

16.-

DIE
JURISTISCHE FACULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG
VERKÜNDIGT
DIE FEIER DES ANDENKENS
AN
DR. CHRISTIAN FRIEDRICH KEES,
WELCHE
AM 13. FEBRUAR 1878 VORMITTAGS 12 UHR
IM
AUDITORIUM IURIDICUM
STATTFINDEN WIRD.

ZWEI FRAGEN AUS DER LEHRE VON DER VERPFLICHTUNG
WEGEN UNGERECHTFERTIGTER BEREICHERUNG,

VON

DR. B. WINDSCHEID,

D. Z. DECAN.

DR. JUR. G. PESCATORE
MARBURG
1878.

LEIPZIG,

VERLAG VON ALEXANDER EDELMANN,
UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER.

87c 15

Ordner 3

44

Dig: 37-99



93-0002405

Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

I.

Durch die Veräußerung, welche der Besitzer einer § 1. fremden Sache mit derselben vornimmt, wird die Vermögenslage des Eigenthümers nicht berührt; dieser kann die Sache von dem neuen Besitzer abfordern, wie er sie früher von dem alten abfordern konnte. Wenn aber das Abforderungsrecht des Eigenthümers durch Untergang der Sache oder durch Ersitzung des neuen Besitzers ausgeschlossen und dadurch für ihn ein Vermögensverlust entstanden ist, so erhebt sich die Frage, ob er sich nicht wegen dieses Verlustes bei dem Veräußerer erholen könne. In einfacher und unbestrittener Weise erledigt sich diese Frage für den Fall, wo der Veräußerer in bösem Glauben (unredlicher Besitzer) war; er hat sich dann dem Eigenthümer durch seine Veräußerung verantwortlich gemacht, und der Eigenthümer hat gegen ihn einen Anspruch auf Ersatz seines vollen Interesse, welchen er mit den bekannten Rechtsmitteln (*rei vindicatio, actio ad exhibendum, condictio furtiva*) verfolgt. War dagegen der Veräußerer in gutem Glauben (redlicher Besitzer), so kann von dem Ersatz des Interesse keine Rede sein, sondern allein vom Ersatz des aus der Veräußerung gezogenen Gewinns nach dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung aus fremdem Vermögen, vielleicht auch nach dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung. Unter welchen Voraussetzungen aber diese Verpflichtung wirklich eintrete, darüber ist Streit. Nach der einen Meinung setzt sie nichts voraus als Veräußerung durch den redlichen Besitzer und Bereicherung desselben; nach einer anderen Meinung

setzt sie ausserdem voraus, dass der redliche Besitzer ohne Titel (auf Grund eines putativen Titels) besessen habe. Ich selbst habe mich in meinem Lehrbuch des Pandektenrechts (§ 422 Note 4) für die erste Meinung ausgesprochen; auf der anderen Seite stehen aber sehr gewichtige Autoritäten¹⁾. Da zugleich die Frage nicht ohne praktische Bedeutung ist, halte ich eine erneute Prüfung derselben nicht für überflüssig.

Sofort aber ergibt sich, dass sie eine grössere Tragweite hat, und dass ihr ein allgemeinerer Ausdruck gegeben werden muss, wie das auch von mir an dem angeführten Ort, und von den bezeichneten Schriftstellern wenigstens zum Theil, geschehen ist. Jemand kann sich aus fremder Sache nicht bloss durch Veräusserung derselben bereichern, sondern auch durch Gebrauch oder Verbrauch. Der hinreichend allgemeine Ausdruck der aufgeworfenen Frage ist also:

Steht dem Eigenthümer ein Anspruch auf Herausgabe des von dem redlichen Besitzer seiner Sache aus derselben gewonnenen Bereicherung gegen den redlichen Besitzer schlechthin zu, oder nur gegen den redlichen Besitzer ohne Titel (aus putativem Titel)?

Ich lege zunächst das Quellenmaterial vor.

1) Die Beschränkung auf den redlichen Besitzer ohne Titel ist zuerst vertheidigt worden von Ihering in seinen Abhandlungen aus dem römischen Recht (1844) S. 78 fg., etwas später, aber unabhängig von Ihering, von Wächter im zweiten Heft seiner Erörterungen (1846) S. 98 fg. In ausführlicher Darstellung haben sich ferner für diese Beschränkung erklärt H. Witte Bereicherungsklagen (1859) S. 295 fg. und neuestens E. Zimmermann Aechte und unächte *negotiorum gestio* (1872) S. 43 fg. Kürzere Zustimmungen liegen vor von Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 236 (1865) und von G. Hartmann krit. VJSchr. XI S. 522 (1869), ferner von Vangerow in seinem Lehrbuch § 628 a. E. S. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. XII S. 426. Bestritten worden ist die fragliche Beschränkung von Göppert über die organischen Erzeugnisse (1869) S. 356 fg. und von Köppen Fruchterwerb des *b. f. possessor* (1872) S. 95 Anm. 12. Ich selbst habe mich gegen dieselbe schon vor meinem Lehrbuch erklärt, krit. VJSchr. I S. 116 fg. (1859).

(1) *L. 23 D de R. C. 12. 1.*

§ 2.

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait, quasi ea re tua locupletior factus sim.

In dieser Stelle ist von einem Putativtitel die Rede. Der Besitzer glaubt, dass ihm vermacht sei, während in der That das Vermächtniss einem Andern gegeben ist.

(2) *L. 49 D. de neg. gest. 3. 5.*

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses. . .

Ebenfalls Putativtitel. Der Käufer eines Slaven hat mit demselben eine Sache in Besitz bekommen, von welcher er glaubt, dass sie zu dem (mit gekauften) Peculium des Slaven gehöre, während der Slave sie seinem Herrn entwendet hat.

(3) *L. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1.*

Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. . . . Si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio mihi eo nomine adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Der gleiche Fall, wie in der vorigen Stelle, nur dass hier der Besitzer sich nicht durch Verkauf, sondern durch Verzehren des von dem Slaven dem Herrn Entwendeten bereichert.

(4) *L. 18 pr. de R. C. 12. 1.*

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias . . . puto magis . . . nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit . . . Aber: si eos consumpserit . . . condictione tenetur.

Putativtitel. Der Verfasser der Stelle sieht als Titel nicht die Tradition als solche an, sondern die Tradition mit ihrer *causa*, Schenkung — Darlehnsgabe. Wegen Mangels des Consenses ist weder Schenkung noch Darlehnsgabe zu Stande gekommen.

(5) *L. 1 C. de reb. alien. non alienandis 4. 51.*

Si praesidi provinciae probatum fuerit, Iulianum nullo iure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emtores servos iubebit. Quodsi ignoraverint et eorum facti sunt, pretium horum tibi solvere Iulianum iubebit.

Das „*nullo iure munitum*“ weist nicht nothwendig auf einen Putativtitel hin. Doch mag zugegeben werden, dass diese Worte den Gedanken an einen blossen Putativtitel näher legen. Man könnte sogar an eine Veräusserung in bösem Glauben zu denken geneigt sein; aber dann wäre dem Eigenthümer *rei vindicatio* oder *condictio furtiva* auf das volle Interesse zuzusprechen und dem Käufer die Ersitzungsmöglichkeit wegen Furtivität der Sache abzusprechen gewesen.

(6) *L. 1 C. de comm. rer. alien. 4. 52.*

In dieser Stelle ist davon die Rede, dass ein Miterbe Erbschaftssachen verkauft hat. Sind sie ersessen, so haben die anderen Miterben

— *liberum arbitrium conveniendi eos, qui pro portione satis illicitam venditionem celebraverunt.*

Das Nächstliegende ist gewiss, sich den Fall dieser Stelle so zu denken, dass der Veräusserer sich irrthümlicher Weise für den alleinigen Erben gehalten habe. Die Annahme, dass der Veräusserer zu seinem Erbtheil den Erbtheil der Miterben durch einen wahren Titel hinzuerlangt habe, ist mehr als unwahrscheinlich. Der Gedanke an einen bösgläubigen Besitzer ist durch den Inhalt der Stelle nicht ausgeschlossen, aber willkürlich.

§ 3. Ich komme jetzt zu einer Stelle, welche eine eingehendere Besprechung nöthig macht. Obgleich die hier in Betracht kommende Entscheidung der Stelle nur einen verhältnissmässig kleinen Theil derselben ausmacht, empfiehlt es sich doch aus einem Grunde, welcher sich unten herausstellen wird, sie, wenn auch nicht vollständig, doch in einem grösseren Umfang zum Abdruck zu bringen.

(7) *L. 12 § 1 D. de distr. pign. 20. 5.*

Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit,

videamus, an pretium quod percepit creditor, liberet debitorem personali actione rei creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et quali quali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori quam creditoris lucro cederet. Sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur; quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem, ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat. Nam et si maiores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debet. . . . Quod si non ita vendidit, ut certum sit, omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus est ad id restituendum, arbitror, interim quidem nihil a debitore peti posse, sed in suspensio haberi liberationem; verum si actione ex empto conventus praestitisset creditor emptori, debitum eum persequi a debitore posse, quia apparuit non esse liberatum.

Im Fall dieser Stelle ist der Bereicherte und wegen seiner Bereicherung zum Ersatz Verpflichtete nicht der Verkäufer, sondern sein Schuldner, welcher ihm durch Verpfändung die Möglichkeit des Verkaufes gewährt hat. Man kann sich die Sache auch so vorstellen, dass der Schuldner durch fremde Hand verkauft hat. Dass nun der Schuldner die verpfändete Sache ohne Titel besessen habe, ist in keiner Weise angedeutet, und es muss daher als willkürlich bezeichnet werden, die Stelle auf diesen Fall zu beschränken.

Nun wird aber von der Gegenseite²⁾ behauptet, dass die Stelle von einem redlichen Besitzer überhaupt nicht rede, vielmehr von einem unredlichen. Gestützt wird diese Behauptung darauf, dass dem Eigenthümer eine Klage gegeben werde „*si necdum pignus evictum est*“. So lange dem Eigenthümer die Evictionsmöglichkeit offen stehe, sei er in seinem Vermögen noch gar nicht geschädigt; die ihm gegebene Klage könne also nicht die Klage wegen un-

2) Witte S. 380, Zimmermann S. 52.

gerechtfertigter Bereicherung sein. Welche Klage sie wirklich sei, darüber gehen die Ansichten der Schriftsteller auseinander. Witte hält sie für die *rei vindicatio* gegen denjenigen *qui dolo desit possidere*. Zimmermann ist der Ansicht, sie sei die *actio negotiorum gestorum*, welche der Eigenthümer sich durch Aneignung der fremden Handlung verschaffe; die Befugniss zu einer solchen Aneignung stehe aber nur demjenigen gegenüber zu, welcher in bösem Glauben in fremdes Vermögen eingegriffen habe.

Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

1. Gegen die Auffassung der in der Stelle dem Eigenthümer gewährten Klage als einer *utilis rei vindicatio* spricht, dass der Verfasser der Stelle, *Tryphoninus*, es für nöthig gehalten hat, die Gewährung besonders zu motiviren („*ne ea aliena iactura lucrum sibi adquirat*“³⁾). Die Zulässigkeit der *rei vindicatio* gegen denjenigen *qui dolo desit possidere* war zur Zeit des *Tryphoninus* bereits etwas so Feststehendes, dass es einer Rechtfertigung derselben aus den Umständen des besonderen Falles nicht bedurfte. Es kommt hinzu, dass die Stelle die *utilis actio*, von welcher sie spricht, nicht bloss dem Eigenthümer gewährt, sondern nach der Eviction auch dem Käufer, dem letzteren aber ganz gewiss keine *rei vindicatio* zusteht. Ein fernerer Grund, welcher gegen die Auffassung der Klage als *rei vindicatio* gegen den *malae fidei possessor* spricht, wird unten (Nr. 5) angeführt werden.

2. Ist demnach die dem Eigenthümer gewährte *utilis actio* die *utilis rei vindicatio* nicht, so wird, wenn man nicht auf alle Construction derselben verzichten will, allerdings wohl nichts Anderes übrig bleiben, als die Annahme, dass sie eine *utilis negotiorum gestorum actio* sei. Damit ist aber noch nicht

3) Uebrigens passt diese Motivirung nicht, da, wie bemerkt, der Eigenthümer, so lange ihm die Evictionsmöglichkeit offen steht, noch keinen Verlust erlitten hat. Diess regt den Gedanken an, ob vielleicht etwas im Text verdorben oder der ursprüngliche Text von den Compilatoren unvollkommen wiedergegeben sein möchte. Doch kann diesem Gedanken bei dem vollständigen Mangel an jedem sonstigen Anhalt keine weitere Folge gegeben werden.

entschieden, dass sie die *negotiorum gestorum actio directa* sei; es ist auch die Möglichkeit in's Auge zu fassen, dass sie die *contraria negotiorum gestorum actio* sein könnte. Wäre sie diess aber wirklich, so würde jeder Grund, wesswegen der Verpfänder als unredlicher Besitzer gedacht werden müsste, wegfallen. In der That hat sich für die Annahme einer *contraria negotiorum gestorum actio* Dernburg⁴⁾ ausgesprochen. Seine Auffassung ist die, dass der Eigenthümer, indem er darauf verzichte, die Sache dem Käufer abzufordern, den Verpfänder von der Verpflichtung, dem Käufer Ersatz zu geben, befreie und dadurch bereichere. Es wird auch die Möglichkeit dieser Auffassung nicht bestritten werden dürfen. Andererseits soll auch nicht verhehlt werden, was gegen dieselbe spricht. Nicht zwar wird gegen dieselbe eingewendet werden dürfen, dass der Eigenthümer bei dem Verzicht auf die *rei vindicatio* nicht durch das Interesse des Verpfänders geleitet werde, sondern durch sein eigenes Interesse. Denn zu den Voraussetzungen der *actio negotiorum gestorum contraria* gehört nicht, dass die das Beste eines Andern fördernde Handlung in der Absicht vorgenommen worden sei, dieses Beste zu fördern⁵⁾. Wohl aber spricht gegen die bezeichnete Auffassung Folgendes. Nach derselben ist die Klage des Käufers gegen den Verpfänder das Principale, die Klage des Eigenthümers gegen den Verpfänder steht in gedankenmässiger Abhängigkeit von ihr, während es doch auf der Hand zu liegen scheint, dass der Verfasser der Stelle beide Klagen auf gleiche Linie stellt. Sodann wird nicht geläugnet werden dürfen, dass, wenn es auch wahr ist, dass der Eigenthümer durch den Verzicht auf die Eviction den Verpfänder von einer Verpflichtung befreit, doch diese Bedeutung seines Verzichtes nicht in erster Linie steht. Der Eigenthümer verzichtet auf die Eviction nicht schlechthin; er verzichtet auf die Eviction durch Genehmigung des über seine Sache abgeschlossenen Geschäfts, dadurch dass

4) Pfandrecht II S. 195.

5) Mein Lehrbuch des Pandektenrechts § 431 Note 12.

er das von dem Fremden abgeschlossene Geschäft als ein von ihm abgeschlossenes sich aneignet. Damit ist der Gesichtspunkt der *actio negotiorum gestorum directa* gegeben, und es kann als eine natürliche Auffassung nicht bezeichnet werden, dass der Verfasser der Stelle diesen Gesichtspunkt verlassen und mit dem abgeleiteten der *actio negotiorum gestorum contraria* vertauscht haben sollte.

3. Spricht somit mehr für die *actio negotiorum gestorum directa*⁶⁾ als für die *actio negotiorum gestorum contraria*, so wäre nun die Frage zu beantworten, ob wirklich, wie Zimmermann behauptet, das Recht des Eigenthümers, ein über seine Sache nicht für ihn geschlossenes Geschäft sich als sein Geschäft anzueignen, nur gegen den unredlichen und nicht auch gegen den redlichen Geschäftsführer begründet ist. Die erschöpfende Beantwortung dieser Frage ist aber an diesem Orte nicht möglich; sie würde den Rahmen der gegenwärtigen Abhandlung vollständig sprengen. Ich beschränke mich daher auf folgende Bemerkungen. Die genannte Frage ist sehr streitig, und Zimmermann⁷⁾ bezeichnet selbst die seiner Meinung entgegenstehende Meinung als die herrschende. Es ist daher zunächst festzustellen, dass die von Zimmermann vertretene Auslegung der vorliegenden Stelle mit einem schwierigen Beweise belastet ist. Was das für denselben zu verwerthende Quellenmaterial angeht, so ist die *actio negotiorum gestorum* gegen den unredlichen Behandler fremden Vermögens in *l. 6 § 3 D. de neg. gest. 3. 5* anerkannt. Eine Stelle, in welcher sie unbestritten auch gegen den redlichen Behandler anerkannt wäre, liegt nicht vor; es fragt sich aber, ob es nicht umgekehrt Stellen

6) Es wäre diess also die eigentliche *actio negotiorum gestorum* aus der Führung eines eigenen (durch Aneignung eigen gewordenen) Geschäftes des Klägers, nicht die *actio negotiorum gestorum* als andere processualische Form für die *condictio sine causa* aus der Führung eines dem Kläger fremden Geschäftes über eigenes Vermögen des Klägers. Durch jene eigentliche *actio negotiorum* wird die *condictio sine causa* zwar gedeckt, aber auch überholt.

7) S. 5 fg.

gibt, welche sie gegen den redlichen Behandler versagen, worüber ebenfalls gestritten wird. Die Erörterung des hierher gehörigen Quellenmaterials ist es eben, welche an diesem Orte nicht gegeben werden kann. Erwägungen allgemeiner Natur führen zu dem von Zimmermann verfochtenen Satze in derjenigen Unbeschränktheit, in welcher er ihn verfißt, nicht, wohl aber rechtfertigen sie denselben innerhalb einer gewissen Begrenzung, und allerdings gerade innerhalb derjenigen Begrenzung, welche in dem Thatbestand der *l. 12 § 1 D. de distr. pign.* wirklich vorliegt. Da nun hieraus sich ein Argument für die von Zimmermann vertretene Auslegung der bezeichneten Stelle ergibt, so will ich über diesen Punkt ein näheres Wort sagen.

Es wird also davon ausgegangen, dass in der oben genannten *l. 6 § 3 D. de neg. gest.* die *actio negotiorum gestorum directa* gegen denjenigen der „*sui lucri causa*“, „*depraedandi causa*“, die Geschäfte eines Anderen geführt hat, ausdrücklich anerkannt ist, und es wird die Frage aufgeworfen, ob innere Gründe vorhanden sind, die Klage auf diesen Fall zu beschränken, und in dem Fall, wo der Geschäftsführer in gutem Glauben gehandelt hat, zu versagen. Sofort ergibt sich die Antwort: allerdings, soweit es sich darum handelt, den Geschäftsführer wegen einer Nachlässigkeit, welche er bei der Behandlung des fremden Vermögens begangen hat, zur Verantwortung zu ziehen. Es ist ebenso billig, dass der bösgläubige Geschäftsführer für die Folgen einer mangelhaften Geschäftsführung verantwortlich gemacht werde, wie es billig ist, dass derjenige ausser Verantwortlichkeit bleibe, der eigenes Vermögen zu behandeln geglaubt hat. Anders dagegen was die Verpflichtung zur Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten angeht. Gewiss gehört schon ein gewisser Grad von civilistischer Beweglichkeit und fast Kühnheit dazu, um Jemandem das Recht zuzuerkennen, ein Geschäft, welches nicht für ihn geführt ist, deswegen, weil es objectiv in seinen Vermögenskreis eingreift, zu einem für ihn geführten zu machen und sich dadurch die ihm vortheilhaften Folgen desselben anzueignen. Aber wenn einmal

eine positive Rechtsordnung diesen Schritt zu thun sich entschliesst, warum sollte sie ihn nicht auch dem gutgläubigen Geschäftsführer gegenüber thun? Man wird sagen, der bösgläubige Geschäftsführer verdiene es nicht, das durch ein vortheilhaftes Geschäft aus fremder Sache Gewonnene zu behalten, während es bei redlicher Geschäftsführung nahe liege, dem Geschäftsführer diesen Gewinn zu lassen. Aber wenn man ihm diesen Gewinn wirklich lassen will, so muss man dem Eigenthümer nicht bloss den Anspruch gegen den Geschäftsführer, sondern auch gegen den dritten Erwerber versagen, denn sonst wendet sich dieser mit seinem Regressanspruch gegen den Geschäftsführer und nimmt demselben das aus der Geschäftsführung Gewonnene doch wieder ab. Da man nun natürlich so weit nicht wird gehen wollen, so hat der redliche Geschäftsführer davon, dass dem Geschäftsherrn die Klage gegen ihn versagt wird, gar keinen Vortheil, und es ist kein Grund vorhanden, warum ihm gegenüber das Princip gebrochen werden sollte. Anders aber allerdings, wenn ausnahmsweise gegen den redlichen Geschäftsführer ein Regressanspruch nicht begründet ist. In diesem Falle hat derselbe, wenn dem Eigenthümer die Klage gegen ihn versagt wird, einen reinen Vortheil, und es begreift sich, dass das Recht geneigt sein kann, zwar ihm diesen Vortheil zuzugestehen, nicht aber dem bösgläubigen Geschäftsführer. In den Thatbestand der uns beschäftigenden Stelle ist aber ausdrücklich das Moment des ausgeschlossenen Regressanspruchs aufgenommen, und so hat es aus allgemeinen Gründen etwas Anmuthendes, dass der die fremde Sache Verpfändende als bösgläubiger Besitzer zu denken sei.

4. Gegen diese Annahme legt nun aber andererseits ein nicht zu unterschätzendes Gewicht der Umstand in die Wagschale, dass des bösen Glaubens des Verpfänders in der Stelle mit keiner Sylbe gedacht wird. Wenn dieser böse Glaube in der That der massgebende Grund der Entscheidung ist, warum wird das nicht ausgesprochen? Das Gewicht dieses Argumentes erhöht sich durch folgende Betrachtung. Die uns hier beschäftigende Entscheidung bildet nicht

den einzigen und nicht den hauptsächlichen Inhalt der Stelle. Ihre Hauptaufgabe ist, auszuführen, dass der Gläubiger den aus der Pfandsache gezogenen Gewinn desswegen nicht weniger sich auf seine Forderung anrechnen müsse, weil die Pfandsache eine dem Verpfänder fremde gewesen ist. Hier- von ist vor und nach der uns beschäftigenden Entscheidung die Rede; diese Entscheidung bildet nur eine Parenthese. Um sich von der Richtigkeit dieser Behauptung zu über- zeugen, genügt ein Blick auf die Stelle; diess ist der Grund, wesswegen ich sie oben in einer gewissen Vollständigkeit habe abdrucken lassen. Nun kommt es aber für die Frage, ob der Pfandgläubiger den aus einer fremden ihm verpfän- deten Sache gezogenen Gewinn sich auf seine Forderung anrechnen müsse, lediglich darauf an, dass dieser Gewinn ein bleibender ist; ob er ihm von einem gut- oder bösgläu- bigen Verpfänder verschafft worden ist, ist absolut gleichgültig. Ist es nun wahrscheinlich, dass, wenn die Hauptentscheidung von dieser Unterscheidung ganz absieht, die eingeschobene Entscheidung gerade auf sie gebaut werde, und lag nicht, wenn diess wirklich geschehen sollte, doppelte Veranlassung vor, es ausdrücklich zu bemerken?

5. Die Nichterwähnung der *mala fides* des Verpfänders spricht natürlich auch gegen die Auffassung der ihm gewährten Klage als einer *rei vindicatio*.

Das Resultat ist, dass die *l. 12 § 1 D. de distr. pign.* ein reines Resultat nicht gewährt, jedenfalls aber einen die Möglichkeit der Bezweiflung ausschliessenden Beweis für die hier vertretene Meinung nicht liefert.

Eigenthümlich ist folgende Stelle.

§ 4.

(8) *L. 24 § 1 D. de A. E. V. 19. 1.*

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi; is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Posse te eum hominem mihi condicere, Sabinus dicit. . . Cassius veram Sabinus sententiam rettulit, in qua ego quoque sum.

Auf den ersten Blick scheint diese Stelle den vollstän- digen Beweis für die hier vertretene Meinung zu erbringen; der gute Glaube des Bereicherten stützt sich auf einen wirklich

vollzogenen und, abgesehen von dem mangelnden Eigenthum des Verkäufers, gültigen Kaufvertrag. Aber an diesem Resultate wird man irre, wenn man mit der genannten Stelle *l. 31 § 1 D. de R. C.* vergleicht. Die *l. 24 § 1 cit.* ist von *Iulianus*, und in *l. 31 § 1 cit.*, welche in ihrem Anfang mit der *l. 24 § 1* fast wörtlich übereinstimmt, wird die Meinung des *Iulianus* näher referirt. Hier ist nun zwar nicht Alles klar, aber jedenfalls geht die Meinung des Referenten, *Paulus*, dahin, dass das Rechtsverhältniss folgendes sei: aus dem von dem Slaven abgeschlossenen Kaufvertrag habe der Herr desselben die *actio empti* auf Lieferung der Kaufsache erworben, der Verkäufer aber, welcher in gutem Glauben an den vermeintlichen Herrn geleistet habe, genüge dieser *actio empti*, wenn er die durch seine Leistung ihm gegen den vermeintlichen Herrn erworbene *condictio indebiti* dem wirklichen Herrn abtrete. Hiernach beruht also die dem wirklichen Herrn gegen den vermeintlichen Herrn gewährte Klage nicht darauf, dass in das Vermögen des vermeintlichen Herrn eine mit dem Gelde des wirklichen Herrn bezahlte Sache gekommen sei, sondern sie ist eben die durch Cession erworbene *condictio indebiti*. Nun lässt sich allerdings fragen, ob diess denn auch die Auffassung des *Sabinus* und des *Cassius* gewesen sei, welche doch, wie es scheint, dem wirklichen Herrn gegen den vermeintlichen Herrn eine *Condictio* ohne Weiteres, und nicht erst in Folge einer Cession, gegeben haben, und ob demnach nicht, in der *l. 24 § 1 D. de A. E. V.* wenigstens aus der älteren Zeit ein Zeugniß für die hier vertretene Meinung vorliege. Aber man wird zugestehen müssen, dass auch hier das Resultat kein reines ist und eine Entscheidung des Streites durch diese Stelle nicht gegeben ist.

§ 5. Ebenso wenig wird sie gegeben durch

(9) *L. 17 pr. D. de R. V. 6. 1.*

Iulianus libro sexto digestorum scribit, si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse me pretium Maevio restituere.

Zwar spricht diese Stelle ausdrücklich von einem Falle wirklichen Titels, aber sie spricht auch von einem Fall, wo die Bereicherung aus der fremden Sache nach dem Processbeginn gezogen worden ist. In diesem Umstande liegt der Grund ihrer Entscheidung. Der Beklagte, wie es in § 1 derselben Stelle heisst, „*lucrum ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet*“⁸⁾).

Es bleibt jetzt noch übrig zuzusehen, ob nicht aus dem, § 6. was die Quellen über die Bereicherung durch Verbindung und Specification sagen, Aufklärung über unsere Frage zu gewinnen ist. In der That enthalten die Quellen, was zunächst die Verbindung angeht, den allgemeinen Satz, dass derjenige, welcher durch Verbindung sich eine fremde Sache zu eigen gemacht habe, dem gewesenen Eigenthümer mit einer *actio in factum* hafte.

(10) *L. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1.*

— *in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria erit.*

Entsprechende besondere Entscheidungen finden sich für den Fall des Einpflanzens in *l. 5 § 3 cod.*, für den Fall der Bemalung in *l. 9 § 2 D. de A. R. D. 41. 1. §* und *34 I. de R. D. 2. 1.* In allen diesen Stellen ist von einer Beschränkung der Entscheidung auf den redlichen Besitzer

8) So auch Zimmermann S. 54 und Wetzell Vindicationsprozess S. 286. Andere (Ihering S. 70, Witte S. 312, Mommsen Erörterungen I S. 112. 113) sehen, in verschiedenen Wendungen, den Grund der Entscheidung in der Unerlaubtheit der Veräusserung, indem sie theilweise unter *pretium* nicht Kaufpreis, sondern Werth verstehen. Aber es darf weder gesagt werden, dass die Veräusserung den Untergang der Sache veranlasst habe (s. namentlich *l. 15 § 3 h. t.*), noch darf der Satz aufgestellt werden, dass die schuldvolle Herbeiführung der Unmöglichkeit der Leistung den Verpflichteten auch in dem Fall belaste, wo hinterher ein ihm nicht zur Schuld gereichendes Ereigniss eintritt, welches die Unmöglichkeit ohnehin herbeigeführt haben würde. *L. 27 § 9 D. de R. V. 6. 1, l. 36 § 3 D. de H. P. 5. 3, l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4., l. 45 D. de O. et. A. 44. 7.* Unter dem Eindruck dieses letzteren Satzes steht auch Zimmermann, und nimmt in Folge davon an, dass der Beklagte den Sklaven zwar verkauft, aber nicht tradirt habe.

ohne Titel keine Rede, auf den unredlichen Besitzer aber können sie nicht bezogen werden, weil für diesen die Grundsätze von *furtum* gelten; überdies wird in *l. 9 § 2 cit.* und der entsprechenden Institutionenstelle ausdrücklich bemerkt, dass *bona fides* des Bemalenden vorausgesetzt werde. In den drei zuletzt genannten Stellen wird übrigens die dem früheren Eigenthümer verliehene Klage nicht als *actio in factum*, sondern als *utilis rei vindicatio* bezeichnet, und es ist allerdings fraglich, ob diese Klage auf den verbindenden Eigenthümer der Hauptsache beschränkt ist, und nicht vielmehr gegen jeden Besitzer der Hauptsache geht⁹⁾. Aber jedenfalls geht die Klage gegen den verbindenden Eigenthümer auch. Es wird von ihm gefordert die Sache, welche er durch Verbindung sich zu eigen gemacht hat, und er muss sie herausgeben, wenn er sie nicht durch Bezahlung ihres Werthes auslösen will.

Ob auch die vielbesprochene Stelle aus den Justinianischen Institutionen II. 1 § 26 hierher gehört, bleibt zweifelhaft.

(11) *Si . . . alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento, et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condictioem, sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt.*

Die Schlussworte von „*extinctae res*“ an finden sich auch in den Institutionen des *Gaius II. 79*, wo sie übrigens nicht auf den Fall der Verbindung, sondern auf den der Specification bezogen werden. Durch die Stelle des *Gaius* wird auch die Lesart „*quibusdam*“ bestätigt, während *Theophilus* las „*quibusque*“. Man will nun unter den den *fures* entgegengesetzten *possessores* redliche Besitzer verstehen, und hat nicht unterlassen, die „*quidam*“ *possessores* als Besitzer

9) Vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 161 fg. Mein Lehrbuch § 174 Note 9.

ohne Titel zu deuten¹⁰⁾, womit man dann einen directen Quellenbeweis für die hier zurückgewiesene Meinung gewonnen zu haben glaubt, während nach der Lesart „*quibusque*“ die Stelle natürlich ebenso bestimmt für das Gegentheil beweisen würde. Mir ist es aber ausserordentlich zweifelhaft, ob die Stelle überhaupt an redliche Besitzer denkt; denn der redliche Besitzer kann doch nur auf das, worum er reicher geworden ist, in Anspruch genommen werden, d. h. auf den Werth der Sache, während die Stelle von *condictio* der Sache selbst spricht; der Beklagte soll die Sache selbst liefern, und da er diess nicht kann, wird er auf das Interesse des Klägers verurtheilt. Dass die von der Stelle gewährte *condictio*, so weit sie *condictio furtiva* ist, diesen Inhalt hat, ist gar nicht zweifelhaft; wie sollte sie einen andern Inhalt haben gegenüber den andern Besitzern, auf welche sie erstreckt wird? Mir ist es daher viel wahrscheinlicher, dass *Gaius* nur an unredliche Besitzer denkt, wobei es denn allerdings fraglich bleibt, welches diese unredlichen Besitzer seien, welcher er wie die *fures* behandelt wissen will, vielleicht die trotz Mahnung nicht herausgebenden. Uebrigens darf man nicht etwa glauben, dass nach dieser Auslegung die Stelle *argumento a contrario* einen Beweis gegen die hier vertheidigte Ansicht liefere. Die Stelle denkt eben an die redlichen Besitzer nicht, und wenn sie *condictionem rei* auf unredliche beschränkt, so lässt sie die Frage, ob und wie weit *condictio pretii* zulässig sei, offen. Ueberdiess würde dieses *argumentum a contrario* nicht bloss unsere Ansicht treffen, sondern auch die entgegenstehende; denn wenn die *Condictio* gegen redliche Besitzer überhaupt unzulässig ist, ist sie auch unzulässig gegen redliche Besitzer ohne Titel.

Was die Specification angeht, so geben die Quellen dem schenkenden Ehegatten gegen den beschenkten Ehegatten eine *utilis actio* auf die aus der geschenkten Wolle gefertigten Kleidungsstücke (*l. 29 § 1 l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1*). Aber der beschenkte Ehegatte ist, wenn auch kein

10) Witte S. 329, Ihering Jahrb. f. Dogm. I S. 138 Note 24.

unredlicher Besitzer, da er mit Willen des Eigenthümers besitzt, jedenfalls ohne (rechtsbeständigen) Titel. Von der Stelle des *Gaius II. 79* ist soeben schon die Rede gewesen.

§ 7. Ueberschaut man das bisher mitgetheilte Quellenmaterial, so ergibt sich folgendes Resultat. In keiner der besprochenen Stellen wird principiell entschieden, dass ein Anspruch auf Herausgabe der gewonnenen Bereicherung auch gegen den mit Titel versehenen redlichen Besitzer begründet sei. Die Einzelentscheidungen der Quellen aber, welche einen Bereicherungsanspruch gewähren, haben — wenn man zunächst von dem Fall der Verbindung absieht — theilweise unzweifelhaft einen redlichen Besitzer ohne Titel im Auge (Nr. 1—4), theilweise wahrscheinlich einen solchen (Nr. 5. 6), theilweise nicht unzweifelhaft den redlichen Besitzer überhaupt (Nr. 7), theilweise ist es zweifelhaft, ob es wirklich die Bereicherungsklage ist, welche sie gewähren (Nr. 8). Nur für den Fall der Verbindung ist es unzweifelhaft, dass die Quellen dem Eigenthümer einen Anspruch gegen den durch die Verbindung bereicherten redlichen Besitzer schlechthin geben, ohne Unterscheidung zwischen redlichem Bewusstsein auf Grund eines Titels und redlichem Bewusstsein ohne einen Titel.

§ 8. Es ist jetzt umgekehrt zu fragen, ob vielleicht die Quellen einen Ausspruch enthalten, durch welchen der Bereicherungsanspruch gegen den redlichen Besitzer mit Titel versagt wird. Dass ein principieller Ausspruch dieses Inhalts in den Quellen ebenso wenig enthalten ist, wie ein principieller Ausspruch des entgegengesetzten Inhalts, ist unbestritten. Was aber ihre Einzelentscheidungen angeht, so sind hier folgende in Betracht zu ziehen.

(12) *L. 17 D. de solut. 46. 3.*

Es ist in dieser Stelle davon die Rede, dass Jemand, welchem ich Geld übergeben habe, damit er es meinem Gläubiger zahle, mit diesem Gelde seinen eigenen Gläubiger bezahlt. Es wird entschieden,

— *neutrum liberari, me, quia non meo nomine data sit, illum, quia alienam dederit. . . . Sed si creditor eos num-*

mos sine dolo malo consumpsisset, is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur, ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur.

Der Satz, dass eine Zahlung mit fremdem Gelde, mag sie erfolgt sein zum Zwecke der Aufhebung oder zum Zwecke der Begründung einer Forderung, dadurch zu einer rechtswirksamen Zahlung werde, dass der Empfänger das Geld in gutem Glauben verzehrt, wird in den Quellen auch sonst vorgetragen¹¹⁾. Man könnte nun zunächst geneigt sein, eine Bewahrheitung des von der Gegenseite aufgestellten Satzes schon in der blossen Thatsache zu sehen, dass hier dem Eigenthümer ein Anspruch gegen den, mit einem Titel versehenen, Empfänger des Geldes versagt wird. Aber es ist leicht zu zeigen, dass diess irrig sein würde. Denn der von der Gegenseite aufgestellte Satz lautet, dass der mit einem Titel versehene redliche Besitzer die durch Verzehrung u. s. w. gewonnene Bereicherung lucrare, während die hier vorliegende Entscheidung ihn um eben so viel, als sie ihn reicher macht, auch ärmer macht, indem sie ihn einer Forderung beraubt oder ihm eine Schuld auferlegt. Man darf daher nur fragen, woher es komme, dass die von ihm gewonnene Bereicherung dem Zahlenden zu Gute gerechnet wird, und nicht dem Eigenthümer, welcher in Folge davon seinerseits sich an den Zahlenden zu halten haben wird. Auf diese Frage bietet sich sofort die Antwort dar, dass dem Zahlenden desswegen die von dem Verzehrenden gewonnene Bereicherung zu Gute gerechnet wird, weil er es ist, der sie dem Verzehrenden verschafft hat; hätte er dem Verzehrenden das Geld nicht gegeben, so würde dieser es nicht haben verzehren können. Für den Fall, wo der Verzehrende das Geld unredlicher Weise verzehrt hat, tritt diese Betrachtung in den Hintergrund. In diesem Fall erscheint das Verzehren des Empfängers nicht sowohl als Consequenz und Vollendung des Gebens, denn vielmehr als selbständige Handlung, welche

11) *L. 11 § 2 l. 13 l. 19 § 1 i. f. D. de R. C. 12. 1, l. 24 § 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 2 D. de fidei. 46. 3.*

die Folgen erzeugt, die sie nach ihrer Natur als verbotene Handlung zu erzeugen im Stande ist.

Also in dieser Weise lässt sich die angeführte Entscheidung für die hier zu beantwortende Frage nicht verwerthen. Es ist auch meines Wissens nicht versucht worden. Aber Folgendes hat man geltend gemacht. Man hat verwiesen¹²⁾ auf den am Schluss der Stelle angegebenen Grund der Entscheidung

— *ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur.*

Man hat gesagt, hier sei ausdrücklich ausgesprochen, dass, wenn die gewonnene Bereicherung nicht dem Zahlenden angerechnet werde, der Empfänger des Geldes sie behalten, also dass er einem Anspruch des Eigenthümers des Geldes nicht unterliegen würde. Hiergegen ist Folgendes zu bemerken. Es soll nicht geleugnet werden, dass in den angeführten Worten der Gedanke zum Ausdruck gebracht wird, dass der Verzehrende einem Anspruch des Eigenthümers nicht unterliege — obgleich immer noch gefragt werden könnte, ob nicht auch das denkbar sei, dass der Verfasser der Stelle sich die Frage, ob nicht möglicherweise auch dem Eigenthümer des Geldes ein Anspruch zustehe, gar nicht vorgelegt habe. Allein, wie gesagt, hierauf soll nicht bestanden werden. Aber jedenfalls hat der Verfasser der Stelle keinen anderen Gedanken zum Ausdruck bringen wollen, als den, dass ein Anspruch des Eigenthümers nicht begründet sei, und zuviel ist es behauptet, dass er auch den ferneren Gedanken zum Ausdruck habe bringen wollen, dass ein Anspruch des Eigenthümers principiell nicht begründet sei. Eine solche Auslegung seiner Worte muss als willkürlich bezeichnet werden. Der Verfasser trägt den ihm bekannten und geläufigen Satz vor, dass eine Zahlung mit fremdem Gelde durch das redliche Verzehren des Geldes zu einer rechtswirksamen werde. Er will dem Leser auch das Warum des Satzes nicht vorenthalten: man kann die durch die Verzehrung gewonnene Bereicherung dem Empfänger doch

12) Hartmann S. 522.

nicht einfach lassen. Man würde es thun, meint er, wenn man die Zahlung nicht rechtswirksam werden liesse; denn der Eigenthümer hat nach feststehendem Recht einen Anspruch nicht. Diesem einfachen und natürlichen Gedankengang wird von der Gegenseite folgender andere substituirt: man muss die Zahlung rechtswirksam werden lassen, denn dem Eigenthümer des Geldes kann ein Anspruch nicht gegeben werden. Hiermit wird, wie gesagt, in die Worte Etwas hineingetragen, was sie nicht enthalten. Aber mehr. Auch wenn man diess hineintragen will, hat man immer noch keinen Beweis für den zu beweisenden Satz. Denn dieser Satz lautet ja nicht, dass dem Eigenthümer kein Anspruch gegen den redlichen Verzehrter seines Geldes zustehe, sondern, dass ihm kein Anspruch zustehe gegen den mit Titel versehenen redlichen Verzehrter. Nun ist allerdings der redliche Verzehrter der Stelle mit Titel versehen; aber dass es gerade hierauf ankomme, ist mit keiner Sylbe angedeutet. Ist es nun denkbar, dass der Verfasser der Stelle, wenn er das Bedürfniss fühlte, bei Gelegenheit der Entscheidung des von ihm besprochenen Falles jenen principiellen Satz zum Ausdruck zu bringen, das wesentlichste Moment desselben, ohne dessen Hinzufügung er auch nach der Meinung der Gegenseite irrig ist, ganz unerwähnt gelassen haben sollte?

Man wird daher darauf verzichten müssen, in *l. 17 D. de solut.* einen entscheidenden Beweis gegen die hier vertretene Auffassung zu finden.

Weiter ist in Betracht zu ziehen

§ 9.

(13) *L. 67 D. de I. D. 23. 3.*

In dieser Stelle wird der Fall behandelt, dass Jemand eine Slavin als vermeintliche Freie zur Ehe genommen hat, und dass ihm von der Slavin Geld als Dos gegeben worden ist. Es wird entschieden, dass dadurch keine Dos entstanden sei, und daher kein Anspruch auf Wiedergabe des als Dos Gegebenen, vielmehr könne der Eigenthümer des Geldes dasselbe vindiciren. Dann wird fortgeföhren:

— quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit mulierem liberam esse, propius est, ut existinem, eum lucrufecisse, utique si, antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia paravit, antequam ea dos fieret, ita ut nec possideat eam nec dolo fecerit, quo minus eam possideret.

Also wenn der Mann das mit dem empfangenen Geld Angeschaffte nicht als Dos zurückzugeben verpflichtet ist, behält er es (*lucrufecit*). Also wird dem Eigenthümer die *condictio* abgesprochen?

Man wird zugestehen müssen, dass dieser Schluss hier doch viel weniger nothwendig ist, als bei der zuvor betrachteten Stelle. Der Gesichtspunkt, welchen der Verfasser der hier betrachteten Stelle verfolgt, ist offenbar lediglich der Dotalg Gesichtspunkt: muss der Mann das mit dem empfangenen Geld Angeschaffte nach Dotalrecht herausgeben oder nicht? Antwort: er muss es herausgeben, wenn das Geld Dotalgeld geworden war, sonst nicht. Das *lucrufecit* hat zunächst keinen anderen Sinn, als den, dass das Geld zur Zeit seiner Verwendung noch nicht Dotalgeld geworden war („*antequam ea dos fieret*“). Allerdings ist es nun wahr, dass das *lucrufecit* nicht vollständig richtig ist, wenn der Empfänger einem Anspruch des Eigenthümers unterliegt; aber es ist die Annahme nicht gar zu fernliegend, dass der Verfasser der Stelle im Eifer der Verfolgung des Dotalg Gesichtspunktes die Frage, ob nicht ausser dem Dotalanspruch noch ein anderer Anspruch zu berücksichtigen sei, übersehen habe. Der Unterschied der hier betrachteten Stelle gegen die zuvor betrachtete ist der, dass in dieser letzteren die entscheidenden Worte nicht anders verstanden werden können, als dahin: der Eigenthümer hat keinen Anspruch, während es hier möglich bleibt, dass an den Anspruch des Eigenthümers gar nicht gedacht worden ist. Dieser Möglichkeit wird zwar an Wahrscheinlichkeit dadurch etwas genommen, dass kurz vorher von der *rei vindicatio* des Eigenthümers

die Rede gewesen ist; aber ausgeschlossen ist sie auch hierdurch nicht¹³⁾.

Wie es sich aber auch hiermit verhalten mag, die Hauptsache ist, dass die Stelle von einem Besitzer mit wirklichem Titel gar nicht spricht. Wenigstens wenn man unter einem wirklichen Titel einen rechtsbeständigen Titel versteht, einen Thatbestand, welcher bloss deswegen dem Empfänger kein Eigenthum verleiht, weil derjenige, von welchem das Eigenthum abgeleitet wird, seinerseits nicht Eigenthümer ist. Der Thatbestand, welcher hier vorliegt, hat ausser dem Fehlen des Eigenthums beim Tradenten noch zwei andere Mängel: dass der Tradent aller Handlungs- und Rechtsfähigkeit baar ist, und dass etwas als Dos gegeben worden ist, ohne dass eine Ehe besteht. Es ist zwar hiergegen eingewendet worden, dass der vorliegende Thatbestand doch jedenfalls als Grundlage der Ersitzung anerkannt werde¹⁴⁾. Aber die Möglichkeit der Ersitzung wird bekanntlich nicht einmal dadurch ausgeschlossen, dass der Vorgang, auf welchen der Erwerb des Eigenthums gestützt wird, aller tatsächlichen Wirklichkeit entbehrt, und in der Stelle wird ausdrücklich gesagt, dass der Mann „*pro suo*“ ersessen habe, also nicht „*pro dote*“. Wenn also die *l. 67 de l. D.* überhaupt etwas beweist, so beweist sie nur, dass der Bereicherungsanspruch auf denjenigen redlichen Besitzer beschränkt ist, der einfach ohne allen Titel ist, nicht aber denjenigen frei lässt, der ohne rechtsbeständigen Titel ist, und hiermit möchten sich die Vertheidiger der hier bekämpften Ansicht kaum zufrieden geben. Uebrigens wird auf diesen Punkt unten (§ 17 a. E.) noch einmal zurückgekommen werden.

13) Zu leicht geht über die Stelle hinweg Göppert Organische Erzeugnisse S. 358 Note 35, indem er bemerkt, dass der Verfasser der Stelle die Frage, ob nicht dem Eigenthümer des Geldes nach Wegfall der Vindication ein anderes Rechtsmittel zustehe, „gar nicht berührt“. Es handelt sich um den Nachweis, dass er sie trotz des *lucrafecit* nicht berührt.

14) Göppert a. a. O.

§ 10. Bloss damit nicht das unangenehme Gefühl eines leeren Raumes entstehe, soll jetzt noch kurz die Frage beantwortet werden, ob sich nicht aus dem, was über das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten der besessenen Sache in den Quellen bestimmt ist, etwas für die Entscheidung unserer Frage gewinnen lässt. Sofort zeigt sich, dass diess nicht der Fall ist.

Der redliche Besitzer braucht keinen Ersatz für die verzehrten Früchte zu geben¹⁵⁾, wenn er einen Titel für sich hat; das stimmt zu der hier bekämpften Ansicht. Aber auch dann braucht er keinen Ersatz zu geben, wenn er keinen Titel für sich hat, jedenfalls dann nicht, wenn sein guter Glaube aus den Umständen gerechtfertigt ist; das stimmt nicht zu jener Ansicht. Weder das Eine noch das Andere stimmt zu der hier vertheidigten Ansicht. Das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten ist eben ein besonderes gerade für den Fruchtfall aufgestelltes Recht. Es beruht ohne Zweifel auf der Auffassung, dass durch das Verzehren von Früchten eine Bereicherung des Verzehrenden nicht hervorgebracht werde. Verzehren an und für sich schafft nie eine Vermehrung des Vermögens, sondern nur eine Vermehrung des Wohlbefindens des Verzehrenden; Verzehren schafft nur insofern eine Vermehrung des Vermögens, als dadurch das Verzehren von im Vermögen befindlichen Sachen erspart wird und diese dadurch dem Vermögen erhalten werden. Nun ist aber offenbar die Meinung des römischen Rechts die, dass die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Verbrauch ist, und dass, wer mehr an Früchten zieht, auch mehr verbrauchen wird.

§ 11. Man liest häufig in unserer Literatur die Aeusserung, dass bei unbefangener Betrachtung die Quellen dieses oder jenes Resultat ergeben. Diese Aeusserung beweist nichts, als dass derjenige, welcher sie macht, bestrebt gewesen ist,

15) Auf die Frage, ob er an den Früchten durch ihre Separation Eigenthum erwirbt, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

unbefangen zu sein, nicht aber, dass er wirklich unbefangen gewesen ist. Ein Anderer, welcher sich dasselbe Streben nach Unbefangenheit zuschreiben darf, liest vielleicht aus den Quellen das gerade entgegengesetzte Resultat heraus. Ich will daher jene Aeusserung hier nicht wiederholen, sondern mich begnügen, als meine Ueberzeugung auszusprechen, dass sich aus den Quellen ein unmittelbarer und directer Beweis für eine der kämpfenden Ansichten nicht ergibt. Wer das Gegentheil behauptet, wird auf allgemeine Zustimmung nicht rechnen dürfen.

Sondern die Entscheidung wird lediglich durch Schlüsse aus dem, was in den Quellen unzweifelhaft enthalten ist, gewonnen werden können. Dieses Unzweifelhafte ist: 1) dass ein Anspruch auf die gewonnene Bereicherung gegen den redlichen Besitzer ohne Titel gegeben wird; 2) dass ein Anspruch auf die durch Verbindung gewonnene Bereicherung gegen den redlichen Besitzer überhaupt gegeben wird, ohne Unterscheidung zwischen dem redlichen Besitzer mit und ohne Titel. Die Frage, aus deren Beantwortung allein die Entscheidung des uns beschäftigenden Streites hergenommen werden kann, ist also die: sind die angeführten Entscheidungen auf den Fall, für welchen sie getroffen sind, zu beschränken, oder muss in ihnen der Ausdruck eines Principis erkannt werden?

Die Bejahung dieser Frage ist, was zunächst den Fall § 12. der Verbindung angeht, nicht unzweifelhaft. Nicht unscheinbar kann der Bejahung folgende Betrachtung entgegengesetzt werden. Wenn auch die verbundene Sache in der Hauptsache, mit welcher sie verbunden worden ist, aufgegangen ist und in dieser Sache ihre Existenz als besondere für sich bestehende Sache verloren hat, so ist es doch andererseits ebenso wahr, dass die körperliche Substanz, welche vor der Verbindung eine besondere Sache ausmachte, noch vorhanden und noch in den Händen des Eigenthümers der Hauptsache ist. Insofern erscheint dieser für die natürliche Betrachtung noch als Besitzer der verbundenen Sache, und wenn auch das Recht diese Auffassung nicht als genau anerkennen kann

und desswegen einen Anspruch auf Herausgabe der verbundenen Sache gegen den Eigenthümer der Hauptsache nicht gewähren kann, so ist es doch begreiflich, wenn das Recht dieser natürlichen Auffassung wenigstens insofern Rechnung trägt, dass es dem Eigenthümer der Hauptsache die Verpflichtung auferlegt, mit Geld abzulösen, was von der verbundenen Sache noch in seinen Händen ist. Nach dieser Auffassung ist also das Entscheidende für die Leistungspflicht des Eigenthümers der Hauptsache, dass er dasjenige, worum er aus fremdem Vermögen reicher geworden ist, noch *in natura* in Händen hat, und es ist erklärlich, dass das Recht wegen dieses Grundes darauf keine Rücksicht nimmt, in welcher Weise, ob mit oder ohne Titel, es in seine Hände gelangt ist.

Auf das Recht der Verbindung kann daher der hier vertretene Satz mit Aussicht auf allgemeine Zustimmung nicht gegründet werden.

§ 13. Dagegen bin ich der Ansicht, dass kein Grund vorhanden ist, die Entscheidungen, welche in den Quellen für den redlichen Besitzer ohne Titel enthalten sind, auf den redlichen Besitzer ohne Titel zu beschränken, und dass in ihnen allerdings der Ausdruck einer allgemeinen Wahrheit für den redlichen Besitzer überhaupt gefunden werden muss.

Es sind, soviel ich sehe, drei Gründe, welche man gegen diese Erstreckung und für die Beschränkung geltend gemacht hat. Der erste Grund ist, dass das für den gutgläubigen Besitzer ohne Titel Bestimmte Ausnahmsrecht sei. Der zweite Grund ist, dass die Bereicherung des mit Titel versehenen gutgläubigen Besitzers keine ungerechtfertigte sei. Der dritte Grund endlich kommt darauf hinaus, dass der mit Titel versehene gutgläubige Besitzer gar nicht bereichert sei.

Diese drei Gründe sollen im Folgenden der Prüfung unterzogen werden.

§ 14. Der erste Grund enthält ausser der Behauptung, dass das für den redlichen Besitzer ohne Titel Bestimmte Aus-

nahmsrecht sei, die fernere Behauptung, dass Ausnahmsrecht nicht analogisch ausgedehnt werden dürfe. Ich kann keine dieser Behauptungen als richtig anerkennen.

Was zunächst die letzte Behauptung angeht, so ist es bekannt, dass sie gestützt wird auf *l. 14 D. de leg. 1. 3.* „*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*¹⁶⁾“. Aber Jedermann weiss, dass man bei der Verwerthung solcher allgemeiner und aus dem Zusammenhang gerissener Aussprüche unserer Quellen nicht vorsichtig genug sein kann, und bereits in meinem Lehrbuch § 29 Note 3 habe ich bemerkt, dass die Stelle sehr wohl dahin verstanden werden kann, dass das Ausnahmsrecht nicht gegen seinen eigentlichen Sinn ausgedehnt werden dürfe, und habe dabei hingewiesen auf *l. 23 § 3 D. de fideic. lib. 40. 5.* „*Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit.*“ Man wird zugestehen, dass, was in der *l. 14 de leg.* gesagt ist, ganz gut am Schluss dieser Stelle hätte stehen können, und dass, wenn es daselbst gestanden hätte, für die Compileren nicht das mindeste Hinderniss vorhanden gewesen sein würde, es aus diesem Zusammenhange zu entheben und daraus einen selbständigen Ausspruch zu machen. Was aber sodann die innere Begründung der Behauptung angeht, dass *ius singulare* nicht analogisch ausgedehnt werden dürfe, so möchte diese Begründung wohl nicht ganz leicht zu beschaffen sein. Denn analogische Ausdehnung eines Rechtssatzes ist nichts Anderes, als Herauskehrung seines eigentlichen Sinnes, welcher in dem vom Urheber gedachten und zum Ausdruck gebrachten Gedanken nur unvollkommen zur Darstellung gekommen ist, und warum diese Hervorkehrung, wenn sie Rechtssätzen gegenüber überhaupt erlaubt ist, nicht erlaubt sein sollte

16) Wiederholt in *l. 141 pr. D. de R. I. 50. 17.* S. auch *l. 15 D. de leg.* „*In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.*“ Ferner *l. 162 D. de R. I.*

gegenüber solchen Rechtssätzen, welche sich mit der Rechtsconsequenz in Widerspruch setzen, leuchtet nicht ein. Im Grunde ist ja alles neue Recht Ausnahmsrecht, „*contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum*“¹⁷⁾; es tritt entgegen dem bestehenden Recht oder dem, was sich aus dem bestehenden Recht als Consequenz ergibt, und das ist eben der *tenor rationis*. Nur das wird sowohl zugestanden als andererseits betont werden müssen, dass je bestimmter und ausdrücklicher die Rechtsvorschrift ist, mit welcher sich ein neuer Rechtssatz in Widerspruch setzt, um so eher angenommen werden muss, dass der Urheber des Rechtssatzes sich genau zum Bewusstsein gebracht habe, wie weit er in der Abweichung von demselben gehen will. Obgleich doch auch in dieser Beziehung ein Unterschied zu machen ist zwischen eigentlichen Gesetzen, die als solche erlassen werden, und Entscheidungen für den einzelnen Fall, denen durch eine andere Autorität allgemeine Wahrheit beigelegt wird, von welcher Art die hier in Betracht kommenden Entscheidungen sind. Wenn die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Gesetzgeber das, was er sagt, nach allen Seiten genau überlegt haben wird, so ist es bei der Relation des Thatbestandes eines einzelnen zu entscheidenden Falles weit eher möglich, dass in die Relation sich ein Moment einschleicht, welches für die Entscheidung nicht massgebend ist. Aber auch was eigentliche Gesetze angeht, hat die Jurisprudenz sich zu keiner Zeit das Recht analogischer Ausdehnung auch bei Ausnahmebestimmungen verkümmern lassen, und nicht bloss die römische Jurisprudenz, welcher das *ius respondendi* zur Seite stand, sondern auch die moderne; ich erinnere z. B. an die, wenn auch nicht widerspruchlos, so doch sehr allgemein anerkannte Auslegung der *Nov. 4 c. 1*, durch welche die im Gesetz für den Fall der Abwesenheit des Hauptschuldners gemachte Ausnahme auf den Fall des Concurses desselben erstreckt wird.

Wenn das hier Gesagte allerdings nicht der herrschenden

17) So wird das *ius singulare* definiert in *l. 16 D. de legib. 1. 3.*

Ansicht entspricht, so steht es doch auch nicht ohne alle Unterstützung in der Literatur da. Dafür haben sich ausgesprochen Keller¹⁸⁾, Römer¹⁹⁾, Zrodowski²⁰⁾.

Müsste aber auch der Satz, dass *ius singulare* nicht § 15.
analogisch ausgedehnt werden dürfe, als richtig anerkannt werden, so würde er doch im vorliegenden Fall keine Anwendung finden, weil die in den Quellen für den redlichen Besitzer ohne Titel enthaltene Bestimmung kein *ius singulare* ist. Ich weiss nicht, ob nicht die entgegengesetzte Behauptung entstanden ist oder doch mit entstanden ist unter dem Eindrucke des Rückschlages, welcher von der falschen Behauptung ausgegangen ist, dass Jeder verpflichtet sei zur Herausgabe dessen, worum er sich mit dem Schaden eines Andern bereichert habe. Es ist jetzt allgemein anerkannt, dass dieser Satz viel zu allgemein ist, um irgendwie brauchbar zu sein. Aber daraus folgt nicht, dass, wo die Quellen in einem gegebenen Fall wirklich die Verpflichtung zur Herausgabe einer mit dem Schaden eines Andern gewonnenen Bereicherung auferlegen, diess rein principlos geschieht, lediglich „der Billigkeit zu Liebe²¹⁾“, „ohne technische Rechtfertigung²²⁾“. Das Princip, welches den Entscheidungen der Quellen zu Grunde liegt, ist ein sehr scharf umrissenes: herausgegeben werden muss diejenige Bereicherung, welche aus dem Vermögen eines Anderen ohne rechtfertigenden Grund gewonnen worden ist. Keine einsichtige Gesetzgebung wird dieses Princip entbehren wollen; es gewährt in zahlreichen Fällen dem Richter die Möglichkeit, die Anforderungen des Rechtsgefühls mit den Mitteln des Rechts selbst zu befriedigen. Dieses Princip enthält auch keine Gefährdung für den Rechtsverkehr²³⁾; es ist gefährlich nur in der Hand der ungeschickten und leichtfertigen Richter,

18) Pandekten § 7.

19) Zeitschr. für Handelsr. XIX S. 94.

20) Das römische Privatrecht I S. 105 fg. (1877).

21) Ihering S. 81, Witte S. 326 fg., Wächter S. 99 ob.

22) Ihering S. 81.

23) Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 236 Note 18.

aber für Richter dieser Art werden die Gesetze nicht geschrieben. Die nähere Ausführung dieses Principis aber hat es zu thun vor Allem mit der Beantwortung der Frage: wann ist die aus dem Vermögen eines Andern gewonnene Bereicherung ungerechtfertigt? Und in dieser Beziehung nun ist zu unterscheiden, zwischen dem Fall, wo die Bereicherung erfolgt ist mit dem Willen des Aermengewordenen, und dem Fall, wo sie ohne diesen Willen erfolgt ist. In dem ersten Fall ist die Bereicherung eine gerechtfertigte, wenn sich nicht besondere Gründe ergeben, warum sie ungerechtfertigt ist, z. B. der Wille wird vom Rechte nicht anerkannt, oder er hat sich selbst mit einer Beschränkung versehen, oder er ist in zulässiger Weise zurückgenommen worden. Im zweiten Fall ist die Bereicherung eine ungerechtfertigte, wenn sich nicht besondere Gründe ergeben, welche sie zu einer gerechtfertigten machen. Unter diesen zweiten Fall gehört der uns beschäftigende Fall. In demselben ist die Bereicherung erfolgt durch die That des Bereicherten. Wer die Entscheidung, welche die Quellen für diesen Fall geben, als eine singuläre in Anspruch nimmt, muss behaupten, dass diese Entscheidung gerade darin seinen Grund habe, dass die Bereicherung durch die That des Bereicherten erfolgt ist. Dass diess aber nicht der Fall ist, vielmehr die Bereicherung durch die That des Bereicherten für die Auffassung der Quellen nur eine einzelne Erscheinungsform der ohne den Willen des Aermengewordenen erfolgten Bereicherung ohne Grund ist, zeigen folgende Quellenentscheidungen.

1) Die Bereicherung ist erfolgt durch Naturgewalt.

L. 4 § 2 D. de R. C. 12. 1.

Ea quae vi fluminum importata sunt condici possunt.

Dass diese Stelle von einer *condictio possessionis* spricht, schwächt ihre Beweiskraft nicht ab.

2) Die Bereicherung ist erfolgt durch einen Dritten.

a) Ein für die Römer ausserordentlich wichtiger hierher gehöriger Fall ist der, wo ein Slave seinem Erwerb eine Richtung auf einen Andern als denjenigen gegeben hat, aus dessen Vermögen der Entgelt für den Erwerb genommen ist.

So z. B. ein Slave, welcher im Eigenthum des Einen, im Niessbrauch oder redlichen Besitz des Andern steht, kauft mit dem Gelde des Niessbrauchers oder redlichen Besitzers, stellt aber die Stipulation auf den Kopf des Eigenthümers. Die Entscheidung findet sich in *l. 39 D. de stip. serv. 45. 3*:

— *et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino*²⁴⁾.

b) Ferner gehört hierher die in der oben besprochenen *l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20. 5* dem Käufer der Pfandsache gegen den Pfandschuldner gegebene *utilis actio*. Nach der Eviction ist der Käufer ärmer geworden, da er gegen den verkaufenden Pfandgläubiger keinen Anspruch hat. Sein Geld ist aber dem Pfandschuldner zu Gute gekommen, und zwar durch die That des Pfandgläubigers, der durch den Verkauf des Pfandes dem Pfandschuldner Befreiung verschafft hat²⁵⁾. Gleich gelagert ist der Fall der *l. 74 § 1 D. de evict. 21. 2*. Hier handelt es sich von dem Verkauf einer beim Schuldner gepfändeten fremden Sache. Nach der Eviction hat der Käufer keinen Anspruch gegen den Gläubiger, an den das Kaufgeld gelangt ist, wohl aber Anspruch gegen den hierdurch befreiten Schuldner²⁶⁾.

3) Die Bereicherung ist durch die That des Aermergewordenen erfolgt, aber ohne dass er sie gewollt hat. Diess ist z. B. der Fall, wenn er eine fremde Schuld bezahlt hat, glaubend, dass es seine eigene sei.

L. 49 D. de neq. gest. 3. 5.

— *sicut . . . in me tibi daretur (sc. negotiorum gestorum*

24) Ob auch *l. 19 D. de don. i. v. e. u. 24. 1* hierher gehört, bleibt zweifelhaft, da die hier erwähnte Condictio möglicherweise auch die *condictio indebiti* sein kann.

25) Wie die *utilis actio* des Käufers näher zu denken, und ob sie an irgend eine andere feststehende *actio* anzuknüpfen sei, bleibt dunkel. Dernburg Pfandr. II S. 196 hält sie für eine *utilis negotiorum gestorum actio*.

26) Die dem Käufer gegebene Klage wird in diesem Falle als Klage „*ex empto*“ bezeichnet.

actio), si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer.

S. ferner *l. 14 § 11 l. 32 D. de relig. 11. 7, l. 30 § 1 D. de H. P. 5. 3*: der vermeintliche Erbe beerdigt den Erblasser oder errichtet demselben zum Zweck der Erfüllung der auf die Erbeseinsetzung gesetzten Bedingung ein Monument.

Es scheint mir nicht leicht zu sein, diesen zahlreichen Quellenentscheidungen gegenüber die Behauptung festzuhalten, dass diejenigen Entscheidungen, welche dem nicht mit einem Titel versehenen redlichen Besitzer die Verpflichtung zur Herausgabe der durch seine That gewonnenen Bereicherung auferlegen, eine Singularität enthalten. Diese Behauptung würde die fernere Behauptung in sich schliessen, dass auch jene anderen Entscheidungen Singularitäten seien, und es würde sich die seltsame Erscheinung darbieten einer Reihe von Singularitäten, welche alle den gleichen Inhalt haben, und doch eben nur Singularitäten wären, nicht der Ausdruck eines juristischen Gedankens, sondern das Erzeugniss eines unjuristischen Billigkeitsgefühls.

Ich will aber nicht verschweigen, dass die Quellen einen Satz enthalten, welcher mit den angeführten Entscheidungen nicht im Einklange steht, und will der Frage nicht aus dem Wege gehen, ob wir nicht wenigstens durch diesen Satz gehindert werden, in jenen angeführten Entscheidungen den Ausdruck eines Princips zu sehen. Es ist diess der bekannte Satz²⁷⁾, dass der redliche Besitzer einer Sache sich Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen nicht durch Klage, sondern nur auf dem Wege der Retention verschaffen kann. Aber es gibt eine Reihe von Gründen, welche es verbieten, in diesem Satz, und nicht in den angeführten Entscheidungen, den Ausdruck des Princips zu sehen. Erstens ist dieser Satz ein vereinzelter, jene anderen Entscheidungen sind zahlreich. Zweitens gibt auch dieser Satz einen An-

27) *L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de exc. doli 44. 4; l. 14 § 1 l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3.*

spruch auf Herausgabe der Bereicherung, nur keinen durch Klage zu verfolgenden. Für die Versagung der Klage aber bietet sich eine Erklärung in der Betrachtung, dass, wenn der Besitzer die Sache dem Eigenthümer freiwillig herausgibt, ohne sich für seine Verwendungen bezahlt zu machen, er auf den Ersatz derselben verzichtet²⁸⁾, wenn er ohne seinen Willen den Besitz verloren hat, regelmässig die Möglichkeit hat den Besitz zurückzuerlangen. Endlich aber lässt sich fragen, ob nicht dieser Satz ein Ueberbleibsel sei aus einer älteren Zeit, wo das Princip noch nicht zur vollen Anerkennung gelangt war, wie denn Zimmermann²⁹⁾ geradezu die Behauptung aufgestellt hat, dass das Gegentheil des Satzes in *l. 23 § 5 D. de R. V. 6. 1.* ausgesprochen werde.

Das Resultat ist also, dass die Entscheidungen der Quellen über die Herausgabepflicht des redlichen Besitzers ohne Titel als Singularitäten nicht angesehen werden dürfen, und dass daher ihrer Erstreckung auf den redlichen Besitzer mit Titel selbst dann nichts entgegenstehen würde, wenn der Satz wahr wäre, dass *ius singulare* nicht analogisch ausgedehnt werden dürfe.

Aber, behauptet man ferner, die Bereicherung des mit § 16. Titel versehenen redlichen Besitzers ist keine ungerechtfertigte, sie hat ihre Rechtfertigung eben in seinem Titel³⁰⁾. Auch diese Behauptung dürfte eine nähere Prüfung nicht aushalten.

Denn was ist es, was man Titel des redlichen Besitzers nennt? Es ist ein Thatbestand, welcher Eigenthum gegeben haben würde, wenn er nicht irgend einen Mangel gehabt hätte — etwas zu viel oder etwas zu wenig —, welcher aber eben dieses Mangels wegen Eigenthum nicht

28) Bei freiwilliger Herausgabe in Unkenntniss der Verwendung hat er *condictio indebiti*. *L. 40 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58—60 de leg. I^o 30, l. 5 § 2 D. de imp. 25. 1; l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 § 10 D. si cui plus 35. 3.*

29) S. 90 fg.

30) Ihering S. 82, Zimmermann S. 46. 47. S. auch Witte S. 327 unt.

gegeben hat. Dass aber dieser mangelhafte Thatbestand, obgleich er die Kraft nicht hat, Eigenthum zu verleihen, doch die, an und für sich nicht zustehende, Befugniss verleihen sollte, sich aus der Sache mit dem Schaden des Eigenthümers zu bereichern, dass die Rechtsordnung an ihn, wenn gleich nicht den Uebergang des Eigenthums, doch die Rechtfertigung der aus der Sache gezogenen Bereicherung anknüpfen sollte, ist eine durch nichts erwiesene Behauptung.

Es scheint fast, als wenn die Schriftsteller, welche diese Behauptung aufstellen, von folgender Betrachtung ausgingen. Es ist doch immer ein grosser Unterschied, ob Jemand sich einbildet, auf Grund einer Thatsache erworben zu haben, welche gar nicht vorgekommen ist, oder ob die Thatsache, auf Grund deren er Eigenthümer geworden zu sein glaubt, wirklich vorgekommen ist und nur irgend einen ihm verborgenen Mangel hat. Ist dieses wirklich die Meinung jener Schriftsteller, so darf ich zunächst darauf aufmerksam machen, dass dadurch der von ihnen vertheidigte Satz eine ganz andere Tragweite erhält, als man ihm auf den ersten Blick beizulegen geneigt sein möchte. Denn sie rechnen dann zu den wirklichen, von der Pflicht zum Ersatz befreienden Titeln nicht bloss diejenigen Thatbestände, welche bloss desswegen Eigenthum nicht verleihen, weil der das Eigenthum Uebertragende selbst nicht Eigenthümer ist, sondern auch diejenigen Thatbestände, denen an den Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit etwas fehlt, z. B. der das Eigenthum Uebertragende ist handlungsunfähig, oder Ehegatte des beschenkten Empfängers. Ob diess quellenmässig ist, soll hier nicht untersucht werden. Es ist auch gleichgültig; natürlich haben jene Schriftsteller die vollkommenste Freiheit, die Grenzen des von ihnen behaupteten Satzes so oder so zu ziehen, und es würde zur Sache nichts frommen, wenn man über die Ausdrücke mit ihnen rechten wollte. Wenn aber die Grenzen in dieser Weise gezogen werden, so wiederhole ich die oben aufgeworfene Frage, und diese Frage muss jetzt nur um so lauter erhoben werden: woher soll ein Vorgang,

der nicht einmal rechtsbeständig ist, die Kraft entnehmen, eine Bereicherung zu einer gerechtfertigten zu machen, welche ohne jenen Vorgang eine ungerechtfertigte sein würde?

Die einzige Antwort, welche auf diese Frage möglicherweise gegeben werden könnte, ist, so viel ich sehe, die, dass gesagt würde: wer sich einbilde, eine nicht wirkliche Thatsache sei wirklich, befinde sich in einem unentschuldbaren Irrthum, während es ein entschuldbarer Irrthum sei, wenn man den Tradenten für den Eigenthümer halte, oder wenn man einen rechtlichen Mangel des Thatbestandes, auf welchen man sein Nehmen stützt, nicht kenne. Wollte Jemand aber diese Antwort wirklich geben, so würde er sich die Entgegnung gefallen lassen müssen, dass ein Irrthum der ersten Art unter Umständen ebenso entschuldbar sein kann, wie ein Irrthum der zweiten Art unentschuldbar. Es ist diess eine so offenbare Wahrheit, dass jede nähere Ausführung sich verbietet, und nur auf die Jedermann bekannte Thatsache soll kurz hingewiesen werden, dass auch auf Grund eines Irrthums der ersten Art ersessen werden kann. Man würde also durch die bezeichnete Antwort, wenn sie wirklich gegeben werden wollte, weiter gedrängt werden, und man müsste den Bereicherungsanspruch versagen nicht gegen den redlichen Besitzer mit Titel, sondern gegen den redlichen Besitzer mit entschuldbarem Irrthum. Aber auch damit würde man keine haltbare Position gewonnen haben. Denn nun müsste wieder gefragt werden: warum soll die Entschuldbarkeit des Irrthums das Recht geben, sich aus fremdem Vermögen zu bereichern, und auch dieses Warum würde nicht nachzuweisen sein. Es ist gewiss ein Postulat der Gerechtigkeit, dass derjenige, welcher fremdes Vermögen in dem Glauben, es sei sein eigenes, vernichtet hat, dafür nicht verantwortlich gemacht werde: aber es ist ebenso gewiss kein Postulat der Gerechtigkeit, dass derjenige, welcher fremdes Vermögen in dem Glauben, es sei sein eigenes, in eigenes verwandelt hat, das Gewonnene behalte.

Da also in keiner Weise ein Grund erfindlich ist, warum

der nicht rechtsbeständige Titel anders behandelt werden sollte, als der Nichttitel, so lässt sich in Beziehung auf die oben (§ 9) behandelte *l. 67 D. de I. D.*, für den Fall, dass man in dieser Stelle wirklich den Ausschluss der *condictio sine causa* ausgesprochen zu finden sollte glauben müssen, die Annahme nicht zurückweisen, dass die Stelle den Ausdruck einer älteren Lehrmeinung enthält, welche durch eine freiere Entwicklung später überholt worden ist. Auch ist schon bemerkt worden (§ 6 a. E.), dass gerade für den Fall des nicht rechtsbeständigen Titels die gegentheilige Entscheidung in *l. 29 § 1 l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1* gegeben wird.

§ 17. Es bleibt nun noch der dritte Grund übrig, welchen man für den von der Gegenseite behaupteten Satz aufgestellt hat, und welcher dahin geht, dass das von dem redlichen Besitzer mit Titel aus fremdem Vermögen Gezogene gar keine wirkliche Bereicherung sei. Dieser Grund aber zerbricht bei näherer Betrachtung sogleich in der Hand, so dass man sich darüber wundern muss, wie er überhaupt hat geltend gemacht werden können³¹⁾. Was man nämlich meint, ist Folgendes. Der redliche Besitzer, welcher die Sache auf Grund eines Titels erlangt hat, hat seinerseits für die Sache eine Aufopferung gemacht, und die aus der Sache gewonnene Bereicherung ist nur Ersatz für diese Aufopferung. Nun aber ist es doch klar: 1) dass der Titel, durch welchen der redliche Besitzer die Sache erlangt hat, nicht nothwendigerweise mit einer Aufopferung verbunden gewesen sein muss, 2) dass, wenn er mit einer Aufopferung verbunden gewesen ist, diese Aufopferung und die aus der Sache gewonnene Bereicherung sich nicht nothwendigerweise in ihren Beträgen decken müssen. Ist also der Satz, von dem man ausgeht, dass der redliche Besitzer durch den aus der Sache gewonnenen Gewinn nur insoweit wirklich bereichert sei, als derselbe die für die Sache gemachte Aufopferung übersteige, richtig, so ist damit jedenfalls für die Unter-

31) S. aber noch neuestens Zimmermann S. 15.

scheidung zwischen dem redlichen Besitzer mit und ohne Titel nichts gewonnen. Ob er aber richtig sei, ist eben deswegen eine Frage, deren Beantwortung für die hier behandelte Frage gar kein Interesse hat. Ihre Beantwortung wird den Gegenstand des zweiten Theils dieses Programms bilden.

II.

Die in § 17 zu besonderer Behandlung verwiesene Frage § 18. lautet:

Geht der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der aus seiner Sache durch einen redlichen Besitzer gewonnenen Bereicherung auf das von dem redlichen Besitzer aus der Sache Erlangte schlechthin, oder kann der redliche Besitzer in Abzug bringen, was er seinerseits für Erlangung der Sache aufgeopfert hat?

In concreter Anwendung auf einen hierher gehörigen Hauptfall nimmt die Frage folgenden Ausdruck an: wenn der redliche Käufer einer Sache dieselbe wieder verkauft, muss er (nach Ausschluss der *rei vindicatio* des Eigenthümers) den erhaltenen Kaufpreis schlechthin herausgeben, oder nur den Ueberschuss dieses Kaufpreises über den von ihm seinerseits gezahlten Kaufpreis? Es wird erlaubt sein, die folgende Ausführung auf diesen concreten Fall zu richten. Sie wird dadurch durchsichtiger, und die nöthige Verallgemeinerung ist leicht.

Die Schriftsteller, welche sich für die Bejahung der aufgeworfenen Frage ausgesprochen haben, sind in der Note³²⁾ genannt. Meiner Ansicht nach muss sie verneint werden³³⁾.

Für die Bejahung wird angeführt, dass bei der Ent-

32) Savigny System V S. 523. Sintenis prakt. Civilrecht § 109 Note 118. Fitting Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 348. Zimmermann a. a. O. S. 45 fg. S. auch Chambon *Negotiorum Gestio* S. 38 fg.

33) Uebereinstimmend Göppert Organische Erzeugnisse S. 357 Note 31. Vgl. auch das Urtheil des OAG. zu Lübeck vom 17. April 1860 bei Senff. Arch. XIV. 238.

scheidung darüber, ob eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliege „nicht ein einzelner Act oder ein einzelner sonstiger rechtlicher Vorgang herausgegriffen und die dadurch bewirkte Veränderung der rechtlichen Lage in's Auge gefasst werden dürfe“; es sei vielmehr „die Totalität der vorliegenden Umstände in Betracht zu ziehen und danach zu bemessen, ob Jemand ganz *sine causa* bereichert sei“³⁴). Ich acceptire diesen Standpunkt, komme aber von demselben aus zu dem entgegengesetzten Resultat.

Welches ist die rechtliche Lage des redlichen Besitzers vor dem Verkaufe? Er muss gewärtig sein, dass ihm die Sache abvindicirt werde; dann hat er nichts als einen Regressanspruch gegen seinen Verkäufer. Diese Lage verwandelt sich durch den Verkauf in Eigenthumsrecht an dem als Kaufpreis gezahlten Gelde. Das ist eine Verbesserung seiner Lage, und in dieser Verbesserung besteht seine Bereicherung, welche er herausgeben muss. Er giebt sie heraus, indem er den Kaufpreis herausgiebt, und dadurch einen Regressanspruch gegen seinen Verkäufer erlangt, also genau in die Lage kommt, in welcher er vor dem Kaufe gewesen sein würde, wenn die ihm drohende Vindication sich verwirklicht hätte.

Auffallender Weise ist es nun aber nicht unbestritten, dass der Käufer durch die Nöthigung, den Kaufpreis herauszugeben, einen Regressanspruch gegen seinen Verkäufer erlangt, und kein Geringerer als Ihering ist es, welcher die Bestreitung erhoben hat. Ihering, welcher in einem neueren Aufsatz gelegentlich auf unsere Frage zurückgekommen ist³⁵), wendet an diesem Orte gegen die von mir vertretene Ansicht ein, dass dieselbe „eine völlige Schutzlosigkeit des *b. f. possessor* zur Folge haben würde“, und wirft mir vor, ich hätte nicht bedacht, „dass der Besitzer ja gar keinen Regress gegen seinen Autor haben würde, da derselbe die Eviction der Sache zu seiner Voraussetzung hat, nirgends aber jene *con-*

34) Zimmermann S. 46.

35) Jahrb. f. Dogmatik etc. XII S. 316.

dictio . . . als genügende Voraussetzung der Evictionsklage, beziehungsweise als Rechtfertigungsgrund der *litis denunciatio* genannt wird“. Ich glaube nicht, dass es schwer ist, zu zeigen, dass nicht ich es bin, der hier etwas nicht bedacht hat.

Denn der Käufer hat ja gegen den Verkäufer einen Anspruch nicht bloss im Fall der Eviction, d. h. nicht bloss in Folge des Vorkommens einer Thatsache, deren Begriff die Römer mit Rücksicht auf die *stipulatio dupli* scharf und genau bestimmt haben. Römisch ausgedrückt: er hat nicht bloss eine *actio* aus der Stipulation, er hat auch *actionem empti*. Diese *actio empti* hat Eviction zur nothwendigen Voraussetzung nicht; sie findet überall statt, wo dem Käufer etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache verschafft worden wäre³⁶⁾. So hat der Käufer *actionem empti*, wenn ihm eine Frucht der gekauften Sache entzogen wird, obgleich er in diesem Falle einen Anspruch aus der *dupli stipulatio* nicht erheben kann³⁷⁾; er hat *actionem empti*, wenn er den Eigenthümer beerbt³⁸⁾, oder wenn er den gekauften Sklaven freilässt³⁹⁾, oder wenn die kaufende Frau die gekaufte Sache dem Eigenthümer zur Dos giebt⁴⁰⁾. Wenn dem Verkäufer einer fremden Sache dieselbe vor der Tradition ohne seine Schuld durch *jurtum* entzogen wird, „*ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem tradidisset, potuisset eas actiones (sc. vindicationem et conditionem) ad emptorem transferre*“⁴¹⁾. Ich weiss nicht, ob man nach diesen Entscheidungen noch ein formelles Zeugniß für die Zulässigkeit der *actio empti* in dem Fall wird verlangen

36) Ueber die Formulirung kann man streiten. Aber darauf kommt es hier nicht an; die im Folgenden aufgeführten Einzelentscheidungen erbringen vollständig den hier zu führenden Beweis. Vgl. hierzu die Schrift von Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, Halle 1874, und mein Lehrbuch des Pandektenrechts II § 389.

37) L. 42. 43 D. de evict. 21. 2.

38) L. 9 l. 41 § 1 cod.

39) L. 43 l. 45 § 2 D. de A. E. V. 19. 1.

40) L. 24 D. de evict. 21. 2.

41) L. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1.

wollen, wo dem Käufer zwar nicht die gekaufte Sache, aber der dafür erlangte Kaufpreis entzogen wird.

Nur die Frage kann aufgeworfen werden, ob der Verkäufer nicht wenigstens in dem Fall gegen die Condition des Eigenthümers geschützt werden müsse, wo er auf den Regressanspruch wegen Eviction verzichtet hat und demzufolge einen Anspruch gegen den Verkäufer auch dann nicht hat, wenn er den erhaltenen Kaufpreis herausgeben muss. Aber auch diese Frage glaube ich nicht bejahen zu dürfen. Wer mit Verzicht auf den Evictionsanspruch kauft, schliesst ein gewagtes Geschäft. Er entschliesst sich, den Kaufpreis zu geben für die Erlangung einer Lage, deren Unsicherheit ihm bekannt ist; trotz ihrer Unsicherheit ist sie ihm so viel werth, wie der Kaufpreis. Erlangt er statt dieser Lage das Eigenthum an dem als Kaufpreis gezahlten Gelde, so ist dieses Eigenthum reine Bereicherung für ihn, und wenn er es wieder verliert, ist er in keiner schlechteren Lage, als in der er gewesen sein würde, wenn er gar nicht verkauft hätte.

Zur Unterstützung der hier vertheidigten Ansicht kann noch auf *l. 17 pr. D. de R. V.* verwiesen werden. Zwar ist oben § 5 ausgeführt worden, dass diese Stelle die von ihr auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe der gewonnenen Bereicherung nicht auf die Ungerechtfertigkeit derselben stützt, sondern aus einem anderen Grunde herleitet. Aber jedenfalls legt sie die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung auf, und erklärt nun näher für Bereicherung den von dem Käufer einer fremden Sache aus dem Wiederverkauf derselben gezogenen Kaufpreis, ohne dass sie eine Andeutung davon enthielte, dass der von dem Verkäufer seinerseits gezahlte Kaufpreis abgezogen werden dürfe.

Dieses Programmes Anlass ist folgender. Der Fürstlich Schwarzburgische Hofrath, Herr Christian Friedrich Kees, hat in seinem am 21. März 1837 errichteten Testament unserer Universität ein Kapital von 15000 Thalern vermacht. Die Zinsen dieses Kapitals sollen unter vier bis fünf juristische Docenten, welche eine ordentliche Professur noch nicht erlangt haben, vertheilt werden. In jedem Jahr soll nach weiterer Bestimmung am Todestage des Stifters des Letzteren Andenken durch einen der Percipienten gefeiert werden. Zu diesem Zwecke wird

Herr Professor Dr. HÖCK

Dienstag den 13. Februar 1878 Vormittags 12 Uhr
eine Rede: „de assecurationibus in systemate contractuum locandis“ in dem Auditorium Iuridicum halten, und dem Danke, welchen die Universität dem Stifter zollt, Ausdruck geben.

Wir beehren uns das Oberhaupt und die Mitglieder der Universität, sowie alle Gönner und Freunde derselben zu dieser Feierlichkeit hiermit ergebenst einzuladen.

Leipzig, 1. Februar 1878.

