

Z E I T S C H R I F T
FÜR DAS
P R I V A T -
U N D
Ö F F E N T L I C H E R E C H T
D E R G E G E N W A R T .

Unter ständiger Mitwirkung
der
Mitglieder der Wiener juristischen Facultät

herausgegeben von

D^{R.} C. S. GRÜNHUT,
Professor an der Universität in Wien.

Erster Band.

K. K. REICHSGERICHT

WIEN, 1874.

ALFRED HÖLDER
BECK'SCHE UNIVERSITÄTS - BUCHHANDLUNG
Rothenurmstrasse 15.

Inhalt des I. Bandes:

Abhandlungen.

- I. *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben.* Von Dr. Adolf Merkel, Professor an der Universität in Wien.
- II. *Der Begriff obligatio.* Von Dr. A. v. Brinz, Professor an der Universität in München.
- III. *Zur Kritik des Pfandrechtsbegriffs.* Von Dr. Leopold Pfaff, Professor an der Universität in Wien.
- IV. *Zur Reform des Actiengesellschaftsrechtes.* Von Dr. C. S. Grünhut, Professor an der Universität in Wien.
- V. *Die Processvoraussetzungen nach österreichischem Recht.* Von Dr. Moriz Heyssler, Professor an der Universität in Wien.
- VI. *Die Gehorsamsfrage in der Strafprocessordnung.* Von Hofrath Wahlberg.
- VII. *Ueber Verwaltungsgerichtsbarkeit.* Von Dr. H. Roesler, Professor an der Universität in Rostock.
- VIII. *Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codificationsfrage.* Von Dr. Rudolf Sohm, ord. Professor an der Universität in Strassburg.
- IX. *Die Pränotation des Pfandrechtes nach §. 453 des a. b. G. B.* Von Dr. F. Hofmann, Professor an der Universität in Wien.
- X. *Die Principien der österreichischen Strafprocessordnung vom 23. Mai 1873, verglichen mit den Grundsätzen der neuen deutschen Gesetzgebung und insbesondere des Entwurfes einer Strafprocessordnung für das deutsche Reich vom Jänner 1873.* Von Dr. L. v. Bar, Professor an der Universität in Breslau.
- XI. *Staatsprincip und Völkerrecht.* Ein Beitrag zur geschichtlichen Genesis des Völkerrechts. Von Hofrath Dr. J. v. Held, Professor an der Universität in Würzburg.
- XII. *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht.* Von Dr. Joseph Unger.
- XIII. *Das Recht auf die Dividende und der Dividendencoupon.* Von Dr. C. S. Grünhut.
- XIV. *Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben. (Schluss.)* Von Dr. Adolf Merkel.
- XV. *Die deutsche Rechtswissenschaft.* Von Dr. Lorenz von Stein, Professor an der Universität in Wien.
- XVI. *Der Unterhalts-Anspruch des überlebenden Gatten nach §. 796 a. b. Gb.* Von Dr. F. Hofmann, Professor an der Universität in Wien.
- XVII. *Vom ewigen Frieden.* Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung von Hofrath Dr. L. Neumann.
- XVIII. *Zur Lehre von Staat und Gesellschaft und ihrer Verwaltung.* Von Dr. W. Lustkandl, Professor an der Universität in Wien.
- XIX. *Die Pränotation des Pfandrechtes.* Nachtrag zur Abhandlung Nr. IX. Von Dr. F. Hofmann, Professor an der Universität in Wien.
- XX. *Zur Lehre von Staat und Gesellschaft und ihrer Verwaltung.* Von Dr. W. Lustkandl, Professor an der Universität in Wien. (Fortsetzung und Schluss.)
- XXI. *Das Recht der Staatshilfe in wirthschaftlichen Krisen.* Von Prof. Dr. K. Th. v. Inama-Sternegg.
- XXII. *Zur Frage nach der Restitution einer durch Schulderlass bestellten Dos.* Von Prof. Dr. F. Hofmann in Wien.

II.

Der Begriff obligatio.

Von Dr. A. v. Brinz, Professor an der Universität in München.

Unter *obligatio* pflegt man nichts anderes als dasselbe Ding zu denken, was wir deutsch und activ „Forderung“, passiv „Verpflichtung“, genauer „rechtliche Verpflichtung“ zum Unterschiede von der bloß sittlichen, und, dem *ligare* der *obligatio* entsprechend, „Verbindlichkeit“ zu nennen gewohnt sind. Passiv spricht man auch von „Schulden“, instinctiv jedoch nicht allüberall, wo eine *obligatio* vorliegt. Auch wir werden in folgendem I. die *obligatio* zunächst lediglich nach der zur Stunde noch vorherrschenden engeren Bedeutung einer Forderung oder Verbindlichkeit, II. erst nachher in einer gewissen ihr von allem Anfang innewohnenden und durch keinerlei Umbildung und Abzweigung zu verdrängenden weiteren Bedeutung, III. endlich aber in ihrer Abgrenzung gegen die Schulden in Betracht ziehen.

I.

1. Da Puchta, der gewaltige Systematiker, daran ging, die Rechte nach ihrem Objecte neu zu ordnen, geschah es nicht ohne Gewaltthätigkeit, dass er die Handlungen, auf welche der Gläubiger ein Recht hat, in das Ding verkehrte, woran dieser sein Recht hat.¹⁾ Freilich kamen so neben die Sachen, woran die Sachenrechte, und neben die Personen, an welchen die Familienrechte (nach Puchta überdies Besitz und Erbrecht als Rechte an der eigenen und an einer in uns übergegangenen Person) existiren, in erfreulicher Ebenmässigkeit die Handlungen als die Dinge zu stehen, an welchen die Forderungsrechte bestehen. Allein während die Rechte dauerbar und gleich den *actiones* wo nicht zeitlich unbegrenzt

¹⁾ Pandd. §. 219. Zuerst System d. gem. Civilr., München 1832. Buch V. Cap. 1. S. 116, §. 1.

(*perpetua*), doch von einigem zeitlichen Bestand (*temporalia*) sind, die Objecte, woran sie bestehen sollen und ohne die sie nicht bestehen können, demnach gleichfalls von einer gewissen Dauerhaftigkeit sein müssen, Sachen und Personen von einer solchen denn auch wirklich sind, so stellen sich die Handlungen als Dinge von nur momentaner oder acuter Erscheinung dar, können sich zwar im Ganzen, woferne der Handlungen mehrere zusammen Eine Action bilden, durch längere Zeit hinziehen, als concrete, sichtbare, hörbare Erscheinungen dagegen nur vergehen, indem sie entstehen. So wenig als sich der Römer an der zu Tage brechenden und vorbeiziehenden Welle ein Eigenthum zu denken vermochte, so wenig als er für „Rechte an einer Handlung“ ein Wort oder eine Uebersetzung hat, so wenig gibt es für uns ein Recht am „geflügelten Worte“, an der im Thun begriffenen That.²⁾

Aber Puchta konnte nicht fehlen, ohne zugleich zu fördern oder etwas gut zu machen. Falsch war es, dass er Handlungen zum Object erhob, hingegen aber richtig und ein mächtiger Schritt zum Begriffe der Forderung vorwärts, dass auch für die Obligationen wieder nach dem Woran gesucht wurde. Dies hatte zwar vor Puchta schon Heise gethan³⁾; allein es scheint nicht, dass der Rechtslehrer, der im übrigen origineller und erfolgreicher eingriff, als uns heutzutage bewusst ist, auf diesem Punkte Anhang gewann.⁴⁾

Wir müssen heute bekennen, dass es blos negative und darum ungenügende Kritik war, wenn wir einst leugneten, dass Handlungen das Ding seien, woran eine Obligation bestehe, und den Handlungen woran mit Arndts⁵⁾ die Handlungen worauf substituirt⁶⁾; denn so sicher es auch ist, dass die Obligationen sämmtlich, auch die *in non faciendo*⁷⁾, auf Handlungen gerichtet sind, so war damit der Frage

²⁾ Windscheid Pandd. §. 251, Anm. 2: „... Indem man die Forderungsrechte Rechte an einer Handlung oder über eine Handlung nennt, stellt man die Handlung, welche kraft derselben gefordert werden kann, der Sache gleich, dem Existirenden das Nichtexistirende, dem Bleibenden das Vorübergehende.“ Vgl. meine krit. Bl. Nr. 3, S. 4.

³⁾ Grundriss eines Systems d. gem. Civilrechts zum Behufe von Pandd. Vorll. 3. Aufl. Heidelb. 1822. S. 16, Anm. 5.

⁴⁾ S. z. B. Thibaut, Syst. d. Pandr. 8. Aufl. 2. Bd. 1834, §. 442—444. Mühlenbruch, Lehrbuch d. Pandrechts, 3. Aufl. 1840, §. 322. Göschen. Vorll. über d. gem. Civilr., herausgg. v. Erxleben, 2. Aufl. §. 371. Seuffert, prakt. Pandr., 4. Aufl. 1860 §. 227, Unterholzner, Lehre d. r. R. von d. Schuldenverhältnissen, herausgg. v. Huschke, 1. Bd. 1. Hauptst., ja selbst Wening v. Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr., 5. Aufl. durch Fritz §. 187 und Schweppe, d. r. Privatr. in seiner heutigen Anwendung, 4. Aufl. 1831, §. 369. Vgl. überhaupt die literarhistorische Skizze bei Kuntze, Oblig. und Singularsucc. 1856 §. 1.

⁵⁾ Pandd. §. 201.

⁶⁾ Krit. Blätter Nr. 3. S. 3—5.

⁷⁾ L. 50 pr. l. 83 pr. D. v. o. 45. 1.

woran sie bestehen ausgewichen, nicht Rede gestanden. Denn damit, dass man dem Woran das Worauf substituirt, lenkt man in eine ganz andere Kategorie von Dingen und Beziehungen ab; aus einem Rechte, das ähnlich dem Eigenthum und der *patria potestas* an etwas besteht und ruht, in ein Recht, das auf etwas zielt; aus einem Dinge, in welchem die dem Rechte innewohnenden Befugnisse und Machtvollkommenheiten den Grund und Boden ihrer Bethätigung finden sollen — wie das Eigenthum in der Sache, die väterliche Gewalt in dem Kinde — in ein Ding, mit dessen Eintritt die Forderung sammt allen ihren Befugnissen und Machtvollkommenheiten hinwegfällt, und das also in Wahrheit das Ziel und Ende, nicht das Substrat der Obligation bildet. Wir wollen nicht behaupten, dass man am Ende nicht auch dieses Ziel der Obligation ihren Gegenstand oder ihr Object nennen könne, dafür aber um so entschiedener darauf bestehen, dass ein Rechtsobject, welches in so lange, als das Recht besteht, nur im Gedanken da ist und durch dessen Verwirklichung das Recht untergeht, von ganz anderer Natur ist als ein Rechtsobject, ohne dessen wirkliches Dasein auch an ein wirkliches Dasein des Rechtes nicht zu denken ist; und dass es, wenn verschiedene Dinge verschiedene Namen haben sollen, besser sein muss, die Handlung, worauf eine Obligation gerichtet ist, als Ziel oder Zweck der Obligation, denn als ihren Gegenstand⁸⁾ oder als ihr Object zu bezeichnen. Also durfte die Kritik es nicht dabei bewenden lassen, zu sagen: die Handlungen sind ein Worauf, kein Woran der Obligationen; sie musste sich auch aussprechen, ob es ein Woran der Obligationen in Parallele der Sachen- und Familienrechte oder überhaupt gebe und worin und wie es bestehe, oder ob ein solches überhaupt nicht erfindlich sei.

Um nun sofort mit dem Resultate zu beginnen, so sind nun auch wir zu der Einsicht gekommen, dass es ein Woran der Obligationen allerdings gibt; dass es ein Woran neben dem Worauf gibt; dass neben den Handlungen, worauf die Obligation geht, ein etwas existirt, woran sie besteht, neben jenem Ziel oder Zweck ein Gegenstand oder Object; und dass dieses Object mit einer gewissen im Laufe der Zeiten eingetretenen Modification die Person des Obligirten ist.

Das Object, an welchem der Gläubiger ein Recht hat, ist identisch mit dem Dinge, das obligirt ist oder haftet; obligirt oder haftbar ist aber undenkbar etwas Anderes als die Person des Schuldners. Die Quellen verbreiten sich zwar nicht in unserer abstracten Weise über das Object der Obligation; allein dass ihnen, wenn Titius delinquirt, contrahirt,

⁸⁾ S. dagegen z. B. Windscheid Pandd. §. 252.

der Titius obligirt wird, brauchen wir nicht erst nachzuweisen. Ist so der obligirte Titius Gegenstand der Obligation, so kann auch nur er der Gegenstand oder das Object sein, an welchem der Gläubiger sein Recht hat. Es ist nicht denkbar, dass das Forderungsrecht und die Schuld in ihrem Object auseinandergehen.

So weit befinden wir uns in Uebereinstimmung vor anderen mit Heise, der die Obligation auf die Person des Schuldners gerichtet und ausdrücklich diese als den Gegenstand der Obligation bezeichnet hat.⁹⁾ Damit dass er die Obligation als ein Recht gegen die Person bezeichnet, will nichts Anderes gesagt sein, als wenn wir sie ein Recht an der Person nennen; denn Heise nennt die Rechte durchgehend Rechte gegen etwas, die Sachenrechte Rechte gegen eine Sache, die Familienrechte Rechte gegen eine Person. Wenn er dagegen innerhalb der Rechte, welche gegen eine Person gerichtet sind, in der Art weiter unterscheidet, dass ihm die Obligationen „nur auf einzelne Leistungen“ gehen, während die („dinglich-persönlichen“) Familienrechte „auf allgemeine Unterordnung der einen Person unter die andere“ gerichtet seien, so hat bereits Heise von seinem „Gegen“ ebenso unvermerkt wie wir einst von dem „Woran“ in ein „Worauf“ — von dem Object der Obligation in deren Zweck oder Ziel abgelenkt. Unvermerkt geht hier die Person in die Leistung über, während sie dieser begrifflich und oft sehr praktisch gegenübersteht oder entgegengesetzt ist. Wenn man sagt und in der That noch immer sagen darf, dass die Person obligirt sei oder hafte, so liegt darin ausgesprochen, nicht so sehr dass man von dieser Person die Leistung erwarte, zu welcher sie obligirt ist, oder wofür sie haftet, als dass sie das Ding sei, woran sich — wie an einer Geisel oder an einem Pfande — der Gläubiger zu halten hat, wenn die Leistung nicht erfolgt. Weit entfernt in der Leistung aufzugehen, ist die Person des Obligirten ebensowohl für den Fall da, dass sie nicht geschieht, wie dafür dass sie geschieht. — Aber auch mit Windscheid gehen wir nur so weit Einen Weg, als er „eine fremde Person“ als „unmittelbaren Gegenstand“ der Obligation bezeichnet.¹⁰⁾ Wenn er dagegen später unter „Gegenstand“ die „Handlung“ versteht, „zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet“¹¹⁾, ausser diesem Gegenstande nur mehr von einem gewissen „Inhalte“ des Forderungsrechtes spricht, und als diesen „die Unterwerfung fremden Willens“ hinstellt¹²⁾, so scheint die Person in ihrer

⁹⁾ A. a. O. S. 16.

¹⁰⁾ Pandd. §. 41.

¹¹⁾ A. a. O. §. 252.

¹²⁾ A. a. O. §. 251.

Totalität nachträglich der Haft entronnen zu sein, und Titius nur mehr seinen Willen in der Hand des Gläubigers gelassen zu haben. Dieser Wille nun mag etwas sein, das man zur Leistung bewegt — wiewohl man nicht gegen ihn klagen kann; ein etwas dagegen, das für den Fall hergenommen werden kann, wenn die Leistung ausfällt, ist er nicht und das ist, wie sich des Weiteren zeigen wird, für das Ding, welches Object der Obligation sein soll, schlechthin nothwendig. Aehnlich wie bei Heise scheint uns auch bei Windscheid die Person in die Leistung aufgearbeitet zu sein, nur dass Windscheid (wie früher Kuntze¹³⁾ die Person nicht unmittelbar von der Leistung, sondern die Person von deren Willen, und deren Willen von der Leistung absorbiren lässt.

Dazu, dass man den Willen des Obligirten aus dessen Person ausgeschieden und anstatt der Person zum Objecte der Obligation gemacht hat¹⁴⁾, trug ohne Zweifel der Umstand bei, dass man die Obligation nur gar zu gerne mit Verpflichtung verdeutscht. Denn die Verpflichtung geht wie die Pflicht als etwas Ethisches primär und ausschliesslich auf den Willen, mag man sie nun überdies als rechtliche Verpflichtung oder Rechtspflicht auszeichnen oder nicht. Nennt man den Titius einmal verpflichtet, so denkt man nur an eine Auflage auf seinen Willen. Die römischen Bezeichnungen und Umschreibungen (*obligatio, nexum, vinculum, teneri*) sprechen aber von keiner Pflicht, sondern von einer Gebundenheit, Haftung, der irgend eine physische Macht über den Gebundenen, Haftenden entspricht.

Aber auch der Umstand, dass man in der *obligatio* zwar eine Unterwerfung, vielmehr eine Unterworfenheit des Schuldners findet, diese Unterwerfung aber auf ein blosses Zwangsrecht des Gläubigers zurückführt — wie denn der neueste Bearbeiter des Obligationsbegriffes diesen mit aller Entschiedenheit von dem Pflichtgedanken lostrennt und aber auf ein „Gezwungen werden können“ zurückführt¹⁵⁾ — auch das hat auf die „Herrschaft über den Willen“, auf die Trennung von Person und Willen, auf dessen starke Betonung und Objectivirung und zu der Ablenkung auf die Leistung führen müssen. Denn geht der Zwang als eine *vis* primär nothwendig auf etwas Körperliches, das er vergewaltigen, bedrücken, quälen kann, der Forderungszwang also primär auf die Person, auf die Totalität der Person, so geht er doch secundär auf den Willen, der sich vor ihm leicht in Furcht und schliesslich in

¹³⁾ A. a. O. §. 2.

¹⁴⁾ wie das dem Wesen nach auch in Savigny, Syst. Bd. 1. §. 53. S. 338 fg. u. Oblig. Bd. 1 §. 2.

¹⁵⁾ Bekker, die Actionen des röm. Privatrechtes. I. Bd. S. 7.

Leistung des Schuldigen verwandelt. Ja, ist das Forderungsrecht Zwangsrecht und nichts als Zwangsrecht, so ist es ohne den Willen des Schuldners gar nicht denkbar, und dieser Wille am Ende doch sein eigentliches Object, weil der Zwang, als eine *vis compulsiva*, darin aufgeht und kein anderes Ziel hat, als den Willen des zu Zwingenden zur Leistung bewegen zu wollen.

Allein so sehr mehrere allgemein redende Quellenstellen das Wesen der Obligation in ein Zwangsrecht zu verlegen scheinen ¹⁶⁾, so geht doch jene Unterwerfung, Unterworfenheit, Gewalt, in die der Obligirte durch die Obligirung gerathen ist, in einem blossen Zwangsrechte des Gläubigers nicht auf. Das würde längst klar sein, wenn wir mehr gewöhnt wären, die Obligation anstatt als Pflicht, Verpflichtung, ja selbst als Gebundenheit, als eine Haftung zu denken. Unzweideutig macht das Wort Haftung den Haftenden nicht blos zu dem Object, gegen welches ein Zwang zur Leistung geübt werden darf, sondern auch zu dem Dinge, das für den Fall, da aller Zwang nichts hilft, da der Wille des Obligirten durch keine Tortur zu beugen, oder dieser zu leisten ausser Stande und doch nicht liberirt ist, hergenommen werden kann — zu einer Art Geisel, Pfand, wie denn in der Haftung unvermeidlich der Gedanke der Caution liegt. In dem Augenblicke, da man die Obligation als Haftung denkt, kann man unmöglich die Leistung, unmöglich den Willen des Obligirten als Object der Obligation bezeichnen. Wie sollte die Leistung, für die man haftet, zugleich Object sein, das haftet? wie der Wille das Ding, an dem man sich Schadens erholt, wenn er nicht in Leistung übergeht? Nicht blos Zwangsobject, sondern auch Satisfactionsubject, Geisel, Pfand, kurz Object der Obligation, Haftung in beiden Richtungen, dem Zwange und der Satisfaction nach, kann nur die Person sein, die Person schlechthin, nicht ihr Wille, nicht ihre Leistung.

Aber Pfand, Satisfactionsubject! wie kann das die Person heute noch sein, da nicht nur die altrömische *manus injectio* sammt *abductio* und *distractio* des Schuldners, sondern jedwede Personalschuldhaft zur Antiquität geworden ist? Und in der That muss eingeräumt werden, dass so voll, als wir sie hingestellt haben und als es nach alten Rechten der Fall war, die Person des Schuldners nicht mehr haftet. Ja wenn wir zur Person nur rechnen, was sie von Natur aus ist, und von ihr ausschliessen, was durch das Recht zu ihr hinzukommt, kann von einer Haftung der Person überhaupt nicht mehr die

¹⁶⁾ *Obligationum substantia . . . in eo consistit, . . . ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum . . . cf. pr. J. oblig. 3, 13. . . Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum civitatis nostrae jura.*

Rede sein. Wir sind aber der Meinung, dass wie zu den körperlichen Sachen deren Pertinenz mitgehören, trotzdem sie äusserlich von denselben getrennt sind, zu den Personen deren rechtliche Pertinenz — ihr Vermögen — mitgehört, die Person des Obligirten zwar, wie bemerkt, nicht mehr voll, nicht in ihrem Hauptbestandtheil, dagegen aber fort und fort in jener rechtlichen Zuthat haftet. Denn dass das Vermögen der Schuldner zur Satisfaction der Gläubiger hergenommen werden könne und alle Tage hergenommen wird, steht ausser Frage.

Besser als es ihm da gelungen, wo er eigens den Begriff der *obligatio* erörtert, trifft Bekker nebenher ¹⁷⁾ das Object der *obligatio*, wenn er sagt: „Vorher wurde die Obligation bezeichnet als ein Recht, deren Object die Person des Schuldners sei; indem ich dies aufrechterhalte, kann ich doch nicht leugnen, dass im Laufe der Zeiten der Begriff der Obligation erheblichen Wandelungen unterlegen hat. Zum besten entspricht unserer Definition die altrömische Obligation, deren Verwirklichung mittelst Manusinjection geschah. Allmählig kehrt sich die executive Gewaltäusserung immer weniger wider die Person des Schuldners, immer mehr wider das Vermögen desselben. Wenn die Gläubiger nach dem erblosen Versterben des Schuldners nicht rechtlos werden, vielmehr befugt sind, aus dem nachgelassenen Vermögen ihre Befriedigung zu holen, so kommt man nicht mehr um die auch durch andere Momente unterstützte Annahme hinum, dass das Vermögen zum Mindesten ein zweites accessorisches Object der Schuldforderungen sei. Hört die Execution wider die Person des Schuldners ganz auf, so könnte es leicht zum principalen, wenn nicht gar alleinigen Object der Obligationen heranwachsen. Aber schon für das neuere römische und folglich auch für das gemeine Recht sind wir voll berechtigt, jede Obligation als Recht (auch) an dem Vermögen des Schuldners zu betrachten.“

Nur darin, dass das Vermögen irgend einmal oder irgendwo das alleinige Object der *obligatio* in dem Sinne werden könne, dass nur es, und die Person nicht hafte, stimmen wir mit Bekker nicht überein; denn die Sachen und Werthe, die das Vermögen des Schuldners ausmachen, haften nicht an sich, sondern als Dinge, die sein (des Schuldners), also juristisch besehen ein Theil von ihm, seiner Person, sind — ein Satz, zu dem sich freilich Bekker auch nach anderweiter Aeusserung nicht zu bekennen scheint ¹⁸⁾; ist er aber, wie wir gleichwohl meinen, richtig, dann haftet die Person des Schuld-

¹⁷⁾ Zur Lehre vom Rechtssubjecte, Ihering'sche Jahrb. Bd. 12, Hft. I. S. 69 fg.

¹⁸⁾ A. a. O. S. 70. Anm. 4.

ners im Vermögen stets mit; die Pertinenz ist ohne das Principale, das Vermögen ohne die Person, zu der es gehört und zu der es bis zur Distraction seiner letzten Faser gehört, nicht denkbar.

Gegenstand der Haftung, oder das Ding, woran der Gläubiger ein Recht oder worüber er eine Macht hat, ist uns also zwar die Person, zwar auch nicht die Person schlechthin, nicht die Person mit ihrer Arbeitskraft und ihrem (heute nicht mehr geschätzten) persönlichen Capitalswerth; allein anderseits auch nicht der blosse Wille, oder ein gewisser Ausfluss dieses Willens, die Leistung, sondern die Person, soweit sie Vermögen an sich hat. Weder die Person an sich ist heute Obligationsobject, noch ihr Vermögen an sich. Zu keiner Zeit jemals konnte das Forderungsrecht mit Umgehung der Person des Schuldners geltend gemacht werden; die Forderungsklage ist *in personam actio* geblieben, auch nachdem die Person aufgehört hat, an und für sich, ganz und gar Object der *obligatio* zu sein; mag der Ausgang der Persecution, die Execution, gewissermassen in die Extremitäten der Person, deren Baarschaft und Gewänder, deren liegende und fahrende Habe auslaufen, ihr Anfang geht gegen die Person; die Persecution findet nur durch die Person des Schuldners hindurch statt und wird in alle Ewigkeit durch diese hindurch gehen müssen, wenn die *personae obligatio* nicht in der *rerum obligatio* aufgehen, zu einer gewissen Species gemeinen Pfandrechtes werden soll. Nicht die Sachen als solche, nicht die Felder und Wälder mit keinem anderen Kennzeichen als dem der gewissen Plannummer und des bestimmten Areals, wie dies bei der *rerum obligatio* der Fall ist, sondern die Felder und Wälder des Obligatus haften, sie soferne und so lange sie ihm gehören. Ihre Haftung beruht lediglich in ihrer Verbindung mit der Person des Obligatus, nicht in einem Rechte, das unabhängig von der Person ihres jeweiligen Inhabers an der Sache als solcher (*in re*) begründet (*jus in re*) wäre; womit es zusammenhängt, dass sie mit keiner *in rem actio*, überhaupt nicht gegen dritte Besitzer verfolgt, und dass sie noch vor der Befriedigung des nur *in personam* berechtigten (s. g. chirografarischen) Gläubigers zur Sicherung und Satisfaction eines anderen, durch *jus in re* berechtigten Gläubigers (Pfandgläubigers) bestellt und hergenommen werden können.

In dieser Weise ist die Person Gegenstand, wir wiederholen es, nicht blos eines Zwangsrechtes, sondern einer Haftung, indem sie mit ihrem Vermögen nicht blos in der Absicht, damit sie sich dadurch zur Leistung bewegen lasse, sondern auch dazu, dass dem Gläubiger anderweite Satisfaction werde, verfolgt und exequirt werden kann; sie ist nicht blos Zwangs-, sondern auch Satisfactionsubject.

2. Wohl auf keinem anderen Punkte hat Huschke mit solchem Erfolg gearbeitet als auf dem des *Nexum*.¹⁹⁾ Denn allverbreitet finden wir heute²⁰⁾ seine allerdings tief gegriffene und mehrseitig gestützte Damnationstheorie, nach welcher der Schuldner in Kraft der über der Zuwägung des Geldes durch den Gläubiger ausgesprochenen Damnation seinerzeit zu zahlen schuldig, nach der Verfallszeit aber gleich dem *judicatus* und *in jure confessus* der *manus* des Gläubigers und damit der Schuldknechtschaft verfallen war. Allein vor Huschke war eine ganz andere Ansicht herrschend²¹⁾ — eine Ansicht, die von unseren modernen Anschauungen zwar weiter absteht und keinen fachmännischen Urheber für sich hat, hingegen aber nicht nur einem grossen Historiker Ursprung und Verbreitung verdankt, sondern auch in den alten Traditionen selbst ihre Stütze findet. Wir meinen die Niebuhr'sche Ansicht von der Selbstverpfändung des Schuldners.²²⁾ Nach dieser geräth der zu Nectirende sofort durch das *negotium per aes et libram* selbst, nicht erst nach der Verfallzeit und durch *manus injectio* in die *Manus* des Gläubigers; das Geschäft ist keine eigene, der *mancipatio* entgegengesetzte Species des *negotium per aes et libram*, sondern selbst *mancipatio*, aber eine *mancipatio*, deren Object das *liberum caput* des Schuldners ist, und bei welcher demnach der *mancipator* anstatt sonst einer *res mancipi* seine eigene Person, sich selbst, durch den Manucipienten ergreifen und erwerben lässt. Das Recht, in welches der Schuldner hiedurch geräth, ist (gleich demjenigen, in das er durch begründete *manus injectio* verfiel) nicht identisch weder mit dem Eigenthum an leblosen Sachen, noch mit der *dominica potestas* über Sklaven, noch mit einer der anderen Gewalten über freie Personen, aber ein Ausbruch der ursprünglich Einen *Manus* wie sie, ihnen allen verwandt und ähnlich, ein *in mancipii causa esse*, „Hörigkeit“.

Würde sich erweisen lassen, dass trotz der herrschenden Meinung diese Niebuhr'sche Ansicht die richtige ist, so stünden wir zunächst vor der allgemeiner bemerkenswerthen Thatsache, dass in der *Manus* einst alle Privat-Grundrechte, dass in ihr nicht bloß die Potestäten der Familie und des Eigenthums (Christiansen, Ihering, Th. Mommsen), sondern auch die der *obligatio* begriffen waren; dass eine Hörigkeit der Person nicht erst aus der *executio obligationis* hervorging, sondern in der *obligatio* selbst und an sich lag; dass die Verbindung, die

¹⁹⁾ Ueber das Recht des *Nexum* und das alte römische Schuldrecht. Eine rechtshistorische Untersuchung v. Ph. E. Huschke. Leipzig 1846.

²⁰⁾ S. z. B. neuestens wieder Bekker, *Actionen* I. S. 24 fgg.

²¹⁾ S. noch Bayer, *Concursprocess*. 4. Aufl. 1868. §. 5.

²²⁾ Niebuhr, *Röm. Geschichte*, I. Thl., 4. Aufl. S. 597 fgg. („Die Gemeinde vor der Auswanderung und die *Nexi*.“)

durch „*obligatio*“ ausgedrückt ist, in der Zeit, da sie noch *Nexum* von solcher Art war, generisch von demselben Schlage war wie die Verbindung zwischen Mann und Frau, Vater und Kind, Herren und Sklaven, Eigenthümer und Sache; dass der Gläubiger von der Person des Schuldners, wie der Mann von der Frau u. s. f. sagen konnte: „sie gehört mir“, und dass demnach die Person des Schuldners in gleicher Linie, wie die der Frau, des Kindes, Sklaven und wie die Sache das Object war, woran hier das Forderungsrecht, dort *manus, patria* und *dominica potestas* und das Eigenthum bestand.

Freilich trug, sagen wir kurzweg das Eigenthum, welches der Gläubiger bei solchem *Nexum* vornherein an der Person des Schuldners hatte, einen Zug an sich, der ihm gegenüber allen jenen anderen Zugehörigkeiten eigen war. Es bestand nicht um seiner selbst willen, sondern für etwas Anderes: dafür oder dazu, dass dem Gläubiger etwas geleistet würde, als eine Sicherheit, Caution, Pfand hiefür, so dass es rückgängig werden sollte, wenn dieser Zweck erreicht wäre, definitiv werden, wenn er unerreicht (*causa non secuta*) wäre. Bekker fragt: „warum doch nicht bei jeder Vindication, sondern nur bei der aus Pfandbestellung das Verhältniss zur Sache als *rei obligatio* bezeichnet wird?“²³⁾ In ähnlicher Weise könnten wir fragen, warum nicht auch *manus, patria* und *dominica potestas* und das Eigenthum engeren Sinnes den Namen *nexum* oder *obligatio* bekommen haben, da doch auch sie gewisse Verbindungen und Bündnisse waren? Die Antwort könnte aber (vorausgesetzt, dass „*nexum*“ gleich „*obligatio*“ wirklich nur für die obligatorische Haft, und nicht weiter vorkam)²⁴⁾ — nur dahin ausfallen, dass es mit derjenigen Zugehörigkeit, in welcher sich der Schuldner befand, seine ganz besondere, oben erwähnte Bewandniss hatte, und dass derartige Besonderheiten ihre besonderen Namen verlangen.²⁵⁾

In diesem Wofür der Hörigkeit lag bereits das *oportere*, das *dare facere oportere* enthalten, was quellenmässig in Verbindung mit der alten völkerrechtlichen *condictio*²⁶⁾, sowie in Verbindung mit *legis actio*, es sei nun mit der *legis actio per conditionem* oder mit der *in personam* gerichteten *legis actio sacramento* vorkommt.²⁷⁾ Nur war die Conjunction hier und dort verschieden. Dort bestand das Muss der Leistung, wofern

²³⁾ Actionen I., S. 5. unten fg.

²⁴⁾ was zweifelhaft ist; vgl. unten Anm. 34.

²⁵⁾ ... *Quia sane commodius est, singulas causas singulis appellationibus distinguere*... — §. 5 J. quib. mod. test. inf. 2, 17.

²⁶⁾ Liv. I., 32 — „*Quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus populi R. . . . quas res dari, fieri, solvi oportuit, quas res nec dederunt, nec fecerunt, nec solverunt.*“

²⁷⁾ Vgl. unten Anm. 38.

der Schuldner der Hörigkeit ledig werden ²⁸⁾ — hier wofern er nicht (durch Krieg oder seinerzeitige *manus injectio*) in sie verfallen sollte. Dort ging die Hörigkeit dem Müssen voraus, hier folgte sie nach; dort war die Haftung der Person in ihrer denkbar stärksten Form mit dem ersten Dasein der *obligatio* vollendet, hier stand sie mit solcher Vollendung beim Beginn der *obligatio* erst in Sicht, vorderhand erst auf dem — die Möglichkeit dereinstiger *manus injectio* freilich schon in sich bergenden — Actions- oder Persecutionsrechte des Gläubigers beruhend.

Aber hier wie dort ist das *oportere* von der Haftung (*teneri*) untrennbar. So wenig als überhaupt eine Haftung da gedacht werden kann, wo der Erfolg einer Leistung lediglich in das Belieben einer Person gestellt ist, so wenig können wir das Muss der Leistung ohne die Haftung, ohne die für den Fall der Nichtleistung fortbestehende oder eintretende Hörigkeit denken. Die Haftung und das Leistenmüssen sind zwar an sich verschiedene, allein nichtsdestoweniger sich gegenseitig bedingende Dinge. Die in neuerer Zeit wieder zu Tage tretende Neigung, *actio* (die der Haftung entspricht) und Anspruch (der dem *dare facere oportere* entspricht) nicht nur zu unterscheiden, sondern zu trennen, halten wir für alle Zeit verfehlt.

Dieser Unterschied und diese Untrennbarkeit der Haftung von dem *dare facere oportere* ist erhaben über die Frage, ob denn der Schuldner in der That jemals vornherein in Hörigkeit des Gläubigers gerathen sei; auch wenn die Haftung nur in Persequirbarkeit mit nachfolgender Hörigkeit bestand und nachmals zur Persequirbarkeit der Person blos bis zum Vermögen herabsank, steht sie dem *dare oportere* so schroff gegenüber, als sie untrennbar neben ihm besteht; nur den Vortheil böte das Niebuhr'sche *Nexum*, dass hier der in unserer Doctrin fast verloren gegangene Begriff der Haftung, als sofortige Hörigkeit, in den Vordergrund tritt, während in dem Huschke'schen *Nexum* und in allen späteren Obligationsgestaltungen nur das *oportere* vornherein fertig und greifbar dasteht, die Haftung der Person dagegen sich erst unter Eventualitäten vollendet und in dem Masse sublimirt, als sie von der Totalität der Person zu deren Pertinenz abgeleitet.

Das Niebuhr'sche *Nexum* hat demnach unter allen Umständen den Werth eines „Phantoms“, an dem wir uns leichter in den vollen Begriff der *obligatio* hineinleben, insonderheit von der Einseitigkeit unserer modernen haft- und haltlosen Obligationsvorstellung befreien können. Wir möchten aber meinen,

²⁸⁾ Vgl. Varro l. l. ed. Spengel, p. 333 — *dum solveret, nexus vocabatur.*

dass es sich überdies noch einmal als historische Realität erweisen werde. Denn 1. angenommen, dass die unsicheren Buchstaben bei Gajus 3, 174 in der Formel der *imaginaria solutio per aes et libram*, welche den urkundlichen Grund der Damnationstheorie bilden, als „mas“ zu lesen sind, und dass dieses *mas* von *damnas* herrührt ²⁹⁾, angenommen auch, dass diese Damnationsobligation *Nexum* (*nexi datio*) war und hiess: war dieses *Nexum* auch das ursprüngliche, vorpoetelische *Nexum*? 2. Wenn dieses in nichts Anderem bestand, als dass der durch den Gläubiger über der symbolischen oder wirklichen Zuwägung des Geldes damnirte Schuldner nach dem Verfalltage der *manus injectio* unterlag: welcher war der Punkt, dessen Wegräumung den Einen als der andere Stiftungstag der Freiheit, den Anderen als Untergrabung der Sicherheit für ihre Forderungen erschien ³⁰⁾, dessen Beseitigung als Aufhebung der Personalhaft und als Beseitigung des *Nexum* selbst erscheinen konnte? ³¹⁾ Da die *manus injectio* selbst fortbestand und nur darin eine Aenderung erfahren haben soll, dass sie vor der *lex Poetelia* ohne, nachher vermittelt prätorischer Addition zulässig gewesen, die darauf folgende Knechtschaft aber gleichfalls nicht aufgehoben, sondern nur gemildert worden sei ³²⁾, so leuchtet die Meldung von einer durchschlagend freiheitlichen Bedeutung des Gesetzes wenig, die von einer Aufhebung des *Nexum* gar nicht ein. Wäre das ursprüngliche *Nexum* dagegen mit einem sofortigen Eigenthum des Gläubigers an der Person des Schuldners identisch gewesen, so wäre erklärt, warum man, wenn das Gesetz diese Selbstveräusserung beseitigte, von einer Aufhebung des *Nexum* sprach. Und da die Selbstveräusserung bei dem cautelarischen Zwecke dieses Eigenthums eine Selbstverpfändung gewesen war, lag es auch nahe, zu sagen, dass der Schuldner fortan nur mehr seine Güter, nicht mehr seine Person sollte verpfänden können ³³⁾; mochte die Personalhaft auch nach dem Gesetze noch fortbestehen: sie war jetzt die Folge erst einer *legis actio* (*per man. inj.*) mit oder ohne *Judicat*, nicht der unmittelbare Ausfluss des Vertrages selbst. Auch wenigstens Mehrung der Freiheit trat ein, wenn von nun an der Fälle der Hörigkeit und ihres Missbrauches weniger wurden, wenn Hörigkeit jetzt niemals sofort mit der Contrahirung, also auch

²⁹⁾ Huschke, Gajus. Beiträge zur Kritik etc. seiner Instit. S. 100.

³⁰⁾ Liv. 8, 28. *Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est . . . Victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei . . .*

³¹⁾ A. a. O. . . . *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset. Ita nexum solutum, cautumque in posterum, ne neclerentur. Cf. Cic. rep. 2. 34, — neclerque postea desitum.*

³²⁾ A. a. O. . . . *ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur.*

³³⁾ S. oben Anm. 31.

niemals vor dem Verfalltag, ja vielleicht nie mehr schon aus dem Vertrag, sondern stets erst aus Judicat oder gerichtlichem Geständniss erfolgte. 3. Woher die Unsicherheit über die Bedeutung von *nexum* bei den Juristen des römischen Mittelalters³⁴⁾, wenn sich im Lauf der Zeiten an seiner Bedeutung nichts, und nur an seinen Folgen einiges geändert hatte; wenn es nach wie vor Damnationsobligation und nur in seiner Execution etwas erschwert und gemildert war? während es nach der Niebuhr'schen Auffassung eines Tages durch die *lex Poetelia* aufhörte zu sein, was es war, sein Name herrenlos wurde und die Frage entstehen musste, ob oder was es noch sei. 4. Dass Gajus das *Nexum* unter den Fällen der *legis actio per manus injectionem* nicht aufführt, was man nach Huschke doch erwarten sollte, ist bereits anderwärts bemerkt³⁵⁾; es bringt das auf die Vermuthung, dass die der *imaginaria solutio per aes et libram* entsprechende Contractobligation entweder durch gar keine *damnatio*, sondern durch anderweite *nuncupatio* in dem *negotium per aes et libram* erzeugt, oder dass sie durch keine *lex*, namentlich auch nicht durch die *lex Poetelia* mit *legis actio per m. inj.* ausgestattet war. Minder gefragt ist, warum denn bei Gajus in der *legis actio sacramento* die *in personam* voransteht³⁶⁾, während in dem den Pandecten und Constitutionen zu Grunde liegenden System die *in rem actiones* voran, die *in personam* nachstehen. Hat einmal ein *nexum* der Niebuhr'schen Conception bestanden, dann gab es auch einmal eine *in personam actio*, die *in rem*, d. h. in ihrem materiell rechtlichen Grunde von der *rei vindicatio* nicht verschieden, sondern auf eine Art Eigenthum an der Person des Schuldners gegründet war und letztere widerstrebenden Falls (gegen einen *assertor*) in Anspruch nahm, wo man sie fand.³⁷⁾ Da zeichnete sich *legis actio in personam* vor der *in rem* nur durch den Gegenstand, durch diesen aber in der Art aus, dass er voranzustehen verdiente.³⁸⁾ Die Frage, ob *in legis actione sacramento in personam* jemals anders als auf Grund der Hörigkeit oder Freiheit gestritten wurde, können wir hier dahingestellt sein lassen; von den auf *te mihi dare oportere ajo* lautenden Siegeln des Val. Probus weiss man nicht, ob sie der

³⁴⁾ *Nexum Mamilius scribit omne, quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiunt ut obligentur.* (Varro, l. lat. ed. Spengel, p. 381; cf. Festus., sub v. nexum.)

³⁵⁾ Ihering, Geist d. r. R. Thl. I. 2. Aufl. S. 156. Anm. 63. Karlowa, der röm. Civilprocess. S. 182.

³⁶⁾ Arg. 4, 16: *Si in rem agebatur eadem sequebantur quae cum in personam ageretur.*

³⁷⁾ Vgl. hiezu Unger, der Process mit dem Vindex bei der Manusinjectio, Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7. S. 192 fgg.

³⁸⁾ Vgl. Rudorff, in seinen Prolegomenen zum *Edictum perpetuum*, Zeitschr. f. Rg. Bd. 3, S. 65 fgg.

legis a. sacramento oder der *per conditionem* (oder beiden) angehören³⁹⁾; nach Gajus 4, 20 möchte man allerdings letzteres annehmen⁴⁰⁾; allein Gajus kann „gar wohl von *actiones* auf *dare oportere* im Sinn seiner Zeit reden, ohne damit zu sagen, dass dieselben auch schon als *legis actiones* wörtlich auf *dare oportere* gelautet haben“ (Keller). 5. Man wendet ein, dass Sichselbstmancipirungen unmöglich gewesen seien.⁴¹⁾ Allein wenn eine Frau, die *sui juris* war, in *manum mariti* einging, so geschah dies durch Mancipation^{41*)}, diese unmöglich durch den Tutor, dem sie ja nicht gehörte; zweifelsohne *tutoris auctoritate*; dann aber wissen wir nicht, durch wen Anderen als durch die Frau selbst. 6. An directen Beweisen aus juristischen Quellen fehlt es für das Niebuhr'sche Nexum wie für das Huschke'sche; aus den Historikern aber lässt sich beides belegen: eine Schuldknechtschaft, die sofort mit dem Vertrage, und eine, die erst später eintritt. Auf erstere beziehen wir Ausdrücke, wie μηδένα δανείζειν ἐπὶ σώμασιν ἐλευθέροις — τὰ χρήματα ποιοῦντες ἀγώγιμα τοῖς δανεισταῖς, οὐ τὰ σώματα⁴²⁾, ferner die Stelle des Varro *de ling. lat.*⁴³⁾, wenn sie dahin zu lesen ist, dass *nexus* heisst, wer *operas suas in servitutem dat* oder *dabat, dum solveret*; — auf letztere kann man beziehen Dion. 6, 83: — εἰ τίνων ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προδεσμίαις κατέχεται; — 5, 64: εἰ τοῖς δανεισταῖς ἀγώγιμοι πρὸς τὰ χρέα γενησόμεθα; — 6, 26: ὅθεν διαλυσαί μου τὸ χρέος οὐκ ἔχων ἀπήχθην δούλος ὑπὸ τοῦ δανειστοῦ σὺν ὑοῖς δυτίν; — 6, 29: μηδένα τῶν δανειστῶν ἐξεῖναι σῶμα πολιτικὸν πρὸς ἴδιον χρέος ἀγειν, ἕως αὐτῆς βουλῆς περὶ αὐτῶν διαγνοῖν — u. s. f. Allein möglicherweise wollen selbst diese letzteren Stellen nur sagen, dass die Abführung des Schuldners eine nachträgliche war, indem das Recht dazu ebensowohl in einer sofort mit der Schuld begründeten Knechtschaft, Hörigkeit, als auf blosser Damnation beruht haben kann, und hier wie dort durch einen Zahlungs-termin aufgeschoben sein konnte. 7. Dass man bei den Griechen Geld auf seinen „Leib“, d. h. nach griechischer Redeweise gegen Eintritt in die Knechtschaft⁴⁴⁾ aufnahm, zeigt schon die oben citirte Plutarchische Stelle; würfeln germanische

³⁹⁾ Keller, röm. Civilpr. Anm. 203.

⁴⁰⁾ . . . *cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per i. postulationem agere. . .*

⁴¹⁾ Huschke, Nexum S. 35.

^{41*)} Gaj. 1, 113: „*Coemptione in manum conveniunt per mancipationem i. e. per quandam imaginariam venditionem. . .*“

⁴²⁾ Dion. 4, 9; 61, 1; cf. Plut. Solon c. 13: *χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν.*

⁴³⁾ ed. Spengel, p. 383. Vgl. Niebuhr a. a. O. Bd. 1. S. 664. Anm. 1273. Huschke a. a. O. S. 65. Bachofen, das *Nexum*, die *Nexi* und die *lex Petillia*, Basel 1843. S. 27.

⁴⁴⁾ Sam. Petitus, *leges Atticae et Commentarius*, in Heineccius *Jurispr. Romana et Attica*. Lugd. Bat. 1741, tom. III. p. 255.

Spieler zuletzt um ihre Person und Freiheit ⁴⁵⁾, so sieht man nicht ab, warum sie nicht beides ebenso spontan credit- und schuldenhalber sollten zu Pfand oder Zahlung hingegeben haben. In den altnordischen Rechten bedeutet das „in Schuld gehen“ oder „sich in Schuld geben“ nichts anderes als eine Selbstverpfändung des Schuldners, z. B. um Geld, dessen er zur Erfüllung einer ihm gesetzlich obliegenden Alimentationspflicht bedarf; sofortige Schuldknechtschaft ist die Folge dieser Selbsthingabe. ⁴⁶⁾ Nach mosaischem Rechte soll zwar Schuldknechtschaft überhaupt nicht stattfinden (vgl. das jüdische Obligationenrecht von Dr. Leopold Auerbach, Berlin 1871, Bd. 1. S. 168. Anm. 3); allein dass sich ein „Armer“ verkauft, kommt vor ⁴⁷⁾, in Verbindung mit den Vorschriften, wonach ein solcher Höriger besser daran sein soll als der Sklave. Gehört, wer nur mehr durch seine Person zahlen oder nur mehr gegen diese Geld bekommen kann, nicht unter die Armen? Ueberhaupt dürfte die Selbsthingabe wegen Schulden in der alten Welt nur ein Ausbruch aus der „Ergebung“ ⁴⁸⁾ gewesen sein, die von freien Leuten aus irgend einer Noth in die Gewalt von Mächtigeren erfolgte, welche die Liten der germano-romanischen Welt ⁴⁹⁾ und die *fletfoeringr* der nordischen nach sich zog ⁵⁰⁾, in unseren Volksrechten vorkommt ⁵¹⁾, für Griechenland bezeugt ist ⁵²⁾, zum Theile vielleicht den altrömischen Clienten zu Grunde liegt, und zu guter Letzt noch aus Liebesnoth geschieht, im Minneliede ⁵³⁾; „die Befugniss sich und die seinigen in der Noth zu verkaufen, war

⁴⁵⁾ Tacitus, Germ. c. 24. . . . *ut quum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate ac de corpore contendunt.*

⁴⁶⁾ Wie mir mein Freund und College Maurer u. A. mit Hinweis auf die Graugans, Omagabälkr, cap. 1. S. 232 — 4, ed. Arnagnaeanae, Bd. I., und besonders Gulathinglay §. 71 mittheilt.

⁴⁷⁾ Leviticus, c. 25. v. 39—42, worunter v. 40 „*quasi mercenarius et colonus erit: usque ad annum jubilaenum operabitur apud te*“ mit obiger Stelle aus Varro sowie mit der Knechtesarbeit der nordischen Schuldgänger zu vergleichen.

⁴⁸⁾ Grimm, Rechtsalterthümer, S. 327, 5.

⁴⁹⁾ Grimm, a. a. O. S. 305. 11.

⁵⁰⁾ Grimm, a. a. O. S. 319. 35.

⁵¹⁾ z. B. lex Baju. 6, 3 — *ut nullum liberum liceat inservire . . . nisi ex spontanea voluntate se alicui tradere voluerit, hoc potestatem habeat faciendi*; — lex Fris. 11, 1 — *si liber homo spontanea voluntate vel necessitate coactus nobili seu libero seu etiam lito in personam et in servitium liti se subdiderit* — u. a. m.; bei Grimm a. a. O. S. 327, 5.

⁵²⁾ aus Posidonius, hist. X. bei Athenaeus (Sam. Petitus a. a. O. p. 255): πολλούς τινὰς ἑαυτῶν οὐ δυναμένους προϊστασθαι, διὰ τὸ τῆς διανοίας ἀσθενές, ἐπιδοῦναι ἑαυτοὺς εἰς τὴν τῶν συνειτωτέρων ὑπηρεσίαν, ὅπως παρ' ἐκεῖνων ἰυγγάνοντες τῆς εἰς τὰ ἀναγκαῖα ἐπιμελείας, αὐτοὶ πάλιν ἀποδιδῶσιν ἐξείνοις δι' αὐτῶν ἅπερ ἂν ὦσιν ὑπηρετεῖν δύνατοί.

⁵³⁾ „ich biute mich der vil schoenen zu eigen.“ Grimm S. 328. Anm.

ein leidiges allgemeines Recht; es galt im Norden wie bei den Griechen und in Asien“. ⁵⁴⁾

II.

Dass die *rerum obligatio* (Pfandhaft) wirklich eine *obligatio* sei — eine These, die sich nun doch mehr und mehr Bahn bricht ⁵⁵⁾ — kann durch nichts überzeugender dargethan werden als durch den Nachweis, dass die gemeinhin so genannte *obligatio* umgekehrt nichts Anderes als eine Art Pfandhaft sei. „Anstatt die *rei obligatio* immer im Lichte der *personae obligatio* zu betrachten, könnten wir einmal auch den umgekehrten Versuch machen und sagen, in der *rei obligatio* sei die Sache, in der *personae obligatio* die Person des Schuldners selbst das Pfand.“ ⁵⁶⁾ Und in der That ist die Person des *obligatus* noch heute Pfand; insoweit als sie noch heute „haftet“, ist sie noch heute Pfand; das Haften ist und bedeutet nichts Anderes als Pfandsein; sie haftet aber noch heute; *exsecutio* und *distractio* sind zwar auf ihre Pertinenz eingeschränkt, gehen aber noch immer durch die Person des Schuldners hindurch, die *persecutio* geht gegen die Person, und gegen ihr Vermögen geht auch die *exsecutio* und *distractio* nur insoferne es bis zu diesem Momente der Persecution noch wirklich zur Person des Schuldners gehört. ⁵⁷⁾ Es liegt eben gleichmässig in der *obligatio* schlechthin wie in allem Pfandrechte ein die ganze Natur und das ganze Recht des einen wie des anderen Institutes in sich bergendes Haften (*obligatum esse, teneri*) vor; und dieses enthält hier und dort ausschliesslich, unvertilgbar und dem Wesen nach unveränderlich ein Etwas (sachlich-äusserliches Fertiges) als Object, das haftet, — eine Leistung als Ziel, wofür jenes haftet, — einen *creditor*, an den geleistet werden soll und dem jenes Etwas haftet, — eine zum Recht des Gläubigers erhobene Gewalt über das Object, welche das Correlat der in der Haftung liegenden Passivität oder Unterworfenheit des haftenden Objectes ist, für den Fall, dass die Leistung schuldhafter Weise nicht erfolgt, zur Execution in das haftende Object wird, und insoferne (wenn Execution nicht erfolgen soll) die Leistung zu einem (bedingten) Leisten-Müssen (*dare facere oportere*) macht. So viel Gemeinschaft des Blutes und der Anlage sollte, dünkt uns, hinreichen, die beiderlei Obligationen als Sprossen Eines

⁵⁴⁾ Niebuhr, a. a. O. Bd. 1. S. 602.

⁵⁵⁾ S. neuestens Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, 1873, Abschn. VI. *Rei obligatio*, bes. S. 49 fg.

⁵⁶⁾ Meine Pandecten, 1. Aufl. S. 365.

⁵⁷⁾ S. oben I, 1 gegen Ende.

Stammes erscheinen zu lassen; der Umstand, dass hier immer noch unumgänglich die Person, dort unmittelbar Sachen haften, dass die Mittel, Actionen, in denen sich die Gewalt hier und dort offenbart und entwickelt, auseinandergehen, und dass endlich in die *rerum obligatio* des justinianischen Rechtes überall eine *personae obligatio* verwoben ist, während *personae obligatio* ohne *rerum obligatio* vorkommt, — das Alles begründet den Unterschied der Arten, negirt nicht die Gemeinschaft der Gattung. Insonderheit darf uns der Umstand, dass zur *rerum obligatio* nach justinianischem Rechte eine *personae obligatio* gehört⁵⁸⁾ und diese bis auf ein Gewisses als Principale von jener dasteht^{58*)}, nicht etwa um eben dieser Ueber- und Unterordnung willen glauben machen, dass jene begrifflich und organisch nicht ebenbürtig neben dieser zu stehen komme. Denn angenommen selbst, dass die *rerum obligatio* schlechthin ein blosses Accessorium zur *personae obligatio* wäre, so würde damit nur besagt sein, dass für dieselbe Leistung, wofür eine Sache haftet, stets eine Person haften müsse und dass *rerum obligatio* nur auf dem Grunde dieser *personae obligatio* denkbar sei; gleichwie nun aber eine *fidejussoria obligatio* nur auf dem Grunde der *principalis obligatio* denkbar, allein ihrer Natur und Anlage nach nichtsdestoweniger *obligatio* und mit der *principalis obligatio* gleichartig ist, so würde auch *rerum obligatio*, wenn sie bis zu demselben Grade Accessorium zur *personae obligatio* wäre, um dieser accessorigen Qualität willen ihre obligatorische nicht verlieren. Allein die accessorige Qualität der *rerum obligatio* geht nicht einmal so weit, dass diese überall nur insoferne bestünde, als zugleich eine Person haftet; *sua s conditiones habet hypothecaria actio* (l. 13 §. 4 D. pign. 20, 1), die Bedingungen der Pfandhaft können fortbestehen, indessen die der Personenhaft fehlen, so dass die Pfandhaft unabhängig von der Personenhaft besteht, oder dass, was eins ist, das *dare facere oportere* nur mehr *naturalis obligatio*, und zwar bis zu dem Grade wehrlos oder unverfolgbar ist, dass sie rechtlich völlig ohnmächtig wäre, wenn um derselben Leistung willen nicht zufällig *res obligata* wäre.⁵⁹⁾

Nur *a potiori* und *de facto*, sofern bei Verpfändungen meistens eine persönlich verfolgbare Schuld im Vordergrunde steht und deren Tilgung meistens durch Satisfaction (die *conditio* — Losung und Lösung der Pfandhaft) erfolgt, steht die Sachenhaft im Gefolge der Personenhaft. Also noch im justi-

⁵⁸⁾ L. 5 pr. D. pign. 20, 1.

^{58*)} L. 43 D. solut. 46, 3; vgl. übrigens meine Pandecten 1. Aufl. §. 78. S. 291. Windscheid, Pand. §. 225, 2. Bremer, Hypothek und Grundschuld, S. 67 fgg.

⁵⁹⁾ — *Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*; l. 59 ad. SC. Treb. 36, 1, l. 38 §. 5 D. solut. 47, 3, l. 13 §. 1 D. ad. SC. Vell. 11.

nianischen Rechte ist die Sachenhaft der Personenhaft nicht wesentlich untergeordnet. Im älteren Rechte aber zeigt die *praedium praediorumque obligatio* sofort im Namen die Coordination der Sachen- und Personenhaft. Dürfen wir überdies mit Mommsen annehmen, dass auf der Personenseite das, was wir Hauptschuld nennen, hier gar nicht vorkam, dass nur Bürgen und Grundstücke hafteten, dass derjenige, dessen Leistung durch Bürgen und Grundstücke gedeckt werden sollte, mit seiner Person selbst nicht haftete, wenn er nicht für sich selbst in die Haft eines *praes* eintrat ⁶⁰⁾ — ein Rollentausch, der noch in den justinianischen Quellen sein Analogon findet ⁶¹⁾ — so war *praediorum obligatio* eine Pfandhaft ohne selbstständig verfolgbare Pfandschuld. Vollends drängt das Bedürfniss der Neuzeit zur Emancipirung der Sachenhaft von der Personenhaft; unbekümmert um unsere Theoreme raffen sich Pfandbriefe und Immobilier-Hypotheken zur eingebornen Selbstständigkeit des Pfandrechtes auf; in der mecklenburgisch-ritterschaftlichen Hypotheken- und in der Stadtbuchordnung z. B. „ist die Selbstständigkeit der Hypothek, d. h. die Unabhängigkeit der Realobligation von der persönlichen Obligation als ein Fundamentalsatz des mecklenburgischen Hypothekenrechtes für das Gebiet der angeführten Gesetze ausgesprochen“ ⁶²⁾; die nunmehrige preussische Grundschuld ist nichts als eine selbstständige, von jeder Personenhaft abstrahirte Hypothek. ⁶³⁾

Indessen nicht sowohl dass das Pfandrecht Obligation, als dass die Obligation eine Art Pfandrecht sei, wollte dargethan werden, und wiederum würde auch das bei keiner anderen Form der Obligation so handgreiflich vorliegen, als beim Niebuhr'schen Nexum. Denn da war die Person des Schuldners oder etwa dessen, der sich für diesen in Haft begab, zur Sicherung des Guthabens im quiritarischen Eigenthum des Gläubigers, bis zum Verfalltage oft precaristisch auf freien Füßen ⁶⁴⁾, möglicherweise aber noch vorher ein Gegenstand der Detention, dann der Vindication, überhaupt der Persecution und Execution durch Knechtesarbeit oder *distractio*. Denkt man, dass neben dem Rechte des Gläubigers eine durch ausdrückliche oder stillschweigende Clausel bedungene Pflicht zur Freilassung im Falle richtiger und recht-

⁶⁰⁾ Th. Mommsen, die Stadtrechte von Malaga und Salpensa, aus dem III. Bande der Abhh. der k. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften, S. 471.

⁶¹⁾ L. 7 pr. ad SC. Maced. 14, 6; l. 5 pr. §. 1, D. lib. leg. 35, 4.

⁶²⁾ Meibom, das mecklenb. Hypothekenrecht, S. 13.

⁶³⁾ Die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht v. 5. Mai 1872, herausg. mit Einl. u. Comm. v. Alex. Achilles, Berlin 1873, S. 66, Anm. 5, u. die daselbst citt. Abhh. von Meibom, Bremer, Bähr, Werner, Förster.

⁶⁴⁾ Vgl. oben den Text über Anm. 42.

zeitiger Zahlung herlief, so fehlte zu den Grundzügen der *fiducia cum creditore contracta* nichts; der Umstand, dass der Verpfänder anstatt seiner Sache seinen Leib in Haft gab, ändert nichts im Wesen des Begriffes. Im Sinne des Niebuhr'schen Nexum war also die *obligatio* nichts Anderes als eine *fiducia cum creditore contracta*, eine Pfandhaft und ein Pfandrecht stärkster Formation, die *obligatio* ein fiduciarisches Eigenthum an der Person des Schuldners oder dessen, der sich für diesen in Haft begab.

Eine Art Pfandrecht an der Person des Schuldners zu sein, hörte aber die *obligatio* auch nach Abschaffung eines derartigen Nexum nicht auf; insolange Schuldcontract oder Delict eine Personalexecution nach sich zogen: mochte der Contract *stricti juris* oder *bonae fidei*, mochte *manus injectio* durch Judicat, Gesetz oder Privatdamnation vermittelt sein, immerhin war die Person des *obligatus* doch in der That ein Pfand für Erfüllung der entweder sofort vorhandenen oder erst unter gewissen Eventualitäten entstandenen Schuld, ein Pfand, das der „Hand“ des Gläubigers freilich nicht sofort untergeben, dagegen ihr immerhin „ausgesetzt“ und also der Hypothek vergleichlich war. Doch hält die Vergleichung mit der Hypothek, näher betrachtet, nur insoweit Stich, als die Person des *obligatus* nicht sofort weder in den Besitz noch in das Eigenthum des Gläubigers überging; die positive Wirkung der hypothekarischen Verpfändung, dass der Gläubiger sofort aus dem Vertrag ⁶⁵⁾ ein dingliches Recht hat und die Sache unter Umständen denn auch noch vor dem Verfalltag wider jeden Besitzer vindiciren kann ⁶⁶⁾, dass er die Sache also nicht erst zu pfänden braucht, sondern als eine ihm verpfändete vorherein zu Pfand hat, traf nicht zu; vielmehr gelangte die Person erst durch Pfändung (*manus injectio*) in das dingliche Recht des Gläubigers, war also nicht Pfand wie die Hypothek, sondern Pfand wie das *pignus manifestarium* ⁶⁷⁾, ausgesetzt nicht zur Vindication, sondern zur Pfändung. Noch durchgreifender können wir sagen, dass es innerhalb der *personae obligatio* niemals zu einem dem *jus in re* des Pfandgläubigers entsprechenden *jus in persona* des Personengläubigers gekommen ist. Während die *rei obligatio* sich in dem Maasse, als sie sich vom Besitz und Eigenthum an der Sache trennte, als ein dem Eigenthum entgegengesetztes Recht herausbildete

⁶⁵⁾ L. 19 pr. D. damn. inf. 39, 2; cf. l. 13, §. 3 D. pign. 20, 1, l. 17, eod. l. 18 C. pign. 8, 4.

⁶⁶⁾ L. 14 pr. D. pign. 20, 1.

⁶⁷⁾ L. 9 D. in quib. caus. pign. fac. contr. 20, 2. *Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum quae ex conventionem manifestarii pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata non possumus etc.*

war die *personae obligatio*, so lang überhaupt die Person selbst und ganz haftete, stets Eigenthum, entweder eines, in das die Person sofort mit der Obligirung (Niebuhr'sches Nexum), oder eines, in das sie erst durch Pfändung (*manus injectio*) verfiel; was letzterenfalls zwischen der Obligirung und Pfändung in der Mitte lag, war (wie beim *pignus manifestarium*) nichts Anderes als ein mehr oder weniger bedingtes, durch mehr oder weniger Processstufen zu läuterndes Recht zur Pfändung. Damit wird es zusammenhängen, dass innerhalb der *personae obligatio* kein ordentliches Prioritäts- oder Potioritätsrecht, sondern nur *privilegia exigendi* aufkamen; denn die Priorität des Pfandrechtes entwickelt sich erst mit der *actio, formula hypothecaria* ⁶⁸⁾ oder dem dem Sachenpfandrechte eigenen *jus in re*.

Eine Persecution, welche wie die *pignoris persecutio* auch noch *exsecutio* und *distractio* enthielte, gibt es gegen die Person nach justinianischem Rechte nicht mehr; die Persecution der Person geht nur bis zum Judicat oder gerichtlichen Geständniss, und gleitet von da in deren Vermögen ab; zum „Pfand“ wird letzteres nach der Sprechweise der Quellen allerdings erst dann und nur insoweit, als es (kraft obrigkeitlicher Vollmacht) gepfändet oder in Beschlag genommen wird (*pignus in causa judicati captum* — *pignus praetorium s. missio in possessionem*), so dass es erst jetzt, nicht vom Augenblicke der *obligatio* an, auch nicht durch den Schuldner, sondern durch höhere Machtvollkommenheit verhaftet zu sein scheint, und beide Pfandweisen, *missio in possessionem* und *pignoris capio*, von den Unsrigen denn auch unter den gemeinen Pfandbegründungen, getrennt von der *obligatio*, nicht als ein Bestandtheil der *obligatio*, vorgetragen zu werden pflegen. Allein daneben konnte doch nicht verkannt werden, dass diese Pfänder sich von den gemeinen merklich unterscheiden: dass letztere zunächst zur Sicherheit, weil eventuell zur Satisfaction dienen, während jene sofort zur Satisfaction genommen werden. ⁶⁹⁾ Von ihnen kann man kaum mehr sagen, dass sie haften, sondern fast nur mehr, dass sie herhalten, büssen, prästiren; die Sicherheit lag von dem ersten Augenblicke der Obligation an nicht in diesen bestimmten und einzelnen jetzt gepfändeten Vermögensstücken — die damals vielleicht noch gar nicht existirten, oder doch nicht zum Vermögen des Schuldners gehörten, — sondern (wenn nichts daneben verpfändet war) lediglich in der Person des Schuldners, in seiner moralischen und pecuniären Eigenschaft, in seinem Vermögen, so weit sich hoffen liess, dass ein solches, wenn Noth an Mann käme,

⁶⁸⁾ S. z. B. 1. 12, pr. D. qui pot. 20, 4.

⁶⁹⁾ Meine Pand. 1. Aufl. S. 232, 4: „Hier handelt es sich nicht mehr um Sicherung der Schuld.“

zu seiner Person gehören werde. Da nun die volle Haftung beides in sich schliesst, anfängliche Sicherheit und nachherige Satisfaction, *pignus judiciale* und *praetorium* aber blosser Satisfaction bezwecken, sind sie in Wahrheit nicht mehr Species einer vollen Haftung, namentlich der gemeinen Pfandhaft, sondern das blosser Schlussstück einer ganzen Haftung, und zwar der persönlichen Haftung oder der *obligatio* schlechthin. Ungefähr so, wie, wenn einst *invecta* und *illata* durch blossen Pfändungsvertrag⁷⁰⁾ dem Verpächter oder Vermiether zur Sicherheit ausgesetzt waren, ein wandelbarer Complex von Sachen zur Sicherheit, die schliesslich gepfändeten Inventarstücke nur mehr zur Satisfaction dienten, diese Pfändung und Pfänder aber einen letzten Act und Theil der gesammten Verhaftung der *invecta* und *illata* bildeten, so ist die gerichtliche Auspfändung von Schuldnern nur der Schlussact in der Entfaltung der durch jede *obligatio* gegebenen Personenhaft. Daran darf uns nicht irre machen, 1. dass diese Sachen durch keinen Vertrag der Parteien und, so weit wir wissen, auch durch kein Gesetz zu Pfand oder Pfändung ausgesetzt sind; genug dass der Schuldner überhaupt obligirt ist; wenn dieses Wort kein Spiel ist, so muss im Moment der Obligirung etwas haftbar geworden, d. h. bestimmt worden sein als das, was für den Fall, da die Leistung ohne Lösung der *obligatio* ausbleibt, pfandartig zur Satisfaction dient und eben darum pfandartig Sicherheit gewährt, und zwar muss, wenn anders „er“ obligirt ist, auch „er“ haften, zum Mindesten mit seiner Pertinenz, wenn nicht mit seiner Person selbst; die Haftung des Vermögens und irgend eine schliessliche Realisirung derselben ist also durch die Realität der *obligatio* selbst geboten; statt durch Gesetz oder Vertrag, ist die Pfandhaftigkeit auch der modernen *obligatio* durch die Natur der Sache selbst (*naturali ratione*) begründet. 2. Ebenso wenig darf man daraus, dass dem Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners bis zur Einweisung oder Auspfändung keinerlei Recht oder Vorrecht erwächst, dass dieser nicht nur veräussern, sondern auch verpfänden kann, während nach einmal erfolgter *rerum obligatio* die Veräusserung nicht mehr schlechthin, die weitere Verpfändung aber *jure communi* nur unbeschadet des früheren Pfandrechtes möglich ist — etwas gegen die Pfandartigkeit der obligatorischen Haftung folgern; denn diese Exklusivität gehört nur zur *rerum obligatio* engeren Sinnes, bei welcher

⁷⁰⁾ Vgl. Anm. 67 die *conventio manifestarii pignoris*, dazu das *conventionis legem exercere*, welches in Gestalt einer Pfändung (*auferre, abducere*) erfolgt (l. 3 C. pign. 8, 14), das „*pigneri sunt*“ in den Verträgen bei Cato r. r. c. 146—150 und die Aufstellung des Interdictum Salvianum zur Unterstützung der Pfändung in Betreff derjenigen *res coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset* (Gaj. 4, 147).

dem Gläubiger (wenn *corpora* verpfändet sind) ein *jus in re* zusteht, nicht auch zu demjenigen Pfandrecht, das in blossem Pfändungsrechte besteht (*pignus manifestarium*)⁷¹⁾, also nicht zum Pfandrechte überhaupt oder zum Wesen des Pfandrechtes. 3. Endlich beruhte *missio* und *pignus in c. j. captum* auf magistratischer Machtvollkommenheit, so dass also was wir oben als blosses Schlussstück in der Entfaltung der *obligatio* oder persönlichen Haftung bezeichnet haben, nicht aus dieser heraus, sondern von aussen zu ihr hinangewachsen zu sein scheint. Indessen muss man bedenken, dass die Person mit ihrem Vermögen natürlich und rechtlich zusammenhängt, die Trennung beider, woferne sie gegen den Willen der Person erfolgen soll und kein Fall vorliegt, in welchem dies durch Gesetz oder Sitte gebilligt ist⁷²⁾, etwas Ausserordentliches, und wenn nicht kraft Gesetzes, nur kraft der obersten Gewalt und unter deren Verantwortung und Deckung vollführbar ist. Darum sind *pignoris capio* und *missio „imperii magis quam jurisdictionis“*⁷³⁾; darum beiderlei Interventionen nur ein Beleg dafür, dass die in der *personae obligatio* gelegene Vermögenshaftung mit Abtrennung des Vermögens von der Person ohne den Magistrat nicht exequirbar, nicht dass sie ohne ihn nicht begründet und *ipso jure* noch vor ihm vorhanden ist. Allem Anschein nach sind diese Vermögensexecutionen durch die Prätores aufgekommen, da gesetzlich Execution in die Person noch lange bestand⁷⁴⁾, ein Gesetz für separate Vermögensexecution dagegen ausser den Fällen der *legis actio per pignoris capionem* nicht bestand, die Ablenkung der das Vermögen mit umschliessenden persönlichen Haftung auf das blosses Vermögen also der magistratischen Intervention bedurfte.

Bleibt also die (*personae*) *obligatio* allen sonstigen Aenderungen gegenüber eine pfandartige Haftung, so wird man endlich davon abkommen, den Ausdruck *rerum obligatio* als blosses Metapher oder Spielerei zu bezeichnen und zu behaupten, dass die von den Quellen tausendfältig so genannte *pignoris, rei obligatio* keine *obligatio* sei. Mehr und mehr wird es klar werden, dass diese Behauptung gleichbedeutend sei mit der, dass die Pfandhaft keine pfandartige Haftung sei. Denn *obligatio* selbst und überhaupt, auch die der Person, ist wesentlich nichts als Pfandhaft.

⁷¹⁾ Anm. 67, 70.

⁷²⁾ *Legis actio per pignoris capionem*. Gaj. 4, 26—29.

⁷³⁾ L. 1, 1. 4 D. jurid. 2, 1 1. 1—3 C. *si in causa judicati pignus captum sit*. D. reb. auct. jud. possidendis, seu vendundis 42, 5.

⁷⁴⁾ Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. 2. §. 113. Anm. 3—6.

III.

Man hat unseres Wissens nicht zu widersprechen vermocht, dass in den Quellen nicht jede *obligatio* auch schon *debitum*, *aes alienum*, *nomen* heisse, und dass gut deutsch nicht jede Verbindlichkeit, Haftung auch schon eine „Schuld“ sei.⁷⁵⁾ Der würde ein schlechter Inventator sein, welcher unter seinen oder Anderer Leute Passiven die zu *Commodat*, *ad depositum* oder zu Pfand genommenen Sachen, oder die Pachtzinse künftiger Jahre, oder künftig mögliche Auslagen seines Mandatars, Socius u. s. f. auführte, schätzte und vom Activstand in Abzug brächte; und doch ist er in Ansehung jener Sachen, Zinse, Auslagen obligirt und schon jetzt haftbar. Auch ist der Unterschied nicht ohne practischen Belang. Praktisch ist, dünkt uns, schon das, dass Obligationen, die keine oder noch keine Schulden sind, wie bemerkt, kein Minus im Vermögen des Obligirten bilden. Gewisse Lösungen, wie die durch Kündigung, *mutuus dissensus*, Tod gelten (vom Untergang der Strafschulden durch den Tod abgesehen) nur für die Obligationen, die keine Schulden sind; das Ding was durch Tod, Kündigung, Ende des Geschäftes im Mandat, durch Tod, Kündigung, Ende des Geschäftes, *actio* in der Societät, durch Zeit, Kündigung, Unbrauchbarkeit der Sache in *locatio conductio rerum*, durch *mutuus dissensus* beim Kaufe etc. gelöst wird, ist, wenn die Sprache nicht zum Verbergen der Dinge da ist, nicht das Mandats-, Societäts-, Pacht-, Kaufs-Verhältniss⁷⁶⁾, auch nicht das Mandat, die Societät, der Contract schlechthin⁷⁷⁾, sondern die durch diese Contracte begründete, vorhandene, aber noch nicht in Schulden übergegangene Obligation, Haftung. Die Schulden haben ihre bestimmten *modi tollendi*⁷⁸⁾, und die vornehmsten von diesen, wie Zahlung, Compensation, Novation, Acception und *pactum de non petendo* gehen nicht auch auf blosse Haftungen. Gehen die Quellen darin, ob durch den *dies* in Contracten die *obligatio* selbst oder blos *petitio* aufgeschoben werde, auseinander, so können sie das eine Mal an die weitere Haftung, das andere Mal an die Schuld denken; denn haftbar ist der Obligirte schon jetzt, schuldig erst dann.⁷⁹⁾

⁷⁵⁾ Vgl. meine Pand. 1. Aufl. S. 374 fgg.

⁷⁶⁾ z. B. Puchta, P. §. 325: „Das Mandatsverhältniss . . . hört auf.“

⁷⁷⁾ z. B. Puchta, P. §. 369: „Die *locatio conductio* endigt sich.“ §. 372: „Die Societät wird aufgehoben.“

⁷⁸⁾ L. 44, §. 1. D. o. et. a. 44, 7. — *quod alii deberi coepit, certis modis desinit deberi*, — §. 3. J. v. o. 3, 16 — *ad tempus non potest deberi* (wohl *ex locato, conducto, societate, mandato* haften).

⁷⁹⁾ z. B. l. 16 D. lib. leg. 34, 3 — *quidquid mihi* (der *ex locato* Haftende) *dare facere oportet oportebitve*, — l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4, — *eo tempore quo nondum quidquam pro conductione deberetur*.

Was man „beschränkt“ einseitige Contracte nennt, sind so unbeschränkt gegenseitige Contracte wie *emptio venditio*, *locatio conductio*, woferne man sich nur damit begnügt, dass die obligatorische Wirkung in einer *obligatio* oder Haftung überhaupt und nicht gerade in Schulden bestehe. Denn der Deponent haftet von allem Anfange an so wesentlich, so unbedingt wie der Depositär; der Mandant, der *dominus negotii*, der Pupille, der Commodator, der Faustpfandgeber so wesentlich und unbedingt wie der Mandatar, Gestor, Tutor, Commodatar, Faustpfandgläubiger; sie haften, sind obligirt von wegen etwaiger Auslagen und gewisser Schäden; nur dass ihre Obligationen auch schon Schulden seien, kann man nicht sagen. Ist ein Contract, Quasicontract einseitig obligirend, wie das Darlehen, das Vermächtniss, die grundlose Bereicherung, dann ist die Obligation vornherein Schuld, gleichwie die stets einseitige Delictobligation, während die den gegenseitigen Contracten, Quasicontracten entspringenden Haftungen vielleicht niemals sofort Schulden sind, sondern erst nachträglich zu Schulden erwachsen können, müssen. Denn selbst vom Kaufschillinge kann man vielleicht sagen, dass er nicht sofort, sondern nur unter der Bedingung Schuld sei, dass die Gegenleistung erfolgt oder offerirt wird. Von den Haftungen aus den übrigen Consensual- und aus den gutgläubigen Realcontracten aber ist es gewiss, dass sie nicht sofort Schulden sind; dass er für *culpa* haftet, trägt der Mandatar u. s. f., bevor er *culpam* begangen, nicht unter seinen Schulden vor; dass ihm der Mandant für Auslagen haftet, nicht unter seinen Forderungen, bevor er sie gemacht hat. — Ob aus der Haftung Schulden erwachsen, ob sich z. B. aus dem Mandat ein Guthaben diesseits oder jenseits herausstellen werde, ist beim Abschlusse des gegenseitigen Contractes noch „ungewiss“. ⁸⁰⁾ Aus den gegenseitigen Geschäften rührt aber noch ein weiteres *incertum* her. Die Gegenseitigkeit der Haftung führt nämlich auch gegenseitige Rücksicht mit sich; Keiner darf einseitig, ohne zu fragen was er schuldig geworden, eintreiben was man ihm schuldig geworden; vielmehr ist keiner dem Anderen mehr schuldig, als nach Abzug der gegentheiligen Schuld übrig bleibt. So wird das Resultat des gegenseitigen Contractes, Quasicontractes leicht zu etwas Ungewissem; trotzdem Schulden erwachsen sind, kann gleichwohl unsicher sein, ob eine solche und von wem sie existire; um das zu sagen, muss oft erst geschätzt, erst abgewogen und abgezogen werden. Diese doppelte Ungewissheit, einmal ob aus solchem Contracte überhaupt Schulden erwachsen werden, dann die, ob, wenn es zu Schulden gekommen ist, ein Saldo für diesen oder jenen Theil, von dieser

⁸⁰⁾ Vgl. l. 10 D. r. cr. 12, 1 — *creditam non esse . . . quoniam debitum iri non est certum* — Gaj. 3, 24, 1. 1 § 6 D. pec. const. 13, 5.

oder jener Grösse bestehen werde: beides — nicht der Mangel eines bestimmten Contractsnamens — macht die gegenseitigen Contracte, Quasicontracte zu *incerti contractus*.⁸¹⁾ — Diese Ungewissheit hat aber auch zur Aufstellung der *b. f. judicia* geführt: Kläger soll nicht gezwungen sein, sich, etwa *cum periculo*, als den Restgläubiger, überhaupt oder mit bestimmter Summe, zu behaupten und hinzustellen, sondern es dem Richter überlassen dürfen, ob und was für ein Saldo sich für ihn, den Kläger, unter Berücksichtigung der beiderseits in Rechnung gebrachten Posten ergebe. Freilich, hält er sich sicher, ist ihm so und so viel gewiss, so mag er die einseitige Schuldklage (*condictio*) stellen; auch aus *b. f. negotiis* kann *condictio* werden, wenn und so weit (nach Abzug der Gegenschuld *ex eodem negotio*) schuldig ist.⁸²⁾ Aus blosser Haftung, ohne Schuld, gibt es keine Klage, auch nicht *b. f. actionem*. Mit Ausnahme der Präjudicien gehen alle Klagen auf Schuldigsprechung (*condemnatio*). — Es gibt Schulden, die wirklich natürlicherweise aus den Haftungen herauswachsen: dadurch, dass der *dolus*, die *culpa*, die Auslage, die Perception, Eviction etc., um derentwillen man haftet, in Wirklichkeit eintritt; es gibt aber auch gemachte, künstlich gemachte Schulden; Verbal- und Literalcontracte gehen darauf aus, die Schuld von ihrer natürlichen Ursache, den vorausgegangenen Contracten und Haftungen, abzuschneiden und Processes und Beweises halber sie auf das formale Wort, den geschriebenen Buchstaben zu stellen (*nomina facere*). — Aber wo fangen wir an, wo hören wir auf? Anfang und Ende, das Geschäft und der Process, der ganze Bau und Begriff der Obligationen ist von dem Unterschiede der blossen Haftungen und der Schulden durchwoben und erfüllt. Trotzdem verfahren die Compendien, Monographien und Abhandlungen über die Obligationen, als ob derselbe nicht bestünde. Instinctiv unterscheidet die Sprache; wir Juristen unterscheiden nicht; — die Quellen folgen dem Unterschied durch die That, in der Gegenseitigkeit und Einseitigkeit, in dem Unterschied der Actionen, in den *solutiones et liberationes*, in dem *certum* und *incertum* der Contracte; wir sind mehr geneigt, all das auf Antiquität als auf den in der That eingeborenen Unterschied in dem *vinculum obligationis*, eines engeren und weiteren Verschlusses, zurückzuführen.

Trachten wir hier nun aber anstatt wie früher die Merkmale⁸³⁾ nunmehr den Grund und das Wesen dieses Unterschiedes zu fassen, so muss zuvor bemerkt werden, dass derselbe sich darauf, dass man in dem einen Falle zu Geld, in dem

⁸¹⁾ Meine Pand. 1. Ausg. S. 377 fgg.

⁸²⁾ z. B. I. 31, §. 1 D. dep. 16, 3; meine Pand. S. 383 fgg.

⁸³⁾ a. a. O. meiner Pandecten, 1. Aufl. S. 374 fgg.

anderen zu etwas Anderem obligirt ist, und dass die „Schulden“ Geldobligationen seien⁸⁴⁾, nicht zurückführen lässt, so wenig auch verkannt werden will, dass eine Wechselwirkung zwischen Geld und Obligationen strenge bestand⁸⁵⁾; denn das Ding, wofür z. B. der Mandant, Deponent, Commodator haftet, wird überall Geld sein, und dennoch ist die Obligation des Mandanten etc. nicht auch schon Schuld. Für die Phasen oder Stadien, die eine Obligation möglicherweise zu durchlaufen hat, und darum denn auch für unseren Unterschied bedeutsamer dagegen wird jedenfalls die Thatsache sein, dass jenes Müssen (*dare facere oportere*), welches der Ausdruck für den durch die Haftung erzeugten Zwang (*vis compulsiva*) ist⁸⁶⁾, bald eine mit der Existenz der Haftung, *obligatio*, entschiedene, bald eine in diesem Augenblicke noch unentschiedene, von künftigen und ungewissen Ereignissen abhängige *necessitas* ist. Mit dem Unterschiede des bedingten und unbedingten *Contractes* darf dieser Unterschied des sofort entschiedenen und des noch unentschiedenen Müssens nicht vermengt werden. Denn er kommt nicht bloß in den *Contracts*- sondern auch in den *Quasicontracts*-Obligationen vor, während bei letzteren von keiner *conditio* die Rede sein kann; er ist unabhängig von der Abmachung der Parteien, während die *conditio* auf Abmachung beruht; er fällt nicht mit Sein und Nichtsein der Haftung, *obligatio* selbst zusammen; letztere ist existent, und zwar unbedingt existent, trotzdem das Müssen noch unentschieden ist, während bei bedingtem *Contract* die Haftung, *obligatio* selbst bedingt wäre. Auch auf eine *juris* oder *tacita conditio* darf derselbe nicht zurückgeführt werden, wenn unter den *tacitae conditiones* anders solche verstanden sind, welche zur *Perfection* eines Geschäftes gehören. Denn selbst wenn wir an eine Geschäftsobligation, z. B. ein Mandat denken, ist davon, ob der Mandant zahlen muss, nicht die *Perfection* des Geschäftes, des Mandates, sondern etwas ganz Anderes abhängig. Fragen wir nämlich weiter nach der practischen Bedeutung unseres Unterschiedes, so will der Umstand, dass das Müssen noch unentschieden ist, sagen, dass der Obligirte um deswillen, weil er nicht leistet oder nicht geleistet wird, noch nicht interpellirt, geklagt, geschweige denn judicirt und exequirt werden kann, dass er also (mit seinem Vermögen) wohl schon Sicherungs-, aber noch nicht *Persecutions-* oder *Satisfactions-*object ist — was er Alles ist, wenn das Müssen entschieden und die Leistung gleichwohl im Ausstande ist. Also nicht Sein oder Nichtsein der Obligation selbst, sondern nur eine gewisse Qualität der Obligation oder Haftung, ob sie vorerst

⁸⁴⁾ Windscheid, Pand. §. 251 a. Anm. 2.

⁸⁵⁾ Gaj. 4, 171, 19.

⁸⁶⁾ S. oben zu Anm. 16.

blosse Sicherung, Deckung, oder auch schon Zufriedenstellung ist, oder eine Metamorphose der Haftung aus der Deckung zur Satisfactionshaft, hängt mit dem Unterschiede des entschiedenen und unentschiedenen, oder mit dem Momente des sich entscheidenden Müssens zusammen. So sind es denn auch, wie bemerkt, nicht *juris* oder *facti conditiones*, welche diese Pendenza begründen, keine Eventualitäten, welche die Obligation selbst pendent machen, namentlich keine *facti conditiones*, welche Ungewissheiten da machen, wo sonst keine wären, sondern Unsicherheiten, welche von selbst da sind, Unsicherheiten, um derentwillen die Haftung statuiert, nicht conditionirt wird. Ob Eviction platzgreifen, ein gewisser Mangel zu Tage treten, ein *dolus*, eine *culpa* begangen, Auslagen oder Einnahmen gemacht werden, sind Unsicherheiten, welche in der Erfüllung gemachter Versprechungen, oder in der Ausführung übernommener Geschäfte naturnothwendig obwalten, den Kauf, Mandat, Societät, kurz alle gegenseitigen Contracte untrennbar begleiten und eben deswegen, weil sie sich zum Nachtheil des einen oder anderen Theils entscheiden können, ausdrücklich oder stillschweigend in die beiderseitigen Haftungen aufgenommen werden, indem von wegen der Möglichkeit, dass der Schade platzgreife, sich Einer dem Anderen mit seinem Vermögen sofort und unbedingt zur Sicherheit, und für den Fall, dass jene Möglichkeit zur Wirklichkeit umschlagen sollte und Einer dem Anderen dafür leisten müsste und aber nicht leistete, zur Satisfaction verhaftet.

Mit dieser Pendenza oder Existenz des Müssens, mit diesen Phasen und Metamorphosen der Haftung ist nun aber, wenn wir nicht irren, auch der weitere und engere Begriff der *obligatio*, der Haftungen überhaupt und der Schulden insbesondere gegeben. Sofern das Müssen entschieden, und also der Obligirte mit seinem Vermögen, wofern er nicht leistet, Satisfactionsobject ist, liegt eine Schuld vor, sei der Entscheid von allem Anfang da, wie bei den einseitigen Contracten und Quasicontracten, wenn sie nicht eigens bedingt sind, oder erst nachträglich eingetreten, wie dies je nach dem Gang der Erfüllung oder der Geschäfte bei den gegenseitigen Contracten und Quasicontracten der Fall ist. Bis zu diesem Entscheid ist die *obligatio* blosse Haftung, noch nicht *debitum*, der Obligirte erst zur Sicherheit, noch nicht zur Satisfaction verhaftet. Vorher ist denn auch keine Klage möglich. Je nach der Auffassung und dem Rechte des *dies* kann bei betagten Contracten eine Schuld da, und die Klage aufgeschoben sein⁸⁷⁾; dass dagegen eine *obligatio* noch nicht Schuld und aber gleichwohl

⁸⁷⁾ S. oben zu Anm. 79.

klagbar sei, kommt nicht vor; undenkbar kann der Obligirte belangt werden, bevor entschieden ist, ob geleistet werden muss.

Aber der Depositär, ist er nicht in der Lage derer, gegen die man „sofort“ und jederzeit klagen kann, trotzdem wir eingangs angenommen haben, dass er nicht sofort eine „Schuld“ habe? und muss man nicht sagen, dass er jeden Augenblick restituiren müsse, jenes Müssen also von Anfang entschieden und eine Schuld dennoch nicht da sei? und verhält es sich ähnlich nicht bei allen auf Rückgabe einer Species gerichteten Contracten? Und allerdings wären wir, wenn Depositär in der That vom Momente der Deponirung an und allein um ihretwillen restituiren müsste, belangbar und condemnirbar würde, in der Verlegenheit, entweder in der *obligatio* des Depositärs sofort eine „Schuld“ annehmen, oder aber widerrufen zu müssen, dass mit jedem entschiedenen Müssen auch schon eine Schuld da sei. Allein mit der bekannten Controverse, wann hier und in ähnlichen Fällen *actio nata* sei, ist all das bestritten, und was mehr sagen will, auch in Wahrheit bestreitbar, ja unhaltbar. Allerdings stand bei Julian geschrieben, dass Deponent „sofort“ klagen könne⁸⁸⁾; allein damit war nicht gemeint, dass Depositär sofort, durch die Gefälligkeit, mit der er das Depositum übernommen, „in Schuld“ und condemnirbar, sondern nur dass Deponent durch nichts gehindert sei, das Depositum sofort zurückzuverlangen und, wie natürlich, zu klagen, wenn dem Verlangen nicht stattgegeben werde; nicht unmittelbar, durch Empfangnahme, sondern mittelbar dadurch, dass er die Rückgabe, Verlangens ungeachtet, verweigert, kommt Depositär in Verschuldung und Schuld.⁸⁹⁾ Dadurch dass er die Sache übernommen, ist eine Haftung für Gewahrsam übernommen; unmöglich kann unbedingt restituiren müssen, oder eine Schuld dadurch begehen, dass er nicht von selbst restituirt, wer für Aufbewahrung haftet; ihm wird man keinen Vorwurf machen können, wenn er alsbald wieder zurückstellen will, aber auch keinen, wenn er mit der Restitution zuwartet bis auf Verlangen. Wird Geld mit Gebrauchsgestattung deponirt, so liegt kein *creditum* vor, so lange der Depositär von dem Geld keinen Gebrauch macht; deswegen, weil anoch unentschieden ist, ob ein *debitum* da sein werde.⁹⁰⁾ Nur wenn Deponent zurückverlangt, es sei nun geziemend, zunächst aussergerichtlich, oder ungeziemend, durch sofortige Klagerhebung, dann muss Depositär zurückgeben, dann ist er in Schuld, wenn er nicht zurückgibt, dann haftet er nicht mehr blos zur Sicherung dafür, dass er resti-

⁸⁸⁾ L. 1 §. 22 D. dep. 16, 3.

⁸⁹⁾ L. cit. . . . *Hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod repositi rem non reddat.*

⁹⁰⁾ L. 10 D. reb. cred. 12, 1.

tuire, sondern zur Satisfaction dafür, dass er nicht thut, was er muss, dann ist seine *obligatio* Schuld, Inhalt und Gegenstand seiner *obligatio* nicht mehr blos die Restitution der fremden Sache, sondern die Prästation von Geld, von der er sich freilich bis zur Condemnation durch Naturalrestitution freimachen kann.

Halten wir demnach für genügend erörtert, dass der Begriff der Schulden und ihr Unterschied von Verbindlichkeiten weiteren Sinnes mit dem Begriff der Haftung und deren Phasen zusammenhänge, so möge noch ein Wort 1. über die Schulden an sich, 2. ein Blick auf das Pfandrecht nicht als überflüssig erscheinen.

Ad 1. Da wir die Schuld einerseits mit der Haftung, andererseits mit einem Leistenmüssen in Verbindung gesetzt haben, so fragt sich, was die Schuld sei: ob das Leistenmüssen (*dare facere oportere*), oder die Haftung, oder sonst etwas? Indessen ist das Leistenmüssen, wie schon bemerkt, nur ein Ausdruck für den bewegenden Zwang zur Leistung, dieser Zwang selbst aber nur das moralische Product der zur Satisfactionshaft gesteigerten *obligatio* (dass *obligatus* mit seinem Vermögen hergenommen werden kann, wenn er nicht leistet), das Leistenmüssen also mit der vollen Haftung unzertrennlich verbunden. Liegt also in der „Schuld“ ausgesprochen, dass Jemand leisten muss (und das wird Niemand in Abrede stellen wollen), so liegt in derselben nothwendig mit ausgesprochen, dass Jemand dafür, dass er nicht leistet, mit seinem Vermögen aufkommen muss; oder: in der „Schuld“ ist das Leistenmüssen (*dare facere oportere*) und das dafür Aufkommenmüssen (*pecunia luere praestareque oportere* ⁹¹⁾, Satisfactionshaft) in Eins verbunden. Darum ist wer eine Schuld hat seinem Gläubiger stets mit einem gewissen oder einem erst noch zu bestimmenden Betrage ⁹²⁾ seines Vermögens verfallen, sei nun was er leisten muss in seinem Vermögen, oder eine fremde Sache und dem Gläubiger gehörig, oder ein blosses *facere*; allein in den beiden letzteren Fällen kann sich der Schuldner theils in Folge des Grundsatzes, dass *omnia judicia liberatoria* seien ⁹³⁾, theils vermöge der Restitutionsclausel in der *actio arbitraria* ⁹⁴⁾ durch Restitution ohne Minderung des eigenen Vermögens von Schuld und Haft befreien.

Ad 2. Die Stammverwandtschaft zwischen *personae* und *rei obligatio* bewährt sich auch darin, dass der Unterschied weiterer und engerer Haft und zwar mit ähnlichen Merkmalen, Ursachen und Wirkungen wie bei der *personae obligatio* auch

⁹¹⁾ cf. l. 9 §. 2 D. statut. 40, 7.

⁹²⁾ Gaj. 4, 49—51.

⁹³⁾ Gaj. 4, 114.

⁹⁴⁾ §. 31. J. act. 4, 6.

innerhalb der *rei obligatio* vorkommt. Ein Pfandrecht kann existent, unbedingt vorhanden, und präsent sein, allein das Pfand ist noch nicht *persequirbar*, geschweige denn *exequirbar*⁹⁵⁾; wie die *personae obligatio* ist *rei obligatio* zwar bereits zur Sicherung dafür da, dass die durch das Pfand garantirte Leistung erfolge, aber noch nicht zur Satisfaction dafür, dass die Leistung nicht erfolgt ist. Denn der Fall ist derselbe wie bei der *personae obligatio*: der, dass noch nicht geleistet werden muss, es sei nun, dass das Pfand für eine künftige, oder noch nicht fällige, oder für eine bedingte Schuld besteht. *Sane quidem obligatio contracta intelligitur, praestatio vero adhuc nulla est*⁹⁶⁾ ist eine Devise, welche gleichmässig für die Sachen wie für die Personenhaft gilt und die Krise zwischen Haftung und Schuld schlagend bezeichnet. Nur muss man, dass *obligatio* nicht überall schon *debitum* sei, zuvor wissen.

In dem guten Worte Haftung liegt Alles: die Körperlichkeit des Objects, die Gemeinschaft von Obligation und Pfandrecht, die Spannung und Anspannung der Haftung zur Schuld. In der Haftung liegt der Begriff der Obligation und seine Restauration.

⁹⁵⁾ z. B. l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4.

⁹⁶⁾ Gaj. 4, 131.