI iur. civ. contr. Tom. II. h. t. Qu. 34. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 16. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 11. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 16. Lud. God. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 195. Car. Frid. WALCH Introd. in contr. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Subs. II. §. 6. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 559. RIEDESEL ab EISENBACH Diss. cit. §. 24. KRAFFT Diss. cit. Num conductor obstrictus sit ad solvendam mercedem etc. §. 27. sqq. ALBRECHT cit. Diss. de mercedis remissione §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1990. Ehtbaut Epfl. des Pand. Rechts 2. Band. §. 863. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 180 Not. 3. S. 140. (nach der 4. Aufl. Berlin 1810). Bucher Recht der Forderungen §. 75. Ferb. Rat elbey Lehrbuch der Institutionen des heut. Röm. Privatrechts. (Sießen 1814) §. 558. u. a. m.

55) GAILL Observat. pract. Lib. II. Obs. 23. nr. 13. STRYK de cautelis contract. Sect. II. Cap. 9. §. 22. u. a. m.

56) Ant. FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 21. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIV. Th. 17. Alb. WESEL Tr. de remissione mercedis. Cap. 6. HAHN ad Wesenb. h. t. nr. 16. BRUNNEMANN Comm. ad L. 15. D. h. t.

nung hat sich durch Ihre Billigkeit besonders in der Praxis empfohlen⁵⁷⁾. Offenbar gehen hingegen diejenigen zu weit, welche den Satz aufstellen, daß die Früchte erst, nachdem sie ausgedroschen, und auf den Boden gebracht worden sind, auf des Pächters Gefahr verloren gingen⁵⁸⁾; ja daß auch dann der Verlust dem Pächter anders nicht zur Last falle, als wenn er nach der Perception noch so viel Zeit gehabt hat, als erfordert wird, um solche ins Geld zu setzen⁵⁹⁾. Man glaubt, die Gleichheit, welche nach
der

57) CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 20. nr. 8. WERNER Select. Observ. for. Tom. II. P. VI. Obs. 414. **Struben rechtliche Bedenken** I. Th. Bed. 95.

58) *Ge.* FRANTZKIUS Comment. in Pand. h. t. nr. 130. BERGER *Oecon. iuris* Lib. III. Tit. 5. §. 23. not. 5.

59) *Dav.* MEVIUS Resolut. singular. quaestion. iuris in causa proprietarii et pensionarii. Cap. I. nr. 191. sqq. LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. XI. Supplem. Spec. CCXVII. meditat. 9. sq. pag. 198. sqq. *Io. Steph.* PÜTTER Praefat. ad RIEDESEL *ab EISENBACH* Diss. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in locat. cond. §. *Immo.* Carl Gottfr. von Winkler *rechtliche Abhandl. von Kriegsschäden der Pächter und Mietleute.* I. Abschn. 3. Hauptstück. nr. 98. ff. S. III. ff. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligat. locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 20. sqq. **Westphal vom Kauf** II. §. 977. **Franz Joseph Bodmann theor. pract. Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu veräquiren sind.** §. 28. S. 171. **Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien.** 3. Band. *Meditat.* 147. EMMINGHAUS *ad Cocceji ius. civ. controv. h. t.* Qu. 34. Not. m. pag. 478. sq. *Chr. Aug.* GÜNTHER *Princip. iuris Rom. priv. novissimi.* Tom. II. §. 989. pag. 696 und **Ulrecht Schweppe Röm. Privatrecht** 2. Bd. §. 419.

der Billigkeit des Contracts zwischen dem Pachtgelde und dem Nutzen der gepachteten Sache in jedem Falle müsse beobachtet werden, so weit nicht durch Vertrag ein Anders bestimmt worden sey, erlaube nicht, zwischen erhobenen und noch nicht erhobenen Früchten zu unterscheiden. Denn der Pächter entbehre in dem einen Falle, so gut, wie in dem andern, die Nutzung der Sache. Es streite also in beyden Fällen gleiche Billigkeit für ihn. Zwar müsse er allerdings, als Eigenthümer der erhobenen Früchte, den Zufall übernehmen; allein daraus folge nur so viel, daß er deshalb von Niemand Erlaß fordern könne; keinesweges aber sey daraus zu erweisen, daß er das Pachtgeld bezahlen müsse, wenn ohne seine Schuld die Früchte durch einen Unglücksfall verloren gegangen sind. Denn der Erlaß des Pachtgeldes müsse nach Vorschrift der Gesetze ⁶⁰⁾ bloß nach der Billigkeit beurtheilt werden. Indem nun der Pächter die Früchte percipirt, um durch ihre Versilberung sich sowohl den Pachtzins, als einen erlaubten Vortheil zu verschaffen; so werde man ökonomisch juristisch die volle Perception billig darauf zu setzen haben, daß der Pächter auch soviel Zeit gehabt habe, um seine Früchte auszudreschen, und mit einigem Vortheile verkaufen zu können, wozu ihm der Richter den Zeitraum bis zu Ende des Pachtjahrs und den Anfang des neuen gestatten und offen lassen müsse. Daß freylich der Verpächter nicht für die Gefahr der Früchte stehen dürfe, welche der Pächter entweder aus Bucher oder Nachlässigkeit von mehreren Jahren her aufgeschüttet und aufbewahrt hat, verstehe sich von selbst. Billig aber haste er von

einer

60) L. 2. Cod. de locato.

einer Erndte bis zur andern. Allein angenommen, es trete hier ein *conflictus* zwischen dem *strictum conventionis ius* und *aequitas* ein, von welcher Ansicht man hier ausgeht ⁶¹⁾, so kann man doch diese Billigkeit, ohne die größte Unbilligkeit und Ungerechtigkeit zu begehen, nicht so weit ausdehnen, daß nur der Pächter allein zum Nachtheil des Verpächters begünstiget werde, der gewiß den Pachtzins, um dessen willen er sein Grundstück verpachtet hat, eben so ungern einbüßt, als der Pächter die Früchte, um deren wegen er gepachtet hat. Ist es denn nun nicht Billigkeit genug, daß die Früchte der Pachtung vor der Perception nicht auf der Gefahr des Pächters stehen, und dieser nur die Ausfaat und Bestellungskosten verliert, während der Verpächter oft das ganze Pachtgeld entbehren muß, wenn die Früchte durch einen ungewöhnlichen und unabwendlichen Zufall verunglücken? Ist es, wie Westphal ⁶²⁾ behauptet, für eine besondere Begünstigung des Pächters zu halten, daß er in diesem Falle einen Erlaß des Pachts von dem Verpächter verlangen kann, wie läßt sich dann jene Ausdehnung mit dem Princip vereinigen, nach welchem ein singuläres Recht, welches von den Grundsätzen des strengen Rechts aus Gründen der Billigkeit abweicht, keine Ausdehnung zuläßt? Daß jene Meinung der Praxis nicht gemäß sey, haben schon Carpzov ⁶³⁾ und Wernher ⁶⁴⁾ zu ihren Zeiten bemerkt. Wie wenig sie aber auch der Theorie entspricht, lehrt noch die

L. I.

61) S. *Ge. Lud. BOEHMER* cit. Diss. Cap. I. §. II.

62) Vom Kauf ic. §. 972.

63) P. II. Constit. 37. Def. 20.

64) *Select. Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 414.*

L. 1. Cod. h. t., wo der Kaiser Antoninus rescribirt: Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. Steht nun der locator nicht für die Gefahr der in dem Magazin verwahrt gewesenen Sachen, so kann auch der Conductor deshalb keinen Erlaß des Miethzinses fordern. Denn das heißt eigentlich *vim praestare*, wie aus *L. 15. §. 2. D. h. t.* erhellet. Er steht also auch nicht für die Gefahr, wenn die Früchte, die darin untergebracht worden sind, durch feindliche, oder eine andere unwiderstehliche Gewalt, verloren gegangen sind, und es ist ganz einerley, der locator mag derjenige selbst seyn, welcher das Grundstück, worauf die Früchte gebauet worden, oder derjenige, welcher die Scheune, worin die Früchte untergebracht worden, verpachtet hat. Noch mehr aber wird jene Meinung durch die *L. 78. D. de Rei vindicat.* widerlegt, wo es heißt: *Percptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint: veluti si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit. Statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.* Zwar wendet man dagegen ein⁶⁵⁾, diese Stelle handle von keinem Pächter, sondern von einem bonae fidei possessor, der ein fremdes Grundstück besessen und genutzt hat, dasselbe aber zurückzugeben verurtheilt worden ist. Allein wie wenig die Eigenschaft das b. f. possessor hier in Anschlag zu bringen sey, erhellet aus *L. 13. D. Quib. mod. ususfr. vel usus amitt.*,
wo

65) von Winkler Abhandlung von Kriegsschäden 1 Abschn. 3. Hauptst. Nr. 112. S. 114.

wo in Beziehung auf den Fructuar gesagt wird; *fructum percipi*, spica aut foeno caeso, aut uva adempta, aut excussa olea: *quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit*. Es bleibt also immer bey der Regel, daß die Perception vollendet sey, so bald die Früchte von der fruchttragenden Sache getrennt sind, die Erwerbung mag von einem bonae fidei possessor, oder von einem Pächter, oder Fructuar geschehen. Der bonae fidei possessor hat nur darin vor jedem Andern, der sein Recht auf die Früchte einer fremden Sache von dem des Eigenthümers ableitet, ein vorzüglicheres Recht, daß er schon durch jede Absonderung, sie sey geschehen, wie und von wem sie wolle, ein prätorisches Eigenthum an den Früchten erwirbt, weshalb ihm auch sogar die *condictio furtiva* zusteht, wenn sie von einem Dritten diebischer Weise abgefordert seyn sollten; dahingegen der Usufructuar, und der hierin mit demselben gleiche Rechte habende Pächter, erst durch die ihrer Seits geschehene Besitzergreifung das Eigenthum an den Früchten erwerben, welches also von denselben nicht erworben wird, wenn die Separation von einem Dritten wider deren Willen geschiehet ⁶⁶). Hier kommt aber dieser Unterschied in keine Betrachtung, da man selbst einräumt, daß die Gefahr auf den Pächter übergeht, sobald die Früchte in Rücksicht seiner für percipirt zu halten sind.

IV. Der

66) L. 48. pr. D. de acquir. rer. domin. L. 13. in fin. D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. L. 12. §. 5. D. de Usufr. L. 25. §. 5. D. de Usur. §. 36. I. de rer. divis. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 590. S. 260. u. von Savigny Recht des Besizes §. 22. 2. S. 257. f.

IV) Der Schaden muß von Bedeutung seyn. Ist der Verlust an den Früchten mäßig, so muß ihn der Pächter tragen, und er kann deshalb keinen Erlaß am Pachtgelde fordern. Dagegen kommt ihm aber auch in einträglichen Jahren der wenn gleich außerordentliche Gewinn zu Gute, ohne deshalb ein erhöhtes Pachtgeld zahlen zu dürfen. *Modicum damnum*, sagt Cajus ⁶⁷⁾, *aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum* ⁶⁸⁾ *lucrum non aufertur*, und Ulpian ⁶⁹⁾ giebt das Beispiel, wenn vorüberziehende Truppen auf den Pachtfeldern aus Muthwillen einigen Schaden anrichten. Ein anders wäre freylich, wenn vorüberziehende Truppen dort Halt gemacht, oder auch im Vorüberziehen Schäden von Beträchtlichkeit angerichtet haben sollten. Es fragt sich aber, wenn ehe der Schaden für so erheblich zu halten sey, daß er einen Anspruch auf Erlaß des Pachtgeldes begründet? Cajus hat sich darüber nicht deutlich erklärt, sondern sagt bloß: *Vis major non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus*. Die meisten ⁷⁰⁾ wollen daher die Größe des Schadens

67) L. 25. §. 6. D. h. t.

68) Accursius erklärt dieses *immodicum* sehr sonderbar durch *valde modicum*, auf eben die Art, wie das Wort *imprudentes* in der L. 52. §. 3. D. *pro Socio* für *valde prudentes*. S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 425. in fin.

69) L. 15. §. 2. D. h. t. Man sehe über diese Stelle Bodmann's Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen: c. sind. 4. Abschn. §. 28. Not. c. S. 174.

70) Io. BRUNNEMANN Comment. ad L. 25. D. h. t. nr. 16.

dens nach den Grundsätzen einer Verletzung über die Hälfte beurtheilt wissen, und nehmen die L. 2. Cod. de resc. vend. zu Hilfe. Sie stellen demnach das Princip auf, der Schade an den Früchten ist unerträglich, wenn aus den Nutzungen des erpachteten Guts, nach Abzug der Ausfaat, und der übrigen Bestelungskosten, nicht einmal die Hälfte des versprochenen Pachtgeldes hat erhoben werden können, oder wenn die aus dem Gute erhaltenen Früchte, nach nur gedachtem Abzuge, nicht einmal die Hälfte des dafür zu zahlenden Pachtgeldes betragen. Allein wenn gleich das Rechtsmittel aus der L. 2. Cod. de resc. vendit. nach der richtigern Meinung, die schon oben (S. 342.) weiter ausgeführt worden ist, allerdings auch bey dem Pachtcontract Statt findet; so wird doch eine solche Läsion vorausgesetzt, welche aus dem Contract selbst herrührt, und in einem Irrthum bey Bestimmung des Pachtgeldes ihren Grund hat. Nimmermehr aber kann diesem Rechtsmittel, auch selbst bey dem Kaufcontract nicht, bey dem es doch zunächst ist eingeführt worden, in dem Falle Statt gegeben werden, wenn die Läsion in einem bloßen Zufall ihren Grund hat, der sich erst nach dem

ge.

Dav. MEVIUS Decision. P. IX. Decis. 116. nr. 5. *Ben.* CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 11. *Ant.* FABER Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 3. *Sam.* STRYK de Cautel. contractuum Sect. II. Cap. 9. §. 24. *Vinc.* CAROCIUS Tr. de locatione et cond. P. III. de remiss. merced. §. 5. *RIEDEL* ab *EISENDACH* cit. Commentat. Cap. II §. 18. et 19. *Io. Steph.* PÜTTER in Praefat. ad hanc Commentat. §. *Interca* und *David Ge. Struben* rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 9. und Bed. 83. *Ge. Fr.* ALBRECHT Diss. cit de mercedis remiss. §. 17.

geschlossenen Contract ereignet hat. Es ist daher hier, wo nicht von einer Uebertheuerung des Pachts, sondern bloß vom Erlaß der Pachtgelder wegen erlittener Unglücksfälle die Rede, an Aufhebung des Contracts aber gar kein Gedanke ist, schlechterdings unanwendbar⁷¹⁾. Andere⁷²⁾ wollen dagegen vielmehr die Beurtheilung der Sache dem billigen Ermessen des Richters überlassen, welches überhaupt in allen nicht gesetzlich bestimmten Fällen eintritt⁷³⁾. Bey Berechnung dieses Schadens ist nun 1) auf den ganzen Ertrag, das ist, auf den Nutzen zu sehen, welcher aus allen drey Feldern, dem Winter- Sommer- und Brachfelde gezogen werden kann, und in guten Jahren ordentlicher Weise gezogen wird. Dann muß 2) der erlittene Schaden, er mag nun nur das eine, oder

71) S. Carl Gottfr. von Winkler Abb. von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute 1. Abschn. 3. Hauptst. Nr. 16. bis 22. *Ge. Lud. BOEHMER* Diss. cit. de obligat. locator. ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 19. *HOFACKER* Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1990. Not. b. *Schibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Th. §. 863.*

72) *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 25. *Ge. FRANZKE* Comm. ad Dig. h. t. nr. 103. *Io. Balth. L. B. a WERNHER* select. Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 130. 399. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 87. *Winkler* Abb. von Kriegsschäden der Pächter 1. Abschn. 3. Hauptst. nr. 14. ff. S. 89. *Franz Joseph Bodmann* Erört. der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen. 3. Abschn. §. 10. *Io. Ad. Th. KIND* Quaest. for. Tom. III. Cap. 13. pag. 110. 399.

73) *L. 78. et 79. D. Pro Socio. L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod interest. L. 13. §. 1. D. de annis legat.*

oder alle Felder zugleich betreffen, dagegen gehalten, und dieser 3) zu Selbe angeschlagen werden, und zwar 4) nach dem gemeinen Werthe, den die Früchte in dem Jahre, da der Mißwachs sich ereignete, gehabt haben⁷⁴⁾. Nach dieser Berechnung findet dann gänzlicher oder theilweiser Erlaß des Pachtgeldes, oder, wenn es schon bezahlt seyn sollte, gänzliche oder theilweise Zurückzahlung statt.

Der Anspruch auf Erlaß fällt jedoch weg, 1) wenn bey einer auf mehrere Jahre eingegangenen Pachtung der Schaden des unglücklichen Jahres schon durch den reichlichen Ertrag der vorhergehenden Jahrgänge ersetzt worden ist. 2) Wenn der Pächter die Unglücksfälle ausdrücklich übernommen hat, oder solche 3) nach der Gewohnheit des Orts übernehmen muß. Sämmtliche Ausnahmen enthält die Verordnung des Kaisers Alexander L. 8. *Cod. de locato*, welche folgendermaßen lautet.

Licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris: si tamen expressum non est in locatione, aut⁷⁵⁾ mos regionis postulabat: ut, si qua lue tempesta-

74) S. WERNHER *Select. Observat. for. T. I. P. V. Obs. 174.*
 Joh. And. Christ. Michelsen's Anleitung zur juristischen, politischen u. ökonomischen Rechenkunst. 1. Th. 2. Abschn. §. 47. ff. S. 420. ff. und Carl Chassot de Florencourt *Abhandlungen aus der jurist. und politischen Rechenkunst. Kap. 7. S. 250. ff.*

75) Die gemeine Lesart ist zwar: *ut mos regionis postulabat*, und Westphal vom Kauf 10. §. 972. S. 740 versteht dieses so, als ob bey den Römern die Uebernehmung der Unglücksfälle durch Vertrag sehr gewöhnlich gewesen sey. Allein offenbar ist die Lesart unrichtig, wie schon Rad. FOR-

pestatis, vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent: et quae evenerunt sterilitates, ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur: rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam, qui ex appellatione cognoscet, sequetur.

Wosern also nicht mos regionis den Pächter zur Uebernehmung der Unglücksfälle verpflichtet, so steht nicht er,

NERIUS Rerum quotidianar. Lib. V. cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 259. sq.) gezeigt hat, dem auch GER. NOODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Sed et tum.* pag. 426. bestimmt, und POTHIER *Pand. Justin.* Tom. I. h. t. Nr. LIII. pag. 542. stellt, dieser Emendation zu Folge, den Satz auf: *Ut Colono merces remittatur, oportet, ut casus, per quem damnum contigit, non is fuerit, qui ex speciali pacto, aut ex speciali regionis consuetudine colonum spectaret.* Die Nothwendigkeit dieser Emendation rechtfertiget sich 1) dadurch, daß es Sonderbar zu seyn scheint, wenn mos regionis den Pächter zur Schließung eines Vertrags nöthigen sollte, um die Unglücksfälle zu übernehmen. 2) Wird sie durch die *Basilica* Lib. XX. Tit. I. Constit. 70. T. II. pag. 440. unterstützt, wo die Verordnung des Kaisers Alexander auf folgende Art lautet: Ἡ διάταξις βούλεται τὴν ἀπὸ τοῦ οὐρανοῦ γινομένην ἀφορίαν, μὴ τῷ μισθωτῷ κινδυνεύεσθαι, ἀλλὰ τῷ δεσπότῃ, εἰ μὴ τὸ ἐναντίον συμπεφώνηται, ἢ τὸ ἔθος τοῦ κλίματος τοῦτο βούλεται. i. e. *Constitutio vult, sterilitatem, quae coeli vitio accidit, non esse periculo coloni, sed domini, nisi aliud actum sit, vel mos regionis id postulet.* Hierzu kommt noch 3) das Zeugniß des HARMENOPULUS *Προχειρ. νομῶν* (*Promptuar. iuris*) Lib. III. Tit. 8. §. 6. pag. 266. (Edit. *Dionys. GOTHOFREDI*) wo die Worte dieser Constitution eben so lauten.

er, sondern der Verpächter für die Gefahr der Früchte, wenn ersterer sie nicht ausdrücklich im Vertrage übernommen hat. Bloße Vermuthungen können hier in keine Betrachtung kommen. Es ist daher ganz unrichtig, wenn einige ⁷⁶⁾ behaupten wollen, der Pächter habe sich, der Vermuthung nach, des Rechts, Pachtremiß zu fordern, begeben, wenn er zur Zeit einer drohenden z. B. feindlichen Gefahr, ohne Vorbehalt, den Pachtcontract geschlossen hat. Allein schon Böhmer ⁷⁷⁾ hat diese Meinung widerlegt. Hat übrigens der Pächter nicht eine bestimmte Art des Zufalls, sondern überhaupt alle Unglücksfälle übernommen, so bleibt es dabei; und es sind dann, wenn gleich viele das Gegentheil behaupten, auch selbst die ungewöhnlichsten nicht auszunehmen ⁷⁸⁾. Bey einer Pachtung, die auf mehrere Jahre eingegangen worden ist, hat nun also der Pächter seinen Schaden nicht bloß nach dem Verlust des einen unglücklichen Jahres zu berechnen, er muß auch, wenn er deshalb einen Pachtverlaß verlangt, nicht etwa schon durch die Fruchtbarkeit der früheren Jahre dafür entschädiget worden seyn. Denn der Verlust des einen Jahres muß hier immer mit dem

Ge

76) *Ant. FABER* Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. def. 30. *CAROCIUS* Tr. de locat. P. IV. Qu. 18. nr. 3. et 12. *RIEDEL* ab *EISENBACH* Comm. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis. Cap. II. §. 23.

77) *Diss. cit. de obligat. locator. ob imped. rei loc. usum.* Cap. I. §. 23. Man sehe auch *Carl Bucher* Recht der Forderungen §. 75. S. 149.

78) *L. 9. §. 2. D. h. t.* S. *BOEHMER* c. 1. in *Electis I. C.* T. I. pag. 290. und den 4. Th. dieses Commentars §. 327. S. 392. s. auch *Ehibaut* Syst. des P. R. 1. B. §. 176.

Gewinn der übrigen Jahre aufgerechnet werden. Der Verpächter ist daher allerdings berechtigt, von dem Pächter zu verlangen, daß er ihm den Ertrag der früheren Jahre vorlege, um den Schaden oder Gewinn des Pächters von allen Jahren übersehen zu können⁷⁹⁾. Dem zu Folge kann sogar, wenn auch der Pächter wegen erlittenen Schadens Erlass erhalten hätte, und hierauf die folgenden Pachtjahre besonders fruchtbar sind, der verwilligte Erlass widerrufen, und der volle Betrag des Pachtgeldes von dem Jahre, wo Nachlaß gegeben worden war, noch nachgefordert werden, wenn sich auch schon der Verpächter bey dem Erlass des Ausdrucks Schenkung bedient hätte. Denn es kommt nicht auf die Worte, sondern auf die Absicht der Contrahenten an, welche immer der Natur des Contracts gemäß zu erklären ist. Nun war der Verpächter nicht gemeint, dem Pächter ein Geschenk zu machen, sondern nur seinen Verlust auszugleichen. Hätte jedoch der Verpächter dem Pächter wegen des letztern unfruchtbaren Jahres Remiß gegeben, ohnerachtet er gewußt, daß die vorhergehenden Jahre fruchtbar gewesen waren; so kann er diesen nicht wieder zurücknehmen. Alles dieses bestätigt folgende Gesetzesstelle.

L. 15. §. 4. D. h. t. PAPINIANUS libro IV. Responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem: sed integram pensionem, etiam eius anni, quo remisit, exigendam. Hoc idem et in vectigalis

79) S. Westphal von Kauf u. §. 975.

lis damno ⁸⁰) respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit

80) Die Worte *in vectigalis damno* versteht POTHIER in Pand. Justin. T. I. h. r. Nr. LIV. not. 2. pag. 543. von einem damno, quod ob insolitam sterilitatem passus est *vectigalium publicorum conductor*. Auch Westphal §. 975. a. E. erklärt diese Worte von einer Zollpachtung. Diese Erklärung rechtfertigt sich auch vollkommen durch die Betrachtung, daß der Fruchtzoll eine der ergiebigsten Staatseinkünfte bey den Römern war, welcher gewöhnlich auf fünf Jahre verpachtet zu werden pflegte. CICERO *ad Attic. Lib. VI. Ep. 2. ad Famil. Lib. II. Ep. 13. L. 3. §. 6. D. de iure fisci. L. 7. Cod. h. t.* Solche Fruchtzollpächter werden von den Klassikern *Decumans* genannt, quia frugum fructuumque decumas conduxerant, exigendas ab aratoribus. CICERO in *Verrum Lib. II. cap. 13. et Lib. III. an mehreren Orten.* Man sehe überhaupt *Pet. BURMANNI Vectigalia populi Rom. (Leidae 1734. 4.) Cap. 3. 8. et 9. und Did. SCHAGHEN Diss. de re frumentaria (Traj. ad Rhen. 1709.) Cap. 5.* Diese Pächter litten also ebenfalls, wenn der Miswachs allgemein war, beträchtlichen Schaden. Merkwürdig ist jedoch die Erklärung des griechischen Scholiasten der *Vastikfen T. II. pag. 457.*, wo es nach der Uebersetzung des *Fabrotus* heißt: PAPINIANUS ait, non obesse domino remissionem, sed integram pensionem anni secundi ex ubertate annorum sequentium eum exigere posse: idque non modo de agris privatorum accipiendum est, sed et si civitas fundum locaverit, ob sterilitatem autem pensio remissa sit, et postea ubertas secuta sit, qua damnum ex sterilitate contingens non sensisse conductor videatur. Vel finge: Quidam vectigal locavit, puta portuum. Accidit autem, ut anno quodam naues non adnavigarent, saeviente per totum annum tempestate, aut piratis ea loca infestantibus, vel etiam hostibus imminentibus, ideoque vecti-

erit dicendum: quasi non sit donatio, sed *transactio* ⁸¹⁾). Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, *etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

Mehrere Rechtsgelehrten ⁸²⁾ wollen indessen einen Unterschied machen, ob bey einer auf mehrere Jahre eingegangenen Pachtung überhaupt und für alle Pachtjahre zusammen genommen ein gewisses Pachtgeld bedungen worden; oder ob für jedes Jahr ein besonderes Pachtgeld ausgemacht worden ist. In dem ersten Falle, welcher bey

vectigal remitteretur conductori. Annis autem sequentibus numerosa navium multitudo appulit, qua priori inopiae subventum est: heic etiam compensatione facta ex lucro, quod sequentibus annis factum est, reliqua vectigalis persolvere compelletur. Man sehe über diese Stelle auch den 8. Th. dieses *Commentaris* 2. Abth. §. 605. S. 417. Not. 45.

81) *Accurstus* erklärt das Wort *Transactio* quasi a petitione recessio. Der Pächter wolle nämlich vor der Hand von seiner Forderung absehen, bis sich aus der Fruchtbarkeit der folgenden Jahre ergeben würde, ob dem Pächter wirklich ein Erlaß wegen des unfruchtbaren Jahrs gebühre. So erklärt auch der Scholast der *Basiliken* T. II. pag. 458. diesen Ausdruck. Man sehe auch *Ant. FABER* *Rational.* in h. l.

82) *Ant. FABER* *Rational.* in L. 15. §. 4. D. h. t. *CARPZOV* P. II. Const. 27. Def. 13. *VOET* *Comm.* ad *Pand.* h. t. §. 24. *RIEDEL* ad *EISENBACH* *Comm.* de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in loc. cond. ob calam. bell. Cap. II. §. 21. von *Winkler* *Abh.* von Kriegsschäden der Pächter und Mietleute. 1. Abschn. 3. Hptsf. nr. 125. ff. S. 118. ff. *KIND* *Quaest. for.* Tom. III. Cap. 13. pag. 112.

den Römern der gewöhnliche gewesen⁸³⁾, sey es außer Zweifel, daß der in dem einen Jahre erlittene Schaden mit der Fruchtbarkeit und dem Gewinn der übrigen sich aufhebe. Denn wenn auf die ganze Pachtzeit nur ein Pachtzins versprochen worden, so sey auch nur ein Pacht und zwar ein untheilbarer Pacht vorhanden. Daher könne denn auch hier ordentlicher Weise kein Erlaß eher, als nach Endigung des Pachts, gesucht, und auch nur dann verlangt werden, wenn der erlittene Schaden nicht durch die Vortheile aufgewogen wird, welche in der Zeit gewonnen sind, nach deren Endigung das Pachtgeld zu bezahlen ist. In dem letztern Fall hingegen, wenn für jedes Jahr ein besonderer Pachtzins bestimmt worden ist, sey jedes Pachtjahr als ein besonderer Pacht anzusehen, und der Schaden des einen Jahrs auf den Gewinn des andern nicht abzurechnen, weil hier der Pächter die Früchte eines jeden Jahres besonders durch einen festgesetzten Zins an sich gehandelt habe. Dieß letztere soll heut zu Tage der gewöhnliche Fall seyn. Allein wenn dieses nicht durch besondere Landesgesetze, oder durch Vertrag ausdrücklich bestimmt worden ist, so ist nach der Billigkeit des gemeinen Rechts zu sprechen, welchem dieser Unterschied nicht gemäß zu

83) Ein solcher Pacht ward bey Landgütern gemeiniglich auf 5. Jahre eingegangen. *L. 4. §. 1. D. de reb. credit. L. 7. §. 8. et L. 25. §. ult. D. Sol. matr. L. 16. D. de liberat legata. L. 29. D. de verb. obligat. L. 49. D. de act. emti et vend. L. 9. §. 1. et L. 13. §. 11. L. 24. §. 2. et 4. D. h. t. PLINIUS Lib. VIII. Ep. 36. et Lib. IX. Ep. 13. GUID. PANCIROLUS Thea. variar. Lectio. Lib. I. cap. ult. und B. BRISONIUS de Formul. Lib. II. c. 70. Man sehe auch oben S. 387. Not. 96.*

zu seyn scheint ⁸⁴⁾. Alles bisher Gesagte findet überhaupt

V. nur bey einem solchen Colonus Statt, welcher für Geld gepachtet hat. Denn der Theilpächter, colonus partiarus, welcher statt des Pachtgeldes eine Quote der geärndeten Früchte jährlich abgiebt ⁸⁵⁾, kann keinen Remiß verlangen, weil er, einem Socius gleich, Gewinn und Verlust mit dem Eigenthümer theilt ⁸⁶⁾.

VI. Haben mehrere Eigenthümer zugleich die Sache verpachtet, so schadet der von dem einem contracts- und rechtswidrig erteilte Erlaß den übrigen nicht ⁸⁷⁾.

§. 1057.

Zahlungszeit des Pachtgeldes.

Das Pacht- oder Mlethgeld muß 2) auch zur gehörigen Zeit entrichtet werden. Ist diese Zeit nicht im Vertrage, auch nicht durch Ortsgewohnheit ⁸⁸⁾ oder Landes-

84) S. STRUV Synt. I. C. Exerc. XXIV. Th. 17. et MÜLLER ad Eundem. not. §.

85) S. §. 1049. S. 333. f.

86) L. 25. §. 6. D. h. t. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 93. und RIEDEL ab EISENBACH cit. Commentat. Cap. II. §. 29.

87) L. 19. C. de locato et cond. Westphal §. 995.

88) Bey den Römern pflegten die Grundstücke gewöhnlich am 1 Julius, die Vectigalia aber im Monat März verpachtet zu werden. Dieß waren daher auch die gewöhnlichen Zahlungs-Termine des Mleth- oder Pachtzinses. CICERO ad Familiar. Lib. XIII. Ep. 2. et ad Q. Fratrem. Lib. II. Ep. 3. MARTIALIS XII. Epigram. 32. SÜETONIUS in Tiberio c. 35.

Landesgesetze bestimmt, so ist nach dem gemeinen Recht ein Unterschied zu machen. I. Bey der Location von Sachen wird das Miethgeld eigentlich erst nach geendigtem Gebrauche bezahlt. Denn nun erst hat der Vermiether den Contract seiner Seite erfüllt⁸⁹⁾. Ist eine Landpachtung auf mehrere Jahre eingegangen, und für jedes Jahr ein Pachtgeld ausgemacht worden, so wird der Pacht mit Ablauf eines jeden Jahres bezahlt, weil dann jedes Pachtjahr als ein besonderer Pacht angesehen wird. Der Pächter hat auch nun die Früchte eingearndtet, für welche er das Pachtgeld bezahlt. Ist hingegen der Pacht in Bausch und Bogen geschlossen, so daß für alle Pachtjahre zusammen nur ein gewisses Pachtgeld entrichtet wird, so kann, wosern nicht theilweise Zahlung ist ausgemacht worden, das Pachtgeld erst nach Endigung des Pachts gefordert werden. *Omnium enim annorum unica tantum et consequenter individua est locatio, multas licet, distinctasque habens praestationes*, wie Anton Faber⁹⁰⁾ sagt. Ist bey Hausmiethen der Contract auf mehrere Jahre geschlossen worden, so wird der Miethzins

in

in fin. MACROBIUS *Saturnal. Lib. I. cap. 12. L. 15. D. de publican. L. 41. pr. D. de contrah. emt. L. 9. pr. D. Qui pot. in pign. C. Jac. CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. in dict. L. 9. Guid. PANCIROLUS Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. ult. und Pet. BURMANN de Vectigalib. Pop. Rom. Cap. 8. pag. 103. sq.*

89) Ge. FRANTZKE Comment. ad Pand. h. t. nr. 179. pag. 622. Schibaut System des Pand. N. 2. B. S. 863. lit. B. Westphal S. 996.

90) Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 3. Man sehe auch RIEDESEL ab EISENBACH cit. Comm. Cap. II. S. 25.

in der Regel nach Ablauf eines jeden Jahrs bezahlt⁹¹⁾. Sollte jedoch der Miether oder Pächter vor der Zeit abziehen, ohne dazu eine gerechte Ursache zu haben; so muß er früher, und zwar gleich bey seinem Abzuge Zahlung leisten⁹²⁾. II. Bey der Location der Dienste kann auch der Lohn in der Regel erst nach vollendeter Arbeit gefordert werden; es müßten denn die Dienste auf mehrere Jahre gemiethet worden seyn, in welchem Falle der Lohn am Ende eines jeden Jahres gefordert werden kann⁹³⁾. Ist aber von der Verdingung eines ganzen Werks die Rede, so kommt es darauf an, ob über Bausch und Bogen contrahirt worden, oder auf Tage oder sonstige Abschnitte der Zeit und Arbeit gedungen worden ist. In dem ersten Falle kann der Werkmeister seine Bezahlung erst nach Fertigung der ganzen Arbeit fordern; in dem andern Fall aber am Ende eines solchen Abschnitts⁹⁴⁾. Doch kann auch in dem ersten Falle zuweilen theilweise Zahlung verlangt werden, wenn das Werk seiner Größe wegen lange Zeit zu seiner Vollendung erfordert, und die Ar-

91) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1991.

92) L. 24. §. 2. D. h. t. S. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contrav. h. t. Qu. 37. not. 1. pag. 479. Westphal §. 996.

93) Arg. L. 29. et 140. D. de Verb. Obligat. S. HOFACKER c. 1. §. 1991.

94) L. 5. §. 1. D. de Verb. signif. L. 30. §. 3. D. Locati. Radulph. FORNERIUS Res. Quotidian. Lib. IV. Cap. 21. (in Thes. iur. Rom. Otton. T. II. pag. 246.) Sam. Frid. WILLENBERG Ex. de opere conducto §. 13. und Westphal E von Kauf etc. §. 998.

Armuth des Arbeiters nicht erlaubt, das Werk ohne einigen Vorschuß zu Stande zu bringen⁹⁵). Wird der Lohn ganz voraus bezahlt, so kann der locator mit Recht von dem Conductor wegen der Vollendung des Werks Caution verlangen⁹⁶). Wenn hingegen in allen diesen Fällen mit der Bezahlung des Lohns oder Pachtgeldes gesäumt wird, so kann der Vermiether oder Verpächter auch Verzugszinsen fordern⁹⁷).

§. 1058.

Fälle, wo der Conductor die Miethse oder den Pacht vor der Zeit verlassen kann.

Es ist zwar dem Conductor in der Regel nicht erlaubt, den Contract vor der Zeit aufzukündigen, und die ihm vermietete Sache zu verlassen. Noch weniger kann ihm daher dieses zur Ausflucht dienen, um sich seiner Verbindlichkeit, zur Bezahlung des versprochenen Miethzinses, zu entziehen, daß er vor Ablauf der Miethzeit ausgezogen sey⁹⁸). Ausnahmsweise kann indessen dieses

95) BRUMMER Exercit. de locatione. et conduct. Cap. IV. §. 4. in *Opusc.* pag. 427. und *Car. Aug.* HAASE Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. II. §. 1.

96) L. 58. §. 2. *D. h. t.* L. 40. §. 5. *D. de condit. et demonstrat.* L. 19. *D. de legat.* III. FORNEBIUS cit. loco.

97) L. 54. *pr. D. h. t.* L. 2. L. 17. *Cod. eodem.* L. 32. §. 2. *D. de Usuris.* BRUMMER cit. I. und HAASE c. I. Westphal §. 1000.

98) L. 55. §. 2. *D. h. t.* lo. Bern. FRIESE Pr. de locatore et conductore a contractu recedente. *Ienae* 1720. Mich. KUHLENKAMP Diss. de resignatione locationis conduct. tempore nondum elapso. *Altd.* 1702.

ses geschehen, wenn er eine gerechte Ursache, die Miethe oder den Pacht vor der Zeit zu verlassen, anführen kann⁹⁹⁾, und ihm auch beym Abzuge selbst wegen etwa unterlassener möglichen Benachrichtigung des locators keine Schuld zur Last fällt¹⁰⁰⁾; in welchem Falle er dann, nur nach Verhältniß der Zeit, da er die Sache benutzte, den Mieth- oder Pachtzins bezahlen darf. Eine solche rechtmäßige Ursache aber ist vorhanden, wenn sich ohne des Conductors Schuld solche Umstände ereignet haben, weshalb er die Sache entweder gar nicht mehr, oder wenigstens nicht ohne Gefahr, oder große Unbequemlichkeit, oder nicht ohne eine beträchtliche Schmälerung gebrauchen und benutzen konnte¹⁾; die Ursache mag übrigens in der Person des locators²⁾, oder eines Dritten,

oder

99) L. 27. §. 1. D. h. t.

100) L. 13. §. 7. D. h. t., wo Ulpian sagt: *Exercitu veniente migravit conductor; deinde hospitio milites fenestras et caetera sustulerunt: si domino non denunciavit, et migravit, ex locato tenebitur. LABEO autem, si resistere potuit, et non resistit, teneri ait. Quae sententia vera est. Sed et si denunciare non potuit, non potest eum teneri. S. Westphal: A. d. O. §. 1025.*

1) S. Io. D'AVEZAN Lib. Contractuum II. Tr. II. de locat. et cond. §. ult. *Quod autem* (in *Thes. Meerm.* T. IV. pag. 103.) *Frid. BRUMMER Diss. de locat. et cond. Cap. V. §. 3.* (in *Opuscul.* pag. 437.) *Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 23.* LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 53. et 54.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXX. Medit. 3. 4. 5.*

2) Nicht aber in der Person des Conductors, wenn er auch wegen eines erhaltenen auswärtigen Rufes oder Amtsversetzung vor der Zeit die Miethe verlassen müßte. S. Io. Ulr. de

oder in andern zufälligen Erelgnissen liegen. Dahin gehört also 1) wenn es der Locator an den zur Benutzung der vermietheten Sache nöthigen Ausbesserungen mangeln läßt, z. B. die untauglichen Fenster und Thüren nicht repariren läßt³⁾. 2) Wenn er wegen einer Reparatur im Hause einen beträchtlichen Theil der Wohnung nicht gebrauchen kann⁴⁾. 3) Wenn der Eigenthümer dem Pächter oder Miethmann den Nutzen gegen die Unternehmung eines Dritten nicht zu gewähren vermag; z. B. der Nachbar hat dem Inquilin durch einen unternommenen Bau, welchen der Vermiether nicht verhindern konnte, das nöthige Licht in dem gemietheten Logis benommen⁵⁾. 4) Wenn ihn eine gerechte und gegründete Furcht zum frühern Abzuge nöthigte. Z. B. Furcht vor Einsturz des gemietheten Hauses⁶⁾; oder vor einen heranziehenden Heere feindlicher Truppen⁷⁾; oder vor einer ansteckenden

Krank-

GRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1101. Es ist daher auch für keine rechtmäßige Ursache zu halten, wenn sich der Miethmann selbst ein Haus gekauft hat. S. VOET c. 1. §. 23. in fin.

3) L. 25. §. 2. D. h. t.

4) L. 27. pr. D. h. t.

5) L. 25. §. 2. D. h. t.

6) L. 28. L. 33. D. de damno inf.

7) L. 13. §. 7. D. h. t. Einige wollen zwar noch besonders die Einschränkung machen, daß diese Verordnung nur von grausamen und barbarischen Feinden zu verstehen sey, und eine augenscheinliche Gefahr, Leben und Güter zu verlieren, die Flucht hauptsächlich veranlaßt haben müsse. S. Job. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. B. Bem. 24. Allein die Erfahrung hat bisher noch immer gelehrt, daß sich im Kriege

Feinde

Krankheit⁸⁾. Gesezt auch das befürchtete Uebel sey nachher nicht eingetroffen, so ist dennoch der abgegangene Conductor entschuldiget. Denn er konnte nach den damaligen Aussichten diese Befreyung nicht vermuthen. Genug wenn er nach vernünftiger Wahrscheinlichkeit handelte⁹⁾. War hingegen keine solche Wahrscheinlichkeit vorhanden, so muß dann freylich der Conductor für seine Uebereilung büßen¹⁰⁾. Ob auch Furcht vor Gespenstern hierher zu rechnen sey? ist eine Frage, welche die ältern Rechtsgelehrten¹¹⁾ zwar einstimmig bejahen, die neuern

neuern

Feinde als Feinde betragen, sie mögen barbarische oder disciplinirte Truppen seyn. Das Gesez kennt wenigstens diese Einschränkung nicht.

8) WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 35. et 36. Eben so ist der Pächter einer Wiese aus Furcht vor der sich nähernden Viehseuche den Pacht zu verlassen befugt. LEYSER Medit. ad Pand. c. 1. und F. W. Feurhaus Erörterung der Frage, ob ein Waidpächter wegen Furcht vor dem sich nähernden Viehsterben von dem geschlossenen Contract abzugehen befugt sey? Dortmund 1752.

9) L. 27. §. 1. D. h. t. HOFACKER Diss. ad Fragmenta, quae ex Alfeni Varii libris XL. Digestor. supersunt. Tübingae 1775. pag. 58.

10) L. 6. et L. 9. D. Quod metus causa. L. 2. §. 1. L. 3. D. Ex quib. caus. major. L. 184. D. de div. reg. iuris. S. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 40. und Westphal a. a. D. §. 1002. S. 760.

11) STRYK Diss. de iure spectrorum §. 26. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. V. §. 3. pag. 437. und besonders Car. Frid. ROMANUS Diss. de rescissione contractus locati conducti ob metum spectrorum. Lipsiae 1703. et rec. Halae 1737. Man sehe außerdem WISENBACH ad Pand. Exerc. XXXVII.

Th.

neuern aber seit **Christ. Thomafius** ¹²⁾ vernennen. Offenbar ist hier der ganze Streit unnütz, worüber gleichwohl in den angeführten Schriften der Rechtsgelehrten so viele Seiten angefüllt sind, nämlich ob solche Geistererscheinungen, welche man **Gespenster** ¹³⁾ nennt, und wodurch die Bewohner eines Hauses zur Nachtzeit beunruhiget werden sollen, möglich sind, oder nicht. Ihre innere Möglichkeit oder Unmöglichkeit läßt sich aus keinem Grunde a priori entscheiden, und durch kein philosophisches Raisonnement verwerfen oder beweisen ¹⁴⁾. Die Wirklichkeit eines jeden solchen angeblichen Ereignisses ist daher in den Augen des vernünftigen Richters immer als

Th. 18. COVARRUVIAS a LAYVA Variar. Resolut. Lib. IV. c. 6. Dion. GOTHOFREDUS Not. ad L. 27. §. 1. D. h. t. GOMEZ Resolut. Lib. II. Res. 3. nr. 3. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 25. §. 11.

12) Diss. de non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum. *Halae* 1711. Man sehe auch **Thomasius** Rechtshandel Th. I. Nr. 13. **Dabelow** Handbuch des heutigen gemeinen Röm. Deutsch. Privatrechts 2. Th. 2. Abtheil. §. 1283. a. E. und **MALBLANC** Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 559. pag. 491.

13) Diese **Gespenster** kommen bey den Griechen und Römern, in deren Schriften mehrere Geschichten von solchen Geistererscheinungen erzählt werden, unter denen besonders die bey **Plinius** Lib. VII. Ep. 27: zur Erläuterung der gegenwärtigen Frage dienen können, unter mancherley Namen vor. **Democrit** nennt sie εἰδωλα, **Cicero** imagines, spectra, **Quinctilian** figurae, **Lucretius** simulacra, **Plinius** und **Plutarch** phantasmata.

14) **S. Moris** und **Pocock's** Magazin zur Erfahrungsseelenkunde. 6. Band S. 44. ff.

als eine *res facti* anzusehen, worüber sich nur durch Prüfung der davon vorliegenden Zeugnisse entscheiden läßt. Sind diese so beschaffen, daß an dem Beweise selbst juristisch nichts ausgesetzt werden kann, so muß der Richter für den Conductor sprechen, welcher diese Einrede vorgeschützt hat, er mag übrigens für seine Person glauben, was er will ¹⁵). Zuweilen kann auch der Schrecken über einen in dem Hause von einem der Bewohner in der Nähe des Miethmanns verübten blutigen Selbstmord eine gerechte Ursache zum Abzuge vor der Zeit geben, wenn der Conductor beweisen kann, daß seine oder der Seinigen Gesundheit in Gefahr kommen würde, wenn er in der Wohnung länger bleiben müßte ¹⁶). Endlich 5) wenn der Conductor wegen Menge von unvertilgbarem Ungeziefer, als Wanzen, Ratten und Mäusen in der Miete nicht bleiben kann, und der Vermiether diesen Fehler der Wohnung verschwiegen hat ¹⁷).

§. 1059.

Ordnungsmäßiger Gebrauch der Sache. In wiefern haftet der Conductor für zufälligen Schaden? *Contractus Sociidae*

Der Conductor ist II. verpflichtet, die gemietete oder gepachtete Sache ordnungsmäßig und wirtschaftlich zu

15) Eben so urtheilt auch D. Lud. Frid. Griesinger im Commentar über das Württemberg. Landrecht. 4. Band. §. 233. S. 982.

16) S. Ge. Steph. WIESAND *Opuscula iurid.* (Lipsiae 1782. 8.) Specim. VI. Obs. 4. pag. 72. 995.

17) HOMMEL *Rhapsod. quaest. for.* Vol. II. Obs. 332. nr. 1. pag. 177. und von Quistorp *rechtliche Bemerkungen* 1. Bd. Nr. LXXXIV. S. 284.

zu gebrauchen. Der Pächter eines Landguts muß daher alles, was auf Hof und Feld zur ordentlichen Bewirthschaftung gehört, zur rechten Zeit bestellen, und im Stand erhalten, damit es nicht durch ordnungswidrigen Gebrauch oder unzeitige Cultur verdorben werde ¹⁸⁾. Er muß ferner auf die Bewahrung der Sache die gehörige Sorgfalt verwenden, damit sie nicht entwendet oder beschädigt werde ¹⁹⁾; widrigensfalls haftet er nicht nur für den Schaden, den er selbst mit Vorsatz oder durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit zugesügt hat ²⁰⁾, sondern auch für den, welchen Andere verursacht haben; es sey nun, daß er entweder die Sache sublocirt, und in Rücksicht der Wahl des Subconductors etwas verschuldet, oder sonst Leute in seinen Dienst, oder als Gäste aufgenommen hat, welche er nicht hätte ausnehmen sollen, und der Eigenthümer braucht sich in solchen Fällen nicht mit der Cession der Klage zu begnügen, die dem Conductor gegen denjenigen zusieht, welcher den Schaden gethan hat, sondern er kann den Conductor selbst belangen ²¹⁾.

L. 14. pr. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum Videmus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit, praestare conductor debeat? et qua-

18) *L. 25. §. 3. D. h. t. Conductor curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriore fundum faceret. Praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. voer Comment. h. t. §. 30.*

19) *§. 5. I. h. t. L. 11. §. 2. D. eodem. L. 28 Cod. eodem.*

20) *L. 13. §. 1. L. 25. §. 5. et 8. L. 43. L. 57. D. h. t.*

21) *Wesphal vom Kauf • Pacht • und Mieth • Contract §. 985.*

quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur? et adversus eos, quos induxerit, utrum praestabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? *Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum; quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit: si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit, vel suos, vel hospites: et ita POMPEONIUS libro sexagesimo tertio ad Edictum probat.*

Auch wenn der Schaden von Außen durch die Bosheit eines Dritten geschehen ist, so haftet der Conductor, wenn er durch seine Feindseligkeiten gegen diesen Veranlassung dazu gegeben hat ²²). Gebäude, die er in gutem Stande erhalten hat, darf er nicht einreißen, sonst muß er sie auf seine Kosten wieder herstellen ²³). Für die Gefahr der gemietheten Sache steht hingegen der Conductor nicht, wosfern er nicht durch Vertrag die Gefahr übernommen hat. Außerdem treffen die Unglücksfälle den locator, als Eigenthümer. Dieser ist jedoch, außer der Erlassung oder Zurückgabe des Mlethgeldes, dem Conductor zu weiter nichts verbunden.

L. 9. §. 2. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. JULIANUS libro XV. Digestorum dicit: Si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.

L. 9.

22) *L. 25. §. 4. D. h. t. S. Westphal §. 994. und Ios. Lud. Ern. PÄTTMANN Selecta e iure vario Capita. Lipsiae 1790. Cap. V.*

23) *L. 29. Cod. h. t.*

L. 9. §. 3. eod. Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denunciatum sit, siquidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator²⁴⁾. Si vero

24) So liest die florentinische Ausgabe; allein ohne allen Sinn. Denn hier ist ja nicht davon die Rede, was der Locator, sondern was der Conductor zu leisten hat. Richtiger scheint daher die Lesart des Accursius zu seyn: non praestabitur periculum locatori, welche eben so unser Codex Pand. Erläng. und BAUDOZA CESTIUS haben. Dieser Lesart geben auch Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Actio locati pag. 427. POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. XXXIII. not. e. und Westphal vom Kauf 1c. §. 932. den Vorzug. Andere wollen jedoch die florentinische Lesart beibehalten, und meinen, daß unter dem Wort locator der colonus zu verstehen sey. Denn es sey in unsern Gesetzen gar nichts Seltenes, daß die Worte locator und conductor, so wie Locatio und Conductio mit einander verwechselt würden. So Jac. GOTHOFREDUS Animadversion. iur. civ. Cap. 12. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. III. pag. 298. sq.) und Jos. FINESTRES in Hermogeniano pag. 480. Diese Erklärung hat auch sowohl die Auctorität der Basiliken T. II. pag. 417. wo das Wort ὁ μισθωτός, conductor, gebraucht wird, als des HARMENOPULUS Promptuar iuris Lib. III. Tit. 8. nr. 14. für sich. Offenbar falsch aber ist es, wenn Jo. STECK in Vindicat. LL. anticritic. cap. 12. (Thes. Otton. T. I. pag. 522.) das Gesetz so erklärt, als wenn es die Verabredung so mit sich brächte, daß der Conductor alsdann für die Gefahr stehen müsse, wenn es in dem Contract zur Bedingung gemacht worden, daß er sich mit dem Feuer in Acht nehmen möchte. Man vergleiche dagegen L. 11. §. 1. D. h. t. und Jac. GOTHOFREDUS a. a. O.

vero culpa locatoris²⁵⁾, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.

L. 9. §. 4. D. eod. Imperator ANTONINUS cum Patre, cum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: *Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse, probari potest, iudicio locati casum praestare non cogaris: atque temporis quod insecutum est, mercedes ut indebitas reciperabis.*

Stillschweigend übernimmt der Conductor die Gefahr, 1) wenn er die Sache unversehrt zurückzuliefern versprochen hat, und haftet dann auch für die Schuld seiner Domestiquen²⁶⁾.

L. 30. §. 4. D. h. t. ALFENUS libro 3. Digestorum a Paulo epitomatorum. Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet, praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit, non fortuito casu. Non videri eam vim exceptam respondit: nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extraneam vim utrosque excipere voluisse.

Außerdem haftet der Conductor nicht für die Nachlässigkeit der Seinigen und besonders seines Gesindes, er müßte es denn entweder erweislich an genugsamer

25) Daß man statt *locatoris* vielmehr *conductoris* lesen müsse, behauptete auch schon Accursius. NOODT c. l. pag. 427. glaubt dagegen, daß man das Wort *locatoris* ganz wegstreichen, und statt *tenebitur*, vielmehr *tenebuntur* lesen müsse.

26) Westphal vom Kauf c. §. 1012. S. 767. und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXVII. medic. 1.

mer Aufsicht haben ermangeln lassen, oder ihm eine Schuld in der Wahl seiner Domestiquen, oder ihm darin eine Nachlässigkeit zur Last fallen, daß er das Gesinde, von dessen Nachlässigkeit im Umgehen mit Feuer und Licht er genugsame Wissenschaft gehabt, nicht zu entfernen gesucht hat²⁷⁾. Behauptet der Conductor, die gemiethete Sache sey durch einen Zufall, der ihn nicht zu verantworten obliegt, zu Grunde gegangen, so kommt es ihm, als Beklagten, zu, diese Einrede zu beweisen²⁸⁾. 2) Wenn sich der Conductor zur Zurückgabe der Sache in derselben Gattung verpflichtet hat, welches die Gesetze in *creditum ire* nennen, von den Juristen aber jetzt *locatio conductio irregularis* genennt wird. Ein Beispiel giebt Alfennus in der oben erklärten *L. 31. D. h. t.* 3) Wenn dem Conductor die vermietete Sache mit hinzugefügter Schätzung übergeben worden ist. Der Pächter wird hier als Käufer angesehen, und ist folglich, gleich dem Ehemann, welchem das Heyrathsgut der Frau käuflich angeschlagen worden ist, bloß Schuld-

§ 2

ner

27) *L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. L. 27. D. ad L. Aquil. L. 3. pr. D. de publican. L. 11. pr. D. h. t.*
 Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bd. 179. de CRAMER
 Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1247. Sam. de COC-
 CEII iur. civ. controv. h. t. Qu. 43. et EMMINGHAUS ad
 Eundem c. 1. not. k. Tom. II. pag. 486. von QUISTORP
 Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr.
 XIV. S. 203. (zweite Aufl. Moskau u. Leipzig 1787.)

28) *L. 5. Cod. de pignorat. act. L. 27. c. 1. med. 2. et 3.*
 QUISTORP in den angef. Beiträgen Nr. XIV. S. 202. und
 WEBER über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civil-
 prozeß. Abschn. VI. Nr. 21. S. 248. ff.

ner des Werths ²⁹⁾. Die Schätzung bringt auch natürlich die Gefahr auf den Pächter. Als Eigenthümer kann er aber auch die Sache in eigenem Namen veräußern. Ist sie jedoch bey Endigung des Pachts noch in Natur vorhanden, so kann sie zwar an Zahlungs Statt zurückgegeben werden. Allein da nun der bisher creditirte Anschlag als Kaufpreis abgetragen werden muß, so muß die noch vorhandene Sache von neuem angeschlagen, und kann nur in diesem neuen Anschlage dem Verpächter angerechnet werden ³⁰⁾. Dagegen ist der Verpächter, die Sache in dem alten Anschlage zurückzufordern, eben so wenig berechtigt, als er verbunden ist, es in demselben zurückzunehmen, wenn nicht ein Anderes ist ausgemacht worden ³¹⁾.

L. 3. D. h. t. POMPONIUS libro 9. ad Sabinum. Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, PROCULUS ait, id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus: sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

L. 54. §. 2. D. eodem. PAULUS libro 5. Responsorum. PAULUS respondit, servum, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit: et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere.

L. 5.

²⁹⁾ *L. 5. L. 10. Cod. de iure dot. Los. FINESTRES Hermogenian. ad L. 51. D. Sol. matr. §. 4. pag. 523. sqq.*

³⁰⁾ *E. Heint. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. (Stuttgart 1800.) S. 203. ff.*

³¹⁾ *Arg. L. 18. D. de iure dot. L. 21. Cod. eodem. FINESTRES c. l. §. 11. pag. 527.*

L. 5. §. 3. D. Commodati. ULPIANUS libro 28. ad Edictum. Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

L. 1. §. 1. D. de Aestimatoria. Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit.

L. 9. Cod. de rescind. vend. DIOCLETIAN et MAXIMIAN AA. Domitio. Pretii causa, non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus.

Der Fall ist besonders bey den Verpachtungen ganzer Landgüter gewöhnlich, daß dem Pächter zugleich das Wirthschafts-Inventarium, bestehend in Vieh und Ackergeräthen, insgemein Schiff und Geschirr genannt, gegen eine gewisse Pachtvergeltung zur Benutzung dergestalt überlassen wird, daß der Pächter alles mit einer gewissen Taxe übernimmt. Dieß ist es, was das Römische Recht *instrumentum aestimatum* nennt ³²⁾. Der Zweck einer solchen Ueberlassung nach der Taxe kann nun entweder blos der seyn, damit man im Stande sey, zu beurtheilen, ob die bey Endigung des Pachtes zurückgegebenen Stücke den bey Antritt des Pachtes in Empfang genommenen, der Güte nach gleich sind, oder nicht; oder die Absicht der Contrahenten gehet dahin, das Guts-Inventarium dem Pächter für die Taxe käuflich zu überlassen. In dem ersten Falle sagt man die Aestimation sey blos *taxationis causa*

32) Man vergleiche hier vorzüglich 10. Tob. RICHTER Diss. de aestimatione instrumenti seu inventarii in praediis oeconomicis locandis. Lipsiae 1774.

causa geschehen, und in diesem Falle bestehet die Verbindlichkeit des Pächters blos darin, eben so viel Inventariestücke von jeder Sorte, als er bey Antritt des Pachtes erhielt, in derselben Qualität bey Endigung des Pachtes wiederum zurückzuliefern. Der Verpächter ist und bleibt hier Eigenthümer des Inventariums, und kann das wirklich Vorhandene immer noch als Zubehör des verpachteten Landgutes betrachten, und in dieser Eigenschaft als sein Eigenthum in Anspruch nehmen³³). Der Pächter muß daher das Guts-Inventarium in dem Stande, wie er es bekommen hat, erhalten, und, einem Usufructuar gleich, an die Stelle der verdorbenen oder abgenutzten Stücke, so wie an die Stelle der gefallenen oder verkauften oder geschlachteten einzelnen Stücke Vieh wieder andere Stücke von gleicher Güte anschaffen; keinesweges aber ist er berechtigt, dem Verpächter an die Stelle der Sachen deren Werth aufzudringen. Von den einzelnen Stücken, die der Pächter durch andere ersetzt, wird zwar derselbe Eigenthümer, und trägt auch die Gefahr der einzelnen, allein für die Gefahr des ganzen Inventariums steht der Pächter nicht; diese trifft den Verpächter, welcher Eigenthümer bleibt³⁴). Ganz Anders verhält sich die Sache in dem

zweiten

33) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 889. Not. **) S. 944. Dem Verpächter steht daher auch, bey einem über des Pächters Vermögen entstandenen Sanktprozeße, in Ansehung der noch vorhandenen Inventariestücke das Recht der Absonderung zu. S. Christ. Göttl. von Smelin Ordnung der Gläubiger §. 47. S. 128. (Stuttgart u. Tübing. 1813.)

34) CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 18. u. HOMMEL Rhapsod. Quæstion. in foro quotid. obvenient. Vol. III. Obs. 432.

zweyten Falle, wenn das Guts-Inventarium dem Pächter für die Taxe käuflich überlassen, und dabey ausdrücklich festgesetzt worden ist, daß dieser nach Endigung des Pachts dasselbe entweder in der nämlichen Quantität und Qualität, wie er es empfing, oder den Werth desselben, so wie er gleich Anfangs angeschlagen worden, ersetze. Hier sagt man, die Aestimatio sey *venditionis causa* geschehen. Der Pächter wird hier wirklicher Eigenthümer der übergebenen Inventarien-Stücke; er kann mithin darüber nach Gefallen disponiren, er muß aber auch für allen und jeden selbst zufälligen Schaden haften. Denn er ist hier ein Schuldner der Quantität. Wenn daher auch das ganze Inventarium zu Grunde gehen sollte, so bekümmert sich der Verpächter darum nichts, sondern er kann dennoch den taxirten Werth fordern. Denn die Inventarien-Stücke haben hierdurch gleichsam eine eiserne Natur erhalten, und gehen nie dem Verpächter zu Grunde, sondern der Pächter trägt hier die Gefahr des ganzen Inventariums. Man nennt daher das zum Inventarium gehörige Vieh in diesem Fall eisern Vieh, Stammvieh, und sagt im Sprüchwort: eisern Vieh stirbt nicht. Die Rechtsgelehrten pflegen diesen Vertrag *Contractus Societas* zu nennen, und halten ihn für ein aus dem Pacht- und Kauf-Contract zusammengesetztes Geschäft³⁵⁾. Allein ursprünglich ist der *Contractus Societas*

35) HEINECCIUS Elem. iur. Germ. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. §. 405. EISENHART Instit. iur. Germ. priv. Lib. III. Tit. 9. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1992. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 559. not. kk. Dan; Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 201. Münter Weiderecht §. 307.

cidae eigentlich ein Gesellschafts-Contract, (denn *Socidae* heißt im Itallänischen soviel, als *Societas*) da eine gewisse Anzahl Vieh von dem Eigenthümer desselben einem Hirten zur Wartung und Weide gegen einen verhältnißmäßigen Antheil an den Jungen überlassen wird, von welchem Vertrage in der *L. 8. Cod. de pactis* ein Beispiel vorkommt ³⁶⁾. Andere ³⁷⁾ verstehen auch unter dem gedachten Contract ein aus dem Pacht- und Societäts-Contract zusammengesetztes Geschäft, wodurch die Wartung und Benutzung einer gewissen Anzahl Viehes von dem Eigenthümer desselben an Jemanden mit der Bedingung überlassen wird, daß dieser eine verabredete Pachtvergeltung dafür entrichte, und zugleich für allen auch zufälligen Schaden hafte. Manche ³⁸⁾ nehmen auch den *Contractus Socidae* in weitern Sinn für eine *locatio s. colonia partiaria*, von welcher oben (S. 333.) gehandelt worden ist.

Es mag nun übrigens die Schätzung des Guts *Inventariums taxationis* oder *venditionis* gratia geschehen seyn ³⁹⁾; so muß dasselbe, wenn die Inventarien-Stücke in

36) *Io. Ott. TABOR Tr. de iure Socidae. Arg. 1646. Burch. Henr. TILMANN Diss de contractu socidae, quo vulgo eiserne Schaafe oder Rube constitui dicuntur. Jenae 1672. Christ. Aug. BERTRAM Diss. Epist. de contractu socidae. Halae 1774.*

37) *Kunde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 201.*

38) *SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXI. §. 9. und Schweppe Röm. Privatrecht 2. Band §. 433.*

39) Wenn gleich nach dem Röm. Recht die *Restimatio*, als *venditionis causa* geschehen, zu betrachten ist, so wird sie doch

in Natur zurückgegeben werden, bey Endigung des Pachts eben so, wie bey dem Antritt desselben, taxirt werden, um zu sehen, ob die Stücke, welche der abgehende Pächter zurückgibt, der Qualität nach denjenigen gleich sind, welche er bey dem Antritt des Pachts bekam, oder nicht. Da jedoch zwey einander vollkommen gleiche Stücken Vieh zu zwey verschiedenen Zeiten unterschieden taxirt werden können, je nachdem nämlich der Preis gestiegen oder gefallen ist; so müssen die beyden Taxen, ehe man sie mit einander vergleichen kann, zuerst nach dem Verhältniß der inzwischen gestiegenen oder gefallenen Preise auf einander reducirt werden. Dieß erfordern nicht nur die Regeln der Arithmetik, sondern es bringt dieß auch schon die Natur der Sache mit sich, weil ausserdem die Intention der Contractanten, nämlich die Zurückgabe des Inventariums in quali et quanto, nicht erreicht werden könnte, nicht zu gedenken, daß ohne jene Berücksichtigung sich ein Theil mit des andern Schaden unbilliger Weise bereichern würde. Es tritt hier das nämliche Rechtsverhältniß, wie bey dem Darlehn, ein, wenn sich der Werth der zum Anlehn empfangenen Münzen inzwischen verändert hat. So wenig der Schuldner, welcher den Louisd'or in dem Werthe

von

doch heut zu Tage im Zweifel bloß, als taxationis causa geschehen, angenommen. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. LEISER ius Georgic. Lib. II. Cap. 14. nr. 47. pag. 327. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 432. von ERÜGschler Anweisung zur vorsichtigen u. förmli. Abfassung rechtl. Aufsätze u. 2. Th. 4. Hauptabth. 7. Hptst. §. 20. Not. 2. Job. Adam Hennig Practische Bemerkungen über Pachtcontracte, Pachtübernahmen u. Uebergaben. Leipzig 1805. Nr. 1.

von 5 Rthlr. 8 Gr. erhielt, in welchem sie zur Zeit des Darlehns standen, den höhern Werth anrechnen kann, den sie zur Zeit der Wiederbezahlung haben, wenn sie z. B. jetzt 6 Rthlr. gelten sollten, sondern die Louisd'or in dem Cours zurückzahlen muß, wie er sie empfangen hat, eben so wenig darf der Pächter dem Verpächter eine Kuh, welche in der Qualität, die sie jetzt hat, zur Zeit des Contracts auf 12 Rthlr. taxirt war, jetzt aber 20 Rthlr. gilt, in diesem höhern Preise anrechnen, weil sonst der Verpächter denselben Schaden, wie in jenem Falle der Gläubiger, leiden würde. Ein Anders wäre, wenn sich die Sache bey Endigung des Pachts wirklich in einem bessern Zustande befinden sollte, als bey Antritt des Pachts, so daß sie in diesem Zustande auch schon damals einen höhern Preis gehabt haben würde, als um welchen sie angeschlagen worden ist. Hier muß der Mehrbetrag des Werths dem Pächter billig vergütet werden ⁴⁰⁾. Nach demselben Maasstabe ist auch die Ausmessung des innern Werths zu machen, wenn der Preis derselben Stücke, welche zum Inventarium gehören, unterdessen gefallen seyn sollte. Der Pächter rechnet hier die Sache dem Verpächter, wie der Schuldner die Münze, in dem Preise an, in welchem er sie empfieng ⁴¹⁾. Denn so wenig der Pächter aus dem höhern Preise der zurückgelieferten Inventarien-Stücke Nutzen ziehen darf, eben so wenig darf er, wenn die Preise gefallen sind, dadurch Schaden leiden. Man siehet hieraus, daß man, um richtig beurtheilen zu können,

ob

40) RICHTER Diss. cit. de aestimatione instrumenti. §. 16.

41) RICHTER cit. Diss. §. 17.

ob die bey Endigung des Pachtcs zurückgegebenen Stücke, den bey'm Antritt des Pachtcs in Empfang genommenen, der Güte nach gleich sind, oder nicht, schlechterdings auf die gestiegenen oder gefallenen Preise Rücksicht nehmen, müsse, weil man sonst einen offenbar unrichtigen Calculus ziehen, und die Intention der Contrahenten nicht erreichen würde ⁴²⁾. Ist die Aestimation *bloſ taxationis causa* geschehen, so giebt der Pächter die noch vorhandenen Inventarien Stücke bey Endigung des Pachtcs zurück; wenn sie auch durch Gebrauch und Alter jezt schlechter geworden wären, und er braucht dafür nichts zu vergüten. Denn er hat auch dafür seinen Pachtzins gegeben, und der Verpächter kann nicht doppelten Vortheil verlangen, zumal da die Sachen bey ihm selbst eben so geworden wären, wenn er sie gar nicht verpachtet hätte ⁴³⁾. Wären sie freylich durch seine Schuld verdorben, oder gar zu Grunde gegangen, so müſte er billig den Schaden nach dem taxirten verhältnißmäßigen Werth ersetzen.

§. 1060.

Restitution der Sache. Strafe der Weigerung.

Der Conductor ist endlich III. verpflichtet, die Sache nach geendigtem Contract mit allem, was dazu gehört, jedoch

42) Wie das Verhältniß der bey Endigung des Pachtcs gestiegenen oder gefallenen Preise zu eruiren, und die ausfallenden Taxen gegen einander zu reduciren sind? ist ausführlich erörtert in Hennig's angeſ. pract. Bemerkungen über Pacht Contracte. Nr. II. Wie aber überhaupt bey der Würderung des Inventariums zu verfahren sey? lehren RICHTER cit. Diss. §. 5—9. und von Trüßschler a. a. O. §. 24.

43) RICHTER cit. Diss. §. 15.

jedoch mit Ausnahme des bey Gelegenheit der Sache von einem Dritten erhaltenen Gewinnes ⁴⁴⁾, ungesäumt zurückzuliefern, wosern ihm nicht wegen verwandter Kosten und gemachter Verbesserungen, welche ihm der locator ersetzen muß, ein Retentionsrecht zusteht ⁴⁵⁾. Verweigert der Conductor ausserdem die Zurückgabe der Sache, so muß er dem locator alles Interesse leisten, und er kann, wenn er es bis zur Definitiv-Sentenz kommen läßt, ausser der Restitution der Sache, auch noch, einem *invasor rei alienae* gleich, zum Ersatz des Werths verurtheilt werden ⁴⁶⁾, oder, wenn die vermietete

44) *L. 6. D. h. t. Is, qui rem conduxerit, non cogitur restituere id, quod, rei nomine, furti actione consecutus est.* Besiphäl §. 1006.

45) *Arg. L. 18. §. ult. D. Comm. L. 15. §. 2. L. 59. D. de furt.* verglichen mit *L. 55. §. 1. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 103. STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 78. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 39.* EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. et w. HOFACKER *Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1993. nr. II.*

46) *L. 34 C. h. t. Imp. ZENO A. Sebastiano P. P. Conductores alienarum rerum, seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint: non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur.* Viele erklären zwar dieses Gesetz blos von der verweigerten Zurückgabe eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks. VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 32.* HOFACKER *Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1993. Bucher Recht der Forderungen §. 75. S. 150.*

thete Sache eine bewegliche ist, und der Conductor den Vermietter boshaft um sein Eigenthum gebracht hat, so kann der Locator der Entschädigung wegen auch zum iuramento in litem gelassen werden⁴⁷⁾. Von dieser Verbindlichkeit zur Zurücklieferung der Sache befreiet auch den Conductor nicht die Einrede des einem Dritten daran zustehenden Eigenthums, weil auch die Vermietzung fremder Sachen unter den Contrahenten gültig ist⁴⁸⁾. Schützt hingegen der Conductor die Einrede vor, daß die gemietete Sache ihm selbst eigenthümlich zustehe, so tritt zwar hier nicht gleicher Grund ein, weil der Be-

klagte

Allein das Gesetz redet ganz allgemein von *conductoribus alienarum rerum*. Auch die Verordnung des Kaisers Valentinian L. 7. *Cod. Unde vi*, welche der R. Zeno vor Augen gehabt zu haben scheint, spricht von jedem, *qui alienarum rerum possessionem invasit*. Zwar wird das Wort *invadere* häufig von unbeweglichen Sachen gebraucht. L. 3. §. 8. *D. de vi*. Aber auch gewiß eben so oft von beweglichen Sachen. L. 1. §. 1. *D. de Usur.* L. 47. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Wollends aber läßt gar keinen Zweifel übrig die authentische Erklärung jener Constitutionen, welche wir im §. 1. *I. de vi bonor. raptor.* finden. Die Verordnung des Kaisers Zeno steht noch vollständiger L. 10. *Cod. Unde vi*. Viele wollen überhaupt die heutige Anwendbarkeit dieser Strafe bezweifeln. LAUTERBACH *Colleg. 12. pr. Pand. h. t. §. 115.* und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten. Allein ohne hinreichenden Grund. Man sehe LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIX. medit. 6.*

47) L. 48. §. 1. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle *Wesphal §. 980.* und den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 439.

48) *S. Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 86. f.*

klagte hier nicht das Recht eines Dritten, sondern sein eigen Recht an der Sache geltend zu machen sucht. Dennoch soll sich der Conductor nach einer gewissen Ver-
ordnung der Kaiser Diocletian und Maximian in der L. 25. Cod. h. t. auch der Einrede des ihm zustehenden Eigenthums mit dem Erfolge nicht bedienen können, daß dieselbe erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde⁴⁹⁾. Indessen lehren die Worte des Gesetzes:

Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit: possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare;

nicht undeutlich, daß hier ein solcher Fall vorauszusetzen sey, wo über das Eigenthum noch ein Streit Statt findet. Denn wäre das Eigenthum des Beklagten an der Sache sogleich klar erwiesen, so könnte freylich der Beklagte zur Restitution der Sache mit Recht nicht angehalten werden, weil ja dann der ganze Contract gleich anfangs ungültig gewesen wäre⁵⁰⁾. Es kann jedoch von der gedachten Vorschrift zum Besten des Klägers gegen den Beklagten nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Sache mit der Contractsklage zurückgefordert wird, und auch der Grund der Klage, nämlich der Contract an sich, von dem Beklagten zugestanden oder erwiesen

49) *Sam. de cocceji iur. civ. contro. h. t. Qu. 41.*

50) *L. 45. D. de div. reg. iur. L. 20. C. de loc. et cond. Weber a. a. O. S. 87. ff. und EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. c. et d.*

wiesen ist ⁵¹⁾). Denn wird der Beklagte von einem Dritten mit der Eigenthumsklage belangt, so muß er mit der Einrede des ihm selbst zustehenden Eigenthums vollständig gehört werden, wenn sie auch nicht sofort erwiesen werden kann ⁵²⁾). Denn da diese Klage mit der persönlichen Verbindlichkeit des Beklagten und seinem Contractsverhältniß nichts zu thun hat, sondern lediglich von der Begründung des dinglichen Rechts abhängt, welches dadurch verfolgt werden soll; so muß natürlich, wenn der Beklagte Einreden vorschüßt, demselben die Ausführung dieser Einreden gestattet, immittelst aber der Besitz der Sache ungestört gelassen werden ⁵³⁾). Endlich kann auch die Zurückgabe der Sache nicht durch die Einrede einer Gegenforderung verweigert werden, welche mit dem Pachtcontract in keiner Verbindung steht ⁵⁴⁾). Denn das Retentionsrecht setzt überhaupt ein debitum connexum voraus ⁵⁵⁾). Nur in dem Falle würde eine

Aus.

51) Es ist nicht nöthig, mit *Andr. MVLIVS* in *Diss. de Conditione L. Si quis conductionis. 25. C. de loc. cond. Lipsiae 1696.* deshalb eine eigene Condition anzunehmen. Dieß hat schon *BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. 8. §. 109.* widerlegt.

52) *Ant. FABER Error. Pragmaticor Decad. VI. Err. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 118. Weber a. a. D. S. 95. ff.*

53) *S. Weber a. a. D. 96. f.*

54) *Arg. L. ult. Cod. Commodati. S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40. et ad Eundem EMMINGHAUS c. l. not. y. 2. et 2.*

55) *S. den 15. Th. dieses Commentars §. 937. S. 125. ff.*

Ausnahme Statt finden, wenn dem Pächter seiner etwa verwendeten Unkosten und Mellorationen wegen ein Pfandrecht an der Sache wäre bewilliget worden. Hält der Pächter die Sache nach geendigtem Contract ohne Grund zurück, so wird dieses als eine widerrechtliche Dejection des locators angesehen, welchem, der Verpachtung ungeachtet, noch immer der juristische Besitz der Sache zusteht⁵⁶⁾. Der Verpächter kann sich daher auch der possessorischnen Rechtsmittel gegen den Conductor bedienen, nämlich des Interdicti unde vi, oder auch der actio spoli⁵⁷⁾, welche Rechtsmittel vorthellhafter sind, als die actio locati, da sie keine exceptiones altioris indaginis zulassen⁵⁸⁾.

56) L. 3. §. 12. L. 30. §. 6. D. de acquir. vel amittend. possess.

57) L. 12. et L. 18. pr. D. de vi et vi armata. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXIX. medit 4. et 5. und Jac. Gottl. SIEBER Commentat. de conductore fundi spoliatore. Goettingae 1759. §. 6.

58) S. SIEBER cit. Comm. §. 14.