

Die
Lehre des römischen Rechts

von der

Voraussetzung.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,
ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Basel.

Düsseldorf.

Verlagshandlung von Julius Bubenß.

1850.

B a f e l.

Schneigshauer'sche Buchdruckerei.

1850.

Inhaltsübersicht.

	Seite.
§ 1 Grundlegung	1
§. 2 Uebersicht der in den Quellen genannten Fälle, in welchen einer Willenserklärung wegen ermangelnder Voraussetzung die Wirksamkeit abgesprochen wird.	
A. Bei Willenserklärungen unter Lebenden	11
§. 3. Fortsetzung. B. Bei Willenserklärungen auf Todesfall	33
§. 4. Bezeichnung der Voraussetzung in den Quellen	41
§. 5. Wirkung der ermangelnden Voraussetzung. A. Bei Willenserklärungen unter Lebenden	59
§. 6. Fortsetzung. B. Bei Willenserklärungen auf Todesfall	68
§. 7 Wann darf eine Voraussetzung angenommen werden?	
A. Bei Willenserklärungen unter Lebenden	80
§. 8. Fortsetzung. B. Bei Willenserklärungen auf Todesfall	125
§. 9. Fortsetzung. C. Voraussetzung und Bedingung	143
§. 10. Concurrirende Rechtsverhältnisse	153
§. 11 Unerlaubtheit und Unmöglichkeit der Voraussetzung	175
§. 12. Der Beweis bei der Voraussetzung	189
§. 13. Litterarische Bemerkungen	208

V o r w o r t.

Der Ausgangspunkt der vorliegenden Schrift war die dem Verfasser sich aufdrängende Ueberzeugung, daß der Grund der *condictio indebiti* und *condictio ob causam datorum*, und so überhaupt derjenigen *condictio sine causa*, von welcher jene *Conditionen* nur Formen sind, eine Selbstbeschränkung des Willens sei, auf welchem das Haben des Beklagten beruht. Diese Selbstbeschränkung durfte als Bedingung nicht gefaßt werden, als Befristung noch viel weniger, der Modus aber ergab sich bei näherer Betrachtung nur als eine Erscheinungsweise derselben: so mußte eine neue Art der Selbstbeschränkung des Willens aufgestellt werden, für welche der Name Voraussetzung gewählt worden ist. Damit war von selbst die Aufgabe gegeben, Alles, was in den *Duel*

len über dieselbe enthalten ist, zusammenzustellen, und den Versuch zu machen, eine Theorie derselben aufzubauen. Dieser Versuch tritt hiermit vor das öffentliche Urtheil.

Es möge nur noch die Bemerkung gestattet sein, daß der Verfasser die Grundzüge der hier entwickelten Ansicht bereits in seiner im Jahre 1847 erschienenen Schrift „Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“ (S. 271—297) vorgetragen hat.

Basel, im October 1850.

§. 1.

Grundlegung.

1. Die Voraussetzung gehört zu den Selbstbeschränkungen des Willens.

Die gewöhnliche Lehre zählt als diejenigen Thatsachen, durch welche ein erklärter Wille sich selbst beschränken kann, Bedingung, Befristung, modus auf. Ich glaube, daß diese Aufzählung nicht erschöpfend ist, und namentlich, daß an die Stelle des modus die Voraussetzung gesetzt werden muß.

Man kann die Voraussetzung eine unentwickelte Bedingung nennen. Mit dieser hat sie das gemein, daß sie das Rechtsverhältniß, welches durch die Willenserklärung begründet wird, von einem gewissen Zustande der Dinge abhängig macht. Aber sie unterscheidet sich von ihr dadurch, daß es nicht die Existenz dieses Rechtsverhältnisses ist, welche sie davon abhängig macht. Wer seinen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, erklärt nicht minder, als derjenige, der unter einer Bedingung zu wollen erklärt, daß das gewollte Rechtsverhältniß nur bei einem gewissen Zustande der Dinge bestehen solle. Aber er begründet es schlechthin; er sagt nicht: ich will, wenn der Zustand der Dinge in gewisser Weise sein ¹⁾ oder sich gestalten sollte; oder:

1) In dieser allgemeinen Betrachtung muß *conditio*, Bedingung, Alles genannt werden, wovon die Existenz des gewollten Rechtsverhältnisses abhängig gemacht

wenn er aufhören sollte, in gewisser Weise gestaltet zu sein, will ich nicht gewollt haben. So, wenn der vorausgesetzte Zustand der Dinge nicht ist, oder nicht eintritt, oder aufhört zu sein, besteht das durch die Willenserklärung begründete Rechtsverhältniß nicht ohne, und doch gegen den Willen des Erklärenden. Ich nenne das: es besteht mit seinem wirklichen, aber gegen seinen eigentlichen Willen. Die Folge davon ist, daß er denjenigen, zu dessen Gunsten es begründet worden ist, wenn derselbe es geltend machen will, mit einer *exceptio (doli)* zurückweisen, und auch ohne daß derselbe es geltend macht, auf Erstattung desjenigen, was er dadurch hat, belangen kann.

Man wird nicht leugnen, daß dies die einzig mögliche Behandlung einer Willenserklärung ist, welche unter einer Voraussetzung ausdrücklich gemacht worden ist. Soll einer solchen Hinzufügung gar keine Wirkung beigelegt werden? — das wird man nicht wollen; soll der Ermangelung der Voraussetzung Einfluß auf die Existenz des erklärten Willens eingeräumt werden? — das wird man eben so wenig wollen. So bleibt nur dieser Mittelweg übrig.

Man wird aber ferner auch, glaube ich, geneigt sein, zuzugestehen, daß eine Willenserklärung unter einer Voraussetzung gemacht werden könne, ohne daß dabei das Wort „Voraussetzung“ gebraucht wird. In der That, wenn Jemand zahlt, wenn er eine *dos*, wenn er um einer Gegenleistung willen gibt, was thut er Anderes, als leisten unter der Voraussetzung, daß er schuldig sei, daß eine Ehe bestehe oder bestehen werde, daß die Gegenleistung erfolgen werde? In allen diesen Fällen ist es eben so sicher, daß er sich nur für die bezeichneten Zu-

dieser Sprachgebrauch findet sich auch in den Quellen. Gewöhnlich freilich beziehen sie den Ausdruck *conditio* auf eine bestimmte Art der Bedingungen, die besonders wichtig ist, weil sich eine besondere Theorie an sie anknüpft, diejenigen, welche auf ein Zukünftiges und Ungewisses gehen. Der Ausdruck *conditio* hat aber auch einen noch weiteren und gerade hierher gehörigen Sinn; davon näher unten §. 4.

stände hat ärmer machen wollen, als daß er sich unbedingt ärmer gemacht hat.

Und einer der hierher gehörigen Fälle ist denn auch der der Leistung *sub modo*. Unter *modus* in diesem technischen Sinne wird die Auflage verstanden, welche derjenige, der einem Anderen Etwas zuwendet, auf die Zuwendung legt. Dadurch, daß er das thut, knüpft er die Bereicherung des Empfängers an die Erfüllung der Auflage; aber er sagt weder, daß er ihm unter der Bedingung gebe, daß er sie erfülle, noch daß er ihm nicht gegeben haben wolle, wenn er sie nicht erfülle.

2. Wer Etwas aus einer Willenserklärung hat, deren Voraussetzung ermangelt, hat es ohne Grund; die gegen ihn begründete Klage ist daher eine *condictio*. So wird die Lehre von der Voraussetzung, wie sie auf der einen Seite in die Lehre von den Selbstbeschränkungen des Willens gehört, auf der andern Seite durch die Eigenthümlichkeit der in ihr enthaltenen Selbstbeschränkung in die Lehre vom Haben ohne Grund gewiesen. Jemand kann ohne Grund aus fremdem Vermögen entweder ohne Willen des dadurch ärmer Gewordenen haben, oder mit dessen Willen. In dem letzteren Falle ist wieder entweder möglich, daß das Recht diesen Willen für nichtig erkläre, oder nur für unwirksam. Das Letztere thut es eben dann, wenn derselbe nicht dem eigentlichen Willen entspricht. Einer dieser Fälle nun, in denen es einen Widerspruch zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen annimmt, ist der unserige, der der ermangelnden Voraussetzung. Es wird zweckmäßig sein, auch über die übrigen eine Uebersicht zu geben. Es sind folgende.

Zuerst hat auch derjenige ohne den eigentlichen Willen des Gebers, dem die Verpflichtung auferlegt worden ist, zu einer gewissen Zeit, oder wenn der Geber es verlangen sollte, oder für den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse das

Empfangene zurückzugeben, wenn die bezeichnete Zeit herangekommen ist, der Geber von seinem Revocationsrechte Gebrauch gemacht hat, wenn der genannte Fall eingetreten ist. Auch in einer solchen Hinzufügung liegt eine Selbstbeschränkung des Willens, und auch sie ist weder (Resolutiv-) Bedingung, noch dies (ad quem) ²⁾. Auch nicht eine Voraussetzung ist sie. Nur der letzte der genannten Fälle kann auch als ein Fall des Leistens unter einer Voraussetzung gefaßt werden. Denn wer gibt mit Auflage der Verpflichtung, ihm bei einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse zurückzugeben, gibt unter der Voraussetzung des Gegentheils der bezeichneten Gestaltung.

An den zweiten der genannten Fälle schließt sich ein fernerer Fall des Widerspruchs zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen an. Auch wenn dem Leistenden ein gesetzliches Revocationsrecht zusteht, hat, sobald er davon Gebrauch macht, der nicht restituierende Empfänger gegen seinen eigentlichen, wenn auch fortwährend mit seinem wirklichen Willen.

Das Gleiche gilt aber ferner auch von dem, welcher in Folge einer durch Zwang (motus) oder Betrug (dolus) hervorgerufenen Willenserklärung hat ³⁾.

Ist dasselbe nicht auch in dem Falle zu behaupten, wo die Willenserklärung durch Irrthum hervorgerufen worden ist? Es ist bekannt, daß das römische Recht dem s. g. Irrthume in Beweggründe Einfluß auf den Bestand der Willenserklärung nicht einräumt ⁴⁾. Wenn der Beweggrund nicht zur Voraussetzung erhoben worden ist. Von der an-

2) Aber das römische Recht behandelt Resolutivbedingung und dies ad quem in vielen Fällen so, als enthielten sie nur die Auflage zurückzugeben. Näher wird hiervon noch unten (§. 9) geredet werden.

3) Die Nichtigkeit der durch Zwang oder Betrug hervorgerufenen Willenserklärung hat aber noch einen ferneren Grund, die in diesen Thatfachen liegende Unfreiheit.

4) Ausnahmen sind nur die — verhältnißmäßig unbedeutenden Fälle, welchen der Irrthum Restitutionsgrund ist.

deren Seite, wenn das geschehen ist, ist Irrthum nicht erforderlich. Wer Etwas als arrha gibt und dadurch erklärt, daß er es unter der Voraussetzung eines gültigen und nicht vollzogenen Vertrages gebe, kann es nach Vollzug desselben zurückfordern⁵⁾, obgleich er sehr bestimmt weiß, daß derselbe einmal werde vollzogen werden, daß sowohl er den Gegner, als der Gegner ihn, zur Vollziehung zwingen könne.

3. Es ist von Wichtigkeit, was in der vorigen Nummer über das Verhältniß zwischen Voraussetzung und Irrthum gesagt worden ist. Der herrschenden Lehre entspricht es nicht. Die herrschende Lehre sieht den positiven Grund z. B. der *condictio indebiti* und wohl gar auch der übrigen *Conditionen*⁶⁾ allerdings in dem Irrthume im Beweggrund, in welchem sich der Erklärende befunden habe. — Ich glaube, auch vom Standpunkte dieser Ansicht wird man zunächst dagegen nichts einzuwenden haben, daß ich den Satz, welchen sie aufstellt, auf einen anderen Ausdruck zurückführe. Man ist darüber einverstanden, daß die Wichtigkeit, an welcher ein Rechtsgeschäft leidet, wenn der Abschließende sich in einem von Savigny so genannten unechten Irrthume befunden hat, ihren Grund nicht in diesem Irrthume hat, sondern darin, was nur die Folge desselben ist, daß ein Wille erklärt worden ist, der nicht der wirkliche war. In derselben Weise nun, meine ich, sollte jedenfalls auch der Einfluß gefaßt werden, welchen man dem Irrthume im Beweggrunde auf den Bestand der Willenserklärung einräumen will. Auch hier sollte man sagen, daß die Willenserklärung nicht wegen des Irrthums nicht zu Recht bestehe, sondern weil in Folge desselben ein Wille erklärt worden sei, der ohne den Irrthum nicht erklärt worden wäre, — ein Wille, wie ich es ausgedrückt habe, der zwar der wirkliche sei, aber

5) L. 11. §. D. de A. E. V. (19. 1).

6) Savigny *Enchir.* III. Beitrag VIII. Num. XI. Note d.

nicht der eigentliche. — Daß nun nicht jeder Irrende sich darauf berufen könne, er habe nicht seinen eigentlichen Willen erklärt, bezweifelt Niemand. Aber man behauptet, in Ausnahmefällen könne er es allerdings. Meine Meinung ist, daß es solche Ausnahmefälle nicht gebe. Der Irrende als solcher, meine ich, hat dieses Recht nie ⁷⁾; er hat es nur dann, wenn aus seiner Willenserklärung erkannt werden kann, daß hinter dem erklärten Willen ein anderer, der eigentliche, stand, d. h. eben, wenn in seiner Willenserklärung der Beweggrund als Voraussetzung hervorgetreten ist. Von der anderen Seite, wenn dies der Fall ist, braucht er nicht im Irrthume gewesen zu sein; wie so eben an einem Beispiele gezeigt worden ist.

Allerdings ist auch für die Lehre von der Voraussetzung der Irrthum nicht gleichgültig. Aber sie erfordert ihn nur insofern, als dem sich auf die Ermangelung der Voraussetzung Berufenden ohne Irrthum nicht geglaubt werden könnte, daß er in der That unter einer Voraussetzung geleistet habe. Wann das der Fall sei, wird im einzelnen Falle zu bestimmen sein. Doch läßt sich folgendes Allgemeine sagen. Derjenige, welcher sich darauf beruft, daß die Voraussetzung seiner Willenserklärung nicht mehr existire, kann deswegen nicht weniger behaupten, daß er unter einer Voraussetzung geleistet habe, weil er gewußt hat, daß dieselbe einmal wegfallen werde. So kann, wie gesagt, das als arrha Gegebene nach Vollzug des Vertrages zurückgefordert werden, obgleich der Geber mit absoluter Gewißheit wußte, daß er einmal werde erfüllt werden. Wer sich dagegen darauf beruft, daß die Voraussetzung seiner Willenserklärung nie existent gewesen sei, muß in der Regel sich im Irrthume befunden haben, wenn ihm geglaubt werden soll, daß er unter dieser Voraussetzung geleistet habe, z. B. Jemand will

7) Vorbehaltlich wieder der bereits in der Note 4 genannten Fälle.

ein *indebite solutum condicere*. Aber auch nur in der Regel wird ihm ein Irrthum nöthig sein; denn wie, wenn Einer gegen das Recht vom Richter zur Zahlung genöthigt wird⁸⁾, ist es dann deswegen weniger sicher, daß er unter der Voraussetzung der Verschuldung geleistet habe, weil er gewußt hat, daß er Nichts schuldig sei?

4. Ueber das Verhältniß der Voraussetzung zum Beweggrund ist noch eine Bemerkung zu machen. Wird dieses Wort in dem allgemeinen Sinne gefaßt, der ihm in dem Ausdruck „Irrthum im Beweggrund“ beigelegt zu werden pflegt und auch hier beigelegt worden ist, d. h. versteht man darunter jedes Moment, welches bei einer Willenserklärung von dem Erklärenden in Betracht gezogen worden ist, so ist in der That die Voraussetzung nur ein besonders qualificirter Beweggrund. Versteht man aber darunter dasjenige, was den ersten Anstoß zu einer Willenserklärung gegeben hat, so ist zu sagen, daß ebensowenig jede Voraussetzung Beweggrund ist, wie jeder Beweggrund Voraussetzung. Das Legat einer fremden Sache, welche der Testator für die eigene gehalten hat, ist unwirksam wegen mangelnder Voraussetzung; aber Beweggrund des Legates in diesem letzteren Sinne war das supponirte Eigenthum des Testators nicht. Voraussetzung ist eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde.

5. Was den hier gewählten Ausdruck „Voraussetzung“ betrifft, so bemerke ich darüber Folgendes.

Zuerst, daß ich ihn, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche folgend, sowohl für die Thatsache des Voraussetzens, als für das Vorausgesetzte gebrauche. Ganz in derselben Weise verhält es sich auch mit dem Worte Bedingung. Näher liegt übri-

⁸⁾ L. 11. D. de appell. (49. 1).

gens bei beiden Ausdrücken der Gedanke an das, was vorausgesetzt, wodurch die Willenserklärung bedingt wird.

Sodann scheint es nothwendig, von diesem Ausdrucke Vorstellungen abzuwenden, welche man — mit größerem oder geringerem Rechte — an denselben zu knüpfen geneigt sein möchte.

Zuerst könnte man der Ansicht sein, das Vorausgesetzte sei als solches nothwendigerweise ein nicht Ausgesprochenes. Das wäre aber irrig. Wer ausdrücklich erklärt, daß er unter dieser oder jener Voraussetzung gebe, gibt deswegen gewiß nicht weniger unter einer Voraussetzung, weil er das ausdrücklich erklärt hat. Das Vorausgesetzte ist nicht das nicht Ausgesprochene, sondern dasjenige, von dem man, obgleich man ohne dasselbe nicht will, die Existenz seiner Willenserklärung nicht abhängig gemacht hat, weil man es eben als seiend, oder gewesen seiend, oder sein werdend, vorausgesetzt hat.

Sodann könnte man die Vorstellung hegen, als involvire die Voraussetzung nothwendigerweise eine Ueberzeugung von dem — vergangenen, gegenwärtigen, oder zukünftigen — Sein des Vorausgesetzten. Auch das wäre unrichtig. Es ist eine Voraussetzung sehr wohl denkbar bei einem Zweifel über dieses Sein. Wer z. B. mit einer Auflage schenkt, kann die Erfüllung derselben als keineswegs gesichert ansehen; nichtsdestoweniger schenkt er unter der Voraussetzung ihrer Erfüllung. Allerdings darf sich, wie schon bemerkt wurde, in der Regel wenigstens dieser Zweifel nicht bis zur Ueberzeugung vom Gegentheile steigern; damit kann eine Voraussetzung nur in ganz besonderen Fällen bestehen.

Noch viel weniger aber darf daran gedacht werden, als involvire die Voraussetzung nothwendigerweise eine Ueberzeugung von der Dauer des Vorausgesetzten. Auch das ist bereits bemerkt worden. Der Geber einer arrha behauptet nach vollzogenem Vertrage mit Recht, die Voraussetzung seiner Leistung

sei nicht mehr vorhanden, wie sehr er auch gewußt hat, daß sie nicht dauern werde.

Mit Rücksicht auf dieses Letztere darf auch in allgemeiner Rede nicht von einem Sichnichtbewähren der Voraussetzung, sondern muß, wie bereits geschehen ist, von einem Ermangeln der Voraussetzung geredet werden. Die Voraussetzung der Willenserklärung „hat sich nicht bewährt“, wenn der Erklärende sich getäuscht hat; wenn das Vorausgesetzte ohne seine Täuschung wieder aufgehört hat zu sein, so kann man nur sagen „die Voraussetzung ist weggefallen“. Der Ausdruck „die Voraussetzung ermangelt“ bezieht sich auf beide Fälle.

Was die Bezeichnungsweise der Quellen für das hier „Voraussetzung“ Genannte angeht, so muß derselben unten eine besondere Untersuchung (§. 4) gewidmet werden.

6. Die Lehre von der Voraussetzung ist bereits im Vorhergehenden dadurch, daß sie in die Lehre vom Haben ohne Grund eingereiht worden ist, als eine Lehre des Vermögensrechtes bezeichnet worden. Hier ist das noch einmal ausdrücklich auszusprechen. Auf die familienrechtlichen Geschäfte wird sie in den Quellen nicht angewendet; ohne Zweifel deswegen, weil dem Wesen derselben die indirecte Unwirklichkeit, welche die ermangelnde Voraussetzung mit sich bringt, nicht angemessen erscheint. Die vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte aber fallen in ihrem ganzen Umfange in das Gebiet dieser Lehre, sowohl die Rechtsgeschäfte auf Todesfall, als die unter Lebenden; im Einzelnen also Erbeseinsetzung und Vermächtniß; Geben von Eigenthum, Geben von iura in re, Obligation und Liberation; ja auch die Prästation eines bloßen Gebrauches und die Uebertragung des Besizes, insofern auch darin eine Vermehrung eines fremden Vermögens liegt, selbst die Freilassung, welche wenigstens von Seiten des Freilassenden eine Vermögensanopferung enthält, kann sich ihr nicht entziehen. Näher da-

von wird unten (§. 5) geredet werden. Als allgemeinen Ausdruck werde ich im Folgenden den der Leistung gebrauchen, welcher freilich die Rechtsgeschäfte auf Todesfall nicht mit umfaßt.

7. Unter den Gegensätzen, welche der Begriff der Voraussetzung zuläßt, sind gleich hier folgende zu nennen.

Die Voraussetzung kann auf ein Vergangenes, ein Gegenwärtiges, oder ein Zukünftiges gehen.

Sie kann auf ein Positives oder Negatives gehen.

Eine Verschiedenheit der juristischen Behandlung wird durch diese Gegensätze nicht bedingt.

Die Voraussetzung kann entweder auf ein momentanes Ereigniß, oder ein dauerndes Verhältniß gehen. Dieser Gegensatz ist insofern von Bedeutung, als eine Voraussetzung der letzteren Art nicht bloß durch Nichtsein, sondern auch durch Wiederaufhören des vorausgesetzten Verhältnisses ermangeln kann.

Die Voraussetzung kann auf ein von der menschlichen Freiheit Unabhängiges, oder ein davon Abhängiges gehen. Auf die Voraussetzungen der letzteren Art bezieht sich die wichtige Frage, inwiefern die Unmöglichkeit der als Voraussetzung bezeichneten Handlung der Erfüllung derselben gleichsteht (§. 11).

8. Was die Anordnung des Stoffes in der folgenden Darstellung angeht, so wird es vor allen Dingen nöthig sein, diejenigen Zeugnisse der Quellen, in welchen eine Voraussetzung anerkannt wird, vollständig zusammenzustellen. Dadurch muß erst das Material für den Bau gewonnen werden, dessen Ausführung hier versucht wird. Hiermit werden sich die §§. 2 und 3 beschäftigen.

Auf den Grund dieses Quellenmaterials soll dann zunächst die vorhin aufgeworfene Frage beantwortet werden, welches die Bezeichnungsweise der Quellen für dasjenige, was hier Voraussetzung genannt worden ist, sei (§. 4).

In den §. 5 und 6 wird dasjenige, was über die Wirkung der ermangelnden Voraussetzung bisher nur im Allgemeinen gesagt worden ist, näher ausgeführt werden.

Sodann haben wir uns zur Beantwortung der hauptsächlichsten unter allen hier zu besprechenden Fragen zu wenden, der nämlich: wann angenommen werden dürfe, daß eine Willenserklärung unter einer Voraussetzung abgegeben worden sei. Wir werden dabei die Voraussetzung sowohl von demjenigen zu scheiden haben, was weniger als sie ist, Beweggrund (§. 7. 8), als von demjenigen, was mehr als sie ist, Bedingung (§. 9).

Hierzu ist noch von folgenden Punkten zu handeln: von dem Rechte der unfittlichen und unmöglichen Voraussetzung, von dem Beweise — Beweisobject und Beweislast — bei der Voraussetzung, endlich von den Rechten, welche mit dem Rechte aus der ermangelnden Voraussetzung concurriren, und welche auf dieses Recht selbst nicht ohne Einfluß geblieben sind. Dieses Letztere gilt namentlich von dem Falle der unmöglichen Voraussetzung. So erscheint es zweckmäßig, von diesen concurrirenden Rechten vorher zu handeln (§. 10); die Lehre von den unfittlichen und unmöglichen Voraussetzungen wird dann den §. 11, die Lehre vom Beweise bei der Voraussetzung den §. 12 bilden.

Im §. 13 endlich soll in kurzen Zügen das Verhältniß der in dieser Schrift ausgeführten Aufsicht zu den bisher aufgestellten dargelegt werden.

§. 2.

Uebersicht der in den Quellen genannten Fälle, in welchen einer Willenserklärung wegen ermangelnder Voraussetzung die Wirksamkeit abgesprochen wird.

A. Bei Willenserklärungen unter Lebenden.

9. Der Zweck dieser Zusammenstellung ist, wie gesagt, kein anderer, als der, das Material zu gewinnen, dessen die

Darstellung der Lehre von der Voraussetzung bedarf. Zugleich aber wird sie den Dienst leisten, von dem Gebiete dieser Lehre eine vorläufige Anschauung zu geben.

Ich unterscheide dabei zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall. Es geschieht das nicht bloß im Interesse einer äußerlichen Anordnung, sondern auch deswegen, weil, wie sich unten näher zeigen wird, die Behandlung der Voraussetzung bei der letzteren Art der Willenserklärungen eine mehrfach andere ist, als bei der ersteren. Von den Voraussetzungen bei Willenserklärungen unter Lebenden wird in diesem Paragraph, von denen bei Willenserklärungen auf Todesfall im folgenden die Rede sein.

Die einzelnen Voraussetzungen, welche zu nennen sein werden, sollen so viel als möglich in natürliche Gruppen zusammengestellt werden. Eine genauere und schärfere Anordnung derselben wird sich bei Untersuchung der Frage, wann eine Voraussetzung angenommen werden dürfe, ergeben.

10. Wer Etwas zahlt, leistet es unter der Voraussetzung, daß er es schuldig sei. Daher kann er das Gezahlte zurückfordern, wenn sich herausstellt, daß er es nicht schuldig sei. Aber auch dann, wenn die zur Zeit der Zahlung wirklich vorhandene Verbindlichkeit hinterher wegfällt. Denn die Voraussetzung seiner Leistung war ja, näher betrachtet, nicht, daß er im Augenblicke der Leistung, sondern daß er überhaupt schuldig sei, also auch, abgesehen von der Zahlung, fortfahre schuldig zu sein. Im ersten Falle ist die Zurückforderungsklage die gewöhnliche *condictio indebiti*, für welche Belegstellen anzuführen überflüssig ist. Für den zweiten Fall ist eine *condictio* in folgenden Stellen anerkannt.

L. 8. §. 16. D. de inoff. (5. 1), l. 2. §. 2, l. 3. 5. D. de cond. ind. (12. 6). Der eingesetzte Erbe hat Legate gezahlt; dann wird das Testament als *inofficiosum* rescindirt,

oder durch die Geburt eines Notherben gebrochen, oder er erlangt Restitution gegen die Antretung ¹⁾.

L. 2. D. de cond. sine causa (12. 7). Ein Walker hat Kleider, die ihm übergeben sind, verloren, und „ex locato conventus“ den Werth derselben ersetzt; dann kommen die Kleider in den Besitz des Eigenthümers zurück. Es ist fraglich, sagt Ulpian, ob der Walker eine *condictio* habe, „quia non indebitum dedit; nisi forte quasi sine causa datum putamus condicti posse; etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur“ Dies kann aber auch nur von dem Falle gelten, wo ohne Urtheil geleistet worden ist, und nur von diesem Falle sind daher die Worte „ex locato conventus“ zu verstehen. Denn ist in Folge eines Urtheils geleistet worden, so besteht die vorausgesetzte Verpflichtung auch nach Wiedererlangung der verlorenen Sache fort. Daher wird auch in l. 63. D. de R. V. (6. 1) dem mit der *rei vindicatio* Belangten, welcher für die Sache, die er nicht restituiren kann, in Folge richterlichen Spruches die *astimatio* geleistet hat, das Recht an der Sache zugesprochen, und ausdrücklich bemerkt, daß der Kläger dieselbe nicht einmal dadurch zurückzuerlangen könne, daß er sich erbiete, die *astimatio* zu restituiren.

Wenn es in l. 11. D. de appell. (49. 1) heißt: *Cum ex causa iudicati soluta esset pecunia ex necessitate iudicis ab eo qui appellatione interposita meruerit meliorem sententiam, recipere eum pecuniam, quam solvit, oportet*, — so wird damit ein Fall bezeichnet, in welchem ein in der That nicht Verschuldigter (wegen noch nicht eingetretener Rechtskraft

1) Die *Condictio* wird jedoch hier nicht ihm, sondern (als *utilis*) dem jetzt eintretenden Erben gegeben, weil dieser sich die von dem h. l. *possessor* gemachte Forderung (-- und war der Zahlende nicht in *bona fide*, so kann von einer Zurückforderung überhaupt nicht die Rede sein --) gefallen lassen muß; es müßte denn derselbe nach Aufstellung der Klage („*post motam controversiam*“, l. 8. §. 16. D. cit., vgl. Savignus *Ensem* VI. 92 ff.) geklagt haben.

des Urtheils) geleistet worden war, also ein Fall der gewöhnlichen *condictio indebiti*. Es ist aber nicht schwer, diesen Fall so abzuändern, daß er sich den so eben genannten unmittelbar anreihet; man braucht sich nur statt der Appellation ein Rechtsmittel ohne Suspensivkraft zu denken.

Es ist auch denkbar, daß derjenige, welcher zahlt, die Existenz einer Verschuldung erst erwartet, also im Voraus zahlt; er leistet dann nicht milder unter der Voraussetzung einer Verschuldung, und kann daher das Geleistete zurückfordern, wenn dieselbe nicht existent wird, oder, existent geworden, wieder wegfällt. Ein Rückforderungsrecht dieser Art wird in der l. 3. §. 5. D. de coll. (37. 6) und l. 13. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4) dem Emancipirten gegeben, welcher vor erlangter *bonorum possessio conferitur*, dann dieselbe ausgeschlagen hat, „*missa enim bonorum possessione incipit pecunia sine causa esse apud heredem*“²⁾).

11. An die Zahlung knüpfen sich noch Voraussetzungen anderer Art an. Wer zahlt, leistet auch unter der Voraussetzung, daß dasjenige, was er leistet, im Stande sei, ihn zu liberiren. Daher kann derjenige, der einen Sklaven schuldet, einen *statu liber* gegeben hat, denselben *condiciren* (l. 38. §. 3. D. de solut. 46. 3); ebenso kann er *condiciren*, wenn er einen bestimmten Sklaven zum Theil geleistet hat; denn „*nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est*“ (l. 2. §. 1. D. de V. O. 45. 1). Ferner kann *condiciren*, wer „*decem aut Stichum*“ schuldet, fünf gegeben hat (l. 26. §. 13. D. de cond.

2) Man darf nicht sagen, daß der vor erlangter B. P. Conferirende leiste, um die B. P. erlangen zu können; denn „*prætor non sub conditione collationis B. P. contra tabulas promittit, sed demonstrat, quid data B. P. fieri oportet*“, l. 3. pr. D. de coll. Seine Handlung ist daher in der That anticipirte Erfüllung einer noch nicht existenten Verbindlichkeit.

ind. (12. 6), — „placuit non perimi partem dimidiam obligationis“³⁾.

12. Wer zahlt, leistet auch unter der Voraussetzung, daß er an die Person, an welche er zahlt, mit Effect zahlen könne, mag er an den Gläubiger selbst zahlen, oder an einen Dritten; in welchem letzteren Falle seine Voraussetzung näher dahin gesehen wird, daß dieser von dem Gläubiger zur Zahlungsannahme beauftragt sei, oder daß der Gläubiger dieselbe ratihabiren werde. Daher kann condiciren, wer einem impubes, den er für pubes hielt, gezahlt hat, — obgleich gerade von diesem Schuldner nur dasjenige, warum er noch reich ist⁴⁾. Eine Condictio desjenigen, der an einen Dritten in der irrigen Annahme, daß derselbe vom Gläubiger zur Zahlungsannahme beauftragt sei, gezahlt hat, erkennen l. 80 §. 7. D. de furt. (47. 2) und l. 8. C. de cond. ind. (4. 5) an; demjenigen, der Ratihabition des Gläubigers vorausgesetzt hat, wird eine Condictio in l. 14. pr. D. de solut. (46. 3), l. 25. §. 1. D. ratam rem (46. 8), l. 41. §. 11. D. de leg. 3. (32) gegeben; beide Fälle stellt zusammen die l. 58. pr. D. de solut. (46. 3).

13. Wie die Zahlung, so hat auch die Handlung desjenigen die Existenz einer Verschuldung zur Voraussetzung, der mit Rücksicht auf eine als gegenwärtig oder zukünftig gedachte — Verbindlichkeit sich zum Schuldner macht, oder als Schuldner bekennt. Daher kann Obligation und Schuldbekennniß condicirt werden, wenn die Verbindlichkeit sich als nicht

3) In den beiden letzten Fällen kann aber auch durch die Nachleistung des fehlenden Theils Liberation in der That erlangt, also die Condictio wieder aufgehoben werden. Siehe die citirten Stellen. Vergleiche auch l. 34. pr. D. de solut. (46. 3).

4) Und auch für diese Condictio der Bereicherung, so unzweifelhaft sie ist, finde ich keine ausdrückliche Belegstelle; §. 2. I. quib. alien. (2. 8) und l. 15. D. de solut. (46. 3) geben dem Zahlenden nur eine doli exceptio gegen die Klage des impubes, welche er freilich auch dann haben muß, wenn er nach den Umständen, unter welchen er gezahlt hat, nicht behaupten kann, daß er vorausgesetzt habe, es könne an den Gläubiger mit Wirkung gezahlt werden.

vorhanden answeicht, oder nicht, wie erwartet wurde, existent wird, (der gewöhnlichste Fall ist der, wo Jemand sich vor Empfang des ihm versprochenen Darlehens zum Schuldner gemacht oder die Schuldburkunde aus der Hand gegeben hat, dann das Darlehn ihm nicht gegeben wird,) oder endlich die existente oder existent gewordene Verbindlichkeit getilgt — z. B. das Darlehn zurückgezahlt — ist. Das wird in folgenden Stellen anerkannt: *Gai. IV. 116, l. 2. §. 3. D. de doli mali exc. (44. 4), l. 3. C. de cond. ind. (4. 5), l. 2. C. de cond. ex lege (4. 9), l. ult. C. de solut. (8. 43), l. ult. C. ad exh. (3. 42), l. 4. C. de cond. ex lege (4. 9), l. 7. C. de non num. pec. (4. 30).*

14. Auch wer ein Pfand oder eine *arrha* gibt, gibt unter der Voraussetzung einer Verbindlichkeit; weswegen auch er *condiciren* kann, wenn keine existirt, oder die als zukünftig gedachte nicht existent wird, oder die existente oder existent gewordene weggefallen ist. Von der *Condictio* des Pfandes spricht *l. 4. §. 1. D. de R. C. (12. 1): Res pignori data pecunia soluta condici potest.* Diese Stelle geht nur auf die zu Besitz übertragene Pfandsache; von der alten *fiducia* hat ohne Zweifel dasselbe gegolten. Daß die *arrha* nach Vollzug des Vertrages, in Beziehung auf den sie gegeben ist, *condicirt* werden könne, erkennt *l. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19. 1)* an, — „*quia iam sine causa apud venditorem est annulus*“ Auch die *condictio*, welche die *l. 5. C. de spons. (5. 1)* auf die *arrha sponsalicia* in dem Falle gibt, wo der Ehe ein geschliches Hinderniß entgegensteht, läßt sich so fassen, daß sie hierher gehört, nämlich so, daß sie deswegen gegeben werde, weil bei jenem Hinderniß auch die Verlobung, also auch die Verbindlichkeit des Gebers der *arrha*, nichtig sei; jedoch scheint in dieser Stelle der Gesichtspunkt vorzuwiegen, daß wegen jenes Hindernisses die

Ehe, nach deren Vollziehung das Gegebene zu behalten sei, nicht zu Stande kommen könne⁵⁾.

15. Nach l. 36. D. fam. herc. (10. 2) und l. 4. C. de iuris et facti ign. (1. 18) kann der Erbe, wenn er mit einem Anderen, den er fälschlich für seinen Miterben hielt, die Erbschaft getheilt hat, das Gegebene zurückfordern. Wie bei der Zahlung unter der Voraussetzung einer obligatorischen Berechtigung des Empfängers geleistet wird, so ist hier eine erbrechtliche Berechtigung bei demselben vorausgesetzt worden⁶⁾.

16. Ferner schließt sich hier an, was l. 42. C. de transact. (2. 4) vorschreibt, daß „*transactiones vel pactiones*“, die auf Grund falscher Urkunden abgeschlossen worden sind, unverbindlich seien. Zwar in Beziehung auf die „*pactiones*“ — wenn man darunter etwas von den „*transactiones*“ Verschiedenes verstehen will — wird uns hier nichts Neues gesagt, vielmehr nur, daß, wenn ein Vertrag abgeschlossen, d. h. eine Verbindlichkeit übernommen worden sei auf Grund eines wegen einer falschen Urkunde irrig angenommenen Anspruches, das nicht verbindlich sei. Aber der Vergleich wird nicht abgeschlossen in Anerkennung des von dem Gegner erhobenen Anspruches, sondern um sich von demselben — mag er ein obligatorischer oder von anderer Art sein — zu befreien. Und in Beziehung auf ihn will nun die genannte Stelle (vergl. auch l. 2. C. de his quibus ut indignis 6. 35) vorschreiben, daß er angefochten werden könne, wenn irrig die Gültigkeit einer Urkunde angenommen worden sei, welche den bestrittenen Anspruch erst möglich mache; z. B. dem Intestaterben ist ein falsches Testament

5) Die *arrha sponsalicia* unterscheidet sich von andern *arrhæ* auch dadurch, daß sie von dem Geber dann nicht condictet werden kann, wenn er an dem Nichtzustande der Ehe Schuld ist, l. 3. 5. C. de spons. (5. 1). Bei andern *arrhæ* ist es wie bekannt, wenigstens nicht die Regel.

6) Auch hier aber wird ausdrücklich anerkannt, daß jedes Rückforderungsrecht wegfällt wenn in Folge eines Theilungsurtheils geleistet worden sei.

vorgelegt worden, welches ihn zwar ebenfalls zum Erben er-
 nennt, aber zugleich mit Legaten beschwert, und er hat sich
 nun mit einem Legatar, dem er die testamentifactio oder die
 Größe des in Anspruch genommenen Legats bestritt, verglichen.
 Er kann dann mit Recht behaupten, daß er sich nur unter der
 Voraussetzung der Gültigkeit des Testamentes verglichen habe⁷⁾.
 Ohne Zweifel aber ist dieser Satz allgemeiner zu fassen, und
 es ist auszusprechen, daß der Vergleich auch dann angefochten
 werden könne, wenn man aus einem anderen Grunde als we-
 gen Irrthums über die Gültigkeit einer Urkunde den An-
 spruch des Gegners fälschlich wenigstens für möglich gehalten
 hat; z. B. es hat sich Jemand mit einer Person verglichen,
 welche er fälschlich für den Intestaterben desjenigen, in dessen
 Namen sie ihren Anspruch erhoben hat, gehalten hat. Und daran
 wieder knüpft sich dann eine noch allgemeinere Frage an. Der-
 jenige, welcher geleistet hat, um sich von einem wenigstens für
 möglich gehaltenen Anspruch zu befreien, hat sich in einer Ei-
 genschaft der Gegenleistung geirrt, um derentwillen er geleistet
 hat. Muß nun nicht ganz allgemein gesagt werden, daß über-
 haupt Jeder, welcher der Gegenleistung, um derentwillen er ge-
 leistet hat, Eigenschaften beigelegt hat, welche sie nicht besitzt, be-
 haupten könne, die Voraussetzung seiner Leistung habe sich nicht
 bewährt? Und umgekehrt, kann diese Behauptung nicht auch
 derjenige aufstellen, welcher dem von ihm Geleisteten Eigen-
 schaften beigelegt hat, welche es nicht hat? Und wie verhält
 es sich, wenn der Leistende der Person, welcher er geleistet hat,
 Eigenschaften zugeschrieben hat, welche sich bei ihr nicht fin-
 den? Die Beantwortung dieser Fragen erfordert eine beson-

7) Hat man bei dem Vergleiche die Möglichkeit der Unedtheit bereits in Betracht ge-
 zogen, so fällt natürlich alles Ansehungsgrecht weg. So ver sagt rō die l. 7. C. ad
 leg. Corn. de falsis (9. 22), weil „ipse significas, cum primum advorsarii
 instrumenta protulerunt, fidem eorum te habuisse suspectam“.

dere Untersuchung, welche zweckmäßiger an den Ort verwiesen wird, wo von den Bedingungen, unter denen eine Voraussetzung angenommen werden dürfe, überhaupt die Rede ist (§. 7 Num. 72 ff.).

17. Ich gehe zur Betrachtung der Voraussetzungen über, welche durch eine bei der Leistung auferlegte Verpflichtung begründet werden. Es ist dies eine sehr wichtige Klasse von Voraussetzungen. Die allgemeine Regel lautet so: wer Etwas leistet und dabei dem Empfänger eine Verpflichtung auferlegt, leistet es unter der Voraussetzung, daß diese Verpflichtung werde erfüllt werden; wird sie also nicht erfüllt, so kann er das Geleistete zurückfordern. Die einzelnen hierher gehörigen Voraussetzungen zerfallen in zwei natürliche Gruppen, nach der naheliegenden Betrachtung, daß die auferlegte Verpflichtung entweder darauf gehen kann, in Beziehung auf das Empfangene sich in gewisser Weise zu verhalten, z. B. es weiter zu geben, es zu einem gewissen Zwecke zu verwenden, es nicht zu veräußern, oder darauf, daß der Empfänger für das Empfangene seinerseits Etwas leiste. Ob — in dem einen oder dem andern Falle — der Leistende sein Interesse im Auge gehabt habe, oder das des Empfängers, oder das eines Dritten, oder mehrere dieser Interessen zu gleicher Zeit, ist für sein Rückforderungsrecht gleichgültig⁸⁾.

8) Wenigstens gemäß der ursprünglichen Ansicht des römischen Rechts, als es dem Dritten, in dessen Interesse gegeben worden ist, noch keine Klage zugestand. Ueber das Nähere s. §. 10. Num. 107. Allerdings war auch vorher schon es nicht ohne Bedeutung, ob der Leistende nur das Interesse des Empfängers im Auge gehabt habe, oder nicht; aber lediglich für die Frage, ob er in der That eine Verpflichtung habe auferlegen wollen. S. darüber §. 7. Num. 69. Ferner, wenn der Leistende in seinem vermögensrechtlichen Interesse geleistet hat, hat er neben der *condictio* auf Erfüllung der auferlegten Verpflichtung eine *actio praescriptis verbis* (§. 10), wenn er zu einer Verwendung im Interesse des Empfängers absolut nicht gegeben hat, entsteht eine *condictio* für ihn auch durch einseitige Zurücknahme des Auftrags, so wie für seine Erben durch seinen Tod. S. die folgende Note. Auch §. 7. Note 18.

Die Stellen, welche eine Auflage der ersteren Art als Voraussetzung anerkennen, sind folgende.

L. 11. D. de cond. e. d. e. n. s. (12. 4). Einem Erben war auferlegt worden „arbitratu liberti certa summa“ dem Testator ein Monument zu errichten. Er hat das Geld sogleich dem Freigelassenen übergeben, damit dieser das Monument selbst errichte; „si. non faciat, condictione tenetur“.

L. 49. D. de don. i. v. e. u. (24. 1). Eine Frau hat ihrem Manne ein Grundstück gegeben, „uti post mortem (sc. mariti) restitatur filio“. Der Jurist sagt, wenn die Frau nicht die Absicht gehabt habe, dadurch dem Manne unter der Hand einen Vortheil zuzuwenden, sei die Tradition nicht nichtig; sie könne aber das Grundstück zurückfordern, wenn es dem Sohne nicht gegeben werde⁹⁾.

L. 5. §. 9. D. de J. D. (23. 3). Jemand hat dem Vater Geld gegeben, „ita ut hanc pro filia in dotem daret“; — „obstrictus est, ut det, aut si non dederit, condictione tenetur“. Deswegen, wird gesagt, liege auch, wenn ihm seine Frau gegeben habe, keine verbotene Schenkung, und wenn er das

9) In der l. 11. §. 8. D. de don. i. v. e. u. (24. 1) wird der Fall behandelt, wo eine Ehefrau Jemandem gegeben hat, damit er das Empfangene nach ihrem Tode ihrem Ehemanne herausgebe. Es wird aber in dieser Stelle ihren Erben eine Condictio nicht deswegen gegeben, weil der Empfänger sich der Herausgabe weigere, sondern trotz dem, daß er gegeben habe, nämlich, weil er gegen den Willen der Erben gegeben habe. Da nämlich ihm hier in seinem Interesse durchaus nicht gegeben ist, so muß er sich, wie bereits in der vorigen Note bemerkt worden ist, sowohl willkührlichen Widerruf des erteilten Auftrages gefallen lassen, als er nach dem Tode des Geberens nicht mehr weiter geben darf. — Wenn in l. 41. D. de R. C. (12. 1) und l. 2. §. 6. D. de donat. (39. 5) gesagt wird, daß nach dem Tode des Gebers der erste Empfänger dem zweiten Eigenthum nicht übertragen könne, so geht daraus hervor, daß beide Stellen annehmen, der erste Empfänger sei gar nicht zum Eigenthümer gemacht, er sei nur mit der Uebertragung des Eigenthums des Gebers beauftragt worden. Uebrigens wäre eine Condictio des Besizers auch hier begründet.

Empfangene in der That als dos gegeben habe, keine dos profectionis vor.

L. 9. pr. eod. Jemand hat der Frau selbst bestimmte Sachen gegeben, „ut ipsa suo nomino in dotem det“. — „Efficientur eius, licet non in dotem sint datae, sed conditione tenebitur“.

L. 3. C. de don. quæ sub modo (8. 55). Schenkung, „ut post tempus id quod donatum est alii restituatur“. Der Schenker und seine Erben können in Weigerungsfalle das Geschenk condiciren.

L. 2. §. 7. D. de don. (39. 5). Jemand hat dem Titius Zehn gegeben, „ut inde Stichum sibi emeret“. Wenn dem Titius der Ankauf des Stichus durch dessen Tod unmöglich gemacht wird, können die Zehn von ihm condicirt werden ¹⁰⁾.

L. 3. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6). Die bei der Schenkung gemachte Auflage, das Geschenk nicht zu veräußern, bewirkt, „ut donatori vel eius heredi condictio si non fuerit conditio servata quærat“.

L. 53. D. de cond. ind. (12. 6). Für einen Sklaven, der in einem Testamente die Freiheit unter der Bedingung erhalten hat, daß er einem Dritten Zehn gebe, hat ein Anderer dieselben gezahlt; dann stellt sich heraus, daß das Testament ungültig sei. Es soll nun zuerst der Sklave, d. h. sein Herr, eine Condictio auf diese Zehn gegen denjenigen haben, welchem sie gegeben worden sind; es wird also fingirt, sie seien zuerst an den Sklaven, und erst von diesem an jenen gekommen. Diese Condictio macht eine Voraussetzung geltend, welche nicht hierher gehört, von welcher vielmehr erst unten ¹¹⁾ geredet werden

10) Aber gerade dieses ist ein Fall, in dem es bezweifelt werden kann, ob der Geber dem Empfänger in der That eine Verpflichtung habe auferlegen wollen. S. die cit. Num. 69.

11) Num. 22.

wird, die Voraussetzung, daß durch die gemachte Leistung ein Recht werde erworben werden. Dann aber soll ferner der erste Geber gegen den Herrn eine *Condictio* haben, (obgleich diese nicht ausdrücklich genannt wird,) und diese *Condictio* gehört hierher. Sie gründet sich darauf, daß der Sklave das Geld zu dem Zweck, zu welchem es ihm gegeben ist, nämlich um frei zu werden, nicht verwendet habe; daß er es zu diesem Zwecke nicht hat verwenden können, macht keinen Unterschied. Der Verfasser der Stelle hält es aber für zweckmäßiger, diese zwei *Conditionen* in eine zusammenziehen, welche dem ersten Geber unmittelbar gegen den letzten Empfänger zu gewähren sei¹²⁾.

Es wird erlaubt sein, bei der Entscheidung dieser Stelle noch einen Augenblick stehen zu bleiben. Wenn in derselben fingirt wird, daß das von dem Dritten gegebene Geld zuerst an den Sklaven, und erst von diesem an denjenigen gekommen sei, dem der Sklave *conditionis implondæ gratia* geben sollte, so drängt sich die Frage auf, ob denn nicht eben deswegen hätte angenommen werden müssen, daß der Sklave das — nicht für sich, sondern für seinen Herrn — erworbene Geld gar nicht habe veräußern können, und ob daher nicht seinem Herrn statt einer *condictio* vielmehr eine *vindicatio* hätte gegeben werden sollen, — wie demselben denn die Stelle ausdrücklich in dem Falle eine *vindicatio* gibt, wo der Sklave ohne seine Erlaubniß *Pecuniargeld* gegeben habe. Oder hätte nicht wenigstens in dem Falle so entschieden werden müssen, wenn in der Wirklichkeit zuerst dem Sklaven gegeben worden wäre? — Weber das Eine, noch das Andere. Die in der Auflage des Weiter-

12) „*Sed tam benignius quam utilius est, recta via ipsum qui nummos dedt suum recipere*“. Das setzt eben voraus, daß der Jurist annehme, was er, wie gesagt, ausdrücklich nicht ausspricht, daß der Geber auch gegen den Sklaven (dessen Herrn) eine *Condictio* habe.

gebens enthaltene Voransetzung schützt vielmehr das Gegebene gegen den Erwerb durch denjenigen, dessen Gewalt der Empfänger unterworfen ist; es geht in das Eigenthum des Dritten über, als wäre die Mittelsperson, durch welche es an ihn gelangt, *sui iuris* gewesen. Dies sagt für den Sklaven noch l. 22. §. 8. D. mand. (17. 1), für den Haussohn l. 9. §. 1. D. ad SC. Mac. (14. 6). Dem Sklaven und dem Haussohn wird in diesem Falle gleichsam eine Eigenthumsfähigkeit *ad hoc* beigelegt. Denn daß sie nicht etwa als bloße Procuratoren des Gebers, als bloße Vermittler der Besitzübertragung, angesehen werden, (wenn es auch in l. 9. §. 1 cit. heißt: „*videri a donatore — der einem *filiofamilias* Geld geschenkt hat, damit er seinen Gläubiger damit befriedige — *profectam (pecuniam) protinus ad creditorem*“,) geht daraus hervor, daß in l. 53. cit. dem Sklaven resp. seinem Herrn eine *Condictio* auf das Weitergegebene zugestanden wird, und l. 22. §. 8. cit. annimmt, daß durch ein solches Geben an einen Sklaven, der ein *peculium* hat, ein Darlehn zu Stande komme.*

18. Ich habe in der vorigen Nummer die Stellen nicht mit angeführt, welche von der Auflage, an den Geber selbst zurückzugeben, handeln. Nicht als wenn sie ein Zurückforderungsrecht für den Fall, daß an den Geber nicht zurückgegeben wird, nicht anerkannten; sondern weil es nur eine gezwungene Auffassung genannt werden könnte, wenn man dieses Rückforderungsrecht auf die Ermangelung der in der gemachten Auflage liegenden Voraussetzung zurückführen, mit anderen Worten, wenn man sagen wollte, daß der Empfänger deswegen zurückgeben müsse, weil er nicht zurückgegeben habe. Viel passender erscheint es, seine Restitutionspflicht unmittelbar darauf zu gründen, daß er, sobald er zurückgeben muß, nicht mehr mit dem eigentlichen Willen des Gebers habe. Dieses Zurückgebenmüssen kann nun, je nach dem näheren Inhalt der ge-

machten Auflage, darin seinen Grund haben, daß die Zeit abgelaufen ist, bis zu welcher er haben sollte, aber auch darin, daß die factischen Verhältnisse sich in derjenigen Weise herausgestellt oder gestaltet haben, von welcher der Geber die Restitution abhängig gemacht hat. In diesem letzteren Falle läßt sich nun allerdings sein Rückforderungsrecht als ein Rückforderungsrecht wegen eruiangelnder Voraussetzung fassen¹³⁾; aber der Inhalt derselben ist dann nicht das Rückgeben des Empfangenen, sondern ein Irgendwelcher, eben durch die bezeichneten Umstände bestimmt. So leistet derjenige, der mit der Auflage leistet, „ut si apparuerit esse indobitum vel Falcidia emergerit reddatur“ (l. 2. pr. D. de cond. ind. 12. 6), unter der Voraussetzung, daß er schuldig sei, derjenige, der an einen Dritten zahlend sich das Rückforderungsrecht vorbehält, wenn der Gläubiger die Zahlung nicht ratihabiren sollte (l. 14. pr. D. de solut. 46. 3), unter der Voraussetzung, daß derselbe sie ratihabiren werde¹⁴⁾. Nach ihrem verschiedenen Inhalt sind dann diese Voraussetzungen an den betreffenden Ort einzureihen.

19. Der Auferlegung der Verpflichtung, sich in Beziehung auf das Empfangene in gewisser Weise zu verhalten, ist oben die Auferlegung der Verpflichtung zu einer Gegenleistung entgegengestellt worden. Die Auferlegung einer Verpflichtung dieses Inhalts wird als Voraussetzung der Leistung in folgenden Fällen und Stellen anerkannt.

13) S. oben Num. 2.

14) In der l. 15. D. de cond. e. d. c. q. s. (12. 4) ist von einem Fall die Rede, wo ein Herr, setzen des Diebstahls bezüchtigten Sklaven in quæstionem mit der Auflage gegeben hatte, ihn zurückzugeben, wenn er nicht schuldig befunden werden sollte. Die Voraussetzung seiner Leistung war also, daß er schuldig befunden werde. Der Empfänger hatte ihn ohne Weiteres zur Hinrichtung übergeben, — er war also nicht schuldig befunden worden, und so gibt die Stelle dem Geber eine *condictio* („ages — dari eum tibi oportere“). Vergl. auch l. 8. D. de præser. verb. (19.5).

Leistung von Etwas, was nicht Geld ist, „ut tabulam pingas“, l. 5. §. 2. D. de præser. verb. (19. 5) ¹⁵⁾.

Leistung, damit ein Slave freigelassen werde. Die Condictio ist begründet, wenn derselbe nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Zeit freigelassen wird. L. 1. pr., l. 3. §. 2. 3. 5. D. de cond. c. d. e. n. s. (12. 4), l. 5. §. 2., l. 7. D. de præser. verb. (19. 5), l. 19. pr. D. de R. C. (12. 1), l. 6. 9. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6).

Leistung, damit ein Slave nicht freigelassen werde, l. 3. §. 1. D. de cond. c. d. e. n. s. (12. 4).

Ut filius emancipetur, l. 1. pr. D. eod.

Ut procurator sit, l. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6).

In l. 4. C. eod. ist die Rede von dem Fall, wo Jemand sich auf eine größere Summe verpflichtet hat, als er zum Darlehn bekommen hat, — „eo quod patrociniū adversarius re-promitteret“. Es wird entschieden, wenn der versprochene Beistand nicht gewährt worden sei, sei eine condictio begründet.

Ut Capuam eas, l. 5. pr. D. de cond. c. d. e. n. s. (12. 4).

Ut a lite discedatur, ne ad iudicem iretur, l. 1. pr., l. 3. pr. D. eod. — Nach l. 23. pr. — §. 3. D. de cond. ind. (12. 6) soll das ex transactione Gegebene zurückgefordert werden können, wenn ein Vergleich in der That nicht abgeschlossen worden sei, oder der abgeschlossene nichtig oder wieder aufgelöst worden sei, oder „non secuta fuerit“. In diesem letzteren Falle wird gewiß wegen nicht erfolglicher Gegenleistung zurückgefordert ¹⁶⁾; in den übrigen wird der Leistende entweder

15) Im Allgemeinen erklärt in dieser Stelle Paulus eine Condictio für begründet, wenn etwas Anderes als Geld für ein factum locabile, oder irgendetwas für ein factum non locabile gegeben worden sei.

16) Denn die angeführten Worte sind ohne Zweifel dahin zu verstehen, daß der Empfänger den Vergleich nicht gehalten habe. Uebrigens redet von diesem Fall noch besonders l. 23. §. 3. cit. Es kann in demselben aber auch der Leistende die Geltendmachung des ausgegebenen Auftrags mit einer *doli exceptio* zurückweisen. S. den

sagen können, es sei die Gegenleistung nicht erfolgt, oder, er habe vorausgesetzt, es sei ein gültiger Vertrag vorhanden, durch welchen, wenn er auch eine Klage nicht erzeuge, er sich doch für verbunden gehalten habe; und in dieser letzteren Weise wird er in dem Falle, wo ihm der Vergleich nicht genehm ist, das Geleistete selbst dann zurückfordern können, wenn der Empfänger seinerseits bereit ist, ihn zu erfüllen. Hierher gehört auch l. 65. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6), wo es heißt: „sin autem evidens calumnia detogitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur“.

Acceptilatio „cum conveniret ut expromissorem daret“. Condictio, wenn der Schuldner das nicht thut, l. 4. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4); ebenso, wenn er eine durch das SC. Velleianum geschützte Frau als Schuldnerin gibt, l. 8. §. 8. D. ad SC. Vell. (16. 1).

Geben einer Sache, damit eine andere gegeben werde, — permutatio, Tausch. Ein Rückforderungsrecht aus demselben bei ausbleibender Gegenleistung ist anerkannt in l. 5. §. 1. D. de præscr. verb. (19. 5), l. 1. §. ult. D. de rer. perm. (19. 4), l. 5. 7. C. eod. (4. 64).

Zu l. 16. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4) wird auch demjenigen, der Geld gegeben hat, um eine Sache zu erlangen, wenn sie ihm nicht gegeben wird, eine condictio auf das Geleistete zugesprochen.

In den bisher genannten Fällen erscheint die Gegenleistung als Äquivalent des Geleisteten. Es ist aber auch möglich, daß sie das nicht sei, daß der Leistende dem Empfänger habe schenken

cit. §. 3. Es versteht sich übrigens von selbst, daß von einer Geltendmachung des aufgegebenen Anspruches überhaupt nur dann die Rede sein kann, wenn er nicht in genügender Form ausgegeben worden ist. Vergl. jedoch l. 40. C. de transact. (2. 4). L. 17. eod. versagt die Rückforderung des Gegebenen, indem sie auf die pacti exceptio verweist („parta securitate“).

wollen. Eine Condition ist dann nicht minder begründet, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt. Das sagt ganz allgemein l. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6)¹⁷⁾, in besonderen Anwendungen l. 1. C. de don. quæ sub modo (8. 55) — Schenkung mit dem Vorbehalt von Alimenten, — und l. 2. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6). — Schenkung mit der Auflage die Gläubiger zu befriedigen¹⁸⁾.

20. Einen wichtigen Fall des Gebens unter einer Voraussetzung bildet auch das Geben einer dos. Wer Etwas als dos gibt, gibt es, wenn er es nach dem Abschlusse der Ehe gibt, unter der Voraussetzung, daß durch denselben in der That eine rechtsbeständige Ehe zu Stande gekommen sei, wenn vorher, unter der Voraussetzung, daß eine rechtsbeständige Ehe zu Stande kommen werde. Von dem durch die Ermangelung dieser Voraussetzung begründeten Rückforderungsrechte reden namentlich folgende Stellen: l. 6—9. pr., l. 10. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4), l. 5. D. de cond. sine causa (12. 7), l. 10. D. de spons. (23. 1), l. 7. §. 3., l. 59. §. 2., l. 74 D. de I. D. (23. 3), l. 7. C. de int. matr. (5. 6).

Kann nicht das als dos Gegebene, eben weil es unter der Voraussetzung einer Ehe gegeben worden ist, auch dann condicirt werden, wenn die Ehe, für welche es gegeben worden ist, hinterher wieder aufgelöst wird? Das römische Recht glaubt nicht annehmen zu dürfen, daß die in dem Geben einer dos liegende Voraussetzung sich auch auf diesen Fall erstrecke. Es hält es für wahrscheinlicher, daß derjenige, welcher Etwas als dos gegeben hat, dasselbe auch nach aufgelöster Ehe den Schick-

17) Die sich aber so allgemein ausdrückt — „dictam legem donationi ab eo qui hanc suscepit non impletam conditioni facere locum iuris dictat disciplina“, — daß sie nicht bloß auf den Fall geht, wo eine Gegenleistung, sondern auch auf den, wo in Beziehung auf das Geschenkte ein gewisses Verhalten auferlegt worden ist.

18) Uebrigens nimmt diese Stelle an, daß der Schenkende noch besonders gesagt habe, „ut si placita non observata essent donatio resolveretur“.

salen, welche es selbst — die Bestimmung der dos in Betracht ziehend — darüber verhängt, habe überlassen wollen. So gesteht es ihm das Recht, dasselbe nach aufgelöster Ehe zu condiciren, nur dann zu, wenn er sich dieses Recht auch für diesen Fall vorbehalten hat¹⁹⁾. Hiervon handelt l. 43. §. 1. D. de I. D. (23. 3) — „mulier soluto matrimonio dotis exactionem habebit, nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, conditionem habeat“²⁰⁾.

Auch für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe kann der Geber auf die ihm dann zustehende Condictio zu Gunsten anderer Personen, und namentlich der Frau, für welche er die dos gibt, verzichten. Dann haben diese Personen, nicht er, die Condictio, wobei zur Verichtigung der *formalia negotii* angenommen wird, daß zuerst ihnen geschenkt, und erst von ihnen die dos an den Mann gelangt sei. Hierauf beziehen sich l. 6. 7. pr., l. 9. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), l. 43. §. 1. und l. 59. §. 2. D. de I. D. (23. 3)²¹⁾.

19) Die *actio rei uxoriae* kann er auch ohne einen solchen Vorbehalt haben, aber das Recht derselben ist ein ganz anderes, als das der *condictio*. Wenn in l. 50. pr. D. de I. D. (23. 3) der Frau, welche eine dos befreit hat, nach der Scheidung eine *condictio* gegeben wird, die dann auch selbst unangestellt ihren Tod überbauern soll, so geschieht das nur deswegen, weil in dem entschiedenen Fall ein *pactum* in der Mitte lag, welches sie mit dem frühern Manne, als sie die Ehe mit ihm erneuerte, abgeschlossen hatte, „*uti decem in dotem acciperet et fundum sibi restitueret*“. Dadurch hatte der *fundus* seine *dotalnatur* ganz verloren und war nun in der That beim Manne *sine causa*, — deswegen *sine causa*, weil die Frau ihren Willen, daß er bei ihm sein solle, (vertragsmäßig) zurückgezogen hatte.

20) Vergl. auch l. 6. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), wo ein solcher Vorbehalt nur erwähnt, l. 29. §. 1. D. sol. matr. (24. 3), wo nur gesagt wird, daß der Geber aus demselben *exactionem dotis* habe, l. 6. C. de I. D. (5. 12), wo ihm daraus eine *actio praescriptis verbis* gegeben wird, endlich l. 1. C. de pact. conv. (5. 14) (= l. 10. C. de pactis 2. 4), nach welcher überhaupt aus der *lex dicta doti* eine *Condictio* entsteht.

21) In diesem Falle hat der Geber der dos die *condictio*, wenn er nicht darauf verzichtet, in dem so eben betrachteten hat er sie nicht, wenn er sie sich nicht vorbehalten hat.

21. Wenn die Frau etne dos gegeben hat, so soll sie dieselbe auch dann zurückfordern können, wenn sie dieselbe dem Sklaven oder Sohne ihres Mannes gegeben habe, und dieser Letztere den Empfang nicht ratificire; da bis dahin „*neque periculum nec culpam dominus aut pater præstat*“, l. 46. pr. D. de I. D. (23. 3). Es wird also angenommen, die Frau gebe unter der Voraussetzung, daß der Mann diese Ratification erteile.

Noch beziehen sich auf die Ehe folgende Voraussetzungen.

Wenn die Frau ihre *παράδοξα* dem Manne zum Eigenthum gibt, so hat auch dieses Geben, wie die Bestellung einer dos, zur Voraussetzung das Zustandekommen einer Ehe; ferner aber auch das Bestehen einer Ehe; daher *Condictio*, wenn sie nicht zu Stande kommt, oder hinterher wieder aufgelöst wird. Für diesen letzteren Fall wird eine *Condictio* ausdrücklich anerkannt — und deswegen ist sie auch in dem ersteren sicher — in l. 9. §. 3. D. de I. D. (23. 3).

Brantgeschenke können zurückgefordert werden, wenn die Verlobung nicht zur Ehe führt. Sie werden also angesehen als gemacht unter der Voraussetzung, daß die Ehe zu Stande komme, oder, wie unten (Num. 72) die Sache gefaßt werden wird, sie gelten als dem Empfänger in seiner Eigenschaft als künftiger Ehegatte, d. h. unter der Voraussetzung dieser Eigenschaft, gemacht. Doch hat dieses Recht erst durch die Gesetzgebung Constantins eine unbestrittene Herrschaft erlangt ²²⁾.

Ausdrücklich braucht weder dieser Verzicht, noch jener Vorbehalt gemacht zu werden, aber bewiesen werden müssen sie allerdings, l. 6. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). In l. 7. pr. D. eod., wird angenommen, daß wenn die Frau Jemanden, den sie für ihren Schuldner hält, beauftrage, für sie eine dos zu bestellen, und dieser thue es, wissend, daß er ihr Schuldner nicht sei, er ihr nicht bloß für den Fall, daß das Gegebene wirklich dos werde, sondern auch für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe schenken wolle.

22) Das frühere Recht s. in Num. 72. Die Gesetzgebung Constantins ist enthalten in l. 15. 16. C. de don. a. n. (5. 3) — l. 2. 6. C. Th. de spons. (3. 5). Diese Con-

22. Unter einer Voraussetzung leistet auch derjenige, welcher *conditionis implendæ causa* leistet. Seine Voraussetzung ist nämlich, daß er das Recht, welches ihm unter der Bedingung dieser Leistung testamentarisch gegeben ist, erwerben werde. Daher kann er das Geleistete zurückfordern, wenn er dieses Recht nicht erwirbt. Daß die gemachte Leistung nicht im Staude gewesen sei, ihm dasselbe zu verschaffen, ist keineswegs erforderlich. So heißt es in l. 1. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4): „*si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere*“; und in l. 65. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6) wird eine *condictio* auch dann gegeben, „*si hereditatem adiro nolui vel non potui*. Die Regel ist aber allerdings die, daß deswegen zurückgefordert wird, weil die gemachte Leistung nicht im Staude gewesen ist, das Recht, welches man dadurch gewinnen wollte, zu verschaffen. Diese Unfähigkeit kann dann noch einen doppelten Grund haben. Entweder ist die Verfügung, welche unter der Bedingung dieser Leistung ein Recht gegeben hat, nicht rechtsbeständig, oder das gegebene Recht ist bereits erworben. Von jenem Falle reden l. 2. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. (das Testament wird für falsch erklärt), l. 53. D. de cond. ind. 12. 6 (*testamentum non valet*), l. 26. D. de inoff. 5. 2 (*testamentum iniustum pronuntiatum*), l. 65. §. 3. D. de cond. ind. 12. 6 („*sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum*“). Von dem letzteren Falle redet l. 34.

sitionen sind aus den Jahren 319 und 336. Wenn Constantine verfügt, daß der Schenker auch bei Nichtzustandekommen der Ehe dann nicht solle zurückfordern können, wenn er daran Schuld sei, so wiederholt er damit einen Satz, den schon Papinian (Vat. Ir. 262) ausgesprochen hatte. Die Bestimmung, daß beim Tode eines Theils die Schenkung des Bräutigams *osculo interneniente* nur zur Hälfte solle zurückgefordert werden können, gehört erst der Verfügung vom Jahre 336 an, wogegen in derselben die in der früheren für diesen Fall angeordnete Beschränkung des Rückforderungsrechtes auf die Aeltern und Kinder des Schenkers wiederaufgegeben ist.

D. de cond. ind. (12. 6), deren Inhalt folgender ist. Dem Universalfideicommissar ist noch speciell ein *fundus legirt* worden, „*si decem dedisset heredi*“; der Erbe tritt gezwungen an und verliert dadurch sein Recht auf die Zehn, oder von der andern Seite, der Universalfideicommissar kann nun das Grundstück beanspruchen, auch ohne Zehn zu zahlen, daher die gezahlten zurückfordern. Ferner reden von diesem Fall die **l. 3. §. 6 — 8 D. de cond. c. d. c. n. s.** (12. 4) und **l. 67. pr. D. de cond. ind.** (12. 6), welche dem im Testamente unter der Bedingung einer Leistung Freigelassenen eine *Condictio* auf die gemachte Leistung geben, wenn er gar nicht *Slave*, oder durch eine andere Verfügung *pure* freigelassen war.

Nach allgemeiner Regel muß das *conditionis implendæ causa* Geleistete auch dann zurückgefordert werden können, wenn das in der That erworbene Recht nicht erworben bleibt. So geben denn auch **l. 26. D. de inoff.** (5. 2) und **l. 2. D. de cond. c. d. c. n. s.** (12. 4) eine *Condictio* auch in dem Falle, wenn das Testament, aus dem man geleistet und erworben hat, als *inofficiosum* rescindirt worden ist.

23. Auch die Schenkung auf Todesfall²³⁾ enthält eine Leistung unter einer Voraussetzung. Ihre Voraussetzung ist, daß der Schenker den Beschenkten überlebe. Es kann auch noch die fernere Voraussetzung hinzutreten, daß eine bestimmte Gefahr dem Schenker den Tod bringe. Daß bei Ermangelung dieser Voraussetzungen eine *condictio* begründet sei, ist in sehr vielen Stellen anerkannt; ich nenne nur folgende, außerhalb des Titels *de mortis causa donationibus* befindliche: **l. 4, l. 32. §. 14, l. 52. §. 1. D. de don. i. v. o. u.** (24. 1), **l. 76. D. de**

23) Die Schenkung auf Todesfall ist hier, nicht unter den Verfügungen auf Todesfall, zu nennen. Denn eine Verfügung auf Todesfall wird die Leistung erst durch die Voraussetzung, unter welcher sie gemacht wird; dasjenige, dem die Voraussetzung hinzugefügt wird, ist es noch nicht.

I. D. (23. 3), l. 38. §. 3. D. de usuris (22. 1). — Eine Schenkung kann übrigens zur *mortis causa donatio* nicht bloß durch Hinzufügung einer Voraussetzung, sondern auch durch Hinzufügung einer Bedingung gemacht werden.

24. Noch sind einige einzelne Fällen zu nennen, in denen die Quellen ein Rückforderungsrecht wegen ermangelnder Voraussetzung anerkennen.

Jemand hat „*ob honorem vel sacerdotium*“ eine Pollicitation gemacht: dann ist er vor dem Antritte der Würde gestorben. Kaiserliche Constitutionen entschieden, „*non oportere heredes eius conveniri in pecuniam*“. Sie nahmen also an, daß er unter der Voraussetzung des Antritts pollicitirt habe. L. 11. D. de pollic. (50. 12)²⁴⁾.

Nach l. 15. §. 4. D. loc. (19. 2) ist der Verpächter an den Nachlaß, welchen er dem Pächter wegen Ertragslosigkeit des verpachteten Grundstücks bewilligt hat, nicht gebunden, wenn andere reiche Jahre nachfolgen, („*integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam*“). Es wird also angenommen, er habe unter der Voraussetzung erlassen, daß andere reiche Jahre nicht nachfolgen, — selbst in dem Falle, wo er das Wort „Schenkung“ gebraucht hat, „*quasi non sit donatio sed transactio*“; welche Worte eben nur den Sinn haben können: weil er nicht pure, sondern unter einer Voraussetzung hat erlassen wollen.

Die l. 3. C. de don. a. n. (5. 3) gibt den Erben des Ehemannes, welcher Etwas *sponsalium causa* versprochen hatte, gegen die Klage der Frau eine *doli exceptio*, „*quoniam in dote uxor maritum fecellit*“. Mit diesen Worten soll nicht gesagt werden, daß die Frau bei der Bestellung der *dos* einen *dolus* begangen habe, — welcher ja jenem ganz verschiedenen

24) „*Nisi forte ab eo vel ab ipsa republica eo vivo opus fuerit inchoatum*“.

Denn dann hätte er gehaftet, auch wenn er *sine causa* versprochen hätte.

Rechtsgeschäfte gegenüber nimmermehr hätte geltend gemacht werden können, sondern daß die Frau dem Manne, gegen seine Erwartung und Voraussetzung, keine dos, oder doch keine dos von der erwarteten Größe, bestellt habe.

§. 3.

Fortsetzung.

B. Bei Willenserklärungen auf Todesfall.

25. Die wichtigste Klasse der bei Willenserklärungen auf Todesfall vorkommenden Voraussetzungen bilden diejenigen, welche durch eine dem Honorirten auferlegte Verpflichtung begründet werden.

Im Allgemeinen reden von diesem Fall folgende Stellen.

L. 19. D. de leg. 3. (32). Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas ¹⁾ heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.

L. 8. §. 6. D. de cond. inst. (28. 7). Quoties heres iurare iubetur, daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat iussus iurare. (Bekanntlich wird die *conditio iurisiurandi* in die Auflage, das zu Beschwörende zu thun, verwandelt ²⁾).

Im Einzelnen — auch hier kann die Auflage entweder darauf gehen, daß der Honorirte sich in Beziehung auf das

1) Ueber den Zusammenhang zwischen der Voraussetzung und dieser Caution kann erst im §. 6 Rechenschaft gegeben werden.

2) Vergl. auch l. 17. §. 4., l. 80. D. de cond. (35. 1). L. 17. §. 4. cit.: Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus aut opulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

Empfangene in gewisser Weise verhalte, oder darauf, daß er seinerseits etwas leiste — gehören hieher folgende Entscheidungen³⁾.

L. 20. §. 1. D. de bonis lib. (38. 2). Ein Freigelassener hat dem Titius legirt mit Auflegung des Fideicommisses, „ut patrono restituere“. Ehe Titius das gethan hat, hat bereits der Erbe selbst den Patron für seinen Pflichttheil befriedigt, — „denegatur legatorum actio Titio“.

L. 88. §. 13. D. de leg. 2. (31). Ein Legatar ist mit dem Fideicommiss beschwert worden, das Legirte der Sclavin des Testators herauszugeben. Scavola respondirte, das Fideicommiss sei zwar ungültig, „sed nec ipsum legatarium legatum petere posse“⁴⁾.

L. 71. §. 3. D. de cond. (35. 1). Cincius Maure ist Et-

3) Auflage, das Empfangene dem Geber (Beschwereten) zurückzugeben, wird hier eben wenig als Voraussetz. angesehen, als die entscheidende bei Willkürerklärungen unter Lebenden. Aber auch hier kann sie eine Voraussetz. in sich schließen. So ist z. B. das Vermächtniß mit der Auflage, es dem Beschwereten zurückzugeben, wenn man ohne Minder sterben sollte (l. 16. §. 2. D. de un. l. 1), als ein Vermächtniß unter der Voraussetz., daß der Honorirte mit Hinterlassung von Kindern sterbe, anzusehen.

laute Frage und Antwort so: „Quaero an utile fideicommissum sit, quod legatarius ancillae testatoris dare iussus est? Respondi, non valere. Item, si utile non est, an legatarius heredi cuius ancilla est restituere compellatur? Respondi, non compelli; sed nec ipsum legatarium legatum petere posse“.

Ach habe hier angenommen, Scavola habe sagen wollen, das Fideicommiss könne weder der Person der Sclavin, der die Freiheit nicht gegeben sei, noch, da es in ihrer Person ungültig sei, in der Person des Herrn zur Wirksamkeit gelangen; dagegen auch der Legatar das Legat nicht eintragen, und was darin eingetradet müßte das bereits Erlangte wieder herausgeben. Andere lassen von dieser Restitutionspflicht den zweiten Theil der Stelle auserwählt reden (restitutio accepti, nicht fideicommissi), und sie also negiren; so daß Scavola hatte sagen wollen, der Legatar könne zwar das Erlangte behalten, aber das nicht Erlangte nicht eintragen. Aber warum hätte er der Ermahnung der Voraussetz. g. nur diese unvollkommene Wirkung belegen sollen? Auch die Worte „cuius ancilla est“ („an legatarius heredi cuius ancilla est restituere compellatur“) scheinen gegen diese Meinung zu sprechen; nach derselben hätte es eher heißen müssen „heredi a quo legatum est“. Gegen meine Meinung spricht, daß nach derselben der Jurist in Beziehung auf ein Vermächtniß, welches er bereits in der Person der Sclavin für ungültig erklärt hat, noch einmal fragt, ob es nicht der Herr derselben geltend machen könne.

was *dotis nomine* legirt worden. Papinian betrachtet diesen Fall von verschiedenen Seiten. Hierher gehört zunächst der Satz, daß, wenn der Mann das Legat vor der Ehe einfordere, er Cautio „*mulieri pecuniam reddi*“ leisten müsse, d. h. — nach dem in der Stelle zuvor Gesagten — Cautio für die Restitution im Falle, daß die Ehe durch seine Weigerung nicht zu Stande kommen sollte. Papinian nimmt also an, er sei für diesen Fall mit der Verpflichtung, das Legat der Frau herauszugeben, beschwert worden. — Ferner gehört hierher auch derjenige Theil der Stelle, in welcher es heißt: „*et si quis ipsam quoque (sc. mulierem) petitionem habere responderit, eaque pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dubie doli submovebitur exceptione*“. Insofern der Frau eine Klage gegeben werden darf, ist anzunehmen, es sei ihr mit der Auflage legirt worden, das Legirte zur *dos* zu verwenden.

L. 48. D. de fideic. lib. (40. 5). Es ist Jemandem ein Slave mit der Auflage legirt worden, ihn freizulassen. Wenn er den Sklaven einfordert, und nicht Cautio für die Freilassung stellen will, wird er mit einer *doli exceptio* abgewiesen. Vergl. auch L. 40. §. 2. D. de test. mil. (29. 1).

L. 7. D. eod. Es ist Jemandem Geld legirt worden, damit er einen fremden Sklaven ankaufe und freilasse, — „*non alias debet consequi legatum, quam si caverit se manumissurum*“. Ist ihm der Ankauf unmöglich, — „*exceptione doli debebit. . . repelli*“⁵⁾.

L. 40. § 5. D. de cond. (35. 1). Jemand hat mehreren

5) Vergl. l. 24. §. 12 — 16. D. eod. Diese Stelle geht von einem anderen Gesichtspunkte aus, von dem des Zwanges zur Erfüllung der Auflage. Derselbe soll nicht eintreten, wenn das Hinterlassene zum Ankauf des Sklaven nicht hinreicht; aber auch nur dann, wenn der Legatar bereit sei, „*a legato recedere*“. Die Stelle sagt zwar dies Letztere ausdrücklich nur für den Fall, wo das Hinterlassene später vermindert worden ist (§. 16); aber sie sieht es ohne Zweifel auch für den Fall als geltend an wo dasselbe von Anfang an zu gering war.

Personen Geld „ad monumentum ædificandum“ legirt. „Trebatus respondit, pro eo habendum esse, ac si ita legatum esset, si satisdedissent, se ita monumentum ex ea pecunia facturos“.

L. 17. D. de usu leg. (33. 2). Jemand hat einer Stadtgemeinde Grundstücke legirt, „de quorum... reditu quotannis ludos edi voluit, et adiecit: Quæ legata peto, decuriones, et rogo, ne in aliam speciem aut alium usum convertere velitis“. Die Stadtgemeinde hat vier Jahre hindurch diese Spiele nicht abgehalten. Die Frage ist, ob nicht die Stadtgemeinde die Einkünfte dieser vier Jahre erstatten oder auf ein anderes ihr aus demselben Testament gebührendes Legat anrechnen müsse. „Respondit, et invitis heredibus possessione adprehensa perceptos fructus restituendos esse, et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quæ deberentur compensari“ 6).

L. 75. D. ad leg. Falc. (35. 2). Es ist Jemandem legirt worden, „ut integra legata vel fideicommissa præstet“; — „deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet“.

L. 71. pr. D. de cond. (35. 1). Legat „ut fundum emat“; — „cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienetur“.

L. 71. §. 1. eod. Legat „ut Mæviam uxorem ducat“; der Legatar muß Caution leisten. — In l. 1. C. de his quæ sub modo (6. 45) ist von der Auflage, daß eine Frau einen bestimmten Mann heirathen solle, die Rede. „Si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quominus id quod tibi relictum est obtineas, non oberit“.

6) Einen ganz ähnlichen Fall — Legat an eine Stadtgemeinde zur Anstellung von Wettkämpfen — berichtet l. 21. §. 3. D. de ann. (33. 1). Aber man kann das Legat, von dem diese Stelle redet, als Legat unter einer Voraussetzung nicht auffassen, weil der Testator ausdrücklich gesagt hatte: „Quodsi conditione suprascripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos esse volo, sed habere sibi pecuniam“.

Mehrfach wird in den Quellen von einer Anwendung an eine Person geredet, welche der Testator zugleich zum Tutor ernannt hat. Es wird anerkannt, daß, wenn der Testator die Zuwendung gemacht habe, „ideo quod eidem tutelam filiorum iniunxit“, wenn er nicht auch „alioquin daturus esset etiam sine tutela“, der Honorirte auf dieselbe keinen Anspruch habe, wenn er von einem Excusationsgrunde Gebrauch mache, oder sich weigere, zu verwalten, l. 28. pr. D. de test. tut. (26. 2), l. 28. §. 1, l. 32—36. D. de excus. (27. 1) 7). Der Ernennung zum Vormund wird die Auferlegung einer Erziehungs- oder Beerdigungspflicht gleichgestellt, l. 1. §. 3. D. ubi pup. (27. 2), l. 12. §. 4. de rel. (11. 7).

26. Eine der Person, zu deren Gunsten die letztwillige Verfügung getroffen wird, beigelegte Eigenschaft wird als Voraussetzung derselben in folgenden Stellen anerkannt.

L. 5. C. de test. (6. 23). Neque professio neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati præiudicat, et quæ ut filiis testamento relinquuntur, iuxta ea, quæ a principibus statuta sunt, non deberi, certi iuris est.

Was hier von testamentarischen Verfügungen im Allgemeinen gesagt wird 8), wiederholt speziell in Beziehung auf Erbeseinsetzungen l. 1. §. 11. D. de Carb. ed. (37. 10) 9). Umgekehrt wird die Erheredation eines Sohnes als Nichtsohn für unwirksam erklärt in l. 1. §. 9. (cf. §. 10) D. de Carb. ed. (37. 10) und l. 14. §. 2. D. de lib. et post. (28. 2).

7) In l. 5. §. 2. D. de his quæ ut ind. (34. 9) und l. 25. C. de leg. (6. 37) wird der Gesichtspunkt der Indignität an die Stelle des Gesichtspunktes der ermaugelnden Voraussetzung, jedoch an die Stelle des ausfallenden Honorirten nicht der Fideiuc., sondern der Mängel, „eius utilitates desertæ sunt“, gesetzt. S. Num. 56.

8) Wenn auch vielleicht ursprünglich nur von Legaten.

9) L. 46. pr. de I. F. (49. 13) sieht den als Sohn eingesetzten Untergeschobenen als indignus an, und setzt daher an seine Stelle den Fideiuc. Welche von beiden Meinungen in l. C. de her. inst. (6. 24) vertreten sei, bleibt zweifelhaft. S. Num. 56.

Zu gleicher Weise erklärt die l. 7. C. de her. (6. 24) die Erbeseinsetzung für unwirksam, wenn der als Bruder Eingesezte es nicht ist.

Dieselbe Entscheidung gibt l. 3. C. eod. in Beziehung auf die Einsetzung eines vermeintlich Freien¹⁰⁾.

Ein Mann hat seiner Frau *usumfructum* (*tertiæ partis*) vermacht. Wenn hinterher ausgesprochen wird, die Ehe habe nicht zu Recht bestanden, so können die Erben zurückfordern, was sie aus diesem Vermächtniß prästirt haben, l. 27. D. de usu et usufr. (33. 2).

Auch l. 88. D. de leg. 1. (30) ist hierher zu stellen. In derselben wird ausgesprochen, daß, wenn der Vater seinen Sohn zum Erben (*ex parte*) eingesetzt und zugleich mit einem Legate bedacht habe, derselbe auch das Legat nicht geltend machen könne, wenn er der Erbschaft gegenüber vom Abstinenzrecht Gebrauch mache, — „*si non alias voluit pater habere eum legatum*“; — *et hoc ita est, licet non conditionaliter expressorit, intellexisse tamen manifestissime approbetur* ¹¹⁾.

27. Auch eine Eigenschaft, welche der vermachten Sache (von Erbeseinsetzungen kann hier natürlich nicht die Rede sein) beigelegt wird, kann Voraussetzung des Vermächtnisses sein.

Darauf beruht die Unwirksamkeit des Vermächtnisses einer fremden Sache, welche man für die eigene gehalten hat, l. 10. C. de leg. (6. 37), §. 4. I. eod. (2. 20), l. 67. §. 8. D. de leg. 2. (30).

Ebenso ist unwirksam das Vermächtniß einer Sache, welche der Testator als von dem Vermächtnißnehmer verschuldet bezeichnet hat, wenn sie es nicht ist, l. 25. D. de lib. leg. (34. 3).

10) Die Stelle handelt aber von einem Soldatentestamente. Darüber, wie über l. 40. und 41. D. de her. inst. (28. 5), s. Num. 54.

11) Vergl. l. 14. D. de fideicom. lib. (40. 5). Jemand hat Frau und Tochter zu Erben eingesetzt, und einen Sklaven freigelassen, „*si uxori meæ placeat*“. Die Frau schlägt aus; hängt die Freiheit des Sklaven noch von ihrem Willen ab? Modestinus entscheidet in der citirten Stelle, nein, nimmt also an, daß der Erblasser die Frau nur als Erbin in Betracht gezogen habe.

Dasselbe muß — wegen der Gleichheit, die im Uebrigen zwischen dem *legatum liberationis* und *legatum nominis* stattfindet, — ausgenommen werden, wenn eine Sache als von einem Dritten verschuldet vermacht worden ist, die es nicht ist. Eine ausdrückliche Belegstelle für diesen Fall kenne ich nicht.

Man bemerke, daß hier von Vermächtnissen individueller Sachen, nicht von Vermächtnissen von Quantitäten die Rede ist. Die Unwirksamkeit des auf Quantitäten bezogenen *legatum liberationis* und *nominis* gehört nicht hierher. Näheres darüber unten Num. 82.

28. Wie die in den beiden vorigen Nummern genannten Entscheidungen Ausnahmen von dem Sage enthalten, daß *falsa demonstratio non nocet*, so finden sich auch Ausnahmen von dem entsprechenden Sage, daß *falsa causa non nocet*, anerkannt.

So erklärte Hadrian das Testament für unwirksam, welches eine Frau auf die falsche Nachricht von dem Tode ihres Sohnes gemacht hatte, l. 28. D. de inoff. (5. 2).

Jemand hatte sich einen neuen Erben berufen, weil er glaubte, der in einem früheren Testamente Eingesezte sei gestorben. Severus und Caracalla entschieden, daß diesem die Erbschaft gebühre, l. 92. D. de her. inst. (28. 5)¹²⁾.

In Beziehung auf Legate findet sich ein allgemeinerer Ausspruch. L. 72. §. 6. D. de cond. (35. 1): *Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisset*¹³⁾.

12) L. 9 und 10. C. de test. mil. (6. 21) gehören nicht hierher. Denn in denselben wird nur gesagt, daß der Testator, welcher von der Existenz seines Kindes nichts wisse, dasselbe durch Einsetzung anderer Erben nicht stillschweigend enterbe, — was in einem Solbatentestamente, woron es sich handelt, an und für sich zulässig ist. Das Testament wird daher auch nicht wegen ermangelnder Voraussetzung, sondern wegen Präerition eines Notherben für unwirksam erklärt (l. 9. cit. „*si sit in potestate, eum ad successionem venire in dubiis non habetur*“).

13) Wenn in l. 30. §. 4. D. de udim. (34. 4) die Wirksamkeit des Legates der dem Sohne hinterlassenen Erbportion, welches gegeben war mit dem Zusatz „*quoniam*

29. Wie Etwas unter Lebenden als dos gegeben werden kann, so kann auch Etwas als dos legirt werden. Auch ein solches Vermächtniß ist unter der Voraussetzung gemacht, daß eine Ehe zu Stande komme. Hierher gehört derjenige Theil der schon oben (Num. 25) von einer andern Seite betrachteten l. 71. §. 3. D. de cond. (35. 1), in welchem es heißt, daß, wenn der Mann die Vollziehung der Ehe weigere, er bei der Einforderung des Legats durch eine *doli exceptio* zurückgewiesen werde, und, wenn einer der Verlobten vor der Ehe sterbe, „*legatum apud heredem manet*“.

30. Wenn ein Beschwerter das ihm Hinterlassene nicht vollständig erlangt, so kann er das nicht Erlangte den auf ihn Angewiesenen in verhältnißmäßige Berechnung bringen. Die Auflage also, wie sie gemacht ist, gilt als unter der Voraussetzung gemacht, daß er dem ihm Zugewendete vollständig erlange. Jedoch war in dieser Beziehung zwischen den römischen Juristen keine durchgehende Uebereinstimmung. Davon wird unten (Num. 34) näher geredet werden. Hier sind nur diejenigen Stellen zu nennen, in denen eine solche Voraussetzung anerkannt wird. Es sind folgende: l. 43. §. 3. D. de cond. (35. 1) und l. 4. D. ad leg. Falc. (35. 2), in welchen gesagt wird, daß der Beschwerter verhältnißmäßig um so viel weniger zu prästiren brauche, als er durch die *lex Falcidia* verloren habe¹⁴⁾, l. 43 pr. §. 2. D. de cond. (35. 1), welche dem beschwerten Universalvermächtnisnehmer das Recht gibt, in Anspruch zu bringen, was er durch *honorum possessio contra*

cognovi filium meum in extremis esse“, gar nicht bezweifelt wird, trotz dem daß der Sohn erst nach der Erblasserin gestorben war, so hat das seinen Grund ohne allen Zweifel darin, daß, wie in der Stelle ausdrücklich hervorgehoben wird, der Sohn doch „*ex eadem infirmitate*“ gestorben war, also die *causa* für bedäht gehalten werden mußte.

14) l. 32. §. 4. cit. „*nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco quod passus esset, non imputaturum*“.

tabulas des Patrons oder eigene Incapacität verloren habe, endlich l. 19. D. de iure cod. (29. 7), welche von dem Falle spricht, wo neben dem durch ein Codicill mit Fideicommissen beschwerten Intestaterben noch ein anderer vom Testator nicht gekannter vorhanden ist; sie entscheidet, der Beschwerte brauche bloß die Hälfte der Fideicommissen zu tragen.

§. 4.

Bezeichnung der Voraussetzung in den Quellen.

31. Gemäß der oben (Num. 8) gegebenen Inhaltsübersicht soll nun zunächst untersucht werden, wie die Quellen dasjenige, was hier Voraussetzung genannt worden ist, bezeichnen.

Im Allgemeinen ist hier zu sagen, daß in der römischen Rechtssprache sich ein vollkommen ausgebildeter technischer Ausdruck für „Voraussetzung“ nicht vorfindet. Im Einzelnen sind folgende Ausdrücke in Betracht zu ziehen: *conditio*, *causa*, *modus*.

Conditio.

32. Wie *conditio* Art und Weise, Beschaffenheit, im Allgemeinen bezeichnet, so bezeichnet es auch Art und Weise, Beschaffenheit der Willenserklärung, und, da dieselbe ihre nähere Bestimmtheit durch die Bestimmungen des Erklärenden erhält, auch diese Bestimmungen selbst.

Es gibt Stellen, in denen *conditio* einen andern Sinn hat, als diesen ganz allgemeinen der näheren Bestimmung des Gewollten, wie z. B. wenn es in l. 9. pr. D. de I. D. (23. 3) heißt: „— interest qua conditione dedit (sc. res in dotem), utrum ut statim fiant accipientis, an secutis nuptiis“, oder wenn beim *pactum de in diem additione* von einer *melior conditio allata* gesprochen wird.

In einem durchaus technischen Sinne aber wird bekanntlich *conditio* gerade zur Bezeichnung der Bestimmung gebraucht,

daß man nur dann wolle, wenn —, und zwar auch hier wieder hauptsächlich und fast ausschließlich da, wo dasjenige, von dem in dieser Weise die Existenz des Willens abhängig gemacht wird, ein Zukünftiges und Ungewisses ist.

Auch die Voraussetzung ist eine Bestimmung, durch welche, wenn auch nicht die Existenz, doch die Wirksamkeit des Willens von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig gemacht wird: wird daher das Wort *conditio* nicht in gleichem technischen Sinne auch auf sie bezogen?

In dieser Beziehung sind zunächst folgende Stellen in Betracht zu ziehen.

L. 96. pr. D. de leg. 1. (30). Hier wird ausgesprochen, daß, wenn der eine Selbsterbe legierende Testator gesagt habe „*ab Iulio actore tot et in castris quæ habeo tot etc.*“, er damit nicht „*conditionem fideicommissio iniicere*“ gewollt habe.

L. 25. C. de I. D. (5. 12). In diesem Rescripte wird entschieden, daß, wenn die Frau die dos von ihrem Manne stipulire, „*ut de ea testari possit*“, das nicht „*conditionem sed causam*“ enthalte.

L. 1. C. de his quæ sub modo (6. 45). In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus *pro conditione observatur*. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quominus id quod tibi relictum est obtineas, non oberit.

L. 8. §. 7. D. de cond. inst. (28. 7). Mortuo autem vel manumisso Stichum vivo testatore, qui ita heres institutus est, si iurasset, se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione, quamvis verum sit, compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est si ita heres esset institutus quis: Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat, aut: Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat. Nam mortuo Stichum nemo dicet submovendum eum. Non videtur enim

defectus conditione, si parere conditioni non possit. Implenda est enim voluntas si potest.

L. 2. §. 7., l. 3. D. de don (39. 5). Wenn Jemand Geld mit der Auflage geschenkt hat, davon einen Sklaven anzufaufen, so soll nach l. 2. §. 7. cit. untersucht werden, ob der Schenker nur zu dem Ende geschenkt habe, daß der Sklave angekauft werde, und ohne das nicht geschenkt haben würde. Sei das nicht der Fall, so könne er, wenn der Sklave vor dem Ankaufe sterbe, das Geschenke nicht condiciren; denn „*causa magis donationis quam conditio dandæ pecuniæ existimari debet*“. Daran knüpft dann die l. 3. cit. den allgemeinen Satz: „*Et generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse, causa donandi fuit, an conditio; si causa fuit, cessare repetitionem, si conditio, condictioni locum fore*“.

Was nun zunächst die beiden letzten Stellen angeht, so wird in denselben, wie man sieht, in der That *conditio* zur Bezeichnung dessen gebraucht, daß der Wille sich von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig gemacht habe, — obgleich dasjenige, was näher abhängig ist, nur seine Wirksamkeit, nicht seine Existenz ist; denn wenn der Sklave nicht angekauft wird, soll der Beschenke das empfangene Eigenthum nicht verlieren, sondern nur verpflichtet sein, es wiederzugeben. *Conditio* also bezeichnet hier in der That dasjenige, was wir Voraussetzung genannt haben. — Das Gleiche ist aber auch in l. 8. §. 7. D. de cond. inst. (28. 7) der Fall. Auch sie handelt nicht von einer Bedingung; — man könnte sagen, im Anfange allerdings, wenigstens der Intention des Verfügenden nach; — aber am Schlusse gewiß nicht: daselbst ist, wie in l. 2. §. 7. D. de don. (39. 5), von einer mit *ut* gemachten Auflage die Rede. Aber weil von ihrer Erfüllung die Wirksamkeit der Willenserklärung abhängt, wird sie *conditio* genannt. — Und nur von einer Auflage redet auch l. 1. C. de his quæ sub

modo¹⁾; aber wieder, weil ihre Nichterfüllung des Zugewendeten beraubt, heißt es von ihr: *pro conditione observatur*. — Was die zwei übrigen Stellen angeht, so darf in denselben *conditio* nicht mit derselben Entschiedenheit auf die Voraussetzung bezogen werden; weil immer die Möglichkeit bleibt, daß dasjenige, was sie leugnen wollen, eine eigentliche Bedingung sei²⁾.

Wir werden also zu behaupten haben, daß die Quellen den Ausdruck *conditio* als technischen zur Bezeichnung einer jeden Bestimmung gebrauchen, wodurch die Willenserklärung von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig gemacht wird, ohne Unterschied, ob das abhängig Gemachte näher ihre Existenz oder ihre Wirksamkeit ist. Ist das Erstere der Fall, so ist dann *conditio* gleich Bedingung, wenn das Letztere, in der That gleich Voraussetzung. Erwägt man nun aber, wie ungemein groß die Anzahl der Stellen ist, in denen *conditio* geradezu die Bedingung bezeichnet, und wie ungemein klein die Anzahl derjenigen, in welchen es auf die Voraussetzung geht, so wird man zugestehen müssen, daß seine technische Bedeutung mit vorwiegender Rücksicht gerade auf die Bedingung entwickelt, und wohl nur von dieser auf das Allgemeineren, in welchem

1) S. den Verfolg der Stelle und Num. 42.

2) Zweifelhast steht mir die Bedeutung von *conditio* in l. 2. C. de his quæ sub modo (6. 45). In derselben wird verfügt, daß aus der einem Honorirten mit ut gemachten Auflage eine Fideicommisslage entstehen sollte, — „ut ex huiusmodi verbis, sive ad conditionem sive ad modum respiciant, sive ad dandum sive ad faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur“. Auf eine Bedingung kann hier *conditio* nicht gehen, da von einer solchen nicht die Rede ist. Also auf eine Voraussetzung? Aber wozu diente es, auf diejenige Seite der Natur jener Verfügung, kraft deren sie Voraussetzung ist, hinzuweisen, wo eine ganz andere Seite derselben und auf Grund davon eine ganz andere Wirkung hervorgehoben werden sollte? Und nun wird noch hinzugefügt „scilicet in conditionibus post exitum earum“. Denkt der Kaiser hier an eine der Auflage hinzugefügte eigentliche Bedingung? Oder wie verhält sich hier Alles?

Bedingung und Voraussetzung vereinigt sind, übertragen worden ist.

Auch darauf ist noch aufmerksam zu machen, daß *conditio* in allen den Stellen, in welchen es mit Sicherheit auf die Voraussetzung bezogen werden darf, auf ein Zukünftiges geht. In dieser Beziehung zeigt also *conditio* als Voraussetzung dieselbe Neigung, sich zu beschränken, wie *conditio* als Bedingung.

33. Es ist oben gesagt worden, daß *conditio* im Allgemeinen die nähere Bestimmung über die Art und Weise, wie man wollte, bezeichne. Deswegen wird es auch da gebraucht, wo derjenige, der einem Andern Etwas zuwendet, demselben vorschreibt, seinerseits sich in gewisser Weise zu verhalten. Diese Vorschrift kann nun von der Art sein, daß ihre Erfüllung als Voraussetzung der Zuwendung nicht angesehen werden darf: der Ausdruck *conditio* wird dann nicht minder gebraucht. So heißt es am Anfange der oben betrachteten l. 2. §. 7. D. de don.: „*Titio decem donavi ea conditione ut inde Stichum sibi emeret*, und von dieser „*conditio*“ wird dann gesagt, daß sie Voraussetzung des Gebens möglicherweise sein könne, möglicherweise aber auch nicht. Wenn ferner in l. 16. §. 2. D. de min. (4. 4) von einer *conditio ut restitueret*, in l. 18. pr. D. de m. c. don. (39. 6) von einer *conditio ut reddatur*, in l. 42. §. 1. eod. von einer *conditio redhibendi*, in l. 7. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6) von einer *conditio repetendi* die Rede ist, so wird auch hier *conditio* genannt, was als Voraussetzung gewiß nicht angesehen wird, da oben gezeigt worden ist, wie unnatürlich es ist, die Auflage zurückzugeben als solche zu fassen. — Die gegebene Vorschrift kann aber auch von der Art sein, daß ihre Erfüllung Voraussetzung der Willenserklärung in der That ist. Wenn sie in diesem Falle *conditio* genannt wird, haben wir dann in diesem Ausdrucke nicht wenigstens eine Nebenbeziehung darauf, daß von ihrer Erfüllung die Wirksamkeit der Zuwendung ab-

hängt, zu erkennen? Mit Sicherheit nachweisen läßt sich das allerdings nicht; aber, wenn man sich des in der vorigen Nummer Gesagten und namentlich daran erinnert, daß in den dort citirten Stellen gerade die dem Empfänger gemachte Auflage *conditio* im technischen Sinne genannt wird, so ist es wenigstens wahrscheinlich. Weniger zwar da, wo als die Folge der Nichterfüllung der Auflage nicht Unwirksamkeit der Zuwendung, sondern Zwang zu ihrer Erfüllung bezeichnet wird, wie in l. 22. C. de don. (8. 54)³⁾, aber doch da, wo gerade das hervorgehoben wird, daß von der Erfüllung der Auflage die Wirksamkeit der Zuwendung abhänge. Von dieser Art sind folgende Stellen.

L. 5. §. 9. D. de I. D. (23. 3). Wenn der Vater als dos gibt, was ihm gegeben worden ist, damit er es als dos gebe, so ist das keine *dos profecticia*; — „*obstrictus est enim, ut det, aut si non dederit, conditione tenetur. Hoc et in matre iuris esse ait, si forte sub ea conditione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret.*“⁴

L. 71. §. 1. D. de cond. (35. 1). *Titio C. relicta sunt, ita ut Mæviam quæ vidua est uxorem ducat. Conditio non remittetur, et ideo nec cautio remittenda est.*..

L. 25. C. de transact. (2. 4). *Si maiores XXV. annis cum patruo vel avunculo vestro transegistis, vel ei debita donationis causa sine aliqua conditione remisistis, non idcirco, quod hoc eius hereditatis captandæ causa, i. e. spe futuræ successiois, vos fecisse proponatis, aliis ei succedentibus, instaurari finita debent.*

L. 3. C. de cond. ob. caus. dat. (4. 6). *Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandæ suæ portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium pror-*

3) *ea conditione, ut creditoribus suis solveret*“

sus alienet, vel ut donatori vel eius heredi conditio, si non fuerit *conditio servata*, quærat.

Vergleiche außerdem l. 21. §. 3. D. de annuis (33. 1), l. 44. D. de man. test. (40. 4) ¹⁾. In l. 5. C. de rer. perm. (4. 64) wird gesagt, daß der Richter in dem Falle, wo Jemand ein Grundstück gegeben habe „*hac conditione ut invicem certam domum acciperet*“, entweder auf Erfüllung, oder, „*si causam propter quam fundus datus est sequi non perspexerit*“, auf Restitution des Empfangenen zu dringen habe ⁵⁾.

Causa.

34. *Causa* hat unter anderen Bedeutungen auch die des deutschen Wortes „Grund“. So bezeichnet es auch den Beweggrund der Willenserklärung. Und zwar nicht bloß denjenigen Beweggrund, der bloß dieses ist, sondern auch den zur Voraussetzung erhobenen. Ja es gibt — zahlreiche — Stellen, in denen *causa* gerade das bezeichnen soll, daß der Beweggrund nicht bloß Beweggrund, daß er Voraussetzung sei. So heißt es denn in den Quellen bald, daß die Ermangelung der *causa* die Willenserklärung unwirksam mache, bald, daß die-

1) Hier ist von einer Freikassung mit Aufsetzung einer Verpflichtung („*sub hac conditione ut . . .*“) die Rede, und es wird gesagt, daß deswegen die *libertas* nicht „*sub conditione suspensa*“ sei. Aber auch Wiederaufhebung der Freiheit wird als Folge der Nichterfüllung per Auflage nicht anerkannt, vielmehr Zwang zur Erfüllung. Nichtsdestoweniger ist die Stelle hierhergestellt worden; denn die Freiheit kann nicht wieder aufgehoben werden; und so ist der Zwang zur Erfüllung das Einzige, was übrig bleibt. Vergleiche l. 17. §. 2. D. eod.

5) Gleichbedeutend mit *conditio* in dem Sinne von näherer Bestimmung der Willenserklärung ist *lex*. Auzonius hat aber die Nebenbeziehung, die Bestimmung, auch da wo sie es ist, — Voraussetzung zu bezeichnen, entschieden nicht. Auf Bestimmungen, die Voraussetzungen sind, geht er in folgenden Stellen: l. 2 §. 8. de cond. ob caus. dat. (4. 61), l. 3. C. de contr. (4. 38), l. C. de rer. perm. (4. 64), l. 22. C. de don. (8. 54), l. 1. C. de don. qua. sub modo (8. 55) auf die Auflage zurückgehen in l. 32. §. 1. D. de m. don. (39. 6), l. 7. 12. C. de don. a. n. (5. 3), l. 2. C. de don. q. (8. 55); auf die Auflage überhaupt in l. 9. C. de don. (8.

selbe für die Wirksamkeit der Willenserklärung gleichgültig sei. Hier sind eigentlich nur diejenigen Stellen zu nennen, in denen *causa* in dem ersteren Sinne auftritt; die Eigenthümlichkeit aber des bezeichneten Verhältnisses läßt es zweckmäßig erscheinen, auch diejenigen vor Augen zu legen, in denen es den gerade entgegengesetzten hat. Damit ist aber noch ein Anderes zu verbinden. *Causa* kann auch so viel heißen als rechtfertigender Grund, und diese seine Bedeutung mischt sich in eigenthümlicher Weise mit derjenigen, in welcher es den Grund als Voraussetzung bezeichnet. Auch sie ist daher in nähere Betrachtung zu ziehen.

Causa als Beweggrund.

35. Entgegengesetzt wird der *causa* in dieser Bedeutung eben die Voraussetzung, — unter der Bezeichnung *conditio*, — namentlich aber die auf eine Gegenleistung gerichtete Voraussetzung, wo denn die Gegenleistung durch *res* ausgedrückt wird. Mit Rücksicht darauf wird auch hervorgehoben, daß die *causa* auf die Vergangenheit gehe, was natürlich als allgemeiner Ausspruch nicht richtig ist.

In Einzelnen sind hier folgende Stellen zu nennen.

L. 25. C. de I. D. (5. 12). *Si mulier dotem a viro dari stipuletur, ut de ea testari possit, cum ordinationis testamenti cogitatio morti antecedens tempus significet, nec conditionem sed causam contineat, intestata quoque muliere defuncta, stipulationem committi proficiet.*

Man sieht, gleich hier geht *causa* nicht auf die Vergangenheit. Und eben so wenig in der — gleich wie die l. 25. C. cit. schon oben (Num. 32) benützten — l. 2. §. 7. D. de don. (39. 5), welche, von der Auflage, mit dem geschenkten Gelde einen Sklaven zu kaufen redend, der Nichterfüllung derselben auf die Wirksamkeit der Schenkung keinen Einfluß gestatten will, wenn der Schenker auch ohne den Ankauf geschenkt haben

würde, weil dann derselbe „*causa magis donationis quam conditio dandæ pecuniæ existimari debet*“ Denselben Gegensatz zwischen *causa* und *conditio* macht die — oben abgedruckte — I. 3. D. de don. (39. 5).

§. 31. I. de leg. (2. 20). *Longe magis legato falsa causa adiecta non nocet, veluti quum quis ita dixerit: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego, vel ita: Titio, quia patrocínio eius capitali crimine liberátus sum, Stichum do lego.*

L. 52. D. de cond. ind. (12. 6). *Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam præteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniæ non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente, repetitio competit.*

L. 65. pr. §. 4. D. eod... sciendum est, dari *aut ob causam, aut ob rem...* §. 2. Id quoque, quod *ob causam* datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. §. 4. Quod *ob rem* datur, ex bono et æquo habet repetitionem, veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

L. 1. D. de cond. ob turp. causam. (12. 5). Omne quod datur *aut ob rem datur, aut ob causam*, et ob rem aut turpem aut honestam.. §. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. §. 2. Quod si turpis causa ⁶⁾ accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest.

Man vergleiche auch I. 12. D. de cond. (35. 1). Daß Legat von Zehu an den zweiten Sohn und Erben, „quoniam filius

6) Hier ist causa conditio, status.

maior ex arca decem sustulit“, besteht auf jeden Fall. „Et sane hæc causa est; nam causa in præteritum, pœna in futurum confertur“

Causa als Voraussetzung.

36. Auch hier bezeichnet causa Gründe, aber zugleich, daß derselbe, wenn er sich nicht bewähre oder wegfalle, die Wirksamkeit der Verfügung anschliefse, also in der That den Grund als Voraussetzung. Am Häufigsten wird causa in dieser Bedeutung da gebraucht, wo der Grund (die Voraussetzung) der Willenserklärung eine erwartete Gestaltung der Zukunft ist; doch kommt der Ausdruck auch zur Bezeichnung des auf die Vergangenheit oder Gegenwart gerichteten Grundes (Voraussetzung) vor. Ich will die Stellen, in denen dieses Letztere der Fall ist, sogleich hier zusammenstellen.

L. 23. pr. D. de cond. ind. (12. 6). Eleganter Pomponius quærit, si quis suspicetur, transactionem factam . . . , et quasi ex transactione dederit, quæ facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait, repeti posse; *ex falsa enim causa datum est.* (Die Stelle fährt dann fort: Idem puto dicendum, et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est.)

L. 23. §. 4. eod. Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est, solutum *ex falsa eius causa repeti posse.*

Gai. II. 283. Item quod quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id, quod *ex causa falsa* per damnationem legati solutum sit, repeti non potest..

L. 75. §. 2. D. de leg. 1. (30). Quod si addiderit, decem quæ mihi Titius debet lego, sine dubio nihil erit in legato; nam inter falsam demonstrationem *et falsam conditionem sive causam* multum interest...

L. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19. 1). Mit welcher Klage ist der als arrha gegebene Ring nach Vollzug des Vertrages

zurückzufordern? .. „Utrum condicatur quasi *ob causam* datus sit et *causa finita* sit?... Certo.. *condici poterit*..“.

Wenn *causa* in diesem Sinn auf eine Gegenleistung bezogen wird, so bezeichnet es ganz dasselbe, was sonst durch *res* ausgedrückt, und dem, wie so eben bemerkt wurde, *causa* als Beweggrund entgegengesetzt wird. Es kommen auch in einer und derselben Stelle die Ausdrücke *res* und *causa* als das Gleiche bezeichnend nebeneinander vor. So in

L. 1. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). *Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur.., causa secuta, repetitio cessat.*

Man vergleiche noch L. 9. pr. D. de cond. ob turp. (12. 5); auch L. 19. §. 5. 6. D. de donat. (39. 5).

Von anderen Stellen, in welchen *causa* die Voraussetzung eines Zukünftigen — einer Gegenleistung oder eines anderen Zukünftigen — bezeichnet, nenne ich folgende.

L. 2. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). Wenn *parendi conditioni gratia* gegeben worden ist, „*et falsum testamentum.. vel inofficiosum pronuntietur, veluti causa non secuta decem repetentur*“.

L. 10. D. de spons. (23. 1). Durch die Heirath hört die *condictio* der *dos* auf, „*quæ causa non secuta nasci poterit*“.

L. 23. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6). Der trotz des Vergleiches *condemnitur* kann zurückfordern, „*quod ex causa transactionis* 7) *dedit. Sane quidem ob causam dedit, neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta; sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur*“

L. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6). Geben an einen *miles*, damit er *procurator* sei; „... *quidquid ob causam datum*

7) Hier hat *causa* keinen besonderen Sinn. *Causa transactionis* ist vielmehr nach einer den Quellen sehr geläufigen Nebenweise geradezu gleich *transactio*. So *causa pigoris, causa obligationis* etc.

est, *causa non secuta*, restitui tibi, competens iudex curæ habebit“.

L. 2. D. de rer. perm. (19. 4). Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emtioni, sanum quoque, furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum præstaudum, qui *ex causa* daretur.

Die Redeweise *ex causa* ist hier ungewöhnlich. Gewöhnlich heißt es *ob causam*; auch *propter causam*, *pro causa* kommt vor. Man vergleiche außer den mitgetheilten Stellen noch l. 15. D. de præscr. verb. (19. 5), l. 10. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6), l. 5. C. de rer. perm. (4. 64); ferner die Ueberschriften von Dig. XII. 4. de conditione causa data causa non secuta, und von Cod. IV. 6. de conditione ob causam datorum. Ich vermute, daß die erstere ursprünglich gelantet haben mag: de conditione *ob causam dati* causa non secuta ⁸⁾.

Noch sind zu nennen: l. 4. C. de cond. ob turp. (4. 7) ⁹⁾, l. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6), l. 71. §. 3. D. de l. D. (23. 3) (*verb. causæ legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligitur*) ¹⁰⁾.

Causa als rechtfertigender Grund.

37. In dieser Bedeutung ist *causa* gleich *iusta causa*, welcher genauere Ausdruck daneben gebräuchlich wird. Bezogen werden

8) Nur nicht de conditione *causa dati* causa non secuta, wogegen sich *Donellus* l. XIV. c. 20. §. 11. weudet.

9) Wenn es hier heißt: „*Quoties accipientis non etiam dantis turpis invenitur causa, licet hæc secuta fuerit...*“, so hat das Wort *causa* da, wo es durch *hæc* vertreten wird, die hierher gehörige Bedeutung, das Wort *causa* aber, worauf dieses *hæc* hinweist, eine ganz andere, = Lage, Zustand.

10) In l. 15. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4) „*Cum servus tuus in suspicionem furti Altio venisset, dedisti eum in quæstionem sub ea causa, ut si id repertum in eo non esset, redderetur tibi...*“, scheint *causa* kaum anders gefaßt werden zu können, als — *conditio*, Auflage. Wenn dagegen *Paulus* R. S. II. 31. §. 29 sagt, der *fullo* dürfe die ihm übergebenen Kleider ohne ein *furtum* zu begehen nicht gebrauchen, „*quia non in eam causam videntur accepta*“, so ist *causa* wohl = *lage status*, also *conditio* in diesem Sinne.

kann es in dieser Bedeutung nicht bloß auf die Willenserklärung, sondern auch auf die dadurch bewirkte Vermögensveränderung. Es ist schon bemerkt worden, daß diese Bedeutung von *causa* sich mit der so eben betrachteten mischt; der die Voraussetzung der Willenserklärung bildende Grund derselben ist, insofern er sich bewährt, auch ihre und der dadurch bewirkten Bereicherung Rechtfertigung, wenn er sich nicht bewährt, so sind Willenserklärung und Bereicherung dadurch *sine causa*, daß sie ohne die *causa* der Willenserklärung sind.

Man betrachte nun folgende Stellen.

L. 66. D. de cond. ind. (12. 6). *Hæc conditio, ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causaprehenditur, revocare consuevit.*

L. 3. D. de cond. sine causa (12. 7). *Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt, ut liberentur.*

L. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). Wenn die Ehe nicht erfolgt, so kann die Frau die ihrem Manne durch Libervierung bestellte dos condiciren, „quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum *sine causa* an per acceptilationem perveniat“

Vergleiche hierzu l. 4. 5. D. de cond. sine causa (12. 7), l. 34. D. de cond. ind. (12. 6), l. 3. §. 5. D. de coll. (37. 6), l. 5. C. de spons. (5. 1).

L. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19. 1). Wenn nach Vollzug des Vertrages der als *arrha* gegebene Ring nicht zurückgegeben wird, — „qua actione utendum est? Utrum condicatur quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit? Et Julianus diceret, ex emto agi posse. Certe etiam condici poterit, quia iam *sine causa* apud venditorem est annulus“

Vergleiche hierzu l. 2. D. de cond. sine causa (12. 7): „.. et enim vestimentis inventis quasi *sine causa* datum videtur“

L. 2. §. 3. D. de doli mali exc. (44. 4)... Si quis *sine causa* ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseverat ex ea stipulatione petere, etsi ⁽¹⁾, cum interponeretur, *iustam causam* habuit, tamen nunc *nullam idoneam causam* habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, etsi certa (iusta?) *causa* fuit stipulationis, quæ tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum est nocere exceptionem.

L. 1. D. de cond. sine causa (12. 7). Est et hæc species conditionis, si quis *sine causa* promiserit, vel si solverit quis indebitum... §. 1. Sed et si *ob causam* promiserit, causa tamen secuta non est, dicendum est, conditionem locum habere. §. 2. Sive ab initio *sine causa* promissum est, sive *fuit causa* promittendi, quæ *finita est* vel *secuta non est*, dicendum est, conditioni locum fore. §. 3. Constat id demum posse condici alicui, quod vel *non ex iusta causa* ad eum pervenit, vel *redit ad non iustam causam*.

Wie in dem Ausdrucke *causa* die Bedeutung von Grund als Voraussetzung in die von Grund als rechtfertigender Grund hinüberspielt, zeigt sich besonders in den beiden letzteren Stellen. Ja durch sie möchte man auf die Meinung geführt werden, daß *causa* den Grund als Voraussetzung nie bezeichne. Namentlich in der l. 1. D. de cond. sine causa ist die Anschauung geradezu diese: die Stipulation hat entweder von Anfang an keinen rechtfertigenden Grund, oder sie verliert denjenigen, den sie in einem Vorhandenen oder erwarteten Zukünftigen hat, — welches also eben rechtfertigender Grund der Stipulation,

11) Es scheint vor etsi ein „quæ“ eingeschoben werden zu müssen.

nicht Grund als Voraussetzung ist, — dadurch, daß das Vorhandene wegfällt, das erwartete Zukünftige nicht eintritt. Es ist nothwendig, solchen Stellen gegenüber sich die oben citirten besonders zu vergegenwärtigen, um die letztere Bedeutung von *causa* nicht ganz aus den Augen zu verlieren.

38. Ohne *causa*, ohne *iusta causa*, ist aber nun nicht bloß — was hier allein in Betracht gezogen worden ist diejenige Willenserklärung und diejenige Bereicherung, deren Voraussetzung ermangelt, sondern überhaupt jede, welche vom Rechte nicht anerkannt wird. So heißt es in l. 6. D. de don. i. v. e. u. (24. 1), daß das von einem Ehegatten aus einer Schenkung des anderen Consumirte condicirt werden könne, „quia, quod ex non concessa donatione retinetur, id aut *sine causa* aut *ex iniusta causa* retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet“. Die Bereicherung wird hier *sine causa* genannt, weil sie keinen rechtfertigenden Grund hat, *ex iniusta causa*, weil derjenige, den sie hat, vom Gesetze reprobrirt wird. In diesem Sinne ist auch dasjenige, was Jemand aus einem Delicte hat, bei ihm *sine causa*; die l. 25. D. de act. rer. am. (25. 2) bezieht darauf den Ausdruck „non ex iusta causa“¹²⁾. Allerdings aber sprechen die Quellen von einem Haben *sine causa* hauptsächlich da, wo die Voraussetzung der Willenserklärung, kraft deren gehabt wird, ermangelt. So ist auch in den Digesten im Titel des zwölften Buches unter der Ueberschrift „de condictio sine causa“ nur von einem solchen Haben die Rede.

12) „... si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum auctarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest; nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa retinent“. Bergl. l. 6. D. de cond. ob turp. (12. 5). Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit posse condici.

Modus.

39. Modus bezeichnet, wie *conditio*, Art und Weise überhaupt, Art und Weise, nähere Bestimmtheit einer Willenserklärung, — diejenigen Bestimmungen, durch welche dieselbe ihre nähere Bestimmtheit hat. In diesem Sinne wird in l. 72. D. de fidei. (46. 1) von einem Bürgen gesprochen, „*quem sub hoc modo accipi, ut ad tempus vitae suae duntaxat obligaretur*“ Vergl. auch l. 1. §. 12. D. de exerc. act. (14. 1), l. 17. §. 3. D. commod. (13. 6).

Versuche, *modus* in technischer Bedeutung, zur Bezeichnung einer näheren Bestimmung gerade gewissen Inhalts zu gebrauchen, finden sich in den Quellen mehrere. So wird in l. 4. D. de serv. (8. 1) von einem *modus adiectus servitutibus*, im Gegensatz zu *tempus* und *conditio*, gesprochen, und darunter die nähere Bestimmung über die Ausübung der Servitut („*veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur, vel uti (ut) equo duntaxat*“, in gewissen Zwischenräumen) verstanden. In l. 44. D. de O. et A. (44. 7) wird *modus* in Beziehung auf Obligationen ebenfalls dem *dies* und der *conditio* (außerdem der *accessio*) entgegen gesetzt; unter *modus* wird hier verstanden „*cum stipulamur x aut hominem*“. In l. 29. D. de leg. 1. (30) wird das *legatum debiti* für ungültig erklärt, „*si . . . neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur*“

Alle diese Versuche, dem Ausdrucke *modus* eine technische Bedeutung zu geben, sind durchaus vereinzelt. Viel weniger ist es ein anderer, der uns hier näher angeht. In mehreren Stellen wird *modus* gebraucht zur Bezeichnung der Auflage, welche auf ein Gegebenes gelegt wird, also wie *conditio* in diesem Sinne. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 17. D. de cond. (35. 1). Hier wird zuerst von *demonstratio, causa, conditio* beim *legate* gesprochen. Dann fährt

§. 4 fort: Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, véluti monumentum testatori, vel epulum aut opus municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, *sub modo* legatum videtur.

In l. 3. §. 6. D. de leg. præst. (37. 5) stellt Ulpian dem Fideicommiß die durch *ut* gemachte Auflage in folgenden Worten gleich: Hoc amplius et si extraneo relictum sit *sub hoc modo*, ut alicui ex liberis præstet, æquissimum erit dicere, non debere prætorem denegare actionem.

L. 1. C. de his quæ sub modo (6. 45). In legis quidem et fideicommissis etiam *modus* adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui *nubere iussa es*, quominus id quod tibi relictum est obtineas, non oberit¹³⁾.

L. 6. D de præscr. verb. (19. 5). Insulam *hoc modo*, ut aliam insulam reficeres, vendidi. Respondit, nullam esse venditionem; sed civili intentione incerti agendum est.

In diesem Sinne ist *modus* denn auch in den Rubriken der Titel Dig. XXXV. 1, Cod. VI. 45, VIII. 55 zu verstehen.

Dig. XXXV. 1. De conditionibus et demonstrationibus et causis et *modis* eorum quæ in testamentis scribuntur.

Cod. VI. 45. De his quæ *sub modo* legata vel fideicommissa relinquuntur.

Cod. VIII. 55. De donationibus quæ *sub modo* vel conditione vel certo tempore conficiuntur.

Auf Grund dieser Stellen muß dem Ausdruck *modus* die technische Bedeutung der auf ein Gegebenes gelegten Auflage allerdings zugestanden werden. Aber von einer Beziehung desselben darauf, daß die Nichterfüllung der Auflage die Wirksamkeit der Zuwendung anschlöße, vermag ich keine Spur zu

13) In l. 2. C. de his quæ sub modo (s. oben Note 2) hat *modus* wahrscheinlich denselben Sinn.

entdecken. Allerdings steht l. 1. C. de his quæ sub modo (6. 45) als Folge der Nichterfüllung Verlust des Zugewendeten an; aber zu der Annahme, daß sie eben deswegen die Auflage *modus* nenne, fehlt es an allem Anhalt; und l. 6. D. de præscr. verb. (19. 5) läßt umgekehrt gegen den nicht Erfüllenden Zwang zur Erfüllung eintreten.

Resultat.

40. *Modus* bezeichnet Etwas, was (in der Regel) Voraussetzung ist, aber es bezeichnet es nicht als Voraussetzung; *causa* bezeichnet Etwas, was Voraussetzung sein kann, ohne es an und für sich zu sein, aber es bezeichnet es nicht selten als Voraussetzung; *conditio* bezeichnet im Allgemeinen, daß der Wille von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig sei, und ist auch da nicht ausgeschlossen, wo derselbe an eine Voraussetzung gebunden ist.

§. 5.

Wirkung der ermangelnden Voraussetzung.

41. Im Allgemeinen ist die Natur des Rechtsverhältnisses, welches bei ermangelnder Voraussetzung Statt findet, bereits bezeichnet worden. Es ist gesagt worden, daß die Ermangelung der Voraussetzung nicht die Existenz der Willenserklärung ausschließe, daß sie aber ihrer Wirksamkeit entgegenstehe ¹⁾, mit anderen Worten, daß derjenige, welcher die Willenserklärung abgegeben hat, sowohl Schutz gegen die Geltendmachung derselben, als Wiederaufhebung der durch sie in seiner Vermögenslage bereits eingetretenen Veränderung verlangen könne, das Erstere mit einer *doli exceptio*, das Letztere mit einer *con-*

1) Insofern auch die Nichterfüllung der Willenserklärung eine Unwirksamkeit derselben genannt werden kann, ist die auf der Ermangelung der Voraussetzung beruhende als indirekte Unwirksamkeit zu bezeichnen.

dictio. Dieses soll nun näher ausgeführt und nachgewiesen werden. Auch hierbei ist es zweckmäßig, zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall zu unterscheiden.

A. Willenserklärungen unter Lebenden.

42. Ist Eigenthum unter einer Voraussetzung übertragen worden, so hört der Empfänger durch die Ermangelung derselben nicht auf, Eigenthümer zu sein. Aber er ist verpflichtet, dasselbe zurückzuübertragen, oder — nach allgemeinen Grundsätzen — dessen Werth zu restituiren. Die darauf gerichtete Klage wird in der überwiegenden Mehrzahl der Stellen näher als *condictio* bezeichnet. Andere aber gebrauchen unbestimmtere Ausdrücke. Es sind dies folgende.

Repetere

3. B. I. 8. §. 16. D. de inoff. (5. 2), I. 8. 13. D. de cond. e. d. n. s. (12. 4), I. 65. §. 4. D. de cond. ind. (12. 6); und so in sehr vielen anderen Stellen. In mehreren werden die Ausdrücke *repetere* und *condicere*, *repetitio* und *condictio* abwechselnd gebraucht, z. B. in I. 10. D. de spons. (23. 1) und namentlich in I. 1. 3. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4); in anderen werden sie mit einander verbunden, — *repetere conditione* oder *per conditionem*, I. 34. D. de cond. ind. (12. 6), I. 46. pr. D. de I. D. (23. 3), I. 3. §. 5. D. de coll. (37. 6), I. 2. §. 7. D. de don. (39. 5), I. 7. C. de interd. matr. (5. 6); *actio conditionis ad repetitionem*, I. 2. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6).

Restituere

3. B. I. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6) — *restitui tibi competens iudex curæ habebit*; I. 1. C. de rer. perm. (4. 64) — *cum ratione restitui postulabis*; I. 2. C. de don. a. n. (5. 3) — (*præses provinciae*) *tibi restitui quod dedisti iubebit*. Vergl. auch I. 16. eod.

Reddere

L. 8. D. de praescr. verb. (19. 5) — reddi oportere,
 l. 4. C. de cond. ex lege (4. 9) — reddi tibi postulare potes,
 l. 5. C. de spons. (5. 1) — reddi consequens esse praecipimus.

Recipere.

L. 2. §. 7. D. de don. (39. 5) — an aliqua actione decem recipiam? conditione repetam, l. 11. D. de app. (49. 1) — recipere eum pecuniam quam solvit oportet. Vergl. auch l. 26. D. de inoff. (5. 2).

In l. 19. D. de R. C. (12. 1) finden sich die Ausdrücke agere potero, obligabitur, in l. 5. C. de spons. (5. 1) heißt es: tenetur. Der in l. 15. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) gebrauchte Ausdruck ages dari tibi oportere ist nur eine andere Bezeichnung für die Condition.

Was hier von der Uebertragung des Eigenthums gesagt worden ist, gilt natürlich auch von der Uebertragung — so weit sie möglich ist — und Bestellung von iura in re. Ebenso von der Aufgabe und der Rückübertragung von iura in re²⁾.

43. Die unter einer Voraussetzung begründete Obligation kann bei Ermangelung derselben condicirt werden, l. 1. pr. D. de cond. sine causa (12. 7): — „qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem“ Beispiele in l. 16. §. 2. D. de min. (4. 4), l. 5. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1), l. 46. pr. D. de I. D. (23. 3), l. 1. pr. D. ut in poss. leg. (36. 4), l. 2. §. 3. 4. D. de don. (39. 5), l. 7. D. de doli mali exc. (44. 4), l. 6. C. de I.

2) In l. 8. pr. D. de A. E. V. (19. 1) und l. 22. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6) ist von einem Falle die Rede, wo eine Servitut indebite nicht aufgegeben, sondern nicht auferlegt worden ist. L. 8. pr. cit. Si tibi liberum praedium tradidi, cum serviens tradere deberem, etiam condictio incerti competit mihi, ut patiaris, eam servitutem quam debui imponere.

et F. ign. (1. 18), l. un. C. de err. calc. (2. 5), l. 4. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6), l. 7. C. de exc. non num. pec. (4. 30)³⁾.

Neben der *Condictio* aber hat der Schuldner auch gegen den klagenden Gläubiger die *doli exceptio*, l. 2. §. 3. D. de doli mali exc. (44. 4): — „si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experietur, exceptio utique doli mali ei nocebit“ Beispiele bei *Gai* IV. 116., in l. 5. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1), l. 1. pr. D. ut in poss. leg. (36. 4), l. 2. §. 3. 4. D. de don. (39. 5), l. 7. D. de doli mali exc. (44. 4), l. 3. C. de don. a. n. (5. 3).

Auch hier aber kommen unbestimmtere Ausdrücke vor, in denen im Allgemeinen gesagt wird, daß eine derartige *Obligatio* unverbindlich sei; so in l. 11. D. de poll. (50. 12): — „non oportere heredes eius conveniri“. Zu l. 30. D. de R. C. (12. 1) heißt es von demjenigen, der in Erwartung eines Darlehns „spondit creditori futuro“, — „in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat“.

Was ist Rechtens, wenn die Voraussetzung ermangelt, unter welcher Jemand einem Andern ein Forderungsrecht nicht gegen sich gegeben, sondern ein Forderungsrecht, welches er gegen einen Dritten hatte, übertragen hat? Ist die Uebertragung durch *cessio actionis* bewirkt worden, so kann er sich gegen Verlust schon dadurch schützen, daß er die Forderung selbst eintreibt; er kann aber auch — und sobald der *Cessionar* dem *debitor cessus* denuntiiert hat, bleibt ihm nur dieses Mittel — von dem *Cessionar* *condiciren*, was derselbe durch die *Cession* hat. Ist die Uebertragung des Forderungsrechtes durch *Delegation* bewirkt worden, so hat der Gläubiger von vorne herein kein anderes Mittel, als die *Condictio* der weggegebenen *Obligatio*. Von einer solchen *Condictio* ist in l.

3) Vergl. jedoch über diese letztere Stelle *Quere* i formelle Verträge S. 58.

8. §. 3. D. ad S. C. Voll. (16. 1) und l. 18. §. 1., l. 31. §. 3. D. de m. c. don. (39. 6) die Rede.

Dem Fall der Delegation steht der gleich, wo Jemand einem Andern ein Forderungsrecht gegen eine Person, deren Gläubiger er nicht ist, verschafft hat.

Von dem Falle aber, wo Jemand einem Andern ein Forderungsrecht — gegen seinen Schuldner oder eine andere Person — verschafft hat, ist der zu unterscheiden, wo er nur diese Person beauftragt hat, demjenigen, welchem er ein Forderungsrecht verschaffen will, zu versprechen. Hier gibt nicht er das Forderungsrecht, sondern der Versprechende; ermangelt also die Voraussetzung, unter welcher Jene etwas zugewendet werden sollte, so kann auch nicht er condiciren, sondern der Versprechende, dem dann in derselben Weise auch durch *exceptio* geholfen wird. So verhält es sich z. B., wenn Jemand einen Andern beauftragt, seinem vermeintlichen Gläubiger zu versprechen, oder eine dos zu bestellen und die Ehe kommt nicht zu Stande (l. 2. §. 4. D. de don. 39. 5, l. 7. §. 1. D. de doli mali exc. 44. 4, l. 7. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4) 4).

44. Wenn ein Schuldner seinen Gläubiger unter einer Voraussetzung liberirt hat, so kann er bei Ermangelung derselben Wiederherstellung des aufgegebenen Forderungsrechtes verlangen. Konnte dasselbe sofort geltend gemacht werden, so kann er auch als dasjenige, worum der Empfänger reicher geworden sei, nicht die Befreiung von dem Forderungsrechte, sondern sogleich den Gegenstand desselben bezeichnen. In diesem Sinne heißt es in l. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4): „Si mulier ei cui nuptura erat, cum dotem dare vellet, pecuniam quæ sibi debebatur acceptam fecit, neque nuptiæ insecutæ sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil in-

4) Die zuletzt genannte Stelle nimmt an, daß aus dem geleisteten Versprechen auch gezahlt sei; aber das macht natürlich keinen Unterschied.

terest, utrum ex numeratione ad eum pecunia sine causa an per acceptilationem pervenerit“⁵⁾).

Wenn die Voraussetzung eruangelt, unter welcher Jemand einen Schuldner von einem fremden Gläubiger überirrt hat, so kann er verlangen, daß der Schuldner ihm das Gezahlte erstatte, ihm die übernommene Obligation wieder abnehme, die übertragene wiedergebe, I. 8. §. 2. D. ad S. C. Vell. (16. 1), I. 31. §. 3. D. de m. c. don. (39. 6), I. 12. 13. D. de nov. (46. 2).

45. Ist unter einer eruangelnden Voraussetzung der Gebrauch von Sachen oder Diensten prästirt worden, so kann der Vermögenswerth, den derselbe für den Empfänger hatte, condicirt werden, I. 65. §. 7. D. de cond. ind. (12. 6), I. 26. §. 12. eod.⁶⁾.

46. Daß wegen eruangelnder Voraussetzung auch ein übertragener Besitz condicirt werden könne, erkennt außer I. 4. §. 1. D. de R. C. (12. 1) (Nun. 14) auch I. 15. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6) an. „Sed et si nummi alieni dati sunt, conditio competit, ut vel possessio eorum reddatur; quemadmodum si falso existimans, possessionem me tibi debere alicuius rei, tradidissem, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecissem, ita ut tibi per longi temporis præscriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebiti conditionem agerem“.

47. Eine Freilassung, welche unter einer Voraussetzung gemacht worden ist, kann bei Ermangelung derselben auf jeden Fall nicht revocirt werden. „Revocandæ libertatis potestatem non habes“, heißt es in I. 4. C. de dolo malo 2. 21 (Dioclet. et Maximin.) von demjenigen, der einen Sklaven gegen

5) Wie bei Servituten nicht bloß das Aufgeben eine Condition begründen kann, sondern auch das Nichtaufgeben, so auch bei Obligationen, I. 5. §. 1. D. de usufr. car. (7. 5), I. 7. pr. usufr. quemadm. (7. 9), I. 3. §. 10. D. si cui plus (35. 3).

6) Eine engherzigere Ansicht in I. 25. D. de præscr. verb. (19. 5).

das Versprechen, daß ihm ein anderer gegeben werden sollte, freigelassen hatte, und dem nun dieses Versprechen nicht erfüllt worden war. Deswegen wird ihm eine *actio do dolo* gegeben⁷⁾. Es hätte Nichts im Wege gestanden, ihm eine *condictio* auf den Werth des Sklaven zu geben, welchen Werth er in der That aufgeopfert und der Gegner lucrirt hat, (da er den Sklaven sonst hätte kaufen müssen.) Von dieser Auffassung ausgehend geben andere Stellen sogar gegen den Sklaven selbst eine Klage auf seinen Werth, l. 23. §. 1. D. *do iure patronatus* 37. 14 (Tryphonin, Rescript von Hadrian), l. 26. D. *de inoff.* 5. 2 (Ulpian); die l. 47. D. *de manum. test.* 40. 4 (Papinian) berichtet von einer kaiserlichen Entscheidung, durch welche das von dem Sklaven zu Zahlende sogleich auf 20 Söldi festgesetzt worden war.

48. Es gibt Stellen, in welchen das Rechtsgeschäft, welches durch eine unter einer Voraussetzung abgegebene Willenserklärung zu Stande gekommen ist, bei Ermangelung der Voraussetzung für nicht rechtlich besteht in mehr oder minder energischen Ausdrücke erklärt wird. Natürlich können diese Ausdrücke den angeführten Quellenzeugnissen gegenüber für eine auf Grund der ermangelnden Voraussetzung eintretende Nichtigkeit nicht beweisen; vielmehr ist umgekehrt ihr näherer Sinn aus jenen zu bestimmen. Hierher gehört es wenn in 16. C. *de don. a. n.* (5. 3) in Beziehung auf die Brautschenkung bei nicht zu Stande kommender Ehe die Ausdrücke gebraucht

7) In demselben Fall gibt Ulpian mit Berufung auf ältere Juristen eine *actio praescriptis verbis* (l. 7. §. 2. D. *de pactis* 2. 14), während bekanntlich Paulus demjenigen überhaupt, der in Erwartung eines Erbes etwas gethan hat, nur die *actio iuris hereditatis* (l. 5. §. 3. D. *de praescrip. verb.* 19. 5). Demjenigen, der einen Sklaven freigelassen hat, damit ein anderer freigelassen werde, giebt derselbe in l. 5. §. 5. eod. eine Klage, wie es scheint die *actio praescriptis verbis*, aber nicht auf die Gegenleistung oder deren Werth, sondern auf „*quantum interest mea servum habere quem manumisi*“

werden, — „ut donatio stare pro parte dimidia et *resolvi* pro parte dimidia videatur“, dann „*infirmari* donationem“⁸⁾; wenn es in l. 42. C. de transact. (2. 4.) von den auf Grund falscher Urkunden abgeschlossenen Vergleichen heißt „*transactiones retractari* præcipimus“; oder in l. 4. C. de l. et f. ign. (1. 18) von einer mit einem Nichterben gemachten Erbtheilung, daß der Erbe trotz derselben den ganzen Nachlaß erlangen (*obtinere*) könne⁹⁾.

Dagegen ist allerdings nicht zu leugnen, daß in einzelnen Fällen auf Grund der ermangelnden Voraussetzung in der That nicht bloß eine *condictio*, sondern auch eine *in rem actio* zugestanden wird. Es sind diese Fälle folgende.

Schenkung auf Todesfall. Wenn dieselbe nicht unter einer Suspensionsbedingung gemacht worden ist, so hat, sagt Ulpian in l. 29. D. de m. c. don. (39. 6), einstweilen der Beschenkte die *in rem actio*, wird aber der Schenker wieder gesund, oder überlebt er auch nur den Beschenkten, der Schenker. Auch in Folge der Revocation der Schenkung gibt Ulpian demselben eine *in rem actio*, die er hier *utilis* nennt, l. 30. D. eod.

Wenn Jemand mit Vorbehalt von Alimenten geschenkt hat, so soll er nach einem Rescripte der Kaiser Valerianus und Gallienus aus dem Jahre 259, wenn ihm die Alimente nicht gegeben werden, das Geschenke auch vindiciren können. l. 1. C. de don. quæ sub modo (8. 55): — „*vindicationem etiam in hoc casu utilem eo quod legi illa obtemperare noluerit impetare potes, i. e. actionem qua dominium pristinum tibi restitatur. Nam non solum condictio quidem tibi in hoc casu, i. e. in personam actio, iure procedit, verum etiam*

8) Vergleiche l. 11. 42. C. eod.

9) l. 36. D. fam. herc. (40. 2) spricht in diesem Falle anerbürlich von einer *dictio earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putavit*, und darauf gerade die Einrede gestellt, „*utrum condictio inivem competat an vindicatio*“

vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt“.

In I. 15. C. de don. a. n. (5. 3) endlich hat Justinian auch demjenigen, der eine Brautschenkung gemacht hat, wenn die Ehe durch Tod verhindert wird, neben der *condictio* eine *utilis actio in rem* gegeben, — „*sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per conductionem aut per utilem actionem in rem redhibeatur*“. In der ursprünglichen Redaction der Constitution (I. 2. C. Th. de spons. 3. 5) finden sich die hier ausgezeichneten Worte nicht.

Aber auch von diesen Stellen beweist wenigstens die erste nicht für die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung bei ermangelnder Voraussetzung. Denn in der citirten I. 29. D. de m. c. don. (39. 5) spricht Ulpian nicht von einer *in rem actio* des Schenkers gegen den Beschenkten oder dessen Erben, sondern er untersucht, wer, ob jener oder dieser, dieselbe habe, also gegen einen dritten Besizer habe. Gegen den dritten Besizer aber kann der Schenker, auch wenn die Schenkung nicht nichtig wird, in *rem* klagen, als er mit seiner *condictio* von dem Beschenkten Cession seiner *in rem actio* erzwingen kann. Kann aber Ulpian die gemeint haben, so muß man annehmen, daß er es in der That gemeint habe; weil das Gegenheil gegen alle *ratio iuris* wäre ¹⁰⁾. Auch die Bezeichnung der Klage als *utilis* paßt dazu sehr gut. Daraus folgt denn aber auch, daß die *actio in rem*, welche die I. 29. cit. dem Schenker gibt, nicht weiter zu erstrecken ist, als diejenige, welche dem Empfänger zur Zeit der Ermangelung der Voraussetzung zustand, also den Veräußerungen des Letzteren unterzuordnen ist.

10) Gewöhnlich gründet man die *actio in rem* der I. 29. cit. auf die Resolutiocondition, unter welcher geschenkt worden sei. Aber die Stelle spricht nicht von einer Schenkung unter einer Resolutiocondition. „*Si vero sic (donavit), ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset*“.

Die hier gegebene Erklärung lassen nun allerdings die beiden anderen der oben genannten Stellen nicht zu. Denn in ihnen ist offenbar von einer in rem actio gegen den Empfänger, die doch nicht seine eigene sein kann, die Rede. Aber auch hier läßt sich wohl fragen, ob dem Schenker durch die in rem actio etwas Anderes habe gegeben werden sollen, als eine zweite Klage gegen den Empfänger und ein Klagerecht gegen den dritten unberechtigten Besitzer? Und ich fühle mich geneigter, diese Frage zu verneinen, als sie zu bejahen; so daß auch in diesen Fällen alle Veräußerungen des Empfängers aufrecht zu erhalten wären. Was die Justinianische Verfügung der l. 15. C. de don. a. n. angeht, so drängt sich hier der Gedanke an die ganz entsprechende l. 30. C. de I. D. (5. 12) von selbst auf; und auf jeden Fall ist mit dem Wortlaute beider Stellen eine solche sie mit der ratio iuris in Einklang setzende Interpretation wenigstens nicht unvereinbar.

49. Zur Geltendmachung des Rechtes, das unter einer Voraussetzung Geleistete bei Ermangelung derselben zurückzufordern, kann neben der in allen Fällen begründeten *condictio* möglicherweise auch eine *bonæ fidei actio* zu Gebote stehen. Denn natürlich kann eine *bonæ fidei actio*, wo sie begründet ist, auch darauf gerichtet werden, daß der Gegner restituire, was er sine causa habe: auch von der *condictio sine causa* heißt es ja, daß sie „ex bono et æquo introducta“ sei (l. 66. D. de cond. ind. 12. 6). In dieser Weise kann der Käufer einer Sache, die eine vorausgesetzte Eigenschaft nicht, oder einen nicht vorausgesetzten Fehler hat, dasjenige, was ihm kraft der ermangelnden Voraussetzung gebührt, mit der *actio empti* fordern, (wovon in Num. 74 näher geredet werden wird,) und der Verpächter Nachzahlung des erlassenen Pachtgeldes, wenn reiche Eruten eintreten, mit der *actio locati* (Num. 24). Häufig werden auch *condictio* und *bonæ fidei actio* zusammen

genannt. So gibt I. 2. D. de cond. sine causa (12. 7) dem fullo, der für verlorene Kleider Ersatz gegeben hat, nach Wiederauffindung derselben *condictio* und *actio conducti* (vergl. I. 17. §. 5. D. comm. 13. 6), I. 11. §. 6. de A. E. V. (19. 1) auf die *arrha* nach Auflösung oder Vollziehung des Kaufvertrages *condictio* und *actio emti*, die I. 8. pr. D. eod. demjenigen, der das verkaufte Grundstück tradirt hat, ohne ihm die im Vertrage vorbehaltene Servitut aufzumerken, neben (*otiam*) der *Condictio* die *actio venditi*. Vergleiche auch I. 3. §. 2. 3. D. si mensor (11. 6) in Verbindung mit I. 18. §. 3. D. de dolo malo (4. 3), I. 11. §. 7. D. de pec. (15. 1); auch I. 9. §. 1. D. de cond. ob turp. (12. 5) und I. 50. D. de I. D. (23. 3) ¹¹⁾.

§. 6.

Fortsetzung.

B. Willenserklärungen auf Todesfall.

50. Es ist erforderlich, hier, ehe auf die Aussprüche der Quellen näher eingegangen wird, einige allgemeinere Bemerkungen vorauszuschicken.

Bei Willenserklärungen unter Lebenden darf die Frage, wer die Ermangelung der Voraussetzung geltend zu machen befugt sei, gar nicht erst aufgeworfen werden; es ist eben derjenige, welcher unter derselben seinen Willen erklärt hat. Über

11) Beide Stellen, obgleich sie von einer *Condictio* wegen ermangelnder Voraussetzung nicht sprechen, können doch zur Vergleichung hierher gezogen werden. Zu nennen ist auch noch I. 19. §. 6. D. loc. (19. 2). Diese Stelle (*Ulpian*) spricht von dem Falle, wo bei vorausbezahlem Miethzins das gemiethete Haus hinterher abbrennt. Dann soll das zuviel Bezahlte nur mit der *actio locati* zurückgefordert werden können, nicht mit der *condictio indebiti*; „non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret“. Aber eben deswegen kann es doch *condicirt* werden, wenn es zu diesem Zwecke nicht dienen kann; so gut wie *condicirt* werden kann, was zur Erfüllung der *Collationsverbindlichkeit* im Voraus gegeben worden ist, wenn die *B. P.* hinterher nicht erbeten wird (*Num. 10*).

wer kann sie bei Willenserklärungen auf Todesfall geltend machen, da ja zur Zeit, wo sie geltend gemacht wird, derjenige, von dem die Willenserklärung herrührt, nicht mehr lebt?

Die einfachste Antwort auf diese Frage scheint zu sein: es tritt auch in dieser, wie in allen anderen Beziehungen, an die Stelle des Verstorbenen sein Erbe. Aber dieser Antwort stellt sich Folgendes entgegen. Indem der Testator dem Einen Etwas gibt, nimmt er es dem Anderen. Wenn er nun Etwas unter einer Voraussetzung gibt, muß man dann nicht annehmen, er habe es dem Anderen auch nur unter dieser Voraussetzung nehmen wollen, so daß es an ihn zurückfallen solle, wenn die Voraussetzung ermangelt? Es ist noch eine dritte Antwort möglich. Wenn die Voraussetzung einer Zuwendung ermangelt, kann man sagen, so ist es sicher, daß der Honorirte nicht haben dürfe; von der andern Seite hat der Testator auch nicht gesagt, wer haben solle; also tritt der Fiscus ein.

Von diesen drei denkbaren Antworten hat das römische Recht die erste entschieden nicht gegeben. Von der zweiten finden sich nur vereinzelte Spuren, die unten (Num. 56) näher angegeben werden sollen. Als Regel ist in seinem Sinne vielmehr zu behaupten, daß die Ermangelung der Voraussetzung derjenige geltend machen dürfe, welcher durch die Zuwendung beschränkt worden ist, also bei Erbeseinsetzungen allerdings der (Interstatz oder früher eingesetzte oder miteingesetzte Testaments-) Erbe, bei Vermächtnissen aber der damit Beschwerte 1).

Eine zweite Bemerkung, welche hier zu machen ist, bezieht sich auf die Mittel zur Geltendmachung der ermangelnden

1) In Nov. 1. c. 1, wo Justinian demjenigen, der die Erfüllung einer testamentarischen Auflage verzögert, Verlust des Zugewendeten als Strafe droht, (der Verlust tritt auch da ein, wo die Erfüllung der Auflage, und somit der in ihr liegenden Voraussetzung, erzwungen werden kann,) befolgt er nicht ganz diese Regel. An die Stelle des eingesetzten Erben sollen vor dem Interstaterven alle anderen im Testamente bedachten Personen treten.

Voraussetzung. Es ist zu erwarten, daß hier die Zurückweisung des erhobenen Anspruches weit häufiger sein wird, als die Rückforderung des Geleisteten, Denn nicht nur hat durch die Willenserklärung auf Todesfall der Bedachte wie Etwas unmittelbar in Händen, sondern es wird auch in den meisten Fällen bis dahin, wo er das ihm gegebene Recht geltend machen kann, eine längere oder kürzere Zeit verstreichen, innerhalb deren die Ermangelung der Voraussetzung sicher geworden sein kann. Sodann aber kommt noch etwas Anderes hinzu. Eine wichtige, und man kann sagen die wichtigste Klasse der Voraussetzungen bei letztwilligen Verfügungen bilden diejenigen, welche auf eine Handlung des Bedachten gehen. Wenn nun derselbe die ihm gemachte Zuwendung geltend machen will, so erscheint es billig, daß er für die Erfüllung des ihm Auferlegten Caution stelle. Weigert er sich dessen, so steht das gleich der Weigerung, die Auflage — die Voraussetzung der Zuwendung — zu erfüllen, und sein Anspruch wird ohne Weiteres zurückgewiesen. Leistet er die Caution, so kann die Voraussetzung der ihm gemachten Zuwendung gar nicht mehr ermangeln. Denn aus dieser Caution wird er nun zur Erfüllung der Auflage gezwungen. Jedoch finden wir diese Caution nur bei Vermächtnissen anerkannt. Trogdem wird auch bei Erbeseinsetzungen der Zwang zur Erfüllung der Auflage dem Rückforderungsrecht des Beschränkten vorangesezt. Das kann aber erst unten (Num. 104) näher erläutert werden.

51. Indem wir uns zu den einzelnen Aussprüchen der Quellen wenden, erscheint es zweckmäßig, zuerst die Vermächtnisse zu betrachten. Von Erbeseinsetzungen unter einer Voraussetzung ist verhältnißmäßig seltener die Rede.

Die Ausdrücke, wodurch die Unwirksamkeit der Vermächtnisse bei ermangelnder Voraussetzung bezeichnet wird, sind zum Theil in ähnlicher Weise unbestimmt, wie die entsprechenden,

welche wir bei Willenserklärungen unter Lebenden kennen gelernt haben. Ich uenne folgende.

Petere non potest — der Honorirte, **peti non potest** — das Hinterlassene, I. 88. §. 13. D. de leg. 2. (32), I. 25. D. de lib. leg. (34. 3). Im Gegensatze hierzu heißt es denn in Stellen, wo eine Voraussetzung gar nicht oder nicht als ermangelnd anerkannt wird: **petere non prohibetur**, I. 89. D. de leg. 1. (30); **consequi legatum potest**, I. 17. §. 2. D. eod.; **recte legatum vindicatur**, I. 12. C. de leg. (6. 37); **quominus obtineas quod tibi relictum est non obest**, I. 1. C. de his quæ sub modo (6. 45).

Submovendus, repellendus est — der Honorirte, I. 28. pr. D. de test. tut. (26. 2), I. 32. 36. D. de excus. (27. 1), I. 12. §. 4. D. de rel. (11. 7).

Non cogendus est præstare — der Dnerirte, I. 67. §. 8. D. de leg. 2. (31); **pro parte solvere compellitur**, I. 19. D. de iure cod. (29. 7). Von dem Belasteten, der durch die *lex Falcidia* Etwas verloren hat, wird gesagt: **eo minus eum præstare æquum, non iniquum est**, I. 43. §. 3. D. de cond. (35. 1), I. 163. §. 12. D. ad SC. Treb. (36. 1). Oder es wird gesagt, er dürfe das ihm Abgezogene auch seinerseits *detrahere*, **imputare**, I. 32. §. 4. D. ad leg. Falc. (35. 2).

Legatum apud heredem remanet, I. 71. §. 3. D. de cond. (35. 1), — **ab herede retinetur**, I. 28. §. 1. D. de excus. (27. 1). Im Gegensatze dazu heißt es in I. 16. D. de usu et usufr. (33. 2): „*iniquum esse, hanc quantitatem . . . lucro heredum cedere*“.

Andere Ausdrücke klingen weit bestimmter. So heißt es in I. 10. C. de leg. (6. 37): **non valet legatum (alienæ rei)**, welchem Ausdrücke der des §. 4. I. de leg. (2. 20): **aliena res non potest legari** entspricht; in I. 5. C. de test. (6. 23) wird gesagt: **quæ relinquuntur non debentur**, in I. 19. D. de iure cod.

(29. 6): *duntaxat partem debet*; in l. 21. §. 1. D. de annuis (33. 1) wird gelengnet, daß das auf ein Legat gelegte Fideicommiß „*minutum*“ sei, wenn die *lex Falcidia* das Legat beschränke.

Aber diese Ausdrücke klingen nicht nur bestimmter, sondern auch, wie man sieht, bestimmt nach einer Seite hin, die zu dem, was oben über die Unwirksamkeit der Willenserklärungen unter Lebenden bei ermangelnder Voraussetzung gesagt worden ist, wenig paßt: denn behaupten sie nicht Nichtigkeit des Vermächtnisses?

Ich glaube nicht, daß ihnen dieser Sinn beizulegen ist. Und zwar aus folgenden Gründen.

Erstens dürfen wir, eben weil bei Willenserklärungen unter Lebenden die ermangelnde Voraussetzung Nichtigkeit ganz gewiß nicht erzeugt, nicht ohne unabweisbare Nöthigung annehmen, daß bei Vermächtnissen etwas Anderes gelte. Ein innerer Grund für eine Abweichung läßt sich nicht einsehen.

Eine solche Nöthigung aber liegt auf jeden Fall in jenen Ausdrücken nicht. Vielmehr ist es bei der Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs, der sich in dieser Beziehung in den Quellen findet, wenigstens nicht unmöglich, sie auch von einer andern Unwirksamkeit als der auf der Nichtigkeit beruhenden zu verstehen.

Dazu kommt nun drittens, daß in einer Reihe von Stellen als die Folge der Ermangelung der Voraussetzung bei Vermächtnissen geradezu die *doli exceptio* bezeichnet wird. Mit der *doli exceptio* aber ist die Nichtigkeit eben so unvereinbar, als sich die indirekte Unwirksamkeit mit den oben genannten Ausdrücken verträgt. Diese Stellen sind: l. 72. §. 6. D. de cond. (35. 1), wo es im Allgemeinen heißt: „*plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisset*“; l. 71. §. 3. D. de cond. (35. 1) und l. 7. D. de fideic. lib. (40. 5), wo die *doli exceptio* in speziellen Fällen als das

zutreffende Rechtsmittel bezeichnet wird; endlich l. 4. §. 11. D. de doli mali exc. (44. 4), deren Verfasser seine Nichtanerkenntnis einer Voraussetzung dadurch ausdrückt, daß er die *doli exceptio* verfährt.

Man könnte einen Beweis für die indirekte Unwirksamkeit des Vermächtnisses bei Ermangelung seiner Voraussetzung auch darin finden wollen, daß in einer Reihe von Stellen (l. 1. §. 3. D. ubi pup. (27. 2), l. 75. D. ad leg. Falc. (35. 2), l. 20. §. 1. D. de bonis lib. (38. 2) (vergl. auch l. 87. 88. D. de leg. 1. (30)) als Folge dieser Ermangelung *denegatio actionis* ausgegeben wird. Aber es würde das nicht gerechtfertigt sein. Die Ausdrücke *denegatur actio*, *actio non datur* bezeichnen zwar zuweilen allerdings, daß nur die Klage verweigert werde, das der Klage entsprechende Recht aber an und für sich dennoch vorhanden sei; so z. B. in l. 57. pr. D. de acq. vel om. her. (29. 2): — „*ut quamvis creditoribus iure civili teneantur, tamen in eos actio non datur*“ (vergl. l. 69. 99. eod.), und bei Gaius II. 255: — „*heres etiam pro ea parte quam restituit heres permanet, eique et in eum solidæ actiones competunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet*“ Aber es ist dies bei Weitem nicht immer der Fall. So wird in l. 8. D. quod falso tut. (27. 6) gesagt, daß bei electiver Klagenconcurrentz die zweite Klage auf das Fehlende nicht denegirt werden dürfe, also denegirt werden müsse, wenn der Kläger das Ganze erlangt habe, und in l. 27. pr. D. de V. O. (45. 1) und l. 15. §. 1. D. ad leg. Falc. (35. 2) wird von *denegatio actionis* in Beziehung auf unsittliche und das *ius publicum* verletzende Stipulationen, die gewiß nichtig sind, (und in der der l. 27. cit. unmittelbar vorhergehenden Stelle heißt es geradezu: „*generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti*“) gesprochen. So daß auch in den hierher gehörigen Fällen dieser Ausdruck die

Nichtigkeit des Vermächtnisses an und für sich wohl bezeichnen könnte.

52. Von der Caution, welche, wenn die Voraussetzung der Zuwendung in der Erfüllung einer auf dieselbe gelegten Auflage besteht, der Honorirte für deren Erfüllung zu leisten hat, ist in folgenden Stellen die Rede: l. 19. D. de leg. 3. (32), l. 40. §. 5. 71. 80. D. de cond. (35. 1), l. 7. 48. D. de fideic. lib. (40. 5). L. 19. D. de leg. 3 und l. 80. D. de cond. sprechen die allgemeine Regel aus; in den übrigen Stellen sind Anwendungen derselben enthalten.

L. 19. D. de leg. 3. *Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis, id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.*

L. 80. D. de cond. *Eas causas, quæ protinus agentem repellunt, in fideicommissis (non) pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quæ habent moram cum sumtu, admittimus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat.*

Die Folge der Verweigerung der Caution ist, wie bereits bemerkt wurde, Abweisung des Anspruchs. Dieselbe wird auch hier realisirt durch *doli exceptio* (l. 48. D. de fideic. lib. 40. 5) oder *denegatio actionis* (l. 19. D. de leg. 3. 32).

53. Von der Rückforderung des Vermächtnisses auf Grund der ermangelten Voraussetzung desselben ist in folgenden Stellen die Rede: l. 16. §. 2. D. de min. (4. 4), l. 27. D. de usu et usufr. (33. 2), l. 43. pr. D. de cond. (35. 1), l. 24. §. 16. de fideic. lib.; l. 17. D. de usu et usufr. (33. 2) gibt dem Duerirten das Recht, das Geleistete auf ein anderes verschuldetes Vermächtniß anzurechnen. Die beiden zuletzt genannten Stel-

len handeln von Auflagen, die dem Honorirten gemacht worden waren, — Spiele einzurichten, einen Sklaven freizulassen: warum war in diesen Fällen nicht Caution für die Erfüllung der Auflage gefordert worden? Im Falle der l. 17. D. de usu et usufr. hatte der Honorirte sich eigenmächtig in den Besitz des Vermächten gesetzt²⁾, in dem Falle der l. 24. §. 16. D. de fideic. lib. sich der Dnerirte offenbar auf die fideicommissi petitio verlassen, (die aber nun ausfiel, da das Legat sich als nicht ausreichend erwies.) Die citirte l. 16. §. 2. D. de minor. handelt von einem Falle, in welchem dem Honorirten Rückgabe des Vermächtnisses an den Dnerirten für einen gewissen Fall (Tob ohne Hinterlassung von Kindern) ausdrücklich auferlegt worden war, und betrachtet es dabei als Pflicht des Honorirten, für diese Restitution Caution zu leisten. Daran knüpft sich denn die Frage, ob diese Pflicht nicht auch für den Fall zu behaupten sei, wo ein Vermächtniß nur unter einer Voraussetzung³⁾ gemacht worden ist, ohne die ausdrückliche Hinzufügung, daß es im Falle der Ermangelung der Voraussetzung restituirt werden müsse. Ich glaube allerdings; denn die Erklärung, daß in einem gewissen Falle das Vermächte zurückgegeben werden müsse, enthält nur eine nähere Entfaltung des in der Voraussetzung implicite Gewollten. Wenn in dem Falle der citirten l. 43. pr. D. de cond. (der Universal-fideicommissar hatte conditionis implendæ gratia gegeben⁴⁾), dann war ihm ein Theil des Vermögens von dem Patron des Testators durch

2) Deswegen wird auch dem Dnerirten neben dem Compensationsrecht das interdictum quod legatorum gegeben. „Respondit, et in vitis hereditibus possessione apprehensa perceptos fructus restituendos esse, et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quæ deberentur compensari“.

3) Natürlich einer Voraussetzung anderen Inhaltes als der Erfüllung einer gemachten Auflage. Denn bei einer solchen tritt die Caution auf Erfüllung ein.

4) Man wird es mir nicht zum Vorwurf machen, daß ich das conditionis implendæ causa Auferlegte bei der bisherigen Darstellung von dem Vermächtniß nicht ausdrücklich geschrieben habe.

bonorum possessio contra tabulas genommen worden) diese Caution nicht gefordert worden war, so hatte das seinen Grund offenbar nur darin, weil der Belastete nicht daran gedacht hatte, daß die Voraussetzung seiner Belastung ermangeln könne, vielleicht nicht einmal daran, daß er nur unter einer Voraussetzung belastet sei.

54. Wir gehen zu den Erbeseinsetzungen über.

Daß auch sie in Ermangelung ihrer Voraussetzung unwirksam werden ⁵⁾, ist in folgenden Stellen anerkannt.

L. 1. §. 3. D. ubi pup. 27. 2. (Ulp.) — si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere.

L. 8. §. 6. D. de cond. inst. 28. 7 (Ulp.). Quoties heres iurare iubetur, daturum se aliquid vel facturum, (bekanntlich wird eine solche Bedingung in einen modus verwandelt,) . . . actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat iussus iurare.

Ferner l. 1. §. 11. D. de Carb. ed. 37. 10 (Ulp.), l. 5. C. de test. 6. 23 (Valer. et Gallien.), l. 7. C. de her. inst. 6. 24 (Dioclet. et Maximin.), von denen die zwei ersten von dem Falle reden, wo ein Nichtsohn als Sohn, die dritte von dem Falle, wo ein Nichtbruder als Bruder eingesetzt worden ist. Die Ausdrücke, welche sie gebrauchen, sind: actiones hereditariae puero denegandae sunt, — quae relinquuntur non debentur, — portionem hereditatis, quam is . . . tenet, restitui tibi praeses provinciae curae habebit.

In anderen Stellen zeigt sich eine viel geringere Bereitwilligkeit, auf Grund der ermangelnden Voraussetzung eine Unwirksamkeit der Erbeseinsetzung anzuerkennen, ja zu einer

5) Es ist wohl kaum nöthig, zu bemerken, daß die Regel: semel heres semper heres hier nicht entgegensteht. Der eingesetzte Erbe bleibt auch bei ermangelnder Voraussetzung Erbe, aber er kann sein Erbrecht nicht geltend machen.

vollständigen Auerkennung derselben lassen sie sich überhaupt nicht herbei. Es gehören hierher I. 40. 41. D. de her. inst. (28. 5) und §. ult. I. de vulg. (2. 15), I. 28. D. de inoff. (5. 2), I. 92. D. de her. inst. (28. 5), in welchen uns Entscheidungen der Kaiser Liberius, Hadrianus, und Severus und Caracalla berichtet werden. Liberius sprach demjenigen, der einem als Freieu (unter der Voraussetzung der Freiheit) eingesetzten Sklaven substituirt worden war, nur die Hälfte der Erbschaft zu ⁶⁾, Hadrian und Severus und Caracalla gaben bei einer Einsetzung unter der irrigen Voraussetzung, der Intestat- oder früher instituirte Testamentserbe sei gestorben, zwar die Erbschaft diesem, bestimmten aber, er müsse die Vermächtnisse und Freiheiten des (zweiten) Testaments tragen.

Der Grund der größeren Fähigkeit, welche sich in diesen Entscheidungen offenbart, kann der Zweifel gewesen sein, ob die Voraussetzung der Willenserklärung in gehöriger Weise zu

6) Später hat Julian es unternommen, diese Entscheidung juristisch zu rechtfertigen. S. die citirte I. 40. D. de her. inst. (28. 5). Indem, sagt er, der Testator gesagt hat: der Substituirt soll Erbe sein, wenn der Instituirte es nicht wird, hat er gemeint, er soll Erbe sein, wenn der Instituirte es weder für sich wird, noch, Sklave geworden, einen Andern zum Erben macht. Da keines von Beiden eingetreten ist, hier beginnt meine Ergänzung des Gedankens Julians, — so ist die Bedingung der Substitution erfüllt, und der Substituirt ist Erbe. Von der andern Seite ist auch der Sklave zum Erben eingesetzt, und erwirbt die Erbschaft für seinen Herrn. Also sind dieser und der Substituirt beide Erben, und müssen die Erbschaft theilen. Julian bringt also bei der Interpretation der Bedingung: si Stichus heres non erit, den eigentlichen Willen des Testators gegenüber den von ihm gebrauchten Worten zur Geltung; bei der Erbesetzung, auf welche sich diese Bedingung bezieht: Stichus heres esto, stribt er bei den Worten stehen, und schreibt dem eigentlichen Willen ihnen gegenüber gar keine Bedeutung zu. — Bekanntlich ist diese Stelle vielfach Gegenstand von Erörterungen gewesen, und in neuerer Zeit, auf Huschke's Anregung, wieder geworden. Die betreffenden Aufsätze sind bei Puchta Pandekten §. 477. Note g citirt. Mich hat Huschke, so bewunderungswürdig auch der Scharfsinn ist, mit welchem er seine Ansicht vertheidigt hat, so wenig überzeugt, als diejenigen, welche als seine Gegner aufgetreten sind. Ich muß daher den Schluss der Stelle für verdorben halten. Ich behaupte, daß mir hier ein näheres Eingehen nicht gestattet ist.

Tage getreten sei, — davon wird noch näher geredet werden; ganz gewiß aber haben die Kaiser dabei auch die Natur gerade der Erbeinsetzung in Betracht gezogen, welche überhaupt gegen eine Differenz zwischen dem erklärten wirklichen und dem eigentlichen Willen weniger empfindlich ist, als das Vermächtniß. So heißt es ja auch, daß Ausschluß in einem zweiten nicht vollendeten Testamente des Vermächtnisses beraube, nicht der Erbschaft, — „hereditariæ quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat exceptione doli mali submovebitur“ (I. 22. D. de adim. 34. 4)⁷⁾. Mehr darf aber auch nicht gesagt werden; daß gerade die auf der Ermangelung der Voraussetzung ermangelnde Differenz zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen die Erbeinsetzung nicht minder berühre als das Vermächtniß, darf nach den oben mitgetheilten Stellen wenigstens als Resultat des römischen Rechtes nicht bezweifelt werden⁸⁾.

Die Ausdrücke, mit welchen in diesen Stellen die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung wegen ermangelnder Voraussetzung bezeichnet wird, machen es nicht nöthig, diese Unwirksamkeit für eine indirekte zu erklären. Von der andern Seite verbieten sie es auch nicht. So darf mit Rücksicht auf das, was für die übrigen Willenserklärungen nachgewiesen worden ist, behauptet werden, daß sie es in der That ist.

Als Mittel zur Geltendmachung dieser Unwirksamkeit bezeichnen jene Stellen die *denegatio actionis*. Daß nicht auch die *doli exceptio* genannt wird, ist für zufällig zu halten.

7) Siehe auch I. 36. §. 3. de test. mil. (29. 1).

8) Siehe auch I. 1. §. 8. D. si tab. test. nullæ (38. 6) (I. 11. §. 2. D. de B. P. s. I. (37. 11)). Was I. 4. §. 10. D. de exc. doli mali (44. 4) angeht, so ist wenigstens eine Nothwendigkeit, sie auf die Geltendmachung eines Erbrechtes nicht zu beziehen, nicht vorhanden. — Wenn daher in I. 3. C. de her. inst. (6. 24) Alexander den in Note 6 besprochenen Fall der I. 40. D. de her. inst. ganz zu Gunsten des Substituirten entscheidet, so ist anzunehmen, daß er (224) so entschieden haben würde, auch wenn ihm, wie es der Fall war, kein Soldatentestament vorgelegen hätte.

Von der Restitution desjenigen, was der unter einer ermangelnden Voraussetzung Eingesezte besitzt, ist in I. 7. C. de her. inst. (6. 24) die Rede; das darauf gerichtete Klagerrecht kann nur für eine *condictio* gehalten werden ⁹⁾.

55. Von der Verfügung, wodurch ein Sohn als Nichtsohn exhereditirt wird, heißt es in I. 1. §. 9. D. de Carb. ed. (37. 10) (vergl. I. 1. §. 10 eod.), daß sie ihn von der Erbschaft nicht ausschliesse, in I. 14. §. 2. D. de lib. et post. (28. 2), daß sie „nullius momenti“ sei. Der letztere Ausdruck ist sehr energisch, aber auch er mit einer indirekten Unwirksamkeit wenigstens nicht unvereinbar.

56. Es ist oben gesagt worden, daß sich in unseren Quellen vereinzelt Spuren auch der Ansicht finden, daß das letztwillig Zugewendete bei Ermangelung der Voraussetzung der Zuwendung nicht dem durch sie Beschränkten gebühre, vielmehr als *erepticiam*, d. h. als Etwas, was zwar der Honorirte nicht haben dürfe, was aber doch keinem Andern gegeben sei, behandelt werden müsse, — in derselben Weise also, wie die Erbesetzung, die nicht ausdrücklich, durch Ausstreichung des Namens des Eingesezten, oder zwar ausdrücklich, aber nicht in einem Testamente oder nicht in einem gültigen Testamente, zurückgenommen worden ist (I. 12. 16. §. 2. D. de his quæ ut ind. 34. 9, I. 4. C. de his quibus ut ind. 6. 35). Die Stellen, in denen diese Ansicht vertreten wird, sind I. 46. pr. D. de I. F. (49. 14), in welcher Hermogenianus lehrt, daß dem als Sohn Eingesezten, der später für untergeschoben erklärt wird, „aufertur quasi indigno successio“ ¹⁰⁾, — I. 5. §. 2. D. de his quæ ut ind. (34. 9), wo Paulus dem als Vormund Honorir-

9) In der citirten Stelle heißt es unter Anderem: „cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit“. Aber das bezieht sich nicht auf die Erbesetzung, sondern auf die versuchte Adoption, als Bruder, von welcher die Stelle handelt.

10) In I. 4. C. de her. inst. (6. 24) heißt es von einem solchen Eingesezten: „aufertur ei successionem“. Savigny (System III. Befuge VIII. Num. 17 Note e.

ten das Hinterlassene im Falle der Excusation *ut indigno* entzucht, aber nicht zu Gunsten des Fiscus, sondern des Kindes, „*cuius utilitates desertæ sunt*“, — endlich l. 25. C. de leg. (6. 37), in welcher Justinian diese letztere Meinung adoptirt hat. Die Stellen, in welchen auch für diese Fälle die Regel ausgesprochen wird, sind oben (Num. 25. a. C. und 26) angeführt worden.

§. 7.

Wann darf eine Voraussetzung angenommen werden?

57. Nachdem die rechtlichen Wirkungen der Voraussetzung dargestellt worden sind, ist jetzt die wichtige Frage zu beantworten, wann eine Voraussetzung angenommen, wann eine Willenserklärung als an eine Voraussetzung gebunden behandelt werden dürfe.

Es ist hier zunächst Folgendes zu sagen.

Wenn derjenige, welcher durch eine Willenserklärung einen Andern bereichert, seiner Erklärung hinzufügt, daß der Bereicherte bei einem gewissen — vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen, positiven oder negativen — Zustande der Verhältnisse die Bereicherung restituiren müsse, oder nicht solle geltend machen können, so hat er ohne Zweifel eine Willenserklärung unter einer Voraussetzung abgegeben ¹⁾; die Voraussetzung, unter welcher er den Empfänger bereichern wissen will, ist das Gegentheil jenes Zustandes. Wer Jemandem Etwas mit der Bestimmung gibt, daß er es ihm zurückgeben solle, wenn die von ihm mit einer gewissen Frau beabsichtigte Ehe nicht zu Stande komme, gibt ihm unter der Voraussetzung des Zustandekommens dieser Ehe.

sieht in diesem Ausdrucke einen hinlänglichen Beweis dafür, daß auch diese Stelle Indignität annimmt. Bezeichnung der Wirkung der ermangetenden Voraussetzung wird er allerdings sonst nicht gebraucht.

1) Num. 2. 18.

In einem solchen Falle erkennen wir aber aus den gewollten rechtlichen Wirkungen die gewollte Voraussetzung, nicht umgekehrt aus der gewollten Voraussetzung, daß bestimmte rechtliche Wirkungen stattfinden. Und insofern nun der praktische Sinn der aufgeworfenen Frage: wann darf eine Voraussetzung angenommen werden? eben der ist, daß wir erfahren wollen, wann jene Wirkungen eintreten, näher, wann die Willenserklärung in der in den §§. 5 und 6 charakterisirten Weise als unwirksam behandelt werden dürfe, auch ohne daß dies ausdrücklich ausbehalten worden ist, werden wir auf den bezeichneten Fall Rücksicht zu nehmen nicht geneigt sein, obgleich er allerdings bei der Allgemeinheit, in welcher die Frage gestellt worden ist und zunächst gestellt werden mußte, in der Beantwortung derselben nicht übergangen werden durfte.

58. Wann treten denn nun jene Wirkungen ein, ohne daß sie als gewollt speciell erklärt worden sind?

Vor Allem gewiß dann, wenn der deutsch Redende sich geradezu des Ausdruckes „Voraussetzung“ bedient, wenn er geradezu gesagt hat: ich will, aber nur unter dieser oder jener Voraussetzung.

Inwiefern den lateinischen Ausdrücken *conditio*, *causa*, *modus* dieselbe Bedeutung zugeschrieben werden dürfe, ergibt sich aus dem in §. 4 Gesagten.

Wie aber, wenn ein zutreffender Ausdruck zur Bezeichnung der gewollten Voraussetzung nicht gebraucht worden ist, darf dann eine Voraussetzung auch nicht anerkannt werden, oder werden wir umgekehrt zu sagen haben, daß, wo nur überhaupt unter einer Voraussetzung gewollt worden ist, ohne Weiteres auch die Wirkungen derselben anerkannt werden müssen?

Das Erstere werden wir gewiß nicht behaupten wollen, wenn wir uns erinnern, daß eine ausdrückliche Erklärung des Willens nur da erforderlich ist, wo das Recht für dieselbe

eine gewisse Form vorgeschrieben hat, was hier gewiß nicht der Fall ist.

Ist denn das Letztere zu behaupten?

Man wird die Frage nicht mißverstehen. Es wird nicht gefragt, ob eine Voraussetzung bloß deswegen, weil sie gewollt sei, angenommen werden müsse, auch ohne daß erkannt werden könnte, daß sie gewollt sei. Die Frage hätte ja gar keinen Sinn. Das Gewollte, welches als gewollt nicht erkannt werden kann, ist für die rechtliche Beurtheilung in der That ein nicht Gewolltes.

Wir nehmen also an, daß die rechtliche Beurtheilung erkeune, daß das in einer Willenserklärung als gewollt Erklärte nur unter einer Voraussetzung, nur für einen gewissen Zustand der Verhältnisse, gewollt worden sei. Aber genügt das, — darf sie schon deswegen diese Willenserklärung dem Rechte der Voraussetzung unterwerfen? Das ist unsere Frage.

Ich glaube, wir werden bei der Beantwortung derselben zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall unterscheiden müssen.

Für Willenserklärungen unter Lebenden ist sie ohne Zweifel mit einem sehr entschiedenen Nein zu beantworten. Auf Willenserklärungen unter Lebenden muß sich Jeder, wie sie abgegeben worden sind, verlassen können. Wird er in seiner Erwartung, daß die als gewollt erklärten rechtlichen Folgen auch wirklich eintreten, getäuscht, so ist das ein großes Uebel. Allerdings scheut das Recht aus überwiegenden Gründen auch vor diesem Uebel nicht zurück. Deswegen versagt es derjenigen Willenserklärung seine Anerkennung, welche dem wirklichen Willen nicht entspricht. Ein in der That nicht Gewolltes als Gewolltes zu behandeln, vermag es nicht über sich zu gewinnen. Aber hier handelt es sich ja nicht von einem nicht Gewollten, umgekehrt von einem in der That Gewollten. Daß

dasselbe eigentlich nur für einen gewissen Fall, für den entgegengesetzten nicht gewollt worden sei, darf Niemandem gegenüber behauptet werden, dem nicht diese Beschränkung des Willens als eine erkennbare entgegengetreten ist, der nicht den unbedingt erklärten Willen als einen dennoch beschränkten erkannt hat, oder doch erkennen mußte. Diese Erkenntniß also desjenigen, der sich auf eine Willenserklärung beruft, hat die rechtliche Beurtheilung zu verlangen, um auf die Willenserklärung das Recht der Voraussetzung anwenden zu können; diese Erkenntniß der gewollten Beschränkung ist es, auf welche es hier ankommt, nicht die übrige, zu welcher sie von ihrem Standpunkte aus zu gelangen vermag. In welcher Weise aber derjenige, welcher die Willenserklärung geltend macht, diese Erkenntniß erlangt hat, ob er sie aus der Willenserklärung selbst, oder nur aus den sie begleitenden Umständen geschöpft hat, ist an und für sich gleichgültig.

So bei Willenserklärungen unter Lebenden. Anderes werden wir für Willenserklärungen auf Todesfall zu sagen haben. Mehrere Umstände kommen zusammen, die den Satz, daß auf die abgegebene Willenserklärung, wie sie abgegeben worden ist, sich Jeder müsse verlassen können, als für sie nicht maßgebend erscheinen lassen. Eimal enthalten sie reine Liberalitäten. Das ist zwar auch bei Willenserklärungen unter Lebenden möglich; aber in diesen wird die Liberalität acceptirt²⁾, und dadurch gleichsam zum Eigenthum des Empfängers gemacht. Das fällt bei ihnen weg; weßwegen sie auch vom Testator willkürlich revocirt werden können. Und noch wichtiger, als dieses, ist Folgendes. Die letztwilligen Verfügungen sind überhaupt nicht sowohl dazu bestimmt, einer Person Etwas zuzuwenden, als vielmehr dazu, das Schicksal des Vermögens nach dem

2) Wenigstens in der Regel, — will ich hinzufügen, um nicht zuviel zu sagen.

Tode zu ordnen. Das ist nun allerdings nicht anders möglich, als dadurch, daß bestimmte Personen zur Succession in dasselbe berufen werden, denen dadurch denn auch — in der Regel wenigstens — ein Vortheil zugewendet wird. Aber auf jeden Fall ist dasjenige, was der Testator zunächst beabsichtigt hat, nicht dieser Vortheil; seine nächste Absicht war, zu bestimmen, wie es mit seinem Vermögen nach seinem Tode gehalten werden solle. Alle diese Gründe zusammen genommen berechtigen gewiß dazu, bei den Verfügungen auf Todesfall den eigentlichen Willen des Testators seinem erklärten gegenüber auch da zur Geltung zu bringen, wo derselbe nur überhaupt, wenn auch nicht gerade dem Honorirten, der dadurch beschränkt wird, erkennbar hervorgetreten ist. Bei ihnen darf die rechtliche Beurtheilung allerdings ihre Erkenntniß der gewollten Beschränkung für genügend halten.

59. Ob nun bei einer Willenserklärung die Voraussetzung, auf welche derjenige, welcher sie abgegeben hat, sich beruft, auf eine — je nach dem besondern Inhalt der Willenserklärung — genügende Weise erkennbar hervorgetreten sei, ist natürlich eine rein factische Frage. Die Theorie vermag eine Regel, aus welcher eine Antwort auf sie für alle Fälle gefunden werden könnte, nicht zu geben. Sie kann nur Fälle nennen, in welchen dem aufgestellten Erfordernisse in der That genügt ist, und, indem sie aufzeigt, wodurch ihm genügt ist, dadurch denn auch Fingerzeige für die Beurtheilung anderer Fälle geben. Mehr oder minder vermag sie dabei auch allgemeinere Gesichtspunkte zu finden. In diesem Sinne sollen nun im Folgenden die in den §§. 2. und 3 aufgezählten Fälle, in welchen das römische Recht eine Voraussetzung anerkennt, einer erneuten Betrachtung unterworfen werden. Dieselbe wird auch ergeben, daß der aufgestellte Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall

nicht nur vom Standpunkte allgemeiner Rechtsbetrachtung zu behaupten, sondern auch im römischen Rechte anerkannt ist. Von jenen wird in diesem Paragraphen, von den letzteren im folgenden die Rede sein.

A. Willenserklärungen unter Lebenden.

Absicht der Willenserklärung.

60. Eine der nächstliegenden und wichtigsten unter den Fragen, welche hier zu beantworten sind, ist die: ob die Voraussetzung der Willenserklärung durch die Absicht derselben gehörig ausgedrückt sei?

Wir nehmen also an, bei einer Willenserklärung sei demjenigen, welcher sich jetzt darauf beruft, genügend erkennbar entgegnetreten, daß sie in einer gewissen Absicht abgegeben werde: hat er deswegen anzuerkennen, daß sie unter der Voraussetzung der Erreichung dieser Absicht abgegeben worden sei?

So allgemein gestellt, kann diese Frage nur mit einem entschiedenen Nein beantwortet werden. Die Absicht an und für sich involvirt eine Voraussetzung durchaus nicht. In einer bestimmten Absicht wollen und unter der Voraussetzung der Erreichung dieser Absicht wollen, sind zwei durchaus nicht identische Dinge. Die Absicht geht dem Willen zwar vorher, sie erzeugt ihn; aber nachdem sie ihn erzeugt hat, ist sie durch kein Band mehr mit ihm verbunden, derselbe steht ihr gegenüber durchaus selbstständig da. So wird er auch von ihren Schicksalen nicht berührt.

Von der Absicht als solcher gilt in der That ganz dasselbe, was vom Beweggrunde (*causa praeterita* im Gegensatz der *causa futura*) gilt. Auch dieser ruft den Willen hervor, aber berührt ihn nicht weiter, nachdem er ihn hervorgerufen hat; auch hier ist das Band zwischen dem Erzeugenden und dem Erzeugten zerschnitten. Wenn daher in l. 72. §. 6. D. de cond. (35. 1) Papinian als Grund des Sages, daß *falsa causa*

legato non nocet, angibt: quia ratio legandi legato non cohæret, so ist das in der That vollkommen erschöpfend, aber in derselben Weise auch für Willenserklärungen unter Lebenden wahr; — man kann im Allgemeinen sagen: ratio volendi voluntati non cohæret; — wie denn die Stellen bekannt (I. 52. 65. §. 4. D. de cond. ind. 12. 6) und oben (Num. 35) abgedruckt sind, in denen auch auf ihren Bestand der Falschheit des Beweggrundes, aller Einfluß abgesprochen wird. Nicht deswegen, sagt die letztere der genannten Stellen, kann ich zurückfordern, was ich dir geschenkt habe, weil du mir die Dienste, für welche ich dich dadurch habe belohnen wollen, in der That nicht geleistet hast; denn ich habe dir doch immer schenken wollen. Dieser Wille wird von meinem Beweggrunde nicht berührt.

Schon diese Entscheidungen würden hinreichen, den Satz, daß die Vereitelung der Absicht nicht berechtige, sich der abgegebenen Willenserklärung zu entziehen, auch für das römische Recht festzustellen, wenn auch besondere Zeugnisse für denselben nicht sprächen. Aber auch an diesen fehlt es nicht. Andere werden noch unten genannt werden; hier wolle ich nur auf I. 3. §. 7. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) hin: *quamquam constet, . . eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret, vel amiciosem sibi eum esse futurum, repetere non posse opinione falsa deciptum*“.

Wie könnte es auch anders sein? Wie könnte mit einer anderen Regel irgend welche Sicherheit des Verkehrs bestehen? Die Absichten, in denen eine Willenserklärung abgegeben werden kann, sind gar mannichfach; und eine und dieselbe kann mehrere haben; hinter der einen kann eine andere stehen; wenn die Vereitelung einer jeden; und sei es auch nur der dem Gegner bekannt gewordenen, dazu berechnete, sich der Willenserklä-

zung zu entziehen, so würde des Stretes und der Anfechtung kein Ende sein.

Aber was hier von der Absicht gesagt worden ist, ist auch nur von der Absicht als solcher gesagt worden. Nur von der Absicht als solcher ist geleugnet worden, daß sie eine Voraussetzung involvire, daß in einer bestimmten Absicht wollen gleich sei dem Wollen unter der Voraussetzung ihrer Erreichung, daß also derjenige, dem die Absicht einer Willenserklärung erkennbar entgetreten sei, eben deswegen auch die Voraussetzung des Willens als gehörig ausgedrückt anerkennen müsse. Eben so energisch ist jetzt geltend zu machen, daß das für gewisse Absichten allerdings wahr ist.

Welches sind diese Absichten?

Es sind, um es sogleich mit einem Worte zu sagen, die ersten Absichten, vor denen keine anderen stehen. Hinter der ersten Absicht einer Willenserklärung, derjenigen, auf welche zunächst und unmittelbar der Wille gerichtet ist, können noch andere stehen; es ist das möglich, aber nicht nöthwendig; aber sie — die erste — kann nicht nicht vorhanden sein. Ohne alle Absicht will Niemand, ohne alle Absicht macht Niemand, wovon es sich hier speziell handelt, eine Vermögensaufopferung. Und so gewiß es nun ist, daß Niemand ohne alle Absicht eine Vermögensaufopferung macht, so gewiß ist es, daß er, wenn er eine macht, er sie nur für den Fall machen will, daß die erste Absicht, in der er sie macht, erreicht werde. Zwischen dieser Absicht und dem Willen, den sie hervorgerufen hat, bleibt allerdings, auch nachdem sie ihn hervorgerufen hat, ein Band bestehen; diese Absicht entläßt den Willen, den sie erzeugt hat, aus der Abhängigkeit nicht; dieser Absicht gegenüber stellt der Wille sich als selbstständigen nicht hin, — weil er es nicht vermag, weil er erst durch sie ein Lebensfähiges wird. Ohne sie ist nur ein Schatten vorhanden, ein Schemen ohne Fleisch

und Bein, — eine Vermögensanpfeuerung schlechthin, eine Vermögensaufpfeuerung in abstracto, ein Ding, das gewiß nicht gewollt ist, — und doch gewollt ist, — wirklich gewollt ist, aber nicht eigentlich. Wer nicht leugnen kann, daß ihm in einer dieser Absichten geleistet worden sei, kann auch nicht leugnen, daß ihm unter der Voraussezung ihrer Erreichung geleistet worden sei.

61. Welches sind denn nun die ersten Absichten dieser Art, vor denen keine anderen mehr stehen können?

Eine erste Absicht dieser Art ist zunächst die Absicht zu schenken. Aber diese Absicht fällt aus der Betrachtung, welche wir hier anstellen, heraus. Denn sie kann nicht erreicht werden, da ihre Erreichung kein von der Vermögensaufpfeuerung selbst verschiedenes thatsächliches Verhältniß erfordert.

Eine erste Absicht dieser Art ist ferner die Absicht, durch die Leistung, die man macht, eine Gegenleistung zu erlangen. Jedoch ist auch hier noch zu unterscheiden. Man kann zu diesem Ende einen zweiseitigen Vertrag abschließen. In demselben tauscht jede Parthei gegen ihre Verpflichtung die der anderen ein; sie gibt die ihrige für die der anderen. Aber sie gibt nicht ihre Verpflichtung unter der Voraussezung, daß auch die andere verpflichtet werde. Sie wird gar nicht verpflichtet, wenn es nicht auch die andere wird, die Verpflichtung der anderen Parthei ist stillschweigende Bedingung der ihrigen³⁾. Wieder, wenn in Folge des zweiseitigen Vertrages geleistet wird, so geschieht das nicht um der Gegenleistung willen, sondern in Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit. — Es ist aber auch möglich, daß ohne zweiseitigen Vertrag um einer Gegenleistung willen geleistet werde⁴⁾. Dann

3) Davon noch näher unten Num. 88.

4) Wenigstens nach römischer Rechtsanschauung. Ueber den Gegensatz zwischen derselben und der unserigen unten Num. 102.

begründet die Absicht der Leistung in der That eine Voraussetzung, und zwar, da sie nicht mit der Leistung selbst erreicht ist, eine Voraussetzung, welche möglicherweise erungelt sein kann.

Ebenso verhält es sich mit der Absicht, durch die Leistung eine Verbindlichkeit zu tilgen.

Man hat vielfach diese Absichten als die einzig möglichen ersten Absichten der Vermögensaufopferungen angesehen, und in diesem Sinne gesagt, jeder Vermögensaufopferung liege entweder der animus donandi, oder der animus obligandi (credendi), oder der animus solvendi zu Grunde. Aber es ist das irrig ⁵⁾. Welcher dieser animi ist z. B. beim Geben einer arrha, eines Pfandes vorhanden? Darauf, alle denkbaren zu nennen, muß die Theorie hier eben so verzichten, wie in jedem anderen Falle, in dem es sich nur faktische Möglichkeiten handelt. Sie hat dem Reichthume des Lebens zu dienen, nicht den vergeblichen Versuch zu machen, ihn zu beherrschen. Diejenigen ersten Absichten, welche als Voraussetzungen begründend, die Quellen sonst noch nennen, sollen unten aufgezählt werden. Vorher Näheres über den animus obligandi und den animus solvendi.

62. Leisten um den Empfänger dadurch zu einer Gegenleistung zu bestimmen, mit Aufertlegung der Verpflichtung zu einer Gegenleistung, ist gleich leisten unter der Voraussetzung, daß die Gegenleistung erfolge.

Die Leistung und die Handlung, welche durch dieselbe hervorgerufen werden soll, erscheinen hier als gleiche Werthe. Der Leistende leistet nicht mehr, als ihm die Handlung werth ist, der Empfänger empfängt nicht weniger, als sie ihm werth ist. Ob aber die Handlung im Interesse des Leistenden

5) Ober es muß der animus credendi so allgemein gesagt werden, daß er alle Bestimmtheit verliert und ganz zerfällt. S. z. B. *W e i ß* formelle Verträge S. 117.

liegt, oder im Interesse eines Dritten, ist hier vollkommen gleichgültig⁶⁾.

Die Entscheidungen der Quellen, welche bei nicht erfolgter Gegenleistung eine *condictio* des Geleisteten wegen Ermangelung der Voraussetzung anerkennen, sind oben (Num. 19 im ersten Theil) zusammengestellt worden. Daß entsprechenden Falls auch eine *exceptio* gegeben werde, versteht sich von selbst.

Aber auch nur derjenige kann *condictio* und *exceptio* in Anspruch nehmen, dessen an den Tag getretene Absicht in der That unmittelbar auf die Gegenleistung, nicht zunächst auf irgend etwas Anderes, gerichtet war. Ist dieses der Fall, so kann zwar immer noch das Erfolgen der Gegenleistung Voraussetzung seiner Leistung in der That gewesen sein, aber derjenige, dem sie gemacht worden ist, behauptet mit Recht, daß in der darauf gerichteten Absicht diese Voraussetzung als gewollt nicht an den Tag getreten sei.

In diesem Sinne heißt es in der bereits oben benützten I. 3. §. 7. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), daß derjenige, welcher gegeben habe „*ea spe quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret vel amicioiorem sibi eum esse futurum*“, nicht zurückfordern könne, wenn er sich in seiner Hoffnung getäuscht sehe. Es ist möglich, daß der Jurist angenommen habe, der Empfänger habe von der Absicht des Leistenden gar nichts gewußt, Gewicht legt er darauf nicht; das Entscheidende ist das⁷⁾, daß diese Absicht der Leistung nicht die erste war, die erste vielmehr die zu schenken. Erst durch die dem Empfänger erwiesene Wohlthat wollte der Leistende mittelbar jenes Andere erreichen.

6) Vergl. §. 2. Note 8.

7) Und in diesem Sinne ist die Stelle oben benützt worden.

Ganz dasselbe sagt I. 25. C. de transact. (2. 4). „Si maiores XXV. annis cum patruo vel avunculo vestro transigistis vel ei debita donationis causa sine aliqua conditione remisistis: non ideo, quod hoc eius hereditatis captandæ causa, i. e. spe futuræ successionis, fecisse proponatis, aliis eis succedentibus, instaurari finita debent“ Eure erste Absicht; — das ist auch der Sinn dieser Stelle, — war, eurem Oheim eine Liberalität zu erweisen⁸⁾, und diese ist erreicht; daß es die Absicht nicht ist, welche ihr wieder durch die Liberalität selbst habt erreichen wollen, ist gleichgültig. Oder war es nicht eure erste Absicht, eurem Oheim eine Liberalität zu erweisen, war eure erste die, ihn durch die ihm gemachte Leistung dazu zu bestimmen, euch zu Erben einzusetzen, so hätte ihr das durch Aufserlegung dieser Gegenleistung (conditio in diesem Sinne, s. Num. 33) ausdrücken sollen. In eurer Willenserklärung ist sie auf jeden Fall als erste nicht hervorgetreten.

Von demselben Falle handelt I. 34. C. de transact. (2. 4). „Cum donationis seu transactionis causa administratæ tutelæ debiti scientes vos obligationem fratri vestro remissæ proponatis, nec umquam volentibus dolus inferatur, frustra de dolo queremini: nec ad implendum promissum hereditatis propriæ pollicitatione quisquam adstringitur“. In diesem Rescripte erklären zwar die Kaiser — es sind dieselben, von denen auch I. 25. cit. herrührt, Diocletian und Maximilian — nicht ausdrücklich die *conditio ob causam datorum* für unzulässig; sie bleiben dabei stehen, daß ein *dolus* nicht vorlege; aber hätten sie dieselbe für begründet gehalten,

8) Denn auch der mit ihm abgeschlossene Vergleich ist als eine solche aufzufassen. Es ist sogar möglich, daß in der Stelle nur von einem schenkungsweise Erlaß die Rede sei, den nur die Anfragenden mit einem Ausdruck, welchen die Kaiser wiederholten um ihn zu verbessern, Vergleich genannt hatten.

so würden sie gewiß nicht unterlassen haben, die Anfragenden darauf zu verweisen. Auch hier also gehen sie davon aus, daß die Absicht, den Empfänger zur Hinterlassung seiner Erbschaft zu bewegen, nicht die erste Absicht der ihm gemachten Leistung gewesen, oder doch auf jeden Fall als erste nicht hervorgetreten sei. Von dieser Annahme glauben sie auch deswegen nicht abgehen zu dürfen, weil der Empfänger den Leistenden ausdrücklich zugesagt habe, daß er ihnen sein Vermögen hinterlassen wolle, — der einzige Umstand, wodurch sich der hier entschiedene Fall von dem der citirten l. 25. unterscheidet. Allerdings aber fassen die Kaiser diese Zusage nicht als im Zusammenhange mit der ihm gemachten Leistung stehend auf. Hätten sie einen solchen Zusammenhang angenommen, so hätten sie nicht sagen können: ihr habt keinen dolus erlitten, nicht euer Bruder hat euch durch Vorspiegelungen zu der ihm gemachten Leistung verleitet, sondern ihr selbst habt es gethan, (das ist der Sinn der Worte: „nec umquam volentibus dolus inferatur.“) Hätten sie angenommen, die Partheien seien darüber übereingekommen, die Geschwister sollten keinen weiteren Anspruch gegen ihren Bruder aus der von ihm geführten Vormundschaft erheben, dafür solle nach seinem Tode sein Vermögen an sie fallen, so hätten sie allerdings darin, daß er ihnen sein Vermögen entzog, einen dolus erblicken müssen. Dann aber hätten die Geschwister auch geltend machen können, daß er wohl gewußt habe, daß sie ihm nicht um ihm zu schenken, sondern um seiner Erbschaft willen Erlass gegeben hätten, und so das Erlassene condiciren können. Der Fall der Stelle ist daher so zu denken, daß dergleichen Verhandlungen zwischen den Partheien nicht geführt worden waren, daß die Geschwister vielmehr dem Bruder, um ihn in der guten Gesinnung gegen sie, welche er auch bereits durch eine ausdrückliche Zusage geäußert hatte, zu bestärken, einen Erlass gegeben hatten, den auf jeden Fall

der Bruder nur für einen schenkungsweise gegebenen halten konnte.

Man stelle der hier betrachteten Stelle die l. 4. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6) entgegen. „Si cum exiguum pecuniam revera susciperes, longe maiorem te accepisse cavisti, eo quod tibi patrociniū adversarius repromitteret, cum dicas, fidem promissi non secutam, ut libereris obligatione eius, quod non acceptum propter speratum patrociniū spondesti, per conditionem consequeris“. In dem Falle dieser Stelle, ist anzunehmen, war dem Versprechenden in der That unmittelbar für das Versprochene und um desselben willen (eo quod...) geleistet worden, und wenn auch in der ihm gegebenen Schuldburkunde von der zu machenden Gegenleistung weiter nicht die Rede war, so wußte er doch aus den gepflogenen Verhandlungen recht gut, daß sie ihm einzig um derselben willen gegeben worden sei.

63. Die erste Absicht, in welcher eine Leistung gemacht wird, kann auch die sein, dadurch eine Verbindlichkeit zu tilgen. Ist das der Fall, so ist ihre Voraussetzung, daß die beabsichtigte Liberation in der That eintrete. Es kann daher das Geleistete zurückgefordert — oder nach Umständen eine *doli exceptio* gebraucht — werden, wenn dieselbe nicht eintritt; wenn nur diese Absicht überhaupt, und als solche dem Empfänger erkennbar, hervorgetreten ist. Aus welchem Grunde aber die beabsichtigte Liberation nicht eingetreten ist, ist gleichgültig. Sie kann deswegen nicht eingetreten sein, — und das ist ein Hauptfall, — weil eine Verbindlichkeit gar nicht vorhanden war, (oder nicht existent geworden, oder wieder weggefallen ist,) oder deswegen, weil nicht die richtige Sache, oder deswegen, weil nicht an die richtige Person geleistet worden ist. Die Entscheidungen der Quellen, welche für diese verschiedenen Fälle ein Rückforderungsrecht anerkennen, sind oben (Num. 10 — 12) zusammengestellt worden.

Aber auch hier ist wohl darauf zu sehen, daß das Rückforderungsrecht — und, wo sie nöthig ist, die *doli exceptio* — nicht gestattet werde, wenn die vereitelte Absicht des Leistenden nicht in der That die erste war.

Wenn daher Jemand, der sich irrig für den Schuldner des A. hält, um sich von ihm zu liberiren, dessen Schuld an den B. tilgt, so kann er das dem B. Geleistete nicht zurückfordern. Denn die erste Absicht, in der er dem B. geleistet hat, war, dessen Forderung gegen den A. zu tilgen, und diese ist erreicht; die nicht erreichte, sich von dem A. zu liberiren, ist erst die zweite. In der That die erste ist sie für die dem A. durch die Befriedigung seines Gläubigers gemachte Leistung; und gegen den A. ist daher auch ein Rückforderungsrecht begründet. Wäre aber B. ebenfalls nicht Gläubiger des A., so wäre auch ihm gegenüber die erste Absicht der Leistung nicht erreicht, und daher nun auch er der Rückforderung unterworfen. Diese Sätze sind in folgenden Stellen enthalten: I. 44. D. de cond. ind. (12. 6) ⁹⁾, I. 2. §. 4. D. de don. (39. 5), I. 7. §. 1. D. de doli mali exc. (44. 4).

Ganz dasselbe muß natürlich dann gelten, wenn die Absicht des Leistenden, sich durch die Befriedigung des B. seinerseits von dem A. zu liberiren, aus einem anderen Grunde, als

9) Eine oft mißverstandene Stelle. „*Repelilio nulla est ab eo, qui suum recepit, tanetsi ab alio quam vero debitore solutum est*“. — L. 12. und 13. D. de nov. (46. 2) dürfen nicht hierher gezogen werden. Denn in diesen Stellen ist von dem Falle die Rede, wo Jemand auf *Delegation* seines vermeintlichen Gläubigers sich dessen wirklichem Gläubiger verpflichtet hat. Allerdings wird auch er diesem Gläubiger gegenüber nicht geschützt; aber nicht, weil er die erste Absicht bei ihm gemachten Leistung erreicht hat, sondern weil in der That ihm gegenüber seine Handlung keine selbstständige Bedeutung hat; er hat gar nicht ihm, sondern in seiner Person seinem Gläubiger, dem Deleganten, geleistet. So würde er dem Delegatar gegenüber eben so wenig Schutz ansprechen können, wenn dieser gar nicht Gläubiger des Deleganten gewesen wäre; oder höchstens dadurch, daß die *condictio*, welche dann durch seine Leistung bei Delegant gegen den Delegatar erworben hätte, auf ihn, weil auch er eine gegen den Deleganten hat, übertragen würde. Vergl. Num. 43.

weil er in der That dessen Schuldner nicht war, vereitelt worden ist. Gegen den B. hat er ein Rückforderungsrecht nicht, weil die erreichte Absicht ihm gegenüber nicht die erste war, gegen den A. hat er es, weil sie es ihm gegenüber war.

Auf demselben Grunde beruht der Satz, daß, wenn Jemand, um sich von einer vermeintlicher Gläubigerin zu befreien, deren Ehemanne eine dos gebe, er das Gegebene nicht deswegen zurückfordern könne, weil er der Frau in der That nichts schuldig war (l. 9. §. 1. D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4). Allerdings hat er in der Absicht gegeben, sich von der Frau zu liberiren, und diese Absicht ist nicht erreicht worden. Aber diese Absicht war auch nur der Frau gegenüber die erste, und daher kann er von ihr allerdings den ihr durch die Bestellung der dos zugewendeten Vortheil condiciren; dem Empfänger gegenüber war sie nicht die erste, diesem gegenüber vielmehr die erste, daß er eine dos habe, und diese ist erreicht worden. Wäre aber auch sie es nicht, z. B. die Ehe nicht zu Stande gekommen, so würde allerdings auch gegen ihn ein Rückforderungsrecht begründet sein (l. 7. pr. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4).

Ganz dasselbe muß natürlich gelten, wenn zur Befriedigung des A. dem B. in irgend einer anderen Absicht, die für diesen die erste ist, geleistet worden ist.

Ist ihm aber in einer besonderen Absicht nicht geleistet worden, so ist natürlich die Absicht, den A. zu befriedigen, die erste Absicht auch der ihm gemachten Leistung, und daher auch gegen ihn ein Rückforderungsrecht begründet, wenn A. nicht Gläubiger war oder Liberation von ihm aus einem anderen Grunde nicht erlangt wird. Deswegen heißt es, daß, wenn Jemand auf Auftrag seines vermeintlichen Gläubigers¹⁰⁾ dem-

10) Auf Auftrag, *iussu creditoris*, — nicht als *delegatus*, wo, wie gesagt, seine Leistung nur als eine Leistung an den Delegirenden, als der dem Delegatar Leistende nur dieser Letztere angesehen werden könnte.

jenigen versprochen habe, dem der Letztere schenken wollte, er gegen den, welchem er versprochen habe, *condictio und doli exceptio* (l. 2. §. 3. D. de don. 39. 5, l. 7. pr. D. de doli mali exc. 44. 4) habe. Da er diesem nicht hat schenken wollen, so ist in der That die Absicht seiner Leistung auch ihm gegenüber keine andere gewesen, als die, sich zu libertren, diese also auch die erste. Es versteht sich von selbst, daß sie auch demjenigen, dem geleistet worden ist, erkennbar gewesen sein muß. Wenn der Versprechende sich ihm als beauftragter Schuldner zu erkennen gegeben hat, so ist diesem Erfordernisse genügt.

Wenn vor der Absicht, sich durch die Leistung, welche man dem Einen macht, von einem Anderen zu libertren, Jenem gegenüber eine andere als erste steht, so ist es natürlich sehr gleichgültig, ob dieser von jener ferneren Absicht gewußt hat, oder nicht. Auch wenn er davon gewußt hat, begründet die Verittelung desselben gegen ihn keinen Anspruch¹¹⁾.

64. Kann nicht die erste Absicht einer Leistung auch die sein, einen anderen als einen obligatorischen Anspruch des Empfängers zu erfüllen?

Gewiß; nur muß man sich die Erstreckung dieses Falles nicht weiter vorstellen, als sie in der That ist.

Denn von einer Leistung in dieser Absicht kann nur da die Rede sein, wo gerade dasjenige geleistet wird, was dem Empfänger in Folge seines Anspruches gebührt. Wird ihm etwas Anderes geleistet, so ist die Absicht der Leistung in der That nicht sowohl die Erfüllung des Anspruches des Empfän-

11) Von den in dieser Nummer besprochenen Fragen handelt weitläufiger *Erleben* die *conditiones sine causa*, §. 9 und 10. Ich glaube, daß in meiner Darstellung die leitenden Grundsätze schärfer hervortreten. Auch hat *Erleben* die Fälle, wo ein vermeintlicher Schuldner, wenn auch *iussu creditoris*, doch selbstständig, und die, wo er nur als *Delegirter* einem Anderen leistet, nicht auselinander gehalten, und deswegen Schwierigkeiten gefunden, wo, wie ich glaube, keine sind.

gers, welche durch die Leistung gar nicht erreicht werden kann, als vielmehr, daß der Empfänger sich mit dem Geleisteten zufrieden stelle, dafür auf seinen Anspruch verzichte, oder auch ihn auf den Leistenden übertrage. Die erste Absicht der Leistung ist also in der That die Erlangung einer Gegenleistung.

Wenn daher Jemand demjenigen, den er für den Eigenthümer einer Sache hält, den Besitz derselben überträgt, demjenigen, dem er eine Servitut zuschreibt, die Ausübung derselben gewährt, so ist die erste Absicht seiner Leistung allerdings, den dinglichen Anspruch des Empfängers zu erfüllen, und er kann wegen ihrer Vereitelung, namentlich also, wenn der Empfänger das ihm zugeschriebene Recht in der That nicht hat, das Gewährte condiciren.

Wenn dagegen ein Erbe mit einem vermeintlichen Miterben theilt, so steht allerdings auch ihm eine Condictio des demselben Geleisteten zu (Num. 15), und auch wegen vereitelter erster Absicht seiner Leistung; aber diese Absicht war nicht die Erfüllung des erbrechtlichen Anspruches des Empfängers, sondern die, daß derselbe seinerseits demjenigen Theil des Rechtes, welchen er an den ihm — dem Leistenden — zugesprochenen Gegenständen habe, ihm übertrage; welche Gegenleistung nicht erfolgen konnte, weil der Empfänger das zu Uebertragende gar nicht hatte.

65. An die Absicht der Erfüllung eines Anspruches schließt sich als ferner mögliche erste — und daher eine Voraussetzung begründende — Absicht die an, durch die Leistung die Bedingung einer testamentarischen Zuwendung zu erfüllen, und dadurch sich oder einem Dritten das Zugewendete zu verschaffen. Auch diese Absicht, wie die Absicht der Erfüllung eines Anspruches, geht darauf, einen juristischen Effect zu erzielen. Wir betreten hiermit das Gebiet derjenigen Leistungen, die weder *animo donandi*, noch *animo obligandi*, noch *animo solvendi* geschehen.

In der That, wer *conditionis implendæ causa* leistet, hat keine dieser Absichten; obgleich er allerdings, wenn er durch seine Leistung einem Dritten das ihm testamentarisch Zugewendete verschaffen will, diesem gegenüber *animo donandi* handeln kann.

Die Stellen, welche ein Rückforderungsrecht anerkennen, wenn diese Absicht nicht erreicht wird, (oder nicht erreicht bleibt,) sind oben (Num. 22) angeführt worden: dieselben haben auch ergeben, daß es darauf nicht ankommt, aus welchem Grunde dieselbe nicht erreicht wird, ob deswegen, weil die Verfügung ungültig ist, oder weil der Honorirte auf die Zuwendung verzichtet, oder weil er das Zugewendete bereits hat.

Eine der an dem genannten Orte angeführten Stellen (l. 3. §. 7. D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4) ist dadurch merkwürdig, daß in ihr von einer Meinung berichtet wird, welche in diesem Falle eine Voraussetzung nicht anerkennen wollte. Es ist dies die Meinung des älteren Celsus, welcher einem Sklaven, der im Testamente unter der Bedingung einer Leistung, dann im Codicille *puro* freigelassen, jene Leistung dennoch gemacht hatte, die Condition des Geleisteten versagen zu müssen glaubte. Aber der jüngere Celsus war anderer Meinung, „*naturali æquitate motus*“, wie Ulpian berichtet, der denn auch sich eben dahin ausdrückt¹²⁾.

66. Die erste Absicht einer Leistung kann ferner die sein, daß das Geleistete bei dem Empfänger eine gewisse Function erfülle. Ihre Voraussetzung ist dann diese Function. Trifft daher dieselbe nicht ein, oder hört sie wieder auf, so kann das Geleistete zurückgefordert werden, — insofern nur, welches Er-

12) Gerade an diesem Orte ist es, wo dann Ulpian die schon oben benützten Worte anfügt: „*quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret, vel amioiorem sibi eum esse futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum*“. Erste und nicht erste Absicht sind hier einander entgegengestellt, wenn auch der Gegensatz zwischen ihnen als solcher nicht bezeichnet ist.

forderniß sich von selbst versteht, diese Absicht dem Empfänger genügend erkennbar gewesen ist.

Deswegen kann die *arrha condicirt* werden, wenn der Vertrag, für den sie gegeben ist, ungültig oder vollzogen ist: deswegen das Pfand nach getilgter Schuld (Num. 14). Die Function, zu welcher hier gegeben ist, ist, Zeugniß zu sein für den geschlossenen Vertrag, Sicherheit für die eingegangene Verbindlichkeit.

Eben darauf beruht die *Condicition* des als *dos* Gegebenen, wenn die Ehe, für welche sie gegeben worden ist, nicht zu Stande kommt (Num. 20). Man könnte in dem Geben einer *dos* eine Schenkung an den Mann sehen wollen, insofern derselbe wenigstens durch die Früchte des Empfangenen bereichert wird. Aber die principale Absicht des Gebens ist nicht auf diese Bereicherung gerichtet, sondern darauf, den Bedürfnissen einer Ehe entgegenzukommen. Erst eine Folge dieser Function des Gegebenen ist die Bereicherung des Empfängers¹³⁾.

Durch die Auflösung der Ehe hört zwar das als *dos* Gegebene auf, *dos* zu sein. Aber bereits oben (Num. 20) ist bemerkt und gezeigt worden, daß das römische Recht, wo nicht eine gegenseitliche Erklärung vorliegt, annehme, der Geber einer *dos* habe das Gegebene auch zu den ferneren Functionen geben wollen, welche es selbst, wo es freie Hand hat, nach aufgelöster Ehe demselben auferlegt, der Frau eine neue Ehe möglich zu machen, oder, wenn sie nicht mehr lebt, dem Manne ein Beitrag zu der fortdauernden Last der Kindererziehung zu sein.

In derselben Weise können die als *παράθερα* dem Manne gegebenen Sachen der Frau *condicirt* werden, wenn keine Ehe zu Stande kommt, sie aber auch, wenn die zu Stande gekommene wieder aufgelöst wird (Num. 21). Als *παράθερα*

13) Daher liegt auch in dem Geben einer *dos* keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten. Vergl. Savigny System IV. S. 82.

sind sie dem Manne zu der bestimmten Function, während der Ehe von ihm besorgt zu werden, gegeben worden.

Ferner kann man hierher das Geben eines Slaven in quaestionem stellen, wovon l. 8. D. de praeser. verb. (19. 5) spricht¹⁴⁾.

Endlich aber kann die Function, zu welcher Etwas geleistet wird, auch darin bestehen, daß mit demselben in gewisser Weise verfahren, es an einen Andern weiter gegeben, oder sonst in gewisser Weise verwendet werde. Jedoch gehören nicht alle Fälle, in denen in dieser Weise geleistet worden ist, hierher. Möglicherweise kann in denselben auch eine Schenkung vorliegen, welche nur durch die dem Geschenkten auferlegte Function beschränkt worden ist. Dies ist dann der Fall, wenn — bei vorhandenem animus donandi — das Vermögen des Empfängers trotz der Erfüllung der gemachten Auflage vermehrt bleibt. Z. B., es ist ihm auferlegt worden, für das Gegebene eine Sache anzukaufen (l. 2. §. 7. D. de don. 39. 5¹⁵⁾, es an einen Andern so weiter zu geben, daß er es nach gewisser Zeit zurückbekommt, etwa als Darlehn (l. 20. D. de R. C. 12. 1), oder es ihm erst nach gewisser Zeit zu geben (l. 3. C. de don. quæ sub modo 8. 55), den gegebenen Slaven erst nach einer gewissen Zeit freizulassen (l. 18. §. 1. D. de don. 39. 5¹⁶⁾). Aber auch wenn die Erfüllung der Auflage eine Vermögensvermehrung bei dem Empfänger nicht zurückläßt, — z. B. er soll das Empfangene als dos geben (l. 5. §. 9. l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3), — kann eine Schenkung vorliegen, wenn es ihm in der Absicht gegeben wor-

14) Ist, wie das l. 15. D. de cond. c. d. c. n. s (12. 4) annimmt, ausdrücklich hinzugefügt worden, daß der Slave zurückgegeben werden solle, wenn er nicht für schuldig befunden werde, so ist die Voraussetzung der Leistung durch ihre Absicht nicht ausgedrückt.

15) Jedoch ist es auch möglich, den Fall dieser Stelle so zu fassen, daß der animus donandi ausgeschlossen ist. S. Num. 112.

16) „Sed . . quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait; potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur“.

den ist, ihm dadurch eine Ausgabe, die er auch sonst gemacht haben würde, zu ersparen. Und selbst wenn ihm dadurch eine Ausgabe, die er zu machen wünscht, aber aus eigenem Vermögen zu machen nicht im Stande ist, erst möglich gemacht werden soll, müssen wir sagen, es sei ihm geschenkt worden. Es ist ihm nicht gegeben worden, damit ein Anderer Etwas habe, sondern damit er seinen Wunsch, Etwas wegzugeben, befriedigen könne¹⁷⁾. Ist ihm aber in dieser Weise nicht in der Absicht gegeben worden, um ihm eine Ausgabe zu ersparen oder erst möglich zu machen, so liegt eine Schenkung entschieden nicht vor, und der Fall gehört hierher. Von dieser Art sind die Fälle der oben Num. 17 zuerst genannten Stellen, der l. 49. D. de don. i. v. e. u. (24. 1) und der l. 11. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). In jener heißt es: „Mulier, quæ ad communem filium volebat qui in potestata patris erat post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restituatur filio“. In der zweiten Stelle ist von dem Falle die Rede, wo ein Erbe, dem auferlegt worden ist, dem Erblasser „arbitratu liberti certa summa“ ein Monument zu errichten, dem Freigelassenen das Geld sogleich gegeben hat, damit dieser das Monument selbst errichte.

Uebrigens ist das Interesse der Frage, ob in einem solchen Falle eine Schenkung vorliege, oder nicht, vorzugsweise ein systematisches. Denn auch wenn geschenkt worden ist; kann das Gegebene wegen Nichterfüllung der Zweckbestimmung — wenigstens in der Regel — *condicirt* werden¹⁸⁾. Darüber in der nächstfolgenden Nummer.

17) Allerdings aber ist er nach erfüllter Auflage nicht mehr reich, und deswegen müssen die positiven Vorschriften über die Schenkung hier keine Anwendung finden. So heißt es namentlich in l. 5. §. 9. D. de l. d. cit., daß, wenn eine Frau ihrem Manne gebe, damit er davon seiner Tochter eine dos bestelle, das keine verbotene Schenkung zwischen Ehegatten sei.

18) Nur dann, wenn die Erfüllung der Auflage ohne Schuld des Empfängers unmöglich ist, wird die Frage von einiger Bedeutung. S. Num. 112.

67. Vorher ist noch etwas Anderes zu sagen. Es kann auch vorkommen, daß die Absicht einer Handlung, welche im Vermögensinteresse eines Andern vorgenommen wird, gar nicht darauf geht, demselben irgend Etwas zu verschaffen, was er nicht schon hat; es soll ihm dadurch nur die Geltendmachung einer ihm zustehenden Befugniß erleichtert und gesichert werden. Hierher gehört es, wenn der Darlehensschuldner dem Darlehensgläubiger noch einmal vorbis verspricht, oder ihm ein Empfangsbekennniß ausstellt, oder der Schuldner überhaupt dem Gläubiger ein Schuldbekennniß¹⁹⁾. Auch diese Absicht ist eine erste, und daher ihre Erreichung Voraussetzung der Leistung. Sie wird aber nicht erreicht, wenn der Empfänger die ihm zugeschriebene Berechtigung gar nicht hat, (oder nicht erwirbt, oder wiederaufhört zu haben.) Denn dann hat er durch das ihm Gegebene in der That Etwas, was er vorher nicht hatte. Deswegen wird in diesen Fällen dem Leistenden durch *doli exceptio* und *condictio* geholfen. Die betreffenden Stellen sind in Num. 13 angeführt worden.

Was für Schuldbekennnisse, gilt auch für Quittungen.

Auferlegte Verpflichtung.

68. Wir beginnen hiermit die Betrachtung derjenigen Voraussetzungen, deren Inhalt nicht die Erreichung der ersten und nächsten Absicht der Willenserklärung ist. Es sind also Voraussetzungen, deren Ermangelung die Willenserklärung nicht in ihrem Kern berührt; trotz der Ermangelung derselben könnte sie an und für sich in voller Lebenskraft fortbestehen. Sie wird für unwirksam erklärt, nicht weil sie dem eigentlichen Willen des Leistenden nicht entsprechen kann, sondern weil sie demselben nicht entspricht. Es liegt auf der Hand, daß wir uns bei der Beantwortung der Frage, wann eine Voraussetzung dieser

19) Das Geben eines Pfandes gehört nicht hierher. Denn dadurch soll in der That dem Gläubiger Etwas verschafft werden, was er als Gläubiger nicht hat.

Art angenommen werden dürfe, auf einen schwankenderen Boden begeben, als derjenige ist, auf dem wir bisher gestanden haben.

Eine Voraussetzung dieser Art erkennt nun das römische Recht zunächst unbedingt da an, wo dem Empfänger einer Leistung eine Verpflichtung auferlegt worden ist.

Auch das Leisten, dessen erste Absicht die Hervorrufung einer Gegenleistung ist, oder daß der Empfänger sich in gewisser Weise zu dem Gegebenen verhalte, läßt sich als Leisten mit Anferlegung einer Verpflichtung fassen. Von diesem Falle reden wir hier nicht; wir reden nur von der Anferlegung einer Verpflichtung bei solchen Leistungen, deren erste Absicht etwas Anderes ist, als das Bewirken der auferlegten Handlung²⁰⁾.

An und für sich kann dem Empfänger eine Verpflichtung bei jeder Art des Leistens, welches auch seine erste Absicht sein mag, auferlegt werden. Aber nicht bei jeder Art des Leistens wird es geschehen; so bei dem Zahlen, dem Geben einer arrha. Beim Leisten im zweiseitigen Vertrage vermehrt die auferlegte Verpflichtung nur die bereits vorhandene des Gegners²¹⁾. Ebenso wenn demjenigen, dem geleistet wird, um ihn zu einem Handeln zu bestimmen, außerdem noch eine Verpflichtung auferlegt wird; daher wird dadurch keine neue Art der Voraussetzung begründet, sondern nur diejenige, welche bereits durch die Absicht der Leistung ausgedrückt ist, quantitativ verstärkt. So findet diese Voraussetzung ihre Hauptanwendung bei der Schenkung.

Die Verpflichtung nun, welche dem Beschenkten auferlegt wird, kann entweder darin bestehen, das Empfangene weiter zu geben oder in bestimmter Weise zu verwenden. Von diesem

20) Daß auch die Anferlegung der Verpflichtung, an den Geber selbst zurückzugeben, abgeschlossen bleibt, braucht wohl nicht mehr bemerkt zu werden. • S. Num. 18.

21) Vergl. l. 41. pr. D. de contr. emt. (15. 1)

Falle ist in Num. 66 bereits geredet worden. Oder es kann dem Beschenkten auferlegt werden, seinerseits — im Interesse des Gebers oder eines Dritten — Etwas zu leisten oder zu thun. Die Stellen, welche in diesem Falle eine Voraussetzung anerkennen, sind in Num. 19 a. E. genannt worden. Natürlich muß in diesem Falle das Auferlegte einen geringeren Werth haben, als das Gegebene; sonst ist keine Schenkung vorhanden, sondern Leistung in der Absicht, zu einer Handlung zu bestimmen.

69. Eine Voraussetzung dieser Art darf aber auch nur dann angenommen werden, wenn es feststeht, daß dem Beschenkten in der That eine Verpflichtung auferlegt worden ist.

Hierher können einmal wieder die bereits in Num. 62 behandelten 1. 3. §. 7. D. de cond. c. d. e. n. s. (12. 4) und 1. 25. und 34. C. de transact. (2. 4) gezogen werden. Die Fälle, von welchen diese Stellen reden, sind an dem angeführten Orte von der Seite betrachtet worden, daß die nicht erreichte Absicht der gemachten Leistung nicht die erste war, die erste vielmehr die zu schenken: hierher gehören sie insofern, als der Schenker sich auch nicht darauf berufen konnte, daß die dem Beschenkten gemachte Auflage nicht erfüllt sei, da er seinen Willen gar nicht ausgesprochen hatte.

Obgleich ein ausdrückliches Aussprechen dieses Willens, wenn er sonst klar vorliegt, nicht erforderlich ist. So kann derjenige, dem ein Vermögen geschenkt worden ist, sich der Verpflichtung, die darauf liegenden Schulden zu bezahlen, nicht entziehen, wenn davon auch nichts gesagt worden ist; denn: *patrimonium non intelligitur nisi deducto ære alieno*. Jener Satz ergibt sich aus 1. 28. D. de don. (39. 5) ²²).

Und von der anderen Seite wieder, auch wenn der Schenker das von dem Beschenkten Vorzunehmende bei der Schenkung

22) Welche allerdings daraus nur die Folgerung zieht, daß der Beschenkte mit der *actio praescriptis verbis* hafte. Aber wo sie, ist gewiß auch eine *condictio* begründet.

ausdrücklich bezeichnet hat, kann es dennoch zweifelhaft sein, ob er ihm damit in der That eine Verpflichtung hat auferlegen wollen. Zwar nicht dann, wenn er ausgesprochen hat, daß der Empfänger seinerseits etwas leisten oder thun, oder auch, daß er das Empfangene zum Besten eines Andern verwenden, z. B. es ihm als Darlehn geben, oder nach einer gewissen Zeit ganz restituiren solle. Aber wie, wenn er es zu seinem eigenen Vortheil verwenden soll, z. B. zum Ankauf einer Sache, oder doch in seinem eigenen Interesse, z. B. zu einer dos für seine Tochter? Möglich ist es zwar auch hier, daß der Schenker dem Beschenkten zu dieser Verwendung hat verpflichtet, daß er ihm zwar eine Liberalität hat erweisen wollen, aber nur zu dem bezeichneten Zwecke, also abgesehen von diesem Zwecke nicht, — möglich aber auch, daß er ihm eine Liberalität ohne alle Verpflichtung hat erweisen wollen, daß er den Zweck, welchen er genannt hat, nur deswegen genannt hat, weil er der Ansicht war, die Erreichung desselben sei dem Beschenkten besonders erwünscht, im Uebrigen vollkommen bereit gewesen ist, das Geschenke auch einer anderen Verwendung zu überlassen, wenn diese dem Beschenkten mehr genehm sein sollte. Wann das Eine, wann das Andere gemeint sei, läßt sich nur im einzelnen Falle ausmachen. Stellen, welche hierher gehören, sind folgende.

L. 2. §. 7. D. de don. (39. 5). Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret. Quæro, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam? Respondit: facti magis quam iuris quæstio est. Nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, *aliter non daturus*, mortuo Sticho conditione repetam. Si vero *alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum donare proposuerat*, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam conditio dandæ pecuniæ existimari debet, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

L. 13. §. 2. D. de don. i. v. e. u. (24. 1). Cum quis acceperit, ut in suo ædificet, condici ei non potest, quia magis donari ei videtur. Quæ sententia Neratii quoque fuit. Ait enim, datum ad villam exstruendam vel agrum serendum, quod alioquin facturus non erat is, qui accepit, in speciem donationis cadere. Ergo inter virum et uxorem hæ erunt interdictæ.

In der ersten dieser Stellen wird angenommen, der Schenker habe schon früher die Absicht zu schenken gehabt, und habe nur, weil er von einer von dem Beschenkten beabsichtigten Ausgabe gehört habe, sein Geschenk so eingekleidet, daß er gesagt habe, er schenke zu dieser Ausgabe. Dann ist es gewiß klar, daß diese Verwendung nicht die Voraussetzung seiner Schenkung war. Aber auch dann kann er dieselbe als Voraussetzung sehr wohl nicht gemeint haben, wenn er sie durch seine Schenkung erst hat möglich machen wollen. Das nimmt ausdrücklich die zweite Stelle an („quod alioquin facturus non erat is qui accepit“), indem sie eben daraus schließt, daß der Schenker nichts gewollt habe, als dem Beschenkten eine Wohlthat erweisen („quia magis donari ei videtur“), also auch eine andere Verwendung, wenn der Beschenkte sie jener noch vorziehen sollte, nicht habe ausschließen wollen.

Auch l. 25. C. de I. D. (5. 12) ist hierher zu stellen. Es heißt in derselben, daß aus der Stipulation der Frau, in welcher sie sich von dem Manne ihre dos habe versprochen lassen mit dem Zusatze, „ut de ea testari possit“, auch dann geklagt werden könne, wenn die Frau ohne Testament gestorben sei. Der Mann hat dasselbe versprochen, was die Frau stipulirt hat, also auch mit jenem Zusatz versprochen; aber das Rescript findet keine Gründe, die es wahrscheinlich machen, daß er durch ihn eine Voransetzung habe begründen wollen.

Endlich darf hier noch eine Stelle genannt werden, welche zwar von einer testamentarischen Verfügung redet, aber nichts

enthält, kraft dessen sie auf Liberalitäten unter Lebenden nicht bezogen werden dürfte, die l. 71. pr. D. de cond. (35. 1). „Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt. Non esse cogendum Titium cavere, Sextus Cæcilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur“.

70. Hier nun ist eine Bemerkung zu machen, die sich auf alle Voraussetzungen, welche eine Handlung des Empfängers zum Gegenstande haben, bezieht. Wir haben verschiedene Arten der Leistung unter einer Voraussetzung dieses Inhaltes kennen gelernt, — Leistung, um den Empfänger zu einer Handlung zu bestimmen, Leistung mit der Auflage, dem Empfänger eine gewisse Function zu geben, endlich hier zuletzt Schenkung mit der Auferlegung einer Verpflichtung. So verschieden auch diese Fälle im Uebrigen sind, so erhebt sich doch in Beziehung auf alle die gemeinsame Frage, ob es denn in der That für den eigentlichen Willen des Leistenden gehalten werden müsse, daß der Empfänger bei Nichtvollziehung der auferlegten Handlung das Empfangene verlieren, und nicht viel mehr, daß er es behalten und die Handlung vollziehen, d. h. im Weigerungsfalle zur Vollziehung derselben gezwungen werden solle, — so daß nur in dem Falle, wo ein solcher Zwang nicht möglich ist, die Leistung als unter einer Voraussetzung gemacht betrachtet werden dürfte.

Diese Frage ist keine Frage nach dem Inhalte des römischen Rechtes. Daß dasselbe immer und in allen Fällen, wo die gemachte Auflage nicht erfüllt wird, die Befugniß anerkennt, die Leistung als unwirksam zu behandeln, steht durch das Ge-

sagte vollkommen fest. Es ist vielmehr eine Frage nach der Berechtigung desselben, die Leistung unter einer Auflage so zu behandeln, wie es in der That thut.

Die Beantwortung dieser Frage wird aber zweckmäßiger hier ausgesetzt. Einmal weil sie die Darstellung des wirklichen Inhaltes des römischen Rechts zu sehr unterbrechen würde, sodann weil in einem andern Zusammenhange (Num. 101) das zu Sagende in ein besseres Licht gestellt werden kann, als es hier möglich sein würde.

Unvermitteltes Hervortreten der Voraussetzung.

71. Mit dieser Ueberschrift soll Folgendes angedeutet werden. In den bisher betrachteten Fällen stellt die gewollte Voraussetzung sich in den Inhalte der Willenserklärung dar; sie wird aus diesem Inhalte erkannt. Sobald es feststeht, daß eine Leistung in einer bestimmten ersten Absicht, mit Anferlegung einer Verpflichtung gemacht worden sei, steht es auch fest, daß sie unter der Voraussetzung der Erreichung dieser Absicht, der Erfüllung dieser Verpflichtung gemacht worden sei. Wir gehen jetzt weiter, und fragen, ob nicht eine Voraussetzung auch da angenommen werden dürfe, wo sie in dieser Weise durch das Medium des sonstigen feststehenden Inhaltes der Willenserklärung nicht zur Erscheinung gekommen ist, ob nicht der Leistende, auch wo er sich in dieser Weise auf den übrigen Inhalt seiner Willenserklärung nicht berufen kann, dennoch geltend machen könne, daß es nicht anzunehmen gewesen sei, und der Empfänger nicht habe annehmen dürfen, daß ihm überhaupt oder doch unter den ihm bekannten Umständen, unter welchen ihm geleistet worden sei, eine Leistung der Art, wie ihm gemacht worden sei, auch für den Fall, der jetzt vorliege, habe gemacht werden sollen?

Wer diese Frage mit einem unbedingten Nein beantwortet wollte, würde gewiß sehr Unrecht thun. Es hieße das mit

anderen Worten, die Möglichkeit einer stillschweigenden Willenserklärung in dieser speciellen Anwendung leugnen. Von der andern Seite läßt sich nicht bestreiten, daß gerade hier die Schlüsse, auf welche sich der Leistende beruft, sehr häufig ein zweifelloses Resultat nicht gewähren werden, und die Gefahr vorhanden ist, daß eine leichtsinnige Rechtsanwendung die Sicherheit des Verkehrs in ungemeinem Grade beeinträchtige. Es ist daher der richterlichen Beurtheilung die äußerste Vorsicht zu empfehlen.

Ein sehr wichtiges negatives Resultat ist bereits durch die bisherige Darstellung gewonnen worden. Daraus, daß die Willenserklärung in einer bestimmten Absicht, welche nicht die erste und somit Bestandtheil des Willens ist, abgegeben worden ist, darf so wenig wie daraus, daß sie aus einem bestimmten Beweggrunde gemacht worden ist, geschlossen werden, daß sie unter einer Voraussetzung — der Erreichung dieser Absicht, der Begründetheit dieses Beweggrundes — gemacht worden sei.

Die Aufgabe der folgenden Darstellung wird es sein, den Gang, welchen das römische Recht in Anerkennung und Nichtanerkennung einer nicht aus dem Inhalte der Willenserklärung folgenden Voraussetzung einhält, näher darzulegen.

72. Wenn der Brant von dem Bräutigam, oder dem Bräutigam von der Braut, (oder einem der beiden Verlobten von den Aeltern des andern, oder umgekehrt,) geschenkt worden ist, darf dann gesagt werden, daß diesen Personen in ihrer Eigenschaft als künftigen Ehegatten (oder Schwiegerältern) geschenkt worden sei, und daher zurückgefordert werden, wenn die Verlobung nicht zur Ehe führt? Den Nachweis, daß dies die Meinung des Schenkenden gewesen sei, gestattet ein Rescript von Alexander (I. 2. C. de don. a. n. 5. 3); zwei von Diocletian und Maximilian (I. 10. 11. C. eod.) versagen das Rückforderungsrecht. Offenbar hatten diese Kaiser in den ih-

nen zur Entscheidung vorgelegten Fällen Umstände gefunden, aus denen sie die Ueberzeugung schöpften, daß die Schenkung in dieser Meinung nicht gemacht worden sei. So lehrt auch Papinian (Vat. fr. §. 262), daß nicht zurückgefordert werden könne, wenn „simpliciter“, zurückgefordert werden könne, wenn „affinitatis contrahendæ causa“ geschenkt worden sei, und Julian (l. 1. §. 1. D. de don. 39. 5) findet ein Rückforderungsrecht dann begründet, „si hac mente donat sponsus sponsæ, ut nuptiis non secutis res auferatur“. Wenn daher Constantin in der Verfügung, welche uns in l. 2. C. Th. de spons. (3. 5) und l. 15. C. I. de don. a. n. (5. 3) aufbehalten ist, von einer „veterum sententia“ spricht, „quæ donationem in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere“, so ist das entweder ein Irrthum, oder er hat das „valere“ nicht scharf genommen, und damit gemeint „valere posse“. Wie dem aber auch sei, er bestimmt nun, daß die Schenkung zwischen Brautleuten bei nicht zu Stande kommenden der Ehe immer unwirksam werden solle, indem er jedoch ausdrücklich erklärt, daß er von dem Falle rede, wo „futuri causa matrimonii“ geschenkt worden sei, welcher Passus in der Justinianischen Redaction der Verfügung so erweitert ist: „sive adfinitis cœundæ causa sive non ita . . . tamquam futuri causa matrimonii . . . largiantur“. Wenn Constantin später (l. 6. C. Th. l. 16. C. I. tt. ec.) in dem Falle, wo die Ehe durch Tod einer Parthei gehindert wird, das Rückforderungsrecht des Bräutigams „osculo interveniente“ auf die Hälfte beschränkt hat, so läßt sich das noch auf die Ansicht zurückführen, daß aus jenem Zeichen der Liebe geschlossen werden müsse, der Bräutigam habe seiner Braut weniger als Braut, d. h. zukünftiger Ehefrau, denn als einer geliebten Person schenken wollen. Die übrigen Beschränkungen des Rückforderungsrechtes aber, welche der Kaiser verfügt hat, und welche in der Note zu Num. 21

genannt worden sind, berühren die Frage, ob eine Voraussetzung angenommen werden dürfe, nicht.

73. Wie in Beziehung auf eine Eigenschaft der Person, welcher geleistet wird, so kann auch in Beziehung auf eine Eigenschaft des Gegenstandes der Leistung, oder der Gegenleistung um welche geleistet wird, die Frage entstehen, ob ihre Existenz als Voraussetzung der Leistung angesehen werden müsse.

Eine spezielle hierher gehörige Frage, über welche das römische Recht uns Aufschluß gibt, ist die, ob der Käufer (auch ohne ausdrückliche Erklärung) behaupten könne, daß er unter der Voraussetzung einer gewissen Eigenschaft der gekauften Sache gekauft habe.

Natürlich kann diese Eigenschaft nur eine Eigenschaft sein, wodurch die gekaufte Sache werthvoller gewesen sein würde, als sie in der That ist. Wer um das Mehr hat geben wollen, kann nicht behaupten, daß er nicht auch um das Weniger haben wollen. Im Uebrigen kann es entweder eine positive werthsteigernde Eigenschaft, oder die Abwesenheit eines Fehlers, also die Eigenschaft der Fehlerlosigkeit, sein.

Auf jeden Fall finden wir nun im römischen Rechte dem Käufer eine *condictio* deswegen, weil die gekaufte Sache eine werthsteigernde Eigenschaft nicht hat, oder weil sie einen Fehler hat, nicht gegeben. Aber damit ist unsere Frage noch nicht verneint. Denn wie wir oben (Num. 49) gesehen haben, kann die *condictio* sehr wohl durch eine *bonæ fidei actio*, hier also durch die *actio emti*, vertreten werden. Wir haben also zuzusehen, ob nicht diese Klage dem Käufer aus den angegebenen Gründen gegeben werde.

Wegen Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache allerdings. Es wird dem Käufer die *actio emti* gegeben, wenn die gekaufte Sache einen Fehler hat, für dessen Abwesenheit ausdrücklich die Garantie übernommen worden ist, und auch ohne das, wenn

der Verkäufer den Fehler gekannt und ihn nicht genannt hat, — Beides gehört nicht hierher; sie wird ihm aber auch gegeben, wenn weder das Eine noch das Andere der Fall ist. Dafür beweisen l. 6. §. 4. und l. 13. pr. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1). In der ersten Stelle wird es ausdrücklich gesagt; was die zweite angeht, so wird in ihr von einem *ignorans venditor* gesprochen, und erst im §. 3 der Fall in Betracht gezogen, wo die Abwesenheit des Fehlers ausdrücklich garantiert worden ist. Vergl. auch l. 11. §. 7. D. eod. und l. 33. pr. D. de æd. ed. (21. 1). Und in diesem Falle macht denn allerdings der Käufer mit der *actio emti* nichts geltend, als daß er in der Erwartung, in welcher er gekauft habe, getäuscht, daß seine Voraussetzung — seine in keiner Weise ausgesprochene Voraussetzung — nicht erfüllt worden sei.

Diese *actio emti* gewährt ihm auch ganz dasselbe, was er mit einer *condictio* erlangen würde. Er würde mit derselben erlangen Minderung der eingegangenen Verpflichtung bis auf den Betrag dessen, was er um die Sache gegeben haben würde, wenn er den Fehler gekannt hätte, oder, wenn er beweisen kann, daß er dann um dieselbe nichts gegeben haben würde, Auflösung des ganzen Vertrages. Gerade darauf geht auch die *actio emti*. In l. 13. pr. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1) wird sie als eine *actio quanti minoris* bezeichnet, und in l. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. (44. 2) wird wenigstens von der *adilicischen actio quanti minoris* gesagt, daß sie „*etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit*“, was (auch abgesehen von einem sogleich zu nennenden Grunde) auf die *civile actio quanti minoris* um so unbedenklicher übertragen werden darf, als es in l. 11. §. 3. D. de A. E. V. (19. 1) geradezu heißt: „*Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus*“

Aber nicht wegen jeden Fehlers wird dem Käufer auch ohne *dolus* und Garantie des Verkäufers die *actio empti* gegeben. Sondern nur wegen solcher Fehler, welche ihn an dem Gebrauche, zu welchem die Sache bestimmt ist, hindern. Nur von solchen Fehlern also soll er behaupten dürfen, daß er unter der Voraussetzung ihrer Abwesenheit gekauft habe. So kann er sich nicht darüber beklagen, daß der verkaufte Sklave diebisch, wohl aber darüber, daß er *fugitivus* ist. „*Differentiæ ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, .. furem autem habere possumus*“, — I. 13. § 1. *de A. E. V.* (19. 1). Die anderen Beispiele, welche in den citirten Stellen genannt werden, sind: *pecus morbosum, tignum vitiosum, vas non integrum*²³⁾.

Aber auch von den Fehlern der bezeichneten Art werden — und dies ist eine eigenthümliche Erscheinung, welche eine besondere Betrachtung nöthig macht — in einem bestimmten Falle bestimmte ausgenommen. Dies sind bei dem Kaufe von Sklaven die *animi vitia*. Das geht sehr bestimmt aus der Darstellung Ulpian's hervor, welche in I. 1. §. 9 — 11 und I. 4. pr. — §. 4. *D. de æd. ed.* (21. 1) zu lesen ist.

Ueber den Grund dieses Ausschusses läßt uns dieselbe Darstellung nicht in Zweifel. Es ist der, weil das Edict der *Aedilen* in Beziehung auf *animi vitia*, deren Abwesenheit nicht garantirt worden war, keine Hülfe gewährte. Offenbar hat Ulpian nicht geglaubt, über seine Bestimmungen, den sich von selbst verstehenden Fall des *dolus* ausgenommen, hinausgehen zu dürfen.

Dieses Verhältniß zeigt uns, daß der fragliche Inhalt der *actio empti* in dieselbe erst unter dem Einflusse des *adilici-*

3) Als den Gebrauch der gekauften Sache nicht hindernd werden namentlich bei Grundstücken Servituten, (— als *Eviction* wird ihre Gestandmachung auch nicht betrachtet, —) so wie Abgaben und Lasten angesehen. Vergl. *Wangerow* Feitsagen III. §. 610. Anmerk. 3.

schen Edictes gekommen ist. Wäre er selbstständig aus der Natur und dem Wesen des Kaufes, wie ihn die römische Jurisprudenz auffasste, entwickelt worden: warum hätte sie vor den positiven Beschränkungen des ädilicischen Edictes stehen bleiben sollen? Auf dasselbe weist auch hin, daß es feststeht, daß noch zu Cicero's Zeit die *actio emti* wegen Fehler der gekauften Sache nur bei Garantie oder *dolus* des Verkäufers für begründet gehalten wurde ²⁴⁾.

Wie aber sollen wir uns diese Uebertragung denken? Auf der einen Seite läßt sich sagen, die römische Jurisprudenz habe, nachdem einmal die *Aedilen* in Beziehung auf den Marktverkehr mit Sklaven und Vieh den Satz aufgestellt hatten, daß man sich wegen den Gebrauch hindernder Fehler der Sache beklagen dürfe, auch ohne daß der Verkäufer die Garantie für ihre Abwesenheit übernommen habe oder sich in *dolus* befinde, diesen Satz nun als einen auch in dem Wesen des Kaufgeschäftes, in der *naturalis ratio*, begründeten erkannt, und ihn als solchen — also nach Abstreifung der positiven Thaten der *Aedilen* — in derselben Weise in die *actio emti* übertragen, wie sie ja die Vorschriften derselben auf andere Sachen als die von ihnen genannten in der That übertragen hat. Aber auch diese Annahme scheint nicht zu genügen, um es zu erklären, daß sie die *actio emti* bei Sklaven selbst aus den schlimmsten *animi vitia* — „*si ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo usus nullus sit*“ ²⁵⁾ — nicht zulassen zu dürfen geglaubt hat. Man wird daher weiter zu der Annahme gedrängt, daß die *actio emti* in den Stellen, wo sie ohne Garantie und *dolus* des Käufers gegeben wird, als die Bestimmungen des ädilicischen Edictes unmittelbar geltend machend gefaßt werde, in der Weise also, daß der Käufer sich darauf berufen dürfe,

24) Cicero de officiis III. 46. 17.

25) L. S. 3. D. de aed. ed. (21 1).

daß der Verkäufer sich gegen die *bona fides* verfehle, wenn er in diesem *iudicium* zu leisten sich weigere, wozu er doch immer, wenn auch nicht aus dem Kaufe an und für sich, verpflichtet sei. Obgleich allerdings dem wieder entgegensteht, daß in jenen Stellen auch nicht die leiseste Spur einer Verufung auf das ädilische Edict enthalten ist; umgekehrt, l. 13. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1) verweist auf die Analogie der *Eviction*, — „*quod fugitivum... habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor*“²⁶⁾.

Wie dem auch sein mag, auf jeden Fall tritt uns die zögernde Weise entgegen, in welcher das römische Recht die Befugniß, sich auf die Fehlerlosigkeit der gekauften Sache als Voraussetzung zu berufen, gestattet hat. —

Wir wenden uns zur Beantwortung der zweiten der oben aufgeworfenen Fragen, ob nämlich der Käufer (ohne ausdrückliche Erklärung) auch behaupten könnte, daß er unter der Voraussetzung gekauft habe, daß die gekaufte Sache eine bestimmte werthsteigernde Eigenschaft habe, welche sie nicht hat.

Wenn er dies behaupten will, so muß er natürlich zunächst nachweisen, daß er der Sache eine solche Eigenschaft zugeschrieben und der Verkäufer dieß gewußt habe. Wenn er aber das nachgewiesen hat, kann er dann sagen, derselbe habe auch gewußt, daß er nur eine Sache dieser Eigenschaft habe kaufen wollen?

Hier nun tritt uns zunächst der bekannte Satz entgegen, daß, wenn der Käufer der gekauften Sache irrig eine Eigenschaft habe, wodurch sie nach den im Verkehr herrschenden Begriffen eine Sache ganz anderer Art sein würde, als sie wirklich ist, der Kauf nichtig sei. Als Beispiele dieses Falls

26) Siehe die Literatur bei Bangerow *Leitfaden* §. 609 und *Sintenis* *gemeines Civiltrecht* II. S. 607 ff.; auch diese selbst.

werden uns folgende genannt. Jemand hat Bronze statt Goldes, Zinn statt Silbers, Essig (künstlichen, nicht *vinum quod acuit*) statt Weines, einen männlichen Sklaven statt eines weiblichen gekauft, 1. 9. — 14. 1. 41. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1). Das römische Recht gestattet also in einem solchen Falle dem Käufer nicht bloß, geltend zu machen, daß der erklärte Wille nicht dem eigentlichen, sondern daß er dem wirklichen widerspreche²⁷⁾.

Ist nun aber dieser Satz dahin zu verstehen, daß der Käufer sich auf den Mangel anderer Eigenschaften auch nach dem Rechte der Voraussetzung nicht solle berufen dürfen? Dieser Frage darf nach dem bei der Betrachtung des vorigen Falls Gesagten sogleich folgender andere Ausdruck gegeben werden: ist wegen Mangels solcher Eigenschaften die *actio emti* auch ohne Garantie und *dolus* des Verkäufers zulässig?

Es kommen hier folgende zwei Stellen in Betracht.

L. 45. D. de contr. emt. 18. 1. (Marcianus l. IV. Reg.).
Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori præstandum, quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat. In qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit. Quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit præstet.

L. 21. §. 2. D. de A. E. V. 19. 1. (Paulus l. XXXIII. ad Ed.). *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum; etsi*

27) Jedoch war diese Ansicht nicht zu allen Zeiten die herrschende. Savigny System III. S. 295 — 297.

venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.

Eine sehr gewichtige Autorität ²⁸⁾ hat sich dafür ausgesprochen, daß in diesen Stellen die actio empti gegen den nicht dolosen Verkäufer nur wegen einer in Betreff der mangelnden Eigenschaft erteilten Zusage gegeben werde. Ich muß gestehen, daß ich mich von der Richtigkeit dieser Behauptung nicht habe überzeugen können. Ausdrücklich wird die erteilte Zusage auf jeden Fall nicht hervorgehoben. Savigny beruft sich auf die Worte der ersten Stelle „aurum quod vendidit“ Aber diese Worte konnte der Jurist auch gebrauchen, wenn er nur annahm, daß der Verkäufer vor der vom Käufer vorausgesetzten Eigenschaft des Kaufgegenstandes überhaupt Kenntniß erlangt habe. Doch wäre bei dieser Stelle Savigny's Interpretation immer noch möglich. Aber bei der zweiten muß ich sie für geradezu unmöglich halten. „Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse“, — beginnt der Jurist. Er spricht also von dem Falle, wo zwischen den Partheien über die Eigenschaften des Kaufgegenstandes kein Consens vorhanden sei. Dieser Fall ist vorhanden, wenn der Käufer glaubt, der gekaufte Tisch sei von Citronenholz, der Verkäufer, er sei von irgend einem andern Holze. Aber ist er auch dann vorhanden, wenn der Verkäufer dem Käufer zusagt, daß der Tisch von Citronenholz sei? Diesen Punkt muß ich für durchaus entscheidend halten. Oder es müßte denn angenommen werden können, wie es doch gewiß nicht möglich ist, daß der Fall, in Beziehung auf welchen der Jurist die Haftung des Verkäufers behauptet, ein anderer sei, als derjenige, von dem er mit „quamvis“ zu reden anfängt. Allerdings fügt er nun sogleich einen Fall an, in welchem ein Dis-

28) Savigny System III. S. 285 290.

sens zwischen den Partheien wieder nicht stattfindet, und fügt ihn in einer Weise an, als wenn es kein neuer wäre, sondern nur eine Modification des vorhergehenden. Das ist freilich eine Ungenauigkeit. Aber dem obigen Argumente wird dadurch von seiner Spitze nichts abgebrochen. Und ich weiß ihm gegenüber sowenig einen Ausweg, daß ich nicht nur über das „*quanti interest, non esse deceptum*“ wegsehen zu müssen glaube, was allerdings in seinem gewöhnlichen Sinne dem nicht dolosen und nicht garantirenden Verkäufer gegenüber auffallend ist, aber doch immer auch auf die bloße Minderung des Kaufpreises wenigstens möglicherweise bezogen werden kann, sondern auch dem viel bedeutenderen Umstande keinen bestimmenden Einfluß auf mein Urtheil einräumen kann, daß die Fehlerlosigkeit der gekauften Sache sich als Voraussetzung des Kaufes nicht unbedingt anerkannt findet. Wenn, wird man sagen, Ulpian es als im Wesen des Kaufes gegründetes, geltendes Recht betrachtet hätte, daß der Käufer sich ohne Garantie und dolus des Verkäufers darüber beklagen könne, daß der gekaufte Tisch nicht von der Holzart sei, wie es den Anschein gehabt habe, so würde er ganz gewiß dasselbe Recht auch dem Käufer gegeben haben, der den gekauften Sklaven so blödsinnig fand, daß er ihn gar nicht gebrauchen konnte. Ich muß das Gewicht dieses Argumentes zugeben, und weiß ihm nur durch die Annahme zu begegnen, daß den positiven Bestimmungen des *äbilicischen* *Edictes* gegenüber die Jurisprudenz sich eine volle Freiheit der Bewegung nicht gestatten zu dürfen glaubte; aber deswegen kann ich, wie gesagt, nicht bezweifeln, daß jenes Recht als geltendes von Paulus ebenso bestimmt gelehrt wird, wie Ulpian seine Behauptung ausspricht.

Allerdings ist der Satz, der hiermit aufgestellt wird, wie kaum irgend ein anderer, geeignet, in der Hand des ungeschickten und leichtsinnigen Richters ein gefährliches Werkzeug

zu werden. Aber auf der anderen Seite läßt sich auch die Frage mit Zug aufwerfen, ob nicht der Richter, wenn ihm die Befugniß, auf mangelnde Eigenschaften der gekauften Sache auch ohne Garantie und *dolus* des Verkäufers Rücksicht zu nehmen, ganz abgesprochen wird, nicht selten sich zu Urtheilen genöthigt sehen wird, welche dem natürlichen Rechtsgefühl schreiend widersprechen. Das aber darf gewiß ausgesprochen werden, daß er wohl daran thun wird, sich derartigen Ansprüchen des Käufers gegenüber eher zu zähe, als zu willfährig zu verhalten, und ihnen nur da Gehör zu geben, wo es ganz unzweifelhaft ist, daß derselbe eine Sache der Art, wie sie sich jetzt ausweist, nicht habe kaufen wollen.

74. Was nun hier für den Kaufvertrag nachgewiesen worden ist, muß auf alle übrigen Fälle einer Leistung mit einer Gegenleistung willen ausgedehnt werden. Denn es beruht nicht auf dem besonderen Wesen des Kaufvertrages als solchen; es hat nur das römische Recht das nach allgemeinen Grundsätzen Gültige an ihm vorzugsweise entwickelt. Nur in Betreff des Falles, wo der Gegenstand der Gegenleistung sich als fehlerhaft ausweist, könnte man, was das römische Recht angeht, bei dessen engem Anschluß an das *ädilicische* Edict, welches selbst bekanntlich nur auf den Tausch übertragen worden ist, jene Ausdehnung für zu gewagt zu halten geneigt sein. Für uns fällt auf jeden Fall dieser Zweifelsgrund weg.

An die Stelle der *actio emti* kann hier möglicherweise eine andere *bonæ fidei actio*, möglicherweise auch nur die gewöhnliche *condictio* treten.

Ein spezieller hierher gehöriger Fall ist folgender. Jemand vergleicht sich mit einem Andern auf Grund falscher Urkunden, d. h. er nimmt wegen falscher Urkunden, oder, was sogleich hinzuzufügen ist, aus einem anderen Grunde an, daß sein Gegner ein Recht habe, auf welchem der streitige

Anspruch fußt. Der Vergleich ist unverbindlich (Num. 16).
 Weßwegen? Weßwegen, weil nicht anzunehmen ist, daß Jemand
 Etwas aufopfern werde, um sich von einem Ansprüche zu be-
 freien, welcher nicht wenigstens möglicherweise durchbringen
 kann, mit anderen Worten, weil angenommen werden muß, der
 Leistende habe an dem Anspruch, dessen Aufgeben die Gegen-
 leistung bildet, für welche er geleistet hat, eine Eigenschaft vor-
 ausgesetzt, die derselbe, wie sich nun ausweist, nicht hat.

75. Bei der Frage, ob der Leistende auch wenn der Ge-
 genstand der Leistung selbst — mag er sie um einer Ge-
 genleistung willen oder in anderer Absicht gemacht haben —
 eine Eigenschaft nicht besitzt, welche er ihr zugeschrieben hat,
 geltend machen könne, daß er unter der Voraussetzung des
 Vorhandenseins dieser Eigenschaft (— es kann natürlich nur
 eine werthmindernde Eigenschaft sein —) geleistet habe, ver-
 lassen uns die Entscheidungen der Quellen vollständig. Es un-
 terliegt aber keinem Zweifel, daß das in der vorstehenden Dar-
 stellung Entwickelte auch hier analoge Anwendung finden muß.

76. Folgende in den Quellen euthaltene Entscheidungen
 lassen sich unter allgemeinerer Gesichtspunkte nicht stellen.

Die in der Schenkung auf Todesfall enthaltene Voraus-
 setzung ist durch den lateinischen Ausdruck „mortis causa“,
 so wie durch den deutschen „auf Todesfall“, hinlänglich bezeich-
 net. In der Regel wird jedoch der Schenker seinen Willen
 näher erklären, also ausdrücklich sagen, daß das Geschenke zu-
 rückgegeben werden müsse, wenn er den Beschenkten, oder auch
 nur eine bestimmte Gefahr, überleben sollte. Davor aber wer-
 den wir in den Quellen ausdrücklich gewarnt, nicht jede Schenkung
 auf dem Todesbette schon ohne Weiteres für eine Schenkung auf
 Todesfall zu halten. „Eum qui absolute donaret non tam
 mortis causa, quam morientem donare“, respondirte Papinian,
 l. 42. §. 1. D. de m. c. don. (39. 6).

Der Curator einer Frau hat für dieselbe (aber in seinem Namen) eine dos versprochen. Hinterher zeigt sich, daß das Vermögen der Frau zum Erfas der versprochenen Summe nicht hinreicht. Nach l. 43. §. 1. D. de adm. et per tut. (26. 7) soll er, so weit es nicht reicht, sich durch eine *exceptio* schützen können. Der Jurist geht davon aus, der Mann habe gewußt, daß der Versprechende aus eigenem Vermögen keine dos geben wolle, also sein eigentlicher Wille darauf gehe, nur bis zum Betrage des Vermögens der Frau verpflichtet zu sein. — Nach l. 49. D. mand. (17. 1) dagegen wird derjenige, der die eigene Sache, sie für eine freude haltend, aus Auftrag des vermeintlichen Eigenthümers verkauft hat, gegen den Käufer, (welcher wußte, daß er als Procurator verkaufe,) nicht geschützt, sondern auf die *actio mandati* gegen den Auftraggeber verwiesen. Jedoch bezweifle ich nicht, daß der Jurist ihm für den Fall der Insolvenz dieses Letzteren in gleicher Weise, wie es die l. 43. §. 1. cit. thut, auch gegen denjenigen, mit dem er contrahirt hat, geholfen haben würde²⁹⁾.

Eine Frau hat Etwas *dotis nomine* dem Sklaven oder Haussohne ihres Mannes gegeben. In Beziehung auf diesen Fall lehrt Julian in l. 46. D. de l. d. (23. 3) Folgendes. Der Herr oder Vater hat durch die Handlung des Sohnes oder Sklaven das *dotis nomine* Gegebene erworben; aber bis er die Handlung desselben ratihabirt hat, liegt ihm keinerlei Garantie für die dos ob. Daher kann die Frau das Gegebene auch während bestehender Ehe *condiciren*. Julian nimmt also an, die Frau habe unter der Voraussetzung gegeben, daß der

29) Man könnte noch an eine andere Behandlung dieses Falles denken wollen. Man könnte sagen wollen, der Verkäufer habe sich nur verpflichtet, das Eigenthum des Dritten zu übertragen, sei also nun, da sich ausweise, daß er selbst Eigenthümer sei, gar nicht verpflichtet. Aber das römische Recht faßt ja die Verpflichtung des Verkäufers einer Sache überhaupt nicht als auf Eigenthumsübertragung, sondern als auf *tradere* und *habere licere* gerichtet auf.

durch ihr Geben Berechtigte auch Garantie für das Empfangene zu leisten habe. Juliau konnte das auch mit einem hinlänglichen Grade von Sicherheit annehmen. Denn die Frau hatte erklärt, eine dos geben zu wollen. Diese ihre Absicht war nicht vollständig erreicht, so lange nicht der Empfänger vollständig in diejenigen Rechtsverhältnisse eingetreten war, welche das Dotalrecht mit sich bringt.

Wenn der Verpächter dem Pächter wegen eines unergiebigem Jahres Remission gegeben hat, kann er wegen einer späteren außergewöhnlich reichen Ernte das Erlassene nachfordern (l. 15. §. 4. D. loc. 19. 2). Es wird also angenommen, er habe unter der Voraussetzung erlassen, daß nicht der Verlust des einen Jahres durch den Gewinn eines anderen gedeckt werden würde. Auch wenn das Wort *donatio* gebraucht worden ist, sagt Ulpian, ist anzunehmen, der Wille sei nicht auf eine *donatio*, sondern auf eine *transactio* gerichtet gewesen. Damit soll eben das Geben unter einer Voraussetzung bezeichnet werden. Ulpian glaubt diese Voraussetzung auch ohne Erklärung darüber annehmen zu dürfen, weil er es nicht wahrscheinlich findet, daß der Verpächter dem Pächter einen Gewinn habe zuwenden wollen. Es liegt auf der Hand, daß er ihn nur gegen einen Verlust hat decken wollen.

Die *Pollicitation*, welche Jemand *ob honorem vel sacerdotium* gemacht hat, soll gegen seine Erben nicht geltend gemacht werden können, wenn er vor dem Austritte der Würde stirbt (Num. 24). Das wird auf *principales constitutiones* zurückgeführt. Sie glaubten annehmen zu dürfen, daß der Schenker eigentlich nur für den Fall des wirklichen Antritts seiner Würde habe schenken wollen.

Ebenfalls eine kaiserliche Constitution ist es (l. 3. C. de don. a. n. 5. 3), welche einer Frau die Befugniß absprach, die ihr gemachte Brantschenkung geltend zu machen, weil sie dem

Manne die dos, die er erwarten durfte, nicht bestellt habe, („quoniam in dote uxor maritum fecellit.“) Worauf sich diese Erwartung des Mannes gegründet habe, sagt das Rescript nicht. Ohne Zweifel aber war in dem zur Entscheidung vorgelegten Falle dem Manne eine Zusicherung gegeben worden. Ich glaube nicht, daß es geneigt gewesen wäre, die Erfüllung einer unbestimmteren Erwartung des Mannes als Voraussetzung anzuerkennen. Schon darin, daß es in der bestimmteren eine sieht, geht es ziemlich weit. Es nimmt eben an, daß es sich von selbst verstehe, daß der Mann nicht würde geschenkt haben, wenn er gewußt hätte, daß das ihm gemachte Versprechen nicht werde erfüllt werden.

Für noch weiter gehend müßte die Entscheidung der l. 11. §. 10. D. de don. i. v. e. u. (24.-1), daß die der Frau gemachte Schenkung auf Todesfall unwirksam werde, wenn sie sich scheidet, gehalten werden, wenn bei derselben nicht offenbar die Betrachtung eingewirkt hätte, daß die Schenkung auf Todesfall willkürlich revocirt werden könne. So wird also die Scheidung der Frau nicht als Ermangelung der Voraussetzung der Schenkung, sondern als Grund angesehen, kraft dessen auch bei früherem Tode des Mannes die Erben desselben behaupten können, daß er sie revocirt habe. So heißt es auch in l. 12. C. de don. a. n. (5. 3), daß die Mutter das dem Bräutigam oder Manne ihrer Tochter Geschenke nicht zurückfordern könne, wenn die Ehe durch Scheidung aufgelöst werde.

77. Der eine Erbschaft Antretende kann nicht behaupten, er habe sie unter der Voraussetzung angetreten, daß sie solvent sei. Selbst Restitution wird wegen Insolvenz derselben nur Soldaten gegeben. Nur in einem einzelnen Fall hatte Hadrian auch einer anderen Person geholfen. Gai. II. 163., §. 5. 6. l. de her. qual. (2. 19).

Die Erbschaftsgläubiger, welche Separation erwirkt haben,

können nicht behaupten, daß sie dieselbe unter der Voraussetzung erwirkt hätten, daß sie ihnen nicht zum Nachtheil gereiche. Doch wird ihnen, wenn sie für ihren Irrthum einen rechtfertigenden Grund beizubringen vermögen, Restitution nicht versagt, l. 1. §. 17. D. de sep. (42. 6).

Die l. 18. §. 3. D. de dolo malo (4. 3) verweist die Partheien, welche bei einem Kaufgeschäfte ausdrücklich auf bestimmte Gewichte contrahirt haben, wenn dieselben sich als falsch ausweisen, auf die *actio doli* gegen denjenigen, der sie *dolo malo* geliehet habe, schließt also stillschweigend jeden Anspruch gegen die andere Parthei, also auch den aus ermangelnder Voraussetzung, aus. Diese Entscheidung beruht offenbar auf der Betrachtung, daß die Partheien, indem sie ausdrücklich auf gewisse Gewichte contrahiren, darauf verzichten, gegen ihre Richtigkeit hinterher noch Einwendungen zu machen.

Dagegen kann ich die Entscheidung, welche in l. 38. D. de dolo malo (4. 3) Ulpian gibt, nicht in Uebereinstimmung mit den bisher nachgewiesenen Grundsätzen finden. „*Quidam debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur: hæc epistola creditor deceptus, Aquiliana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem*“. Das ist der Fall, und Ulpian's Entscheidung: wenn der Gläubiger *minor* sei, werde er in *integrum* restituirt, sonst müsse er gegen den Schuldner mit der *actio de dolo* klagen. Also auch hier wird eine Vernunft auf Ermangelung der Voraussetzung der Leistung nicht gestattet. Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung scheint angeführt werden zu können, daß der Gläubiger seinem Schuldner eigentlich gar nicht habe leisten wollen, sondern in seiner Person dem Titius, ihm also gewiß auch nicht unter einer Voraussetzung habe leisten wollen. Das ist richtig; aber eben so richtig auch, daß der Gläubiger dem

Schuldner gegenüber, eben weil er ihm keine selbstständige Leistung hat machen wollen, die — denselben bekannte — Voraussezung, unter welcher er den Titius hat reich machen wollen, geltend machen kann, wie derjenige, durch den sein vermeintlicher Gläubiger schenkt, des Gezahlte vom Empfänger zurückfordern kann (Num. 63 a. G.). Den Titius aber hat er reich machen wollen unter der Voraussezung, daß die erste Absicht seiner Leistung, von welcher Art sie auch gewesen sein mag, erreicht werde. Und das ist gewiß nicht geschehen, — da er den Titius gar nicht reich gemacht.

§. 8.

Fortsetzung.

B. Legtwillige Verfügungen.

78. Es ist hier zunächst noch einmal an das Resultat der in Num. 58 enthaltenen Ausführung zu erinnern. Um eine letztwillige Verfügung als unter einer Voraussezung gemacht behandeln zu dürfen, genügt es, wenn die rechtliche Beurtheilung irgendwie zu erkennen vermag, daß der Testator sie eigentlich nur für einen bestimmten Fall habe machen wollen. Daß dieser eigentliche, hinter dem unmittelbar erklärten verborgene Wille auch dem Honorirten erkennbar hervorgetreten sei, ist nicht erforderlich. Ist daher auch derselbe, ohne davon zu wissen, in den Genuß des ihm Zugewendeten gelangt, so ist er nichts desto weniger der Rückforderung unterworfen, wenn sich hinterher ausweist, daß ihm die Zuwendung nur unter einer — jetzt erinangelnden — Voraussezung habe gemacht werden sollen.

Was sodann die Thatsachen angeht, in denen die gewollte Voraussezung hervortreten kann, so können diese auch hier entweder die Absicht der Willenserklärung und eine auferlegte Verpflichtung, oder Thatsachen anderer Art sein. Oder mit

anderen Worten, auch hier kann die gewollte Voraussetzung entweder in dem übrigen Inhalte der Willenserklärung, oder unvermittelt hervortreten.

Absicht und auferlegte Verpflichtung.

79. Die allgemeine Absicht, in welcher letztwillige Verfügungen gemacht werden, ist, das Schicksal des Vermögens nach dem Tode zu bestimmen. Daneben aber hat jede einzelne nothwendigerweise noch eine spezielle, welche dem, was bei Willenserklärungen unter Lebenden erste Absicht genannt worden ist, entspricht. Dieselbe kann, und wird gerade hier besonders häufig, darauf gehen, demjenigen, dem durch die Verfügung Etwas gegeben wird, eine Liberalität zu erweisen. Diese Absicht vermag hier so wenig, wie bei Willenserklärungen unter Lebenden, eine Voraussetzung zu begründen. Oder sie kann auf etwas Anderes gehen, welches möglicherweise nicht eintreten kann. Dann bildet das Eintreten desselben die Voraussetzung der Verfügung. So verhält es sich namentlich mit der Absicht, daß das Gegebene bei demjenigen, welchem es gegeben wird, zu einer gewissen Function, einem gewissen Zwecke sei. Daher kann das *dotis nomine* gemachte Legat nicht geltend gemacht werden, wenn die Ehe, für welche es gegeben worden ist, nicht zu Stande kommt, l. 71. §. 3. D. de cond. 35. 1 (Num. 29). Ebenso wird das Vermächtniß, welches zu dem Ende gegeben worden ist, daß das Vermächte an einen Anderen weitergegeben oder in bestimmter Weise verwendet werde, unwirksam, wenn das nicht geschieht. Die hierher gehörigen Stellen und die einzelnen Fälle, von welchen dieselben handeln, sind oben Num. 25 angeführt worden. — Auch hier aber, wie bei Verfügungen unter Lebenden, kann sich mit der Absicht, daß das Zugewendete die bezeichnete Function erfüllen solle, die Absicht, dem Empfänger eine Liberalität zu erweisen, verbinden. Dann entspricht die Verfügung demjenigen, was

auf dem Gebiete der Willenserklärungen unter Lebenden Schenkung mit Auferlegung einer Verpflichtung genannt worden ist. Und auch hier kann die auferlegte Verpflichtung nicht bloß darauf gehen, daß der Empfänger sich zu dem Zugewendeten in gewisser Weise verhalte, sondern auch darauf, daß er seinerseits etwas thue oder leiste. S. die betreffenden Stellen in Num. 25 a. C.

Auch das kehrt hier wieder, daß, wenn die gemachte Hinzufügung lediglich den Vortheil oder das Interesse des Empfängers bezweckt, es zweifelhaft sein kann, ob ihm überhaupt eine Verpflichtung hat auferlegt, er also nur unter einer Voraussetzung hat bereichert werden sollen. Bereits oben ist die eigentlich hierher gehörige *l. 71. pr. D. de cond. (35. 1)* genannt worden. Wenn Jemandem legirt worden ist, sagt sie, damit er sich ein Grundstück kaufe, so ist derselbe daran nur dann gebunden, wenn der Testator ihm nur zu diesem Ende hat geben, z. B. dadurch einen sichern Lebensunterhalt hat verschaffen wollen. Im Einzelnen ist noch *l. 88. §. 3. D. de leg. 2. (32)* hierher zu stellen. Die Verfügung lautete: „*Quisquis mihi heres herodesvo erunt, hoc amplius Lucius Euty-chus, quam quod eum herodem institui, e media hereditate sumito sibi que habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse iubeo, instrumentum tabernæ ferrariæ, ita ut negotium exerceatis*“ Es wird entschieden, daß Pamphilus seinen Theil des Geräthes bekomme, trotz dem, daß sein Collegatar bereits vor dem Testator gestorben sei. Also wird in den Worten „*ita ut negotium exerceatis*“ die Auferlegung einer Verpflichtung nicht gefunden.

Ferner aber kann gerade hier noch ein Anderes zweifelhaft sein, worüber bei Verfügungen unter Lebenden kaum jemals Ungewißheit herrschen wird, ob nämlich die auferlegte Verpflichtung dem Verdachten auch mit Rücksicht auf die ihn

gemachte Zuwendung auferlegt worden sei. Wenn einer und derselben Person etwas geschenkt und eine Verpflichtung auferlegt wird, so wird es, wie gesagt, in den meisten Fällen ganz sicher sein, entweder daß Schenkung und Auflage vollkommen unabhängig von einander sind, oder aber, daß die Auflage in der That dem Beschenkten als solchen gemacht worden ist. Aber wie ist es, wenn der Testator einer Person an einer Stelle des Testaments Etwas vermacht, an einer anderen sie zum Vormund oder Erzieher seiner Kinder ernennt, oder ihr die Sorge für sein Begräbniß auferlegt hat? Gerade in Beziehung auf diese Auflagen wird in den Quellen erinnert, daß die Erfüllung derselben als Voraussetzung der Zuwendung nur dann angesehen werden dürfe, wenn die Zuwendung mit Rücksicht auf sie gemacht worden sei, „pro hoc“ (l. 12. §. 4. D. de rel. 11. 7); „ideo“ (l. 32. D. de excus. 27. 1), „idecirco“ (l. 1. §. 3. D. ubi pup. 27. 2), nicht dann, wenn der Testator etwas gegeben habe, „quod alioquin daturus esset etiam sine tutela“ (l. 32. D. de excus.), „si esset relicturus etiam si educationem recusaturum sciret“ (l. 1. §. 3. D. ubi pup.). In dem siebenten Buche seiner *Quæstiones* (l. 32. D. de excus.) hat Paulus einen Versuch gemacht, einen Fall anzugeben, in welchem dieses Letztere wahrscheinlich sei. „Id apparere potuit, si posneris, testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum; in hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum quia et tutorem esse voluerit testator“. Aber an einer späteren Stelle derselben Schrift (im 23. Buche) hat er diesen Versuch selbst wieder zurückgenommen. „Sed hæc nimium scrupulosa sunt nec admittenda“, (l. 33. D. eod.). Und er fährt fort: „nisi evidenter pater expresserit, velle se dare, etiamsi tutelam non administravit; semper enim legatum aut antecedit aut sequitur tutelam“. Darin geht aber Paulus doch wohl zu weit. Ich glaube

nicht, daß die Befugniß aufgegeben werden darf, auch aus den Umständen zu schließen, daß der Testator seine Zuwendung an seine Auflage nicht geknüpft habe. Auf jeden Fall glaubt derselbe Paulus (im 9. Buche seiner Responsa, l. 36. pr. D. de exc. 27. 1) nicht annehmen zu dürfen, daß auch eine Pupillarsubstitution in jedem Falle von der Uebernahme der Vormundschaft abhängig zu machen sei, wo nicht eine ausdrückliche gegen- theilige Verfügung des Testators vorliege. „Sed cum proponatur is de quo quæritur in testamento legatum meruisse et idem pupillo substitutus, non est veresimile, hunc demum eum testatorem substituere voluisse, si et tutelam suscepisset, et ideo eum de quo quæritur a legato quidem, si adhuc viveret pupillus, repellendum fuisse, a substitutione autem non esse submovendum, cum eo casu etiam suscepta tutela finiretur“ — Das Legat eines Slaven, den er freilassen soll, wird dadurch, daß der Legatar eine auferlegte Vormundschaft zurückweist, nicht gehindert (l. 41. §. 3. D. de fideic. lib. 40. 5), — natürlich, weil es ihm um seinetwillen nicht gegeben ist. Aber für sich darf er nun davon auch gar nichts haben; daher: „Divi Severus et Antoninus rescripserunt, hunc esse quidem patronum, sed omni commodo patronatus carere“ (l. 3. D. de iure patr. 37. 14).

Endlich ist auch hier, wie bei den Verfügungen unter Lebenden, die Frage aufzuwerfen, inwiefern es denn in der That für den eigentlichen Willen des Verfügenden gehalten werden dürfe, daß bei Nichterfüllung der gemachten Auflage der Honorirte das Zugewendete verlieren, und nicht vielmehr, daß er zur Erfüllung derselben gezwungen werden solle. Die Beantwortung aber auch dieser Frage ist hier auszusagen. Siehe Num. 104.

Unvermitteltes Hervortreten der Voraussetzung.

Falsa demonstratio.

80. Was die Frage anbetrifft, inwiefern eine Eigenschaft der honorirten Person oder des vermachten Gegenstandes als Voraussetzung der letztwilligen Verfügung anerkannt werden dürfe, so ist hier von dem bekannten, in den Quellen sehr nachdrücklich hervorgehobenen Sage: *falsa demonstratio non nocet* auszugehen. „*Falsa demonstratio*“, heißt es in l. 33. pr. D. de cond. (35. 1), „*neque legatario neque fideicommissario nocet, neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet aliud; et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus Divorum Severi et Antonini cautum est*“ Andere Anwendungen auf die Person des Honorirten werden von dieser Sage in l. 17. §. 1. l. 33. §. 2. l. 34. pr. D. eod., l. 48. §. 3. D. de her. inst. (28. 5) gemacht. In Beziehung auf die Gegenstände der Vermächtnisse wird er ausgesprochen bei Ulp. XXIV. 19, in §. 30. I. de leg. (2. 20), l. 17. pr. §. 1. D. de cond. (35. 1), l. 10. D. de auro (34. 2) Beispiele sind: Jemand hat einen Sklaven legirt mit dem Zusage „*quem de Titio emi*“, oder „*Stichum cocum*“; oder ein Mann hat seiner Frau bestimmte Sachen legirt mit der Hinzufügung „*quæ eius causa comparata sunt*“. Die Vermächtnisse sollen wirksam sein, obgleich der legirte Sklave nicht vom Titius gekauft, nicht Koch ist, die bezeichneten Sachen nicht für die Frau angeschafft sind.

Aber mit dieser Sage soll auch weiter nichts gesagt werden, als eben, daß die *demonstratio* keine Voraussetzung der Verfügung begründe, diejenige Hinzufügung, die nur zur näheren Bezeichnung von Person oder Sache gemacht worden sei. Es soll damit ganz und gar nicht gesagt sein, daß die in der Verfügung genannte Eigenschaft für eine Voraussetzung derselben nie gehalten werden dürfe, wenn sie als solche nicht ausdrück-

lich bezeichnet sei. Es findet sich vielmehr in den Quellen eine Reihe von Entscheidungen, welche sich für berechtigt halten, aus den Umständen zu schließen, daß die Eigenschaft in diesem Sinne, nicht *demonstrandi causa*, genannt worden sei. Und dabei wird denn auch wieder das nicht für unumgänglich nöthig erachtet, daß die als Voraussetzung gemeinte Eigenschaft überhaupt genannt sei.

Es verhält sich also hier nicht anders, als bei Willenserklärungen unter Lebenden. Auch bei ihnen ist die Nennung einer gewissen Eigenschaft weder hinreichend noch erforderlich, um ihre Existenz als Voraussetzung anerkennen zu dürfen. Wenn gerade bei letztwilligen Verfügungen die Regel: *falsa demonstratio non nocet* hervorgehoben wird, so hat das seinen Grund nur darin, daß bei ihnen der Verfügende häufiger die Eigenschaft, welche er der honorirten Person, der vermachten Sache zuschreibt, nennen wird.

81. Die einzelnen Entscheidungen der Quellen, welche hierher gehören, sind oben Num. 26 und 27 zusammengestellt worden. Was die Eigenschaften der honorirten Person angeht, so wird ausgesprochen, daß Jemand, der nicht Sohn ist, nicht das ihm als Sohn Gegebene, Jemand, der nicht Bruder ist, nicht das ihm als Bruder Gegebene, eine Frau, die nicht Ehefrau ist, nicht das ihr als Ehefrau Gegebene geltend machen könne, wenn es feststehe, daß der Testator diesen Personen nur in dieser Eigenschaft Etwas habe zuwenden wollen. Auch die Enterbung eines Sohnes als Nichtsohn wird für unwirksam erklärt. In Beziehung auf Legate gehört noch die spezielle Frage hierher, ob das einem Erben Legirte als ihm in dieser Eigenschaft legirt zu behandeln sei, also als unter der Voraussetzung legirt, daß er auch Erbe werde. Im Allgemeinen wird nun zwar diese Frage in den Quellen verneint, selbst für den Fall wo das Legat als Präceptionslegat bezeichnet ist (*præcipito*),

l. 17. §. 2. l. 18. l. 87. 89. D. de leg. 1. (30), l. 75. §. 1. D. de leg. 2 (31), (— außer dem in dieser Stelle enthaltenen Responsum Papinians wird ein anderes desselben Inhalts in l. 12. C. de leg. (6. 37) erwähnt —,) l. 4. §. 11 D. de doli mali exc. (44. 4). Aber schon daß man diese Frage so oft behandelt hat, zeigt, daß die entgegenge setzte Meinung doch nicht als so sehr fern liegend betrachtet worden ist. Und so lehrt dann auch in der That Marcian (l. 88. D. de leg. 1.), daß, wenn der Vater seinem zum Erben eingesetzten Sohne ein Legat gegeben habe, und derselbe vom *bonificium abstinenti* Gebrauch mache, man, um ihm das Legat abzuspochen, einer ausdrücklichen Verfügung des Vaters nicht bedürfe. „Et hoc ita est, licet non conditionaliter expresserit, intellexisse tamen manifestissime approbetur“ 1).

82. Was die Eigenschaften der vermachten Sache angeht, so wird bekanntlich als allgemeine Regel ausgesprochen, daß das Legat einer fremden Sache, welche der Testator für die seinige gehalten habe, unwirksam sei. „Porsitan enim, si scivisset alienam rem esse, non legasset“ l. 1. D. de leg. (2. 20), vergl. auch l. 67. §. 8. D. de leg. 2 (31), l. 10. C. de leg. (6. 37). In der letzteren Stelle wird hinzugefügt: — „nisi proximæ personæ, vel uxori alii tali personæ, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset rem alienam esse“.

Wie ist es, wenn der Testator die vermachte (individuelle) Sache für verschuldet gehalten hat, und sie nicht verschuldet ist? Es ist zu unterscheiden. Wenn er sie für eine von ihm dem Vermächtnisnehmer geschuldete gehalten hat (*legatum liberationis*), so ist das Legat unwirksam. Die Hinzufügung „quod mihi debes“ soll hier für eine *falsa demonstratio* nicht gehalten werden dürfen (l. 25. D. de lib. leg. 34. 3), ist

1) Vergl. auch §. 3. Note 11.

vielmehr als Voraussetzung anzuerkennen. Das Gleiche muß in dem Falle gelten, wenn der Testator eine Sache legirt hat, von der er glaubte, daß sie ihm von einem Anderen verschuldet werde (*legatum nominis*). Ich kenne zwar dafür keine ausdrückliche Belegstelle; aber bei legirten Quantitäten ist die Gleichheit zwischen dem *legatum nominis* und dem *legatum liberationis* bezeugt, und an inneren Gründen spricht für die Annahme einer Voraussetzung eben so viel bei ihm wie beim *legatum liberationis*. Hat dagegen der Testator Etwas legirt, was er dem Vermächtnisnehmer verschulde, so ist nicht anzunehmen, daß er diese Verschuldung zu einer Voraussetzung seiner Verfügung haben wollen. Denn wenn er ihm nur ein Verschuldetes hätte legiren wollen, warum hat er ihm denn überhaupt legirt, was ihm ohnehin schon gesichert war? Daher ist umgekehrt anzunehmen, daß er ihm auch unabhängig von seinem Forderungsrechte habe Etwas zuwenden wollen. So wird entschieden in Beziehung auf das Legat eines *fundus* an die Ehefrau mit dem Zusatz „*quem illa mihi doti dedit*“, „*is enim fundus propter illam ad me pervenit*“ (l. 40. §. 4. D. de cond. 35. 1., l. 1. §. 8. D. de dote præl. 33. 4). Auf der gleichen Betrachtung beruht die Entscheidung Scävola's in l. 18. D. de auro (34. 2), welcher die Verfügung, daß der Frau gewisse Sachen als ihr eigenthümlich zurückgegeben werden sollten, aufrecht erhielt, trotz dem daß diese Sachen der Frau nicht zugehörten. „*Respondit, legandi animo dedisse ea videri, nisi contrarium ab herede approbetur*“²⁾.

Ist aber nun die Regel, daß das *legatum nominis* und *liberationis* unwirksam sei, wenn die Vermächte (individuelle)

2) Wenn der Jurist auch an dem vom Testator gebrauchten Ausdrucke *reddi* keinen Anstoß nehmen zu dürfen glaubte, so hat er dabei in Betracht gezogen, daß „*reddendi verbum, quamquam significationem habeat retro dandi, recipit tamen et per se dandi significationem*“, l. 21. D. de leg. 2. (31).

Sache nicht verschuldet werde, für eine absolute zu halten? Ich glaube nicht, glaube vielmehr sehr entschieden, daß möglicherweise der Testator diese Eigenschaft des Verschuldetwerdens auch in einem anderen Sinne nennen könne, als um dadurch eine Voraussetzung seiner Verfügung auszusprechen, daß möglicherweise auch hier zu behaupten sein kann, was in Beziehung auf einen anderen Fall in l. 96. pr. D. de leg. 1. (30) Julian ausspricht: „patronfamilias demonstratæ potius.. voluisse.., quam conditionem fideicommissio inieciisse, quod initio pure datum esset“, oder in Beziehung auf das *legatum debiti* in l. 1. §. 8. D. de dote præl. (33. 4). Ulpian: „quidquid demonstratæ rei additur satis demonstratæ, frustra est“. In der That, wenn Jemand vermacht: das in der und der Strafe unter dieser oder jener Nummer gelegene Haus, welches mir Titius schuldig ist, oder welches mir der Vermächtnisnehmer schuldig ist, ist es dann irgend wie nöthig, diesen Zusatz als Voraussetzung zu verstehen? Kann der Verfügende nicht recht wohl gewollt haben, daß der Vermächtnisnehmer dieses Haus auf jeden Fall bekommen solle? Es läßt sich zugeben, daß die Präsuntion hierfür nicht spreche; aber zu sagen, daß es nie der Fall sein könne, ist gewiß zu weit gegangen.

Es ist bisher von dem *legatum debiti*, *nominis* und *liberationis* in Beziehung auf individuelle Sachen geredet worden: wie ist es, wenn den Gegenstand des Vermächtnisses Quantitäten bilden? Gerade von diesem Falle handeln die Quellen hauptsächlich. Auch in diesem Falle wird das *legatum debiti* durch die Nichteristenz der Verschuldung nicht afficirt (l. 88. §. 10. D. de leg. 2. (31), l. 6. D. de dote præl. (33. 4), l. 25. l. 28. §. 14. D. de lib. leg. (34. 3), l. 2. §. 5. C. de falsa causa (6. 44)), während das *legatum nominis* und *liberationis* dadurch unwirksam wird (l. 75. §. 1. 2. D. de leg. 1. (30), l. 25. D. de lib. leg. (34. 3)). Der Grund ist beim le-

gatum debiti derselbe, wie wenn mit diesem Zusage individuelle Sachen vermacht worden sind. Das legatum nominis und liberationis dagegen kann bei nicht stattfindender Verschuldung nicht für unwirksam wegen ermangelnder Voraussetzung gehalten werden. Vielmehr muß man daun sagen, daß eine nicht existirende Sache vermacht worden ist. Der Testator hat vermachen wollen z. B. 100 Sachen, welche 1) die Eigenschaft eines gewissen Geldstückes haben, 2) die Eigenschaft, ihm von einem Dritten oder dem Vermächtnißnehmer verschuldet zu sein. Finden sich nun Geldstücke nicht, von welchen dieses Letztere ausgesagt werden kann, so ist das Legat eben so sehr ohne Gegenstand, als wenn es keine Geldstücke der bezeichneten Art gäbe. Oder um ein noch näher liegendes Beispiel anzuführen, es ist daun eben so sehr ohne Gegenstand, als wenn der Testator legirt hätte „decem quæ in arca habeo“ (l. 108. §. 10. D. de leg. 1. 30), „centum quæ ille apud me deposuit“ (l. 1. §. 7. D. de dote præl. 33. 4), und in seiner Kasse sich keine Geldstücke befänden, die bezeichnete Person nichts bei ihm deponirt hätte; in welchem Fall die erste der citirten Stellen sagt: „quodammodo certum corpus quod in rerum natura non sit, legatum videtur“ und die zweite noch einfacher: „nulla corpora sunt“³⁾. Das Legat ist daher in diesem Fall nichtig, nicht indirect unwirksam. Man kann auch sagen, daß legatum nominis und liberationis sei in diesem Falle nicht unter einer Voraussetzung, sondern unter einer stillschweigenden Bedingung gegeben. Nichtsdestoweniger soll wegen der Ähnlichkeit des Falles

3) L. 96. pr. de leg. 1. (30) spricht von folgendem Legat: „Aureos quadringentos Pamphilæ dari volo, ut infra scriptum est: ab Iulio actore Aureos tot, et in castris quot habeo tot, et in numerato quos habeo tot“. Es wird entschieden, daß das Legat eingefordert werden könne, auch wenn sich beim Tode des Testators das Geld an den bezeichneten Orten nicht vorfände. Nämlich, es bleibt nach Abzug der unwirksamen Bestimmungen immer noch übrig Aureos quadringentos Pamphilæ dari volo.

auch hier die Frage beantwortet werden, ob das *legatum nominis* und *liberationis* immer und ohne Ausnahme für unwirksam gehalten werden müsse, wenn die legitirte Quantität nicht verschuldet werde. Man könnte nun geneigt sein, diese Frage deswegen zu bejahen, weil, da der Testator hier den Gegenstand des Vermächtnisses überhaupt nur nach Eigenschaften bestimmt habe, eine Eigenschaft so wesentlich sei, wie die andere. Wäre diese Auffassung richtig, so würde nicht nur unsere Frage bejaht werden müssen, sondern es müßte dann auch der Nennung irgend einer anderen Eigenschaft, als der der Verschuldung, dieselbe Bedeutung zugeschrieben werden, — das Vermächtniß unwirksam zu machen, wenn sich Sachen des bezeichneten Genus mit dieser Eigenschaft nicht fänden. Aber diese Auffassung ist nicht richtig; sie ist zu abstract. Allerdings wird bei Vermächtnissen von Quantitäten der Gegenstand des Vermächtnisses nur durch Nennung von Eigenschaften bezeichnet; aber es ist in dieser Beziehung doch ein großer Unterschied zwischen der Eigenschaft, z. B. ein Thaler zu sein, oder ein Gulden, oder Wein, und der Eigenschaft, verschuldet zu sein. Die zuerst genannten Eigenschaften machen die Sache zu einer Sache ganz bestimmter Art, die letztere thut dies ganz und gar nicht. Also darf man sie auch mit jener nicht auf gleiche Stufe stellen. Vielmehr wird man zu sagen haben, daß das Vermächtniß einer Quantität seinen hinlänglich bestimmten Gegenstand gewinne durch Nennung des Genus, dem die vermachte Sache angehören, und der Quantität, in welcher sie vermacht sein soll. Sind Genus und Quantität genannt, so hat das Vermächtniß einen eben so hinlänglich bestimmten Gegenstand, wie das Vermächtniß der individuellen Sache durch deren Bezeichnung. Werden daher jetzt noch andere Eigenschaften von dem Vermachten ausgesagt, so ist es wenigstens nicht nöthig, darin eine nähere Bestimmung des Gegenstandes

des Vermächtnisses zu erblicken, d. h. anzunehmen, es sei diese Aussage von dem Testator in dem Sinne hinzugefügt worden, daß keine anderen als mit dieser Eigenschaft versehene Sachen jenes Genus legirt sein sollen. Vielmehr kann der Testator mit dieser Hinzufügung auch nichts Anderes gemeint haben, als daß Sachen dieses Genus unter anderen mit dieser Eigenschaft vorhanden seien. Und wenn es nun auch klar ist, daß diese Annahme hier sehr viel weniger nahe liegt, als bei Vermächtnissen individueller Sachen die entsprechende, daß der Testator durch Nennung einer Eigenschaft nur habe sagen wollen, daß die vermachte Sache diese Eigenschaft habe, so darf sie deswegen doch nicht als unter allen Umständen unzulässig bezeichnet werden. Dafür spricht auch I. 72. §. 8. D. de cond. (35. 1). Denn wenn in dieser Stelle Sabinus aus dem Legate „ex centum quæ Titio legavi quinquaginta heres Seio dato“ für den Fall, daß dem Titius nichts legirt sei, eine Klage dem Seius lediglich deswegen nicht geben will, weil er annimmt, der Testator habe demselben nur zur Strafe des Titius legirt, so spricht er damit aus, daß er anders entscheiden haben würde, wenn er angenommen hätte, der Testator habe deswegen legirt, um dem Seius eine Wohlthat zu erweisen. Und so ist denn namentlich auch für das *legatum nominis* und *liberationis* wenigstens die Möglichkeit zu vindiciren, daß es im Sinne des Testators aufrecht erhalten werden müsse, auch wenn die als verschuldet bezeichnete Quantität in der That nicht verschuldet ist. Bei der hier anzustellenden Interpretation bietet die deutsche Sprache ein Hülfsmittel dar, welches der lateinischen mangelt. Hat der Testator gesagt: die Hundert, welche mir Titius schuldig ist, so ist kein Zweifel, daß er nur verschuldete Hundert hat legiren wollen. Hat er aber gesagt: Hundert, welche mir Titius schuldig ist, so kann er zwar dasselbe gemeint haben, er kann aber auch gemeint

haben: hundert, — und so viel ist mir auch Titius schuldig, so daß sie dorthin passend genommen werden können. Es kann auch hier gesagt werden, müssen, daß er „demonstrare potius heredibus voluit, unde centum sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem legato iniicere“⁴⁾.

Ist der Gegenstand des Vermächtnisses nicht eine Quantität, sondern eine vom Verfehr gewöhnlich als nichtfungibel behandelte Sache in generischer Bezeichnung, z. B. fundus, sorvus, so erwartet es, wenn es auch in dieser Unbestimmtheit mag bestehen können, doch naturgemäß noch seine nähere Bestimmung, und wird daher in ihm die Nennung einer Eigenschaft hinzugefügt, so kann darin nur diese nähere Bestimmung, also die Erklärung des Willens gefunden werden, daß nur der mit dieser Eigenschaft versehene fundus etc. legirt sein solle. Das Vermächtniß: fundum quem Titius debet Seius habeto wird man nimmermehr dahin interpretiren können, daß der Erbe auch dann einen fundus leisten müsse, wenn Titius keinen verschulde.

Falsa causa.

83. Dem Sage: „falsa demonstratio non nocet“ geht zur Seite der andere: „falsa causa non nocet“, I. 17. §. 2. I. 72. §. 6. D. de cond. (35. 1), §. 31. I. de leg. (2. 20), Ulp. XXIV. 19. In der citirten Institutionenstelle (vergl. auch I. 17. §. 2. de cond. cit.) heißt es sogar: „longo magis legato falsa causa adiecta non nocet“. Als Beispiele werden angeführt: „quia negotia mea curavit“, „quia patrocínio eius capitali crimine liberatus sum“, „quia frater eius ipse ex arca tot aurós sumsit“. Wenn der Satz in den genannten Stellen nur in Beziehung auf Legate aufgestellt wird, so ist er deswegen für Erbesetzungen nicht weniger unzweifelhaft.

4) Mit geringer Aenderung auf I. 96. pr. D. de leg. 1. (30).

Aber auch er wieder soll nichts Anderes sagen, als daß das in der That nur als Beweggrund Gemeinte nicht schon deswegen für eine Voraussetzung gehalten werden dürfe, weil es ausgesprochen worden sei. Er soll nicht sagen, daß der Beweggrund 5) gar nicht zur Voraussetzung erhoben, und für eine solche nicht anders gehalten werden dürfe, als wenn das ausdrücklich erklärt sei. Auch von ihm kann, daß er Voraussetzung sei, aus den Umständen erkannt werden.

Das wird wenigstens für Vermächtnisse in umfassendem Maße in der l. 72. §. 6. D. de cond. (35. 1) anerkannt. „Falsam causam legato non obesse verius est“, sagt hier Papinian, „quia ratio legandi legato non cohæret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisset“. Der erste Theil der Stelle ist schon oben benützt worden; hierher gehört der zweite. Wenn auch, sagt Papinian, der Beweggrund als solcher mit dem Vermächtnisse, nachdem er es hervorgerufen hat, in keiner Verbindung mehr steht, und daher von ihm in keiner Weise dessen Wirksamkeit abhängt: so ist es doch anders, wenn sich nachweisen läßt, daß der Verfügende seine Verfügung von dem Grunde, durch welchen er zu derselben bestimmt worden ist, nicht losgelöst habe, daß er sie gemacht habe als eine nur auf ihn beruhende, als eine, die er ohne ihn nicht gemacht haben würde. Das drücken wir eben so aus: anders ist es, wenn der Beweggrund Voraussetzung der Verfügung war.

Wenn Papinian sagt: „sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisset“, so kann das nicht heißen, daß die doli exceptio in den meisten Fällen stattfinde, in welchen dieser Beweis geführt werden könne. Es ist nicht abzusehen, warum sie, wo dieser Beweis geführt wer-

5) Beweggrund wird hier in engerm Sinne genommen. S. Num. 4.

den kaum, bald gegeben werden sollte, bald nicht. Papinian will damit vielmehr sagen, daß sehr häufig die falsa causa dennoch schaden werde, insofern sehr häufig der Beweis werde geführt werden können, daß sie nicht bloß Beweggrund sei.

Ein einzelner hierher gehöriger Fall ist ohne Zweifel der in l. 30. §. 4. D. de adim. (34. 4) berichtete, obgleich es nicht gesagt wird, da in demselben die causa sich nicht als falsch erwiesen hatte. Die Erblasserin hatte den Erbtheil ihres Sohnes Anderen vermacht mit dem Zusätze: „quoniam cognovi Priscillianum filium meum in extremis esse“. Es wird die volle Wirksamkeit dieses Vermächtnisses nicht bezweifelt, (nur die eines späteren bedingten, nicht hierher gehörigen,) weil Priscillian, obgleich er seine Mutter überlebt hatte, doch an derselben Krankheit gestorben war. Also war er zur Zeit des Vermächtnisses, wird angenommen, allerdings in extremis gewesen. Wäre er wieder genesen und dann an einer anderen Krankheit gestorben, so wäre gewiß anders entschieden worden.

Erbesetzungen schienen der römischen Rechtsanschauung auch hier, wie überhaupt (Nun. 54), einen stärkeren Widerstand entgegenzusetzen. Das zeigt sich noch in einer Entscheidung von Severus und seinem Sohne l. 92. D. de her. inst. 28. 5 (von Paulus, der von „imperatores nostri“ spricht). Als diesen Kaisern ein Testament vorgelegt wurde, welches der Testator auf die falsche Nachricht von dem Tode seines früher eingesetzten Erben gemacht hatte, mit dem ausdrücklichen Zusätze: „quia heredes quos volui habere mihi continere non potui“, glaubten sie es allerdings rescindiren zu dürfen, („licet modus institutione contineretur, qui falsus non solet obesse“, fügt Paulus hinzu,) aber sie bestimmten zugleich, daß aus dem späteren Testamente wenigstens die Legate und Freizeiten prästirt werden müßten. Dieselbe Entscheidung hatte schon früher Hadrian gegeben (l. 28. D. de inoff. 5. 2), als eine

Frau auf die falsche Nachricht von dem Tode ihres Sohnes (ihres Intestaterben) ein Testament gemacht hatte.

Einzelnes.

84. Unter den einzelnen hierher gehörigen Fragen ist zunächst eine zu nennen, in deren Beantwortung die römischen Juristen nicht durchgängig einig waren, ob als Voraussetzung der Befastung eines Honorirten angesehen werden müsse, daß er das ganze ihm Zugewendete erlange, ob er also nach dem eigentlichen Willen des Testators weniger zu prästiren habe, wenn ihm ein Theil des Zugewendeten entzogen werde. Dies kann namentlich — obgleich nicht einzig — in Folge der *lex Falcidia* geschehen, und gerade in Beziehung auf diesen Fall sind die römischen Juristen verschiedener Ansicht gewesen. Denn *Scävola* verneint in Beziehung auf denselben die aufgeworfene Frage an zwei verschiedenen Orten (*lib. XXII. Digest. l. 21. §. 1. D. de annuis 33. 1, lib. IV. Resp. l. 25. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2*), beide Male übrigens denselben Fall entscheidend. Es war einem *libertus* ein Grundstück legirt und derselbe mit einem *Alimentenfideicommiss* beschwert worden. Er hatte von seinem Legate Etwas durch die *lex Falcidia* verloren, und *Scävola* war gefragt worden, ob dadurch auch das *Alimentenvermächtniß* verhältnißmäßig gemindert würde. Seine Antwort lautete: „*secundum ea quæ proponerentur non videri minutum, nisi alia mens testatoris probaretur*“. Dem stehen aber nun auf der anderen Seite gegenüber *Mareian*, der mit Berufung auf *Bindius* lehrte: „*non quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco quod passus est non imputaturum*“ (*l. 32. §. 4. D. ad leg. Falc. 35. 2*), und *Paulus* mit *Neratius*, von denen der Erstere die Entscheidung des Letzteren, daß der *Universalfideicommissar* den auf ihn angewiesenen *Vermächtnißnehmern* die durch die *Lex falcidia* erlittene Verkürzung in Anrechnung bringe

gen dürfe, ohne Widerspruch, also billigend, anführt (l. 43. §. 3. D. de cond. 35. 1). Aus dieser unzweifelhaften Entscheidung des Neratius ist dann auch der von Gaius (l. 63. §. 12. D. ad SC. Treb. 36. 1) von ihm berichtete Ausspruch, daß der Universalfideicommissar dieses Recht deswegen habe, „*ne ipse de suo damnus sentiat*“, dahin zu interpretiren, daß er mit diesen letzteren Worten nicht habe sagen wollen, derselbe habe dasselbe nur dann, wenn die ihm auferlegten Vermächtnisse den Werth des ihm Bleibenden überstiegen. — Derselbe Paulus spricht aber nun an demselben Orte (l. 43. §. 1. D. de cond. 35. 1) eine andere Meinung für den Fall aus, wo der Bedachte demjenigen, auf den er angewiesen ist, etwas *conditionis implendæ causa* zahlen soll; hier müsse er das Ganze zahlen, auch wenn er durch den Abzug der Quart Etwas verliere, — „*quia in solidum conditioni paretur*“. Dagegen und hiermit verlassen wir die Betrachtung des Falles, wo das Vermächtniß durch die *lex Falcidia* gemindert wird — brauche er nicht das Ganze zu zahlen („*seinditur ius dandi*“), wenn er — als Universalfideicommissar — einen Theil der ihm zugewendeten Erbschaft durch die *honorum possessio contra tabulas* des Patrons oder eigene Incapacität verliere (l. 43. pr. §. 2. D. eod.); welche Entscheidung von dem *conditionis implendæ causa* Auferlegten auf Vermächtnisse nicht zu übertragen, kein Grund vorhanden ist. So lehrt denn auch Marcellus in l. 19. D. de iure cod. (29. 7), daß die einem Intestaterben durch Codicill auferlegten Vermächtnisse verhältnißmäßig gemindert würden, wenn neben denselben ein zweiter vom Erblasser nicht gekannter Erbe trete.

85. Jemand hat im Testamente erklärt, sein Schuldner sei ihm nichts mehr schuldig. Es ist unwahrscheinlich, daß er dem Schuldner im Testamente einen Beweis der geleisteten Zahlung habe geben wollen, also vorausgesetzt habe, die Zah-

lung sei geleistet; es ist viel wahrscheinlicher, daß er ihm durch jene Verfügung eine nicht getilgte Schuld habe erlassen wollen. Daher ist der Erbe, wenn die Schuld in der That nicht getilgt ist, zur Liberation verpflichtet, „nisi liquido probari possit, eum (testatorem) non liberare debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse“ (l. 1. C. de falsa causa 6. 44).

§. 9.

Fortsetzung.

C. Voraussetzung und Bedingung.

86. Die Frage, wann eine Voraussetzung angenommen werden dürfe, hat noch eine andere Seite, als diejenige, von welcher sie bisher betrachtet worden ist. Bisher ist sie in dem Sinne gestellt worden, daß ihre Beantwortung ausschließen sollte, was weniger als Voraussetzung, überhaupt nicht Beschränkung des Willens ist. Sie kann aber auch zu dem Ende gestellt werden, zu erfahren, wo die Grenzen zwischen der Voraussetzung und der stärkeren Willensbeschränkung, welche in der Bedingung enthalten ist, liegen.

Aus einem Grunde, der erst unten klar werden kann, ist es nöthig, bei der Beantwortung dieser Frage sogleich zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung zu unterscheiden. Von jener reden wir zuerst.

87. Wann also muß nicht eine Voraussetzung, sondern eine Suspensivbedingung angenommen werden?

Wir verstehen hier unter Bedingung nicht die Bedingung im engeren Sinne, diejenige Hinzufügung, welche die Existenz des Willens von einem Zukünftigen und Ungewissen abhängig macht, sondern jede Hinzufügung überhaupt, welche die Existenz des Willens von irgend einem Thatfactlichen abhängig macht.

Eine solche Bedingung kann nun ausdrücklich erklärt werden. Dann ist natürlich eine Verwechslung mit der Voraus-

setzung nicht denkbar. Aber sie kann auch stillschweigend gemacht werden. Und gerade wegen dieser Möglichkeit muß unsere Frage aufgeworfen werden 1).

Eine Antwort, welche die Entscheidung für jeden einzelnen Fall an die Hand gäbe, ist der Natur der Sache nach auch auf diese Frage nicht möglich. Im Ganzen und Großen kann wieder nur gesagt werden, daß aus den Umständen erschlossen werden müsse, was der Erklärende gewollt habe. Nur das kann hinzugefügt werden, daß in Zweifel der Voraussetzung der Vorzug zu geben ist. „Semper in obscuris quod minimum est sequimur“, sagt I. 9. D. de R. I. (50. 17). Sodann aber geben uns auch hier die Quellen in einzelnen Entscheidungen Anhaltspunkte für die Beurtheilung anderer Fälle. Diese Entscheidungen sollen hier zusammengestellt werden.

88. Wer einen zweiseitigen Vertrag abschließt, will gewiß nur verpflichtet sein, wenn auch der andere Contrahent verpflichtet wird. Daß derselbe es aber werde, sieht das Recht nicht als Voraussetzung, sondern als stillschweigende Bedingung seiner Willenserklärung an. So wird er, wenn der andere Contrahent nicht verpflichtet wird, nicht etwa durch *exceptio* und *condictio* geschützt, sondern er ist gar nicht verpflichtet. Der zweiseitige Vertrag wird — vollkommen der Natur der Sache gemäß — als ein untrennbares Ganze aufgefaßt, welches nicht nur theilweise existiren kann.

89. In derselben Weise wird auch jede Erklärung aufgefaßt, wodurch Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Anderen überträgt. Diese Erklärung darf nicht etwa in die zwei Erklärungen zerlegt werden 1) ich will dieses Recht nicht mehr haben, 2) du sollst es haben, — so daß das Recht verloren ginge, auch wenn der Andere es nicht erwürbe, und etwa

1) Auf dieses Verhältniß bezieht sich der bei Aelstern vorkommende Begriff des *modus mixtus*. S. Glück IV S. 462, und noch Schilling Institutionen S. 83.

nur wiedererlangt werden könnte. Sondern wenn der Andere es nicht erwirbt, will der Uebertragende es gar nicht verloren haben. Der Erwerb durch den Anderen ist die stillschweigende Bedingung seiner Aufgabe.

Jedoch zeigen sich gerade hier im römischen Rechte auch Spuren einer gegentheiligen Auffassung, und zwar näher noch, einer Auffassung, welche den Erwerb durch den Anderen auch nicht einmal als Voransetzung des Aufgebens anerkennen will. Dahin gehört vor Allem der bekannte Ausspruch des Pomponius in l. 66. D. de I. D. (23. 3), daß die (in iure) cessio des usufructus an einen Dritten die Wirkung habe, daß derselbe sich wieder mit dem Eigenthume vereinige. Die entgegengesetzte, offenbar richtigere Meinung findet sich bei Gai. II. 30²⁾ und in §. 3. I. de usufr. (2. 4). Ferner aber gehört hierher auch die Entscheidung, welche Celsus in l. 18. §. 1. D. de acq. poss. (41. 2) gibt. Wenn Jemand, sagt er, einem Wahnsinnigen, den er für geistesgesund hält, eine Sache tradirt, so verliert er (animo) den Besitz, obgleich ihn dieser nicht erwirbt. „Sufficit quippe, dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; immo vult dimittere, quia existimat, se transferre“. Aber auch hier stellen sich richtigere Entscheidungen entgegen. So sagt Papinian in l. 18. D. de vi (43. 16), daß, wenn der Verkäufer eines an einen Anderen verpachteten Grundstückes zu Gunsten des Käufers auf den Besitz desselben verzichtet habe, (si iussit emptorem in vacuam possessionem ire,) er nichtsdestoweniger, wenn der Pächter den Käufer mit Gewalt zurückweise, das interdictum unde vi aufstellen könne. „Neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori; quia nemo eo animo

2) Vergl. oben

II 35.

esset, ut possessionem ommitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset“. In gleicher Weise entscheidet in l. 34. pr. D. de acq. poss. (41. 2) Ulpian, daß, wenn Jemand einem Andern ein Grundstück für sich zu besitzen erlaube (si eum in vacuum possessionem mittit,) und dieser irrtümlich ein anderes Grundstück in Besitz nehme, der Tradent den Besitz jenes Grundstückes nicht verliere, weil ihn der Andere nicht erwerbe. „Non puto errantem acquirere. Ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione“.

90. In der gleichen Weise wird auch die Novation behandelt. Auch sie wird als ein untrennbares Ganze angesehen, nicht etwa als bestehend aus zwei selbstständigen Willenserklärungen: 1) die alte Obligation soll aufgehoben sein, 2) es soll eine neue begründet sein. Das heißt mit anderen Worten, es wird angenommen, die Aufhebung der alten Obligation habe zur stillschweigenden Bedingung, daß eine neue entstehe, und die Begründung der neuen habe zur stillschweigenden Bedingung, daß die alte aufgehoben werde. Daher entsteht eine neue nicht, wenn die alte nicht aufgehoben wird, also auch dann nicht, wenn eine alte gar nicht vorhanden war, und die alte wird nicht aufgehoben, wenn nicht eine neue entsteht (l. 1. §. 1. l. 14. D. de nov. 46. 2).

91. Wenn dem Manne vor der Ehe eine Sache zur dos gegeben wird, so kann der Geber gewollt haben, daß er sofort, er kann aber auch gewollt haben, daß er erst mit dem Abschluß der Ehe Eigenthümer werden solle. In jenem Falle hat er unter einer Voraussetzung, in diesem unter einer Bedingung gegeben. Wahrscheinlicher ist nun, daß er eine Bedingung nicht gewollt habe. „Sed nisi hoc evidentiter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiæ secutæ fuerint reddantur“ (l. 8. D. de I. D. 23. 3).

Anders aber, wenn eine *æstimatio venditionis causa* hinzugefügt wird. In Folge dieser *æstimatio* geht unwiderriefliches Eigenthum auf den Mann über, und es tritt an die Stelle der ihm gegebenen Sache eine Geldsumme; die Sache wird ihm in der That um diese Geldsumme verkauft. Es ist nicht anzunehmen, daß der Geber dies schon vor der Ehe gewollt habe. „*Si ante matrimonium æstimatæ res dotales sunt, hæc æstimatio quasi sub conditione est; namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum. Secutis igitur nuptiis æstimatio rerum perficitur, ut sit vera venditio*“ (l. 10. §. 4. D. de I. D. 23. 3). Vergl. auch l. 2. D. pro dote (41. 9).

Wie ist es, wenn eine dos vor der Ehe nicht gegeben, sondern versprochen wird? Die einfachste Auslegung dieses Versprechens ist gewiß die, daß der Versprechende erst dann etwas schuldig sein will, wenn die Ehe zu Stande gekommen ist. Daher heißt es in l. 21. D. de I. D. (23. 3): „*Stipulationem quæ propter causam dotis fit constat in se habere conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ, et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio: si nuptiæ, constat*“, — und in l. 68. D. eod.: „— *cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat*“. Vergl. l. 36. 37. 41. §. 1. D. eod., l. 4. §. 2. D. de pactis (2. 14). Das gilt aber auch in dieser Bestimmtheit nur von dem Versprechen, eine dos geben zu wollen, nicht von dem Versprechen, wodurch eine dos gegeben wird. Eine dos kann wie durch Uebertragung eines anderen Rechtes, so auch durch Einräumung eines Forderungsrechtes gegen den Bestellenden bestellt werden. Von der Begründung eines solchen Forderungsrechtes muß dasselbe gelten, wie von der Uebertragung eines Eigenthumsrechtes *dotis causa*. Sie kann unter der stillschweigenden Bedingung, daß eine Ehe zu Stande komme, sie kann aber auch unter der Voraussetzung derselben geschehen.

Auch wenn eine dos durch Acceptilation bestellt wird, kann das Eine und kann das Andere gewollt sein. So heißt es in l. 43. pr. D. de I. D. 23. 3. (Ulp.): „Licet soleat dos per acceptilationem constitui, tamen, si ante matrimonium acceptilatio fuerit interposita, nec nuptiæ secntæ, Scævola ait, matrimonii causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse, atque ideo suo loca manere obligationem; quæ sententia vera est“. Dagegen gibt in l. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) Favolen, wenn die Ehe nicht erfolgt, auf die durch die Acceptilation verlorene Summe eine Condictio.

92. Wie das Versprechen einer dos vor erfolgter Ehe, so ist das Versprechen der Collation vor erlangter *honorum possessio* zu beurtheilen. Daher heißt es in l. 3. §. 5. D. de coll. (37. 6): „Emancipatus præteritus, si dum deliberat caverit de honorum collatione, nec honorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatione *ipso iure* tutus erit“. Aber auch hier kann etwas Anderes gesagt werden müssen, wenn die Stipulation das Mittel ist, wodurch die Collation vollzogen wird.

93. Die l. 5. C. de don. a. n. (5. 3) lautet: „Ea quæ tibi ut sponsæ daturum se promisit is, qui te ficto cœlibatu, cum aliam matremfamilias domi reliquisset, sollicitavit ad nuptias, petere cum effectu non potes, cum tu sponsa, uxore domi posita, non fuisti“. Als Voraussetzung des Versprechens kann dieses Rescript die Existenz eines zu Recht bestehenden Verlöbnisses nicht angesehen haben, da es dem Manne die Berufung auf seine Nichtexistenz gestattet, obgleich sie ihm bekannt war. Es bleibt nur die Annahme übrig, daß es die Existenz eines Verlöbnisses für die stillschweigende Bedingung des Versprechens gehalten hat.

94. Wir gehen zu der Betrachtung der Grenze zwischen der Voraussetzung und der Resolutivbedingung über.

Die Resolutivbedingung kann in ihrer Wirkung von der Suspensivbedingung nur dann geschieden werden, wenn sie auf ein Zukünftiges und Ungewisses geht. Ist es zur Zeit der Willenserklärung (objectiv) gewiß, daß sie erfüllt ist oder nicht, so ist entweder ein unbeschränkter Wille erklärt, oder gar keiner, — wie bei der Suspensivbedingung. Die Erklärung: ich will, wenn nicht diese Thatsache ist, hat durchaus keine andere Bedeutung und Wirkung, als die Erklärung: ich will, wenn diese Thatsache nicht ist. Ist dagegen die Resolutivbedingung auf eine zukünftige und ungewisse Thatsache gestellt, so ist einstweilen eine vollkommen wirksame Willenserklärung vorhanden, während, wenn derselben das Gegentheil dieser Thatsache als Suspensivbedingung hinzugefügt wäre, sie einstweilen gar keine Wirkung haben würde. Daher ist auch in den Quellen von Resolutivbedingungen nur in Beziehung auf künftige und ungewisse Thatsachen die Rede.

Von einer stillschweigenden Erklärung der Resolutivbedingung nun finde ich in den Quellen nicht geredet. Dagegen kann es im einzelnen Fall zweifelhaft sein, ob durch die gemachte Erklärung in der That eine Resolutivbedingung hat begründet, oder ob nur demjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung gemacht worden ist, die Verpflichtung hat auferlegt werden sollen, für einen gewissen Fall das Empfangene zurückzugeben. Ist dieses Letztere gemeint, so ist die Willenserklärung in der That unter einer Voraussetzung gemacht worden, unter der Voraussetzung des Gegentheils jenes Falles, unter der Voraussetzung, daß jener Fall nicht wirklich werden sollte (Num. 2. 18. 57). Und in dieser Beziehung kann denn auch zwischen der Resolutivbedingung und der Voraussetzung die Grenze zweifelhaft sein.

Die Grenzcheidung zwischen beiden hatte aber für die Römer ein bei weitem weniger umfassendes Interesse, als sie

es für uns hat. Denn die Römer erkannten die Resolutivbedingung überhaupt nur in sehr beschränktem Maaße an. Sie gingen von der Ansicht aus, daß ein einmal gegebenes Recht der Disposition des Gebers entzogen sei, und daher von ihm nicht mehr zurückgenommen werden könne. „*Conditio vero efficax est, quæ in constituenda obligatione inseritur, non quæ post perfectam eam ponitur*“ (I. 44. §. 2. D. de O. et A. 44. 7). Nur die ihrer Natur nach schon vergänglichen Rechte, z. B. den Nießbrauch, nahmen sie von dieser Regel aus. Wurde bei der Verleihung anderer Rechte eine Resolutivbedingung hinzugefügt, so galt sie entweder als *non scripta*, wie bei der Erbeinsetzung³⁾, oder sie machte die Verfügung ungültig, wie bei Vindicationslegaten und Schenkungen⁴⁾, oder es wurde ihr nur indirecte Wirkung beigelegt, wie bei der Stipulation und der Bestellung einer Servitut⁵⁾. Diese indirecte Wirkung bestand näher darin, daß gegen die Geltendmachung des unter ihr gegebenen Rechtes eine *doli exceptio* gewährt wurde. Und, wie wir mit Sicherheit hinzufügen können, obgleich dies nicht aus-

3) Savigny III. §. 127. Note a.

4) Beides sagen (für den dies ad quem, welchem die Resolutivbedingung in dieser Beziehung durchaus gleichzustellen ist,) Vat. fr. §. 283 und I. ult. C. de leg. (6. 37). Jener Paragraph enthält eine Verfügung von Diocletian und Constantius (286), worin es heißt: „*Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit*“. In I. ult. C. de leg. ult. sagt Justinian: „*Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus utpote irritis a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes, etiam talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere*“. Von der anderen Seite kann das doch wieder nicht von allen Vermächtnissen gegolten haben, da es in I. 55. D. de leg. 1. (30) heißt: „*... nec tempore aut loco aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest*,“ — was doch nur dahin verstanden werden kann, daß die Verpflichtung des Erben trotz einer solchen Hinzufügung eine unbeschränkte sein sollte. Vergl. auch I. 44. §. 1. D. de O. et A. (44. 7).

5) L. 44. §. 2. D. de O. et A. (44. 7), (vergl. I. 44. §. 1. D. eod., I. 56. §. 4. D. de V. O. (45. 1), §. 3. I. de O. (3. 15)), — I. 4. pr. D. de serv. (8. 1), I. 56. §. 4. D. de V. O. (45. 1).

drücklich bezeugt wird, eine Condition auf Rückgabe dieses Rechtes. So daß also die Resolutivbedingung, wenn sie überhaupt anders wirkte, als zur Vernichtung des ganzen Rechtsgeschäftes, nicht anders wirkte, als auch die Voraussetzung. Ausgenommen, wie bereits bemerkt wurde, beim Nießbrauch und anderen ähnlichen Rechten. Und ausgenommen ferner auch, wie jetzt noch hinzuzufügen ist, wenn sie einem Consensualcontracte hinzugefügt war. Wenigstens finden wir beim Kaufvertrage die in diem addictio mit der Wirkung anerkannt, daß das bessere Gebot dem Verkäufer das verlorene Eigenthum ohne Weiteres zurückgebe, und zwar in der nämlichen Weise, als wenn er es nie verloren habe ⁶⁾.

Die beschränkte Wirkung der Resolutivbedingung hat auch zur Folge, daß die römischen Juristen keinen Anstand nehmen, von einem Geschäft, welches „sub conditione resolvitur“, zu reden, wo sie an nichts Anderes denken, als an eine zutreffenden Falls entstehende persönliche Rückforderungsklage. In diesem Sinne nennt Julian in l. 1. D. de don. (39. 5) die Brautschenkung und die Schenkung auf Todesfall eine Schenkung, „quae sub conditione solvatur“ ⁷⁾.

Der dargestellte Zustand hat im Laufe der Zeit insofern eine Veränderung erfahren, als die vernichtende Kraft der Resolutivbedingung in Beziehung auf Schenkungen und Legate aufgehoben worden ist. In Beziehung auf letztere, wie bereits (Note 4) bemerkt wurde, durch Justinian. In Beziehung auf erstere wird sie noch in einer Constitution von Diocletian und Constantius vom Jahre 286 (Vat. fr. 283) anerkannt. In der

6) L. 4. §. 3. D. de in diem add. (18. 2), l. 3. D. quib. mod. pign. (20. 6), vergl. l. 41. pr. D. de R. V. (6. 1). Fikt die lex commissaria wird bezeugt, daß sie Eigenthum unmittelbar, aber nicht ausdrücklich, daß sie Eigenthum ex tunc zurückgebe, l. 4. C. de pactis inter emt. (4. 54).

7) §. 11, bedingte Exactionen S. 219, ff., spricht in diesem Falle von einer uneigentlichen Resolutivbedingung.

Justinianischen Compilation (l. 2. C. de don. quæ sub modo 8. 55) ist dieselbe so ungeändert worden, daß sie das gerade Gegen-
theil sagt.

Daß aber auch die directe Wirkung der Resolutivbedingung sich in anderen als den genannten Fällen Anerkennung errungen habe, darf, glaube ich, nicht behauptet werden. Auf l. 29. D. de m. c. don. darf man sich, wie bereits oben (Num. 48 Note 10) bemerkt worden ist, nicht berufen. Denn sie spricht nicht von einer Schenkung unter einer Resolutivbedingung, sondern von einer Schenkung mit der Auflage des Rückgebens, und die actio in rem, welche sie dem Schenker gibt, ist nichts als die rei vindicatio des Beschenkten, welche jener als utilis aufstellen kann, da er ihre Cession erzwingen kann. Auch die rei vindicatio der l. 14. eod. auf eine Schenkung unter einer Resolutivbedingung zu beziehen, liegt durchaus keine Nothwendigkeit vor (l. 2. i. f. eod.) ⁹⁾.

Dagegen ist es unserer Rechtsanschauung gewiß gemäßer, die Behandlung, welche die Römer der Resolutivbedingung bei den Consensualcontracten zu Theil werden ließen, auf alle Rechtsgeschäfte zu übertragen. So macht sich denn für uns allerdings in umfassendem Maaße das Bedürfniß geltend, zwischen der Resolutivbedingung und der Auflage der Verpflichtung zur Rückgabe (der Voraussetzung) genau zu unterscheiden. Aber auch hier wird eines Theils die Grenze nur in jedem einzelnen Fall mit Berücksichtigung der besonderen Umstände desselben gefunden werden können, anderen Theils im Zweifel für die Voraussetzung entschieden werden müssen.

95. Von der Wirkung des dies ad quem gilt dasselbe, wie von der Wirkung der Resolutivbedingung, sowohl was die

⁹⁾ Ich habe bei der Text gegebenen Darstellung in manchen Punkten von der Savigny's System III. S. 127 (vergl. IV. S. 171) abweichen zu müssen geglaubt. Die Gründe, welche mich dazu bestimmt haben, ergibt die Darstellung selbst.

römische, als was unsere Rechtsanschauung angeht. Die Grenze zwischen ihm und der Voraussetzung kann zweifelhaft werden, wenn er durch ein Ereigniß bezeichnet worden ist, (— ein bestimmtes, denn sonst ist er Resolutivbedingung.) Auch dann kann die Frage entstehen, ob mit diesem Ereigniß das gegebene Recht unmittelbar aufhören, oder nur zurückgegeben werden soll. In dem letzteren Falle ist in der That unter einer Voraussetzung geleistet worden.

§. 10.

Concurrirnde Rechtsverhältnisse.

96. Es ist oben (Num. 49) gesagt worden, daß zur Geltendmachung des aus der Ermangelung der Voraussetzung entstehenden Rechtes neben der *Condictio* (und abgesehen von der *doli exceptio*) möglicherweise noch eine andere Klage zustehen kann. Davon ist hier nicht die Rede. Hier ist vielmehr davon die Rede, daß, wenn die Voraussetzung ermangelt, möglicherweise noch andere Rechtsverhältnisse begründet sein können, als die aus dieser Ermangelung entstehenden. Die Aufgabe dieses Paragraphen ist, sie darzustellen, so wie ihr Verhältniß zu der letzteren nachzuweisen.

Sogleich hier soll eine Uebersicht über sie gegeben werden. Es kann, wenn die Voraussetzung ermangelt, auf Rückgabe des Geleisteten ein Recht anderer Art, als dasjenige, welches durch diese Ermangelung erzeugt wird, begründet sein. Wenn die auf eine Leistung gerichtete Voraussetzung ermangelt, so kann ein Recht auf ihre Erfüllung zustehen. Wenn die Leistung im Interesse eines Dritten auferlegt worden ist, so kann dieser das Recht haben, sie zu verlangen.

I. Recht auf Zurückgabe.

97. Wir reden zuerst von Verfügungen unter Lebenden. Bei diesen ist bei Ermangelung der Voraussetzung neben dem auf dieser Ermangelung beruhenden Recht noch ein anderes

Recht auf Zurückgabe dann begründet, wenn die Rückgabe des Empfangenen für diesen Fall bei dem Empfange versprochen worden ist. Dieses Versprechen kann durch Verbalcontract geleistet worden sein. Aber nöthig ist das nicht. Es bedarf keiner Form; das einer Leistung hinzugefügte *pactum* ist eben dadurch kein *nudum pactum* ¹⁾, es erzeugt eine *actio præscriptis verbis*.

Die *actio præscriptis verbis* ist auf diesen Fall nicht beschränkt. Sie ist überall begründet, wenn „*rebus certa lege traditis, huic legi non paretur* (l. 6. C. de rer. perm. 4. 64), und ebenso, wenn unter einer solchen *lex* irgend eine andere Leistung gemacht worden ist. Diese *lex* kann eine Leistung des Empfängers, sie kann ein Rückgeben nach gewisser Zeit oder auf Widerruf des Gebers zum Gegenstand haben, — Beides gehört nicht hierher. Sie kann aber auch das Rückgeben für den Fall eines gewissen Zustandes oder einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse zum Gegenstand haben, das gehört hierher.

Wie die *actio præscriptis verbis* ohne *Condictio* stattfinden kann, so kann umgekehrt die *Condictio* begründet sein ohne die *actio præscriptis verbis*. Nur dann darf diese letztere angenommen werden, wenn über das Rückgeben in der That ein Vertrag abgeschlossen worden, und dieser Vertrag gültig ist. Was im Speziellen den ersten Punkt angeht, so braucht dieser Vertrag zwar nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Aber deswegen kann er doch nicht in allen Fällen des Existens unter einer Voraussetzung angenommen werden. Z. B., es hat Jemand, der fest überzeugt ist, Schuldner zu sein, dem vermeintlichen Gläubiger, der eben so fest überzeugt ist, gezahlt. Im Allgemeinen wird man zu sagen

1) L. 8. D. de præscr. verb. (19. 5) — „*nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari probaretur*“.

haben, daß ein stillschweigender Vertrag nur da angenommen werden dürfe, wo die Partheien den Fall des Rückgebens vorausgesehen haben.

Im Einzelnen findet sich die *actio præscriptis verbis* auf Rückgabe neben der *condictio* in folgenden Fällen anerkannt.

Das *mortis causa* Gegebene kann, wenn der Fall, für welchen nicht geschenkt ist, eintritt, auch mit der *actio præscriptis verbis* zurückgefordert werden, l. 18. §. 1. D. de m. c. don. (39. 6).

Ebenso die *arrha* nach vollzogenem oder aufgelöstem Vertrag, l. 3. C. de A. E. V. (4. 49), l. 2. C. quando liceat ab emt. (4. 45) (— „potes hoc .. secundum fidem pacti recuperare“).

Der Geber einer *dos*, welcher sich Rückgabe derselben ausbedungen hat, kann dieselbe eintretenden Falls auch mit der *actio præscriptis verbis* verlangen, l. 6. C. de I. D. (5. 12), l. un. §. 13. C. de rei ux. act. (5. 13).

Wenn ein Sklave in *quæstionem* gegeben worden ist, und seine Rückgabe verweigert wird, trotz dem, daß „non de eo comperitum est“, so kann der Empfänger auch mit der *actio præscriptis verbis* belangt werden, l. 8. D. de præser. verb. (19. 5).

In allen diesen Fällen ist neben der *actio præscriptis verbis* eine *Condictio* ausdrücklich anerkannt (Num. 23, 14, 20, 18)²⁾. In folgenden ist das zwar nicht der Fall, aber dieselbe deswegen nicht minder gewiß. Es liegt in ihnen in der That eine Leistung unter einer ermangelnden Voraussetzung vor.

Es ist eine Sache zum Verkauf gegeben worden, damit der Verkäufer den gelösten Preis als Darlehn behalte. Er weigert sich dessen, — *actio præscriptis verbis*, l. 19. D. h. t. Aber es ermangelt auch die Voraussetzung des Gebens, — daß das Gegebene beim Empfänger in einer gewissen Function sei.

2) S. übrigens §. 7. Note 14.

Es ist ein Kapital gegeben worden, der Empfänger soll daraus für den Geber gewisse Ausgaben bestreiten und den Uberschuß herausgeben. Darauf kann er mit der *actio praescriptis verbis* belangt werden, l. 24. D. h. t. Aber auch die *Condictio* wäre begründet, weil ihm zum Zweck einer Verwendungs gegeben worden ist, welche nicht eintritt.

Es ist eine streitige Sache zum Verkauf gegeben worden mit der Auflage, den Kaufpreis derselben dem Sieger herauszugeben; der Prozeß wird gar nicht geführt. *Actio praescriptis verbis*, l. 9. §. 3. D. de dolo malo (4. 3); aber ohne Zweifel auch *Condictio*, weil der Zweck, zu welchem gegeben worden ist, nicht erfüllt werden kann.

In dem ähnlichen Falle der l. 17. §. 5. D. de praeser. verb. (19. 5) („si quis sponsionis causa annulos acceperit nec reddit victori“) ist nicht anzunehmen, daß der Empfänger zum Eigenthümer gemacht worden sei; denu sonst hätte der Jurist, was er thut, die Frage nicht aufwerfen können, ob derselbe auch mit der *condictio furtiva* hafte. Diese Frage verneint er zwar, indem er auf die *actio praescriptis verbis* verweist, doch ist die allgemeine *Condictio* des übertragenen Besizes gewiß eben so zulässig, wie in dem Falle der l. 15. §. 1. D. de cond. ind. 12. 6. (Num. 46).

Jemand hat bei einem Andern Geld deponirt, damit er es dem Titius gebe, wenn er einen entlaufenen Sklaven zurückbringe. Titius thut das nicht, — *actio praescriptis verbis*, l. 18. h. t. Aber ohne Zweifel auch *Condictio* des übertragenen Besizes. Vergl. §. 2 Note 9 a. C.

Auch der sogenannte *contractus aestimatorius* ist hierher in so fern zu stellen, als die *actio praescriptis verbis* auf Rückgabe des Gegebenen wenigstens auch gerichtet werden kann, wenn sie auch der Empfänger durch Leistung des bedungenen Kaufpreises abweisen kann. Daß er, wenn er den leg-

teren nicht leistet, auf Rückgabe des Empfangenen mit einer Condition haftet, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst.

98. Die *actio præscriptis verbis* ist eine jüngere Bildung. Es hat eine Zeit gegeben, in welcher sie nicht galt, in welcher also auf Rückgabe des Geleisteten im Falle der erman- gelnden Voraussetzung nur mit der Condition geklagt werden konnte. Durch die Ausbildung der *actio præscriptis verbis* ist dieselbe nicht verdrängt worden. Und mit Recht. Derjenige, welcher ein Vertragsrecht auf Rückgabe in einem gewissen Falle erwirbt, leistet deswegen nicht minder unter der Voraussetzung des Gegentheils dieses Falls. Wer unter einer Voraussetzung in der That leistet, verzichtet auf die aus dieser Selbstbeschränkung des Willens entstehenden Rechte nicht dadurch, daß er sich Rückgabe für den betreffenden Fall noch besonders versprechen läßt.

Man könnte der Meinung sein, daß es sich anders verhalte, wenn auf Rückgabe ein *Verbalecontract* abgeschlossen worden sei. Man könnte sagen, das Wesen der Stipulation bestehe darin, daß sie ihren Inhalt als erschöpfende, aber auch einzige Norm für das Rechtsverhältniß setzen wolle, in Beziehung auf welches sie abgeschlossen werde, so daß nun auf dessen wirkliche Gestalt von keiner Parthei mehr zurückgegangen werden könne. Jedoch wäre das zu weit gegangen. Die Stipulation kann diese Absicht haben, aber sie hat sie keineswegs nothwendig. Vergl. I. 71. D. pr. pro socio (17. 2): — „*si quidem, pacto convento inter eos de societate facto, ita stipulati essent: hæc ita dari fieri spondos? futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur*“.

99. Bei letztwilligen Verfügungen kann neben der Condition auf Rückgabe wegen erman- gelnder Voraussetzung eben-

falls ein Vertragsrecht aus der vom Empfänger geleisteten Caution (Num. 53) begründet sein. Es kann auch dem Empfänger die Rückgabe für jenen Fall ausdrücklich auferlegt worden, und daraus eine *fideicommissi petitio* gegen ihn begründet sein.

II. Recht auf Erfüllung der Voraussetzung.

100. Dieses Recht beschränkt sich der Natur der Sache nach auf eine bestimmte Klasse der Voraussetzungen, auf diejenigen, welche eine Handlung des Empfängers zum Gegenstande haben.

Was nun wieder zunächst Verfügungen unter Lebenden angeht, so beruht auch hier dieses Recht im Allgemeinen auf einem das Leisten unter einer Voraussetzung begleitenden Vertrage. Im Einzelnen kann derselbe wieder eine Stipulation sein, oder ein formloser Vertrag.

Im ersten Falle ist auch hier möglich, daß der Leistende, indem er sich den Gegenstand seiner Voraussetzung versprechen läßt, auf die aus der Ermangelung derselben erwachsenden Rechte verzichtet. Die Stipulationsklage kann auch hier in einem ausschließenden Verhältniß zur *Condictio* stehen.

Auders wieder die Klage, welche aus dem formlosen Vertrage erwächst. Es ist dies auch hier die *actio præscriptis verbis*, — gemäß des Principeß dieser Klage. Dieselbe unterscheidet sich aber in dieser Anwendung von der *Condictio*, neben welcher sie einhergeht, nicht bloß durch den Grund, sondern auch durch den Gegenstand.

Das nähere Verhältniß beider Klagen zu einander ist folgendes.

So oft die *actio præscriptis verbis* begründet ist, findet auch eine *Condictio* wegen mangelnder Voraussetzung Statt, wenn nur dasjenige, was für die versprochene Handlung geleistet worden ist, einen Vermögenswerth hat.

Von der anderen Seite kann auch hier eine *condiction* des Geleisteten begründet sein, ohne daß eine *actio praescriptis verbis* auf die Handlung, welche den Gegenstand der Voraussetzung bildet, stattfindet. Zwar³⁾ daß ein Vertrag auf dieselbe abgeschlossen worden sei, wird in keinem Falle gezeugnet werden können; wer Etwas annimmt, was ihm mit der Aufzuerlegung der Verpflichtung zu einer Handlung gegeben wird, verspricht diese Handlung⁴⁾. Aber auch hier kann dieser Vertrag aus irgend einem Grunde unwirksam sein. Von besonderer Bedeutung ist hier der Fall, wo die vorausgesetzte Handlung nicht im Interesse des Gebers, sondern eines Dritten, oder wenn auch im Interesse des Gebers, doch nicht in seinem vermögensrechtlichen Interesse liegt.

Was die einzelnen Fälle betrifft, in welchen die *actio praescriptis verbis* in dieser Anwendung anerkannt wird, so wird es genügen, wenn hier diejenigen genannt werden, in welchen zugleich eine *condiction* ausdrücklich bezeugt ist (Num. 19).

Leistung irgend einer Sache um eines *factum non locabile*, oder Leistung eines Anderen als Geldes um eines *factum locabile*, l. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis (19. 5). In Einzelnen wird genannt: Leistung, damit ein Sklave freigelassen werde l. 5. §. 2. cit., l. 7. D. eod. Geben anderer Sachen als Geldes, *ut tabulam pingas*, l. 5. §. 2. D. cit.

Acceptilation gegen Delegation eines Schuldners, l. 9. D. h. t.

Geben einer Sache gegen eine andere, Tausch, — l. 5. §. 1, l. ult. D. h. t., l. 5. C. de rer. perm. (4. 64), vergl. l. 4. C. eod. l. 7. §. 2. D. de pactis (2. 14). In l. 20. §. 3. D. und l. 23. C. fam. herc. (10. 2, 3. 36) ist von einem zum Zwecke der Erbtheilung vollzogenen Tausche die Rede; in denselben wird

3) Die besondere Meinung des Paulus in l. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis (19. 5) lassen wir hier billig auf sich beruhen.

4) Vergl. S i n t e n i s *Gemeines Civilrecht* II, S. 529. Anmerk. 64.

die *actio præscriptis verbis* auch auf die Zahlung der von jedem Contractanten übernommenen Schulden gegeben ⁵⁾.

Schenkung mit Vorbehalt von Alimenten, I. 8. C. de rer. perm. (4. 64), I. 3. C. de contr. emt. (4. 38).

Schenkung mit der Auflage Schulden zu bezahlen, I. 28. D. de don. (39. 5), I. 22. C. eod. (8. 54).

In der zuletzt citirten Stelle heißt es ganz allgemein: „Eum . . . cui certa lege prædia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequia urgeri, secundum legem donationibus dictam convenit. Vergl. auch I. 9. eod.

101. Es ist gesagt worden, daß derjenige, welcher mit Auferlegung der Verpflichtung zu einer Handlung gebe, dadurch, daß er sich diese Handlung versprechen lasse, auf die ihm aus der Ermangelung der Voraussetzung erwachsenden Rechte nicht, oder doch nicht nothwendig, verzichte. Man könnte dies zugeben, und dennoch, mit einer leichten Wendung der Auffassung, der Meinung sein, daß neben der Klage aus dem abgeschlossenen Vertrage die *condictio* nur in untergeordneter Weise bestehen könne. Man könnte nämlich von der Vorstellung ausgehen, daß der mit Auferlegung einer Verbindlichkeit Leistende zunächst unter der Voraussetzung der Erfüllung dieser Verbindlichkeit gar nicht leiste (Num. 70). Sein eigentlicher Wille sei kein anderer, als der, daß der Empfänger 1) haben, 2) leisten solle. Das Recht thue also seinen eigentlichen Willen vollkommen Genüge, wenn es den der Leistung sich weigern den Empfänger zu der Leistung zwingt; bloß wo es dazu nicht im Stande sei, habe es Veranlassung, dem Leistenden ein Rückforderungsrecht zu gestatten. Denn das sei allerdings dem eigentlichen Willen des Leistenden auch nicht gemäß, daß der

5) Ueber die Begründetheit der *actio præscriptis verbis* im Falle der Exaction des Empfängers siehe I. 1. §. 1. D., I. 1. C. de rer. perm. (19. 64), I. 29. C. de evict. (8. 45), I. 14. C. fam. herc. (3. 36), I. 7. C. mul. (3. 38).

Empfänger haben sollte, auch ohne zu handeln. In zweiter Linie sei die Handlung des Empfängers allerdings Voraussetzung seiner Leistung. Das ältere römische Recht — vor der Ausbildung der *actio præscriptis verbis* — habe sich nun allerdings auf diesen Nothbehelf, mit Ausnahme des Falles, wo über die Leistung eine Stipulation abgeschlossen worden sei, verwiesen gesehen, da es nur in diesem Falle den Empfänger zu der versprochenen Handlung zu zwingen vermocht habe. Nachdem es aber ein umfassendes Mittel zu diesem Zwange in der *actio præscriptis verbis* erlangt habe, habe es Unrecht gethan, jenen Nothbehelf festzuhalten. Es hätte vielmehr die *Condictio* nur in den Fällen fortbestehen lassen sollen, in welchen die Vertragsklage aus irgend einem Grunde ausfalle. Zur Unterstützung dieser Argumentation könnte man sich namentlich darauf berufen wollen, wie auffallend die *Condictio* bei der Schenkung *sub modo* sei. Die Auflage sei hier nothwendigerweise geringeren Werthes, als das Gegebene, ein Theil des Gegebenen also reine Schenkung, und doch solle es der eigentliche Wille des Gebers gewesen sein, daß der Empfänger bei Nichterfüllung der Auflage nicht etwa den Werth derselben, nein das ganze Empfangene verlieren sollte?

So scheinbar diese Argumentation sein mag, so wenig ist sie doch begründet. Der Fehler derselben liegt darin, daß sie Leistung und Auflage als getrennte Dinge behandelt. Das sind sie aber im Sinne des Leistenden nicht. Derselbe will eben nicht, daß der Empfänger 1) haben, 2) handeln solle, sondern er will, daß derselbe haben und handeln solle. Der Wille, daß er handeln solle, ist ein Theil des Willens, daß er haben solle, jener von diesem, wie es oben (in Beziehung auf die erste Absicht der Leistung) ausgedrückt worden ist, nicht losgelöst. Das heißt eben mit anderen Worten: das Handeln ist Voraussetzung des Willens, daß er haben solle. Und das

gilt für die Schenkung *sub modo* nicht minder, als für diejenige Leistung, wodurch dem Empfänger keine Liberalität erwiesen werden soll. Auch bei jener hat allerdings der Geber gewollt, daß der Empfänger das Größere verlieren solle, wenn er das Geringere nicht leiste; denn indem er es mit einer Auflage gegeben hat, hat er eben erklärt, daß es nur mit dieser Auflage, d. h. mit der Erfüllung derselben, gehabt werden solle. Es ist wahr, daß in diesem wie in jedem anderen Falle des Gebens mit einer Auflage demjenigen, was der Geber zunächst gewollt hat, Genüge geschieht, wenn ihm der Empfänger zur Erfüllung der Auflage gezwungen wird. Hätte das römische Recht das nicht angenommen, so würde es ihm gewiß die *actio præscriptis verbis* nicht gegeben haben. Aber folgt daraus, daß er unter der Voraussetzung ihrer Erfüllung nicht gewollt habe? Das Recht thut ihm Recht, indem es ihm die Möglichkeit gewährt, ihre Erfüllung zu erzwingen; aber es würde ihm Unrecht thun, wenn es ihn auf diese Möglichkeit beschränken wollte ⁸⁾.

102. Nicht also die *actio præscriptis verbis* steht der *condiction* im Wege. Aber das steht ihr im Wege, daß zwischen den Partheien ein zweiseitiger Vertrag abgeschlossen worden ist, aus welchem unmittelbar für jede eine klagbare Verpflichtung entstanden ist. Ist das der Fall, so kann diejenige Parthei, welche geleistet hat, nicht mehr behaupten, daß sie geleistet habe mit Auflegung einer Verpflichtung; ihre Leistung ist dann keine Leistung, die sie auch hätte unterlassen können, sie hat vielmehr mit derselben nur ihre Verpflichtung erfüllt. Wollte sie bei nicht erfolgender Gegenleistung zurückfordern, so

8) Eine Spur von der hier zurückgewiesenen Auffassung findet sich allerdings in den Quellen. Es heißt in l. 3. C. de contr. emt. (4. 38): — „si in possessionem rei . . causa donationis, ut te aleret, induxisti, sicut perfecta donatio facie rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit“.

würde der Empfänger das sogleich geltend machen. Sie kann gegen denselben nur auf Erfüllung der Verpflichtung klagen, welche er auch seinerseits, und nicht erst beim Empfange, übernommen hat. Dasjenige, was beim zweiseitigen Vertrage um eines Anderen willen geleistet wird, ist die Verpflichtung; welche jede Parthei gegen die Verpflichtung der anderen austauscht, — wobei aber, wie oben bemerkt worden ist, das Verpflichtetwerden der anderen nicht Voraussetzung, sondern stillschweigende Bedingung der Prästation des eigenen Verpflichtetseins ist.

Es ist gesagt worden, daß der zweiseitige Vertrag diese Wirkung nur dann habe, wenn er unmittelbar eine klagbare Verbindlichkeit erzeugt; was nach römischem Recht bekanntlich nur in einer beschränkten Reihe von Fällen eintrat. Man könnte das auffallend finden. Man könnte sagen: auf jeden Fall erzeuge der zweiseitige Vertrag wenigstens eine *naturalis obligatio*, und habe sie nach römischem Recht von jeher erzeugt; eine *naturalis obligatio* aber sei zur Ausschließung der Rückforderung des Gegebenen vollkommen hinreichend. Aber es liegt auf der Hand, wie wenig die Hinweisung auf diese *naturalis obligatio* einem Contrahenten gestattet werden konnte, der seine eigene, derselben gegenüberstehende Verbindlichkeit zu erfüllen sich weigerte und zu erfüllen nicht gezwungen werden konnte. Diesem Mangel wurde auch durch die *actio praescriptis verbis* nicht abgeholfen. Denn die *actio praescriptis verbis* erzwingt nicht Erfüllung der im vorhergehenden Vertrag, sondern der beim Empfang übernommenen Verbindlichkeit.

Die Gründe, aus welchen das römische Recht nur in einer beschränkten Reihe von Fällen unmittelbar aus dem zweiseitigen Vertrage selbst eine Klage auf die Gegenleistung entstehen lassen zu dürfen glaubte, sind für unsere Rechtsanschauung nicht mehr vorhanden. Für uns also gilt in allen Fällen desselben, daß der aus demselben Leistende nicht als um einer

Gegenleistung willen leistend, sondern als eine übernommene Verpflichtung erfüllend angesehen werden müsse, daher auch im Falle der Verweigerung der Gegenleistung nicht das Geleistete zurückfordern, sondern nur den Gegner zur Erfüllung der seinerseits übernommenen Verbindlichkeit zwingen könne.

Aber auch nur für den zweiseitigen Vertrag gilt das, d. h. nur für die Fälle, in welchen die Partheien darüber übereinkommen, daß Jeder etwas leisten solle, was als Äquivalent des von dem Anderen zu Leistenden von ihnen aufgefaßt wird ⁷⁾. Es gilt nicht für die Fälle, wo der Eine dem Anderen zu einer gewissen Verwendung gibt; und noch weniger gilt es für die *donatio sub modo*. Dort, wie hier, ist das Leisten des Leistenden als Ausfluß seines freien Willens, nicht als Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit anzusehen, also auch die Verbindlichkeit des Empfängers als erst beim Empfangen übernommen. So daß also in diesen Fällen auch für uns die römische *actio præscriptis verbis* noch immer die zutreffende Klage ist, und ueben ihr die *condictio ob causam datorum* ⁸⁾ fortbesteht.

Und auch bei dem zweiseitigen Vertrage ist *actio præscriptis verbis* (und *condictio ob causam datorum*) für uns noch denkbar, — wenn nämlich derselbe ungültig ist. Hat dann ein Contrahent aus demselben in Unwissenheit über seine Ungültigkeit geleistet, so kann er ohne Zweifel die *condictio indebiti* anstellen. Hat er aber die Ungültigkeit desselben gekannt, so kann sein Leisten nur als freiwilliges Leisten um einer Ge-

7) Wenn es das vielleicht auch nicht ist, und wohl gar die Partheien das wissen, z. B. bei dem Verkaufe um einen absichtlich geringen angelegten Preis.

8) Es ist für dieselbe bei der Schenkung noch ein anderer Gesichtspunkt möglich, der der Unantbarkeit des Beschenkten. Von diesem Gesichtspunkte aus hat bekanntlich Justinian das Rückforderungsrecht des Schenkers bei nicht erfüllter Auflage neu functionirt (I. 10. C. de revoc. don. §. 56).

genleistung willen, und das Empfangen des anderen Contractanten als Empfangen mit Uebernehmen der Verpflichtung zu dieser Gegenleistung angesehen werden.

103. Wenn das römische Recht nach Ausbildung der *actio praescriptis verbis* die *condiction* wegen nicht erfolgender Gegenleistung mit Recht festgehalten hat, so hätte es doch damit etwas Anderes aufgeben sollen, dessen Festhalten ihm in der That zum Vorwurf gereicht. Ich meine das Neuerrecht und die *condiction*, welche dieses geltend macht. Die Betrachtung, auf welcher das *ius poenitendi* beruht, geht eben davon aus, daß eine Klage auf die versprochene Gegenleistung nicht möglich sei. Ist dies der Fall, so steht es in der Willkür des Empfängers, ob er die Gegenleistung machen und das Empfangene behalten, oder das Empfangene zurückgeben und die Gegenleistung nicht machen will. Dieser Willkür des Empfängers den Leistenden Preis zu geben, erschien unbillig. Entzogen wurde er ihr eben dadurch, daß dem Empfänger das Recht genommen wurde, gegen die Gegenleistung das Empfangene behalten zu dürfen. Nun hatte keine von beiden Partheien das Recht, die Leistung des Gegners sich durch die Gegenleistung zu sichern, — und die Gleichheit zwischen ihnen war wiederhergestellt. Das Festhalten des *ius poenitendi* seit Einführung der *actio praescriptis verbis* hat nun umgekehrt den Empfänger in den unbilligen Nachtheil gebracht, welchem der Leistende durch dasselbe hat entzogen werden sollen. Nun muß er sich gefallen lassen, nach der Willkür des Leistenden die Gegenleistung zu machen, obgleich er das Geleistete zurückgeben will, oder das Geleistete zurückzugeben, obgleich er zur Gegenleistung bereit ist.

Ich glaube, das hier über das *ius poenitendi* Gesagte ist durch sich selbst klar, und es braucht zur Erläuterung desselben nichts mehr hinzuzufügen zu werden. Es ergibt sich aus deut-

selben auch unmittelbar, warum das *ius pœnitendi* bei der Schenkung *sub modo* nicht anerkannt sein konnte. Bei der Schenkung *sub modo* ist nicht zu fürchten, daß der Schenker von der ihm allerdings auch hier gewährten Willkühr dahin Gebrauch mache, daß er das Empfangene zurückgebe, um sich von der versprochenen Gegenleistung zu befreien. Und thut er es dennoch, so wird der Leistende dadurch nur reicher. Derselbe braucht also gegen diese Möglichkeit nicht geschützt zu werden⁹⁾.

104. Bei Verfügungen auf Todesfall ist zwar Zwang zur Erfüllung der Auflage ebenfalls denkbar, aber kein Zwang kraft eines Rechtes des Gebers, da er nicht mehr lebt. Er muß vertreten werden. Aus demselben Grunde kann auch nicht er es sein, an den bei nicht erfüllter Auflage, d. h. bei erman- gelnder Voraussetzung, zurückfällt. Es ist dies vielmehr derjenige, welcher durch die Verfügung beschränkt worden ist.

Dieses Verhältniß konnte nicht ohne Einfluß bleiben. Es mußte das römische Recht dazu führen, sich darüber klar zu werden, was denn als der vorzugsweise Wille des Verfügenden anzusehen sei, der, daß bei Nichterfüllung der Auflage der Empfänger zur Erfüllung derselben gezwungen, oder

9) Bekanntlich gehen nicht nur über das Reuerecht, sondern auch über das Verhältniß der *actio præscriptis verbis* zur *condictio ob causam datorum* überhaupt und die Fortdauer der letzteren die Meinungen sehr auseinander. Potemil gegen dieselben lag nicht in meiner Absicht. Ich habe mich begnügt, meine Ansicht zu begründen. Nur das will ich bemerken, daß das Reuerecht darauf nicht gestützt werden kann, daß der Innominatcontract für jeden Contractanten erst durch seine Leistung eine *causa* bekomme, bei demselben jeder Contractant erst durch seine eigene Leistung Contractrechte erwerbe. Denn daraus folgt auch nur, daß jeder Contractant vor der eigenen Leistung auf die Gegenleistung nicht klagen könne. Wer dagegen das ihm Gekostete gegen die Gegenleistung behalten will, beruft sich auf den von dem Gegner in der Leistung ausgesprochenen Willen. Dieser Wille ging doch offenbar dahin, daß der Empfänger für die Gegenleistung haben solle, — und es läßt sich nicht einsehen, wie derselbe ohne Weiteres sollte zurückgenommen werden können.

der, daß er das Empfangene wieder verlieren solle. Bei Verfügungen unter Lebenden durfte es diese Frage unbeantwortet lassen. Es durfte sich damit begnügen, festzustellen, daß der eine Wille den anderen nicht ausschliesse, und die Entscheidung darüber, ob der eine oder der andere vorzuziehen habe, dem Verfügenden selbst, welcher sich selbst nicht Unrecht thun konnte, überlassen. Aber bei Verfügungen auf Todesfall lebt er nicht mehr, um diese Entscheidung zu treffen; sie muß statt seiner getroffen werden, — und welche ist nun in seinem Sinne zu treffen?

Sehen wir nun zu, wie das römische Recht diese Frage beantwortet hat, so finden wir, daß es hier allerdings in entscheidener Weise den Zwang zur Erfüllung der gemachten Auflage in den Vordergrund stellt. Es behandelt in der That die Unwirksamkeit der Verfügung nur als Nothbehelf. Ohne Zweifel ist es dabei aber auch mit durch die Betrachtung bestimmt worden, daß die Annahme, der Verfügende habe gewollt, daß bei nicht erfolgter Auflage ein Anderer das Gegebene haben solle, denn doch nicht so nahe liegt, als die, daß es dann an ihn selbst zurückfallen solle.

Aber das römische Recht sah sich bei dem Bestreben, diesen Willen, den es in der Auflage vorzugsweise ausgesprochen fand, zur Anerkennung zu bringen, sehr von Mitteln entblößt. Woher sollte es sie nehmen? Der Verfügende ist nicht mehr vorhanden; und von der Befugniß eines Dritten, die Vollziehung einer zu seinen Gunsten gemachten Auflage als eigenes Recht zu erzwingen, ist hier nicht die Rede; davon wird erst sogleich gehandelt werden.

Da nun hat das römische Recht in Beziehung auf Vermächtnisse sich auf einem Wege geholfen, von welchem bereits die Rede gewesen ist. Es hat vorgeschrieben, daß der Vermächtnisnehmer das ihm Vermachte nicht eher solle verlangen dürfen, bis er für die Vollziehung der ihm gemachten Auflage

Caution geleistet habe. In dieser Caution hat es nun das ihm sonst fehlende Mittel, den Weigernden zu zwingen ¹⁰⁾.

Freilich, wenn er die Caution nicht leisten will, so bleibt das Vermächtniß bei dem Beschwerten. Hier war eben nicht anders zu helfen. Hier blieb nichts Anderes übrig, als die Voraussetzungs-natur der Auflage herauszukehren, und geltend zu machen, daß das der Testator gewiß auch nicht gewollt habe, daß der Honorirte haben solle, ohne die Auflage zu erfüllen und zu ihrer Erfüllung gezwungen werden zu können.

Wie aber, wenn der Vermächtnißnehmer dennoch erlangt hat, ohne Caution geleistet zu haben, und nun die Erfüllung der Auflage verweigert? Auch dann scheidet nichts Anderes übrig zu bleiben, als ihm das Vermächte zu nehmen, d. h. dem dadurch Beschwerten ein Rückforderungsrecht zu gestatten. Und in der That finden wir ein solches Rückforderungsrecht anerkannt (l. 17. D. de usu. 33. 2, vergl. l. 24. §. 16. D. de fideic. lib. 40. 5). Aber daneben auch etwas Anderes, — Zwang extraordinem. Das bezeugt l. 92. D. de cond. (35. 1) für die Auflage, „ut liberos emanciparet“. Aber in welchem näheren Verhältniß sollen wir uns diesen außerordentlichen Zwang zu dem Rückforderungsrecht des Dnerirten denken, — wann trat er ein, und nicht dieses? Darüber wird in jedem einzelnen Fall der Magistrat entschieden haben, und er wird den außerordentlichen Zwang — eben das Außerordentliche — nicht ohne besondere Gründe haben eintreten lassen. Wenn Ulpian in der citirten l. 92. D. de cond. ihn bei der dort erwähnten Auflage gerechtfertigt hält, so hat er sich ohne Zweifel durch die Betrachtung bestimmen lassen, wie fern bei einer Auflage, welche

10) Siehe die oben (Num. 52) citirten Stellen, namentlich aber l. 19. D. de leg. 3. (32). „Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis, id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt“.

das Vermächte nicht absorbiert, ja eine Vermögenslast gar nicht enthält, dem Testator der Gedanke gelegen haben müßte, daß der Vermächtnißnehmer wegen Nichterfüllung derselben das ganze Vermächtniß verlieren solle. In den beiden anderen citirten Stellen ist von einem Vermächtniß an eine Stadtgemeinde, um daraus Spiele einzurichten, von einem Legate, um einen Sklaven freizulassen, die Rede. Hier liegt es offen zu Tage, daß der Testator nur zu diesen Zwecken und abgesehen von denselben nicht habe geben wollen¹¹⁾.

Wir gehen zu den Erbeseinsetzungen über. Bei den Erbeseinsetzungen finden wir von einer Caution nicht gesprochen. Aber auch hier bleibt das römische Recht dem die Erfüllung der Auflage verweigernden Erben gegenüber bei der Versagung der Geltendmachung des gegebenen Rechtes, und Rückforderung desjenigen, was er bereits hat, nicht stehen. Hat er einen Mit-erben neben sich, so ist in dessen *actio familiae hereditariae* ein Mittel, die Vollziehung der Auflage zu erzwingen, gegeben. Das römische Recht hat dasselbe auch benützt, l. 18. §. 2. D. fam. herc. (10. 2), l. 7. D. de annuis (33. 1)¹²⁾. Für den Fall aber, wo nur ein Erbe vorhanden ist, scheut es auch hier vor dem außerordentlichen Zwang nicht zurück. Derselbe ist anerkannt in l. 7. D. de annuis (33. 1) und l. 50. pr. D. de H. P. (5. 3), in beiden Stellen in Beziehung auf die Auflage, ein Monument zu errichten. Hier wirkten zusammen der religiöse Gesichtspunkt und die Betrachtung des untergeordneten Werthes

11) Neben die l. 92. D. de cond. (35. 1) ist auch noch l. 5. §. 2. D. de his quæ ut ind. (34. 9) zu stellen. „Amittit id, quod testamento meruit, et eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela. Sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem“.

12) Eine seltsame Idee berichtet in l. 18. §. 2. D. fam. herc. (10. 2) Ulpian von Pomponius. „Idem tamen tentat, quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur, præscriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat“. Ulpian hatte wohl Recht, in Beziehung auf diesen Ausdruck den Ausdruck *tentare* zu gebrauchen.

der Auflage. Eine Regel für alle Fälle darf aber daraus gewiß nicht gemacht werden. In anderen Fällen wird hier ebensowohl Rückforderung durch den Beschränkten anzuerkennen sein, wie in sonstigen Fällen der Erbesetzung unter ermangelnder Voraussetzung (l. 7. C. de her. inst. 6. 24).

Auch bei der Freilassung mit einer Auflage findet sich Zwang durch die Obrigkeit anerkannt (l. 17. §. 2. l. 44. D. de manum. test. 40. 4). Hier war offenbar das Entscheidende die Unmöglichkeit, die Verfügung des Testators unwirksam zu machen.

III. Recht des Dritten, zu Gunsten dessen eine Leistung auferlegt worden ist, dieselbe zu verlangen.

105. Dieses Recht ist auf einen noch kleineren Kreis der Voraussetzungen beschränkt, als derjenige ist, wovon zuvor gehandelt worden ist, diejenigen nämlich, welche in der Auflage einer Leistung zu Gunsten eines Dritten enthalten sind.

Und gerade von diesen Voraussetzungen ist zuvor nicht gehandelt worden. Mit der *actio præscriptis verbis* kann die Leistung, auf welche sie gehen nicht erzwungen werden; dieselbe setzt eine Auflage im Interesse des Lebenden voraus. Bei leibwilligen Verfügungen aber ist von ihnen ausdrücklich abgesehen worden.

Insofern nun hier ein Recht des Dritten auf Erfüllung der Auflage anerkannt wird, ist damit natürlich jedes Recht, die nicht erfolgende Leistung als ermangelnde Voraussetzung der Verfügung geltend zu machen, ausgeschlossen, nicht minder bei Verfügungen unter Lebenden das des Leistenden¹³⁾, als bei Verfügungen auf Todesfall das des durch die Zuwendung Beschränkten.

Inwiefern ist dasselbe denn im römischen Recht anerkannt worden?

Das römische Recht zeigt auch hier eine entschiedene Nei-

13) Dergleichen das nicht allgemein anerkannt ist. S. Gluck IV. S. 471.

gung, durch Anerkennung desselben dem von dem Verfügenden zunächst und am Eigentlichsten Gewollten Rechnung zu tragen. Aber auch hier hat es — und nicht bloß bei Verfügungen auf Todesfall — mit formellen Schwierigkeiten zu kämpfen gehabt. Die Resultate, welche es in der Bekämpfung derselben erreicht hat, sollen im Folgenden dargelegt werden. Es ist dabei von den letztwilligen Verfügungen auszugehen.

106. Bei den letztwilligen Verfügungen erzeugte die zu Gunsten eines Dritten gemachte Auflage unter bestimmten Voraussetzungen für denselben ein Klagerrecht seit den ältesten Zeiten, wenn sie nämlich dem eingesetzten Erben und in der Form des Legates gemacht worden war. Waren diese Voraussetzungen aber nicht erfüllt, so blieb ursprünglich nichts übrig, als durch Inrückweisung des Honorirten oder Rückforderung des von ihm bereits Besessenen dem Willen des Testators Geltung zu verschaffen.

Mit der Anerkennung und weiteren Ausbildung der *petitio fideicommissi* erhielt das Recht des Dritten auf Erfüllung der Auflage einen um Vieles erweiterten Umfang. Nun war nicht mehr nöthig, daß dieselbe dem eingesetzten Erben, und nicht mehr, daß sie in den Formen des Legates gemacht worden war.

Aber auch das Fideicommiss war nicht von allen Formen frei. Es mußte der Testator seinen Willen wenigstens als Wunsch oder Bitte (*peto, volo, rogo, fideicommitto*, Gai. II. 249. Ulp. XXV. 2) ausgesprochen haben. Namentlich die mit *ut* gemachte Auflage erzeugte eine *petitio fideicommissi* nicht. Das ist noch das Recht der classischen Zeit. Allerdings glaubte schon Scävola aus folgender Verfügung: „*Pamphilo libertus hoc amplius quam codicillis reliqui dari volo centum. Scio omnia, quæ tibi Pamphile relinquo, ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspectam ha-*

beam“, — anerkennend, daß hierin ein Fideicommiss zu Gunsten der Söhne nicht liege, dennoch, mit Berufung auf eine Entscheidung des Kaisers Marcus, denselben ein Klagerrecht gegen den Erben des Pamphilus zusprechen zu dürfen (l. 39. pr. D. de leg. 3. 32); aber sein Zeitgenosse Marcellus spricht es eben so bestimmt aus, daß wenn dem Erben legirt worden sei, „ut integra legata præstet“, seine Weigerung, auf die lex Falcidia zu verzichten, Verlust des Legates für ihn (denogatio actionis), also nicht ein Klagerrecht für die Legatäre zur Folge habe (l. 75. D. ad leg. Falc. 35. 2), — Papinian erkeunt in dem Falle, wo einem Manne Etwas als dos legirt worden, wenn derselbe die Ehe verweigern sollte, das Legirte der Frau zu, fast also die Verfügung des Testators so: du Mann sollst 100 als dos haben, welche du, wenn du dich der Vollziehung der Ehe weigerst, sogleich an die Frau herauszugeben hast, weiß aber dabei von einem Klagerrechte der Frau nichts, sondern nur von einer dem Manne aufzuerlegenden Caution (l. 71. §. 3. D. de cond. 35. 1), — und noch Ulpian unterscheidet sehr bestimmt zwischen einem Fideicommiss und einer durch ut gemachten Auflage (l. 8. §. 5. D. de transact. (2. 15), l. 3. §. 5. 6. D. de leg. præst. (37. 5), l. 92. D. de cond. (35. 1) verb. „vel ita relictum, ut eos emanciparet“¹⁴⁾). Erst Gordian verfügte im Jahre 241 gerade in Beziehung auf die durch ut gemachte Auflage, daß auch aus ihr für den Dritten, zu dessen Gunsten sie gemacht worden sei, eine petitio fideicommissi entstehen sollte (l. 2. C. de his quæ sub modo 6. 45), und wir werden gewiß nur in seinem Sinne handeln, wenn wir dieselbe auch in jedem anderen Falle, wo mit Bestimmtheit er-

14) Auch l. 16. §. 2. D. de min. (4. 4) ist hier anzuführen, obgleich sie im Uebrigen nicht hierher gehört, da sie von einer Auflage, an den Quiriten selbst zuzufügen, handelt. Aber auch bei ihr glaubte Ulpian, von dem die Stelle herrührt, da sie nur mit ut gemacht worden war, zur Caution gehen zu müssen.

kannt werden kann, daß der Testator eine solche Auflage gewollt habe, zulassen. Gordian beruft sich darauf, daß in Beziehung auf Freiheiten schon früher Severus dasselbe bestimmt habe. Aus den Pandekten sehen wir, daß auch bei ihnen noch Julian und selbst Ulpian nur durch Auflegung einer Caution helfen zu können glaubten (l. 48. D. de fideic. lib. (40. 5), l. 7. eod.), während vielleicht in den Worten Marcian's in l. 51. §. 2. eod.: „Si alienum servum quis *rogatus* fuerit manumittere, cum ei pecunia certa legata esset, *ut emat eum et manumittat*“ — die ersten Spuren des neuen Rechtes enthalten sind.

Wenn aber nun auch im Sinne der Constitution Gordian's behauptet werden muß, daß die Klage des Dritten, zu dessen Gunsten eine Auflage gemacht worden ist, an keine Form dieser Auflage gebunden sei, so kann ihm doch diese Klage nur dann gegeben werden, wenn die Auflage sein vermögensrechtliches Interesse berührt. Nur bei der Freiheit macht das römische Recht von dieser Regel eine Ausnahme. In allen übrigen Fällen ist die Auflage zu Gunsten eines Dritten nicht anders zu behandeln, als jede andere Auflage. So haben wir ja auch bei der zuvor (Num. II) angestellten Betrachtung bereits die Auflage „*ut liberos emanciparet*“ mit aufgenommen.

Und ferner kann auch bei Auflagen, welche eine *fideicommissi petitio* an und für sich erzeugen, dieselbe aus irgend einem Grunde wegfallen. Dann greift das Recht, die Unwirksamkeit der Verfügung geltend zu machen, wieder Platz¹⁵⁾, — so weit nicht angenommen werden muß, daß der Testator für diesen Fall auf die Erfüllung der Auflage verzichtet habe (§. 10).

107. Bei Verfügungen unter Lebenden konnte das ursprüngliche römische Recht dem Dritten, zu Gunsten dessen dem

15) Deswegen durfte in Num. 104. l. §. 16. D. de fideic. lib. (40. 5) mit genannt werden.

Empfänger eine Auflage gemacht worden war, auf Erfüllung derselben nur dann eine Klage geben, wenn ihm die Erfüllung durch Stipulation versprochen worden war. In l. 3. C. de don. quæ sub modo (8. 55) aber gewähren Diocletian und Maximian demjenigen, welchem die einem Anderen gemachte Schenkung nach gewisser Zeit herausgegeben werden soll, auch ohne Stipulation eine Klage. Sie berufen sich darauf, daß schon frühere Kaiser in gleicher Weise entschieden hätten. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß diese Bestimmung sich auf den in der Constitution unmittelbar genannten Fall, wo das Geschenkte selbst herausgegeben werden soll, nicht beschränkt, vielmehr in allen Fällen zur Anwendung kommen muß, wo einem Beschenkten zu Gunsten eines Anderen eine Leistung irgend einer Art auferlegt worden ist. Zweifelhafter ist es, ob sie auch auf den Fall ausgedehnt werden darf, wo dem ersten Empfänger gar nicht geschenkt werden sollen, ihm vielmehr lediglich im Interesse des Dritten geleistet worden ist. Doch stehe ich nicht an, mich auch für diese Ausdehnung auszusprechen. Ich sehe nicht ein, wie der Klage des Dritten der Umstand günstiger sein sollte, daß dem ersten Empfänger geschenkt worden ist. Und wenn es richtig ist, was Savigny bemerkt¹⁶⁾, daß dieselbe der *fideicommissi petitio* nachgebildet worden sei, so ist geltend zu machen, daß ja auch diese eine dem Dnerirten zugewendete Liberalität nicht voraussetzt.

Sobald diese Klage aus irgend einem Grunde wegfällt, greift das Rückforderungsrecht des Gebers wieder Platz, namentlich also da, wo die Auflage für den Dritten kein Vermögensinteresse hat. Von dem Fall, wo die Leistung unmöglich ist, wird jedoch in dem folgenden Paragraphen noch näher geredet werden.

16) System IV. S. 285. 286.

§. 11.

Unerlaubtheit und Unmöglichkeit der Voraussetzung.

108. Die Lehre von den unerlaubten und unmöglichen Voraussetzungen schließt sich an die Lehre von den unerlaubten und unmöglichen Bedingungen an. Von den unerlaubten Voraussetzungen soll zuerst geredet werden, da die unmöglichen eine längere Besprechung nöthig machen.

Bei letztwilligen Verfügungen braucht die dem Honorirten gemachte Auflage nicht erfüllt zu werden, wenn sie etwas Unerlaubtes von ihm verlangt, oder auch nur seine Freiheit in ungebührlicher Weise beschränkt. In dieser Beziehung ist Alles, was von Bedingungen gilt¹⁾, auf die Voraussetzungen zu übertragen. Speziell von den letzteren ist in folgenden Stellen die Rede.

L. 7. D. de annuis (33. 1). . . Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est²⁾, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est; sed interventu iudicis debent haec omnia, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

L. 71. §. 2. D. de cond. (35. 1). Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat. Potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur. Sed in defuncti libertatis alio iure utimur.

Ueber das Letztere s. l. 44. D. de man. test. (40. 4). — Vergl. auch l. 37. 71. §. 1. D. de cond. (35. 1).

Jedoch gilt der Satz, daß der Honorirte das Zugewendete behalte, auch ohne die unerlaubte Voraussetzung zu erfüllen, auch nur dann, wenn ihm eine Liberalität hat erwiesen werden sollen.

1) Savigny System III. §. 122. 123.

2) Es sind Auflagen gemeint, auf deren Erfüllung nicht ein Anderer ein Recht hat.

L. 37. D. de cond. (35. 1). Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita, ut eum legatarius manumitteret, etsi a legato non repellatur, tamen non est compellendus, ut manumittat; quoniam totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum. Idque Neratius scripsit, et tamen a legato non esse eum repellendum; *quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo, quam heredem, habere voluisset.*

Ist das also nicht der Fall, muß man sagen, daß der Testator „duntaxat ubi ministrum Titium elegit“ (l. 17. pr. D. de leg. 2. 31), so behält der Legatar das Legat nicht.

Jedoch kann in diesem Falle auch der Rückfall desselben an den Beschwerten dem Willen des Testators weniger gemäß sein, als eine Conversion der die Voraussetzung enthaltenden Auflage. Das lehrt l. 16. D. de usu et usufr. (33. 2). Jemand hatte einer Stadtgemeinde zu Schauspielen legiert, welche daselbst nicht gehalten werden durften. Modestinus entschied in Beziehung auf diesen Fall: — „iniquum esse, hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere; igitur adhibitis heredibus et primoribus civitatis inspiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur“.

Insofern die bedingte Verfügung denselben Sinn haben kann, ist das Gesagte ohne Zweifel auch auf sie zu übertragen.

Bei Verfügungen unter Lebenden ist die Behandlung der unerlaubten Voraussetzung folgende. Trifft den Empfänger bei dem Geschäfte ein Vorwurf, so muß er das Empfangene zurückgeben, und kann das Versprochene nicht fordern, trotz dem, daß er die Voraussetzung erfüllt hat, trifft der Vorwurf aber den Geber, so kann derselbe nicht zurückfordern, trotz dem, daß der Empfänger die Voraussetzung nicht erfüllt hat. Consequent

muß behauptet werden, daß derselbe in gleicher Weise auch das gegebene Versprechen trotz der ermangelnden Voraussetzung erfüllen müsse. Sind beide Partheien in turpidutino, so kann sich keine auf das abgeschlossene Geschäft berufen, und es wird daher der factische Zustand aufrecht erhalten, d. h. der Empfänger behält, was er hat, kann aber nicht fordern, was ihm bloß versprochen worden ist. Dig. XII. 5, Cod. IV. 7.

Den Leistenden trifft ein Vorwurf dann, wenn er den Empfänger durch sein Leisten zum Thun eines Verbotenen oder zum Unterlassen eines Gebotenen hat bestimmen wollen, den Empfänger dann, wenn er sich zum Thun eines Verbotenen oder Unterlassen eines Gebotenen anheischig gemacht hat, außerdem aber auch dann, wenn er das Thun eines Gebotenen oder das Unterlassen eines Verbotenen — die Erfüllung seiner Pflicht — als Bereicherungsmittel benützt. S. die citirten Titel, und über das letztere Savigny System III. S. 176 — 179.

109. Bei der Betrachtung der unmöglichen Voraussetzungen stellen wir die Verfügungen unter Lebenden voran.

Wenn der Verfügung unter Lebenden eine unmögliche Bedingung hinzugefügt wird, so ist es gewiß, daß sie nie Erbsenz haben wird. So hat auch die Unmöglichkeit der Voraussetzung keine andere Bedeutung, als die, daß es nun gar nicht zweifelhaft ist, daß die Verfügung wegen ermangelnder Voraussetzung unwirksam sei. Als Regel ist das durchaus festzuhalten; jedoch eine Ausnahme von derselben anzukennen. Dieselbe kann jedoch erst später erläutert werden (Num. 111).

Wie ist es, wenn die Erfüllung der Voraussetzung nicht von Anfang an unmöglich ist, sondern erst später unmöglich wird?

Auch dem ist zunächst keine andere Bedeutung beizulegen, als eben die, daß die Voraussetzung nun nicht erfüllt werden kann, also ihre Ermangelung gewiß ist.

Wie aber, wenn zur Erfüllung derselben eine Handlung

des Empfängers nöthig ist, und diese demselben ohne seine Schuld unmöglich wird, wird er sich nicht wenigstens darauf berufen können?

Fassen wir die Natur der Voraussetzung als einer Willensbeschränkung ins Auge, so werden wir auch diese Frage nur mit Nein beantworten können. Der Leistende hat seine Leistung an einen gewissen Zustand der Verhältnisse gebunden; deswegen, weil derselbe ohne Schuld des Empfängers nicht wirklich ist, ist er nicht weniger nicht wirklich.

Oder müssen wir sagen, daß der Leistende für diesen Fall auf die Erfüllung seiner Voraussetzung habe verzichten wollen? Bei Bedingungen darf das entschieden nicht gesagt werden³⁾. Und eben so wenig hier. Das als das Gegebene kann deswegen nicht weniger zurückgefordert werden, weil Mann oder Frau — welchen von Beiden man nun als Empfänger ansehen will — an der Nichtvollziehung der Ehe unschuldig sind.

Aber bei denjenigen Voraussetzungen, welche nicht bloß zu ihrer Erfüllung eine Handlung des Empfängers verlangen, sondern gerade in einer Handlung desselben bestehen⁴⁾, ist noch eine andere Betrachtung möglich. Man kann hier sagen: derjenige, welchem mit der Auferlegung einer Handlung geleistet worden ist, ist zur Vollziehung dieser Handlung verpflichtet. Eine Verpflichtung aber kann gegen Niemanden geltend gemacht werden, dem ihre Erfüllung ohne seine Schuld (absolut) unmöglich ist.

Man sieht leicht ein, daß diese Auffassung erst durch die Einführung der *actio præscriptis verbis* möglich geworden ist. Wie hätte man vor derselben den Leistenden auf die Verpflich-

3) Vergleiche Note 10 zu diesem Paragraph.

4) Die Voraussetzung des Gebens einer das ist das Zustandekommen einer Ehe, welche allerdings durch eine Handlung des Empfängers zu Stande kommt; die Voraussetzung der Schenkung mit der Auflage, eine bestimmte Person zu heirathen, ist die Handlung des Heirathens unmittelbar.

tung des Empfängers verweisen mögen, die er geltend zu machen nicht im Stande war?

Und auch nach der Einführung der *actio præscriptis verbis* war sie im Grunde nicht gerechtfertigt. Wenn auch jetzt der Leistende geltend machen konnte, daß der Empfänger ihn verpflichtet sei, so war er doch darauf, wie wir gesehen haben, nicht beschränkt. Weil er mit Anferlegung der Verpflichtung zu einer Handlung geleistet hatte, hatte er nicht weniger unter der Voraussetzung dieser Handlung geleistet.

Aber auf der andern Seite lag doch der Gedanke nahe, denjenigen, welcher als Verpflichteter nicht mehr in Anspruch genommen werden konnte⁵⁾, auch mit der *Condictio* nicht mehr haften zu lassen. Und dieser Gedanke hat sich allerdings im römischen Rechte Geltung verschafft. In welchem Umfange, soll nun im Folgenden näher gezeigt werden.

110. Was zunächst das Leisten um einer als Äquivalent aufgefaßten Gegenleistung willen angeht, so finden wir hier sehr bestimmt ausgesprochen, daß die *Condictio* wegfallt, wenn die Gegenleistung dem Empfänger ohne seine Schuld unmöglich geworden sei.

Grund und Zusammenhang dieses Satzes tritt am Besten in der Darstellung des Paulus in I. 5. §. 1. *D. de præscr. verb.* (19. 5) hervor. Wenn ich dir eine Sache gegeben habe,

5) Nicht mehr in Anspruch genommen werden konnte. Wer es von Anfang an nicht kann, kann darauf gewiß keinen Anspruch gründen, mit der *Condictio* nicht zu haften. Oder vielmehr, er haftet gerade deswegen erst recht mit der *Condictio*, da nun der Geber ein anderes Recht gegen ihn nicht erwirbt. So verhält es sich namentlich mit demjenigen, der eine von Anfang an unmögliche Verpflichtung (s. jedoch Num. 111) oder eine wegen mangelnden Vermögensinteresses des Gläubigers unerzwingbare übernommen hat. Nur muß man in dem letzteren Falle bei eintretender Unmöglichkeit der Erfüllung doch wieder auch die *Condictio* untergehen lassen. Der principale Gesichtspunkt ist nun offenbar der, daß der Empfänger ohne seine Schuld nicht zu erfüllen vermag, nicht der, daß er zur Erfüllung nicht gezwungen werden kann. Man muß sich hier sehr vor zu abstracter Auffassung hüten.

dauit du mir eine andere Sache gebest, sagt er daselbst, so faun ich gegen dich mit der *actio præscriptis verbis* auf mein Interesse, oder mit einer *Condiotion* auf Rückgabe des Gegebenen klagen. Dann fügt er hinzu: „*Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes*“. *Periculo meo Stichus est.* — Ich kann den *Stichus* nicht mehr fordern, wenn seine Leistung durch *casus* unmöglich wird. Daß dann auch nicht mehr *condieirt* werden könne, wird stillschweigend vorausgesetzt. Vergl. auch I. 5. §. 2. *D. eod. verb.* „*cum potuisset manumitti vivo servo*“.

Ohne Zusammenhang mit der *actio præscriptis verbis* wird der Satz in I. 3. §. 3. und I. 5. pr. *D. de cond. c. d. c. n. s.* (12. 4) und in I. 10. 11. *C. de cond. ob caus. dat.* (4. 6) ausgesprochen. „*Et cum per te non steterit*“, heißt es in I. 5. pr. *D. cit.*, „*potest dici repetitionem cessare*“. Die I. 10. *C. de cond. ob caus. dat.* (4. 6) spricht ganz allgemein. „*Pecuniam a te datam, si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est*“.

Aber das *ius pœnitendi* wird durch die Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht ausgeschlossen. Das wird ausdrücklich anerkannt, — I. 5. pr. §. 3. 4. *D. de cond. c. d. c. n. s.* (12. 4). Und allerdings war es nur consequent, dasselbe auch in diesem Falle nicht fallen zu lassen, wenn man es überhaupt nach der Ausbildung der *actio præscriptis verbis* noch festhalten wollte. Denn festhalten konnte man es nur, indem man diese ignorirte; so durfte man auch deren Schicksalen keinen Einfluß auf dasselbe gestatten. — Jedoch geht die *Condiotion*, mit welcher das *ius pœnitendi* geltend gemacht wird, nicht absolut auf das Gegebene, sondern es muß bei derselben den Veränderungen, welche für den Empfänger in Folge

des Empfangens ob causam eingetreten sind, Rechnung getragen werden. So kann er, wenn er empfangen hat, damit er eine Reise mache, verlangen, daß die Kosten, welche er bereits im Voraus aufgewendet hat, in Anschlag gebracht werden, — wenn er empfangen hat, um einen Sklaven freizulassen, daß der Werth desselben berechnet werde, wenn er ihn deswegen verloren hat, weil er sich zu seiner Freilassung anheischig gemacht hat (l. 5. pr. §. 3. 4. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4). Der Leistende kann von dem Geschäfte zurücktreten, aber nicht ohne den Empfänger in den Zustand zurückzuversetzen, in welchem er gewesen sein würde, wenn dasselbe nie abgeschlossen worden wäre.

Neben dieser so bestimmten Anerkennung des Wegfalls der *condictio ob causam datorum* bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Gegenleistung findet sich aber auch das Gegentheil ausgesprochen. „*Dedi tibi pecuniam*“, sagt Celsus⁶⁾ in l. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), „*ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione emtionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum. Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares*“. Daß Celsus hier in der That an einen dem Empfänger nicht zur Last fallenden Tod des Sklaven denkt, ist durchaus nicht zweifelhaft. Ein verschuldeter Tod hätte ihn auch als Käufer verpflichtet. Ich glaube nun, daß die hier von ihm ausgesprochene Meinung nur als ein Nachklang des früher — vor Ausbildung der *actio præscriptis verbis* — allgemein geltenden Rechtes angesehen werden kann. Allerdings ist dieser Nachklang auffallend, nachdem schon Proculus — vielleicht ein halbes Jahrhundert früher — gelehrt hatte, daß die *Condictio* bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Gegenleistung ausgeschlossen sei (l. 3. §. 3. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4).

6) Der Jüngere. Die Stelle ist aus lib. III. Digest.

Nicht hierher darf dagegen I. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6) gestellt werden, in welcher in einer späten Zeit (von Diocletian und Maximilian 290) rescribirt wird, daß zurückgefordert werden könne, was einem Soldaten gegeben sei, damit er einen Prozeß als Procurator führe, „cum hoc legibus interdictum sit“. Allerdings ist hier die Unmöglichkeit der Gegenleistung, eben weil sie auf dem Gesetze beruht, nicht durch Schuld des Empfängers herbeigeführt worden. Aber sie ist überhaupt nicht erst später herbeigeführt worden, sie hat von Anfang an bestanden, und anfängliche Unmöglichkeit bewirkt, wie bereits oben (Note 5) bemerkt worden ist, Wegfall der Rückforderung des Gegebenen nicht. In der That, wie kann man hier den Empfänger als Verpflichteten auffassen, da die von ihm übernommene Verbindlichkeit eine Verbindlichkeit gar nicht ist? So ist auch der Käufer bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung des Kaufgegenstandes nicht verpflichtet, während ihn hinterher eintretende nicht befreit.

Wie mit der genannten Codexstelle, verhält es sich auch mit I. 3. §. 5. D. de cond. e. d. c. n. s. (12. 4), welche demjenigen, der, sich für einen Sklaven haltend, seinem vermeintlichen Herrn gegeben hat, damit er ihn freilasse, ein Rückforderungsrecht zuspricht. Zwar ist auch hier der Empfänger nicht Schuld, daß er nicht freilassen kann, aber auch hier ist ihm das nicht erst hinterher unmöglich geworden?).

111. Auch bei Schenkungen ist sehr bestimmt anerkannt, daß die schuldlöse Unmöglichkeit der auferlegten Gegenleistung die Condition ausschliesse. In I. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6) rescribiren Diocletian und Maximilian: „Dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam, ab eo qui hanc suscepit non impletam, conditioni facere locum, iuris dictat

7) Auch hier gehen die Meinungen nicht wenig auseinander. Vergl. im Allgemeinen *Wanderow* Leifaden III. S. 218 ff. 382, *Sintenis* gem. Civilrecht II. S. 529. Ann. 70.

disciplina“. Von einer entgegengesetzten Meinung findet sich hier keine Spur.

Bei Schenkungen ist aber noch weiter zu gehen. Auch wenn die auferlegte Leistung von Anfang an unmöglich ist, ist bei denselben im Sinne des römischen Rechts das Rückforderungsrecht nicht zu gestatten. Das ist die bereits oben ange deutete Ausnahme von der Regel, daß anfängliche Unmöglichkeit der Voraussetzung die Befugniß nicht entziehe, sich auf ihre Ermangelung zu berufen. Wenn überhaupt einmal der Empfänger, was die Unmöglichkeit der auferlegten Handlung betrifft, als Verpflichteter angesehen werden soll, so muß diese Betrachtung bei der Schenkung auch auf den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit erstreckt werden. Bei der Leistung um eines Aequivalentes willen darf das deswegen nicht geschehen, weil derjenige, welcher um eines Aequivalentes willen leistet, nichts aufopfern will. Er will Eines gegen das Andere eintauschen; so geschähe ihm gewiß Unrecht, wenn er auf ein Forderungsrecht verwiesen würde, welches gar keine juristische Existenz hat. Wer dagegen schenkt, will ansopfern, will sich ärmer machen. Seine Leistung wird durch die Gegenleistung, welche er verlangt, nicht bestimmt. Das Recht wird daher glauben dürfen, seinem Willen Genüge zu thun, wenn es ihn auf die vom Empfänger übernommene Verbindlichkeit auch in dem Falle verweist, wo dieselbe von Anfang an nicht erfüllt werden konnte, mit anderen Worten, wenn es annimmt, daß er das von Anfang an Unmögliche vom Empfänger gar nicht habe verlangen wollen. Die angeführte l. 10. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6) drückt sich auch so allgemein aus, daß eine Beschränkung derselben auf die hinterher eintretende Unmöglichkeit eher sogar verboten, als nicht geboten ist⁸⁾.

8) So weit darf man aber nicht gehen, dem Schenker die Condictio auch da zu entziehen, wo er die Erfüllung der vom Empfänger übernommenen Verbindlichkeit we-

112. Wenn Jemand einem Anderen zu einer gewissen Verwendung gibt, — zum Weitergeben an einen Anderen oder zu einer sonstigen Verwendung, — so hat die Auffassung, daß er gegen die vom Empfänger übernommene Verpflichtung leiste, bei Weitem nicht denjenigen Grad von Berechtigung, welchen sie in den beiden zuvor betrachteten Fällen hat. Bei Weitem mehr drängt sich hier die Auffassung in den Vordergrund, daß er das Gegebene zu einer gewissen Function gegeben, also auch den Empfänger auch nur dann habe reicher machen wollen, wenn es diese Function bei ihm erfülle. Und zwar ist das nicht bloß für den Fall zu behaupten, wo das Bewirken dieser Function die erste Absicht des Gebens war, sondern auch da, wo die Forderung derselben sich als Auflage bei einer Schenkung darstellt (Num. 66. a. E. 68). Jedoch hier mit einer Unterscheidung. Ist die Auflage zum Besten eines Dritten gemacht worden, — es soll ihm ein bestimmter Theil des Empfangenen, das Ganze nach einer gewissen Zeit, oder so, daß es später zurückfällt, gegeben worden, — so kann man nur annehmen, daß der Gebende den Beschenkten zum Vortheil des Anderen habe beschränken, ihm aber auch habe lassen wollen, wenn er diesem Andern zu verschaffen ohne seine Schuld nicht im Stande sei. Seine Schenkung ist hier nicht anders anzusehen, als eine gewöhnliche Schenkung mit Auferlegung einer Verpflichtung. Hat er aber zu einer Verwendung in des Empfängers eigenem Interesse, z. B. Ankauf einer Sache, geschenkt, so muß man annehmen, daß er eben so wohl gewollt habe, daß der Empfänger nur bei der auferlegten Verwendung haben solle, als er dies gewollt hat, wenn er gar nicht die Absicht gehabt hat, ihm eine Liberalität zu erweisen. Man hat das geleugnet⁹⁾. Es kommt

gen mangelnden Vermögensinteresses nicht erzwingen kann. Hier ist derselbe immer Schuld daran, daß das nicht geschieht, was geschehen sollte.

9) Savigny System IV. §. 175. Note g.

hier auf die Interpretation der *l. 2. §. 7. D. de don. 39. 5.* (Num. 69) an. Jemand hat einem Anderen gegeben, um von dem Gegebenen einen Sklaven zu kaufen; der Sklave stirbt vorher; das Gegebene soll zurückgefordert werden können. War das nun Schenkung? Man hat gesagt, nein; es ist bloß gegeben worden, um dem Sklaven einen milderen Herren zu verschaffen, nicht um dem Empfänger eine Liberalität zu erweisen. Aber ist diese Interpretation nothwendig? Und heißt es nicht in der Stelle: „*Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret*“? Wenn ferner nach *l. 9. pr. de I. D. (23. 3)* die Frau dasjenige, was ihr gegeben worden ist, „*ut in dotem det*“, selbst dann zurückgeben soll, wenn der Ehe ein gesetzliches Hinderniß entgegensteht, so handelt es sich hier doch gewiß von einem Geber, bei dem der *animus donandi* der Frau gegenüber unzweifelhaft ist.

113. Bei Verfügungen auf Todesfall ziehen wir zunächst den in der vorigen Nummer zuletzt behandelten Fall in Betracht, den, wo die Erfüllung der Voraussetzung dem Honorirten ohne seine Schuld hinterher unmöglich wird. Das Recht der Bedingungen wird auch hier mit Zugrundelegung derselben Unterscheidung festgehalten und verlassen, wie bei Verfügungen unter Lebenden. Das Recht der Bedingungen ist aber hier folgendes. Es schadet dem Honorirten nicht, daß er die Handlung, welche zur Erfüllung der Voraussetzung nöthig ist, wegen Weigerung einer dritten Person, deren Concurrenz nöthig ist, nicht vollziehen kann¹⁰⁾. Jede andere Unmöglichkeit

10) Ich glaube nicht, daß gesagt werden darf (Savigny System III. S. 138 f.), daß die *conditio (mixta)* dann nicht erfüllt zu werden braucht, wenn derjenige, zu dessen Gunsten sie auferlegt worden ist, auf ihre Erfüllung verzichte. Die Stellen, welche hierher gehören, enthalten keine Andeutung davon, daß die Bedingungen, von denen sie reden, als im Interesse desjenigen, der zur Erfüllung derselben seine Mitwirkung versagt, auferlegt aufgefaßt werden. In *l. 31. D. de cond. (35. 1)* ist von der Bedingung die Rede: *si Stichus et Pamphila in matrimonium coierint*. Läßt

schadet ihm. Dieses Recht wird nun für diejenigen Voraussetzungen festgehalten, welche nicht sowohl in einer Handlung des Honorirten bestehen, als vielmehr nur ohne eine Handlung des Honorirten nicht erfüllt werden können. Das dem Manne als dos Legirte kann er nicht fordern, wenn die Ehe durch den Tod der Frau gehindert wird, l. 71. §. 3. D. de cond. (35. 1). In derselben Stelle wird aber hinzugefügt, daß, wenn der Mann sich der Vollziehung der Ehe weigere, die Frau — denn auch sie kann als Honorirte angesehen werden — das Legirte deswegen nicht weniger bekomme. Was dagegen die Voraussetzungen angeht, welche auf eine Handlung des Honorirten unmittelbar gehen, so drängt sich auch hier, wie bei den Verfügungen unter Lebenden, eine andere Auffassung vor und die Voraussetzung als solche in den Hintergrund, die, daß dem Honorirten eine Verpflichtung auferlegt worden sei. Nach dieser Auffassung muß er durch jede unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung von allem Ansprüche frei werden. Daß diese Auffassung sich Geltung verschafft hat, ist nach dem Num. 104 Gesagten gerade hier am wenigsten zu verwundern. Entschieden wird sie als die maassgebende in l. 8. §. 7. D. de cond. inst. (28. 7) ausgesprochen. Das Jemandem mit der Anklage ut servum manumittat gegebene Legat soll er auch dann nicht verlieren, wenn ihm die Freilassung durch den Tod des Scla-

sich nun annehmen, der Testator habe legirt, zugleich um dem Etichus eine Frau, und der Pauphila einen Mann zu verschaffen? Der practische Gedanke, welcher der im Texte ausgesprochenen Regel zu Grunde liegt, scheint mir der zu sein. Allerdings genügt Bereitwilligkeit des Honorirten zur Erfüllung der Bedingung, aber es genügt nicht Erklärung dieser Bereitwilligkeit zu einer Zeit und unter Umständen, wo sie doch nicht erfüllt werden kann.

Alle Stellen übrigens, welche diese Regel ausdrücken, handeln von letztwilligen Verfügungen. Auf Verfügungen unter Lebenden darf sie, wie ich glaube, nicht ausgedehnt werden, weil sie bei ihnen auch für Voraussetzungen nicht gilt (Num. 109).

ven unmöglich gemacht wird. „Implenda est enim voluntas, si potest“ ¹¹⁾.

Aber auch hier wird das zu einer bestimmten Verwendung Gegebene als mit Auferlegung einer Verpflichtung gegeben nicht angesehen, so daß auch hier in diesem Falle dem Empfänger die unverschuldete Unmöglichkeit der Verwendung nicht zu Gute kommt. So wird entschieden, daß das Legat mit der Auflage, ut patrono restitueret, unwirksam werde, wenn dem Patron nicht gegeben werden könne, weil er für seinen Pflichttheil bereits befriedigt sei (I. 20. §. 1. D. de bonis lib. 38. 2), ferner daß dem Legatar, was ihm gegeben sei, ut sorvum alienum redimat et manumittat, nicht gebühre, wenn er für das Gegebene den Sklaven nicht erkaufen könne, I. 7 I. 24. §. 12—16 D. de fideic. lib. (40. 5). Vergl. auch die sogleich noch zu benützende I. 17. pr. D. de leg. 2. (30), so wie I. 40. §. 2. D. de test. mil. (29. 2). Aber auch hier kann — nach Analogie der I. 16. D. de usu. 33. 2. (Num. 108) — Conversion der Auflage dem Willen des Testators mehr entsprechen, als Rückfall an den durch die Zuwendung Beschränkten.

Wenn die Auflage einer gewissen Verwendung auf eine Zuwendung gelegt worden ist, wodurch dem Empfänger eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, so wird auch hier zwischen dem Falle zu unterscheiden sein, wo die auferlegte Verwendung im Interesse des Empfängers selbst, und dem, wo sie im Interesse eines Dritten gemacht werden soll. In jenem Falle wird auch hier die unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung dem Empfänger nicht zu Gute kommen, in diesem aller-

11) Nicht darf auch I. 1. C. de his que sub modo (6. 45) hier als beweisend aufgeführt werden. Denn was in derselben angedeutet wird, daß das einer Frau mit der Auflage, einen bestimmten Mann zu heirathen, Vermächte ihr auch dann gebühre, wenn sie diesen Mann wegen seiner Weigerung nicht heirathen könne, hätte so auch nach dem Rechte der Bedingungen entschieden werden müssen. S. dagegen auch I. 6. pr. D. de cond. (35. 1).

dings. So heißt es in der, so eben genannten l. 17. pr. D. de leg. 2.: „Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Mævio, Mæviusque fuerit mortuus, Titii comodo cedit, non heredis, nisi duntaxat ut ministrum Titium elegit“. Mit den letzteren Worten soll eben der Gegensatz gegen eine Verfügung, welche eine Liberalität gegen den Empfänger enthält, bezeichnet werden. Vergl. auch l. 8. D. de alim (34. 1). Von diesem Gesichtspunkte aus entscheidet auch Julian in l. 51. §. 2. D. de fideic. lib. (40. 5): „Si alienum servum quis rogatus fuerit manumittere, cum ei pecunia certa legata esset, ut omat eum et manumittat, et dominus nolit eum vendere, legatum retinet ex voluntate defuncti“. Er faßt die Verfügung nicht auf als gemacht, damit der Slave frei werde, sondern als gemacht, um dem Honorirten eine Liberalität zu erweisen, aber mit Auferlegung der Verpflichtung, dem Slaven die Freiheit zu verschaffen.

Da in dem Falle, wo dem Honorirten zu einer Verwendung in seinem eigenen Interesse gegeben worden ist, die Voraussetzung in ihrer reinen Natur auftritt, so muß ihm hier auch dieselbe Milderung zu Gute kommen, welche das römische Recht bei Bedingungen und Voraussetzungen, die testamentarischen Verfügungen hinzugefügt sind, überhaupt gewährt. In der That, es kann das Legat: *Seiæ centum do, ut in dotem det*, nicht anders behandelt werden, als das Legat an den künftigen Mann derselben: *centum dotis Seiæ nomine*. Dieses Legat aber, wie wir gesehen haben, kommt der Frau wenigstens dann zu Gute, wenn die Ehe durch die Weigerung des Mannes unmöglich wird.

114. Es ist bisher noch nicht von der gleich Anfangs vorhandenen Unmöglichkeit der Erfüllung der Voraussetzung gehandelt worden. Es muß dafür dasselbe gelten, was oben für die unerlaubten Voraussetzungen gesagt worden ist. Die

Voraussetzung ist als nicht geschriebene zu behandeln, wenn dem Honorirten eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, sonst erhält er so wenig Etwas, als wenn sie nicht unmöglich gewesen wäre.

Auch hier ist dasselbe von den Bedingungen zu sagen.

§. 12.

Der Beweis bei der Voraussetzung.

115. Jemand behauptet, an eine von ihm abgegebene Willenserklärung wegen Ermangelung ihrer Voraussetzung nicht gebunden zu sein: was muß er beweisen?

Es erheben sich hier drei Fragen:

1) Muß er beweisen, daß er in der That unter der von ihm behaupteten Voraussetzung seinen Willen erklärt habe?

2) Muß er die Ermangelung derselben beweisen?

3) Muß er beweisen, daß er in Betreff ihrer Erfüllung sich im Irrthume befunden habe?

116. Die erste Frage werden wir zu bejahen nicht anstehen. Daß der Wille nicht voraussetzungslos erklärt worden sei, ist das erste Fundament des erhobenen Anspruches, und wie für irgend eine Voraussetzung eine Präsumtion sprechen sollte, ist nicht abzusehen.

Nichtsdestoweniger hat das römische Recht diesen Satz nicht ohne eine Ausnahme anerkannt. Von derselben wird aber zweckmäßiger erst an einer späteren Stelle geredet (Num. 121).

117. Auch die zweite Frage möchte man zu bejahen sehr geneigt sein. Man möchte sagen, daß die Ermangelung der Voraussetzung der Willenserklärung ebensowohl Fundament des erhobenen Anspruches sei, wie die Voraussetzung selbst, und daß für sie ebensowenig eine Präsumtion spreche.

Ich kann jedoch diese Auffassung nicht richtig finden. Wenn einmal feststeht, daß ein Wille unter einer Voraussetzung

erklärt worden ist, so steht auch fest, daß er bei Ermangelung der Voraussetzung unwirksam ist. Wer sich daher auf denselben berufen will, hat — eben weil er sich auf ihn nur als wirksamen berufen kann — zu beweisen, daß seine Voraussetzung erfüllt sei. Der Gegner — also derjenige, welcher den Willen erklärt hat, — kann diesen Beweis abwarten, und bis er geführt ist, jeden Anspruch abweisen, der auf seine Willenserklärung gebaut wird. Hätte er seine Voraussetzung zur Bedingung erhoben, so würde das auch nicht einem Anfange von Zweifel unterliegen. Die Voraussetzung aber enthält ebensowohl eine Beschränkung des Willens als die Bedingung. Nur das kann hier in Frage kommen, inwiefern er dadurch, daß er seine Voraussetzung zur Bedingung nicht erhoben hat, ihre Erfüllung anerkannt hat, und daher derselben nicht mehr widersprechen kann. Aber auch diese Frage kann unmöglich bejaht werden. Allerdings, wer seine Voraussetzung zur Bedingung nicht erhebt, verläßt sich darauf, daß die Zustände, an welche er seinen Willen bindet, vorhanden gewesen sind, oder sind, oder sein werden. Wer sich aber auf Etwas verläßt, verzichtet der auf die ihm aus dem Gegentheil erwachsenden Rechte?

Ist das Gesagte richtig, so muß z. B. derjenige, von dem eine dos wegen nicht zu Stande gekommener Ehe zurückgefordert wird, beweisen, daß dieselbe zu Stande gekommen sei. In der That, womit sonst will er sein Haben einer Sache, welche früher dem Vermögen des Klägers angehört hat, dem sich darauf Berufenden gegenüber rechtfertigen, als durch den Beweis, daß derselbe sie ihm gegeben habe? Aber derselbe hat sie ihm nicht puro gegeben, er hat sie ihm als dos gegeben. Entweder hat er sie trotz jenes Gebens *sine causa*, oder er hat sie als dos. Also muß er auch beweisen, daß er sie als dos habe. Aus demselben Grunde wird ferner auch bei der

condictio indebiti dem Beklagten der Beweis des *debitum* aufzuerlegen sein.

118. In dem Gesagten ist nur der gewöhnliche Fall in Betracht gezogen worden, daß derjenige, welcher eine Willenserklärung abgegeben hat, sich darauf berufe, daß ihre Voraussetzung nicht erfüllt worden sei. Wie aber, wenn er sich darauf beruft, daß sie nicht mehr erfüllt, daß sie wieder weggefallen sei? Auch in diesem Falle dürfen wir von dem aufgestellten Principe über die Normirung der Beweislast nicht abweichen. Aber dennoch ist es hier nicht derjenige, der durch die Willenserklärung bereichert worden ist, welcher den Beweis zu führen hat. Denn ihm steht eine Präsuntion zur Seite. Er kann sich darauf berufen, daß dasjenige, was zugestandenermaßen einmal bestanden habe, so lange auch als fortbestehend anerkannt werden müsse, bis sein Aufhören bewiesen worden sei.

119. Aber auch in dem Falle, wo von der Voraussetzung einer Willenserklärung behauptet wird, daß sie nie erfüllt gewesen sei, steht dem durch die Willenserklärung Bereicherten eine Präsuntion zur Seite, welche ihn in wichtigen Fällen von dem Beweise zwar nicht überhaupt, aber doch so lange entbindet, bis der Gegner seinerseits einen Beweis geführt hat. Derjenige, welcher unter einer Voraussetzung seinen Willen erklärt hat, hat zur Zeit der Willenserklärung angenommen, seine Voraussetzung sei erfüllt oder werde erfüllt werden, sonst würde er seinen Willen, wie er ihn erklärt hat, gar nicht erklärt haben. Behauptet er daher nun, daß die Voraussetzung nicht erfüllt sei, so wird er die Gründe seiner veränderten Ueberzeugung ¹⁾ angeben müssen. Kann er das nicht, so wird man mit Recht sagen, daß sie nicht geändert worden sei, und er daher Ermangelung der Voraussetzung wider besseres

1) Eigentlich ist es ungenau von einer Ueberzeugung zu reden (Num. 5). Aber diese Ungenauigkeit thut der Richtigkeit der obigen Ausführung keinen Eintrag.

Wissen behauptet 2). Bei Voraussetzungen nun, welche ein Zukünftiges zum Gegenstand haben, wird er einfach sich darauf berufen können, daß der Erfolg ihn eines Bessern belehrt habe 3). Bei Voraussetzungen dagegen, die sich auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges bezogen, wird er diejenigen Momente namhaft machen müssen, welche ihn zu der Annahme, von der er ausgegangen ist, bestimmt haben, und nachweisen müssen, daß er ihnen diese bestimmende Kraft mit Unrecht zugeschrieben habe. Erst wenn er diesen Nachweis geführt hat, wird er vom Gegner den Beweis der Erfüllung der Voraussetzung verlangen dürfen.

In häufigen Fällen wird aber dieser zu den Gründen für die Existenz der Voraussetzung, welche Jener als irrig nachgewiesen hat, andere hinzuzufügen nicht im Stande sein. Und es wird daher Ermangelung der Voraussetzung angenommen werden auf den Beweis desjenigen hin, welcher die Unwirksamkeit der Willenserklärung behauptet. So daß dann scheinbar auch hier (wie im Fall der Num. 118) die Beweislast geradezu umgekehrt ist. Aber auch nur scheinbar. Der Empfänger mußte auch hier Erfüllung der Voraussetzung beweisen, aber er konnte vorher von dem Geber den Beweis seiner veränderten Ueberzeugung verlangen, durch denselben ist aber zugleich die Ermangelung der Voraussetzung bewiesen. So verhält es sich namentlich bei der *condictio indobiti*, wenn der Geber die Gründe, auf welche er seine Verpflichtung gestützt hat, als nicht stichhaltig nachgewiesen hat, und der Empfänger andere für dieselbe beizubringen nicht im Stande ist.

120. Dies ist das Resultat, zu welchem eine apriorische

2) Man sieht, dies ist etwas Anderes, als — was in Num. 117 gelehret worden ist — daß die Nichterhebung der Voraussetzung zur Bedingung eine Anerkennung ihrer Erfüllung, einen Verzicht auf die Geltendmachung ihrer Ermangelung enthalte.

3) Es wird präsumirt Fortbauer der Ueberzeugung. Diese ging aber bei zukünftigen Voraussetzungen nicht auf das Existenzsein, sondern auf das Existenzsein werden der Voraussetzung.

Betrachtung meiner Ansicht nach führt. Fragen wir nun nach den Bestimmungen der Quellen, so finden wir solche nur in Betreff des zuletzt erwähnten Falles, der Rückforderung eines *indobitum*. In Beziehung auf denselben schreibt die bekannte l. 25. D. *de probat.* (22. 3) Folgendes vor. Der Beklagte (Empfänger) muß das *debitum* beweisen, wenn er den Empfang des Gezahlten fälschlich abgeleugnet hat; denn nachdem er einmal einer falschen Behauptung überwiesen worden ist, darf ihm nicht mehr geglaubt werden. Abgesehen von diesem Falle muß der Kläger (Geber) das *indobitum* beweisen; denn die Präsumtion spricht dafür, daß er kein *indobitum* gezahlt haben werde (*princ.*). Er müßte denn ein Mensch sein, zu dem man sich des Zahlens eines *indobitum* wohl versehen könnte (§. 1). Aber auch in diesem Fall muß er den Beweis führen, wenn er sich auf eine *exceptio*, auf Tilgung der Schuld, oder darauf beruft, daß er zuviel gezahlt habe (§. 3). Handelt es sich um eine Schuldukraine, so liegt dem Empfänger der Beweis des *debitum* ob, wenn ein Grund der Verpflichtung in derselben nicht genannt ist, sonst muß der Aussteller das *indobitum* beweisen (§. 4).

Vergleichen wir nun die Bestimmungen dieser Stelle mit den oben entwickelten Sätzen, so haben wir zunächst zu sagen, daß die Präsumtion, von welcher sie spricht, nicht die unsrige ist. Die Stelle präsumirt nicht Fortdauer der Ueberzeugung, in welcher geleistet worden ist, sondern Wahrheit des Gegenstandes der Ueberzeugung, — insofern angenommen werden müsse, daß der Zahlende mit Einsicht und Besonnenheit untersucht habe, ob er auch wirklich schuldig sei. Daher läßt sie auch diese Präsumtion wegfallen, wenn die besondern Eigenschaften der Person, von deren Ueberzeugung es sich handelt, diese Annahme nicht rechtfertigen⁴⁾. Dagegen ist der Beweis, welcher in Folge

4) *Princ.* — „*præsumptionem pro eo esse qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas ef-*

dieser Präsumtion dem Kläger auferlegt wird, wieder derselbe, den auch wir ihm auferlegt haben. Er soll beweisen, daß er irriger Weise sich für verpflichtet gehalten habe ³⁾, d. h. daß die Gründe, aus denen er sich für verpflichtet gehalten hat, nicht stichhaltig seien. Daß dagegen dem Beklagten der Gegenbeweis offen steht, versteht sich von selbst.

Was sodann die Frage angeht, welches Princip der Beweislast der Stelle zu Grunde liege, so könnte man zunächst der Ansicht sein, in dieser Beziehung stimme sie mit dem oben Entwickelten vollständig überein; auch sie gehe davon aus, daß der Beklagte den Beweis des *debitum* führen müsse: von welchem Beweise er nur durch die bezeichnete Präsumtion frei werde. Aber wenn dies in der That der Ausgangspunkt der Stelle ist, warum legt sie denn dem Beklagten noch einmal besonders den Beweis für den Fall auf, wo er den Empfang des Bezahnten geleugnet hat? Man könnte erwidern, sie wolle sagen, daß der Empfänger in diesem Falle selbst dann den Beweis führen müsse, wenn er an und für sich durch jene Präsumtion davon frei sei. Aber bringt sie denn in der That beide Sätze in diese Verbindung? Ganz und gar nicht. Sie stellt das Ableugnen des Beklagten nicht als Grund des Ausschlusses der sonst für ihn sprechenden Präsumtion, sondern als selbstständigen Grund der ihn treffenden Beweislast dar.

Wenn nun in dieser Weise die Stelle auf das Princip, daß der Beklagte das *debitum* beweisen müsse, nicht zurückge-

fundat. Et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicitur, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est, in aliquo facile errasse... §. 1. Sin autem is qui indebitum quæritur vel pupillus vel minor sit vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles vel agricultor vel forensium rerum expertus vel alias simplicitate gaudens et desidæ deditus, tunc cum qui accepit pecunias ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas...⁴⁾.

3) — „Quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantie causam indebitum ab eo solutum“.

führt werden kann, liegt ihr dann vielleicht das entgegengesetzte zu Grunde? Das darf noch weniger behauptet werden. Denn wäre es der Fall, wie könnte dann die den Kläger treffende Beweislast noch besonders auf eine für den Beklagten sprechende Präsuntion gestützt werden? — auf eine Präsuntion, deren Wegfall zugleich als Grund behandelt wird, warum nun der Beklagte das debitum zu beweisen habe. Müßte der Kläger auch abgesehen von jener Präsuntion beweisen, so dürfte er nicht schon durch das Wegfallen derselben, sondern erst durch das Eintreten einer umgekehrten Präsuntion vom Beweise frei werden, nicht schon dadurch, daß es nicht wahrscheinlich ist, daß er die Begründetheit der gegen ihn geltend gemachten Schuld mit Einsicht und Besonnenheit geprüft habe, sondern erst dadurch, daß es wahrscheinlich ist, daß er ein Unverschuldetes gezahlt habe. Das erste läßt sich vom Unerwachsenen, Ungebildeten zc. mit Fug behaupten, das zweite gewiß nicht.

Eine Bestimmung enthält die Stelle, welche dunkel bleibt, mag man von dem einen oder dem andern Principe ausgehen. Daß dem Kläger auch, wo er an und für sich das indobitum nicht zu beweisen hat, der Beweis dennoch zur Last fällt, wenn er sich auf eine exceptio oder auf Tilgung beruft, versteht sich von selbst. Aber warum soll dasselbe eintreten, wenn er geltend macht, nicht daß er gar nichts, sondern daß er nicht so viel als er gezahlt habe schuldig gewesen sei?

So glaube ich, müssen wir darauf verzichten, irgend eines der beiden bezeichneten Principien über die Vertheilung der Beweislast in der Stelle wiederzufinden. Dieselbe läßt sich vielmehr zunächst nur durch das im einzelnen Falle Wahrscheinliche bestimmen. Das nimmt sie als feststehend an, bis der Gegner das Gegentheil bewiesen hat. So verlangt sie Beweis des debitum vom Empfänger, wenn er den Empfang abgeleugnet hat; denn darf dem noch geglaubt werden, der

einmal einer Lüge überführt worden ist? Ist der Kläger ein besonnener Mann, so hält sie es für wahrscheinlich, daß er das Gezahlte schuldig gewesen sei; deswegen muß in diesem Falle er den Beweis des *indebitum* führen. Spricht aber für keine der Partheien die Wahrscheinlichkeit, so ist derjenige vom Beweise frei, der negirt, derjenige muß beweisen, der behauptet. Beweisen muß also zunächst der Beklagte; wenn sich nicht die negative Behauptung des Klägers in eine positive auflöst. Dies ist der Fall 1) wenn er Tilgung der Schuld behauptet; 2) wenn er sich auf eine *exceptio* beruft; 3) wenn er zuviel gezahlt zu haben behauptet. Denn wenn Jemand, der Tausend gezahlt hat, Hundert zuviel gezahlt zu haben behauptet, so behauptet er mit anderen Worten, Neunhundert schuldig zu sein.

121. Es sind bisher die in §. 4 der 1. 25 cit. enthaltenen Bestimmungen über die Schuldburkunden — *cautiones* — noch nicht in nähere Betrachtung gezogen worden. Dieselben weichen von demjenigen, was als geltend für die Rückforderung eines *indebito* Gezahlten hingestellt wird, bedeutend ab.

Ist in der Schuldburkunde eine *causa debendi* genannt, so soll der Aussteller die Richtigkeit derselben beweisen müssen; — „*tunc enim stare eum oportet suae confessioni; nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse*“. Das ist nicht die Präsumtion des §. 1. Es wird nicht aus der Ausstellung des Schuldscheines geschlossen, daß der Aussteller geprüft haben werde, daß er schuldig sei. Er wird für gebunden an die von ihm gegebene Anerkennung erklärt. Daher ist auch hier keine Rede von der Ausnahme, die der §. 1 zu Gunsten der Einsichtslosen und Unbesonnenen macht.

Welches ist der Grund dieser Abweichung? Es kann nur gesagt werden, daß keiner einlenchtet.

Noch auffallender erscheint die Bestimmung über die *cautio*

indiscreta. Wenn in der Urkunde kein Grund der Verpflichtung angegeben ist, soll der Aussteller immer von allem Beweise der Nichtverschuldung frei sein. Das paßt weder zu den Bestimmungen über das *indebite solutum*, — denn läßt sich bei einer solchen Urkunde weniger annehmen, daß der Aussteller geprüft haben werde, ob er auch wirklich schuldig sei? — noch zu dem, was nach §. 4 selbst für die *cautio discreta* gelten soll, — denn ist in der Ausstellung einer solchen Urkunde weniger eine „*confessio*“ enthalten? Es scheint die Anschauung zu Grunde zu liegen, daß bei der *cautio indiscreta* die Behauptung, also auch der Beweis, des *indobitum* kein bestimmtes Objekt habe, also rein ins Blaue greife. Aber auch das kann nur eine sehr mangelhafte Anschauung geuannt werden. Wer eine Schulbuckunde ausstellt, erklärt dadurch, daß er als Schuldner behandelt werden wolle; er will demjenigen, welchem er sie ausstellt, ein Mittel in die Hände geben, gegen ihn ein Forderungsrecht geltend zu machen. Haben wir uns die *cautio*, von welcher der §. 4 redet, als eine Stipulation enthaltend zu denken, was allerdings das Wahrscheinlichste ist⁶⁾, so ist noch bestimmter zu behaupten, daß die Ausstellung derselben anzusehen sei als Gewährung eines Forderungsrechtes. Dieser Gewährung kann die Annahme einer bereits bestehenden Verpflichtung zu Grunde liegen, und dann hat sie zur Voraussetzung die Existenz dieser Verpflichtung und kann wegen Nichtexistenz derselben als unwirksam zurückgewiesen werden. Aber nothwendig ist das nicht; sie kann auch irgend einen anderen Grund haben, aus dem überhaupt Vermögenszuwendungen gemacht werden. Wenn sich daher der Aussteller darauf beruft, daß er versprochen habe, was er nicht schuldig sei, so muß er zunächst beweisen, daß er überhaupt versprochen habe in der Annahme, in der Voraussetzung, daß er schuldig sei. Diesen Nach-

6) G u e i ß formelle Beiträge S. 200 — 204.

weis kann er nur dadurch führen, daß er nachweist, daß die Schuldburkunde mit Rücksicht auf eine bestimmte *causa debendi* ausgestellt worden sei, und deren Nichtexistenz kann er so gut nachweisen, als wenn sie in der Urkunde genannt worden wäre.

Es ist oben (Num. 115) gesagt worden, daß das römische Recht den Sag, daß, wer unter einer Voraussetzung geleistet zu haben behauptet, dies beweisen müsse, nicht ohne eine Ausnahme anerkannt habe. Hier ist diese Ausnahme; der Aussteller einer *cautio indiscreta* darf ohne weiteren Beweis geltendmachen, daß er sie unter der Voraussetzung, daß er schuldig sei, ausgestellt habe.

Jedoch ist im Sinne des §. 4 denn doch nicht bei dieser Behauptung des Ausstellers absolut stehen zu bleiben. Es ist nicht anzunehmen, daß derselbe habe bestimmen wollen, der Inhaber der Schuldburkunde solle sie auch nur dann geltendmachen können, wenn er nachweise, daß derselben eine wirkliche Verpflichtung des Ausstellers zu Grunde liegt. Denn wie, wenn er nachweist, daß sie ihm *donandi animo*, oder nur einer erfolgten Gegenleistung willen, oder aus irgend einem andern Grunde ausgestellt worden sei?

Irgend einen solchen Grund aber muß er allerdings nachweisen. Bis dahin kann der Aussteller jede Leistung aus derselben zurückweisen. — Als wenn es hier weniger als bei irgend einer andern Vermögenszuwendung sicher wäre und sich von selbst verstände, daß sie nicht ohne Grund gemacht worden sei?).

7) Neuerdings ist ein Versuch gemacht worden, die Bestimmung des §. 4 auch principiell zu rechtfertigen. Gneiß (a. a. O. S. 218. 219, vergleiche auch Pacht a Pandekten §. 257) behauptet, bei dem einfachen Versprechen gehöre die *causa* zur *substantia obligationis*, der Kläger müsse eine *causa* zur Ergänzung des Klagefundamentes behaupten, und daher nachweisen. Ich muß mich entschieden gegen diese Auffassung erklären. Das einfache Versprechen besteht, was man auch dagegen gesagt hat, durch den acceptirten Willen desjenigen, der sich zum Schuldner machen will. Wo ein solcher Wille vorhanden ist, hat Recht, ihn an

122. Es ist vielfach behauptet worden, die *l. 25. D. de prob.* könne so, wie sie jetzt gelesen werde, aus der Schrift, welche ihre Inscription nennt (*Pauli lib. III. Quæstionum*), nicht herrühren⁸⁾. Und allerdings ist dieß zunächst für den *§. 4* mehr als wahrscheinlich. Seine Uebereinstimmung mit der *l. 13. C. de non num. pec. 4. 30.* (von Justin) fällt auf den ersten Blick in die Augen⁹⁾. Was die übrigen Theile der

zuerkennen, — wenn nicht andere Mängel hervortreten. Daß er einen Grund gehabt habe, daß das Versprechen nicht ohne Grund abgegeben worden sei, ist unumstößlich gewiß. Grundet der Versprechende auf die Beschaffenheit dieses Grundes Ansprüche, so muß er seine Behauptung beweisen. Das römische Recht bezieht diesen Satz allerdings nicht auf das einfache Versprechen überhaupt, sondern auf die Stipulation. Denn es erkennt das einfache Versprechen überhaupt nur in der Verkörperung an, welche es in der Stipulation gewinnt. (Die Stipulation ist gewiß eine Ausübung, oder Abschwächung, des alten *nexum*. Der Wille, schuldig sein zu wollen, verkörpert sich in der Fiction des Darlehens. Wie der Wille, Eigenthum zu übertragen, sich in der Fiction des Kaufes (*manripatio*) oder des Prozesses (*in iure cessio*) verkörpern muß.) Aber daß es ihn für die Stipulation nicht anerkannt habe, davon liegt — abgesehen von dem *cit. §. 4*, über dessen Bildungsgeſchichte unten eine Vermuthung geäußert werden wird, — keine Spur vor.

8) *Ue* ist beruft sich auf *l. 6. C. si certum petatur (4. 2)* und *l. 6. D. de SC. Mac. (14. 6)*. Aber in der ersten Stelle wollen die Worte „*cum obligationis substantia non defecerit*“ nichts sagen, als: da in der That doch eine Obligation vorhanden gewesen ist, — in der zweiten soll durch die Worte „*quia expleta est numeratione substantia obligationis*“ allerdings ausgedrückt werden, daß erst die Zahlung die Obligation zu einer wirksamen mache, — aber ganz so konnte auch derjenige sprechen, welcher annahm, der den Mangel der Zahlung durch *doli exceptio* geltendmachende müsse den Beweis führen. In der That, was hätte das römische Recht bewirken können, die Stipulation anders zu behandeln, als jede andere Vermögenszuwendung, wofür doch den entsprechenden Satz Niemand behaupten wird.

Heutzutage sind meiner Ansicht nach die entwickelten Grundsätze auf das einfache Versprechen als solches anzuwenden. Die römische Anschauung, daß der nackte Wille, schuldig sein zu wollen, sich verkörpern müsse, um eine Obligation zu erzeugen, kennen wir nicht mehr. Nach unserer Anschauung erzeugt der Wille als solcher eine Verpflichtung. Ich glaube, daß dieser einfache Satz auch durch die Widersprüche, welche in neuerer Zeit gegen ihn erhoben worden sind, nicht erschüttert worden ist.

8) Die Litteratur bei *Ue* ist a. a. O. S. 205.

9) *l. 13. C. cit. Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendantibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei liberalia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquirere debeat; nisi certe ipse*

Stelle angeht, so müssen auch §§. 1—3 dem Paulus abgesprochen werden, nicht nur weil ihre Sprache weit eher die der Justinianischen Institutionen, als der Juristen der klassischen Zeit ist, sondern auch, weil Paulus unmöglich darauf Gewicht gelegt haben kann, daß Auserlegung des Beweises des *indebitum* Auserlegung des Beweises einer Negation sei, nachdem er (*princ. a. G.*) diesen Beweis als den Beweis eines Positiven — des Irrthums — dargestellt hat. Das *princ.* aber wird doch wohl dem Paulus bleiben müssen, einmal, weil seine Sprache trotz einiger Auffälligkeiten der Zeit des Paulus viel weniger unangemessen ist, als die der §§. 1—3, theils weil sich nicht annehmen läßt, daß die Compileratoren von der Darstellung des Paulus gar nichts übrig gelassen haben sollten. Vielleicht läßt sich auch noch der Anfang des *princ.* (der Satz, daß der des Empfanges gegen sein Ableugnen überführte Beklagte beweisen müsse,) Preis geben. Die Sache stände also so. Paulus hätte — möglicherweise mit dieser letzteren Modification — ausgesprochen, daß der Kläger das *debitum* beweisen müsse, weil sich nicht annehmen lasse, daß er ein *indebitum* gezahlt haben

contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit.

L. 25. §. 4. D. cit. . . tunc eum in quem cautio exposita est compelli, debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit; nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni; nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese indebite hæc promississe.

Uelst, welcher (a. a. D. S. 206—209) gerade für den §. 4. die Interpretation Teaguet, beruft sich darauf, daß die Constitution von Schuldurkunden (*Stipulationsurkunden*) „pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus“, die Wandellenstelle von Schuldurkunden (*Stipulationsurkunden*) überhaupt rede. Aber ich weiß nicht, ob diese Annahme mit den Ausdrücken des §. 4. („sin autem cautio indebite exposita esse dicatur“, — „sese hæc indebite promississe“), so wie mit dem Zusammenhange, in welchem er angesichtslich mit den vorhergehenden Paragraphen steht („Sed hæc ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur“ —), irgendwie verträglich ist.

werde, — „qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat“. Er setzt hinzu: „et maxime si is qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse“, — offenbar nicht in der Meinung, daß das Gesagte nur in diesem Falle gelten solle („numquam“, „et maxime“). Die Compileroren aber hätten dann das denn noch so gefaßt, und da also in dem entgegengesetzten eine Präsumtion für den Beklagten nicht spreche, nun den Satz eintreten lassen *negantis non est probatio* ¹⁰⁾, also dem Beklagten den Beweis auferlegt, wenn sich nicht die Negation des Klägers in eine Affirmation auflöse. Daran endlich hätten sie dann den §. 4 angerückt.

123. Es ist noch einmal zu den Schuldburkunden zurückzukehren. In einem Falle ist der Aussteller der Urkunde vom Beweise des *indebitum* frei, obgleich er nicht nur den Verpflichtungsgrund überhaupt genannt, sondern auch eine Thatfache, welche eine Verpflichtung unmittelbar erzeugt, als geschehen bezeugt hat. Dies ist der Fall bei Schuldburkunden über ein empfangenes Darlehen. Eine nahe liegende Betrachtung hat hier dazu geführt ¹¹⁾, dem Aussteller die Befugniß zu geben, trotz des Zeugnisses, welches er gegen sich selbst abgelegt hat, zu behaupten, er habe das Darlehen nicht empfangen, und dadurch dem Inhaber der Urkunde den Beweis aufzuladen, daß es gegeben worden sei. Jedoch nur eine gewisse Zeit lang, welche Justinian von fünf auf zwei Jahre beschränkt hat. In der That, wenn der Aussteller eine gewisse Zeit lang die Ur-

10) Vergl. auch l. 10. C. de non num. pec. (4. 30), wo die Worte „et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est“ denn doch (dagegen *Ueif* a. a. D. S. 23) am natürlichsten davon verstanden werden, daß die Nichtzahlung nicht bewiesen werden könne. Allerdings reicht dieser Satz zur Erklärung der *exceptio non numeratæ pecuniæ* nicht hin.

11) Seit *Caracalla*, *Ueif* a. a. D. S. 265 ff.

kunde weder zurückgefordert, noch gegen ihre Beweisraft protestirt hat, so wird die Annahme, daß er das Darlehn nicht empfangen habe, sehr unwahrscheinlich.

Die entsprechenden Grundsätze, zu welchen dieselbe Betrachtung bei Heirathsurkunden und Quittungen geführt hat, sind bekannt.

Es wird erlaubt sein, die Bestimmung der *l. 25. §. 4. D. de prob.* gerade mit diesem Rechte der *non numerata pecunia* in Verbindung zu bringen. Es lag der Gedanke nahe, wie wenig er auch gerechtfertigt war, dasselbe Recht auf alle Schuldurkunden überhaupt ausdehnen. Die wenig einsichtige Praxis der späteren Kaiserzeit mochte dazu eine entschiedene Neigung verrathen. Man bestimmte in (*l. 13. C. de non num. pec.*) Justin: wenn die Urkunde den Verpflichtungsgrund nennt, soll es nicht mehr erlaubt sein, vom Gläubiger den Beweis seiner Existenz zu verlangen („*non iam ei licentia sit, causæ probationem stipulatorem exigere*“). Daß es im entgegengesetzten Falle erlaubt sein sollte, sagt er nicht ausdrücklich; aber er läßt es zu, indem er es nicht verbietet. Die in dieser Weise sanctionirte Praxis haben dann die Compileren in *l. 25. D. de prob.* als Recht auszusprechen keinen Anstand gefunden.

124. Die dritte Frage, welche oben aufgeworfen worden ist, ist diese: muß derjenige, welcher an eine Willenserklärung wegen Ermangelung ihrer Voraussetzung nicht gebunden zu sein behauptet, beweisen, daß er deren Erfüllung (ihr Erfüllsein oder ihr Erfülltfewerden) irrig angenommen habe?

Diese Frage ist in dem Vorstehenden für eine Klasse von Voraussetzungen bereits bejaht worden. Damit ist jedoch auch nur eine Seite derselben berührt worden. Sie hat deren aber mehrere. Hier ist sie in ihrem ganzen Umfange zu behandeln.

Zu diesem Ende werden wir zunächst zu fragen haben:

inwiefern muß denn Jemand überhaupt im Freythum gewesen sein, um sich auf die Ermangelung der Voraussetzung berufen zu können?

Auf diese Frage ist bereits in §. 1 die Antwort gegeben worden, daß der positive Grund seines Anspruches der Freythum nicht ist. Der positive Grund seines Anspruches ist die von ihm erklärte Beschränkung seines Willens. Aber diese Beschränkung war keine Bedingung; er hat nicht die Existenz seines Willens von einem Factum abhängig gemacht. Er hat seinen Willen ohne Weiteres zur Existenz gebracht; er hat nur dabei an den Tag gelegt, daß er ohne das Gewesensein, oder Sein, oder Seinwerden eines bestimmten Factums diesen Willen nicht erklären würde. Von diesem Gewesensein, oder Sein, oder Seinwerden braucht er nicht überzeugt gewesen zu sein; aber auf jeden Fall, ist er vom Gegentheil überzeugt gewesen, so wird er nicht behaupten können, daß er ohne jenes Factum seinen Willen nicht erklärt haben würde. Er hat diese Behauptung durch die That widerlegt. Die hinzugefügte Voraussetzung kann dann nur für ein leeres Spiel mit Worten angesehen werden, und verdient keine Beachtung. Der Wille ist dann in der That unter dieser Voraussetzung nicht erklärt worden. Er ist pure erklärt worden. Leuchtet dann ein anderer Bestimmungsgrund nicht ein, so muß man dabei stehen bleiben, daß der Leistende nichts gewollt habe, als den Empfänger reicher machen, also ihm habe schenken wollen. In diesem Sinne wird namentlich von demjenigen, der ein *indebitum* wissentlich gezahlt hat, gesagt, daß er als Schenker zu betrachten sei. Aber auch nur, wenn ein anderer Bestimmungsgrund nicht einleuchtet, darf *animus donandi* angenommen werden. In der Regel wird das wohl nicht hinlänglich beachtet. Und doch liegt es auf der Hand, und wird ausdrücklich anerkannt in l. 50. D. de solut. (46. 3). Jemand, der Gold schuldig ist, hat wissentlich Bronze

gegeben. Er kann nicht behaupten, daß er die Bronze in der Voraussetzung gegeben habe, daß dadurch seine Schuld werde getilgt werden; er wußte, daß das nicht der Fall sein werde. „Non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci“. Aber hat er schenken wollen? So wenig, daß er vielmehr hat betrügen wollen. Deswegen gibt ihm denn auch die l. 50. cit. das Recht, von dem klagenden Gläubiger die Erstattung der gegebenen Bronze durch *doli exceptio* zu erzwingen. Eine Klage freilich auf Zurückgabe dessen, was ein Anderer durch seinen *dolus* hat, kann er nicht aufsprechen.

In diesem Sinne ist also demjenigen, welcher sich auf die Ermangelung der Voraussetzung seiner Willenserklärung beruft, Irrthum in Betreff ihrer Erfüllung allerdings erforderlich. Muß er ihn nun beweisen, oder muß der Gegner beweisen, daß er von der Ermangelung seiner Voraussetzung überzeugt gewesen sei? Offenbar das Letztere. Seiner Erklärung, daß er nur unter einer bestimmten Voraussetzung seinen Willen erkläre, nicht zu glauben, anzunehmen, daß diese Voraussetzung nicht ernstlich gemeint gewesen sei, ist an und für sich durchaus kein Grund vorhanden. Wer das behauptet, muß den Beweis führen.

Aber auch wenn es feststeht, daß der Erklärende von der Ermangelung der gemachten Voraussetzung überzeugt gewesen ist, kann er sich doch möglicherweise die Berufung darauf durch einen Gegenbeweis sichern. Denn indem wir ausgesprochen haben, daß der von der Ermangelung seiner Voraussetzung Ueberzeugte dieselbe nicht ernstlich gemeint haben könne, haben wir auch nur das Regelmäßige, allerdings in der bei weitem größten Anzahl von Fällen auch Maßgebende ausgesprochen. Hier haben wir den zu allgemeinen Ausspruch zu verbessern, und hinzuzufügen, daß allerdings Umstände denkbar sind, in

denen Jemand in der That unter einer Voraussetzung leistet, trotz dem, daß er von ihrer Ermangelung überzeugt ist. Von dieser Art sind z. B. die Umstände, welche die *l. 11. D. de app.* (49. 1) bespricht. Ein in erster Instanz Condemnirter wird trotz der eingelegten Appellation vom Richter genöthigt zu zahlen („*ex necessitate iudicis soluta est pecunia*“). Er hat, als er zahlte, gewußt, daß er nicht schuldig war; aber die *necessitas iudicis*, kraft deren er gezahlt hat, stellt die Gewißheit, daß er eben hat zahlen, d. h. eine Schuld tilgen, also unter der Voraussetzung einer Schuld hat leisten wollen, wieder her. Daher gibt ihm die *l. 11. cit.* ein Rückforderungsrecht, wenn er in der Appellationsinstanz gesiegt habe. — Solche besondere Umstände verstehen sich aber eben so wenig von selbst, als daß der Erklärende seine Erklärung nicht ernstlich gemeint habe; beruft er sich also darauf, so muß er sie beweisen.

Das endlich muß noch hinzugefügt werden, daß Ueberzeugung davon, daß die erfüllte Voraussetzung einmal wegfallen werde, auf keinen Fall schadet. Diese Ueberzeugung macht es nicht weniger sicher, daß unter einer Voraussetzung in der That geleistet worden sei. Wer eine *arrha* gibt, gibt deswegen nicht weniger als *arrha*, weil er weiß, daß der Vertrag, für den er sie gibt, einmal ein vollzogener sein werde, und kann daher deswegen nicht weniger das Gegebene nach Vollzug des Vertrages *condicere*.

125. Von dem in der vorigen Nummer genommenen Standpunkte aus mußten wir zu dem Resultate gelangen, daß derjenige, welcher sich auf die Ermangelung seiner Voraussetzung beruft, Irrthum in Betreff der Erfüllung derselben, wo er ihm überhaupt nöthig ist, nicht zu beweisen brauche. Es sind aber noch andere Standpunkte möglich, von denen aus, wenigstens theilweise, das Gegentheil zu behaupten sein wird.

Der erste dieser Gesichtspunkte ist bereits (Num. 119)

erörtert worden. Bei Voraussetzungen, welche ein zur Zeit der Willenserklärung Vergangenes oder Gegenwärtiges zum Gegenstand haben, muß der Erklärende, um ihre Ermangelung behaupten zu können, die Gründe seiner veränderten Ueberzeugung nachweisen, womit dann eben auch dargethan ist, daß er sich damals im Irrthum befunden habe.

Die Sache steht also so. Daß er die Erfüllung der Voraussetzung angenommen habe, wird ihm auch ohne Beweis geglaubt. Diese Annahme bezeichnet er nun als Irrthum, und insofern braucht er seinen Irrthum nicht zu beweisen. Aber er muß darthun, daß die Gründe derselben nicht stichhaltig waren, und insofern allerdings, daß sie eine irrige war.

Nach der Auffassung der Quellen (Num. 120) muß er beweisen, daß das nicht wirklich war, was er als wirklich angenommen hat. Diesen Beweis führt er aber eben dadurch, daß er seine Annahme als irrige nachweist.

Sodann aber ist hier noch ein anderer Gesichtspunkt möglich. Derjenige, könnte man sagen, welcher unter einer Voraussetzung leistet, macht den Empfänger an die Erfüllung der Voraussetzung glauben. Veruft er sich also hinterher auf die Ermangelung derselben, so entzieht er dem Empfänger einen Vermögensvorteil, auf den derselbe rechnen zu dürfen in seiner Leistung selbst einen Grund gefunden hatte. Das kann nun zwar das Recht nicht dazu bestimmen, ihm die Berufung auf die Ermangelung seiner Voraussetzung ganz zu versagen, aber wohl dazu, ihm diese Berufung dann zu versagen, wenn er leichtsinniger Weise die Erfüllung seiner Voraussetzung angenommen hat. In diesem Falle wird das Recht seine Interessen denen des Empfängers vorzuziehen nicht geneigt sein. Er wird daher, um die Ermangelung seiner Voraussetzung geltend machen zu können, beweisen müssen, daß sein Irrthum ein entschuldbarer gewesen sei.

Nur diese Auffassung, — welche einstweilen als hypothetische hingestellt worden ist, — führt darauf, von dem Leistenden auch entschuldbaren Irrthum zu verlangen. Um behaupten zu können, daß er unter einer Voraussetzung geleistet habe, um behaupten zu können, daß die Voraussetzung ermauegelt, reicht auch unentschuldbarer Irrthum vollkommen hin. Um aber die Ermangelung der Voraussetzung geltend machen zu können, ist — nach dieser Auffassung — entschuldbarer erforderlich.

Ist nun diese Auffassung begründet? Im Allgemeinen gewiß nicht. Warum hat denn der Empfänger dem Leistenden geglaubt? Und daß das römische Recht im Allgemeinen sie nicht theilt, geht sehr bestimmt daraus hervor, daß es dem Leistenden selbst da die Rückforderung nicht versagt, wo die Ermangelung der Voraussetzung auf seiner Willkühr beruht. *Z. B.*, der Vater hat eine *dos* gegeben und entzieht der Tochter seinen *Constitens* zur Ehe (*l. 10. D. de spons. 23. 1*), es hat Jemand *conditionis implendæ causa* geleistet und entsagt dem Vortheil der testamentarischen Verfügung (*l. 1. §. 1. D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4*). Aber in Einem Falle scheint jene Auffassung doch nicht ohne Grund zu sein, und in diesem Falle wird sie auch in unseren Quellen wenigstens theilweise anerkannt. Das ist der Fall der Zahlung eines *indebitum*. Darauf beruht es, daß eine Reihe von Stellen — und zwar die zahlreicheren und bestimmter redenden — für die *condictio indebiti* entschuldbaren Irrthum verlangen. Während andere, jene Auffassung auch hier nicht theilend, sich auch mit unentschuldbarem begnügen ¹²⁾.

12) Die einzelnen Stellen brauchen hier nicht genannt zu werden. Sie sind bekannt, wie es auch bekannt ist, wie heftig der Streit über die Zulässigkeit des *error iuris* bei der *condictio indebiti* noch immer geführt wird. *S. Savigny System III. Beilage VIII. Ann. 35 ff.*, und die neueste Bearbeitung der Frage bei *Erleben*, die *conditiones sine causa* S. 70 ff. Die Darstellung im Texte geht davon aus, daß auch hier — wie das in so vielen Fällen das einzig Richtige ist — die entgegenstehenden Meinungen der Quellen nicht zu vereinigen, sondern auf verschiedene Anschauungen zurückzuführen sind.

§. 13.

Literarische Bemerkungen.

126. Es ist nicht meine Absicht, eine vollständige dogmen-
geschichtliche Darstellung der in den vorstehenden Paragraphen
behandelten Lehre zu geben. Aber es wird von jedem Schrift-
steller billig erwartet, daß er dem Leser wenigstens im Allge-
meinen vor Augen lege, welches die Ansichten über den von
ihm bearbeiteten Gegenstand sind, denen er mit den seinigen
gegenübertritt. Diesem Verlangen soll hier in Kürze genügt
werden.

Es ist mir keine Darstellung aus älterer oder neuerer Zeit
bekannt, in welcher neben *conditio* und dies eine andere Selbst-
beschränkung des Willens aufträte, als der *Modus*. Darüber,
inwiefern der *Modus* eine enthalte, erklären sich die Meisten
nicht näher; Savigny ¹⁾ findet sie in der durch ihn bewirk-
ten Verminderung des Vermögenswerthes des Gegebenen. Die
Unwirksamkeit der Verfügung bei Nichterfüllung des *Modus*
tritt auch bei ihm, wie bei allen übrigen Schriftstellern, hinter
dem Zwange zur Erfüllung in den Hintergrund.

Was die Ansichten über den Grund derjenigen *Conditio-*
nen angeht, welche hier auf die in der Voraussetzung enthal-
tene Selbstbeschränkung des Willens zurückgeführt worden sind,
so glauben Einige sie aus dem Sage erklären zu können, daß
Niemand sich mit Unrecht aus dem Vermögen eines Anderen
bereichern dürfe ²⁾, ohne zu bedenken, daß damit gerade die
Frage nicht beantwortet ist, worauf es eben ankommt, nämlich,
warum denn die Bereicherung, welche mit diesen *Conditionen*
zurückgefordert wird, für eine ungerechtfertigte zu halten sei.
Dasselbe ist, wie *Erxleben* sehr gut ausgeführt hat ³⁾, gegen

1) System III. S. 230.

2) Vergl. *Erxleben*, die *conditiones sine causa* S. 3. ff.

3) *U. a. D.* S. 18. ff.

die Ansicht derjenigen zu sagen, welche sie aus einem Quasi-contracte entstehen lassen ⁴⁾. Auf jeden Fall nicht dieser Vorwurf trifft die Ansicht derjenigen, welche als ihren Grund den Irrthum desjenigen, welcher die Willenserklärung abgegeben hat, ansehen. Vor Allen ist hier Savigny zu nennen. Der Irrthum im Beweggrunde, lehrt er ⁵⁾, ist zwar im Uebrigen ohne Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit der dadurch hervorgerufenen Willenserklärungen; aber von dieser Regel gibt es Ausnahmen, einmal untergeordnete bei letztwilligen Verfügungen und im ädificischen Edict, (—auch diese Fälle sind oben auf das Princip der ermangelnden Voransetzung zurückgeführt worden ⁶⁾, —) dann aber umfassendere, als deren Product die *condictio ob causam datorum, sine causa, indebiti* anzusehen ist. Der Irrthum nämlich, fügt er hinzu, bezieht sich hier auf die juristische *causa*, mit Rücksicht auf welche das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, nicht etwa bloß auf die factischen Vortheile oder Nachtheile, welche dabei eintreten können. — Ganz dieselbe Auffassung findet sich bei Böcking ⁷⁾. Beherrscht wird von ihr auch die — übrigens wenig durchsichtige — Darstellung bei Unterholzner ⁸⁾. Auch Sinteris ⁹⁾ geht von derselben aus, indem er jedoch hinzufügt ¹⁰⁾, daß fast nur bei den Fällen der *condictio indebiti* der Irrthum als ein subjectiv bedeutsames Moment hervortrete, „während bei den übrigen der objective Erfolg überwiegt, daß kein Grund zum Verhalten

4) S. die bei Glük XIII. S. 9 Note 16, S. 26 Note 50 und S. 70 Citirten. In Beziehung auf die *condictio indebiti* ist Glük selbst dieser Meinung. Ebenso Thibaut Pandekten §. 631.

5) System III. S. 111—115, 358—363.

6) Mit Ausnahme derjenigen, in denen auf dem außerordentlichen Wege der *in integrum restitutio* geholfen wird.

7) Institutionen §. 87.

8) Schuldverhältnisse I. S. 67 ff., II. S. 21. ff.

9) Das practische gemeine Civilrecht II. S. 520 ff.

10) N. D. Note 28.

des Empfangenen vorhanden und an sich als wirksam anerkannt ist, ohne daß weiter die Willensbestimmung zum Geben in ihrer ursprünglichen Täuschung in Betracht kommt". Ganz unabhängig vom Irrthum erscheint die Mangelhaftigkeit der juristischen *causa*, der juristischen Absicht, bei Gneist ¹¹⁾.

Der Ansicht, welche in dieser Schrift vertreten wird, war eigentlich schon Donellus nahe. Ueber den Grund der *condictio indebiti* — und von der *condictio ob causam datorum* soll dasselbe gelten — lehrt ¹²⁾ er Folgendes. Wer zahlt, ohne schuldig zu sein, erklärt durch das von ihm gebrauchte Wort „zahlen“, daß er nur unter der Bedingung geben wolle, daß er schuldig sei; von der anderen Seite aber macht er doch, da er irrig glaubt, schuldig zu sein, den Empfänger zum Eigenthümer. Daher ist seine Willensmeinung dahin zu bestimmen, daß er sich für den Fall der Nichtschuld Restitution des Gegebenen vorbehalte. Dieser Vorbehalt ist dem Empfänger, der ein Gezahltes annimmt, bekannt, und durch die Annahme erklärt er sich einverstanden damit. Also liegt ein gegenseitiger Consens über die Rückgabe für den Fall der Nichtschuld vor, und der Grund der *condictio indebiti* ist also ein Vertrag der Partheien. — Man sieht, Donellus hat es wohl gefast, daß die *condictio indebiti* auf einer Selbstbeschränkung des im Geben erklärten Willens beruhe. Aber diese Selbstbeschränkung konnte er sich nur als Bedingung denken. So kam er, um den trotz des *indebitum* stattfindenden Eigenthumsübergang zu erklären, zu dem Widerspruch, daß er diese Bedingung zugleich annahm und nicht annahm. Wer ein *indebitum* gibt, gibt unter der Bedingung, daß er schuldig sei; da er aber glaubt, schuldig zu sein, überträgt er dennoch Eigenthum, d. h. eben —

II. §. 5. 6. Vergl. auch

Citationen

einjacob

345.

Lüb. XIV

§. 10. cap.

gibt er unter dieser Bedingung nicht. Vielmehr, sagt nun Donellus, unter dem Vorbehalt der Rückgabe für den Fall der Nichtschuld. Aber als einseitiger, meint er, wäre derselbe unwirksam. Er ist aber auch kein einseitiger, da der Empfänger ihn durch die Annahme der Zahlung acceptirt hat. Also liegt ein Vertrag über die Rückgabe vor. — Donellus würde sogleich gesehen haben, daß er dieses Hülfsmittels entzathen könne, wenn er, worauf ihn Alles hinführte, sich den Begriff einer Selbstbeschränkung des Willens klar gemacht hätte, die zwar nicht, wie die *conditio*, seine Existenz, aber doch seine Wirksamkeit an ein gewisses Verhältniß bindet.

Zu Grunde denselben Ausgangspunkt, wenn auch der Ausdruck verschieden ist, hat — wieder in specieller Beziehung auf die *condictio indebiti* — Christiansen ¹³⁾. Wer zahlt, sagt er, will nicht überhaupt leisten, sondern ein *debitum* leisten. Leistet er daher irrtümlich ein *indebitum*, so hat er geleistet, was er nicht gewollt hat; sein Irrthum ist also ein Irrthum im Willensinhalt, ein von Savigny so genannter unechter. — Aber warum wird denn der Empfänger überhaupt Eigenthümer? Auf diese Frage hat Christiansen eine genügende Antwort nicht zu geben vermocht. Allerdings, meint er, schließt der Irrthum hier den Willen aus; aber doch auch nur in so weit, als er reicht. Auf das Haben-sollen bezieht er sich aber nicht, sondern nur auf das Haben-sollen eines *indebitum*. Insofern der Empfänger also hat, hat er mit dem Willen des Gebers, insofern er ein *indebitum* hat, hat er ohne den Willen des Gebers. Also muß er das, was er hat, herausgeben. — Aber hat denn Christiansen den Widerspruch nicht gesehen, in welchen er sich hier verwickelt? Der Empfänger soll das Gegebene als *indebitum* nicht haben, — und trotzdem,

13) Lehre *condictio indebiti* *naturalis obligatio*

daß es *indobitum* ist, dennoch haben? Dieser Widerspruch versteckt sich Christiansen dadurch, daß er beide Male unter dem Willen des Gebers etwas Verschiedenes versteht. Wenn er sagt: der Empfänger hat das Gegebene mit dem Willen des Gebers, so versteht er unter Willen den wirklichen Willen. Wenn er sagt: als *indebitum* hat er es ohne den Willen des Gebers, so versteht er unter Willen dasjenige, was in dieser Schrift der eigentliche Wille genannt worden ist.

Nicht zu dieser Lösung hat Kenand ¹⁴⁾ den Widerspruch, welchen auch er in Christiansen's Darstellung anerkennt, geführt. Sondern er hat nun, festhaltend, daß der ein *indebitum* Leistende in der That ein nicht wirklich Gewolltes geleistet habe, die Behauptung nicht gescheut, daß der Empfänger desselben überhaupt nicht Eigenthümer werde. Der Versuch, welchen er gemacht hat, sie quellenmäßig zu beweisen, hat, wenn das überhaupt noch nöthig gewesen wäre, nur die Unmöglichkeit dieses Beweises dargethan. Die fast mehr als seltsame Art aber, wie Kenand seine Anschauung auch aus der Natur der Sache zu rechtfertigen versucht hat, bedarf keiner Widerlegung ¹⁵⁾.

Auf demselben Grunde, wie diese Schrift, steht Erleben in der oft angeführten Schrift: die *conditiones sine causa* ¹⁶⁾. Wer ein *indebitum* zahlt — von welchem Falle er vorzugsweise handelt — leistet, was er will. Daher erwirbt es der Empfänger zu vollem Rechte. Aber wenn er es auch mit dem Willen des Gebers hat, so hat er es doch gegen seine wahre Absicht. Denn derselbe hat es nur zu einem bestimmten Zwecke geleistet, und diesen Zweck hat er nicht erreicht. Die Erreichung desselben bildete die Voraussetzung seiner Leistung; deswegen,

14) Archiv für civilistische Praxis XXIX. Num. 4 und 14.

15) Eine weitläufige hat seiner ganzen Beweisführung zu Theil werden lassen Erleben a. a. O. S. 42. ff.

16) S. namentlich S. 25 — 38, 53 — 61.

wenn auch nach formellem Rechte der Empfänger hat, ist es unbillig, daß er behalte. Und eben so verhält es sich, wenn zu irgend einem anderen Zwecke oder aus irgend einem anderen Grunde gegeben worden ist, welche die erkennbare Voraussetzung sind, unter welcher allein der Geber sich entschlossen hat, Etwas in das Vermögen des Empfängers zu übertragen. — Doch gebraucht Erleben den Ausdruck „Voraussetzung“ nicht als technischen. Wichtiger erscheint es, daß er die Natur der Voraussetzung als einer Willensbeschränkung nicht hervorhebt. Unter diesem Gesichtspunkt habe in ich dieser Schrift das gesammte in den Quellen vorkommende Material zusammenzustellen versucht, während Erleben, zunächst die *condictio indebiti* betrachtend, auf die übrigen Voraussetzungen nur Blicke wirft.



Druckfehler.

Seite	30	Zeile	4	von unten ließ interveniente statt interueniente.
	44		13	von unten ließ 42 statt 39.
	76		11	von oben ist das in vor iunctam zu streichen.
	91		2 und 3	von oben ließ trans-egistis statt tran-segistis.
	128		6	von oben ließ solchem statt solchen.
	132		7	von oben ließ dem statt dann.
	141		1	von unten ließ lex Falciilla statt Fex falciidia.
	145		6	von unten ließ vacnam statt vacuuum.
	153		14	von unten ließ den statt der.
	172		3	von unten ließ Quericten statt Querciren.

