

Die
Culpa des Römischen Rechts.

Eine civilistische Abhandlung

von

D. Johann Christian Haffe
ordentlichem Professor der Rechte zu Königsberg.

Kiel

in der academischen Buchhandlung

1815.

V o r r e d e .

Das Buch, welches ich diesmal in die Welt ausgehen lasse, ward einem großen Theile nach in einer Zeit gearbeitet, da in nicht gar vielen Seelen sich die Hoffnung rege erhalten, daß die Wissenschaft auch noch fernerhin um ihrer selbst willen freudige Pfleger und liebende Anhänger finden werde, und daß das Gute nur gewagt seyn wolle, um auch endlich zu gelingen. Seitdem hat aber diese Hoffnung wieder frische junge Knospen getrieben, und der Freund der Wissenschaft darf wieder frey aufathmen, und froh seyn, daß der schwere Traum ihn verlassen hat.

Auch in dieser Schrift habe ich, ohne streitsüchtig zu seyn, hie und da eine ausführliche Polemik nicht vermeiden können. Die literarische Klopffechteren, welche eine Zeit lang unter uns an der Tagesordnung war, ist mir immer von Grund des Herzens verhaßt gewesen, und ich könnte sehr viel thun, um selbst den

V o r r e d e.

Scheint einer selbstsüchtigen Absicht gegen meine Vorgänger zu meiden — nur freylich mußte die Rücksicht auf Einzelne immer der Sache nachstehen. Wer ohne Unruhe und Befangenhait durchlesen will, was ich geschrieben habe, wird sich leicht überzeugen, daß dieß Bekenntniß redlich gemeint sey. Auch hat mich das Glück betroffen, daß die Autoren, todte oder lebende, mit denen ich vorzüglich zu streiten hatte, einen so begründeten Ruf haben, daß es lächerlich seyn würde, diesen dadurch in Gefahr bringen zu wollen, daß man ihnen in einer einzelnen Materie Irrthümer nachwies, worüber sie vielleicht später selbst schon zur Erkenntniß gekommen. Zudem wird man bey näherer Betrachtung gewahr werden, daß die Wahrheit nicht zu verkennen sey, und auch nicht von mir verabsäumt worden, daß unter Fehlern und Fehlern ein großer Unterschied ist, daß manche sogar verdienstlich seyn können, indem sie zu einer neuen schärferen Untersuchung aufregen, die das Rechte erst zu Tage fördert, und endlich daß aus Unwissenheit und Schwäche entstehende Irrthümer eben nicht die sind, welche besonders anreizen, ihnen bis an die Wurzel nachzugraben. Daß ich dieses hier aber im Allgemeinen anerkenne, schien mir schicklicher, als es bey jeder Gelegenheit in Phrasen auszusprechen. Zu meinen Gegnern gehört auch in mehrern wichtigen Punkten Donellus, den ich hoch

V o r r e d e.

verehre, und über den, da doch einmal von ihm die Rede ist, es mir erlaubt seyn wird, noch einiges zu sagen. Ein allgemeines Urtheil über seine Verdienste zu fällen, scheint mir ganz unzweckmäßig und unnötig, nur ist in dem Rechtstheile, von dem diesmal die Rede seyn wird, die Frage nicht uninteressant, worin denn eigentlich sein Verdienst bestehe: — denn daß dieses nicht gering sey, wird ein jeder leicht zugeben — und was er hier eigentlich erfunden und neu geschaffen habe. Und da ist es denn doch merkwürdig, daß ungeachtet er unstreitig zuerst für eine geistvollere und mehr römische Behandlung unsrer Lehre aufgeregt hat, dennoch die Elemente, aus denen er seine Abhandlung (Comment. j. c. XVI. 7. u. XII. 11.) bildete, sich einzeln schon früher oder gleichzeitig bey andern Autoren finden. Als Elemente nämlich kann man wohl die drey Dinge ansehen, einmal, daß er zwischen culpa in faciendo und c. in non faciendo unterschied, und jene im Ganzen für gewichtiger erklärte; sodann, daß er auf den nichts bedeutenden Unterschied des Superlativs vom Positiv in Beziehung auf die Grade der Culpa aufmerksam machte; endlich sein Resultat, daß es nur zwey Grade der culpa gebe: denn seine noch immer musterhafte Auseinandersetzung der Schwierigkeiten, welche sich den Vertheidigern der damals herrschenden Theorie in den Weg legen, ist eigentlich die

W o r r e d e.

negative Seite seiner Abhandlung. Jene drey Behauptungen finden sich aber auch schon bey Andern.

Der Unterschied nämlich zwischen culpa in faciendo und non faciendo war schon lange bemerkt, auch wohl die erstere durchweg für eine schwerere Schuld gehalten worden; s. Hier. Cagnolus Comment. in tit. D. de R. I. Venet. 1559 (die epist. dedicat. vor Donell's Commentar ist von 1589) L. 23. No. 50, 51; ja Ant. Contius (ad L. 23 de R. I.) hatte schon von Eguin Baro (um das Jahr 1540) gelernt, in L. 47. §. penult. D. de legat. I. gehe culpa auf Schuld im Thun und diligentia auf custodia, also Schuld im Nichtthun, ohne daß jedoch Baro darum zwey Grade annahm. Contius will auch diese Belehrung nicht gelten lassen, aber aus schlechten Gründen.

Daß ferner zuweilen diligentissimus für diligens, exactissima d. für exacta d. stehe, finden wir schon in Förnerii Commentar. ad tit. D. de V. S. Aurel. 1584. L. 5. §. 1. v. ex opere facto corpus aliquod perfectum, aufgezeichnet, wo es heißt: „In rebus perfectionem significantibus non admittitur plus minusve, nec videtur exacto quidquam exactius, nec rectius recto posse reperiri, aut recta linea rector dari, ut Euclidi, Mathematicorum Principi, placet. Ob eamque causam officium exactum

W o r t e r.

significat exactissimum (L. 21. C. mand.) et diligens custodia diligentissimam (L. 5. D. commod.) et diligens paterfamilias diligentissimum (L. 25. §. 16. D. famil. hercisc.); diligentiae nomine L. 23. de R. I. L. 5. D. comm. exactissima diligentia intelligitur, quam Constantinus Harmenopulus *μεγαλην επιμελειαν* vocat, id est magnam diligentiam, vel Cajus exactissimam diligentiam (L. 1. §. 5. D. de O. et A.) quam exactam tantum vocat Iustinianus (§. 2. l. q. m. r. c. o.) Sane utrumque idem, cum non raro comparationum gradus permisceantur etc.“ Daß aber diese Bemerkung in Beziehung auf culpa für Fornerius selbst so gut wie verloren ging, und daß er keinesweges 2 Grade annahm, läßt sich schon aus den von ihm gewählten Beispielen und Auctoritäten schließen, deutlich aber sieht man es bey L. 226 cod., wo sein Commentar anhebt: *Varii sunt culpae gradus, et effecta varia*, was man doch wohl nicht von zwey Graden zu sagen pflegt.

Endlich sogar im Resultat selbst hat er einen Vorgänger an Raevardi Comment. ad tit. P. de R. I. L. 23. welcher Commentar 1567 dedicirt wurde und 1568 zu Antwerpen herauskam: daß er die Grade irrig Species nannte, kann nichts ausmachen, da seine Ansicht, so wie er sie selbst vorträgt, die ganz richtige und wahre ist, obgleich er freylich in der Wahl des

W o r t e d e .

gesetzlichen Beweises sehr ungünstlich ist. „Docet“, sagt er, „hoc responso Ulpianus (L. 47. de leg. I.) duas tantum calparum fuisse species. — — — Nec est, quod objicias, eundem Ulpianum levissimae culpae alio loco meminisse (L. 44. ad Leg. Aquil.) et sic videri, praeter latam levemque culpam fuisse tertiam aliquam culpae speciem, quae levissima diceretur. Non ignoro, id iis facile persuaderi, qui non observarunt, eum; qui levissimam culpam levem appellat, idcirco reprehendi non posse, quod certo certius sit, levi culpa nullam esse speciem culpae leviozem. Et quamvis inter leves culpas aliae potuerint aliis esse leviores, atque ita per consequens inter negligentias magnas aliis etiam aliae majores; nihilominus tamen leviores et levissimas culpas leves esse nemo potest inficias ire. Id si verum est, ad eam igitur speciem, quam culpam levem appellarunt jurisconsulti, referri debet levissima culpa; omnis enim levissima culpa levis est, sed non e contrario omnis culpa levis levissima est.“ Was man noch tadeln kann ist, daß er alles hier aus einer logischen Nothwendigkeit herzuleiten scheint; im übrigen verhält es sich so wie er sagt. Wie wenig man aber der Relation späterer Schriftsteller, die es denn auch meistens wieder durch andere zu haben pflegen, trauen könne, sieht man aus der Art, wie

V o r r e d e.

Brückner de culpa, quae concr. tal. dicit. §. 2, die Theorie des Rävardus referirt: „Rævardus“, erzählt er, duas species culpae facit, alteram vocat specialem, alteram latam seu latiore, parvam aut negligentiam putat in jure non dici culpam, levem seu specialem statuit aliam esse leviozem, aliam levissimam etc“; wer sollte nicht hieraus vermuthen, daß er die culpa levis und die levissima wirklich auseinander stelle? So ferner, wäre es wahr, was Glück Pandekten-Comment, B. 2. Tit. 14. §. 322. vorträgt, so hätte Donell an Burgius Electa cap. 12. (Otto thes. T. 1. pag. 330) noch einen Vorgänger gehabt, denn auch dieser schrieb schon 1585; allein Burgius nimmt offenbar drei Grade an, nennet aber den dritten immer nur diligentia, und hegt die absurde Meinung, daß in L. 44. D. ad L. Aquil. der Ausdruck culpa levissima für culpa levis stehe, und den mittleren Grad bedeute.

War es nun, daß der Fehler darin lag, daß Donell's Vorgänger nur eines und nicht alles wußten, oder daß ihnen, wie ich für richtiger halte, der Geist des Donell's fehlte, um das Einzelne zu gestalten und zusammen zu fügen; wenn man mit diesen Aeußerungen die Darstellung des Donellus vergleicht, so wird es niemandem, der seinen wissenschaftlichen Sinn zu Rathe zieht, einfallen, daß er jene beraubt, und

V o r r e d e.

sich mit fremder Erfindung geschmückt habe; die schönste Erfindung war immer das treffliche lebendige Ganze. Man lese es, und man wird mir beystimmen. Ohne Zweifel war es dieser innere Werth der Donnell'schen Theorie, welcher die Aufmerksamkeit meines theuren Lehrers und Freundes Lhibaut, dessen geistvollem Unterrichte ich so viel verdanke, so früh auf sich zog, daß er schon, wie er zum ersten Mal Pandekten las (im Winter 1793), dieselbe ausführlich vortrug und im Ganzen billigte, und so hat sie auch andre treffliche Männer für sich gewonnen. Wogegen die übrigen Theorieen, selbst da, wo sie einmal logisch consequent gehalten sind, eben recht an Geistlosigkeit krank liegen. Wenn ich nun in wesentlichen Punkten von Donnell's Ansicht abweiche, und auch das Resultat keinesweges dasselbe bleibt, so darf ich es um so weniger verschweigen, daß es doch immer seine Darstellung war, welche mich vorzüglich anregte, auch mein Heil mit dieser schwierigen Materie zu versuchen. Dabey fällt mir des redlichen Höpfners (Comment, S. 836. Not. 1.) naive Aeußerung ein: „daß die Gesetzgeber drey Grade unterschieden, war sehr vernünftig, denn, wie Otto diss. de praestat. cas. solit. etc. cap. 1. §. 11. sagt: omnium rerum, quae gradus habent, quos juxta *αριθμῶν* mathematicam dimetiri non licet, tres gradus constituendi sunt,

V o r r e d e .

duo extremi et tertius, qui inter utrumque sit; sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat, alter desinat, definire licebit. Uebri-gens macht Titius ad Lauterbach. obs. 102. eine sehr treffende Anmerkung, zwar nur in Ansehung der negotiorum gestionis, die aber allgemein anwendbar ist: haec res (de culpa gradu) magis in scholis quam in foro auditur; cum in vita civili plerumque non tam de gradu culpae, quam ejus existentia, seu an in universum aliqua culpa commissa sit, quaeri soleat. Ich erinnere mich (im J. 1797) nicht, daß während meiner sechs und dreyßigjährigen Praxis mir ein einziger Fall vorgekommen wäre, wo die Par- teyen über den Grad der culpa gestritten hätten.“ Auf die Existenz der culpa d. h. einer im vor- liegenden Fall imputablen Schuld, kommt es aller- dings auch recht eigentlich an, und da mochte es für die gemeiniglich gern (ut ita dicam) naturalisirenden Richter und Advokaten recht bequem seyn, daß in der Theorie das derzeit allgemein angenommene System nicht zu verstehen, und viel weniger anzuwenden war; wie? und warum? wird sich zeigen. Damals war die Lehre von der culpa fast eine verlegene Waare; heut zu Tage wird wohl keiner im Ernste behaupten wollen, daß eine neue Erforschung derselben überflüssig oder praktisch unbrauchbar sey, oder man würde gern

V o r r e d e.

oder ungeen auf einigen Rückstand im juristischen Studium schließen müssen.

Was die Lesarten betrifft, welche hie und da bey den einzelnen Texten angeführt sind, so hat der um unsre Wissenschaft so hoch verdiente Herr Professor von Savigny die besondre Güte gehabt, drey eigne MS. eins von den Pand. und zwey vom Cod. (sie sind ohne weitere Bezeichnung angeführt) und außerdem mehrere ältere Ausgaben, von denen genannt sind: Senneton. (Lugd. 1550 F.) Venet. 1477. 1484. 1486. F. 1501. Nor. 1482. 1483. Paris. 1510. 1528. 1529. 1548. 8. Mediol. 1482. Rom. 1476. Mogunt. 1475, für mich zu vergleichen; das Uebrige verdanke ich größtentheils meinen Freunden und ehemaligen Auditoren, den Herren Advokaten Karstens in Kiel und Truelsen in Lönningen, denen Herr Etatsrath Examer in Kiel seine Sammlung sehr gü- tig dazu eröffnet hat. Die 3 Kopenhagner MS. sind aus dessen trefflicher Ausgabe der Titel de V. S. bekannt, Ueber das hiesige MS. wird bald einige nähere Nachricht gegeben werden können. Der Gebauer'sche Text liegt allenthalben zum Grunde, und die in der Göttinger Ausgabe angeführten Lesarten sind gewöhn- lich übergangen.

Nun möchte ich noch gern ein wenig gegen mich selbst polemisiren:

V o r r e d e.

1. Am Schlusse des 9. Cap. ist, wie das schon oft geschehen, für die praestatio culpa omnis bey dem Kauf ein Argument vom Aebilit. Edict hergenommen worden. Wären die übrigen Argumente nicht besser wie dieses, so würde es um den ganzen Beweis nicht sonderlich stehen. Vergl. Cap. 12. No. II, ich hielt mich auf betretenem Wege zu sicher. Uebrigens ist die Gleichheit der beyden Fälle in diesem Punkt wirklich vorhanden, nur ist der Schluß von dem einen auf das andre nicht zuverlässig. Das non utique deutet ein argumentum a majori an, ohngesähr wie dem Schlußsage in L. 5. §. 2. commod. zum Grunde liegt.

2. pag. 35. not. a. ist in einer Parenthese L. 18. §. ult. D. de dolo angeführt, die doch gar nicht dahin gehört. Woran ich dort dachte, und was dort nicht weiter zu erörtern war, werde ich vielleicht bald an einem andern Orte zur Rede bringen.

3. Ich glaube nicht, daß ich den Einwurf zu fürchten habe, meiner Behauptung, daß die aquilische Klage sich nur mit an sich, und ohne Rücksicht auf andere spectelle Rechte (§. 20.) widerrechtlichen Schäden beschäftige, stehe entgegen, daß doch gerade nur speciell Berechtigte, namentlich der Eigenthümer, der Pfandgläubiger u. sie anstellen könnten. Wer mich einigermaßen versteht, wird sich wohl nicht zu diesem

V o r r e d e.

Einwurf bekennen wollen. Ich habe schon einmal an einem andern Orte gezeigt, daß das Vermögen aus nach Geld schätzbaren Rechten bestehe; ist nun damnus Verminderung des Vermögens, so kann es freylich nicht fehlen, daß entweder bestimmte Rechte ganz verloren gehen, oder unnütz werden, oder daß sie in ihrem Geldwerth herabgesetzt werden. Dieß kann aber geschehen, ohne daß man das Recht selbst in Anspruch nimmt, oder daß man es nicht in vollem Sinn anerkennen will. Wenn jemand eine Uhr, die der Eigenthümer ihm in die Hand gab, aus Unvorsichtigkeit fallen ließ, wer wird sagen, daß er sein Eigenthumsrecht anfechte? Aber allerdings machte er dieses entweder ganz werthlos oder verminderte dessen Werth, es kann also gegen ihn die *actio Legis Aquiliae*, nicht aber die *rei vindicatio* oder die *actio negatoria* angestellt werden. Die indirecteste Art einer Schadenszufügung ist die, wenn man eine Sache beschädigt, für die der andre verantwortlich ist, wie das Beispiel der *actio furti* und L. 2. pr. D. si quadrup. zeigen; hier ist die Gewißheit, daß künftig das Vermögen werde verringert werden, das damnus. Verschlechterung persönlicher Ansprüche, z. B. des Pächters, liegen in der Mitte. Die aquilische Klage betrachtete beides nicht, da sie ganz allgemein ein unmittelbares Verhältniß zur Sache verlangte. Dieß war

V o r r e d e .

natürlich, und lag nicht darin, weil Anfechtung eines besonders qualificirten Rechtes erfordert wurde, sonst hätte immer die Klage zugelassen werden müssen, die dieses Recht charakterisirt (denn die Römer gingen bekanntlich von der Klage aus), und den Umfang desselben bestimmt, also z. B. die hypothekarische Klage, durch welcherley culpa auch das Pfand verletzt werden. Nur der Vollständigkeit und größeren Klarheit wegen habe ich dieß noch ausgeführt.

4. Bey der Folgerung auf S. 317 hätte wohl dem Einwurf begegnet werden können, daß ich ja selbst annehme, nicht alle culpa levis sey culpa omnis, es liege zwischen der eigentlichen culpa lata und culpa omnis noch die omissio diligentiae quam suis, in der Mitte, ich beweise also zu viel u. s. w. Das ganze Raisonnement ist auch nur wahr, wenn man sich vorhält, daß bey dem Falle der L. 1. si mentor der ganze Unterschied zwischen culpa in abstracto und culpa in concreto vernachlässigt werden, und natürlich, da Vergleichung mit Messungen eigener Ländereyen bey dem mentor nicht leicht eintreten kann. Dagegen konnte unmöglich der 2te Grad der culpa in abstracto übersehen werden, wenn dieser sich noch wirklich von der culpa omnis als drittem Grade der culpa unterschied.

5. Bey L. 18. §. 9. de damn. inf. (S. 390) hätte noch wohl näher angegeben werden können, warum denn eigentlich der venditor hier immer in culpa gedacht werden müsse, was doch gar nicht gleich einleuchten will. Allein in der Ley wird vorausgesetzt,

a) daß der Käufer selbst cavirt hatte, also kein objectives Hinderniß vorhanden seyn konnte.

b) daß ein Schaden geschehen war, dessen Ersatz ohne Wirksamkeit dieser Caution vom Nachbar nicht zu erhalten war. Wenn wir nun auch wirklich eine Möglichkeit annehmen, daß der Verkäufer ohne seine Schuld nicht gekounnt habe, was der Käufer doch konnte, so trat für diesen seltenen Fall eine cautio de damno praeterito ein (L. 8. D. de damn. inf.)

Niemals war also eine Nothwendigkeit vorhanden, die cautio d. d. infecto des Käufers vor der Tradition eintreten zu lassen, wenn ihm nicht etwa inzwischen die custodia übertragen war.

6. S. 363. ist nicht etwa die tutela legitima, die freylich bey den Römern viel häufiger war, als bey uns, und daß hier der tutor meistens selbst ein Interesse hatte, außer Acht gelassen; denn theils waren die übrigen Fälle doch von den Römern gewiß auch berücksichtigt worden, theils läßt sich leicht einsehen, daß dieses gemeinsame Interesse eine ganz andere

V o r r e d e .

Natur hat, als eine eigentliche Gemeinschaft, wovon dort die Rede ist.

7. Bey Gelegenheit der in §. 60 — 62 enthaltenen Entwicklung hätte noch wohl bemerkt werden können, daß eine culpa in concreto, die an sich levis ist, außerhalb einer obligatio nie als dolus betrachtet werden könne, wenn gleich bey dem depositum auch aquil. culpa in concreto prästirt wird, denn es wäre absurd, außer einem Verpflichtungsverhältniß jede Abweichung von der gewohnten Aufmerksamkeit zum Schaden einer fremden Sache gleich für Fraus zu halten. Wo die Sache uns besonders anvertraut worden, ist dieß anders. Die Frage ist übrigens fast nur theoretisch, zur Bestimmung des Begriffs, von Werth; damit die act. Leg. Aquil. Statt habe, ist natürlich dieß ganz gleichgültig.

Cap. 12. No. IX. ist eine deutsche Bearbeitung, nicht bloß Uebersetzung, einer inzwischen erschienenen lateinischen Gelegenheitschrift; das letzte Stück über das periculum dotium betreffende Verträge ist neu hinzugekommen. Dieß und Mehreres wurde nachgeschickt, wie das vorhergehende MS. schon längst aus meinen Händen war.

Ich übergebe meine Schrift der gelehrten Welt mit dem frohen Vertrauen, welches in mir durch frühere Erfahrungen geweckt worden. Denn noch ist mir

V o r r e d e .

Keine literarische Kränkung widerfahren, vielmehr bin ich öffentlich und insgeheim durch Lob und Theilnahme, mehr als ich es verdiente, aufgemuntert worden. In einer Zeit, wo man von dem Unglücke des Vaterlandes und eigenem Schicksal schmerzlich getroffen ist, weiß man so freundliche Begegnung am besten zu schätzen und dankbar zu empfinden. Sollte diesem Buch ein Andres begegnen, so werd' ich ja nicht zu sehr verwöhnt seyn, um es mit Gleichmuth ertragen zu können. Daß mir selbst strenger Tadel, wenn er nur zur Wahrheit führt, willkommen seyn wird, mag ich nicht versichern, da dieß unter uns fast zur hergebrachten Floskel geworden. Aber auch unedelmüthigem Angriff werde ich nicht unedelmüthig begegnen; jeder Mensch hat schwache Stunden und Zeiten, und so möge mich dieses öffentliche Gelübde gegen mich selbst schützen. Von ächten Rechtsgelehrten erwarte ich dergleichen nimmermehr, denn ich denke wie Herder:

„je reeller und gründlicher eine Wissenschaft ist,
„desto weniger herrscht eitler Zank unter denen,
die sie anbauen und lieben.

Königsberg im Juni 1815.

E i n l e i t u n g .

Fängt die Abhandlung einer Materie, in welcher bis jetzt noch so wenig Licht und Klarheit, wie in der Lehre von der culpa zu bemerken ist, mit Tadel an, und stellt sie eine Uebersicht der auffallendsten Fehler, welche frühere Schriftsteller darin begangen haben, an ihre Spitze: so würde man doch in der That dem Verfasser Unrecht thun, wenn man gleich daraus auf Stolz oder Selbstgefälligkeit schließen wollte: eine gütige Auslegung würde es eher als einen Beweis ansehen, daß er sich über das, was zu melden und was zu suchen war, sorgfältiger Rechenschaft gegeben. Indessen möchte dem Leser auch mit diesem Beweise nicht eben viel gedient seyn, desto mehr aber damit, daß er gleich von vorne an in den rechten Gesichtspunkt gestellt werde; dazu kann aber, wie ich glaube, diesmal die Aufzählung bisheriger Verschuldungen einiges beytragen.

Einleitung.

Man hat in unsrer Lehre in mehrerem Betracht ordentlich die Extreme aufgesucht, gleichsam als wollte man die beiden äußersten Enden der culpa, welche man annahm, sofort an sich selbst versuchen. So sprechen hier in neuerer Zeit einige unaufhörlich von technischen Bedeutungen, und wollen alles recht streng juristisch fixiren, andere dagegen machen es dem Römischen Sprachgebrauch so bequem, daß man gar nichts mehr hat, woran man sich halten kann, und alles einem unter den Händen unbestimmt und vulgär wird. Beides aber ist gleich fehlerhaft, und weder jenes unnatürliche Zusammenschnüren der Worte, noch dieses gänzliche Auflösen derselben ist hier am Orte. Von technischen Ausdrücken sollte man eigentlich nur dann sprechen, wenn Worte gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch in der Wissenschaft einen so gefesteten Sinn annehmen, daß sie diesen in derselben niemals oder doch nur selten gegen den gewöhnlichen vertauschen; läßt dagegen ein Wort, je nachdem es in diesem oder jenem Zusammenhang vorkommt, bald eine weitere, bald eine engere Bedeutung zu, so ist weder diese, noch jene schon darum technisch zu nennen, und selbst, wenn erst eine besondere Beziehung auf Recht und Gesetz nach der Natur des Zusammenhangs eine besondere juristische Bedeutung hervorbringt; so ist darum noch keinesweges ein wahrer Kunstausdruck anzunehmen, denn das kann ganz dem gewöhnlichen Sprachgebrauche angemessen seyn. Nun glaube ich

aber, daß, in der Lehre von der culpa im Römischen Recht nur ein einziges Wort in diesem Sinne ein Kunstwort ist, nämlich das Wort *diligentia* ohne Zusatz gebraucht, weil dann der Begriff auf eine Weise beschränkt wird, wie es nicht der Zusammenhang besonders mit sich führt, sondern nach eigenem juristischen Gebrauch angenommen wird a). Aber auch bey diesem Kunstworte treten noch gewisse Rücksichten ein, welche bei technischen Ausdrücken in andern Theilen der Rechtslehre nicht immer Anwendung finden, und gerade deswegen nicht vergessen werden dürfen. Wir haben es nämlich hier mit einem Stoff zu thun, der nicht, wie manche Materie des Römischen Rechts, — z. B. einige Theile des Erbrechts, und auch *usucapio* und *possessio* gehören weit mehr hieher als culpa — recht eigentlich in der Schule gebildet worden. Sobald davon die Frage ist, was dem Menschen zugerechnet werden kann, was er vermeiden kann, was nicht, was von ihm in diesem oder jenem Fall mit Recht für Vorsicht gefordert werden kann, was ihn als böseartig und schlecht bezeichnet, was ihm nur als Nachlässigkeit nicht hingehen darf: so ist man gleich mitten im gemeinen Leben und hat mit Erfahrungen

a) Höchstens kann man noch *diligentiam exigere, debere* u. w. *custodia* dahin rechnen, wenn es, d. g. technisch; sie sind aber fast eben so wie *diligentia*, das Neueste des Fleißes, das nur als Abkürzungen anzusehen ist, *scil. in custodiendo*, bedeutet. Man darf nur viel über diese Materie denken und schreiben: so Allerdings sind werden einem unter den Händen aber auch die Formeln: *culpam et diligentiam praestare, culpam et* im Deutschen ähnliche entstehen.

zu thun, die sich nur aus diesem schöpfen lassen. Schuld und Unschuld im Verkehre der Menschen unter einander lassen sich nur bestimmen, indem man darauf sieht, was von dem Menschen seine Natur verlangt und was die Menschen von einander unter gegebenen Umständen zu fordern pflegen; nur daraus läßt sich schließen, was sie in einem bestimmten Falle nach der Natur der Sache von einander zu erwarten ein Recht haben. Will man hierüber aber belehren, so muß man sich natürlich so sehr als möglich an den gemeinen Sprachgebrauch anschließen; denn Wort und Sache sind hier so nahe verknüpft, daß man sich gegen das erstere keinen Zwang erlauben kann, ohne die letztere auf den Kopf zu stellen. Die eigentlichen Kunstausdrücke müssen hier also nothwendig seltner seyn, und selbst die etwa vorkommenden müssen sich aus dem natürlichen Sprachgebrauch gewissermaßen erklären lassen, und nicht gar zu schroff davon abstechen. Das Hauptgeschäfft ist hier immer, den gemeinen Sprachgebrauch möglichst genau zu bestimmen, und ihm das Ungewisse und Schwankende zu benehmen, was er im Munde der Leute anzunehmen pflegt, die Sache selbst aber so zu normiren, wie es am schicklichsten und den natürlichen Verhältnissen am angemessensten ist. Die Römer haben für diesen einfachen Zweck sehr viel gethan, und wollen wir ihnen nicht geradezu entgegen arbeiten, so dürfen wir eben so wenig uns zu sehr an den Buchstaben binden, als ihnen eine

Willkühr in den Worten und Redensarten zutrauen, wie sie kaum von den ungebildetsten Menschen erhdet ist. Mit dieser Art des Zutrauens ist man hier aber zum Theil so freigebig gewesen, daß sich kaum noch in der großen Schwierigkeit des Verständnisses eine Entschuldigung finden läßt. Dasselbe Wort, derselbe Ausdruck in einem und demselben Zusammenhang soll hier und dort einen ganz verschiedenen, ja entgegengesetzten Sinn haben (z. B. *diligentia quam quis suis rebus adhibere solet*); ja Einzelne sind so weit gegangen, wie z. B. H. Coccejus bey L. 13. §. ult. de pign. act., daß sie ein Wort in demselben Satz, nach Verschiedenheit der mehreren Verhältnisse, worauf es sich darin bezieht, einen doppelten und dreysfachen Sinn ausdrücken lassen. Dabey haben sie dem nicht verfehlt, erst ihre eigenen noch zu bezeichnenden Voraussetzungen unterzuschreiben, und nach Verschiedenheit dieser, ohne Rücksicht auf den doch gleichen Zusammenhang, verschiedene Bedeutungen eintreten zu lassen, so z. B. macht sich Proustau ad L. 23 de R. I. cap. 14. No. 27. 28. selbst den Einwand, culpa außer dolus schlechthin gebraucht, gehe auf culpa levis, beym Mandat aber sey oft von praestatio doli et culpae die Rede; er antwortete, jenes gelte nur als Regel und nur in so weit „*nisi contraria suadeat subiecta materia mandati vel negotiorum gestorum, quae diligentiam negotio convenientem requirunt ex intentione partium.*

Der Einwurf, recht verstanden, hieß aber doch, wie kommt denn ein solcher Ausdruck bey einem Geschäft vor, wo propter subiectam materiam das Aeußerste zu prästiren ist? Man hatte sich sagen lassen, daß im Lateinischen der Superlativ zuweilen für den Positiv und umgekehrt stehe, daß der Comparativ zuweilen nicht vergrößere, zuweilen gar verkleinere; da man nun versäumte, sich klar zu machen, woher dies eigentlich komme und was es im Munde führe: so meinte man nun, es könne ohne Rücksicht auf den speciellen Zusammenhang willkürlich hin und her, diligentissimus für diligens a), exacta diligentia für exactissima, latior culpa für lata oder auch minor quam lata u. s. w. geschrieben und verstanden werden, und dachte gar nicht daran, daß man dadurch alle Bedeutung der verschiedenen gradus überhaupt aufhebe, und daß das Sprechen und Schreiben sich nicht wie Taaschenspielerkünste treiben lasse. Wie läppisch ist es nicht, wenn man zum Beweise, daß auch wohl z. B. in §. 2 I. quib. m. p. c. o. exacta d. für exactissima stehen könn-

a) Wenn es z. B. in L. 25. §. 7 D. locati heißt: si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset: so soll nach Einigen diligentissimus für diligens stehen, und nur die mittlere culpa als zur Prädication gehörig bezeichnen. Aber ist es nicht durch den ganzen Ausdruck sonnenklar, daß hier das Aeußer-

ste verlangt wird? Durch solche Auslegung wird eigentlich alle Auslegung überflüssig und vergeblich. Und doch, wer nur einigermaßen in der Literatur dieser Lehre bewandert ist, wird mir Recht geben, wenn ich behaupte, daß dergleichen und noch Aergeres darin ganz gewöhnlich und vorherrschend ist.

ne, aus dem Virgil: Saturnia sancta Deorum anführt, und doch schreiben dies z. B. Pronstean l. c. cap. 13. §. 17. Rittershusius ad L. 23 d. R. I. proth. cap. 5. Nr. III. init. als eine dankenswerthe Bemerkung, der Glosse nach. Man kann wohl mit Recht sagen, daß immer in solchen Fällen nur scheinbar die verschiedenen gradus sich gleich sind, und daß man am besten sich so ausdrücke, es gebe zuweilen einen Zusammenhang, in dem es im Wesentlichen gleichgültig sey, ob der Positiv oder der Superlatis u. s. w. gebraucht werde; aber in jenem Verse des Virgils ist auch dies nicht einmal wahr: es sagt etwas ganz anderes, Juno, die Heilige unter den Göttinnen, als Juno, die heiligste unter den Göttinnen; jenes setzt voraus, daß sie ganz und gar heilig sey, dieses läßt den Worten nach zu, daß, wenn die übrigen Göttinnen nur wenig heilig sind, die Juno gerade nicht überaus heilig zu seyn nöthig hat, um jene zu übertreffen. Zudem ist es doch gar zu gütig gegen die Römischen Juristen, ihnen in einer so einfachen, dem gemeinen Leben angehörigen Sache, wie die Lehre von der culpa ist, einen so recht ausdrucksvollen rhetorischen oder poetischen Schmuck beyzulegen. Durch solche Oberflächlichkeit und den Römern untergeschobene Willkühr hat man hier freylich alle Fesseln abgestreift und man kann nun raisonniren, wie man will, die Texte müssen sich schon biegen lassen; daher es dann niemanden Wunder nehmen darf, daß hier vorzüglich völlig widerspre-

chende Meinungen manchmal mit einer und derselben Gesetzstelle belegt werden.

Außer diesen zunächst die Erklärung des Wortausdrucks betreffenden Fehlern finden sich auch noch andere, welche näher die Sache angehen, und auch hier gibt es wieder zwey Extreme und ein Mittel, die aber alle drey nicht viel taugen. Einige raisonniren hier immer aus der Natur der Sache, und die Gesetze müssen sich fügen oder werden unterjocht, was ihnen aber gar zu sichtlich abgeht, wird durch die subtilsten Subtilitäten ergdntzt, dies sind die starken Geister; Andere gehen pedantischer zu Werke, und lassen sich nicht dadurch irre machen, wenn sie in den Gesetzen, die sie denn freilich nur stückweise und wie zersplittert betrachtet haben, die auffallendsten Sachen finden; endlich noch Andere verhehlen es nicht, daß Vernunft und Gesetze sich hier manchmal widerstreiten, sie geben aber doch diesen die Ehre des Vorzugs. Die letzte Manier ist, wenn auch eben nicht die klügste, doch sicher die bequemste. Indessen denke ich, wenn man das Werk mit einigem Eifer und zugleich etwas sinniger und umsichtiger ansängt, so kann man dieses Nothmittels noch wohl entziehen, und man darf auch nicht mit Duarenus u. a. überhaupt verzweifeln, hier Bestimmtheit und Harmonie wiederherzuzurufen. Der einzige und rechte Mittelweg aber, den man einschlagen kann, bildet sich erst durch Vermeidung aller gerügten Fehler, und ein ordentlicher Sprach

gebrauch sowohl, als Natur der Sache und Gesetz, und Zusammenhang im Einzelnen und im Ganzen müssen hier so gut, wie sonst, ihre Stimme haben, und nichts von allem dem darf mit gleichgültigen Augen angesehen werden. Wenn denn aber auch ein so geregeltes Verfahren nicht gegen alle Verirrungen schützen, wenn es nicht in den Stand setzen sollte, alles hier zu ebnen, und alle Räthsel, deren es hier so viele gibt, zu lösen; so ist es doch dieses allein, was zum Ziele führen kann. Und in der That, man sagt nicht zu viel durch die Behauptung, daß die meisten das Ansehen haben, als hätten sie nicht einmal den guten Vorsatz dazu gefaßt. Die Belege werden im Verfolg gelegentlich vorkommen.

Erstes Kapitel.

Von der allgemeinsten Bedeutung des Wortes Culpa. — Umfang der Lex Aquilia — Bedeutung des Wortes Culpa, wie sie für unsere Lehre brauchbar ist.

§. 1.

Die längst aufgedeckte a) Wahrheit, daß in einer allgemeineren Bedeutung das Wort culpa auch den dolus

a) So z. B. *Prousteau* recitat. ad L. 23. D. de R. I. cap. 3. pr. (*Meermann* thesaur. T. III. pag. 492.) *Davezan* lib. Contract. cap. 26. *Rittershusius* Comment. ad L. 23. d. R. I. proth. cap. 5. pr. Die alte Eintheilung in culpa versutiae et malitiae und culpa improvidentiae et negligentiae führt aber nicht nothwendig auf diese allgemeinere Bedeutung, da man die culpa lata selbst so eintheilte und unter der culpa lata versutiae die geringfügige Beforgung fremder

Sachen in Vergleich mit eigenen, unter der andern culpa lata aber die eigentliche culpa lata in abstracto verstand; jene wurde nicht für wahren dolus, sondern nur für präsumtiven dolus gehalten. *Cagnolus* ad L. 23. d. R. I. No. 3—8. Aber in der That schon sehr früh wußte man und lehrte man, daß dolus eine *Species culpa*e s. l. sey; s. *G. Maynerii* commentar. in tit. P. d. R. I. Lugd. 1545 h. l. No. 6 und seinen Vorgänger *Salicetus* ad L. 8. C. de pignorat. act.

umfasse, könnte hier füglich als bekannt vorausgesetzt werden, und käme es nur auf diese an, so würde eine weitläufige Erörterung sehr überflüssig und unzweckmäßig seyn; allein es liegt bey ihr noch eine andere Wahrheit verstreut, welche es wohl verdient, ans Licht gezogen zu werden. Da von den Römern jene allgemeine Bedeutung des Wortes nicht weiter auseinander gelegt worden, so pflegt man sich die Sache so vorzustellen, als sey dieselbe denn nun etwas ganz einfaches und könne bei ihr von einem weiteren und engeren Begriff ferner nicht die Rede seyn. Dieß ist aber irrig, und hat die Folge gehabt, daß einige die besondere Lehre von der culpa und ihre Gränzen viel zu sehr ins Breite gezogen haben, andrer Nachtheile, die sich in der Folge ergeben werden, hier noch nicht zu gedenken. Um dies nun zu zeigen, müssen wir so ziemlich ab ovo anfangen, und ein etwas ermüdender Umweg wird uns erst zum Ziele führen.

Der allgemeinste, aber auch noch sehr vage Begriff von culpa ist ein Vergehen gegen irgend eine Regel, welche zu befolgen war, und man konnte in der Sprache des gemeinen Lebens von einem Fldtenspieler, der durch verkehrtes Spielen die Harmonie störte, so gut sagen, daß er in culpa sey, als man im Deutschen von ihm sagen kann, daß er an der Störung schuld sey, oder ihn die Schuld der Disharmonie treffe: man sprach sicher nicht unrichtig, wenn man von dem Herrn, der einen Sklaven dafür züchtigte, daß er ein

Schauspiel durch seine Fehler verdorben hatte, sagte: *culpam puniebat comoedi*, das Vergehen mochte nun absichtlich oder unabsichtlich, aus Lücke oder aus Nachlässigkeit und Unaufmerksamkeit geschehen seyn. Alles was gegen Recht, Sitten, gute Ordnung geschieht, ist *culpa*. In nichtjuristischen Klassikern ließe sich dieser Sinn des Wortes leicht nachweisen a), aber auch im *Corpus juris* finden sich Spuren davon, z. B. in folgender Stelle:

L. II. §. I. C. de repudiis Iustinianus A. Hermogoni magistro officiorum.

Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a conjugio suo repellere voluerit, non aliter ei hoc facere liceat, nisi *talis culpa* intercesserit, quae nostris legibus improbatur. Si vero sine

a) Statt aller Belege will ich hier nur an das „magistra culpa potare“ des Horaz (Sat. II. 2. v. 123) erinnern, welche alleinige Besart auch Wieland gegen Bentleys Emendation in Schutz nimmt. — Will man alles hier ganz genau haben, so glaube ich läßt sich noch so absondern:

1) allgemeinste und, wenn man will, schon zum Theil uneigentliche Bedeutung: alles was gegen eine Regel geschieht, sey es auch nur gegen die Regel eines Spiels oder eines convivii.

2) eine unsittliche Handlung, ein Vergehen gegen die sittliche Ordnung, mit Einschluß der Ver-

letzung fremder Rechte: eigentliche und herrschende Bedeutung bey den Klassikern. Ich will hier nur an die Worte des Cicero (in Verr. II. c. 17): „in hoc uno genere omnes inesse culpas istius maximas, avaritias, majestatis, demantias, libidinis, crudelitatis“ erinnern.

3) engere, aber rationale iuris allgemeinste Bedeutung: Rechtsverletzung.

Die uneigentlichste Bedeutung ist ohne Zweifel, wenn von einer *Culpa fati* (Sen. Oedip. X. 19.) oder *temporum* (Cic. ep. ad Att. IX. 2.) u. d. g. die Rede ist.

culpa eam reiecerit, vel ipse talem culpam contra innocentem mulierem commiserit, compellatur ei quartam partem — —

Die culpa, welche hier in Betracht kam, war ein Vergehen gegen die Familienregel, gegen die Hausordnung, gegen das, was das eheliche Verhältniß mit sich bringt. Nicht jedes Vergehen der Art war von den Ehegesetzen so gemißbilliget, daß der Mann deshalb die Frau sogleich verstoßen konnte. Es wird hier also zwischen culpa, quae legibus improbatur und solcher, quae legibus non improbatur unterschieden. Dieß wäre nicht möglich, wenn in allgemeinsten Bedeutung bloß das culpa hieße, was gegen die Befehle kreitet. Jedoch führt uns diese Gesetzstelle und besonders der Gegensatz: *si vero sine culpa eam reiecerit*, d. h. wenn er sie ohne eine culpa, wie sie hier allein in Betracht kommt, verließ, gleich auf die allgemeinste juristische Bedeutung des Wortes, mit der wir es auch hier nur zu thun haben. Diese nämlich ist: ein Vergehen gegen Recht und Gesetz, eine widerrechtliche Handlung. Und zwar ist dies allerdings die eigentliche juristische Grundbedeutung, die sich in allen abgeleiteten wiederfinden muß. Sie zeigt sich gleich in folgender, mit der zuvor angeführten nahe verwandten Stelle:

L. 9 §. 3 D. de minoribus Ulpianus lib. 11 ad Edictum.

Si mulier, cum culpa divertisset, velit sibi subveniri, vel si maritus, puto restitutionem non habendam, est enim delictum non modicum: nam etsi adulterium minor commisit, ei non subvenitur.

Die Worte: *cum culpa divertisset*, können nichts anderes sagen, als: wenn sie sich, ohne das Recht für sich zu haben; von ihrem Mann scheidet. Dies ist eben so wohl widergeseglich, als wenn eine Minderjährige einen Ehebruch begeht; eine eigene Rechtsverletzung (*culpa*) nämlich kann diese überhaupt nicht für sich anführen, um Restitution zu erlangen. Folglich ist in diesem Sinne, in *culpa*, wer widerrechtlich handelt, also jeder, der sich wesentlich eine Befugniß anmaßt, die einem andern ausschließlich zukommt, z. B. der *malae fidei possessor* a); jeder, der einem andern von freyen Stücken eine Leistung verweigert, worauf dieser gegen ihn einen im Recht begründeten Anspruch hat b), jeder der gewaltthätig und mit un-

a) L. 7. §. 12. D. de A. R. D. Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est — — Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedis fabricum, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si nescit, qui aedificavit, alienum esse solum, et tanquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedifi-

cavit in eo solo, quod intelligeret alienum: — Die Haloandrische Lesart nam scienti alienum esse solum, potest culpa obici, quia temere sieht mehr einer Glosse ähnlich, drückt aber den Sinn vortreflich aus.

b) L. 1. in f. D. depositi — Et verius est, teneri eum, hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit. L. 3 eod. Plane si possit rem redimere et praestare, nec velit,

erlaubter Heimlichkeit gegen den andern verfuhr a); vor allem, wer ein Verbrechen begeht, so daß hier culpa und crimen, Schuld und Verbrechen, dasselbe ausdrücken b); ebenfalls alle Fälle, die der actio doli unterworfen sind, gehören hieher, da dolus in diesem allgemeinen Sinn immer culpa ist c); endlich ist, außer diesem allem, ganz allgemein ein jeder culpae reus, welcher dem andern auf eine unerlaubte Art Schaden zu Wege bringt. Dieß letztere kann noch hauptsächlich auf zweierlei Weise geschehen, einmal dadurch, daß man sich eine Leistung, wozu man verpflichtet war, ganz oder zum Theil unmöglich macht, und sodann, indem man einem andern, ohne einer besondern Verpflichtung entgegen zu handeln, Schaden verursacht. Die Lehre von der culpa in diesem Sinn ist also mit der Lehre von unerlaubten Handlungen eine und dieselbe, und erstreckt sich so weit, als das ganze Recht,

non caret culpa, quemadmodum, si redemptam vel alia ratione suam fattam noluit praestare, causatus, quod semel ignarus vendiderit.

a) L. 15 de vi et vi armata. Si vi me deieceris vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem; tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deieceris aut vi aut clam fecisti. L. 11 C. de Ar. R. P. Vitia possessionum a maioribus con-

tracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur. Alles, was gegen das Edictum quod vi aut clam geschieht, ist culpa.

b) L. 14. §. 1 in it. D. de re militari. Arma alienasse, grave crimen est, et ea culpa desertioni exaequatur. L. 2 C. de custodia reorum. Si quis in ea culpa vel crimine fuerit deprehensus, quo dignus claustris, carceris et custodiae squalore videatur —

c) vergl. pag. 14 not. b.

denn bei jeglichem Recht sind dasselbe verletzende Vergehungen möglich und diese immer sind culpa; die Lehre von unrechtmäßigen Beschädigungen aber ist nur ein Theil derselben.

§. 2.

Wenn man die im Vorigen genannten Fälle der culpa durchgeht, so findet man, daß sie, bis auf einen, ihrem Umfange nach, ziemlich leicht zu bestimmen sind. Eine Anmaßung eines fremden Rechts bestimmt sich nach diesem Recht, wie die Belagerung einer Leistung nach der Verpflichtung zu dieser; was Gewalt, Verstocktheit, Betrug sey, dürfte auch nicht gar schwer zu bestimmen seyn. Die dahin gehörigen Fälle setzen eine absonderliche Beschaffenheit der Handlung oder eine eigne Absicht und Besinnung in dem Handelnden voraus; selbst Beschädigungen, welche daraus entstehen, daß man sich eine Leistung unumöglich machte, nehmen die Natur der Verpflichtung an, welche diese Leistung zum Gegenstande hatte. Nur die Unerlaubtheit einer Schadenszufügung, die mit einer besondern Verpflichtung nichts zu thun hat, und eben so wenig eine Rechtsanmaßung nothwendig voraussetzt, beruht auf dem allgemeinen, an sich unbestimmten Recht, von unsern Mitbürgern zu verlangen, daß sie uns durch ihre Handlungen nicht beschädigen. Wer hier mit dem allgemeinen Satz: wer Schaden thut, muß Schaden bessern, auszureichen glaubte, würde sich sehr täuschen.

Man mag nun Schaden (damnum) in der weiteren Bedeutung nehmen, da es auch die Entziehung eines sichern Gewinns begreift, oder in der engeren, da es diese ausschließt; so ist immer das charakteristische Merkmal: Verminderung des Vermögens, des bestehenden oder des künftigen. a). Wollte man nun die allgemeine Regel aufstellen, daß es unerlaubt sey, so zu handeln, daß daraus für einen andern Verminderung seines Vermögens erfolgte, so würde man bald die größten Ungerechtigkeiten zugeben müssen. So z. B. würde aus dieser Voraussetzung folgen, daß man nie durch Concurrentz in Handels speculationen, oder sonst im Gewerbe, dem Andern einen Verlust an Vermögen zu ziehen dürfe. Es bleibt also die Frage übrig b): welche Beschädigungen sind an sich unerlaubt? Hierüber sind gesetzliche Bestimmungen unentbehrlich. In dem Römischen Recht fehlt es keinesweges daran, wohl aber an einem erschöpfenden Grundsatz darüber. Eine nähere Erörterung dessen, was dieses Recht darüber enthält, ist für die Lehre von der culpa zuverlässig nicht zwecklos.

a) L. 5 de damno inf. L. 2 in f. D. de eo quod certo loco. L. 27 §. 17. ad D. de L. Aquil.

b) Es bedarf wohl keiner Erinnerung, daß hier mit der Gegenregel: qui suo iure utitur, non iniuriam facit, induriam nicht gehalten sey, denn wollte man diese so

ausweiten, daß sie auch bloß allgemein erlaubte Handlungen umfasse, so wäre dann wieder die Frage: wie weit geht denn das ius? und die Antwort würde seyn: so weit die Handlung erlaubt ist.

Zunächst ist es eine ausgemachte Sache, daß andere schädliche Handlungen, die in einem Nichtthun, in einem Unterlassen bestehen; a), in der Regel gar nicht unerlaubt, also auch keine culpa sind. Dieß liegt schon in der Natur der Sache und in dem Verhältniß der Staatsbürger zu einander. Man braucht den Satz nur positiv auszudrücken: durch Unterlassen niemanden schädlich seyn dürfen, sagt eben so viel, als umgekehrt: jedem andern nützlich seyn müssen, wo man kann. Eine solche allgemeine Alimentationspflicht würde dem Gerechten die Selbsterhaltung noch schwerer machen, als sie es ohnehin ist, und wo wäre denn da die Grenze? Nur ausnahmsweise also kann man auch ohne besonderes Verpflichtungsverhältniß gezwungen werden, die Unthätigkeit aufzugeben, welche einem andern Nachtheil bringt. Daß die Römer dies nicht verkannten, kann man schon zum voraus versichert seyn. b); aber man kann es auch allein aus dem Capitel

a) Daß das Wort facta im Lateinischen, so wie im Deutschen, Handlungen, auf beides, auf Thun und Nichtthun; bezogen werden kann, obgleich es im engeren Sinn auf jenes allein, auf eine positive Thätigkeit; geht, bedarf doch wohl kaum einer Anführung, noch weniger der vielen Beweise, die man in nicht wenigen Schrif-

ten über culpa so sorgfältig gesammelt findet.

b) Sie ließen Ausnahmen zu, wo diese um des Stadt- und Ortsfriedens willen unumgänglich nothwendig waren. Dahin rechne ich die Verpflichtung, den Schaden, welcher durch unsre Sachen zugefügt wird, zu ersetzen. Mich dünkt, nichts ist klarer, als daß man hier darauf Rücksicht nahm,

de damno infecto lernen. Die cautio, welche wegen drohenden Schadens, z. B. von einem benachbarten Gebäude, nach prätorischem Recht erzwungen werden konnte, hatte zum Zweck, erst eine obligatio ad damnum futurum resarciendum aufzustellen, da es an sich an einer Verpflichtung

man könne bis auf einen gewissen Punkt von einem jeden verlangen, daß er über seine Sachen Aufsicht führe, so daß nichts davon andern gefährlich oder schädlich werde. Von Sklaven galt das unbedingt (noxalis Aquilæ actio). Schaden, den Thiere anrichteten, gab bekanntlich nur Ansprüche auf Ersatz, wenn sie auf eine Weise schädeten, die man von dieser Art nicht als Naturnothwendigkeit erwarten konnte. Bey leblosen Dingen fand, wenn nicht etwa die cautio damni infecti eintrat, höchstens ein Retentionsrecht Statt. Vergl. L. 7. §. 1. 2. L. 8. L. 9. §. 1—4. de damno inf. mit L. 29. §. 2. 3. D. ad L. Aquil. Bey Sklaven ist die Nothwendigkeit vorzüglich einleuchtend, denn wie hätte man sich vor den Unarten fremder Sklaven schützen sollen, wenn nicht ihr Herr durch Furcht vor eignem Verlust genöthigt worden wäre, sie in Zucht zu halten? Ob er dies gehörig gethan, konnte unmöglich in jedem einzelnen Fall untersucht werden, es mußte hier also durchgegriffen werden, so gut wie bey der actio de effusis

et deiectis gegen den von ihm inhabirten, wenn er es gleich nicht selbst gethan: von diesem wurde eine culpa gleichsam im Vorausgrund vorausgesetzt, wenn auch von culpa hier gar nicht die Rede war. L. 1. §. 4. D. de his qui effud. (s. ult. §. 67 g. d. C.) So heißt es auf ähnliche Weise L. 5. in f. D. de O. et A. ppn caupo: aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur. Dabey versteht es sich, daß die Formirung der actio noxalis eine ganz andere war, und nicht quasi ex delicto gegeben wurde, auch ist es bekannt genug, daß die poena der Person des Sklaven anlebte (noxalis actio caput sequitur); aber den ersten Herrn traf doch immer der Verlust, da er um so wohlfeiler verkaufen mußte. Eine sehr natürliche Ermäßigung war es, daß er mit Herausgabe des Sklaven sich frey machen konnte. Hielt er jedoch einen Sklaven, der sich schon als gefährlich gezeigt hatte, so haftete er ex Lege Aquil. ohne diese Einschränkung L. 27. §. 11 ad L. Aquil. Ein gleiches galt aus gleichen Gründen ehemals bey Kindern. §. 7. in f. L. de noxal. act.

sung zur Ausbesserung gebracht. Die überall Unabhängigkeit, auch vom Nachbar, liebenden Römer waren also über diesen Punkt sehr behutsam. Heut zu Tage, bey der handgreiflichen Willigkeit, daß einer sein Haus herstellen müsse, wenn es dem Nachbar Einsturz droht, würde ein Gesetzgeber wohl kein Bedenken tragen, für den Fall, daß der Einsturz, durch seine Nachlässigkeit im Repariren, wirklich erfolgte, vollen Schadensersatz, unmittelbar und ohne Vermittlung einer stipulatio, vorzuschreiben. Der Römische Prätor ließ sich lieber den Umweg gefallen, um dem Grundsatz nichts zu vergeben, daß niemand dem andern zur Thätigkeit gehalten sey, und also auch nicht wegen Unthätigkeit zum Schadensersatz, wenn er sich nicht besonders dazu verpflichtet habe: eine gewiß sehr rühmenswürdige Behutsamkeit und Delikatesse.

Eben so wenig ist aber auch nach dem vorher Gesagten zu bezweifeln, daß nicht unbedingt alles Schaden durch Thun (positive Handlung) verantwortlich mache; dagegen gibt es aber doch eine Menge von Fällen, wo das Schaden durch Thätigkeit an und für sich, und ohne Rücksicht auf andere speciellere Rechte, unerlaubt und rechtswidrig, also culpa ist. Die eigentlich erhebliche und, wie ich glaube, bisher noch nicht genug erörterte Frage ist hier also die: wenn ist schädliches Thun widerrechtlich, oder, was dasselbe sagt, wenn ist es culpa? Es ist hier zuvörderst wohl zu merken, daß die Römer nirgends einen Grund-

soz hierher aufstellen, und es möchte sich auch schwerlich aus ihren vielen einzelnen Bestimmungen hierüber ein solcher mit überzeugender Klarheit und Bestimmtheit ableiten lassen. Dies führt uns jedoch auf die Lex Aquilia, weil in den von dieser handelnden Titeln jene einzelnen Bestimmungen enthalten sind,

S. 4.

Wer den Meineren auch sonst alles Verdienst in dieser Lehre absprechen wollte, müßte ihnen doch dieses Verdienst lassen, daß sie die Lex Aquilia mit hieher gezogen haben a). Da bey dieser so oft von culpa die Rede ist, so kann es fast nicht fehlen, daß eine genauere Untersuchung der Natur und Eigenschaft der dort vorkommenden culpa Aufschlüsse gewähren müsse. Die älteren Schriftsteller, so viel wir davon zu Gesicht bekommen, haben dies weniger benutzt, und was in den Abhandlungen der Lex Aquilia gelegentlich darüber vorkommt, ist nicht sonderlich brauchbar. Selbst Donellus, der in seiner Theorie der culpa so sorgfältig zwischen culpa in faciendo und non faciendo unterscheidet und so viel auf diesen Unterschied gründet, erwähnt hier nur einmal beiläufig der Lex Aquilia, und daß diese keine culpa in non faciendo zulasse; und doch kann nur eine genaue Kenntniß der Aquilischen

a) Nur ist es freylich nicht immer im rechten Sinne geschehen, und was war in Gefahr, das ganze Recht von der negativen Seite betrachtet, in diese Lehre hineinzuziehen.

culpa, wie wir sehen werden, über den wahren und fruchtbaren Sinn dieses Unterschiedes hinreichende Auskunft gewähren. Schömann und Ldhr sahen beide die Wichtigkeit dieser Beziehung ein und kommen beide bald auf die Lex Aquilia und ihre culpa zu sprechen. In allen Fällen, schreibt Ldhr a), wo widerrechtlich Schaden entstanden war „(nämlich durch Thun, wie im Vorhergehenden enthalten war) wurden actiones in factum gegeben;“ Schömann b): „die Aquilia vindicirt jedes widerrechtliche, positive Factum, die positive Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange.“ Ich glaube dies, recht verstanden, auch und halte mich sogar überzeugt, daß man die Römer in der Lehre von der culpa überall nicht verstehen kann, ehe man sich möglichst genaue Rechenschaft darüber gegeben, wie weit positive Thätigkeit, welche andern Schaden bringt, an sich widerrechtlich sey, so daß sie zur Lex Aquilia gezogen werden könne. Es dürfte aber ersprießlich seyn, diese Untersuchung noch einmal wieder von vorne anzufangen und jedes hier Erhebliche der Ordnung nach durchzugehen.

§. 5.

I. Die Lex Aquilia hob alle früheren Gesetze, welche vom damno iniuria dato gehandelt hatten, auf, auch das Zwölftafelgesetz, so weit es von diesem redete.

a) Theorie der culpa S. 84.

b) Hanbl. d. Civilr. B. I. S. 206.

Dies sagt Ulpianus in L. 1. D. ad L. Aquil. mit deutlichen Worten. (L. 1. a), indem er dies auch anführt, bemerkt dabey:

„Nur einige, welche von einzelnen Arten des damni iniuria dati handelten, scheinen sich im Gebrauche erhalten zu haben. Denn so sagt Ulpian, daß wegen der heimlich geschenehen, boshaften Beschädigung des Baume, sowohl die Klage aus dem Aquilischen Gesetz, als die actio arborum furtim caesarum aus den zwölf Tafeln Statt habe. Eben so konnte wegen der noxia servi alieni sowohl aus den zwölf Tafeln, als aus dem Aquilischen Gesetz geklagt werden.“

Für das erstere fährt er L. 1. D. arb. furt. caes., für das letztere L. 2. §. 1. D. de noxal. act. und L. 32. D. de O. et A. an. Aus dem ersteren ist der Schluß, das letztere ganz falsch. Von jenem wird bald die Rede seyn, hier von der actio noxalis, welche noch immer aus den zwölf Tafeln soll angestellt werden können. Glück hat hier die L. 2. §. 1. cit. gänzlich mißverstanden. Die Stelle ist von Ulpianus, von demselben, von dem die L. 1. D. ad L. Aquil. entlehnt wurde. Sie handelt von dem Fall, da der Sklave mit Borwissen seines Herrn tödtete, und da heißt es im Anfange, in diesem Fall könne der Herr im eignen Namen, und als hätte er es selbst gethan und sich

*) Pandecten-Commentar 10ten Theils 1te Abth. S. 308.

des: Sklaven nur als eines Werkzeugs bedient, mit der Aquilischen Klage belangt werden, denn er konnte es ja hindern. Celsus hatte noch, wie Ulpianus bemerkt, als Grund dieses Satzes angeführt, der Sklave sey ohne alle Schuld, da er gehorchen müsse. Dies, meint Ulpianus, beschränke sich bloß auf den Fall, wenn der Herr, außer dem Mitsprechen, es auch noch befohlen habe; wenn er es nur nicht verboten habe, so sey der Sklave nunmehr ohne Schuld. Aba nun fährt er fort:

Celsus datam differentiam facit inter Legem Aquilianam et legem duodecim tabularum. Nam in Lege antiqua, si servus, sciente domino, furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur; at in Lege Aquilia (inquit) dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque Legis reddit rationem duodecim Tabularum, quasi viduerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquilia quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus, si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octogesimo sexto scribit, „si servus furtum faxit, noxiamve nocuit“ etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici, etiam servi nomine, cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavi-

mus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur,

Celsus war hier der irrigen Meinung, daß die XII und die L. Aquilia von ganz verschiedenen Gesichtspunkten ausgingen, indem diese den Sklaven entschuldigte, jene nicht. War dies wahr, so mußte natürlich die L. Aquilia als das spätere Gesetz vorgehen, und man dürfte nicht einmal die clausula derogatoria erst noch in Anspruch nehmen. Allein Celsus hatte hier immer den Fall vor Augen, da der Herr befohlen hatte, dagegen war nach den Worten der zwölf Tafeln nur von dem die Rede, da der Herr es gewünscht und nur nicht verboten hatte^{a)}. Also war eigentlich hier kein Widerspruch zwischen den beiden Gesetzen. Die Lex Aquilia, dachte Ulpianus, wollte, der Herr solle hier selbst belangt werden können, dies schliesse aber die Klage gegen den Sklaven nicht aus. Daraus, daß die Aquilia den Herrn für schuldig erkenne, folge noch nicht, daß sie den Sklaven für unschuldig erklärt habe. Es frage sich also nur, ob man hier das spätere Gesetz aus dem früheren ergänzen dürfe, natürlich nicht so, daß man nun noch eine Moralklage aus den zwölf Tafeln zulasse, denn sonst hätte hier der Sklave, oder vielmehr sein Herr für ihn die Strafe leiden müssen,

a) So legte auch Paulus *Scientiam hic pro scientia accipimus, ut, qui pro scientia hier aus: L. 45 pr. D. habere potuit, teneatur si non ad L. Aquil. Paulus lib. 10 ad fecerit.*
Sabinum. Scientiam hic pro pa-

welche die XII auf das *damnum iniuria datum* gesetzt hatten, was offenbar der *clausula derogatoria* würde widerstritten haben; sondern so, wie Julianus es vorschlug, daß man die Worte: *si servus furtum faxit noxiamus nocuit etc.* zu dem spätern Gesetz hinüberziehe, und die *actio Legis Aquiliae noxalis* gegen den Herrn des Sklaven ebenfalls zulasse und ihn also doppelt bedränge. Dies hielten Julianus, Marcellus und Ulpianus für richtiger, und mich dünkt, die hatten Recht; denn die Abschaffung der älteren Gesetze betraf nur die Strafe des *damni iniuria dati*, das Verfahren darüber und die Frage, ob wirklich ein *damnum iniuria datum* vorhanden sey. Darüber war hier aber gar nicht die Frage, sondern nur darüber, wie in einem Fall der Art das Verhältniß zwischen Herrn und Sklaven zu betrachten sey, und wer hier wegen eines ausgemachten *damni iniuria dati* auf die in der *Lex Aquilia* festgesetzte Strafe mit der Klage derselben belangt werden könne. Da nun hierüber die *L. Aquil.* nichts Entgegenstehendes enthielt, (Celsus hatte dies irrig angenommen und nur darum widersprochen) so konnte auch noch immer das *Zwölftafelgesetz* über diesen *Incidentpunkt* befragt werden; denn unmöglich konnte die *Lex Aquilia* anderen Rechtstheilen, worüber andere Gesetze etwas bestimmt hatten, alle Einwirkung auf die ihr unterworfenen Materie versagen und sich so ganz isoliren wollen. Daß man aber

den dominus hier das Unrecht doppelt empfinden ließ, ist ganz der Natur einer actio poenalis angemessen a).

Ueber die L. 56 de O. et A. cit. hat sich Glück nicht weniger geirrt. Sie ist vom Pomponius und lautet so:

Quaecunque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere, vel ex duodecim tabulis, vel ex Lege Aquilia, vel iniuriarum, vel furti, eadem durant, etiamsi servus postea vel manumissus, vel alienatus, vel mortuus fuerit.

Glück dachte: was kann dieser actio servi nomine ex duodecim tabulis competens für ein Fall unterliegen, als der, da der Sklave von einem andern Sklaven mit Vorwissen des Herrn beschädigt wurde? Aber er erinnerte sich nur nicht der actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur b).

a) vergl. L. 51 D. ad L. Aquil.

b) L. 1. verglichen mit L. ult. D. si quadrupes — daß Glück's Vorstellung fertig sey, beweist auch noch §. 4. I. de noxalibus act. Sunt autem constitutae noxales actiones, aut Legibus, aut Edicto Praetoris. Legibus, veluti furti ex Lege XII Tabularum, damni iniuriae ex Lege Aquilia. Edicto Praetoris, veluti iniuriarum et vi honorum raptorum — Dieselbe Behauptung findet sich aber schon mit denselben Gründen, wie ich erst später gewahr geworden, bey

Suarez de Mendoza Commentar. ad Leg. Aquil. cap. 2. No. 65. etc. Mendoza behält, jedoch darin immer Recht, daß die Lex Aquilia den XII nur derogirte, nicht eigentlich abrogirte; denn sie hob dies Gesetz nur in den Punkten auf, die ihre Materie betrafen; aber das hat denn freylich auch noch niemand bezweifelt. Seine Beispiele aber von damnis iniuria datis, welche aus den XII noch bey Gültigkeit erhalten worden, sind alle falsch.

Also die Nachricht, daß die L. Aquilia alle das *damnum iniuria datum* betreffende Gesetze aufgehoben, ist unbedingt zu verstehen: es konnte aus keinem andern Gesetz deshalb geklagt werden. Daraus ergibt sich denn aber ferner:

II. Die Lex Aquilia umfaßt alles, was *damnum iniuriae* ist, und nichts ist *damnum iniuria datum*, was nicht zur Lex Aquilia gehört.

Es findet sich in *Corpus iuris* keine Spur von späteren Gesetzen, die über d. i. d. etwas verordnet haben; so oft davon die Rede ist, ist auch die Lex Aquilia gemeint, und heißt diese sehr häufig schlechthin *damni iniuriae actio*. Ueber diesen Punkt hatte dies Gesetz in seinem Geiste und nicht bloß dem Buchstaben nach verstanden, völlig Genüge geleistet. Wo also nicht die *Actio ex lege Aquilia* angestellt werden kann, da ist kein d. i. d. vorhanden und umgekehrt. Es ist also zu untersuchen, was die L. Aquil. als d. i. d. ansah? Zuvörderst waren alle Beschädigungen ausgeschlossen, die in einem bloßen Nichtthun bestehen. Die L. 13 §. 2 D. de usufructu, welche dieses deutlich aussagt a), ist bekannt und bedarf hier keiner weitern Ausführung. Dasselbe enthält aber auch, obgleich verstiçter L. 27. §. 9 D. ad L. Aquil. b) Der hier in-

a) S. unten §. 32.

b) Si fornicarius servus nocturni ad fornacem obdormisset, et

villa fuerit exusta, Neratius scribit, ex locato conventum praestare debere, si negligens in eli-

interessante Fall ist der, da ein Sklave das Feuer angelegt und einem zweiten die Obhut überlassen hatte. Dieser zweite hatte sich zum Feuer hingestellt, aber noch nichts gethan, als das Feuer schon überhand nahm: eben dieses Nichtsthum aber und daß er nicht zu rechter Zeit das Feuer eingeschränkt hätte, war schuld an dem Aufbrennen der Villa. Wie war nun hier heraus zu kommen? Der letzte Sklave hatte nichts gethan, der erste nichts versehen. Dies hätte keine Bedenklichkeiten verursachen können; wenn nicht als Regel gegolten hätte: ein *damnum iniuria daturum* kann niemals ein Nichtthun zum Grunde haben, es wird dabei ein Thun vorausgesetzt. Aber Ulpianus (derselbe, von dem die L. 13. §. 2 *de usufr.* ist) entscheidet doch, daß gegen den *negligenter custodiens* die *actio utilis* Leg. Aq. Statt finden könne? Allerdings; es lag aber auch in diesem einzelnen Fall am Tage, daß es Unförmig seyn würde, hier jene Regel anzuwenden; es war offenbar, daß das Nichtthun hier völlig dem Thun gleich stehe, ja, daß wenn man hier, wo es doch am Ende auf Gerechtigkeit ankommt, nicht zu subtil seyn wollte, die

gendis ministeriis fuit. Ceterum ad fornacem obdormivit, quam si alius ignem subiecerit, alius in eum, qui negligenter custodit, negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? Puto utilem competere actionem tam in eum, qui

Nec quisquam dixerit in eo, qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, eum deberet vel ignem extinguere, vel ita munire, ne evagetur.

Ueberrahme der Obhut und das Hinstellen an den Ofen schon als ein Thun zu behandeln war, das mit der folgenden negligentia als eine Handlung betrachtet werden mußte. Tritt aber dieses ein, so kommt auch nichts darauf an, ob das vorangehende Thun an sich schon widerrechtlich und schädlich war, oder es erst durch die damit zusammenhängende Nachlässigkeit wurde a).

Ein Fall, der die Sache vollends klar macht, kann von L. 8. pr. D. ad L. Aquil. b) hergeleitet werden. Gelegt der Arzt hatte nach die Heilung nicht angefangen, hatte jedoch den Kranken schon besucht, vorgebend, daß er die Krankheit erst beobachten wolle, und war dann ganz weggeblieben. Wäre es nicht lächerlich, hier, damit die Schadensklage Statt finden könne, zu verlangen, daß er schon irgend ein Mittel gegeben (das Besuchen und sich mit dem Kranken Befassen würde hier schon als positive Handlung anzusehen seyn, mit der die folgende Unterlassung ein factisches Ganze ausmacht), wie es in dem Fall des fornacarius lächerlich seyn würde, darnach zu fragen, ob er auch schon die Kohlen mit der Zange berührt habe, oder nicht? Freylich konnte, aber aus einer ganz andern Rücksicht, in allen diesen Fällen nicht die directa, sondern nur die utilis actio Statt finden c).

a) L. 50. §. 3 D. ad L. Aquil. curationem, securus non erit, sed

b) Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed

et si bene secuerit et dereliquit

c) L. 7 §. 6. D. ad L. Aquil.

Was kann aber der Grund seyn, weswegen ein bloßes Nichtthun zur *actio leg. Aquil.* nicht hinreicht? Nichts anderes, als daß, wie wir oben gezeigt haben, eine Untertassung, welche Schaden zufügt, niemals schon darum und ohne Hinzutreten eines besondern Verpflichtungsverhältnisses widerrechtlich seyn kann. Dies führt uns auf den dritten Punkt, der, weil er vor Mißverständnissen in der Folge schützt, hier näher betrachtet werden muß.

§. 7.

III. Nicht jede Schaden bringende Handlung, die irgend einem Recht widerstreitet, sie mag nun positiv oder negativ seyn, sondern nur eine solche, welche an und für sich und lediglich darum, weil sie Schaden bringt, widerrechtlich ist, ist für ein *damnum iniuria datum* zu achten.

Schon wenn die *Lex Aquilia* alle von *damnum iniuria datum* handelnden Gesetze aufheben sollte, könnte dieser Ausdruck unmöglich in so allgemeiner Bedeutung genommen werden, daß er jede Widerrechtlichkeit begriffe, welche Schaden anrichtet. Natürlich ist hier nicht bloß von dem Wortverstande der *Lex Aquilia*, auf welchem die *actio directa* sich beschränkte, (niemand hat noch glauben können, daß dieser sich so weit erstrecke); sondern es ist von diesem Gesetz in seiner vollen Ausdehnung, so wie der Geist desselben sie zuließ und jene Aufhebung der früheren Gesetze sie nothwendig machte, die Rede. Auch die

actio utilis oder in factam setzte, wie niemand wird bezweifeln wollen, ein damnum iniuria datum voraus, wenn gleich die directa im vorzüglichsten Sinn damni iniuriae und Aquiliae actio hieß a). Jene wurde in Fä-

a) Mit Beziehung hierauf sagte man denn auch wohl im Fall einer actio utilis, es sey kein damnum iniuria datum vorhanden, nämlich in dem engeren Sinne; daß die actio directa angestellt werden könne. So heißt es z. B. in L. 30 §. 2 D. ad L. Aquil.: si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non datur damnum iniuria dare: ideoque utilis danda est actio. Aber warum wurde denn hier die actio utilis gegeben? offenbar nur deswegen, weil hier auf eine eben so an sich widerrechtliche Weise Schaden angerichtet worden, als wenn einer das Korn ins Feuer geworfen. Die actio directa konnte freilich nicht angestellt werden, sondern es mußte, wie L. 27 §. 20 eod. es ausdrückt, quasi de frumento corrupto, also auch nur quasi de damno iniuria dato geklagt werden. — Sonst wird die Nebenart auch allgemein gebraucht, z. B. L. 9 §. 2 de minor. Der Satz: „nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit“ (scilicet minor), „non ei subvenietur“ haben die vulgatae editiones und schon die Basiliken, wenn er gleich

bey dem Original der Florentina nur beygeschrieben ist. Das folgende macht ihn auch nothwendig. Hatte der minor einen Schaden gestiftet, den die utilis actio traf, so ward er doch wohl auch nicht restituirt. So ist auch ohne Zweifel, wenn im tit. D. nautae carpones vom damnum iniuria datum die Rede ist, aller Schaden, der mit irgend einer Aquilischen Klage verfolgt werden konnte, gemeint. Eben so, wenn, wie in L. 19 D. commod. L. 41. D. locat. von custodia gegen damnum iniuria datum die Rede ist. Vgl. nach L. 54 §. 2. de acq. rerum dom. L. 1. D. de public. u. s. w. Ueberhaupt halte ich dafür, daß, wo nicht die Verbindung darauf hinweist, daß auf den Unterschied der a. directa u. utilis beständig Rücksicht zu nehmen war, wie im Tit. de L. Aquil. solche Ausdrücke allgemein zu nehmen sind. Sogar im tit. C. de L. Aquil. nämlich in L. 5 wird in einem Fall, da die directa nicht Statt hat, vergl. L. 9 §. 2. D. eod. — der Ausdruck legis Aquiliae actio gebraucht, aber es kam dort bloß darauf an, bemerkllich zu machen, daß in dem vorliegen-

ten, da die Worte nicht zureichten, *ex sententia Legis Aquiliae* a) gegeben, diese *sententia* aber konnte so wenig als der Buchstabe auf etwas anderes als *damnum iniuria datum* gehen. Wie hätte sie auch sonst *Legi Aquiliae accommodata* heißen können b)? Die Aquilische Klage nun

den Fall in duplum (ob infractionem) geklagt werden könne. Wenn §. B. in L. 7. §. 1 *commodati* davon die Rede ist, ob der vom *commodator* mit der *actio Legis Aquiliae* belangte *socius* auf Cession dieser Klage bestehen könne, sollte dort nicht auch die *utilis* gemeint seyn? Wenn in L. 18 §. 1 eod. geklagt wird, wenn die *res deposita deterior facta* sit, so stände außer der *Contractsklage* auch die *actio Legis Aquiliae* zu; so denke ich, wird §. 2. deponirtes Mehl eben so wohl schlechter dadurch, wenn man Sand darunter mischt, als wenn man es versengte oder anfeuchtete, vergl. L. 47. §. 1 L. 48. *pro socio*. In L. 10. *pr. D. communi divid.* wird zur *Legis Aquiliae actio* nichts weiter verlangt, als daß der *socius* aliquid in *re communi* admisit, aber es war freilich da auch nur von Concurrenz mit der *actio pro socio* die Rede. Dies ließe sich leicht vermehren; ganz entscheidend ist ja aber die so sehr bekannte L. 13 §. 2 *de usufructu*, denn nur die *actio Legis Aquiliae* in ihrem

ganzen Umfange konnte die *cautio usufructuaria* unnüß machen, wenn nicht auch Unterlassungen hier in Betracht kamen. Ueber den Namen *damni iniuriae actio* insbesondere s. nachzusehen L. 27. §. 21 *D. ad L. Aquil.* verglichen mit L. 14 *D. de praescript. verb.* (wegen der Worte: *in profundum* vergl. §. 2 *prooem. I. L. 15. D. de legat. III.*) beide Stellen von *Ulpian*.

a) L. 6 *C. de Lege Aquiliae*.

b) L. 11. *D. de praescriptis verbis*: *Quia actionum non plenus numerus esset, idcirco plerumque actiones in factum desiderantur: Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si lex iusta et necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod Legi deest: quod facit in Lege Aquilia, reddendo actiones in factum, accommodatas Legi Aquiliae: idcirco utilitas eius Legis exigit.* — In L. 12. *D. ad L. Aquil.* heißt es: *danda est ad exemplum Legis Aquiliae actio, in L. 53 eod. datur in te ad exemplum Legis Aquiliae, in factum actio.*

in ihrem ganzen Umfange erhält erst dadurch, daß man Beschädigungen, die an sich widerrechtlich sind, ihr zum Grunde legt, einen bestimmten Raum, den sie auszufüllen hat, und in dem sie jede andere gesetzliche Hülfe überflüssig machen konnte. Sobald sie Statt finden soll, muß die Thatsache, worauf es ankommt, so geartet seyn, daß keine absonderliche Zurechnung, keine vorzügliche Schlechtigkeit, oder arge Absicht, keine Verletzung einer obligatio, oder irgend eines sonstigen Rechts, außer dem allgemeinen Recht auf Schadlosigkeit erforderlich ist, damit Widerrechtlichkeit vorhanden sey. Daß dies aber sich wirklich so verhalte, läßt sich am leichtesten mit dem Beispiel der actio doli erweisen. Ohne Zweifel setzt diese eine sehr widerrechtliche Thätigkeit voraus, denn was kann widerrechtlicher seyn, als Betrug, und wer kann dem die Thätigkeit absprechen, welcher es sich zum Geschäft macht, andre zu ihrem Nachtheil zu täuschen und zu betrügen? Ist machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita a) nicht ein gesetzwidriges Thun? Sie ging aber auch gerade auf Entschädigung, und natürlich nur, wenn der dolus Schaden zur Folge gehabt hatte, konnte im Privatrecht deshalb geklagt werden b). Zugleich war sie bekanntlich nur in supplementum gegeben, das heißt, sie konnte nicht anders angestellt werden, als wenn

a) L. 1. §. 2 in f. D. de dolo.

b) L. 18. §. 4 D. eod.

man mit keinem andern Rechtsmittel dasselbe erreichen konnte, was man mit der *actio doli* erreichen wollte a). *Quae dolo malo*, hieß es im Edict, *facta esse dicuntur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*. War nun also die Aquilische Klage für eine widerrechtliche Thätigkeit in jenem allgemeinen Sinn, da sie denn auch die Fälle der *actio doli* begriffen hätte, gegeben, so war damit die letztere und das ganze *edictum de dolo malo* überflüssig. Will man dieses ungeeignete Resultat vermeiden, und doch die Aquilische Klage, die Klage wegen widerrechtlicher Schadenszufügung nennen, so muß man diesen Ausdruck in einem engeren Sinn verstehen, so wie der Römische den künftigen, und darunter eine an und für sich widerrechtliche Schadenszufügung verstehen b). Fast mit denselben Worten ist dies gesagt in:

a) Einzelne Ausnahmen, selbst wenn sie die *Lex Aquilia* als im einzelnen Fall concurrirende Klage, mit betreffen sollten, (s. nur L. 28. §. ult. D. de dolo) können so wenig entgegen stehen, als daß die Aquilische Klage dem, der nur ein persönliches Recht hatte, doch nicht zustand, denn gewöhnlich konnte sich dieser auf andere Weise, z. B. durch seinen Anspruch auf *cessio actionis*, helfen und auf die geringen Fälle, die da etwa noch übrig blieben, konnte

doch wohl nicht die subsidiarische Natur der *actio doli* berechnet seyn.

b) Im Grunde fällt dies auch von selbst in die Hand, da nichts natürlicher ist, als unter einem unerlaubten Schaden, schlechthin gesagt, einen Schaden zu verstehen, der als Schaden unerlaubt ist, und man könnte es sich verdröhnen lassen, dies so ausführlich erörtert zu haben, wenn nicht wirklich dadurch Irrthum in die Welt gekommen wäre, daß

L. 49. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Ulpianus Lib. 93

Disputationum.

Quod dicitur, damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, si cum damno iniuriam attulerit. — —

Andere Belege werden im Folgenden vorkommen. Hier drängt sich gleich die Frage auf: Welcher Schaden ist denn ein an sich widerrechtlicher, ein wahres *damnum iniuria datum*? Man würde sich, wie schon angedeutet worden, vergeblich im *corpus iuris* nach einem durchgreifenden Princip umsehen, welche Schäden und warum nur diese und keine andre an sich widerrechtliche Schäden sind. Es ist, soviel ich weiß, nirgends ausgedrückt a), selbst nicht in den Titeln, die vom Aquilischen Gesetz handeln; wo es doch vorzüglich hingehört hätte, und

man es verlangte, oder doch sich nicht zu rechter Zeit gegenwärtig erhielt.

a) Die L. 33. §. 1 ad L. Aquil. kann am wenigsten dazu dienen. Es heißt da: in damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio; dies sagt weiter nichts als: die Lex Aquilia wird durch die actio in factum ergänzt. Es kann natürlich von keinen andern damnis als iniuria datis die Rede seyn. Anders verstanden, würde sie Unsinn enthalten. Heißt es nun in §. 16

I. eod. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit — placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, so würde es abermals widersinnig seyn, dies von mehreren als an sich widerrechtlichen Schäden zu verstehen. Einen solchen schließt auch das dort folgende Beispiel in sich. Auch vom 3ten Capitel heißt es in §. 13 I. eod. Capito tertio de omni caetero damno cavetur.

schwerlich möchte es sich auch durch Betrachtung der einzelnen hierüber im Römischen Gesetz vorhandenen Fälle und Entscheidungen finden lassen. Ob sich philosophisch ein solches Princip aufstellen und begründen lasse, ist eine andere Frage, und wiederum eine andere, ob es rathsam wäre, das so gefundene in eine positive Gesetzgebung zu verpflanzen; doch diese Untersuchungen würden uns zu weit vom geraden Wege abführen. Wir müssen uns begnügen, auf historische Weise, durch Abstraction und Combination auszumitteln, wie weit die Römer hier gingen. Dazu soll die folgende Erörterung dienen. Das Resultat wollen wir voranstellen.

§. 8.

IV. Nur solche positive Handlung, wodurch die Substanz eines Körpers verletzt wird, rechnet der Römer zur Aquilia und kann daher *damnum iniuria datum* seyn. Wenige Fälle, wo zwar nicht eigentlich die Substanz angegriffen, wo es aber doch offenbar eben so gut war, als wäre es geschehen, indem unmittelbar durch auf die Sache gerichtete Handlung bewirkt wurde, daß diese verloren ging, und darin zunächst die Widerrechtlichkeit bestand, wurden hinzugefügt: dies war aber auch das Aeußerste, und wurde eigene Entwendung des Schuldigen dem nicht gleichgestellt.

Die Lex Aquilia, auch in ihrer jetzigen Ausdehnung hat lediglich mit Schäden an Sachen zu thun, kein Fall

kommt vor, in dem nicht eine Sache das Medium ist, durch welches der Schade zugefügt und empfunden wird, den einzigen Fall der actio utilis, da der Leib eines Freien a), also doch ein Körper, verletzt worden, angenommen. Diesen können wir aber gern hier bey Seite setzen. Hieraus kann man denn wohl mit Recht schließen, daß die Römer auf Sachen ihre Aquilia einschränkten. Dabey aber dünkt mich, muß es sehr einleuchtend seyn, daß nicht jede Verschlechterung einer Sache, oder jede Herabsetzung ihres Werths schon ein für die Aquilia geeigneter Fall, noch überall einmal eine Widerrechtlichkeit seyn kann, wenn gleich hier immer ein Schaden durch die Handlung bewirkt wird. Ließe sich das Gegentheil mit Recht behaupten, so dürfte ich niemals auf meinem Grund und Boden dem Hause eines andern die Aussicht benehmen, wenn der Preis desselben dadurch herabgesetzt würde b) und gewiß

a) L. 13. pr. D. ad L. Aquil.

b) Hieher gehört allerdings auch die Regel: qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, aber diese Regel, wenn man sie auch von Ausübung genereller Rechte, z. B. des Eigenthums, versteht, leidet doch wieder so viele Ausnahmen, daß sie einem unter den Händen entwindet, wenn man sie recht festzuhalten möchte. Selbst, wenn man sie so beschränkt, wie sie allerdings einen vernünftigen Sinn hat; wer auf

seinem Grund und Boden (in suo) handelt, kann thun was er will, so sieht man bald, daß sie nicht unbedingt seyn kann, sondern daß man doch immer darauf Rücksicht nehmen muß, daß in der Nähe auch Leute wohnen, denen man nicht schaden darf. Das ganze iudicium aquae pluviae arc. bestätigt übrigens diese Regel, macht sie aber auch durch Ausnahmen schwierig. Wo ist die Gränze, über die man, mit Rücksicht auf Nachbarn, nicht hinaus-

wäre das doch ein sehr unphilosophisches Gesetz, welches eine solche Regel aufstellte. Daß das Römische Gesetz davon nichts weiß, ist bekannt. Wo fängt denn aber hier das Gebiet der an sich widerrechtlichen Beschädigungen an, und wo schließt es sich? Die Römer verfahren hier ganz auf practischem Wege, und, irre ich nicht, so kamen sie zum Ziele. Da die Lex Aquilia, wie schon oft erwähnt worden, alle Gesetze aufhob, welche ihren Gegenstand betrafen, so mußte es gleich im Anfange Absicht seyn, diesen ganz zu erschöpfen, dennoch wurden damals die Worte zu eng gefaßt, obgleich sie schon das meiste umschlossen; Tödtung, Verwundung, Zerstörung, Verderbung, ganz oder zum Theil, enthielten fast alles, was man wollte, aber man deutete die Ausdrücke hier so, daß sie auf ein

gehen darf, indem man von solchen Rechten an sich und ohne diese Rücksicht erlaubten Gebrauch macht? Die Römer halfen sich hier, wie ich glaube, mit wahren Spitzfindigkeiten und ihre Unterscheidung zwischen *aliud lucris quo hic utebatur, prohibere und alteri damnum facere, zwischen nocere und non prodesse* ist mir immer etwas leicht vorgekommen; solche Antithesen glänzen mehr als sie nützen, wenn man die Gründe bis zur letzten Spitze verfolgen will. Doch kann es seyn, daß ich mich täusche. Eine vollständige Erörterung würde hier

am unrichtigen Ort stehen, war sich derselben unterziehen will, vergleiche unter einander L. 27. §. 9. 10. L. 30. §. 3. L. 31. D. ad L. Aquil. L. 24. §. ult. L. 24. D. d. damn. inf. L. 1. §. 21. 22. 21. L. 2. §. 5. 9. L. 3. §. 2. L. 21. D. de aqua et aq. pluv. L. 9. D. de servitut. praed. urb. u. s. w. — Gebrauch es aber auch den Römern hier an philosophischer Gründlichkeit, so machten sie es doch im Einzelnen recht, und thaten was sich thun läßt für ein positives Recht; mancher neuer Versuch erscheint dagegen in einer recht kläglichen Gestalt:

unmittelbares Einwirken (*corpore corpori*) gingen: Der Beschädigende mußte den Gegenstand selbst getroffen haben a). Hieran glaubte man sich nun natürlich nicht gebunden b), allein es gab auch noch einige Fälle, in denen

a) L. 1. §. 7. D. si quadrupes. L. 51. pr. D. ad Leg. Aquil. Interessant wäre an diesem Ort die Untersuchung, weshalb die römischen Juristen nach L. 51 hier gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch etymologisirten, wenn sie nicht gerade auch durch dieses Mittel den alterthümlichen Sprachgebrauch des Gesetzes zu finden glaubten.

b) Bei diesen Ausdehnungen ist die Unterscheidung zwischen *causam damni praestare*, wie es in L. 7. §. 6. L. 11. §. 1. L. 49. pr. D. ad L. Aquil. heißt, und *occasionem damni praestare*, wie in L. 30. §. 3. eod. geschrieben steht, merkwürdig. Das letztere geht auf den Fall, da noch ein äußerlich hinzutretender Umstand den Schaden vermittelte. Wie wenig hier die Römer aber Grundsätze einverstanden waren, und sie zu handhaben wußten, sieht man, dünkt mich, aus dem Widerspruch des letzten Fragments mit L. 57. D. locati: ich sage mit Fleiß: es dünkt mich, denn was neulich hierüber geschrieben worden, ist mir so gut wie andern bekannt. Schömanns

Einwurf gegen Lohr's Behauptung, daß nur die *actio directa* in L. 57. ausgeschlossen sey: es hätte dann nicht „*ex locato tantummodo actionem esse*“ heißen können, scheint mir erheblich, wenn man ihm gleich dadurch ausweichen konnte, daß man sagte: die *quaestio*, (es ist im Gesetz nur das *factum* und die Entscheidung aufgestellt) sey nur auf die *damni iniuriae actio* (*directa Legis Aquiliae*) gerichtet gewesen, aber freylich nur kümmerlich. Ueberdies ist es gar nicht erweislich zu machen, daß in dieser Verbindung der Ausdruck *d. i. a.* auf die *directa* ausschließlich gehe, vielmehr das Gegentheil wahrscheinlich. S. oben S. 32 not. a. Dagegen kommt es mir aber auch so vor, als wenn die von Schömann in den Fragmenten beliebten Unterscheidungen fast zu fein sind: sollten nicht in dem einen Fall Luft und Wind in eben dem Sinn die Vermittler seyn, wie in dem andern das Wasser? Soll ich meine bescheidne Meinung sagen, so halte ich dafür, daß hier wirklich ein Widerspruch ist, daß aber die

nicht von verderben (*corrumpere*) die Rede seyn konnte, z. B. es verzehrte jemand fremden Wein, oder fremdes Getreide, a), bey denen aber doch in der Sache gar kein Unterschied zu sehen war: diese wurden dann auch noch hinzugefügt. Ueberhaupt ging man hier behutsam, (es könnte auch in der That für eine Gesetzgebung nicht leicht etwas Verlehrteres gedacht werden, als wenn man die an sich widerrechtlichen Schadenszufügungen gar zu sehr ins Weite ziehen wollte,) und mehr nach einem richtigen praktischen Gefühl, als nach gedachten Principien zu Werke: das offenbar im Wesentlichen Gleiche ward mit herübergezogen b).

L. 30. für das Justinianische Gesetzbuch vorgezogen werden muß, nicht weil, wie ich übrigens glaube, Labo und mit ihm Javolenus geistloser interpretirt haben, als Ulpianus, auch nicht allein, weil letzterer der jüngere Jurist war, denn es kommt nicht darauf an, welche Meinung später herrschend geworden, sondern welche Justinian gebilligt, obgleich freilich diese Billigung, zumal hier, schon dadurch einige Wahrscheinlichkeit erhält, sondern vorzüglich darum, weil in L. 30. ad L. Aquil. der Fall recht eigentlich für die Lex Aquilia, und ihre Klage abgehandelt wird, da hingegen in L. 57. locat. es vor allen Dingen darauf ankam, ob die actio locati Statt finde. Ist ein Widerspruch vorhanden, so

muß einmal ein Versehen begangen worden seyn, indem man, ohne es gewahr zu werden, den anderen Bestimmungen widersprechenden Satz aufnahm: dies kann aber nur in L. 57. geschehen seyn, mithin war der Ausdruck der L. 30. Absicht, der L. 57. unabsichtlich. — In den thess zu meiner Inauguraldisputation hatte ich die umgekehrte Meinung, um zu meiner Belehrung Seltsamkeit zu geben, aufgestellt.

a) L. 30. §. 2. D. ad Leg. Aquil.

b) Man hat wohl einmal gefragt, wie ein correctorisches Gesetz, wie die Lex Aquilia, nach der ratio ausgedehnt werden könnte? Die Antwort ist nicht schwer. Die Regel, daß correctorische Gesetze so nicht ausgelegt

So wie augenscheinliche Billigkeit bey den die Person des Klagers betreffenden Erweiterungen leitete a), so auch bey denen, welche den Klaggrund selbst angingen. Vorzüglich merkwürdig ist hier das Verhältniß der Aquilia zur actio furti, und dient zur Bestärkung des oben über die nöthige Einschränkung des Begriffs von *damnum iniuria datum* Besagten. Davon ein wenig ausführlicher.

S. 9.

Es ist bekannt, daß die Aquilia mit jeder nicht subsidiarischen Klage concurrirt, sobald die Thatfache, welche schon an sich ein *damnum iniuria datum* ist, noch außerdem so qualificirt ist, daß auch die besondern Erfordernisse der andern Klage eintreten, und zwar gilt dies von der Aquilischen Klage in ihrer ganzen Ausdehnung b).

werden dürfen, hat nur den Grund, weil das bestehende Recht nur so weit durch neueres aufgehoben wird, als wirklich die Absicht war, es aufzuheben. Durch die L. Aq. wurde ja aber das ganze alte Recht über *damna a. str.* aufgehoben, es war also Absicht, daß diese ganze Lücke ausgefüllt werden sollte. Es bestand ja gar kein Recht mehr, in welches die Erweiterungen hätten eingreifen können.

a) S. unten §. 69. i. v. Note.

b) Es haben nur wenige Rechtsgelehrte den Irrthum gelehrt,

daß die actio in factum Legis Aquiliae nur Statt finde, wenn keine andere Klage anhelfe. Es gibt allerdings actiones in factum, die auf diese Weise bloß ergänzend sind, z. B. die actio in factum post annum elapsum; von der in L. 5. in f. D. de calumniatoribus dies gesagt wird. Aber das ist keinesweges Regel und am wenigsten trifft es bey der Aquilischen actio in f. zu, welche zwar auch ergänzt, aber das ganze Gebiet des *damni iniuria dati*, nicht bloß den numerus actionum. Beweisend sind L. 27. §. 9. 11. 14. 21. 35. D.

Wenn daher ein *damnum iniuria datum* zugleich eine *obligatio* verletzt, so finden die *Contractsklage* und die *Aquilia* neben einander Statt. Mit andern Klagen verhält es sich eben so, z. B. mit dem *Interdictum quod vi aut clam* a); und so gibt es Klagen, die immer mit der *Aquilia* concurriren, weil sie alle mal ihren Klagegrund voraussetzen, der ein *damnum iniuria datum* in sich schließt, obgleich mit einem Zusatz, den die *Aquilia* nicht erfordert. Dahin gehört z. B. das *iudicium Legis Corneliae de sicariis*, da es eine, aber *dolo malo* geschehene Tödtung voraussetzt; die *Lex Aquilia* aber die Tödtung überhaupt und ohne Rücksicht auf besondere Zurechnung, also auch die *occidendi animo* geschehene trifft b); es gehört aber auch, bis auf unbedeutende Ausnahmen, dahin die, nach dem, was oben S. 23 gesagt ist, von Glück in dieser Hinsicht verkannte *actio arborum furtim caesarum ex Lege XII Tabularum* c). Glück hätte eben so gut schließen können, daß das *Interdictum quod vi aut clam* aus den zwölf Tafeln herstamme, denn auch dies concurrirt immer mit der *actio arb. furt. caes.*, eben sowohl wie die *Aquilia* d). Der Grund war, weil

ad L. Aquil. L. 15. pr. D. 10. cati.

a) L. 27. §. 14. D. ad L. Aquil.

b) L. 45. §. 9. D. ad L. Aquil. §. 11. I. cod. pergl. L. 1. §. 3.

D. de Lege Corn. de sicariis. — Hier folgt cumulativ.

c) L. 1. D. arbor. furt. caes.

d) L. 11. D. cod. Nach mit der *actio furti* concurrirte die *actio arb. furt. caes.* unter Umständen

die Thatsache, welche die Klage der XII fundirte, auch zu den übrigen Klagen hinreichte, z. B. zur Lex Aquilia, da ein Baum durch Hauen zerstört oder verdorben worden a). Dagegen würde man sich sehr irren, wenn man annehmen wollte, daß umgekehrt die actio a. f. c. immer Statt finde, wenn wegen Beschädigung eines Baumes die Aquilia zuzulassen, also etwa ein einfaches *damnum iniuria datum* sie begründe. Daß dem nicht so sey, kann man schon erwarten, wenn man bedenkt, daß jene auf das *duplum* b) geht, diese auf das *simpulum*, wenn nur nicht geläugnet worden. Die Klage der XII setzt nämlich voraus, daß die Beschädigung durch Hauen und heimlich geschehen, zur Lex Aquilia ist jede Beschädigung, sie mag nun durch Abhauen oder Entwurzeln oder Abbinden, oder auf was Art sonst geschehen seyn, hinreichend, es ist auch einerley, ob heimlich oder gewaltthätig gehandelt worden, ja eine jegliche Zurechnung, auch die geringste imputable Nachlässigkeit ist zureichend c). Zu den

und mit der *condictio furti* und *actio ad exhibendum* L. 8. §. 2. eod. ja sogar mit einer *Contractsklage*, der *Aquil. Klage* und dem *Interd. qu. vi a. clam* zugleich. L. 25. §. 5. D. locati.

a) So ist L. 5. §. 1. D. eod. *Eius actionis eadem causa est, quae est Legis Aquiliae zu verstehen.*

b) L. 2. §. ult. D. eod.

c) S. nur L. 7. §. 1. L. 8. §. 5. D. eod. — Vergl. überhaupt §. 4. I. de noxal. act. *Sunt autem constitutae noxales actiones, aut legibus, aut Edicto Praetoris. Legibus, veluti furti ex Lege XII Tabularum, damni iniuriae ex Lege Aquilia Edicto Praetoris: veluti iniuriarum et vi bonorum raptorum.*

erwähnten Ausnahmen aber, da der Klaggrund der *actio a. f. c.* nicht zugleich Klaggrund der *Lex Aquilia* ist, gehört der letzte Fall in

L. 27. §. 26. D. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum. Idem et in silva caedua, scribit, ut, si immatura, Aquilia teneatur, quod si maturam interceperit, furti teneri eum, et arborum furtim caesarum.

War die Holzung zum Fällen noch nicht reif, so konnte auch die *Aquilia*, war sie reif und das Holz war zugleich heimlich entwandt, so konnten nur die *actio a. f. c.* und die *actio furti* angestellt werden, nicht die *Aquilia*. Was ist der Grund dieser Verschiedenheit? nichts anderes, als daß die *actio a. f. c.* nicht nöthwendig eine Beschädigung der Sache erfordert, obgleich das bey ihr vorausgesetzte *caedere* durchgängig eine Verletzung der Substanz in sich schließt, wohl aber die *Aquilia*. In dem vorliegenden Fall ist das Abhauen des doch dazu bestimmten Holzes, wenn es zeitig ist, keine Beschädigung an sich, vielmehr wurde es gerade so behandelt, wie es ohnehin behandelt werden sollte; erst die Verheimlichung und Entwendung bringt Verlust und Strafbarkeit hervor. Hier ist denn auch schon von der *actio furti* die Rede. Da dieser Verlust der Sache, oft vom Diebe, wenn er entdeckt wird, nicht einmal mehr ersetzbaren Verlust hervorbringt, so würde sicher, wenn nicht Verletzung der Substanz selbst zu einer an sich widerrechtlichen Verminderung des Vermögens erfordert wäre,

Concurrenz derselben mit actio Legis Aquiliae immer zugelassen worden seyn. Vielmehr aber ist das Gegentheil Regel, wie man leicht sieht, deswegen, weil nicht das damnum, sondern die Entwendung zunächst die Widerrechtlichkeit hervorbringt. Außer der angeführten L. 27. §. 26, ad Leg. Aquil. beweisen das:

§. 25. eod. Si olivam immaturam decerpserit vel ~~segetem~~ desecuerit immaturam, vel vineas crudas, Aquilia tenebitur, quod si iam maturas, cessat Aquilia; nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem fructuum impendantur. Sed si collecta haec interceperit, furti tenetur: Octavenus in uvis adiecit: nisi (inquit) in terram uvas proiecit, ut effunderentur.

§. 27. eod. Si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris, cessare legem Aquiliam.

Nur wenn dieselbe Thatfache, welche als furtum wegen des hinzugekommenen animus lucri faciendi angesehen war, auch eine Zerstörung oder Beschädigung der Sache mit sich führte, trat Concurrenz ein, und bei der Aquilia war es der an sich widerrechtliche Schaden, bey der actio furti die in solcher Absicht geschehene Entwendung, was den Klaggrund hergab.

L. 27. §. 3. D. de furtis Ulpianus lib. 41. ad Sabinum. Sed si quis non amovit huiusmodi in-

strumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam Legis Aquiliae.

L. 41. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Ulpianus lib. 41. ad Sabinum. Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo, furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit, nam furti non tenebitur, cum factio enim etiam animam furis furtum exigit.

L. 42. D. eod. Iulianus lib. 48. digestorum.

Qui tabulas testamenti depositas, aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. Legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit. Corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

L. 2. D. de privatis defictis. Ulpianus lib. 43, ad Sabinum.

Qui igitur hominem subripuit et occidit: quia subripuit, furti, quia occidit Aquilia tenetur: neque altera harum actionum alteram consumit a).

a) Vergl. L. 10. pr. f. D. de edendo.

Hierbey kommt nun noch ein interessanter Fall vor, welcher gleich mit ein paar andern zusammen zu stellen ist: L. 27. §. 21. D. ad L. Aquil.

Ulpianus lib. 18. ad Edictum:

Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat, damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen, vel in mare, vel in cloacam ceciderunt. Quod si ad aliquem pervenerunt, ope et consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem, etiam in factum dari posse actionem, ait. §. 11. I. de obligat. quae ex delict. Interdum quoque furti tenetur qui ipse furtum non fecit, qualis est is, cuius ope et consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet, aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eos acciperet, et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet.

In allen diesen Fällen ist die Substanz der Sache eigentlich gar nicht verletzt a), allein es war doch gar zu

a) L. 14. §. 2. D. de prae- Sabin. Sed et si calicem argen-
script. verb. Ulpian. lib. 41. ad teum quis alienum in profundum

Augenscheinlich, daß es einer Zerföderung gleich stehen müsse, wenn man eine Sache in einen Abgrund oder ins Meer wirft, und wiederum gar zu einleuchtend, daß es solchen Wegwerfen gleich stehen müsse, wenn einer dem andern Geld aus der Hand schlägt, damit ein Dieb es davon trage u. s. w., oder dieses aus Muthwillen thut, indem es aber dieselbe Folge hat. Immer macht hier das bewirkte Verlorengelien, also der Schade selbst zunächst die Widerrechtlichkeit aus, da hingegen bey einem eigentlichen Diebstahl meistens zunächst die heimliche Entwendung in arger Absicht das Widerrechtliche ist. Willig gleich steht diesem der Fall in §. ult. in f. l. de Lege Aquilia: si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret a). Die Meinung war hier

abiecorit, damni dandi causa non lucri faciendi, Pomponius lib. 17. ad Sabinum scripsit, neque furti, neque damni iniuriae actionem esse: in factum tamen agendum: Auffallend ist es, daß derselbe Ulpianus, der beim Hinabwerfen des Kelchs in die Tiefe die actio utilis für nöthig hält, beim Gelde die damni iniuriae actio zugelassen schelut, da doch dies eben so gut seiner Substanz nach erhalten wurde; es zeigt dies aber schon, daß man diesen Ausdruck nicht immer auf die directa beschränkte. Ich bemerkte nur beyläufig, daß ich ungeach-

tet der neuerfundenen Unterscheidung in den Institutionen die actio L. Aq. utilis und in factum für durchaus einerley halte: es ist dies so augenscheinlich, daß man es nicht beweisen muß.

a) Zu vergleichen ist L. 7. §. 7. D. de dolo malo. Ulpianus lib. 11. ad Edict. Item Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit. Et ait Quintus apud eum notans, si non misericordia ductus fecisti, furti teneris, si misericordia, in factum actionem dari debere. Der Sinn ist: die actio doli laus

gut, aber der schädliche Erfolg widerrechtlich und unerlaubt. Dies ist denn aber auch die Gränze, über welche hinaus es kein *damnum iniuria datum* gibt, und ist es nicht deutlich erkennbar, daß ein Fall im Wesentlichen eben so geartet ist, so darf diese Erweiterung des Aquilischen Gesetzes nicht noch mehr erweitert werden. Ob aber ein solcher Fall vorhanden ist, das muß nach Umständen beurtheilt werden: eine theoretisch vollkommen bestimmte Abscheidung ist uns nicht gegeben a).

hier nie Statt finden, denn entweder war der Löfende bestochen, so ist es Diebstahl, oder er that es nur aus Mitleid, so findet die *actio utilis Legis Aquiliae* Statt. Diese wird hier eben so schlechthin *actio in factum* genannt, wie in den kurz vorher angeführten 3 Gesetzstellen. Die Imputation war hier *culpa lata*. An den zur Ehre der Menschen seltenen Fall, da einer es aus Lust an Unlust gethan, ist hier nicht gedacht worden; es versteht sich aber von selbst, daß auch diesen wahren *dolus* hier die Aquilische Klage umfaßt — Daß auch außer dem *tit. de Lege Aquilia* der Ausdruck *actio in factum* schlechthin gebraucht, auf die *actio utilis Aquiliae* gehen könne, ist aus *L. 18. D. de S. P. U.* zu ersehen.

a) Die Meinung des Mendoza, dessen reichhaltigen Commentar über die *L. Aquil.* ich erst lange nach dieser Arbeit zu Gesicht bekam, daß hier alles darauf ankomme, ob eine andere Klage wegen der Beschädigung gegeben worden, oder nicht (*Lib. 3. cap. 8.*), verrückt den Gesichtspunkt und ist im Princip falsch. Er unterscheidet nämlich, wie die Institutionen, zwischen *actio utilis* und *in factum*, was gewiß eine leere Subtilität ist, von der die Pandectisten noch keine Ahnung hatten; für die *utilis* aber hat er den richtigen Grundsatz: *re integra s. salva non competit Legis Aquiliae actio*. Aber so wenig als diese war die *actio in factum subsidiaria*, wie oben gezeigt worden.

§. 10.

Bisher ist davon die Rede gewesen, wie die Fälle äußerlich beschaffen seyn müssen, damit von einer Aquilischen Klage und einer an sich widerrechtlichen Schadenszufügung die Rede seyn könne; allein der Ausdruck *damnum iniuria* oder *culpa datum*, oder verkürzt: *damnum iniuriae* enthält noch ein Requisit mehr, Worin dieses im Allgemeinen bestehe und wie sich die Terminologie hier verhalte, davon soll die folgende Nummer Rechenschaft geben.

V. Der Ausdruck *damnum iniuria* oder *culpa datum* hat zwey Bestandtheile, 1) muß die Handlung als Object, so wie im vorigen gezeigt worden, eine an sich widerrechtliche Schadenszufügung seyn können, 2) muß, damit sie es auch wirklich sey, Zurechnung hinzukommen. Insofern beide Worte, *culpa* und *iniuria*, auf diese vollständige Widerrechtlichkeit gehen, sind sie hier im Wesentlichen als völlig gleichbedeutend zu betrachten: sie scheiden sich, indem das Wort *culpa* in einer engeren Bedeutung bloß den letzten Bestandtheil der Widerrechtlichkeit überhaupt bezeichnet. In diesem Sinne schließt aber auch das Wort *culpa* immer noch den *dolus* in sich und ist dies gerade die rechte Bedeutung des Wortes, wenn man in der Rechtswissenschaft von einer besondern Lehre von der *culpa*, oder Theorie der *culpa* spricht.

In dem oft vorgekommenen Ausdruck: *damnum iniuria datum*, begreift das Wort *iniuria* eigentlich ein Doppeltes: 1) die objective und 2) die subjective Widerrechtlichkeit. Beides darf nicht fehlen, damit die Widerrechtlichkeit, die *iniuria*, vollständig sey. Da, wie wir im Anfange gesehen haben, *culpa* im weitesten Sinn die Widerrechtlichkeit einer Handlung andeutet, so darf es nie manden wundern, daß in der Lehre von widerrechtlichen Schadenszufügungen im Römischen Recht beide Worte oft als gleichbedeutend genommen werden, und daß *damnum culpa datum* gerade dasselbe sagt, was *damnum iniuria datum*, und daß sie daher auch beide die objective und subjective Gesetzwidrigkeit umfassen: der Schaden muß der Natur der Handlung nach an sich widerrechtlich seyn, wenn er nur überhaupt zuzurechnen ist. Dies ist denn nichts weiter, als die besondere Anwendung einer allgemeinen Bedeutung auf Schadenszufügungen. Geschrieben steht es in

L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

Iniuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa iniuriarum actionem, contumeliam quandam; sed quod non iure factum est, *Iniuria* heißt hier nicht, wie bey der *actio iniuriarum* so viel als *contumelia*, sondern es bedeutet, daß nicht mit Recht, also hier gegen das Recht gehandelt worden,

hoc est, contra ius, id est, si culpa a) quis occiderit; et ideo interdum utraque actio concurrat, et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duas erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

mithin, daß culpa getödtet worden; daher concurriren zwar zuweilen beide Klagen, die Injurien = Klage und die Aquilische, aber jede hat ihre verschiedene Schätzung: bey der einen wird die Beschimpfung, bey der andern der Schaden erwogen. Also iniuria ist hier dahin auszulegen, daß ein damnum culpa datum begangen seyn müsse, gleichviel jedoch ob mit oder ohne Absicht zu Schaden.

Die Stelle bezieht sich zunächst auf den in princ. vorübergehenden Fall der Nothwehr, wovon es hieß, wer aus Nothwehr tödte, begehe keine iniuria, und könne daher mit der Aquilia nicht belangt werden. Durch Tödtung eines fremden Sklaven oder Thiers entsteht offenbar in der Regel ein an sich widerrechtlicher Schaden, doch ist die Nothwehr ausgenommen. Diese Ausnahme kann nicht zunächst in fehlender Zurechnung, diese für sich betrachtet,

*) Der Salondrücken Text: hoc est, si contra ius et culpa serung leicht an.

bestehen. Die Zurechnung hat mit dem Innern dessen zu schaffen, der eine That begehrt; in unserm Fall kommt es aber gerade auf das Aeußere der Handlung an, ob die Umstände so beschaffen waren, daß der Angegriffene sich nicht helfen konnte, ohne den Gegner zu erlegen: was dabey im Innern vorgegangen, ist gleichgültig; ob er die Absicht hatte, zu tödten, ob er nur zufällig tödtete, ob er diesen Erfolg vorhersehen konnte oder wirklich vorherseh, ob er vielleicht nur aus Instinkt handelte, alle diese Fragen, welche bekanntlich die Imputation ausmachen, kommen hier nicht in Betracht a). Sein Leben zu vertheidigen selbst durch Entseibung des Angreifers, wenn es Noth thut b), ist erlaubt, kann also kein *damnum iniuria*, oder, was dasselbe sagt, *culpa datum* seyn. So wie im Anfange sich die Erklärung von *iniuria* an einen Fall anschließt, dem es an objectiver Widerrechtlichkeit fehlt; so schließt sich am Ende die Erklärung von *damnum culpa datum* an

a) In einem gewissen Sinn kann hier freylich auch von Zurechnung die Rede seyn, in sofern man überhaupt sagen kann: ein ohne meine Schuld begangener Todtschlag kann mir nicht zugeschrieben werden, das heißt dann aber für diesen Fall nichts weiter, als: bey einer völlig erlaubten Handlung, wie die Nothwehr, kann weder von Schuld noch von Zurechnung die Frage seyn.

b) Ueber die Schranken der Nothhülfe dachte man zu verschiedenen Zeiten verschieden: In L. 5. pr. beschränkt sie Ulpian so: *si autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur*, beym Theophilus heißt es: *nam si, cum effugere possem, eum occidi, teneor Aquilia*. Die Institutionen drückten sich doch unbestimmter aus: *utiquo si aliter periculum effugere non potest*.

einen Fall an, da es an aller Zurechnung gebrach, nämlich da ein furiosus den Schaden gestiftet hatte, in der Mitte aber werden beide gleich gestellt; mithin gehen beide auf beides, auf objective und subjective Widerrechtlichkeit und in Hinsicht der letztern wird am Schlusse mit den Worten: *etiam ab eo, qui nocere noluit*, nur noch bemerflich gemacht, daß, da nur culpa, Widerrechtlichkeit überhaupt erforderlich sey, auf den *animus nocendi* nichts ankomme. Daß diese Auslegung richtig sey, bestätigt Theophilus zu der correspondirenden Stelle:

§. 2. I. eod.

Paraphrase.

Iniuria autem occidere Quod autem in Lege
intelligitur, qui nullo iure dicitur: *iniuria* occiderit,
occidit. Itaque latronem hoc intelligimus: *inlicite*
qui occiderit, non tenetur, (*παρὰ νόμον* praeter Le-
utique si aliter periculum gem), id est, *sine jure.*
effugere non potest. Igitur si non inlicita sit

caedes, periculi expertus
 erit qui occidit, et huic
 legi nequaquam locus est,
 veluti si servum tuum
 latronem occidero, Aquilia
 haud teneor, sed tunc,
 quando periculum ab eo
 mihi instans, non aliter
 declinare potui, nisi per

vulnus ipsi a me inflitum: nam si, cum effugere possem, eum occidit, tenor Aquilia.

§. 11.

Obgleich nun aber iniuria und culpa hier ein Gleiches ausdrücken, so scheint doch die Bedeutung beider, wenn ich mich so ausdrücken darf, verschieden nuancirt zu seyn, worauf freilich in diesem Zusammenhang gerade wenig ankommt a). Man darf nur sein Gefühl fragen, so wird man bald herausfinden, daß, wenn gleich beide die gänzliche Widerrechtlichkeit der Handlung umfassen, dennoch in culpa (Schuld) das Subjective, in iniuria (Unrecht) das Objective vorherrscht. Man kann sagen: culpa ist Widerrechtlichkeit überhaupt, weil im Jus ohne Unrecht keine Zurechnung in Betracht kommt, iniuria dasselbe, weil Unrecht

a) Daß man im Allgemeinen die iniuria verwerft, wo es auch nur an Zurechnung fehlte, sieht man schon besonders aus L. 7. §. 5. D. ad L. Aquil. Proinde, si quis alterius impulsu damnum dedit, Proculus scribit, neque eum, qui impulit, teneri, quia non occidit, neque eum, qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum, qui impulit. Dagegen steht

gleich darauf iniuria wiederum auf die äußere Widerrechtlichkeit der Beschädigung §. 4. eiusd. Leg. Si in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia (nicht um widerrechtlich zu beschädigen) videtur damnum datum.

ohne Zurechnung nicht mehr Unrecht ist. Hier möchte nun der Ort seyn, folgende Texte näher zu beleuchten.

L. 1. pr. D. de iniuriis. Ulpianus lib. 56. ad Edictum.

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat, omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione significatur, ut in Lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iniuriam; contumeliam autem a contemnendo.

Iniuria hat den Namen von non iure fieri, denn von non iure fieri, denn es geschehe iniuria. In einem besondern Sinn heißt aber iniuria so viel als contumelia. Mitunter bezeichnet iniuria das damnnum culpa datum, so wie wir bey der Lex Aquilia zu reden pflegen. Mitunter bedeutet iniuria auch iniquitas, denn sprach jemand ein unbilliges oder ungerechtes Urtheil, so nennt man dies deswegen iniuria, weil hier Mangel an ius und iustitia vorhanden ist, so zu sagen, eine non iniuria; contumelia übriges kommt von contemnere.

pr. I. eod.

Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit: specialiter, alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant; alias culpa, quam Graeci ἔγκλημα a) dicunt, sicut in Lege Aquilia damnum iniuria datum accipitur; alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἀδικίαν b) vocant, cum enim Praetor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse c) videtur

Paraphrasis.

Generaliter (γενικῶς) vero iniuria dicitur quidquid non iure fit (πάν ὃ μὴ κατὰ νόμον γίνεται): specialiter (ιδικῶς) autem dicitur contumelia a contemnendo, quam Graeci ὕβριν vocant. Sed et culpa dicitur, quod Graeci ἀδικήμα appellant, ut in Lege Aquilia, namque dicimus damnum iniuria datum *). Nonnunquam vero iniquitas et iniustitia dicitur, quam Graeci ἀδικίαν vocitant, quando enim Praetor aut iudex non iure adversus quem pronuntiat, dicimus laesum iniuriam accepisse.

Coll. Leg. Mosaic. tit. 2. §. 5. Paulus libro singulari et titulo de iniuriis.

a) al. ἀδικήμα al. ἁμαρτήματα.

b) Hal. ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν.

c) Hal. iniuria cum affectis-

se: ist wahrscheinlich eine Correctur.

*) damnum iniuria datum, τοῦτ' ἐστὶ ζημία ἢ ἀδικῶς γενομένη.

Generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit. Specialiter alia est contumelia, quam Graeci *admixiv* vocant: nam cum Praetor noster adversum nos pronunciaret, iniuriam nos accepisse dicimus a). Unde apparet, non verum esse quod Labeo b) putabat, apud Praetorem iniuriam *vßper* duntaxat significare. Communem omnibus enim iuris est c), quod semper adversus bonos mores fit, idque non fieri alicuius interest. Hoc edictum ad eam iniuriam pertinet, quae contumeliae causa fit.

Wir sehen hier viermal eine Bedeutung von iniuria angegeben: 1) soll es heißen, quod non iure fit, 2) contumelia, 3) culpa, in der Redensart, damnum iniuriä datum, 4) iniquitas. Es fragt sich, wie verhalten sich diese zu einander? Nach dem Bisherigen muß die Antwort so lauten: die Bedeutung: quod non iure fit, ist die Grundbedeutung; was ohne Unterstützung des Rechts, also gegen das Recht geschieht, gerade unser Deutsches Unrecht. Wir sagen auch: er that es mit Unrecht, das heißt: er that es nicht mit Recht, das heißt: er that es gegen das Recht. Also geht iniuria sowohl als Unrecht in allgemeiner Bedeutung auf eine widerrechtliche

a) Daß hier alles verborben worden, ist augenscheinlich genug, aber die Conjecturen und Ergänzungen sind zu unsicher.

b) L. 15. D. de iniuriis Pith.

c) Die Conjectur des Pithöus: *Commune enim omni ei nomen iniuriae*, ist wohl die beste, und im Wesentlichen geben die übrigen auch denselben Sinn.

Handlung. Von dieser Grundbedeutung ist die Bedeutung *contumelia* (Ehrenkränkung, Verachtung aussprechende Behandlung) abgeleitet, aber eine engere des Wortes *iniuria*: in der Lehre von der *actio iniuriarum* heißt *iniuria* nicht Widerrechtlichkeit überhaupt, sondern diejenige Widerrechtlichkeit insbesondere, welche in einer Ehrenkränkung besteht: schon das Wort *iniuria* für sich allein, es mag verbunden seyn, mit welchen Worten es will, hat hier einen anderen engeren Sinn, als jener allgemeine ist. Dies ist denn aber auch unter den angegebenen Bedeutungen die einzige besondre; die zwey noch übrigen sind nichts weiter als Anwendung der allgemeinen Grundbedeutung auf einen besondern Zusammenhang, sie enthalten Beispiele derselben. Aus L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil. haben wir gesehen, daß *damnum culpa datum* nichts anderes heiße: als *damnum iniuria datum*, und dieses wiederum nichts anderes, als, *damnum quod non iure datum est*, endlich dieses wieder nichts weiter, als *quod contra ius datum est*, also deutsch: ein widerrechtlich zugefügter Schaden. Hier heißt also *iniuria* nichts anderes als Widerrechtlichkeit, was eben die allgemeine Bedeutung des Wortes ausmacht. Dasselbe gilt aber auch, wenn *iniuria* von einem ungerechten oder unbilligen Spruch eines Richters vorkommt, denn von diesem wird nur in dem Sinne gesagt, er habe *iniuria* (mit Unrecht) gesprochen, oder der verletzten Party eine *iniuria* (ein Unrecht) zugefügt,

als ein solches Urtheil ohne Recht, d. h. nicht nach dem Recht, mithin gegen das Recht oder widerrechtlich gefällt worden. Mit der L. 1. pr. d. iniur. stimmt diese Antwort auch vollkommen überein, denn die beiden inter-
 dum enthalten bloß hinzugefügte Bemerkungen, daß zu-
 weilen iniuria mit culpa dasselbe sage, nämlich weil sie
 in der angeführten Phrase beide Widerrechtlichkeit heißen,
 zuweilen auf iniquitas deute, da auch diese wohl eine
 Rechtslosigkeit, ein Unrecht anzeige. Die Uebereinstimmung
 kann auch keinen Zweifel leiden, da nach L. 5. §. 1. cit.
 derselbe Ulpianus in demselben Werk, aus dem L. 1. ent-
 lehnt ist, eine gleiche Anwendung der allgemeinen Bedeu-
 tung gemacht hat. Auch die Paraphrase der J. steht nicht
 nothwendig damit in Widerspruch, allerdings aber der In-
 stitutionstext selbst. Hier werden durch die Wiederholung
 des alias offenbar auch die beiden letzten Bedeutungen, zu-
 sammt der Bedeutung: contumelia, als besondere engere
 Bedeutungen der im Anfange vorausgeschickten allgemeinen,
 entgegengestellt, und doch ist augenfällig dieser Text aus
 jener Stelle des Ulpian, mit unbedeutenden Veränderungen,
 hergenommen. Hat man nun den wahren Sinn von
 iniuria in den angeführten Redensarten erst für sich fest-
 gestellt, so zeigt sich in den Institutionen ein logischer
 Fehler, der auch heut zu Tage nicht selten begangen wird,
 nämlich es ist die generelle Bedeutung eines Wortes, welche
 in einem bestimmten Zusammenhang mit andern Worten

zusammen einen besondern Sinn hervorbringen half, für eine specielle Bedeutung ausgegeben worden. Es kann Mehreres den Compiler hierzu verleitet haben. Zunächst war es wohl die Gleichstellung der iniuria mit culpa, welche verführte, da das letztere Wort meistens eine engerere Bedeutung hat und nie mit jenem vollkommenen synonym ist; aber das sind keine zwey Worte in derselben Sprache, und doch können sehr verschiedene nuancirte Worte in einem gewissen Zusammenhang dasselbe ausdrücken; weil nämlich das, worin sie übereinstimmen, als hier wesentlich hinreicht: so auch haben iniuria und culpa beide die allgemeine Bedeutung von Widerrechtlichkeit überhaupt, wenn auch, wie gesagt, in diesem Wort die subjective Ursache des Unrechts vorherrschen mag, in jenem das Objective, wodurch die Handlung widerrechtlich wird. Vielleicht dachte man sich die Sache so: iniuria erfordere in allgemeiner Bedeutung nichts weiter, als daß die Handlung in genere und an sich widerrechtlich sey, dieser Sinn umfasse also sowohl die widerrechtlichen Handlungen, welche in concreto mit einer Zurechnung verbunden wären, als diejenigen, welche es nicht wären, z. B. solche, die ein Kind begangen: dagegen, wo es mit culpa, auch in der allgemeinen Bedeutung des Worts, gleichsinnig ist, muß es vor allen Dingen auch die Zurechnung in specie befallen. Hiebey ist merkwürdig, daß in der Collatio LL. Mos. der Begriff von iniuria am Ende fast so allge-

mein gefaßt wird, daß es mit der im Anfange dieses Capitels angegebenen allgemeinsten Bedeutung im Wesentlichen beinahe zusammenfällt: quod contra bonos mores fit, also auch, was gegen eine sittliche Regel geschieht, so daß sich diese Vergleichung von culpa und iniuria durch alle Instanzen durchführen ließe. Sobald sich aber die Bedeutungen dieser Worte mehr verengen, so trennen sich auch die Worte selbst und in dieser Spaltung zeigt sich erst die Verschiedenheit der Grundbedeutungen in Nebenbeziehungen, so wenig diese auch im Zusammenhang einen Unterschied macht und einer willkürlichen Verwechslung im Wege steht. Eine Ehrenkränkung, die eine besondre objectiv widerrechtliche Handlung ausmacht, könnte wohl in einem engeren Sinn iniuria heißen, aber unmöglich, nach dem Geiste der Sprache und der Grundbedeutung des Wortes, culpa genannt werden. Es würde wunderbarlich klingen, zu sagen: culpam facere — pati für iniuriam facere — pati, eine Beschimpfung zufügen — erdulden. Dagegen könnte unmöglich iniuria die Zurechnung, als den abstrahirten subjectiven Theil der Widerrechtlichkeit bezeichnen: man würde es nicht billigen, wenn jemand die iniuria in dolus und iniuria im engeren Sinn eintheilen wollte a), wie man culpa in dolus und culpa sens. str. eintheilt. Man sagte wohl für damnum iniuria dare mit einem abgekürzten Wort in-

a) Ein anderes wäre: iniuria, quae fit dolo — quae fit culpa.

inuriam dare a); dafür hätte man auch wohl sagen können: culpam dare oder doch damni culpam dare; der letztere Ausdruck ist um so merkwürdiger, da er einmal in einer auffallenden Bedeutung vorkommt. Wollte man die objective Widerrechtlichkeit als Abstractum und in genere benennen, so hätte man sich, sollte man denken, nur des Ausdrucks iniuria bedienen können, aber auch hier kommt culpa vor:

L. 45. §. 4. D. ad Legem Aquil. Paulus lib. 10. ad Sabinum.

Qui, cum aliter tueri se non possent b), damni culpam dederint c), innoxii sunt. Vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt.

Hier ist gerade eine Handlung beurtheilt, die in genere widerrechtlich ist: Tödtung oder Verwundung eines fremden Sklaven; sie ist aber von Umständen begleitet, die sie in specie zu einer rechtmäßigen machen. Aber man hatte sich schon gewöhnt, in dieser Phrase die beiden Worte willkürlich umzutauschen, dies war stehende Form. Wieks

a) L. 37. pr. D. ad L. Aquil. — manu iniuriam dedit — In derselben Bedeutung kommt auch iniuriam facere vor, z. B. L. 54. in f. D. ad L. Aquil.

b) Die Flor. liest ursprünglich possunt.

c) Die Lesart: damnum culpa dederint oder dederunt, so häufig sie sich auch in den editionibus

vulgatis findet, z. B. Nor. 1482. Ven. 1484. Venet. 1501. Par. 1528. de Tortis 1494, 1498., entstand zuverlässig daher, weil man sich in die etwas ungewöhnliche Redensart nicht finden konnte. Die für diese Schrift verglichenen Manuscripte haben sämmtlich damni culpam dederint, auch das hiesige.

leicht zog man hier auch gerade deswegen das Wort culpa vor, weil es an der vollen objectiven Widerrechtlichkeit fehlte: vim vi defendere, omnia iura permittunt, kann also am wenigsten iniuria seyn. Verläßt man nun aber diese Formel a), und zieht aus dem Gesamtbegriff der Widerrechtlichkeit das Abstractum Zurechnung heraus: so kann an Vertauschung dieser Worte nicht mehr gedacht werden. Wir haben also nun

die zweite juristische Bedeutung von culpa, welche noch immer den dolus in sich faßt. Culpa heißt darnach Zurechnung, oder vielmehr der Zustand, das Verhältniß des Handelnden zur Handlung, in welchem Zurechnung eintritt.

Daß dieselbe aber, so wie sie natürlich ist b), auch im Sprachgebrauch der Römischen Juristen wirklich gegrün-

a) Vergl. noch darüber L. 15. §. 46. D. de iniuriis. Ulpianus lib. 77. ad Edictum: Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

b) Im Gesnerschen thesaurus heißt es: (culpa) significat, si fas sit ita loqui, imputabilitatem facti alicuius in partem sequiorum — vorher wird aber schon zwischen dolus und culpa unter-

schieden, da doch schon die allgemeine, den dolus umfassende Bedeutung dieser gehört. Die dort angeführten Beispiele sind gut gewählt. Bei *Brissotius* dürfte man sich hier vergeblich Rathes erholen. — Herausheben will ich nur Cic. de Univ. (ed. Ernest. no. 15.) „Quae cum ita designasset, se sequens, si quid postea fraudis aut vitii evenisset, extra omnem culpam causamque posuisset.“ Id. de amicit. : „et hic honos veteri amicitiae tribuendus est, ut is in culpa sit, qui faciat, non

der sey, dazu fehlt es nicht an Belegen. Wir wollen nur folgende hier anführen:

L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an Legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: *quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit?* Et hoc verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio: quemadmodum, si quadrupedes damnum dederit — — — Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti teneatur, teneri et Aquilia eum: *et hoc puto verum, si iam iniuriae capax.*

Das Thier, der furiosus, das Kind, waren alle nicht fähig, ein Unrecht zu begehen (iniuriae capaces) a) weil bey ihnen keine Zurechnung denkbar ist (in iis nulla culpa est).

L. 52. §. 1. D. eod. Alfenus lib. 2. Digestorum Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam

qui patiat in iuriam.“ Ovid. Trist. I. 2. v. 98.: „a culpa facinus scitis abesse mea.“

a) Dafür steht einmal culpa capax, aber mit einer sichtslichen Hinweisung auf Zurechnung, indem doli capax vorhergeht, in L. 23. D. de furtis Ulpianus lib. 41. ad Sabium: Impuberem

furtum facere posse, si iam doli capax sit, Julianus libro 22. Digestorum scripsit. Item posse cum impubere damni iniuria agi, quia et (so lesen Hal. u. Rhed. richtiger für id) furtum ab impubere fit: sed modum esse adhibendum, ait, nam in infantibus id non cadere, nos putamus,

posuerat, quidam praeteriens eam sustulerat, tabernarius eum consecutus internam reppercebat et fugientem retinebat; ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolen a) inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret. Ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucertam sustulerat, oculum effoderat. Consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset? Respondi: nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim pehes eum, qui prior flagello percussus, residere. Sed si ab eo non prior verberatus, sed cum ei lucertam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

Ob hier das Ausschlagen des Auges ein damnatum iniuria datum ist, soll darnach beurtbeilt werden, wer die moralische Ursache davon gewesen, wem also diese zuzurechnen. Das flagello percutere war aber doch immer dolus.

L. 29. §. 4. D. eod. Ulpianus Lib. 18. ad Edictum.

Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem com-

mitti impubere culpae capax a) so, oder auch dolo innß statt Aquilia agi posse dolo gelesen werden.

petere damni iniuriae. Alfenus ait: Sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem, si autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere.

Die culpa nautarum, das, womit die Schiffer diese Unbill verschuldet haben, kann natürlich eben so gut dolus als negligentia seyn: a). Noch deutlicher ist:

L. ult. D. de Seto. Siliano. Callistratus lib. 1. de iure Fisci.

Si de pluribus heredibus quibusdam invitis aut ignorantibus, apertum erit testamentum, non amittunt portiones suas, qui culpa carent.

Die es mußten und wollten, waren doch sicher in dolo: gerade diese Art der Zurechnung war hier nur denkbar.

L. 91. §. 3. D. de V. O. Paulus lib. 17: ad Plautium.

Sequitur videre de eo, quod Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit.

a) Die Worte: in quocunque eorum culpa sit in L. 11. pr. cod. sagen offenbar nichts anderes, als, wem auch immer dies zuschreiben seyn möge, obgleich in diesem Fall freilich nur an Unbesonnenheit gedacht wurde, und so kommt durchweg der Ausdruck culpa im tit. ad L. Aquil. vor. Nur in diesem Sinn kann man auch sagen infirmitas oder imperitia culpae adnumeratur L. 8. §. 1. D. eod. §. 7. L. eod. L. 152. de R. J.

Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere posait, expeditam intellectum habet con-stitutio; si vero moratus sit tantum etc.

Hier kann culpa nur auf Zurechnung gehen, und doch umfasst das: si effecerit — posait, welches ihr als ein Fall untergestellt wird, ohne Zweifel den dolus a).

Uebrigens gehören die Stellen aus dem Obligationenrecht hieher, wo bei einzelnen Contracten von culpa mit Einschluss des dolus die Rede ist, wovon in der Folge eine und die andere vorkommen wird.

Nun aber, dünkt mich, ist es an sich klar, daß nur diese letzte Bedeutung des Wortes culpa geeignet ist, die Grenzen einer in dem allgemeinen Theil der Rechtswissenschaft aufzustellenden Lehre zu bezeichnen. Es ist gar nicht abzusehn, wie man das ganze weite Gebiet von Widerrechtlichkeiten hieher ziehen könnte, und eben so wenig, weshalb die Lehre von widerrechtlichen Schäden hier vollständig abgehandelt werden sollte, da doch diese immer nur in sofern und darum hieher gehören könnten, als ihnen das Prädicat Widerrechtlichkeit (culpa im weitesten Sinn) zukäme. Im allgemeinen Theil ist über Widerrechtlichkeit nichts anderes zu sagen, als das Allgemeine, was allen Arten derselben gemein ist und was zur Erkenntniß jeder Art vorbereitet. Dies ist aber nicht so be-

a) Vergl. L. 51. D. ad L. Aquil. mit. §. 15. init.

deutend und umfassend, daß es füglich als eigene Lehre für sich bearbeitet zu werden braucht. Als eigene Lehre für sich hat man die Theorie der culpa aber immer betrachtet. In den allgemeinen Theil gehört sie und ist sie auch immer gerechnet worden, man mag nun die Verfassungen derselben, die allgemeinen Lehren, wie die Alten, zerstreuen und in die einzelnen Titel vertheilen, oder sich einen abgesonderten allgemeinen Theil bilden, der über die besondern Lehren hervortragt. Die Römer trugen die Rechtslehre der culpa bald hier bald da, aber immer bey einzelnen Contracten, also beym Obligationenrecht vor, da aber heißt culpa, wie wir sehen werden, Zurechnung. Was also in meiner bisherigen Darstellung immer noch von culpa in einem andern Sinn und von widerrechtlichen Beschuldigungen die Rede, so konnte dies nur darauf abzielen, die Zurechnung, welche bey diesen Statt findet, zur Zurechnung, welche bey obligations vorkommt, in das rechte Verhältniß zu setzen. Dazu war aber nothwendig, den ganzen Fund des interessanten Equilischen Gesetzes kennen zu lernen. Was die übrigen bey der Aquilla in Betracht kommenden Punkte, insbesondere aber die Fragen betrifft, wie die actio directa von der actio utilis, wie diese und ob sie überhaupt von der actio in factum unterschieden sey, und in welchem Sinne diese Klagen, Pönalklagen zu nennen sind, so halte ich dafür, daß dies alles so wenig als die genauern Unterschiede und Wir-

lungen von bona und mala fides, wobei doch auch das Wort culpa vorkommt, hieher gehöre.

§. 12.

Ob wir nun aber die Betrachtung der culpa in dem nun näher bestimmten Sinne weiter verfolgen, müssen wir noch einem Einwande gegen das, was wir über die Lex Aquilia und ihren Inhalt vorgetragen, begegnen. Man könnte nämlich leicht auf den Gedanken kommen, daß doch von der Lex Aquilia ehemals noch ein Capitel mehr, nämlich das später durch Gerichtsgebrauch verloren gegangene zweite a), vorhanden gewesen. Dies müsse mehr Fälle des damni iniuriae enthalten haben; dahin lasse sich der Umfang des damni iniuriae nach

a) Baldinus ad L. Aquil. pag. 160. et 178., und Noodt lib. sing. ad Leg. Aquil. cap. I. nehmen gar noch mehrere an, aber ohne Grund. S. Joh. Henr. Mylii Diss. post. de tribus Legis Aquiliae capitibus (adi. Theoph. paraphr. I. T. II. edit. Reitz) p. 402 etc. Dergl. auch Heineccii Antiq. Iur. Lib. IV. tit. 3. p. 183. Daß alles, was über Nebenpunkte, die zur Lex Aquilia gehören, in den im tit. P. de L. Aquil. angeführten Worten des Gesetzes nicht gefunden wird, namentlich, was von der noxalis Legis Aquiliae actio und der poena dupli für den Fall der

Lösung gilt, in andern Capiteln müsse gestanden haben, ist ein durchaus unstatthafter Schluß wie Mylius gut gezeigt hat. Daß die genannten Punkte aber in einem außer Gebrauch gekommenen Capitel nicht können enthalten gewesen seyn, ergibt sich von selbst, da sie ja noch gelten. Wahrscheinlich sind sie den beiden noch gültigen Capiteln angehängt gewesen, wie auch von dem einen L. 2. §. 1. D. ad L. Aquil. deutlich genug zu erkennen gibt. In ihrer vollen Ausdehnung sind diese Capitel gar nicht auf uns gekommen.

der Lex Aquilia durch Abstraction gar nicht mehr finden. Will man hier von dem Justinianischen Gesetze als allein geltenden Recht ausgehen, so darf man nur antworten: es kommt nicht darauf an, was die Römer ehemals zum *damnum iniuria datum* gerechnet haben, sondern was nach dem Römischen Recht, so wie wir es in der Justinianischen Sammlung jetzt besitzen, dahin zu rechnen ist: zudem wenn das 2te Capitel noch von einem Fall mehr des *damni iniuriae* handelte, so ist gerade das spätere Verlorengehen desselben ein Beweis, daß man es späterhin nicht mehr dafür hielt, denn, wie gesagt, nirgends im *corpus iuris* ist eines andern Rechtsmittels für ein *damnum iniuria datum*, als solches, Erwähnung geschehen; vielmehr wird allenthalben, wo eines Schadens der Art gedacht wird, auch der Aquilia gedacht, mithin ist auch noch heut zu Tage die Aquilische Klage als ein den ganzen Kreis des an sich widerrechtlichen Schadens erfüllendes Rechtsmittel anzusehen. Damit könnte man für ein positives Resultat zureichen, allein wenn man mehr auf den Geist als den Buchstaben sieht, und auch gern seine Ansicht von allen Seiten sichern will, so bleibt es doch immer höchst interessant, zu versuchen, ob man hier nicht den Vorhang lösen könne, und ich glaube, daß aus der ganzen bisherigen Entwicklung noch mehr hervorgeht, wie wenig Ursache

Moody a) hatte, diese Untersuchung über das 2te Capitel der L. A. für so ganz unthätig aufzugeben b). Schade nur, daß wir uns hier fast bloßen Vermuthungen befehlen müssen, doch sey es mit erlaubt, ein paar Worte noch daran zu wagen.

Cuiacius c) war hier gerade der Meinung, daß in dem 2ten Capitel von einem Schaden die Rede gewesen, der sich ohne Verletzung einer Sache („si non fuerit laesa res nostra“) bloß durch Entziehung eines bisher gesoffenen Vortheils ereignet habe. Daß aber sein von dem Pünius entlehntes Beispiel irrig hierher gezogen worden, hat schon Dynkershoef d) bemerkt, auch ist es in der That kaum zu begreifen, wie Cuiacius es übersehen konnte, daß, wenn der so abgerichtete und gezähmte Fisch, wenn es je einen solchen (gegeben) lebendig und unverletzt auf dem Markte gefunden worden, der Herr (er war ja als socius pro parte dominus) ihn ja nur hätte wieder zu sich nehmen können. War er aber verlegt, so konnte er ex capite tertio auf so viel Klagen, als er einen so feinen Fisch e) um so theurer hätte verkaufen können: daß die

a) ad L. Aquil. cap. 13.

b) Dieß ist fast ein Wespenspiel, daß nichts in der Wissenschaft zu Klein sey, — es kommt manchmal der Nutzen doch später recht zum Vorschein. Freilich aber treibt Mikrologie besser Unkraut als

Weizen.

c) Paratitla ad Tit. P. ad L. Aquil.

d) Observat. I. R. Lib. 1 cap. 13.

e) er half andre Fische fangen.

utilitas interopta, von der Cuiacius spricht, d. h. die Fische, die noch ferner auf diese Weise hätten erobert werden können, nicht eingeklopft werden dürfen, hat Bynkershoek gezeigt. Seine eigene Meinung aber, daß das Capitel de deiectis et effusis gehandelt, hat den Cardianalgrund gegen sich, daß das factum, welches hier allein zum Grunde gelegt werden könnte, noch jetzt unter das 3te Capitel gehört und in L. 51. P. ad L. Aquil. als solches vorkommt a). Cannegieter's b) Meinung hat nur das gegen sich, daß sie eine durch nichts unterstützte an sich unwahrscheinliche Conjectur ist, denn es ist nicht wohl begreiflich, warum, wenn die Römer das damnnum liberi hominis occisi einmal für ein wahres damnnum iniuria datum hielten und es in die Lex Aquilia aufnahmen, sie hierüber ihre Gedanken verändert haben sollten; auch sehe ich nicht recht ein, wie dies mit der L. 13. pr. D. ad L. Aquil., wo Bedenken getragen wird, dem verwundeten Freyen selbst mehr als eine actio utilis zu gehen, weil niemand Herr seiner Glieder sey.

a) Ueber die andre Conjectur des Cuiacius, welche er in den Paratitulis ad tit. Cod. de Lege Aquil. (Lugd. 1606. 12. p. 183) äußerte, daß schädliche Veränderung oder Aufbanung der Gebäude gegen Gesetz oder Servitut n. s. w. Gegenstand dieses zweiten Capitels gewesen s. Suarez

de Mendoza Comment. ad L. Aquil. cap. 3. no. 11. etc. Es ist auffallend, daß Cuias in unferer Materie fast überall gerade die allerverkehrtesten und unwahrscheinlichsten Meinungen bei sich hegte und pflegte.

b) Herrm. Cannegieter observ. iur. Rom. Lib. IV. cap. 9.

(warum wurde denn dieser Fall nicht auch in das 2te Capitel aufgenommen)? zu beweisen sey. Best man einmal voraus, es müsse in dem 2ten Capitel von einem *damnum iniuriae* datum die Rede gewesen seyn, so hat die Meinung des *Chiffletius* a) noch immer am meisten den Schein für sich, obgleich vor einer sorgfältigern Betrachtung auch dieser verschwinden muß, nämlich die Meinung, daß darin *de servo corrupto* die Rede gewesen. Der Gesichtspunkt, von dem er ausging, daß ein Fall gesucht werden müsse, in welchem ein späteres Rechtsmittel die *Lex Aquilia* unnütz gemacht habe, ist dann auch ohne Zweifel der richtige. Nur schade, daß der von ihm gefundene Fall kein solcher ist. Auch ist, so lange man nicht ein *damnum iniuriae* auffindet, für welches eine andere vortheilhaftere Klage gegeben worden, ein solcher Fall unmöglich, da es immer zuweilen vortheilhafter seyn muß, sich auf eine ansich widerrechtliche als eine besonders qualifizierte Beschädigung zu berufen. Dieß und

L. 3. D. de servo corrupto. Ulpianus lib. 23. ad Edictum.

Dolo malo adiecto calliditatem notat Praetor eius qui persuadet. Caeterum si quis sine dolo dete-

a) Claud. *Chiffletius* *Disquisitio* liae (*Otto* *Thes.* T. V. pag. 875 de secundo capite Legis *Aqui-* etc.)

riorem fecerit non notatur, et a) si lapsus gratia fecerit, non tenetur §. 1. Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere. vel in puteum descendere, et ille parens ascenderit vel descendit et ceiderit, crasque vel quid aliud frogerit vel perierit, an teneatur? Et, si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo tenebitur. L. 4. eod. Paulus lib. 19. ad Edictum: Sed commodius est, uti Legi Aquilia eum teneri.

geben den Haupteinwurf an die Hand. Dagegen sind andre Einwurfe unbedeutend, z. B. ist es gewiß falsch, daß das 3te Capitel auch auf das Verderben der Sitten eines Sklaven schon den Worten nach gerichtet gewesen; corrumpere ward ja so eng verstanden, daß sogar unmittelbares Einwirken auf einen Körper erfordert wurde; wie hätte es denn so biblisch genommen werden können, daß es auch die Verschlechterung einer Seele begreifen könnte? Das Zeugniß des Scholiasten der Basiliken b) macht schon an sich nicht viel aus, aber er sagt auch in einer lateinischen Uebersetzung nichts weiter, als, si quis non

a) Haloander liest ut für et, mit Weglassung des non notatur, welche Lesart vorzuziehen seyn möchte.

b) ad Lib. LX. Tit. III. Const. 27. §. 5. Tom. VII. pag. 89.

(edit. Fabrot.): Εάν τις οὐκ ἀνεῖλα μὲν τὸν οἰκίτην, ἀλλὰ καὶ οὐκ αὐτὸν, ἢ ἐκλασεν ἢ διέφθειρεν, ἐν τοῦ ἡ. κεφαλαίου τῷ Ἀνομίῳ παύεται.

occiderit servum, sed usserit, fregerit, vel corrupe-
rit, ex tertio capite Legis Aquiliae tenetur. Das ru-
perit faßt bekanntlich in dem 3ten Capitel selbst alles
zusammen, auch das vorhergehende usserit und fregerit a);
und den Sklaven lähmen ist weder urere noch frangere,
aber corrumpere. Wynkershoef b) greift, den eben wi-
derlegten Gegengrund abgerechnet, nur die Argumente des
Ulpianus an, übersah aber jenen Hauptreimwurf ganz.
Voetius c) übersah ihn nicht, sucht ihn aber so zu um-
gehen:

1) es sey gerade nicht anzunehmen, daß das 2te Capitel ganz außer Übung gekommen, die actio servi corrupti habe dolus erfordert (ihre Klagegrund war also kein *damnum iniuria datum*), der Fall aber, da aus Scherz, Nachlässigkeit, Unbesonnenheit ein Sklave zu etwas Schändlichem gebracht worden, was ihm sonst nicht gewöhnlich, sey selten, für diesen letzten seltenen Fall sey aber noch immer die actio directa ex secundo capite Legis Aquiliae gegeben worden — Aber L. 27. §. 4. D. ad L. Aquil. sagt ja ganz allgemein: *huius Legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*, §. 15. t. eod. in usu non est, so Theophilus, und weiter kein

a) L. 27. §. 16. D. ad Leg. Aquil. c) ad Tit. P. ad L. Aquil. no. 5.

b) c. 1.

Wort davon: hatte es noch den geringsten praktischen Werth, wie konnte man sich so ausdrücken, und wie konnte man den Inhalt ganz mit Stillschweigen übergehen? Wie hätte, wenn in den über *dolus* hinausgehenden Fällen, die *Aquila* noch Statt fand, *Ulpianus* in L. 3. pr. so trocken sagen können: *non notatur → non tenetur*? Wie hätten die *Compilerer* dies unergänzt lassen können, indem sie den Fall in §. 1. mit einer *actio utilis ex Lege Aquilia* aus des *Paulus* Schriften ergänzten?

2) In dem Fall des §. 1. concurrirt so gut die *actio directa ex cap. II.* als die *actio servi corrupti* mit der *actio utilis ex capite III.* von der in L. 4. die Rede sey — Aber wie konnte dem gesagt werden: *sed commodius est, utili Lege Aquilia eum teneri*? es war doch wenigstens eben so vortheilhaft sich der *directa* zu bedienen.

3) es stehe in L. 4. nicht: *utili actione Aquilia*, sondern *utili Lege Aquilia*, dies solle aber nur so viel sagen, als: die *Lex Aquilia* sey hier *adhuc utilis*; ja *utilior*, als die *actio s. c.*, da sie auch wegen *culpa* außer *dolus* erholet werde. — Diese letztere Muthülfe hat es wohl selbst kaum ernsthaft gemeint.

Man muß in der That den Einwurf gelten lassen, und es bliebe für den, der die Meinung des *Cassiodorus*

nicht fahren lassen wollte, nichts übrig, als zu sagen, man habe ehemals diese Vererbung der Sitten eines Sklaven als *damnum iniuria datum* angesehen, sey aber davon zurückgekommen, und habe nur den *dolus* hier bestraft, und höher, wie sonst: dies hat denn nur die innere Unwahrscheinlichkeit, diese aber in einem hohen Grade gegen sich.

Wir aber scheint es nach allein dem klar genug hervorzugehen, daß in dem 2ten Capitel gar nicht von einem *damnum iniuria datum* die Rede gewesen. Dies ist sogar aus der *Lex Aquilia* selbst, nämlich aus den Anfangsworten des 3ten Capitel, so wie sie uns in L. 27. §. 4. D. ad L. Aquil. aufbehalten worden, zu beweisen. Sie lauten:

Caeterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod asserit etc.

Caeterarum rerum steht für *quantum ad caeteras res*, und heißt nicht etwa: was die übrigen Sachen betrifft, außer dem Sklaven und der *pecus*, dies verträge sich schon mit dem *occisos* nicht, sondern es heißt: Was die übrigen Fälle betrifft, außer denen, da ein Sklave oder ein solches Thier getödtet worden. Das außerhalb geht ja nicht bloß darauf, daß ein anderes Ding getödtet worden, sondern auch darauf, daß dasselbe Ding nicht getödt-

t et, sondern bloß verwundet oder beschädigt worden. Den so bestimmten Sprachgebrauch beweisen:

§. 1. I. si quadrupes pauperiem. Caeterum sciendum est, Aedilitio Edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, quo vulgo iter fit, et si adversus ea facta erit, et nocitum libero homini esse dicatur, quanti bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnatur: caeterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli.

Dem libero homini wurden gewiß nicht die Thiere oder sonstige Sachen als ein Nest zugerechnet und er damit selbst zur Sache gemacht. Ferner:

L. 1. §. 1. D. depositi. Ulpianus lib. 50 ad Edictum.

Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum. —

Hier ist nicht von Körpern, sondern von bestimmten factis, Fällen die Rede, auf die sich das earum rerum bezieht. So auch

L. 1. §. 1. D. de dolo malo. Ulpianus lib. II. ad Edictum.

Verba autem Edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.

Auch hier geht res offenbar auf die Fälle eines dolus malus. Daher sagt denn auch §. 13. I. de L. Aquil. gerade zu:

Capite tertio de omni caetero damno cavetur.

und Theophilus gibt dies wieder:

In tertio autem capite de omni reliqua quaestione

(περὶ πάσης λειπομένης ζητήσεως [forte ζημιώσεως Reitz.]) Lex disserit.

Daß dies caeterum nur auf den Inhalt des ersten Capitels-rückwärts zu beziehen, ist klar genug, da der Inhalt des zweiten nicht erwähnt, vielmehr als nicht günstig ausgestoßen worden. Aber was kann die Lex Aquilia in einem zwischen den beiden andern Capiteln mitten inne liegenden anders enthalten haben? Es ist hier sehr zu beklagen, daß wir nicht einmal die Zeit wissen, wenn dieses Gesetz gegeben worden, kaum, daß es schon zu Cicero's Zeiten im Gebrauch war, wissen wir mit Gewißheit a). L. 1. §. 1. ad L. Aquil. sagt, daß es ein Plebiscit gewesen und von einem tribunus plebis Aquilius rogirt worden, welcher aber hiemit gemeint, und wann er gelebt, hat man nicht mit Sicherheit ausmitteln können. Gewöhnlich gibt man die Zeit etwa 100 Jahr vor Sulla an b). Könnte man dem Zeugnisse des Theophilus c) trauen, so würde es zu einer Zeit gegeben, da plebs und

a) Brutus cap. 34.

c) Paraphr. IV. §. 15.

b) Günther hist. iur. rom. §. 107.

Patrizier mit einander im Streite lagen, also wahrscheinlich hauptsächlich deswegen, um die Beschwerden der ersteren über Gewaltthätigkeiten der Art, von den Patriziern und ihrem Gefolge ausgeübt, abzuheben. Diese Sache sollte nun ein für allemal ganz und vollständig festgestellt werden, wie es nach diesem mit solchen Schäden gehalten werden sollte. Die alten Gesetze reichten nicht hin, und vermehrten die Verwirrung, darum sollten sie alle abgeschafft werden, das neue Gesetz aber alles umfassen. Das Wichtigste ging voran: ein Sklave, ein Heerbenthier war todt geschlagen. Könnte es nun nicht seyn, daß das vermittelnde zweite Capitel irgend etwas über das öffentliche Recht von getödteten Menschen, mit Rücksicht auf fremde Sklaven enthalten habe, was nachher durch Sulla's Gesetzgebung, namentlich durch die Lex Cornelia de sicariis unbrauchbar gemacht worden? sey es auch nur, daß darin bestimmt worden, wie es mit der Concurrenz der öffentlichen Anklage und der Privatklage zu halten sey? Dieß ist auch eine bloße Conjectur a), für mehr gebe es nicht, aber sie zeigt, daß das zweite Capitel etwas anderes als Verfügungen über *damnum iniuriae* enthalten hatten kann, und dies mit dem geführten Beweise, daß es

a) Es ist immer noch die Frage, ob wirklich vor der Lex Cornelia eine öffentliche Strafe gegen eines fremden getödteten oder verwundeten Sklaven Statt fand — etwa eine öffentliche Züchtigung, wenn es ein Sklave gethan?

etwas anderes enthalten haben muß, ist alles, was wir für diesmal brauchen.

Zweites Capitel.

Begriff der Zurechnung — Von Zurechnung und culpa bey der Aquilia.

§. 13.

Es wird niemanden befremden, daß ich in dem Ob-
 rigen den Begriff von Zurechnung als bekannt vorausge-
 setzt, und nur einige allgemeyn anerkannte Merkmale derselben
 herausgehoben habe. Ich bin auch nicht gesonnen,
 eine schulgerechte Definition von demselben aufzustellen
 und diese philosophisch zu begründen. So verdienstlich eine
 solche Erörterung an ihrem Orte ist, so glaube ich doch,
 daß bey Untersuchungen über positives Recht etwas des
 Art nur unndthiger Weise aufhält. Am zweckmäßigsten
 scheint mir hier, von einer bekannten Sache nur eine kurze
 Beschreibung zu geben, welche dem Sprachgebrauch gemäß
 ist und sie kenntlich genug macht. Zurechnung (imputa-
 tio) findet nämlich Statt, wenn jemand als moralische
 Ursache einer rechtswidrigen Handlung angesehen wird, so
 daß er die rechtlichen Folgen derselben tragen muß. Schuld
 (culpa) und Zurechnung gehen Hand in Hand; jene be-

zeichnet nämlich in der Bedeutung, worin wir das Wort jetzt zu nehmen haben, dasjenige in dem Handelnden, was ihn zur moralischen Ursache der Handlung machte und daher bewirkte, daß sie ihm zugerechnet werden kann; daher diese Ausdrücke im Ganzen denselben Sinn hervorbringen und es so oft für *in culpa est* heißt: *ei imputatur*.

Diese *culpa* nun, welche auf Zurechnung beruht, ist, außer dem Criminalrechte, fast allein interessant bey unerlaubten Schadenszufügungen, welche entweder an sich widerrechtlich sind, (*damnum iniuria datum*) oder dadurch, daß man einer *obligatio* zuwider handelt, indem man entweder seine Verpflichtung nicht gehörig erfüllt, oder sich die Erfüllung derselben unmöglich macht. Denn obgleich eigentlich nur bey der letzteren Art die Lehre der *culpa* verwickelt und äußerst schwierig, bey dem *damnum iniuria datum* aber, recht verstanden, äußerst einfach ist, so stehen doch beide durchweg in einer engen Verbindung, aus der sie nicht gezogen werden dürfen, wenn man das Ganze fassen und deutlich ausdenken will. In der Theorie der *culpa* muß also gleich zu Anfange von der Zurechnung bey der *Aquilia* die Rede seyn.

§. 14.

Es ist nun aber schon gezeigt worden, wie es den Begriff des *damni iniuriae* aufhebe, wenn eine besondere Zurechnung, d. h. daß der Grund, weswegen die Person als moralische Ursache der Handlung anzusehen,

besonders geeignet sey, erfordert werde, woraus denn von selbst folgt, daß nur allgemeine Zurechnung zu verlangen, d. h. daß es hinreichen müsse, wenn nur irgend ein Grund vorhanden ist, weshalb jemand so angesehen werden kann. Für diese Behauptung fehlt es aber auch nicht an positiven Beweisen in den Gesetzen. Die Haupteintheilung unserer culpa ist die in dolus und culpa im engsten Sinn. Absichtliches Schaden und unabsichtliches aus einer imputablen Nachlässigkeit sind, im Groben angegeben, die Bedeutungen dieser Eintheilung. Daß nicht bloß dolus, sondern auch culpa zur Aquilischen Klage zureiche, ist bekannt genug. Gleich in der L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil., welche wir schon kennen gelernt haben, hieß es am Ende, auf den animus nocendi komme nichts an („etiam ab eo, qui nocere noluit.“). In mehreren Stellen werden beide ausdrücklich hieher gerechnet. Aber diese culpa außer dolus, umfaßt auch das ganze Gebiet der Zurechnung. Um diesen Satz darzuthun, darf man zuerst nur die Regel in Anspruch nehmen: *semper specialia generalibus insunt* a). Für unsern Gebrauch sagt sie soviel: ein allgemeines Wort darf nie anders beschränkt werden, als wenn sich besondere Gründe dazu nachweisen lassen. In den Titeln zur L. Aquil. wird nirgends von Graden oder species der culpa gesprochen, sondern von

a) L. 147. D. de R. J.

culpa, von Nachlässigkeit, von Zurechnung ganz allgemein: in diesen Titeln selbst wenigstens kommt nichts vor, was uns bewegen könnte, unter culpa hier nicht alle denkbare Zurechnung, alles zu begreifen, was jemals Schuld seyn kann, und den Sprachgebrauch aus andern Materien zu entlehren, ist schon an sich mißlich. Jedoch haben wir auch in diesen Titeln selbst die allerdeutlichsten Beweise, daß culpa hier alles umfasse. Die Hauptstelle ist:

L. 44. pr. D. ad L. Aquil. Ulpianus lib. 42. ad Sabinum.

In Leges Aquilia et culpa levisima venit.

Ist die beschädigende Handlung nur an sich (objectiv) widerrechtlich, so muß auch jegliches Verschöen, es mag so klein seyn, wie es will, und alle denkbare Zurechnung hinreichen, damit die Aquilische Klage eintrete a). Ich ges

a) Um es nur für möglich zu halten, daß in der L. 44. von einem mittleren Grade der culpa die Rede sey, und daß auf diese Weise der Superlativ auch hier statt des Positivs stehe, müßte man schon an unserer Lehre gänzlich verzweifeln und sich wirklich überzengt halten, daß die Römer hier in ihren Ausdrücken der regellosesten Willkühr ohne Schranken Raum gegeben. So weit sind wir aber noch nicht, daß wir solchen Ueberzeugungen Einzelner (ein Beispiel, s. in der Vorrede) huldigen dürften. Durch die

gerägte Behauptung würde man aber dreysach sich verständigen:

I. an der Sprache, denn der Satz, daß im Lateinischen der Superlativ zuweilen für den Positiv stehe, muß doch wohl cum grano salis verstanden werden. Der Römer hatte seinen Superlativ nicht umsonst, er konnte das Neueste einer Eigenschaft damit ausdrücken und drückte es vornehmlich damit aus. Es kann zwar einen Zusammenhang geben, wo die Verstärkung, welche der Superlativ hervor-

traue mir es zu behaupten, daß ein jeder, der diese Stelle im Zusammenhang des Titels und mit unbefangnem Gefühl liest, diesen Sinn gleich herausfinden wird a. Uebrigens, dieser Sinn läßt sich auch noch anderweitig beweisen. Ausgemacht nämlich ist, daß die Zurechnung erst da auf-

bringt, in der Hauptsache müßig ist, und wo man also allenfalls den *ipso facto* dafür substituiren könnte, ohne daß der Sinn im Ganzen dadurch verändert würde. Das ist aber nicht einmal in der Regel, vielweniger immer der Fall. Nimmt man zwey Grade der culpa an, so ist es leicht zu zeigen, weshalb *diligentissimus* für *diligens*, *exactissima diligentia* für *exacta diligentia*, *culpa levissima* für *levis* gesagt werden kann; aber ungesalzener kann nichts seyn, als drey Grade der culpa annehmen und doch sich gefallen lassen, daß diese Ausdrücke sich willkürlich substituirt werden können. Bey der *Lex Aquilia* ist dies nach dem im Text Gesagten recht augenscheinlich; es wird aber unten noch näher davon die Rede seyn.

2. Am gesunden Menschenverstande. Die Natur der Sache zeigt schon, daß, wenn es ein Neufferstes über die culpa *levis* hinaus geben soll, dies schlechterdings bey der *Aquila*

prästirt werden muß. Sonst würde folgen, daß man wegen eines geliebten Erbses (nach allen wird bey dem *Commodat* der dritte Grad prästirt, wenn irgendwo einer prästirt wird,) zu größerer Sorgfalt verbunden sey, als nach der *Lex Aquilia*, damit man einen Sklaven nicht tödte, damit man nicht durch Feueranlegen die ganze Nachbarschaft in Gefahr setze. Man wende mir nicht ein: die Natur des Fleisigen schon eine größere Beachtsamkeit: daß, was im dritten Grade zu prästiren ist, liegt ja über das ganze Gebiet der *Aquilischen culpa* hinaus.

3. An den Gesetzen selbst, nämlich an den Bestimmungen, die der *tit. de lege Aquil.* im Zusammenhang gelesen und verstanden, darüber enthält, wovon unser Text den Beweis enthält.

a) Im Wesentlichen stimmt obflig überein *Lohr's Theorie der Culpa*, S. 88. 89.

hört, wo der reine Zufall (casus fortuitus oder auch casus schlechtthin) anfängt, das heißt gerade Zufall, wenn der Schaden sich ohne alle denkbare Imputabilität der Handlung ereignete. Dies, und daß nur casus nicht, wohl aber alles, was über diesen hinaus liegt, zur Aquilia gehöre, sagt ausdrücklich

§. 5. I. de Lege Aquilia: *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniatur.* — —

Unterstützend ist:

L. 50. §. 5. D. eod. Paulus lib. 22. ad Edictum.

In hac actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendae eius causa, ignem immiserit, et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, nam imperitia eius aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpa reus est; nam et qui occasionem praestat, damnam fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet. *At si omnia quae oportuit observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

Hier, wo nicht die Natur eines besondern Verhältnisses bestimmen konnte, wie viel Sorgfalt er anzuwenden hatte, kann das: *quae oportuit* nur auf alles gehen, was

jemals vernünftiger Weise verlangt werden kann, so daß nur der reine Zufall entschuldigt. An diesen schließt auch das nicht trennende, sondern erklärende: vel die zu verlangende Sorgfalt an: oder also wenn zc. Nur wenn ein solcher plötzlicher Zufall eintrat, ist er ohne Schuld (caret culpa). Schon daß solche Fälle, wie in L. 30. §. 3. und L. 27. §. 9. cod., wo Feuersgefahr in Betracht kam, zur Lex Aquilia gehörten, macht es nothwendig, daß hier alles gefordert werde, was irgend gefordert werden darf.

§. 15.

Da also alles jemals Imputable zur Aquilia gehört, so muß es für diese ganze Lehre von der äußersten Wichtigkeit seyn, zu untersuchen, wie weit ging hier der Römer, wie weit ließ er die imputatio gehen und wo den casus anfangen? Ist dies erst erkannt, so weiß man nun auch ein für allemal, wie weit man überhaupt nur gehen darf, wenn von culpa und Zurechnung die Rede ist. Wir haben eine Stelle, wo eine allgemeine Aeußerung hierüber vorkommt.

L. 31. D. ad Legem Aquilianam. Paulus lib. 10 ad Sabinum.

Si putator ex arbore ramum cum deiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamaverit, ut casus eius evitari possit. Sed Mu-

cuius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: *culpam autem esse, cum quod a diligente provideri poterit non esset provisum*, aut tum denunciatum esset, cum periculum evitari non posset. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem, nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Bei dem Herabfallen des Zweiges oder eines andern beschädigenden Dinges unterschied hier Sabinus zwischen dem Fall, da er auf einen öffentlichen, und dem, da er auf einen Privatplatz herabfiel. Mucius und nach ihm Paulus meinten, diese Unterscheidung reiche nicht hin, um die Verantwortlichkeit dessen, der die Sache fallen ließ,

a) Diese Lesart, wobei bloß die Verletzung der Flor. *quod cum*, ausgemerzt ist, scheint mir die beste. Man muß hinzudenken: unter denselben Umständen, Mit der Verletzung, wie die Flor., hat sie der Cod. ms. Regiom. und der Cod. ms. Hahn. (ohne *a* vor *diligente*) Die übrigen Lesarten geben jedoch auch denselben Sinn. Hal. *cum quod diligenter provi-*

deri potuerat. Co Paris, 1548. 8. Senneton. (Lugd. 1530.) u. Lugd. 1575. — Venet. 1484. *cum quod a diligente provideri potuit, tunc non etc.*, so Nor. 1482 u. Paris. 1528 f.; so mit der Verletzung de Tortis 1494 (*non esse*: Druckfehler) und 1498 — Baukloza: *quod cum a diligente provideri potuerat.*

auszumitteln. Man müsse hier nämlich, wie überhaupt in dieser Materie, alles auf culpa reduciren. Dabey wird denn bestimmt, was culpa sey. Es komme darauf an, ob mit Fleiß, oder, was dasselbe sagt, von einem fleißigen Mann die Gefahr vorhergesehen werden konnte. Es fragt sich nun aber, wer ist fleißig, und wann kann man sagen, daß einer unfleißig war? Mich dünkt, die natürlichste und ohne Zweifel richtige Antwort ist die: wenn er die Sorgfalt anwandte, welche gewöhnlich menschlichen Kräften gemäß ist. Wer sich nur nicht auszeichnet durch Fleiß, von dem kann man noch nicht sagen, daß er unfleißig oder nachlässig gewesen. Auszeichnung ist überhaupt nur auf dreyerley Weise möglich.

1) durch Anwendung seltener Talente: ein Cäsar kann aber bey dem besten Willen niemand werden, der nicht dazu geboren ist.

2) durch außerordentliche Mengstichtigkeit, die schon Gefahr wittert, wo ein gewöhnlicher Mensch nicht daran denkt, und daher sie auch wohl einmal vermeidet, wo ein anderer hineingefallen wäre, im Ganzen aber immer doch zu kurz kommt,

3) indem man für eine einzelne Handlung sich über das gewöhnliche Maß menschlicher Kräfte anstrengt.

Von der letzteren Weise kann nie die Rede seyn, wo, wie hier, eine immer fortdauernde Sorgfalt erfordert wird, denn nie und nimmer darf man fremde Sachen beschädigen,

an Gelegenheit dazu für den Unvorsichtigen fehlt es aber selten: daher muß man stets auf seiner Hut seyn. Das Aeußerste von Kraftanstrengung kann aber wohl in einem Fall, zu einer Zeit, aber nicht durchweg aufgeboten werden. Und wie sollten wohl die Römer es jemals haben zur Pflicht machen wollen, ein Genie zu seyn oder aber, ein kleinlicher Mensch, der nichts mehr bedauert, als daß er keine Augen im Rücken hat? Die Natur der Sache zwingt uns also schon, die *levissima culpa*, das Aeußerste, was jemals verlangt werden kann, auf das gewöhnliche Maß menschlicher Kräfte zu beziehen, und, wie es schon der Sprachgebrauch will, den für fleißig gelten zu lassen, welcher das that, was in der Regel ein fleißiger Mann, indem er fleißig ist, gethan hätte. Der Zusatz: indem er fleißig ist, steht nicht müßig, denn ein fleißiger kann auch wohl einmal in einem einzelnen Fall unfleißig seyn; aber solche Ausnahmen dürfen hier, wo von an sich widerrechtlichen Beschädigungen fremder Sachen die Rede ist, nicht gebuldet werden, da ja ein im Ganzen fleißiger Mann sonst nie verantwortlich werden könnte: die jedesmalige Schadenszufügung würde immer die Ausnahme seyn, da er sich selbst vergaß. Hiermit stimmt denn auch das vorgetragene Fragment vollkommen überein. Pflegen Leute über den Platz zu gehen, so muß er darauf Acht haben, denn keinem fleißigen Manne wird hier die Gefahr entgehen, und kommt nun einer, so muß

er zu rechter Zeit ihm zurufen, damit dieser die Gefahr vermeiden könne. Wird der Ort gewöhnlich nicht besucht und es geht jedoch zufällig einer darüber, so wird der andre nur verantwortlich, wenn er ihn wirklich sah und sich nicht daran kehrte. Es gibt nun aber, wie die Erfahrung lehrt, allerdings Menschen von seltner Umsichtigkeit, von denen man voraussetzen kann, es wäre sicher niemand unter dem Baume weggegangen, auf dem sie das Beschneiden verrichteten, ohne daß sie ihn gewahr geworden wären, oder andere, die aus ihnen gewöhnlicher übertriebener Scheu vor Gefahr, selbst wo sie nicht droht, auch unter diesen Umständen ihre ängstliche Wachsamkeit nicht würden abgelegt haben. Das alles aber kann im Allgemeinen gar nicht gefordert werden, und wird hier daher auch gar nicht mehr zur culpa gerechnet. | Ein anderer Fall, aus dem sich mit fast noch mehr Befriedigung dasselbe abnehmen läßt, ist im folgenden Fragment enthalten:

L. 52. §. 4. D. ad Legem Aquil. Alfenus lib. 2. Digestorum

Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam praecipere a) conaretur, impulit, servus cecidit, et crus fregit. Quaerebatur, an dominus servuli Lege Aquilia cum eo, cuius impulsu reciderat, agere posset. Respondi,

a) Die Florentin. Lesart: percipere gibt am Ende denselben Sinn.

non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

Solche Unglücksfälle, wie der in dieser Stelle vorgeschrieben, können wohl ohne Frage in jedem einzelnen Falle durch Aufbietung aller möglichen Sorgfalt vermieden werden, aber wer kann immer in dem Grade gespannt seyn, wer kann es vollends beym Spiele seyn, oder wer kann die höchste Leichtigkeit und Gewandtheit im Aufmerken und Vermeiden schädlicher Erfolge, welche nur wenigen gegeben ist, verlangen? Daher wird eine solche Schadenszufügung für bloßen Zufall erklärt, und alle culpa geradezu verneint. Nun vergleiche man noch folgende beide Stellen:

§. 8. L. eod.

Impetu quoque mularum, quas mulio propter impetritiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmiter retinere eas potuisset, aequè culpa tenetur.

L. 1. §. 5. D. si quadrupes pauperiem. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, et alicui damnum dederit, si contineri firmiter ab alio potuit vel si per eam

locum induci non debuit. haec actio cessabit, et tenebitur qui canem tenebat.

In beiden Fällen soll die Aquillische Klage Statt finden, wenn ein anderer mehr Kraft hätte anwenden können, also wenn er es besser machen konnte: der stärkste Ausdruck für den höchsten Grad des Fleißes, wie er selbst beim Commodat, das man hier doch für ausgezeichnet hielt, nicht stärker vorkommt. Das Resultat steht also fest:

die Aquilia erfordert das Aeußerste der Sorgfalt, damit keine culpa eintrete: sie verlangt aber nicht mehr als den Fleiß, welchen fleißige Männer gewöhnlich anwenden: folglich gehört niemals mehr zur Vermeidung der culpa, als mittelmäßiger Fleiß, nach der gewöhnlichen Anstrengungsfähigkeit eines Menschen berechnet, und was darüber hinaus liegt, gehört schon zum casus fortuitus und wird keinesweges zugerechnet, wenn gleich jemand die physische Ursache des schädlichen Ereignisses gewesen.

Drittes Capitel.

Von dolus, culpa lata und culpa levis.

§. 16.

Mit dem im vorigen Capitel Vorgetragenen ist die Lehre von der Zurechnung und culpa, so weit sie das Aquilische Gesetz angeht, erschöpft, aber nun erst im Obligationenrecht entwickeln sich ihre Schwierigkeiten und erweitert sich ihr Umfang. Nach der Aquilia haben dolus und culpa gleiche Wirkungen, und die culpa umfaßt jederzeit alles: im Obligationenrecht richtet sich der Grad der praestatio culpae nach dem Grad der besondern Verpflichtung, welche das bindende Verhältniß mit sich bringt, und es wird zuweilen nur dolus und die ihm gleichstehende culpa lata, gewöhnlich aber auch mehr prästirt. Diese noch unbestimmte Bemerkung reicht hier noch hin, um zuvörderst die Nothwendigkeit zu zeigen, den dolus von der culpa s. str. genauer zu unterscheiden, als es bey der Aquilischen culpa nöthig war, und dabey vornämlich den Begriff der culpa lata so scharf als möglich zu fassen. Neue an sich schätzbare Bemühungen haben hier auf neue Irrthümer geführt, die ans Licht gezogen werden müssen, damit der Eingang völlig gesäubert werde.

§. 17.

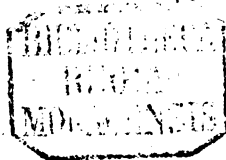
Man hat es wohl versucht, das Wort dolus auf eine juristische Grundbedeutung zurückzuführen, aber des Donellus a) Beispiel könnte schon davon abschrecken. Alles was sich hierüber sagen läßt, ist etwa, daß, wenn man von dem dolus bonus wegsieht, dolus immer etwas was Arges in dem handelnden Subject, irgend eine an sich verwerfliche Gesinnung und Absicht voraussetzt. In weiterer Bedeutung war es daher dolus, fraud, wenn man widerrechtlich handelte, mit dem vollen Bewußtseyn, daß man ein Recht verlese, dies mochte nun bestehen worin es wolle, z. B. jemand magt sich ein Recht an, wovon er weiß, daß es einem andern zukommt, er macht eine Forderung, deren Richtigkeit er einsieht b).

In einem engerm Sinn, welcher uns hier am wenigsten etwas angeht, heißt dolus absichtliche Verleitung ei-

a) Commentar. i. c. Lib. 15. cap. 40. Aus redlichem und dem wärmsten Enthusiasmus für den großen Mann mag ich hier, wo es nichts fruchten kann, seine Blößen nicht aufdecken. Wer Kühler gegen ihn gesonnen ist, dem kann die Stelle zur O. mütßsergöhung empfohlen werden. In der That hat ihn hier das schöne Streben nach Einheit, was diesem von Natur philosophischen Geistes

eigen ist, zu weit geführt, und sein Wortreichthum ist hier wohl am wenigsten Gedankentrichthum. — Wo es in der Folge die Sache erfordert, werde ich auch den Meis-
ter nicht schonen.

b) L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. except. L. 36. in f. D. de peculio. L. 8. §. 9. D. mandati. L. 134. pr. D. de V. O. L. 175. §. ult. D. de R. I.



nes Andern durch bewirkten Irrthum zu einem unerlaubten Zwecke, z. B. man verführt jemanden zu einem ihm nachtheiligen Vertrage. a). Seine allgemeinere Bedeutung auf widerrechtliche Beschädigungen angewandt, sie mögen nun an sich widerrechtlich seyn, oder es dadurch werden, daß eine obligatio die Vermeidung oder Verhütung des Schadens: erforderliche, heißt dolus jedes Urge und Verwerfliche in der Gesinnung, ohne welches der Schaden nicht geschehen wäre. Vor allem tritt dies ein, wenn man mit Bestimmtheit vorherseh, die beabsichtigte Handlung werde den Schaden zur Folge haben, und man doch so handelte, daß er erfolgen mußte, also wenn man wissentlich schadete, und gerade dies macht in unserer Lehre den bestimmteren Begriff von dolus aus. Die Beweggründe sind hier in der Regel immer schlecht und an und für sich tadelnswerth, die That mag nun aus Bosheit, Schadenfreude, Rachbegierde, oder aus augenblicklichem Zorn oder aus Gewinnsucht geschehen. Nur wenige Ausnahmen gibt es hier, nämlich da einer, ungeachtet er den Schaden vorherseh, aus Mitleid oder verzeihlicher Begünstigung eines Dritten handelte. Die schon oft angeführten Stellen b), welche solche

a) L. 1. de dolo malo. L. 7. reor. L. 8. §. 10. D. mandat. §. 9. D. de pactis. L. 1. §. 2. D. Vergl. L. 15. §. 1. D. de iudic. de dolo malo. L. 1. §. 2. D. de magistrat.

b) L. 7. pr. D. depos. L. 14. conveniend. Vergl. Cujacii ob- §. 2. D. de custod. et exhib. serv. L. 13. cap. 39. pr., wo

Ausdrücken enthalten, zeigen nur, daß der Römer sich hier des Ausdrucks *dolus*, als von *culpa lata* unterscheidet, nicht bediente; obgleich doch im weiteren Sinne in jeder *culpa lata*, und gewiß auch darin eine kraus-eigige Haltung war, wenn man z. B. um einen Dritten zu begünstigen, eine Sache nicht kaufte, indem man doch den Auftrag dazu übernommen, oder einem fremden Sklaven die Fesseln löste, wohl wissend, daß er dann davon laufen würde a). Gewiß irrig ist es, mit Pöhr b) hieraus zu schließen, daß wissentlicher Schaden so gut den *dolus* als die *culpa lata*, also wohl beyde zum Unterschied von *culpa levis* charakterisire, und daß man daher die Verschiedenheit der beiden ersteren in etwas ganz anderem suchen müsse. Es konnte nicht fehlen, daß dies Andere, worin er fehlte, auf Abwege leitete, die wir durchirren wollen, und andere davor zu warnen.

§. 18.

Einmal soll *dolus* einzig und allein auf *animus lucri faciendi* gehen, alles andere wissentliche Schaden soll *culpa lata* heißen, also diese doch wohl eine Stufe, wenn auch

schon behauptet wird, daß zu genannt, obgleich ein Trug, der an den *dolus* angränzt (*dolus proximus*).

a) In L. 7. pr. *depos. cit.* wird dies letztere ausdrücklich *deceptio* in den Verträgen pag. 18 etc.

b) Theorie der culpa §. 6. und

im Begrif, niedriger stehen a). Also, wenn einer aus Feindschaft, Neid, Schadenfreude handelte, wenn er recht eigentlich schadete, um zu schaden, so ist das geringer, als wenn er schadete, weil er einen Vortheil für sich nicht anders erreichen konnte; so ist das nur culpa lata, nicht dolus. Und wo steht denn das? Die erste Stelle soll seyn:

Pauli recept. sentent. L. II. §. I. tit. 51. Fur est, qui dolo malo rem alienam contractat.

Sie sagt aber nichts anderes, als daß zum furtum einmal contractatio gehöre, und dann daß diese dolo malo geschehen sey. Bey der contractatio wird dieser dolus gewöhnlich animus lucri faciendi seyn, so daß beyde hier in der That selbst zusammenfallen. Vollständiger wäre ohne Zweifel die Bestimmung gewesen, wenn noch hinzugefügt worden, daß dieser dolus in der Absicht, sich einen Vortheil zu machen, müsse bestanden haben, doch das verstand sich leicht von selbst. Uebrigens wird es niemand läugnen, 1) daß der specielle Begrif von furtum es mit sich bringe, daß der dabey vorkommende dolus immer ein animus lucri faciendi seyn müsse, und 2) daß animus lucri faciendi immer und allemal dolus sey; aber daraus folgt nimmer das Uingefehrte des letzten Satzes.

a) Begreife man dies Uebrige gemeineren Bedeutung nehmen, auch unter dolus, so müsse man da es auch die culpa lata in sich schon das Wort dolus in der all. schließe; so L d h r.

Edmann soll hieher gehören L. 14. §. 5. de furtis a). Allein dieser §. 3. ist ohne allen Werth für Edh's Meinung, wenn man nur nicht, ohne Unterfügung der Manuscripte, ex furto suo statt ex dolo suo liest, was denn auch wohl nur durch ein Versehen bey Edh in den Text hineingekommen ist. Nimmt man den §. 4. b), der doch noch einigen Schein hätte geben können, gleich hinzu, so ist die Auslegung höchst einfach. Weil niemand durch seinen dolus sich eine Klage verschaffen kann, so ist kein Fall denkbar, in welchem der depositarius, welcher nur für dolus haftet, die actio furti anstellen könnte, denn nur Verbindlichkeit zum Ersag gibt hier ein Interesse. So darf auch, nach Julian's Meinung, kein Dieb jemals die actio furti anstellen, mählich auch der depositarius nicht, welcher die anvertraute Sache unterschlug, obgleich er von diesem Augenblick an die Gefahr steht, d. h. für den Diebstahl

a) Ulpianus lib. 29. ad Sabi-
num:

Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. Et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet, non habere eum furti actionem, quid enim eius interest, si dolo carcat? quodsi dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.

b) Julianus quoque libro 22. Digestorum scribit: Quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi furum sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius res esse coeperit, qui eam contractante. — Die Lesart: quia e. c. gibt denselben Sinn.

haften muß. Es wird von diesem Gegenstande noch in der Folge die Rede seyn, aber um hieraus zu schließen, daß dolus eben dasselbe sey, was animus lucri faciendi, müßte er voraussetzen, entweder, daß in depositum jede zum Ersatz verpflichtende Handlung gleich ein furtivum sey, oder daß der Depositar, nur wegen eines wahren furti hafte, welches doch beydes gleich ungereimt seyn würde. Und wie konnte Ehrh hier übersehen, daß, wie so bekannt ist, in depositum auch für culpa lata gehaftet wird; das ganze Raisonnement des Juristen wäre also grundfalsch, wenn in dem §. 3. nicht dolus die culpa lata mitbegriffe, diese müßte daher hier zugleich mit so viel als animus lucri faciendi seyn, und doch soll sich dolus ja gerade so von ihr unterscheiden. Endlich hat er sich noch auf L. 50. §. 4. D. de furtis a) berufen. Ulpianus stellt hier zwey Fälle vor Augen, den ersten, da jemand Vieh verschuchte, so daß es Dieben in die Hände fiel, und zwar in der Absicht, um von dem gestohlenen Vieh seinen Theil zu bekommen, oder doch damit ihm sonst seine Hülfe von den Dieben vergütet werde; den zweiten, da er dasselbe mit demselben Erfolge that, aber ohne eine böse Absicht,

a) Ulpianus lib. 37. ad Edictum. Cum eo, qui pannum rubeum ostendit, fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est,

sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse laeus tam perniciosus: idcirco Labæo scribit, in factum dandam actionem.

bloß aus Muthwillen und Leichtfinn. Dort soll die actio furti, hier doch die actio utilis Legis Aquiliae Statt finden. Es lassen sich hier freylich noch andere Fälle eines dolus malus denken, z. B. da er es aus Schadenfreude that, aber an diese letzten Fälle ward hier nicht gedacht, sondern in facto vorausgesetzt, daß entweder animus furti faciendi oder lusus perniciosus die Ursache gewesen; in dem ersten Fall war dolus vorhanden, denn animus lucri faciendi ist immer dolus, in dem letztern culpa lata, denn solche Detulanz ist grobe Schuld, ohne gerade Arglist im strengern Sinn zu seyn, sie setzt Leichtfinn voraus, wie ein irgend besonnener Mann ihn sich niemals zu Schulden kommen läßt. Wenn man Ulpian gefragt hätte: wie, wenn er es nun aus bloßer Teufelei that, um den andern, dem er das schöne Vieh beneidete, darum zu bringen, ist das dolus oder bloß culpa lata; was sollte wohl seine Antwort gewesen seyn?

S. 19.

Ein anderer Versuch des Löhr, hier einen neuen Unterschied aufzufinden, ist nicht weniger mißlungen. Dolus soll culpa in faciendo, culpa lata soll culpa in non faciendo bedeuten a), und beyde sich so unterscheiden. Das erstere kann man in gewissem Sinn gern zugeben, das

a) Die Behauptung ist gerade mentar. J. C. Lib. VII. c. 4. nicht ganz neu; s. *Connarus Conn.* No. 7.

letztere unmbglicly. In Wahrheit nämlich können beyde auf beydes gehen, gerade wie das Wort culpa ohne Zusatz, je nachdem der Zusammenhang es mit sich bringt. Rühr's hauptsächlich Beweisstelle ist:

L. 7. D. ad Legem Cornel. de sicar. Paulus lib. singular. de publicis iudic.

In Lege Cornelia dolus pro facto accipitur: nec in hac Lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis ab alto se praecipitaverit, et super alium venerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore cum ramum deiceret, non proclamaverit, et praetoreuntem occiderit, ad huius Legis coercionem non pertinet.

Er hätte aber keine Stelle anführen können, die ihm mehr entgegen wäre. Gerade der Fall, da einer den Axt herunterwarf, ohne zu rufen, indem er doch Leute erschrecken konnte, kommt, wie wir schon aus dem Obigen wissen, in L. 51. D. ad Leg. Aqu. vor, es kann dies also nur eine culpa in faciendo seyn, da, wie Rühr selbst oft angeführt, die Aquilia nur eine solche zuläßt. Hat sich denn dieser Fall im Titel ad Leg. Corn. auf einmal vermandelt, und konnte sich ein römischer Jurist wohl einbilden, daß das non proclamare bey dem Herunterwerfen diese Schuld zu einem bloßen Unterlassungsfehler machen könne? Es gibt gar keine unabsichtliche Schuld, sie mag so grob oder so leicht seyn, wie sie will, bey der nicht

etwas unterlassen worden, was hätte geschehen müssen, irgend eine Anstrengung, eine Aufmerksamkeit, eine Vorkehrung. Das macht noch nicht die culpa zu einer culpa in non faciendo. Diese ist von der culpa in faciendo nicht so unterschieden, daß bey dieser nicht irgend etwas vernachlässigt worden, was, beobachtet, die Schuld abgewandt hätte, sondern der Unterschied liegt darin, daß bey jener nur allein durch Unterlassen geschadet und gefehlt worden, da hingegen bey der culpa in faciendo die causa efficiens eine positive Handlung seyn muß, bey der denn aber allerdings die Zurechnung, das subjectiv Tadelnswerthe in einer Nachlässigkeit bestehen kann. Die vorliegende Stelle sagt nichts mehr und nichts weniger, als daß das factum, welches das iudicium Legis Corneliae begründen soll, ein dolus seyn müsse, und daß gröbliche Nachlässigkeit und selbst noch so frivoler Leichtsin nicht hinreiche; der dolus, von culpa lata unterschieden, kann hier aber, wo von Tödtung eines Menschen die Rede ist, kein anderer seyn, als der animus occidendi, von dem auch im L. II §. 3. eod. gesagt wird, daß er nicht fehlen dürfe, aber auch hinreiche, selbst wenn die Verwundung den Tod nicht zur Folge haben sollte. Eben so sprechen auch die aus den tit. I. et P. ad Leg. Aquil. von ihm angeführten Gesetze, wo bemerkt wird, daß dolus und culpa prästirt würden a), mehr gegen als für ihn, denn

a) L. 50. §. 3. D. ad Leg. Aquil. §. 3. 14. I. eod.

es ist nicht abzusehen, warum die culpa und negligentia, welche bey der Aquilia vorkommt, nicht auch eine lata sollte seyn können. Dolus geht bey der Aquilia nur auf culpa in faciendo, aber warum? darum nur, weil, wie wir gesehen haben, alle culpa dort in einem Thun bestehen muß, also auch die culpa lata, also auch der dolus, so gut wie die culpa levis. Unter einem von den beyden Worten dolus, culpa in jenen Stellen muß doch wohl die culpa lata begriffen seyn, sicher aber nach römischem Sprachgebrauch unter dem ersteren. Daß das Wort culpa lata aber in den Titeln von der Aquilischen Klage gar nicht vorkommt, beweist nichts, da dieser ganze Unterschied zwischen dolus und culpa lata hier, wo jede culpa prästirt wurde, keine Rücksicht verdiente. Es ist überhaupt ein Fehler, von dem zu wünschen wäre, daß ein Mann von Verdiensten, wie Lohr, ihn für immer ablegte, der ihn aber in seinen Schriften über culpa öfters entschüpft ist, und den wir oben bey einer andern Gelegenheit schon gerügt haben, gleich eine speciellere Bedeutung eines Wortes anzunehmen, wenn es in einem besondern Zusammenhang einen engeren Sinn ausdrücken hilft, als es seiner Natur nach in einem andern Zusammenhang mit auszubringen im Stande ist. So gehört es so wenig zum Begriff des dolus oder der culpa lata; als zum Begriff der culpa überhaupt, daß das Vergehen in einem facere, oder daß es gerade in einem non facere bestanden;

ist aber einmal von dem einen oder dem andern die Rede, so beschränken sich jene Ausdrücke auch auf das gerade Gemeinte, ohne daß sie darum an sich eine engere Bedeutung annehmen. - Diese Worte sind es ja nicht, die den Sinn so beschränken, sondern die übrigen, oder doch das, was nach dem Zusammenhang supplirt werden muß. Wenn in den von Löhr noch angeführten L. 2. C. de magistratib. conv. L. 2. C. arbitr. tut. L. 2. C. si tutor vel curat. non gesserit, von Unterlassungssünden und zugleich von culpa lata die Rede ist, so ist es ja nicht der letztere Ausdruck, welcher das non facere bezeichnet, sondern, dies thun, die übrigen Ausdrücke, und jener sagt bloß, daß das non facere in einer schweren Schuld bestanden. Dasselbe konnte aber auch auf dieselbe Art von einem facere gesagt werden, ohne daß sich der Begriff von culpa lata im geringsten verändert hätte. Dürfte man so schließen, wie Löhr, so könnte man auch behaupten, culpa levis unterscheide sich so von culpa lata, daß jene in einem facere, diese in einem non facere bestehe, da jene bey der Lex Aquilia auf ein facere gehe, diese in Fällen, wo von einer bloßen Unterlassung die Rede ist, als culpa in non faciendo erscheine. Doch schon genug und mehr als zu viel hiervon.

S. 20.

Diese Versuche waren also vergeblich und in der That auch unnütz, da es, außer jenen Ausnahmen, keine Fälle

einer wissentlichen Schuld gibt, welche nicht dolus im eigentlichen Sinn sind. Dagegen wird insonderheit von Ldhr angeführt:

L. 29. pr. D. mandat. Ulpianus lib. 7. Disputationum.

Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur? et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione, et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere, potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

Es hat dies einigen Schein, es ist hier von einer scientia die Rede, und dabey wird von dissoluta negligentia (culpa lata) zum Unterschied von dolus sens. str. gesprochen. Aber der Schein verschwindet, wenn man weiß, welche Art der Gewißheit bey dem dolus vorkommt. Der Sinn der L. 29. ist in kurzem dieser: Hatte der debitor gezahlt, oder hatte er eine andere Einrede, so mußte

er seinen Bürgen davon unterrichten. Thut er dies nicht, und der Bürge schützte nun die Einrede nicht vor, sondern zahlte oder würde verurtheilt; so bleibt ihm sein Anspruch unperloren, und von einer Nachlässigkeitsschuld, weil er sich nicht erkundigt hatte, kann gar nicht die Rede seyn a). Nur, wenn er es vorher mußte, wird er verantwortlich, und ob er die Vorschüzung absichtlich und mit dem Bewußtseyn, der Schade werde für den andern erfolgen, unterließ, oder ob er sich hier eine Nachlässigkeit, durch Versäumung der rechten Zeit, zu Schulden kommen ließ, oder aus Leichtsin handelte, indem er die Sache ohnehin für gesichert genug hielt, darauf kann nichts ankommen. Denn dies Versehen ist immer von grober Art, eine wahre culpa lata, da er ja die Gefahr so gut kannte und wußte, daß man dergleichen nicht ungestraft versäumen dürfe, denn das weiß ja ein jeder. Es liegt auf allen Fall eine Art von fraus darin, diese Gefahr in einer fremden Angelegenheit so wenig zu beachten b). So weit der Inhalt des

a) S. auch L. 8. §. 7. D. eod.

b) Die Worte: *dissoluta enim negligentia prope dolum est*, sagen nicht etwa, es sey hier bloß *dissoluta negligentia* denkbar, sondern mit dem vorhergehenden Satz zusammen: es ist hier immer *dolus* vorhanden, denn es war hier entweder böse Absicht (*dolus sens. str.*) oder *dissoluta negligentia* vorhanden, beide aber sind do-

lus s. lat. — Es ist damit gerade so wie mit dem in L. 8. §. 8. D. eod. beurtheilten Falle: *Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scienter et prudenter auxilium appellationis amiserunt, poteris, mandati agentibus his, aequitate iudicis tueri te. Igitur, si ignoraverunt, excusata ignorantia est, si sciverunt,*

Gesetzes. An unsern Begriff von dolus im eigentlichen Sinn damit zu vereinigen, darf man nur zwischen einer der Schaden bringenden Handlung vorhergehendem Kenntniß der Gefahr und einer im Augenblick der Handlung vorhandenen Kenntniß des gewiß bevorstehenden schädlichen Erfolgs unterscheiden. Dolus verlangt, wie gesagt; die letztere Kenntniß; im Fall der L. 29. gehört zum eigentlichen dolus, daß man in der Zeit, wo die Einrede entgegengesetzt werden muß, es unterläßt, indem man weiß, das werde den debitor um sein Geld bringen, ihm aber diesen Schaden gönnt, oder sich einen Vortheil zu Wege zu bringen denkt. Culpa lata dagegen setzt bloß Kenntniß der nahe drohenden Gefahr und der Mittel voraus, durch welche sie abgewandt werden kann, oder daß man um diese Kenntniß zu verläugnen, sich auf eine unerhörte Unwissenheit berufen müßte: der einzige Fall der Betanwortlichkeit, der unter den Voraussetzungen der L. 29.

incumbat eis necessitas provocandi. Caeterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. Quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia; sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret, appellaret, puto rationem eis constare. Das Wissen und Nichtwissen geht auch hier auf die theilweise Nichtschuld. Wußten die Bürgen, heißt es, daß sie wi-

der Recht auf mehr verurtheilt würd.n, als die Schuld wirklich betrug, und provocirten nicht, setzten auch den Schuldner nicht in den Stand, selbst zu provociren, so handeln sie immer dolo (sie mögen nun eine besondere böse Absicht dabey haben, oder sich einer dissoluta negligentia schuldig machen); wußten sie es dagegen nicht, so kann ihnen auch gar kein Vorwurf gemacht werden.

aüßer dem wahren dolus noch vorkommen konnte. Wurde man also nicht mit Gewißheit, daß man Schaden würde, handelte man also nicht in der Absicht zu Schaden, so war kein dolus vorhanden. Der animus nocendi in diesem Sinne, das Wollen des schädlichen Erfolgs (wenn auch nicht um seiner selbst willen), der Vorsatz zu Schaden, das wissentliche Schaden, ist also das wahre unterscheidende Merkmal des dolus s. str.

S. 21.

Dagegen unterscheidet sich die culpa lata von anderer culpa in der That durch die Nothwendigkeit der Abkehr von der Gefahr und den Mitteln ihr vorzubeugen. Zu diesem Resultat, denke ich, führen die bekannten Stellen, worin die culpa lata definiert wird.

L. 215. §. ult. D. de V. S. Ulpianus lib. 1. Regularum.

Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.

L. 223. eod. Paulus lib. 2. Sententiarum.

Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.

Das Merkmal der culpa lata ist der Vorwand, nicht zu wissen, was alle wissen, nicht zu sehen, was jedermann sieht: wo dieser gebraucht werden müßte, um sich Entschädigungsansprüchen zu entziehen, da ist culpa lata vorhanden.

Es he a) will diese Aussprüche bloß auf die in tit. de iuris et facti ignorantia vorkommende Unwissenheit beziehen, weil in L. 9. §. 2. eius tit. ähnliche Ausdrücke vorkommen, allein weder die Stelle, welche jene Fragmente in der Justinianischen Compilation einnehmen, noch die Inscriptio- nen derselben, noch die Worte, welche offenbar die culpa lata, nicht jene ignorantia supina bloß, bestimmen sol- len, vertragen sich hiermit. Die Ähnlichkeit der Ausdrücke kann aber um so weniger auffallen, da es mit der Zurech- nung in beiden Lehren in der That sehr ähnliche Bewand- niß hat. Bey jener ignorantia ist es gar zu große Si- cherheit gegen Gefahr des eignen Verlustes, bey unsrer culpa lata gegen Gefahr fremden Schadens, was das grobe Versehen ausmacht: niemand darf sich wie ein ho- mo deperditus et nimium securus b) betragen, sonst muß er dafür büßen: die nimia securitas, crassa, sum-

a) Er drückt sich darüber so aus: „Als einen zweiten Vermuthungsgrund gibt man noch an non intelligere, quod omnes in- telligunt. Dieses gehört wahr- scheinlich gar nicht hieher, da wir in einem Falle, wo gar nicht von widerrechtlichen Handlungen, also auch nicht von culpa in unserem Sinne die Rede ist, schier densel- ben Ausdruck wieder finden. Ue- brigens würde, wenn man diese vage Erklärung hier gelten lassen will, es am natürlichsten seyn, hier-

unter gerade non adhibere dili- gentiam, qualem nostris rebus adhibemus zu verstehen.“ Aber warum denn das? etwa darum, weil ein jeder immer und allemal im Fremden sieht, was er gewöhn- lich im Eignen sieht? Die Be- stimmung ist auch in der That nicht vager, als hier alle übrigen sind, wenn man nur nicht gerade alles hier auf die Vermuthung einer Wissenschaft reduciren will. b) L. 5. in f. D. de iuris et facti ignor.

ma negligentia gehen hier immer auf eins hinaus, auf die durchaus verwerfliche Entschuldigung, man habe nicht gewußt, nicht gesehen, nicht gemerkt, was sonst allen im Lande bekannt zu seyn pflegt, und auf die Regel: cui facile est scire, ei detrimento esse debet ignorantia sua, der Nachtheil mag ihm nun unmittelbar in seinen eignen Sachen, oder mittelbar in fremden dadurch fühlbar werden, daß er den andern entschädigen muß.

Alle culpa, außer dem dolus, welcher den Schaden will, hat es mit einer Gefahr zu thun, die durch Fleiß und Aufmerksamkeit vermieden werden kann. Daß man diese Gefahr kannte, beweist noch nicht den Willen zu schaden. Das Höchste ist hier immer, die Gefahr selbst herbeigezogen zu haben, aber auch dies ist nicht nothwendig dolus; denn es konnte ja bloß geschehen, um sich einen ungebührlichen Spaß zu machen und dem andern Furcht einzusößen, z. B. wenn man sich von einer Anhöhe auf einen Vorübergehenden hinabstürzt, oder man konnte zu seinem Vergnügen einen Versuch machen wollen, ob es nicht dennoch gut ginge: das darf man wohl auf eigene, aber nie auf andrer Kosten thun; solcher lusus perniciosus, wie es in L. 50. §. 4. de furtis cit. heißt, ist aber nicht dolus, sondern culpa lata. Dasselbe gilt, wenn man die wohlbekannte Gefahr aus übergroßer Bequemlichkeit oder Unachtsamkeit hereinbrechen ließ; endlich gilt dasselbe, wenn man zwar in dem Augenblick, da die Gefahr

da war, diese wirklich nicht bemerkte, aber dieselbe doch so augenscheinlich war, daß wohl jeder andre sie bemerkt haben würde, oder indem man die Gefahr gewahr wurde, doch die Mittel, sie zu umgehen, unbemerkt ließ, indem sie keinem andern sonst entgangen seyn würden. Dies alles faßt der Römer mit dem Ausdruck culpa lata zusammen. Alles Uebrige ist entweder dolus oder culpa levis. Nur ist hier auch zweyerley wohl zu bemerken.

§. 22.

Einmal, jede culpa lata ist dolus im weitern Sinn, denn sie setzt immer etwas Verwerfliches, etwas Schlechtes in der Gesinnung voraus. Dies Schlechte liegt zwar nicht darin, daß man, wie bey dem dolus i. e. S., den Schaden eines andern verlangt, aber doch darin, daß man gegen den Schaden andrer in hohem Grade gleichgültig seyn muß, um sich so vergehen zu können. Ein gewissenhafter Mann wird schon, weil er sein und der Seinigen Bestes liebt, in eignen Angelegenheiten nicht blindlings der Gefahr trogen, oder sie leichtsinnig vernachlässigen, um so mehr also ist es gewissenlos, in fremden Angelegenheiten sich so gröblich zu vergehen a). Wenn daher auch der,

a) Das heißt immer in der Regel, denn ohne Zweifel gibt es Ausnahmen, in denen die Moral und das Gewissen einen andern Ausspruch thun, aber solche seltene Fälle

kann das Recht nicht beachten, am wenigsten das Privatrecht, in dem doch am Ende nur die Hauptfrage ist, wer soll den Schaden tragen?

welcher eine culpa lata begeht, nicht in dem Augenblicke des Handelns auf Arges sinnt, so ging seiner Handlung doch stets eine Gemüthsverfassung vorher, welche nimmer entschuldigt werden kann, und es kann nie anders als billig seyn, daß er und kein anderer die üblen Folgen tragen müsse. In diesem Verstande ist also fraus und dolus mit jeder culpa lata verknüpft.

Sodann zweitens, eine leichte Schuld kann dadurch einer groben gleich werden, daß sie so in eignen Sachen nicht vorzukommen pflegt, oder, mit andern Worten, wenn man gleich dem Nachlässigen nicht vorwerfen kann, daß er sah, was und wie es zu vermeiden war, oder, daß er blind war für Dinge, die sonst jeder sieht, so ist er doch eben so verantwortlich, wenn er nachlässiger in fremden Sachen war, als er es in eignen Angelegenheiten zu seyn gewöhnt ist. Der Grund, weswegen ein solches, wenn auch an sich noch so leichtes Versehen, dem größten juristisch gleich stehen muß, kann kein anderer seyn, als weil auch hieraus eine im Allgemeinen verderbte Gesinnung, ein Dolus im weitern Sinn des Wortes hervorgeht. Es ist unverkennbar, daß die Römer durchgängig mehr Fleiß in fremden Angelegenheiten verlangten, als einer in den seintgen anzuwenden pflegt, vorausgesetzt, daß er in diesen nachlässig war, es ist also nicht zu verwundern, wenn sie es als ein Zeichen einer recht unredlichen, wirklich fraudulenten Gesinnung ansahen, wenn jemand in fremden Sachen gar

*culpa lata
in conato
do.*

noch nachlässiger und sorgloser, als in den seinigen zu Werke ging, und, mich dünkt, jeder Wohlbedenkende wird auch noch jetzt ihrer Meinung seyn. Dies ist denn nun das, was man allenfalls culpa in concreto nennen kann, was aber unter den Händen vieler zu einem kleinen Ungeheuer geworden ist, welches gegen alle gute Zucht und logische Ordnung sich auflehnt.

§. 23.

Eine genauere Prüfung nach den darüber vorhandenen Gesetzstellen ist unumgänglich nöthig, wird sich aber bequemer unten anstellen lassen. Hier sey es mir erlaubt: einmal vorläufig als ausgemacht anzunehmen, daß die sogenannte culpa in concreto als grobe Schuld angesehen werde und den Wirkungen nach dem dolus gleichstehe. Jetzt nur noch, ehe wir zur culpa levis übergehen, eine alle culpa lata betreffende Reflexion. Man hat sehr früh und bis auf die neueste Zeit herab von einem dolus praesumptus bey der culpa lata gesprochen; einer hat dies Lied dem andern nachgesungen, ohne recht zu wissen, was man denn dabey denke. Die Römer haben nie ein Wort davon gesagt und diese Erfindung der Glossatoren ist auch ohne allen Werth. Jede gröbliche Schuld ist, wie schon erwähnt worden, im weitesten Sinn dolus; es setzt im Allgemeinen etwas Frivoles oder Erbärmliches in der Gesinnung und im Willen voraus, bey fremden Sachen, die, wenn sie

in unsern Händen sind, doch wenigstens nicht mit Geringschätzung behandelt werden dürfen, unmäßig nachlässig zu seyn^{a)}, oder sie, was Sorgfalt und Aufmerksamkeit betrifft, unsern eignen nachzustellen. Ein dolus im engern und eigentlichen Sinn ist aber aus jedem dieser Gründe gar nicht vorhanden, kann auch nimmermehr präsumirt werden; aber jene allgemeine Trivolität der Gesinnung hat im Privatrecht dieselben Wirkungen, welche die bey dem dolus a. str. vorkommende besondre bössliche Absicht hat, und die Unterschiede liegen hier bloß in den Begriffen, welche dann aber auch durchaus gesondert sind, und die Ideen von einem fingirten oder präsumtiven dolus können nur dazu dienen, diese wieder zu verwirren und durch einander zu wühlen. Bey der culpa lata in abstracto ist es zureichend, daß man dem unrechtmäßig Handelnden, welcher sich auf

a) *Lud. Charondas περὶ δ' αὐτοῦ* lib. 3. cap. 9., und *Cohnanus* Comment. iur. civil. L. VII. c. 4. No. 7. nennen die culpa lata nicht übel *quae sita negligentia*, denn in der That nur durch frühere wohlbewußte Verschuldung des Willens kann eine Stimmung möglich werden, in der man sich so vergift; dagegen setzt der Ausdruck *affectata negligentia* oder *improvidentia*, wie *Cagnolus* ad L. 23. de R. J. (Venet. 1559.) sich ausdrückt, schon eine falsche Vorstellung voraus. *Brückner* de culp. quae concr. tal. zeigt hier, wie gemeinlich, eine schwache

Nachgiebigkeit gegen einmal herrschende Irrthümer: die L. 226. D. d. V. S. und L. 1. §. 3. D. de O. et A. sagten freylich ganz allgemein, daß culpa lata immer dolus mit sich führe; allein dies sey doch eigentlich unvernünftig, denn wenn einer gewöhnlich in suis negligentissimus sey und in alienis nun einmal auch, so sey dabey doch nicht an dolus zu denken; dergleichen Klügeley rühret offenbar von dem erfundenen dolus praesumptus her, durch den man sich hier einmal das Wasser getrübt hatte.

ein Nichtwissen beruft, und die bestimmte Absicht, des ihm wohlbewußten schädlichen Erfolgs ungeachtet, dennoch zu handeln, nicht eingestehen will, vorwerfen kann, er habe also nicht gewußt, was sonst alle wußten. Dabey kann wohl seyn; daß eine Möglichkeit oder eine leichte Wahrscheinlichkeit bleibt, daß er die Folgen wirklich vorgehesehen: eine bloße Möglichkeit kommt aber juristisch gar nicht in Betracht und ist die Wahrscheinlichkeit so groß, daß sie als juristische Wahrheit zu betrachten ist, so ist wahrer dolus anzunehmen a), sonst aber gilt sie nicht mehr denn bloße Möglichkeit. Die culpa in concreto erfordert nichts mehr, als daß einer in fremder Angelegenheit unfleißiger gewesen, als er es in eignen zu seyn pflegt. Dies ist immer schlecht. Es kann aber dabey wohl seyn, daß er gerade in dem vorliegenden Fall sich bewußt war, sein verkehrtes Benehmen müsse die schädliche Folge für den andern haben. Im Grunde ist dies nicht einmal mehr Nachlässigkeit; ist es aber erwiesen, so ist dies wahrer dolus und es bedarf keiner Präsumtion. Ist es aber nicht dargethan: so kann es auch nicht beachtet werden; auch ist es im Privatrecht nicht nöthig, mit einer solchen Verabsäumung gleiche Wirkungen zu verbinden, welche ein eigentlicher dolus zur Folge hat. Dieser ganze fingirte do-

a) Daher haben auch einige Juristen behauptet, aller dolus sey dolus praesumptus, weil aller dolus nur aus Indicien oder Präsumtionen erkennbar sey; als Einwand gegen die gewöhnliche Unterscheidung wäre dies zu billigen gewesen.

lus, (denn so gut wie fingirt muß er am Ende seyn, wenn man nicht etwa gegen die klarsten Texte noch einen Beweis des Gegentheils zulassen wollte), ist also selbst eine leere Fiction und als durchaus sinnverwirrend aus dieser Lehre ganz zu verbannen.

§. 24.

Nachdem die Begriffe von dolus und culpa lata ausgemittelt worden, ist jetzt von der culpa levis im Obligationenrecht zu reden. Es ist bekanntlich großer Streit darüber, ob diese, wie Donell und mit ihm die meisten Meyern annehmen, das Allerbeste der culpa überhaupt umfaßt, oder ob es noch außer ihr einen dritten Grad der culpa mehr gebe. Was man über diesen dritten Grad ehemals fabelte und ehemals als gemeine Meinung anzusehen war, es aber nicht mehr ist, seitdem Thibaut die fast vergessne Donellsche Theorie wieder aus Licht zog, kann man wohl mit Recht als völlig widerlegt ansehen, und man müßte aller Gerechtigkeit feind seyn, wenn man den neuesten Schriftstellern ihr Verdienst, die widerlegenden Argumente geschärft und gehäuft zu haben, schmälern wollte. Es kommt mir aber auch in dieser Abhandlung nicht zu, dasselbe zu würdigen, da ich nicht die Absicht habe, alles vollständig zusammen zu stellen, was sich über culpa sagen läßt, auch wenn es andre schon, nach meinem Dafürhalten, gut genug früher gesagt haben. Nur Einiges, was, wie ich glaube, auch in Betracht dieses

Punctes zu mehrerer Gewißheit und Aufklärung führen kann, sey mir erlaubt, hier anzuführen.

Man hat sich bisher fast immer mit negativen Beweisen beholfen und dann nur gesucht, die Schwierigkeiten zu heben, welche einzelne Gesegstellen der Theorie, welche zwei Grade der culpa annimmt, entgegen zu setzen schienen. Allerdings muß auch jede Theorie der culpa erst dadurch recht erprobt werden, daß sie alle oder doch die meisten Knoten löst, welche durch Vergleichung so zerstreuter Fragmente, jeden Tag unter den Händen entstehen. Allein Vortheil muß es doch bringen, einen positiven Beweis aufzufinden. Ich glaube, daß er mit dem, was oben über die Aquilische culpa gesagt worden, gefunden ist. Eine eigne Stelle hervorzuziehen, worin gradezu gesagt würde, es gebe nur zwey Grade der culpa, nicht etwa drey, ist freylich unmöglich, schon allein darum, weil, wie ich fest glaube, hierüber nie unter Römischen Juristen Streit gewesen, und von dem Streit der unsrigen mochten sie wohl keine Vorahnung haben; aber von wie vielen Sätzen des Römischen Rechts gilt es nicht, daß sie erst aus dem Zusammenhang des Ganzen gleichsam herausgelockt werden müssen, indem doch dann dieser einmal erkannte Zusammenhang Voraussetzungen als nothwendig darstellt, welche die Römer nicht aussprachen, eben weil sie sie als bekannt und nothwendig voraussetzten. Auch hier genügt es zu einer voraus gehenden allgemeinen Ueberzeugung, welche

freylich die sorgfältigste Prüfung des Einzelnen nicht unnütz, sondern erst recht nütze machen soll, zu wissen, daß die Römer, wie oben ausführlich gezeigt worden, bey der Aquilia das Neufferste der Sorgfalt erforderten, und alle juristisch denkbare Imputation zuließen, und dennoch nur das in dieses iudicium aufnahmen, was auch die Trichotomisten unter der culpa levis, ihrem zweiten Grad verstehen, nämlich den Fleiß, welchen gemeinhin ein fleißiger Hausvater anzuwenden pflegt, nirgends aber Auszeichnung vor diesem. Dieß wäre consequenter Weise undenkbar, wenn sie nicht überhaupt angenommen hätten, nur das, was gewöhnlich ein solcher Hausvater zu leisten pflegt, sey der Zurechnung unterworfen und nichts mehr. Das kann also auch bey den obligationes nicht anders gewesen seyn. Daß man aber dieser doch in der That so sehr natürlichen Vorstellungsart so lange nicht hat Gehör geben wollen, daran ist außer den bekannten Stellen, welche zu dieser Beharrlichkeit im Irrthum verführten, vielmehr auch noch das Vorurtheil schuld, daß man sich die diligentia diligentis patriafamilias viel zu gering dachte. Man war hier einmal auf die Vorstellung eines mittelmäßigen, eines gemeinen Fleißes verfallen, und dachte dabey an etwas Vulgäres, etwas dem großen Haufen eignes, vor dem es eben nicht so gar schwer sey, sich auszuzeichnen, und wovon es also auch in der Erfahrung eine Menge Ausnahmen gebe. Allein dies stimmt nun mit der Ans

sicht der Römer gar nicht überein. Ein tüchtiger, ein fleißiger Mann, ein diligens, bonus, studiosus paterfamilias, („qui sobrie et non sine exacta diligentia rem suam administrat“) war ihnen ein solcher, der seinen Geschäften und seinem Betriebe durchaus gewachsen war und in seinem Wirkungskreise auf Ordnung hielt. Was nun ein solcher durchweg an Fleiß zu leisten im Stande war, und daher zu leisten pflegte, das wurde auch von jedem meistens verlangt, sobald fremde Sachen oder ein fremdes Interesse ins Spiel kamen, und dies war nicht wenig. Dem Besten kann es freylich in fremden so gut, als in eignen Angelegenheiten wiederfahren, daß er einmal sich gehen läßt, und durch ein kleines Versehen Schaden anstiftet, aber dann ist auch nichts billiger, als daß er diesen Schaden selbst tragen muß. Also auch das Kleinste, was durchgängig dem Fleißigen, dem Achtsamen nicht wiederfährt, darf hier nicht hingehen. Sodann muß jeder, der sich in Geschäfte mit andern einläßt, diese verstehen und gibt er sich z. B. mit Ausübung einer Kunst ab, so muß er gerade die Geschicklichkeit, gerade die Genauigkeit anzuwenden haben, welche diese Kunst erfordert, und sie auch wirklich anwenden. Thut er dies, so thut er nichts weiter, als seine Pflicht, und nichts mehr und nichts minder, als gemeinhin jeder tüchtige Mann thun würde, denn kein tüchtiger Mensch im Zustande der Besonnenheit gibt sich mit Dingen ab, von denen er einschen kann, daß er sie nicht versteht, oder treibt Dinge mit einem mittels

mäßigen Grade von Aufmerksamkeit, die den höchsten erfordern. Es ist also auch kein kleiner Irrthum, obgleich er sich leicht einschmeichelt und viele ihm daher auch Gehör gegeben, daß bey sehr feinen Arbeiten, welche besonderes Talent und vorzügliche Accurateffe erfordern, die culpa einen andern Charakter annehme; da doch auch hier jedes Versehen, welches der Vorwurf nicht trifft, man habe nicht gesehen, was sonst jeder sieht, sondern nur der, nicht gesehen zu haben, was ein Fleißiger sieht, culpa levis, und das Gegentheil immer nur diligentia diligentis patrisfamilias ist, eben weil der tüchtige Mann als solcher immer thut, was er soll, und nur das unterläßt, was in der Regel keinem zugerechnet werden kann; wer würde aber z. B. den einen fleißigen Mann nennen, der ein äußerst künstlich verfertigtes Uhrwerk zu repariren übernommen, und nun daran etwas verdarb, weil er nicht alles aufbot, was die Kunst und Aufmerksamkeit eines geschickten Uhrmachers in solchen Fällen zu vermögen pflegt. War er kein solcher, so betrug er sich doch wie ein untüchtiger Mensch: und meistens wird das sogar culpa lata seyn, da doch wohl ein jeder bis auf einen gewissen Punkt seine Kräfte kennen wird a). Wie oft heißt es im tit. de Lege

a) Was hier gesagt ist, gilt allemal, wenn aus irgend einem Grunde die Sache eine vorzügliche Aufmerksamkeit erheischt, z. B. eine leicht zerbrechliche Sache soll fortgeschafft werden; L. 24. §. 7. D. locati, kann also auch nicht, so viele wollen, etwas Eigenthümliches nach der Natur des Falles über die Prästation enthalten, und

Aquil., und anderswo, daß Schwäche und Ungeschick, wenn man sich einem Dinge unterzog, zu dem Stärke und Talent gehört, selbst culpa sey. Nur wenn er leistete was geschickte Künstler zu leisten pflegen, hat er sich als ein fleißiger, besonnener Mann betragen, und wiederfährt ihm nun dennoch etwas menschliches, was sich vielleicht durch einen Grad der Anstrengung oder des Genies, welcher unter tüchtigen Menschen dieses Fachs ungewöhnlich ist, hätte vermeiden lassen, so kann er deshalb auf keine Weise in Anspruch genommen werden. Daher kommt es denn, daß, wie schon von andern angeführt worden, auch da, wo ausgemacht das Aeußerste zu prästiren ist, dennoch nur von dem Fleiße, der einem homo diligens gewöhnlich, die Rede ist. Wir haben aber auch eine ganz besondere Stelle im Corpus iuris, wo bey einer sehr ähnlichen Gelegenheit, die unter Umständen, nämlich, wenn ein *procurator* ein *indebitum* bezahlte, sogar hieher gehört, recht klar und deutlich gesagt ist, wie hoch die Römer ihren *diligens paterfamilias* anschlugen: es ist

L. 25. D. de probat. Paulus lib. 3. Quaestionum.

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum? Res ita temperanda est, ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pe-

der Zusatz: culpa autem abest, si contract das Aeußerste des Gleißes verlange.

cuniam indebitam, hoc negaverit — — Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem, non indebitas ei fuisse solutas, praesumptiouem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, *homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse.*

Hatte der Empfänger sich nicht schon vorher durch Lügen verdächtig gemacht, so soll die Nichtschuld bey einem gewöhnlich fleißigen und achtsamen Manne nicht präsumirt werden, denn ein solcher Mann sey zu Hause in dem was er treibe, man könne also auch nicht leicht einen Irrthum annehmen a). Hier wo nicht von Schadensersatz, sondern

a) Nur *Vollenhove de suspect. tutor. et curat. Lugd. Batav. 1732. (Oelrich thes. nov. V. 1. no. 3.)* stüßte bey dieser Stelle, er hilft sich aber mit dem gewöhnlichen an die *Saturnia sancta Dearum* erinnernden Mittel: *diligens et studiosus* siehe hier gerade wie in L. 25. §. 16. *famil. hercisc.*, und L. 6. §. 12. *D. de negot. gest.* (eine alles verwirkende Zusammenstellung) für *diligentissimus et studiosissimus*, und bezeichne also den dritten Grad der *diligentia*, das gehe ja

sonnenklar aus den folgenden Worten: *cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse*, hervor. Es sey hier eine Steigerung vom mittleren Grade zum dritten. Die Worte: *qui enim solvit — effundat* gingen auf die zweite Stufe, denn wollte man sie der *negligentia lata* zuschreiben, so würde hier auch der *rusticitas* nicht zu vergeben seyn, worüber doch nur L. 2. C. de *in ius vocando* nachzusehen sey. Solche Meinungen sind, wie Träume, unwiderleglich.

nur von Erstattung des unrechtmäßig Empfangenen die Frage war, konnte freylich von einer eigentlichen Schuld nicht die Rede seyn, und Beweis und nach §. 1. schon Rusticität hoben hier jene Präsumtion a) auf, aber sie bestand doch, lediglich weil einem tüchtigen Manne nicht leicht ein Fehler ent schlüpfen kann. Wo von wahrer Schuld, die nur in fremden Sachen begangen werden kann, die Rede ist, da kann Rusticität nicht entschuldigen, und ein Mensch aus dem Haufen darf sich nur mit solchen Sachen abgeben, die auch der gemeine Mann zu treiben pflegt, weil er Einsicht genug dazu hat und die auch der Eimpelste ohne Gefahr unternehmen kann, und thut er in solchen Geschäften was er soll, so gerirt er sich darin als paterfamilias diligens, und thut er es nicht, so ist er eben darum verantwortlich, weil er sich als ein Untüchtiger gezeigt und nicht den Fleiß eines homo diligens et studiosus angewandt hat. Alles ist hier also auf die diligentia diligentis zu reduciren, und diese sowohl als ihr Gegen-

a) Es lag hier eigentlich eine doppelte Präsumtion zum Grunde, 1) die unten vorkommende, daß jeder ein diligens paterfamilias sey, und 2) daß dieser nicht das Mindeste versehen wird; und das Endresultat aus beyden ist: praesumptionem pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat, et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli etc. Es muß dies als Regel gelten, weil, wenn in

specie erhellte, daß der qui solvit ein diligens paterfamilias sey, es gelten müßte, daß aber eine solche species vorhanden sey, immer präsumirt wird. — Daß hier die (zu erweisende) Rusticität u. s. w. entschuldigt, bey andern Versehen nicht, ist ganz natürlich, da die Zahlung nichts Freywilliges ist, sich in Geschäfte einzulassen, oder nicht, aber sonst von jedem abhängt.

theil, die culpa levis, umfassen das Neueste der Impu-
tation, ohne daß aber beide mit diesem Extrem im Begriff
eins und dasselbe sind, und also culpa levis und culpa
levissima, so wie diese in L. 44. D. ad Leg. Aquil.
vorkommt, ganz und gar zusammen fallen.

§. 25.

Vor nichts in der Welt muß man sich nämlich hier
mehr hüten, und in der That haben dies die Neuern auch
ziemlich zu vermeiden gewußt, als sich eine logische Noth-
wendigkeit zu denken, weswegen es so und so viel Grade der
culpa geben müsse, und nicht mehr und nicht weniger ge-
ben könne: so könnte man hier etwa an ein paar Enden
und ein Mittel denken, das eine Ende wäre die culpa
lata das andre die culpa levissima, das Mittel die culpa
levis. Dies braucht zur Warnung nur berührt zu wer-
den a), aber man hüte sich überhaupt Grade und Extreme
für eins zu halten, oder sich einen Grad als etwas einfä-
ches zu denken. Jeder Grad hat Abstufungen, und sein
Neuestes ist nur denkbar, aber nicht materiell zu bestim-

a) Es wäre dies gerade in sich selbst richtig: tamen de ista culpa media, quam levior appellamus, non curaverunt leges specialiter disponere. Man sollte denken, daß dieser scholastische Aberglaube nunmehr von unsern Lehrstühlen, wie aus unsern Schriften gänzlich verbannt sey, daß die Sache nicht so spik-

men. So gibt es in dem, was wir oben unter culpa lata, nach dem Beyspiel der Römer zusammengefaßt haben, ohne Zweifel wieder mehrere Untergrade. Wie sollte es nicht eine gröbere Schuld seyn, wenn einer die Gefahr muthwillig selbst erst schuf, die er nachher nicht zu überwinden vermochte, und so mit andrer Wohl und Weh ein loses Spiel trieb, als wenn einem höchst accuraten Manne in fremden Sachen ein sehr leichtes Versehen entwischte, was in seinen eignen Angelegenheiten ihm nicht vorzukommen pflegt? Beide Verschuldungen aber gehören den Wirkungen nach im Privatrecht zu einem Grade. Auch der dolus hat Stufen: denn wer kann es bezweifeln, daß der, welcher aus bloßem Neide, aus reiner Schadenfreude handelt, schändlicher verfährt, als wer, selbst bedürftig, zu eignem Vortheil dem andern schadet? Aber Extreme kann das weder nach oben noch nach unten abgeben, denn es läßt sich wieder in der Schadenfreude, in der Frivolität, in der Gewinnsucht, im Uebermuth ein größerer oder geringerer Grad der Verwerflichkeit denken, und wo ist denn hier das Oberste und das Unterste? Denkbar ist hier allerdings ein solches Aeußerste, aber nicht zu bezeichnen. So auch bey der culpa levis. Wo die culpa lata aufhört, da ist ihr Extrem nach oben, wo die Imputation aufhört, ihr Extrem nach unten. Dies letztere wird, wie wir oben gesehen haben, in L. 44. ad L. Aq. culpa levissima genannt: diese gehört also als Endpunkt

aller culpa zur culpa levis, und macht also keinesweges einen Grad für sich aus; niemand ist auch im Stande, auf diesen Punkt mit der Fingerspize hinzuweisen, sondern es muß dem Richter in zweifelhaften Fällen die Beurtheilung überlassen werden, ob der Fall noch zur culpa oder schon zum casus gehöre. Endlich gibt es vor diesem Neuesten hinaufgerechnet noch viele Grade des Unfleißes, welche noch immer nicht culpa lata sind, bey denen immer noch, nicht Frivolität, nicht unerträgliche Unwissenheit, sondern nur das in höherer oder geringerer Maße zum Vorwurfe gemacht werden kann, daß man nicht wie ein diligens verfuhr, und die zu unterscheiden daher im Privatrecht gar kein Interesse weiter hat, indem sie juristisch alle als ein Grad, als culpa levis, angesehen werden a).

§. 26.

Nach dieser Erörterung nehmen wir den Faden wieder auf. Aus der Natur der Aquilischen culpa und ihrem Verhältniß zur Imputation überhaupt folgt, wie wir gesehen haben, durch einen reinen Schluß, daß Zurechnung nach Römischer Vorstellung überall nicht, also auch nicht bey obligationes über den Fleiß eines ordentlichen Hausvaters, mithin nicht über die culpa levis hinausgehen

a) Ich würde diese Deduction den aber diejenigen gefälliger denken ganz erspart haben, weil gewiß jeder Leser denken wird, er würde wohl von selbst darauf versonnements über diese Materie fallen seyn; im Allgemeinen wird hindurch gearbeitet haben.

Wanne. Wir haben oben gezeigt, wie sehr dies der Natur der Sache und den Ansprüchen, welche Menschen gemeinlich an einander machen und billiger Weise machen können, gemäß sey: ein gleiches aus gleichen Gründen gilt aber auch dann, wenn die Verbindlichkeit zur Achtbarkeit und zum Fleiß aus einer obligatio entsprang. Auch hier kann die Auszeichnung nur durch hervorstechendes Talent, peinliche Knechtlichkeit oder ungewöhnliche Anspannung a)

a) Es ist kein unebener Ausdruck, wenn *Nisetus* D. de culpa Argent. 1675 §. 26. eine solche Auszeichnung (versteht sich, ohne Scherz) *diligentiam vehementissimam* nennt. *Schacher* D. de culpa. Lips. 1655. th. 3. meint, sie sey Sache der Leute, qui pro reliquis sapiunt (und doch verlangt er sie?), und dann doch wieder einerley mit dem, was sonst (im tit. de iuris et facti ignor.) delatoria curiositas et scrupulosa inquisitio heiße. Hätten sich geschicktere Leute eben so offenherzig darüber Rechenschaft gegeben, was sie denn eigentlich verlangten bey ihrem dritten Grade, sie mögen ihn nun culpa levissima oder diligentia schlechthin, oder wie sonst, nennen, vielleicht wären sie von ihrem Irrthum genesen, oder hätten sich gestehen müssen, daß sie etwas über allen Fleiß und alle Zurechnung hinausliegendes forderten; wie z. B. *Burgundus* (de periculo et cul-

pa) gethan hat: ihm geht die diligentia s. str. selbst über die cura diligentissimi patriafamilias hinaus, „veluti si quis in ruina, tumultu, naufragio, incendio, cum res suas salvas facere posset, alienas praetulerit.“ Mit Beziehung auf diesen Fall ist *Brückner* (de culpa quae conerctive tal.) ehrlich genug, zu bekennen: „aliquando homo in suis diligentissimus magis alienas res curare debet.“ Also da wäre denn doch wohl von Fleiß gar nicht mehr die Rede, denn wie fängt man es an, noch fleißiger zu seyn, als am fleißigsten? Es ist in der That unbegreiflich, wie sonst kluge Schriftsteller hier so ganz mit Blindheit geschlagen seyn konnten, indem von ihren eignen Prämissen nur noch ein Schritt dazu gehörte, den eignen Unsinn zu entdecken. So ist es *Prousteau* recitat. ad L. 25. D. de R. L. nicht genug, den dritten Grad in cap. 16. No. 12. diligentia omnimo-

entstehen. Das erstere hier zu verlangen, wäre thöricht, und schon darum absurd, weil die Verhältnisse, die hier vorkommen, einem großen Theile nach, zur kleinen Lebenspraxis gehören, über die sich sehr begünstigte Naturen leicht

da oder c. 11. §. 15. summa et superlativa solertia zu nennen, er nennt sie an einem andern Ort, cap. 13. No. 16. redundantia quaedam diligentiae, so ein reiches Ueberströmen von Fleiß, er gibt zu (c. 7. pr.), daß dieser culpa levisima fast schon der Name culpa nicht mehr genüge („vix culpa dici potest“); ja gleich Anfangs bey der Bestimmung des dritten Grades (c. 4. No. 2.) läßt er sich vernehmen: „tertius diligentiae gradus est proprius; dumtaxat hominum prudentissimorum paucioribus datus, ut sint illius campotes, nec eo possunt ascendere, nisi qui caeteris ingenia, solertia et sagacitate superant. Man müßte also, um sich auf ein Commodat, ein Mandat, eine negotiorum gestio einlassen zu dürfen, mit einer so vorzüglichen Natur begabt seyn, denn nur wer das ist, vermag, nach seiner eignen Voraussetzung, solchen Fleiß zu erreichen. Aber wie hilft er sich? In cap. 7. §. 2. erklärt er den Ausdruck: si modo alius diligentior rem curare potuerit. „Quod ita non potest detestandum, meint er, quasi nulla maior in quovis homine

diligentia vel prudentia reperiri debeat, sed hoc accipiendum ex communi diligentissimorum Patrumfamilias usu, ut omnis abesse culpa credatur, etiam levisima, quoties omnia facta sunt, quae unus e Prudentissimorum numero observaturus.“ Also wenn man nun erst den Mittelschlag herausgenommen und von den Ausgezeichneten getrennt hat, so soll man nun nicht auf jeden Einzelnen derselben Rücksicht nehmen, sondern man soll nun wieder aus den Ausgezeichneten einen Mittelschlag, eine gemeine Zahl bilden, sich auch hier wieder an das Gewöhnliche halten, gleichsam eine Weckklasse bilden, und was in dieser hergebracht sey, verlangen, und mehr nicht. Das hört sich schon an, aber ich muß gestehen, daß, wenn ich als Richter dies zur Anwendung bringen sollte, ich in der größten Verlegenheit seyn würde, wenn ich nicht immer so einen Ausbund von Schlauchheit, unum ex numero, zur Seite hätte. Und wie verträgt sich nun dies wieder mit einer andern Aeußerung desselben Autors ibid. c. 10. No. 11., wo er die Meinung ei-

hinweg zu setzen pflegen, daher denn das Genie hier schwieriglich einen Maßstab abgeben könnte. Auch kann man zweitens einen Fehler nicht zum Gesetz machen. Was das dritte aber betrifft, so könnte es einfallen, daß hier doch einzelne concrete Verpflichtungen vorkommen können, welche gerade nur auf eine einzige Handlung gehen, z. B. der Auftrag eines einzelnen Kaufs und bey denen also eine seltene Anspannung eben nichts unnatürliches wäre. Allein theils läßt sich nicht absehen, warum der Beauftragte, welchem jemand zutrauungsvoll den Kauf vieler Sachen aufgegeben, nicht eben so sorgfältig sollte seyn müssen, als der, welchem man, vielleicht nur zur Probe, einen einzelnen Handel mit einem unbedeutenden Gegenstande auftrag; theils kennt das Römische Recht auch diesen Unterschied gar nicht. Die Juristen unterschieden hier, indem sie die Contracte im Ganzen classificirten, nirgends machen sie in diesen noch wieder Abtheilungen, je nachdem

niger widerlegt, daß der tutor den dritten Grad zu prästiren habe: „et certe quamvis maximus sit Pupilli favor in Iure, tamen conditio publici muneris, et ipsa gerendi necessitas excusationem aliquam meretur in tutore, quantumvis rerum alienarum administratore, ne teneatur ad exactissimam Lyncei alicuius aut Euclionis Plautini diligentiam. Wie nahe war er hier der

unwiderleglichen Wahrheit, daß Auszeichnung ins Unendliche geht, und wenn man also diese fordert will, man eigentlich das Unendliche fordert. — Will man noch einen recht alten Schriftsteller kennen lernen, der die diligentia exactissima sich außerhalb des Gebietes der culpa denkt; so lese man *Petr. Lorient. Comm. ad D. tit. commoß. No. 25. (Lugd. 1357)*; ich verspreche aber keinen Trost.

die Verpflichtung nur einen actus betraf, oder durch mehrere fortließ; bey allen, selbst bey dem Commodat aber findet gewöhnlich eine durch größeren oder geringeren Zeitverlauf fortgesetzte Thätigkeit Statt, welche sich nicht wohl, wenigstens billiger Weise nicht, mit ununterbrochener übermäßiger Anstrengung verträgt. Ja wir haben eine Gesetzesstelle, welche freylich für die Trichotomie angeführt ist, aber gerade aufs Klarste beweist, daß der Römer auch da, wo zur Erfüllung der gerade obwaltenden Verbindlichkeit eine einfache Handlung hinreichte, die sich wohl einmal mit vorzüglicher Anstrengung durchtreiben ließ, doch nichts mehr verlangte, als das Gewöhnliche, und nimmermehr eine Auszeichnung. Es ist:

L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. Venulejus lib. I.

stipulationum:

Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari? inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore *diligens paterfamilias* conficere possit quod facturum se promiserit: ut, qui Ephesi daturum se sponderit, neque duplornate diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuari cogatur, neque tam delicate progredi debeat, *ut reprehensione dignus appareat; sed habita ratione temporis, aetatis, sexus, valitu-*

dinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire. Eoque transacto, quamvis Romae remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilominus ei recte condicetur, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari, vel quia ubique potest solvere, nam et quod in diem debetur ante solvi potest, licet peti non potest. Quodsi diplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus.

§. 5. Item qui insulam fieri spondit: non utique conquisitis undique fabris, et plurimis operis adhibitis, festinare debet, nec rursus utroque aut altero contentius esse, *sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque.* — —

Wer für jemanden ein Haus zu bauen, eine Reise zu machen hat, der ist bey der Ausführung zu nichts Außerordentlichem verpflichtet, es kann ihm nicht zugerechnet werden, wenn auch eine Möglichkeit vorhanden gewesen, wie er etwa sein Vorhaben schneller hätte vollbringen können, sobald er alles aufgeboten hatte, was in

feinen Kräften war; es ist frey von allem Tadel, wenn er that, was unter den gegebenen Umständen ein fleißiger Mann gethan hätte, und da in solchen Dingen die Meisten fleißig zu seyn pflegen, was die Meisten gethan hätten. Auf die gegebenen Umstände, auf Zeit, Art, Gesundheit, Alter, Geschlecht u. s. w. kommt es hier allerdings an, da es eben den vernünftigen fleißigen Hausvater zeigt, daß er seine Kräfte abzumessen versteht, daß er nicht ein gewöhnliches Werk, eine gewöhnliche Verrichtung mit schonungsloser Anspannung aller Kraft und Berstgung seines Vermögens durchführt: er wird bedenken, daß, wenn man das Eine thut, man es so machen müsse, daß auch für das Andre etwas übrig bleibe. Dazum muß er alle jene Rücksichten nehmen. Die Worte: „temporis, aetatis“ etc. sind daher nicht, wie manche meinen, so zu verstehen, als könnten besondere Umstände eine besondere Auszeichnung vor den Meisten, und dem gewöhnlichen Fleiße nöthig machen, sondern es ist daraus abzulehnen, daß ein tüchtiger Mann von gewöhnlichem Fleiße, unter bestimmten Umständen mehr oder weniger sich angriffen würde, indem nicht alle Umstände gleiche Anspannung erfordern, um den Vorwurf der Trägheit und Nachlässigkeit zu vermeiden. Bei d. B. ein Geschäft an einem Menschen. Hat hier einen andern auszuführen hätte, welches, damit es noch gethener, größtenteils erforderte, würde allerdings auch außerordentlich

die Mittel aufzubieten haben, um dahin zu gelangen, aber indem er dieses thäte, würde er keinen ausgezeichneten Fleiß, wenn auch vielleicht ausgezeichnete Kräfte beweisen, denn ein jeder Fleißiger würde schon, als solcher, wenn er dergleichen unternähme, dasselbe thun, jeder diligens paterfamilias würde unter solchen Umständen einsehen, daß er keine Kräfte und keine Kosten zu schonen habe, wenn er nur schlechthin seine Pflicht erfüllen wolle. Gerade so ist es hier, wie oben von einem besonders sauberen Kunstwerk bemerkt worden.

Endlich würde sich für eine solche Auszeichnung auch gar kein Maßstab finden lassen, niemand würde in keinem Falle wissen, wie weit nun der Mann ängstlich, wie weit er talentvoll, wie weit er hätte überspannt seyn müssen, wenn man nicht etwa die Sache so weit treiben will, daß schon jede entfernte Möglichkeit des Besseren Schuld seyn soll. Es würde hier also an aller nothdürftigen Instruction für den Richter fehlen, und die ganze Vorschrift würde geradezu nichts sagen und aller Anwendung Trost bieten. Ganz anders ist es mit der Bestimmung: wo nicht der gewöhnliche Fleiß eines tüchtigen Mannes angewandt worden, da ist Schuld; denn obgleich es dem speculativsten Kopfe nicht gelingen möchte, durchgreifend festzusetzen, wie weit denn dieser Fleiß im Allgemeinen gehe, da nämlich die ganze Sache auf Beobachtung beruht, so wird doch wiederum ein tüchtiger fleißiger Richter es nie

an dieser Beobachtung ermangeln lassen, er wird wissen, was gewöhnlich von menschlicher Kraft zu erwarten sey, und also in den meisten Fällen eben nicht verlegen seyn, wenn er urtheilen soll, wie sich ein guter Familienvater darin würde benommen haben. Ohne Zweifel ist hier auf Volkssitte und Volkswaise Rücksicht zu nehmen, denn auch nach dieser richtet sich die gewöhnliche Fähigkeit des Einzelnen, und ein türkischer Richter, der von seinen Landsleuten die Agilität eines Franzosen fordern würde, handelte eben so thöricht, als wer von einem Kranken die Stärke eines Gefunden fordern wollte: ein Abstractum von menschlicher Culturfähigkeit aber über die Culturfähigkeit des Volks und Landes, worin man lebt, hinaus, auf die culpa angewandt, halte ich für ein wahres Unding, und ein jeder wird nach reiferer Ueberlegung es dafür halten a).

a) Andere Beweise aus den Ge: S. 68. g. d. C., S. 80. S. 97. u. setzen für die Dichotomie s. unt. im Schluscap. No. IV.

Viertes Capitel.

Ueber den Werth der Eintheilung in culpa in faciendo und culpa in non faciendo.

S. 27.

Es ist bisher ein Hauptunterschied zwischen derjenigen culpa, welche der Aquilia unterworfen ist, und derjenigen, welche bey Verträgen und ähnlichen persönlichen Verpflichtungsverhältnissen vorkommt, gemacht worden: jene bringt eine obligatio erst hervor, diese setzt eine voraus. Aber vorzüglich durch Donell, denn der Anfang ist schon älter, ist eine andere Unterscheidung gebräuchlich geworden, nämlich die zwischen culpa in faciendo und culpa in non faciendo. Fast alle Neueren gehen von dieser aus. Es bedarf aber einer sorgfältigen Untersuchung, ob diese Unterscheidung mit der obigen zusammenfalle, und wenn das nicht, ob sie für die Lehre von der culpa einen Werth habe, und es verdiene, an ihre Spitze gestellt zu werden. Zur Beantwortung des ersteren Punktes ist schon oben in Cap. I. vorgearbeitet worden. Dort ist nämlich an mehreren Beyspielen, vorzüglich durch Vergleichung mit der actio doli und der actio furti gezeigt worden, daß nicht jede positive Thätigkeit, welche Schaden bringt und zuzurechnen ist, unter die Aquilische Klage zu bringen sey, sondern, daß

Verletzung der Substanz, oder was ihr gleich gestellt, dazu gehört. Nun können ohne Frage im Obligationenrecht viele Fälle vorkommen, in welchen dadurch zugleich die obligatio verletzt wird, daß man die Substanz einer fremden Sache unrechtmäßig angreift, da denn die beiden Klagen concurren, aber es gibt auch viele positive (nicht bloß negative) obligationswidrige Handlungen, derenwegen man bloß die Contractsklage, nicht aber die Aquilische auf Schadensersatz anstellen kann. Ein Miterbe veräußert auf eine nachtheilige Weise gemeinsames Erdgut, das allerdings zu veräußern war, nur nahm er sich nicht dabey in Acht; wenn, bei jermals den Titel ad Leg. Aquil. durchgelesen, wird einfallen, daß hier die Aquilische Klage auf Schadensersatz angestellt werden könne? und doch ist dies eine besondere positive Handlung. Da, wie wir oben gesehen haben, um eine schädliche Handlung zur positiven zu stampeln, es hinreichend ist, wenn mit einer, wenn auch an sich erlaubten, Thätigkeit angefangen, aber durch eine damit in einer Folge zusammenhängende Unthätigkeit geschadet wird, ja es hinreichend ist sich irgend so zu betragen, daß aus diesem Betragen, verbunden mit nachfolgender Unthätigkeit, Schaden entstehen mußte, wie das z. B. mit dem Sklaven, der das Amt des Ofenheizers für den andern übernahm, der Fall war; so mußte, wenn alle verpflichtungswidrige Thätigkeit der Aquilia angehören sollte, bey jeder Führung fremder Geschäfte, wenn

sie einmal thätig angefangen worden, sobald auch nur durch Unthätigkeit nachmals Schaden angerichtet würde, die Aquilische Klage ein zulässiges Rechtsmittel seyn, ja sie müßte immer angestellt werden können, sobald die Contractsklage wegen, sey es auch durch bloßes Unterlassen angefügten, Schadens angestellt werden könnte; denn das Contrahiren selbst ist eine Thätigkeit und wer contrahirt, tritt so gut, wie jener fornacarius, der sich an den Ofen stellte, in ein Verhältniß ein, in dem Unthätigkeit verderblich seyn würde. Er nimmt durch die That es auf sich, nicht durch Unthätigkeit Unheil zu stiften. Merkwürdig ist hier eine Geschstelle wegen mehrerer in ihr zusammengefaßter Beyspiele, nämlich:

L. 17. §. 3. D. Commodati. Paulus lib. 29. ad Edictum.

„Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit“ (id est, postquam commodavit), „tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dantem accipientemque a): geritur enim negotium invicem, et ideo invicem

a) Diese Lesart mehrerer vulg. dum accipiendumque offenbar vorzuziehen. ist der Florent. inter dan-

propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit, neque enim impune peritura deseret, suscepisset enim fortasse alius, si is non coepisset; a); voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo, nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam iusulam tigna commodasti, deinde subtraxisti b), aut etiam sciens vitiosa commodasti; adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum c) est.“

Hier kommt gerade die obige Stufenfolge vor; es nimmt jemand unzeitig die geliebene Sache weg und schadet dadurch. Dies soll unerlaubt seyn, und ist doch ohne Zweifel eine positive Handlung; wer würde hier aber die Aquilische Klage gestatten? Diesem Fall wird es gleich gestellt, da einer die Geschäfte eines andern zu führen einmal anfing; hier darf er die angefangenen weder ganz noch

a) Aus Coepisset konnte wohl eher das wiederholte suscepisset einiger Editionen entstehen, als umgekehrt,

b) So Haloand. und anderwärts statt protraxisti.

c) Hal., utile erit dicendum.

im einzelnen verlassen; es mag nun aus böser Absicht, oder aus Nachlässigkeit geschehen. Wer wollte aber hier die Aquilische Klage geben? Endlich wird das Mandat und die Regel herbey gezogen: voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare. Der Mandatar muß schon darum thätig seyn, weil er sich zur Ausführung anheischig machte, wenn diese auch noch nicht anfang; alles was er nach übernommem Mandat schadet durch Thun oder Unterlassen, ist des einmaligen positiven Verhaltens wegen so strafbar, als es strafbar ist, ein Geschäft nicht zu Ende zu führen, was ich ohne Mandat einmal übernahm. Niemand freilich wird hier an die Aquilia denken, von der auch in dem Fragment keine Spur enthalten ist. Was den letzten Fall, der darin vorkommt, da wissenschaftlich schlechte Stützen geliehen worden; betrifft, so laß damit zu vergleichen

L. 18. §. 3. Cod. Gaius lib. 9. ad Edictum provinciale.

Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.

L. 13. §. 5. D. de dolo malo. Paulus lib. II. ad Edictum.

De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atqui si maiora pondera

commodavit, id quod amplius datum est, repeti conditione potest, si minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi potest, nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset, se aequa pondera habere.

In der ersteren Stelle von Gajus ist, wie man aus der Vergleichung mit dem vorhergehenden und nachfolgenden §. gleich sieht, von der actio commodati contraria die Rede: vitiosa tigna, vitiosa vasa und vitiosa pondera müssen hier aber natürlich gleich seyn. Paulus nun meint in der letzten Stelle, in dem Falle, da durch Leihen falscher Maße wissentlich geschadet worden, sey die actio doli in der Regel nicht zu gebrauchen, da man sich durch andre Klagen helfen könne; nur dann sey es denkbar, daß sie Statt finde, wenn nicht auf ein gewisses Maß überhaupt, z. B. 4 Ellen, sondern nach dem speciellen vorliegenden Maße z. B. 4 Ellen von diesem Maßstabe, den ich in der Hand habe, gehandelt worden. Aber wann auch hier nur denkbar? gewiß nicht unbedingt, denn war der, der die Gewichte geliehen, verlegt worden, so hatte er ja die actio contraria, also kann die actio doli nur zugelassen werden, wenn nicht beide liehen, sondern nur einer und gerade den andern der Schaden traf, dessentwegen er keine Reparation von seinem Contrahenten erhalten konnte. Nirgends wird hier der Aquilia erwähnt und

Hätte solche bey diesem doch offenbar positiven factum Statt gefunden, so wäre durch die actio doli hier nie eine Lücke auszufüllen gewesen. Zum Beweise dient auch noch die Verpflichtung des agrimensor. Dieser haftet bekanntlich nur für dolus und culpa lata a), also, schon darum nicht ex Lege Aquilia, da diese keine besondre Zurechnung erfordert, und doch ist er immer thätig, indem er schadet. Von dem Fall, da er bey Gelegenheit des Messens eine Sache beschädigte z. B. einen Baum, ist hier nicht die Rede: das hat mit dem Geschäft desselben gar nichts zu thun und reicht hier ohne Zweifel jedes Versehen zur Aquilia hin; sondern davon, wenn er durch unrichtiges Messen schadete b).

a) L. 1. §. 1. D. si mensor. Die Stelle wird unten näher er-
wogen werden.

b) Schumann Handbuch des Civilrechts B. I. S. 229 führt dies als den ersten Ausnahmefall (er kennt zwey) an, da die positive Thätigkeit nicht zur Aquilia gehört. Er geht aber auch S. 228 davon aus: „alle denkbare Fälle — da man durch eine widerrechtliche positive Handlung, sey das Versehen noch so gering, jemanden Schaden thut, sind der Aquilia, oder einer actio in factum ad exemplum legis Aquiliae unterworfen.“ — Ein anderes Beispiel von einem schädlichen Thun, das auch bey einer obligatio vor-

kommt, von dem aber die Aquilia nichts weiß, gibt der Fall, da einer von einer fremden Sache ihn nicht verstatteten Gebrauch gemacht hat: hier ist wohl von der actio furti, von einer Contractsklage oder der actio praescriptis verbis, aber niemals von der actio Aquiliae die Rede, z. B. §. 6. 7. I. de oblig. q. e. d. n. §. 2. quib. mod. r. L. 18. pr. D. commod. L. 20. D. de praescrip. verb. — Bey der negotiorum gestio kann in einem Nothment die Verbindlichkeit zum Fleiß und zum Schadenersatz wegen Vernachlässigung desselben entstehen, z. B. einer fängt seine Einmischung in die fremden Geschäfte

§. 28.
 Es leidet also keinen Zweifel mehr, daß bey weitem nicht jede positive Handlung, welche einer obligatio angehört, auch der Aquilia zugleich angehören müsse. Wird nun, wie man es bisher gemacht hat und wie es auch dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß seyn möchte, unter culpa in faciendo zum Unterschiede von culpa in non faciendo, Schuld durch positives Verhalten, durch Thun, unter der letztern aber Schuld durch negatives Verhalten, durch Nichtthun, verstanden: so folgt, daß diese ganze Distinction von der in aquilische und nichtaquilische culpa sehr weit unterschieden sey, und es wird nun die zweite Frage zu beantworten seyn, ob sie in dem Sinn ihrer Urheber einen Werth habe und beizubehalten sey oder nicht.

damit an, daß er auf eine nachtheilige Weise Gelder eincaßirt, wer wird hier an die Aquilia denken? Gesezt, ein Miterbe, der also schon „propter suam partem causam habuit gerendi“, that so etwas aus einer nicht sehr zu imputirenden Unwissenheit, wie könnte das ein Delict seyn, und wer wollte wohl hier die Aquilische Klage in Vorschlag bringen? und doch allerdings „omnis, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae hereditariae veniunt L. 16. §. 4. famil. hercisc. aber er mußte doch

damit gehört werden, daß er es in eignen Angelegenheiten nicht besser zu machen pflege, denn „talem diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus“ (L. 25. §. 16. D. eod.). Endlich gibt es sogar ein Thun gegen uns selbst, was obligationswidrig seyn kann, z. B. wer Dienste versprochen, macht sich selbst unthätig krank, um nur nicht die Dienste leisten zu können: soll denn auch hier eine actio ad exemplum Legis Aquiliae gegeben werden? ich würde doch zur actio loq. rathen.

Donellus verfiel bekanntlich auf diese Unterscheidung, indem er bemerkte, daß die culpa aus zwey Graden habe: culpa lata und culpa levis, daß aber doch unter den verschiedenen obligationes in Hinsicht der letzteren noch ein Unterschied gemacht werde, ob nämlich diligentia schlechtthin, oder was dasselbe sagt, diligentia diligentis patri-familias, oder ob mit diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, dabey prästitt werde. Er theilte also zuvörderst die culpa in zwey Gattungen, culpa in faciendo und culpa in non faciendo. In beiden Gattungen gehe es wieder zwey Grade: culpa lata und culpa levis. Die diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, gehöre zur culpa lata in non faciendo, die diligentia im vorzüglichen Verstande mache die culpa levis in non faciendo aus. Zum Unterschiede von beiden werde die culpa in faciendo schlechtthin und im engerm Sinn culpa genannt. Die culpa lata, meinte er, sey in beiden Gattungen sich gleich, den rechtlichen Wirkungen nach, also juristisch eins. Dagegen wäre die culpa levis in den verschiedenen Gattungen ungleich, im Verhältniß zur culpa lata überhaupt; da diese, wie gesagt, eins sey, sey sie freylich immer als eine geringere Schuld zu betrachten, allein im Verhältniß der Gattungen zu einander sey sie verschieden, und die culpa levis in faciendo größer und schwerer, als die culpa levis in non faciendo: daher erkläre es sich, daß unter den Contracten, die mehr als culpa lata zulie-

ten, welche wären, die zur die erstere (culpa) und die zur culpa lata gehörige diligentiam quam avis etc. a), andere aber, welche auch noch die letztere (diligentia s. sta.) zuliefern. Gegen diese Theorie lassen sich nun aber mehrere triftige Einwendungen machen, die man bisher wohl nur deswegen überfiel, weil man sich den Begriff von culpa in faciendo vollständig zu entwickeln unterließ, und weil ihre Zusammenhang und Darstellung in der Donellischen Abhandlung so viel Fleiß verzeihen, und der Anschein, daß sie vorher so unbewingliches Dunkel plötzlich aufkläre, sie so einleitend mache. Wir wollen die Gegenstände nach einander durchgehen.

Der ganze Ursprung ist offenbar ad modum Legis Aquiliae gemacht worden, und Donell setzt selbst, obgleich er freilich ihre aus Ende gestellt hat, man könne schon aus der Lex Aquilia sehen, daß die culpa in faciendo Argens sey, denn eben darum lasse jenes Gesetz zwar diese, aber nicht die culpa in non faciendo. Es kann also schon, daß bey weitem nicht alles positive Schaden die Aquilia triffe. Die Grundlage ist also schon ein Irrthum, und von so viele ein Irrthum, da gerade durch Vergleichung mit der Lex Aquilia, wie in S. 27. ausführlich gezeigt worden, ergibt, daß in Contractenverhältnissen jedes Schanden durch Unterlassen als

einem anfänglichen thätigen Verhalten zusammenhängend, mithin als Thun selbst betrachtet werden müßte, wenn man überhaupt hierauf einen Werth legen wollte. Der Mann, welcher die das der Frau unter seine Obhut und Verwaltung nimmt, der tutor, der die Vermundschaft antritt, der Miterbe, der einmal die Administration gemeinschaftlicher Sachen anfing, der socius, der mit seinem Gesossen in diese enge, fast brüderliche Verbindung freiwillig eintrat: sie alle verhalten sich anfangs thätig, und wenn sie nachmals zum Schaden dessen, dem sie sich dadurch verpflichteten, unthätig werden, so sind sie eben so wenig als bloß passiv zu betrachten, wie der fornacarius, der die Kohlen nicht in Acht nahm, oder jener, welcher das einmal angezündete Feuer sich selbst überließ, daß es des Nachbarn Getreide-ergelb, oder endlich als der Arzt, der die einmal angefangene Cur verließ und dadurch tödtete.

§. 30.

II. Wenn man nun aber auch, was man jedoch im Geiste des Römischen Rechts nicht kann, darauf sehen wollte, ob die specielle Handlung, wodurch zunächst der schädliche Effect hervorgebracht wurde, ein Thun oder ein Unterklassen, nicht also bey dem letzteren noch darauf, ob es auch an ein ursprüngliches Thun anzureihen sey; so läßt sich doch nach der Natur der Sache schlechthin nicht einsehen, weswegen ein Thun, das der obligatio zuwider ist, an sich kräftlicher seyn sollte, als ein Nichtthun,

das ebenfalls die obligatio verletzt. Donell nimmt gleich anfangs ein Beyspiel vom tutor her; nun also, ein tutor läßt Geschäfte des Pupillen zu seinem Verderben, aus Nachlässigkeit, aus Unfleiß ganz liegen; er greift sie zwar an, aber er führt sie schlecht, ebenfalls aus Unfleiß; wo ist da ein Unterschied in Hinsicht der Zurechnung? Wir wollen den Donellus, wenn auch nicht wörtlich, doch so, daß der Schärfe seiner Argumente nichts abgehen soll, selbst vernehmen; die, welche ihm nachgefolgt, können ihn als Vorredner und Repräsentanten gern anerkennen, da er hier fürwahr nicht schlecht gesprochen.

- 1) sagt er, wer etwas thun will, etwas unternimmt, bedenke sich erst. Er kann es ja lassen, wenn er Gefahr sieht, wenn er dem Dinge nicht gewachsen ist. Es steht ja bey ihm, die Handlung nicht zu thun. Thut er es dennoch und er schadet, statt zu nützen; nun so kann ihn niemand entschuldigen. Dagegen
- 2) fährt er fort, ist der, welcher nicht handeln will, wer sich eines Thuns enthält, aus zwey Ursachen zu entschuldigen.
- 1a) er wußte vielleicht gar nicht, daß er handeln müsse. Wie kann man Thätigkeit hier von ihm verlangen? er hätte in eigenen Angelegenheiten nicht eingesehen, daß es hier was zu thun gebe, dieselbe Erkenntniß fehlt ihm bey fremden Angelegenheiten

b) Wenn er es auch wußte, so fehlte ihm der Muth dazu. Es ist eher löblich, als tadelnswerth, sich mit Dingen nicht zu befassen, denen man sich nicht gewachsen glaubt. L. 8. D. ad Leg. Aquil. — Hier folgt denn die merkwürdige, aber mit sophistischer Kunst nur so hingeworfene Einschränkung: nisi alia res te ad diligentiam obliget. — Also, wer, indem ihn sein Unvermögen bedenklich macht, sey es Schwäche, sey es Unwissenheit, was er fürchtet, vom Handeln absteht, darf nicht für schuldig gehalten werden.

So weit Donellus. Wer sieht nicht, daß der verlorne Beysatz: „nisi alia res te ad diligentiam praestandam obliget“ der Punkt ist, um den sich hier alles bewegen sollte. Wer dem andern nicht verpflichtet ist, für ihn thätig zu seyn, der kann nicht dazu gezwungen werden, und es kommt wenig darauf an, ob er moralisch gute Gründe hatte, zum Schaden des andern still zu sitzen, oder nicht. Hatte er aber einmal sich dazu hergegeben, so ist er nun auch schuldig, die That, das Geschäft und was damit zusammenhänget, auszuführen. Dies muß aber immer der Fall seyn, wenn im Recht davon die Frage ist, ob einer den Schaden zu ersetzen habe, der durch sein Nichthandeln entstanden ist. Bey der Lex Aquilia, wie wir gesehen haben, wird es dem Thun völlig gleichgestellt, wenn einer zu handeln anfing und nun die Hände niederlegte, als ohne Fortsetzung sein Handeln noch verderblich werden

mußte ob, er dies letztere aus Bosheit, aus Unverstand, aus unzeitiger Schüchternheit gethan, darauf kommt nichts an. Bey obligationes werden nur solche positive und negative Handlungen von jemanden verlangt, welche die gerade in Frage stehende obligatio zum Gegenstande hat: wer sich dieser unterwarf, kann unmbglich im Allgemeinen mit der Entschuldigung zugelassen werden, entweder, daß er nicht wußte, was die obligatio mit sich bringe, oder daß er gefürchtet habe, zu thun, was er zu thun durch Wort oder Handlung sich anheißlich gemacht. War er nicht fähig, so mußte er sich nicht unterziehen; wußte er nicht, was die Sache mit sich führe, so mußte er die Hand davon lassen: dies gilt für alle persönliche Rechtsverhältnisse. Warum aber die Lex Aquilia immer ein eigentliches Thun voraussetze, und auf Nichtthun nur in so fern Rücksicht nehme, als man es gewissermaßen als Theil und Folge eines vorübergehenden Thuns betrachten könne, und ob jegliches Thun dazu hinreiche, oder wie dieses beschaffen seyn müsse, das war freylich die eigentliche Grundwaterfuchung. Donell aber hat sie nirgends ange stellt: er wollte andern auch etwas zu thun übrig lassen.

§. 31.

Wir wollen jetzt die Sache etwas concreter stellen, und bey dem Dryspiel von tutor, da dieses Donell vor-

zöglich heraus gehoben hat a), stehen bleiben. Befehl, tutor läßt ganze Geschäftszweige liegen, welche nicht ohne Nachtheil für den Pupillen ruhen konnten, z. B. eine auf ihn vererbte Handlung: mich dünkt, dies ist eine recht grobe Schuld b), und macht ihn mehr verantwortlich, als wenn er die Handlung fortführte, im Einzelnen aber

a) Es ist aber nicht das einzige, was er hat. Ein paar andere von culpa in faciendo kommen nachher bey Gelegenheit des depositi vor: der Depositär läßt die deponirte Sache dem deponens zurückbringen, nimmt sich aber mit der Wahl des Boten nicht in Acht, und dieser verliert sie. Zugleich vertraut er demselben von seinen eigenen Sachen an, mit denen es ebenso geht. Dieser letztere Umstand, meint er, sey nur bey dem depositum von Erbedlichkeit, dagegen z. B. bey der societas nicht, da es culpa in faciendo sey. Mich dünkt, es kommt alles darauf an, ob er verpflichtet war, die Sache in die Hände des Andern zurückzuliefern; denn war er es nicht, so ist er mehr als negotiorum gestor zu betrachten, und muß also, da er sich gedrängt, diligentiam omnem prästiren; war er es aber, so ist, wenn nur die diligentia in suis consueta erst ausgemacht ist, das depositum von der societas hier nicht unterschieden, denn eine be-

sondere Bestiffenheit ist das offenbar; s. unt. im Text. Daraus aber, daß er dies eine Mal in seinen eigenen Geschäften es eben so machte, erhellt noch gerade nicht nothwendig, hanc ei negligentiam in suis rebus consuetam esse. Sodann spricht er noch von der Veräußerung einer deponirten Sache aus verschuldeter Unwissenheit. Denke ich mir diesen Fall bey einer gemeinschaftlichen Erbschaft, so kann die Schuld darin liegen, daß der eine Erbe, der allein angetreten und die Administration angefangen, die Erbschaftsachen nicht mit gehörigem Fleiß von den sehnigen geschieden gehalten. Hier ist wirklich eine wahre omissio diligentiae s. l. vorhanden, und läßt sich wirklich ausmitteln, daß ihm Aehnliches in eigenen Sachen nicht ungewöhnlich, so kommt er mit der Entschuldigung aus, daß er nur diligentiam quam suis etc. zu prästiren habe.

a) So nennt es L. 2. C. de tutor vel curator non gesserit,

Keine Befehle beging. Man wird sagen: hanc, sey aber auch eine culpa lata, diese eine levis. So stelle man erst die Fälle gleich: der Vormund übernahm ein Geschäft, das zur Handlung gehörte, was sich allenfalls ohne plumpe Sorglosigkeit übersehen ließ, oder er wagte sich aus Schüchternheit nicht daran, oder er ließ es aus Nachlässigkeit liegen; auf der andern Seite, er führte das Geschäft, aber er führte es nicht mit allem erforderlichen Fleiß: ich bin hier immer noch geneigter, von diesen Fällen, die beyde nach der Voraussetzung zur culpa levis gehören sollen, den ersteren für schlimmer zu halten, weil im Ganzen leichter ein Befehl im Einzelnen vorkommen kann, als daß ein ganzes Geschäft ausgelassen werde. Es kommt hier ja doch immer darauf an, ob in dem einen oder dem andern Fall zu dem Gegentheil dessen, was wirklich geschehen, mehr Fleiß und Sorgfalt gehört, dies entscheidet, nicht also, ob der Fall zum facere oder non facere gehöre. Wer ist mehr schuldig, der, welcher eine Hufe des Pupillen ganz unbewirtschaftet läßt, oder der, welcher nicht den Vortheil davon zieht, den er davon ziehen kann, wenn alles mit rechten Dingen zugeht; der, welcher auf einer solchen Hufe eine Koppel über die Zeit brach liegen läßt, oder der, welcher eine schlechtere Kornart darcin säet, als die Koppel in ordentlicher Wirthschaft zu tragen im Stande war? In keinem dieser Fälle kann doch entschuldigen: ich wagte mich nicht daran, da ich die Sache nicht verstehe;

getraute er sich nicht, so lag ihm ob, für Sachverständige zu sorgen, sich mit ihnen zu berathen, oder sie handeln zu lassen: dies war eben so sehr seine Pflicht, als es seine Pflicht war, sich der Vormundschaft überall zu unterziehen, zu der er mit Recht berufen war. Der Vorwand, daß er nicht gesehen, was zu thun sey, da er dergleichen auch wohl in eignen Angelegenheiten zu übersehen pflege, muß daher, wenn er überall zulässig ist, so gut bey einzelnen vernachlässigten Theilen eines übernommenen Geschäfts, als bey einem Ganzen nicht übernommenen Geschäft Statt finden, z. B. einer übersah bey einem Kaufe eine Bedingung, die er hätte machen müssen, er kaufte etwas nicht mit, was die Sache noch viel brauchbarer würde gemacht haben, und wo ist hier das Ende, und wo der Anfang?

§. 32.

Es gibt hier in der That nur eine Ausnahme, nämlich die, wenn man die ganze Behauptung auf das Unternehmen ganz neuer, den Angelegenheiten dessen, für den man handelt, bisher ganz fremder Geschäfte beschränken wollte; aber das hieße dann auch, den Ausdruck culpa in faciendo in einem ganz neuen, dem Sprachgebrauch wenig gemäßen Sinne nehmen und die Aquilische culpa würde dann bey weitem nicht hieher gehören; denn wer eine geklebene Sache gebracht, wozu sie ihm geliehen wurde, und

culpa in faciendo und non faciendo. 153

sie bey dem Gebrauch verlegt a), steht gegen das Aquilische Gesetz, unternimmt aber sicher nichts Unerwartetes oder Neues. In dem Hauptbeispiel, was Donell anführt, scheint er es wirklich auf diese Ausbülfe abgesehen zu haben. „Si tutor, heißt es dort, in rebus pupillaribus nova quaedam instituat, sedulo quidem, et rei agendae causa, sed parum prudenter, ut quibus noceat potius rebus pupillaribus, cum tamen eadem in suis rebus faceret.“ Aber seine Beispiele von der entgegengesetzten culpa in non faciendo zeigen schon, daß dies nicht fester Gedanke bey ihm war: „si aquaeductus corrumpi patiatur, si servitutem non usu interire, si aedificia non praestet sarta tecta, animalia non curet, ut oportet. Posterius quia in omittendo et negligendo est, dicitur usitate desidia et negligentia b); “ Angenommen aber, der tutor unternahm Neues, z. B. eine Handlung mit dem Vermögen des Pupillen, da er doch keine vorfand, so hat er freilich ein besonderes Motiv, recht

a) Qui in eam rem usus est, in quam et conservacionem rei in quam accepit, et eam in ulla parte culpa sua fecit deteriorem, wie es nach L. 10. D. de damn. hic heißen könnte.

a) Die in der Folge bey Donell l. c. vorkommenden Neußerungen: culpa in faciendo sey vorhanden, „ubi quid facias quo damnus des, c. in non faciendo, „ubi omissis necessariis ad au-

mediam et conservacionem rei res aut pereat aut deterior fiat, und Jobann: der Unterschied besteht, ut tenetur tutor damnat, si quid fecerit, quo noceret, non etiam si quid negligentia et aegordia sua perire aut corrumpi passus sit, nähern sich gewissermaßen schon mehr der richtigern Ansicht.

sorgsam zu seyn, und allen Fleiß aufzubieten, daß es damit gelinge; aber er würde demjenigen tutor zu vergleichen seyn, der mit Verdrängung seiner Mitvormünder die Administration allein übernahm, und der bekanntlich diligentiam zu prästiren hat, oder dem negotiorum gestor, der Geschäfte anhub, mit welchen sich der Prinzipal nie zu befassen pflegte, und der daher sogar den casus zu prästiren hat; nicht in dem facere, sondern in der Neuheit der Sache, und der daraus zu schließenden Zudringlichkeit der Person liegt dies, und ob die eine oder die andere Analogie eintreten soll, richtet sich darnach, ob die Unternehmung legitimo modo geschah oder nicht. Dasselbe kann mutatis mutandis vom socius gelten: lag es in seiner Verpflichtung, die er als socius auf sich lud, ein noch bisher nicht getriebenes, aber zur Societät gehöriges Geschäft, nun, da es Zeit ist, zu übernehmen, und er verabsäumte den Zeitpunkt, so ist er nicht mehr und nicht weniger verantwortlich, als wenn er es mit einem noch so oft vorgefallenen Negoz so machte: war es dagegen nicht seine Pflicht, sondern unterfing er sich etwas, was ihm nicht oblag, so muß er auch den Schaden tragen, den seine Unmöglichkeit hervorgebracht. Endlich verstehe ich nicht recht, was der Satz: cum tamen eadom in suis rebus faceret sagen soll. Soll dies, wie es scheint, so viel heißen, als: wenn er ein eben so verkehrter Projectanacher in seinen eignen Dingen ist, so hat Donell darin ganz

Recht, daß ihn dies unmöglich entschuldigen kann, aber warum nicht? nicht aus dem falschen Grunde, weil er durch Thun schadete, sondern deswegen, weil er ja gerade durch die früheren Erfahrungen in eignen Sachen hätte klug werden müssen, sobald er nur nicht gegen alle Erfahrung sich verstockte, oder auf allen Fall, weil Projectmattery immer Leichtsinns und Frivolität voraussetzt, also an sich culpa lata ist. Von einer angewandten diligentia quam suis rebus etc. kann nur in so fern die Rede seyn, als die Unternehmung gut ersehen und angelegt war, aber durch ein leichteres Versehen mißlang, das ihm aber in eignen Angelegenheiten öfteren zu entschlüpfen pflegt: war nun dieses Unternehmen nicht ungewöhnlich, und ging es nicht über das, was ihm oblag, hinaus, z. B. ein paar Kaufleute verbanden sich zu gemeinschaftlichen Speculationen, und der eine, dem darin freye Hand gelassen war, unternimmt eine Neus, die an sich wohl berechnet war, und auch in dem Gehalt ihrer gewöhnlichen Unternehmungen hinfingeht, sie mißlingt aber, weil gerade eine Unbesonnenheit sie in den Weg trat, die jenem auch in seinen Privatangelegenheiten gewöhnlich ist, und ihn auch hier überkam, so trage ich auch gar kein Bedenken zu behaupten, daß er sich auf diesen Umstand zu seiner Entschuldigung berufen könne. Doch über den echten Begriff der diligentia quam suis etc. noch unten. Also die Natur der Sache ist dawider, daß die culpa in faciendo als solche eine an

ger Schuld sey, als die culpa non faciendo. Wäre auch des Donellus Raisonement richtig, so würde folgen, daß bey heinem Contracte je mehr, als diligentia quam suis est, zu prästiren sey, denn mehr als Schuld kann doch nicht prästirt werden, es ist aber unschuldig, unthätig zu bleiben in fremden Angelegenheiten, nisi aliter res te ad faciendam obliget. a) Schuld . . .

§. 55.

III. Die Terminologie ist so gar natürlich zu erklären. Das Wort diligentia in dem Phrasen diligentia diligens, und diligentia quam suis est, also im weitern Sinn, soll hier bloß auf culpa in non faciendo; nicht auf culpa levis in faciendo, gehen; woher dies? Frey ist es doch, was nicht mehr vermisst wird, wenn ich aus Trägheit und Sorglosigkeit ein Ding gar nicht anfaße, als wenn ich es zwar aufnehme, aber wieder fallen lasse; Unfleiß ist so gut meine Schuld, wenn ich ein Geschäft, das vorgenommen werden sollte, nachlässig ausführe, als wenn ich es aus Unbedachtsamkeit ganz ruhen lasse. Man sage nicht: ich habe ja doch schon Fleiß bewiesen, indem

a) In der That, um nicht ungerecht zu seyn gegen die Theorie der drey Grade, nicht bloß diese, sondern auch die entgegengesetzte, welche zwey Grade annahm, hat, so wie sie von Donell ausging, und sich bis auf den heutigen Tag erhielt, einen tohten Abriß, wel-

cher aller Anwendung und allem organischen Leben widersteht, und daher vor allen Dingen herausgeschafft werden mußte; das ist die Unterscheidung zwischen culpa in faciendo und non faciendo, so wie sie bisher verstanden worden.

ich es angegriffen, denn immer besteht ja doch der Fehler darin, daß ich nachher die anfängliche Betriebsamkeit nicht beherrscht; es ist also doch immer Fleiß, diligentia, was hätte prästirt werden sollen, und nicht prästirt wurde. Das Unnatürliche in der Bedeutung der Worte ist in dieser Materie aber immer ein wichtiger Einwand. Ganz anders verhält sich die Sache, wie wir sehen werden, wenn bloß zwischen aquilischer und außeraquilischer culpa unterschieden wird.

S. 34.

IV. Die Gesetze, (wie sich erwarten läßt, da sie hier eben aus der Natur der Sache schöpfen) enthalten nichts, was den Unterschied in diesem Sinne unterstützen könnte. Die einzige Stelle, wo die Ausdrücke selbst vorkommen, ist

L. 91. pr. D. de V. O. Paulus lib. 17. ad Plautium.

Si servum stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerandum est a), utrum, quemadmodum in vindicatione hominis? si neglectus a possessore fuerit, culpaе huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit? an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est,

a) Flor. considerantibant.

quã qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.

Allein es ist augenscheinlich, daß die Eintheilung sich hier nicht auf die Lehre von der culpa im Allgemeinen, sondern lediglich auf die strenge obligatio einer Stipulation bezieht. Hier sollte nur alles ausgeschlossen werden, was nicht zum dare gehört, also jedes non facere; dagegen wird jede positive Handlung, welche dem dare widerstand, als der strengen Wortverbindlichkeit entgegen stehende, also hieher gehörige Schuld mit aufgenommen, natürlich auch, wenn es gleich die Aquilia nicht aufnahm, z. B. die in §. 1. vorkommende Veräußerung der versprochenen Sache. Davon kann denn aber nicht eine die ganze Theorie beherrschende Eintheilung hergeleitet werden.

Mehr Schein hat schon, obgleich die Ausdrücke selbst fehlen,

L. 1. pr. D. de tutelae et rationibus distrahendis — actione. Ulpianus lib. 56. ad Edictum.

In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam.

Hier, meint man, müßte das quantam in rebus suis diligentiam blos auf quae non fecit bezogen werden, allein dies sezet schon voraus, daß diese die ganze diligentia ausfülle, und das ist es eben, was geläugnet

wird: es kann sich ohne Frage auch auf den ganzen Vorder-
satz und auf den Theil der culpa in faciendo be-
ziehen, der noch etwa zur diligentia gehört. Der vorder-
ste Satz sagt nichts weiter, als: in dies iudicium gehört
alles, was der tutor thut, indem er es nicht sollte, und
was er nicht that, indem er es sollte, läßt es aber un-
bestimmt, was er nach der Natur seiner obligatio thun
soll, und was er nicht thun soll. Diese Bestimmung
fügt der Nachsatz hinzu: er muß nämlich, wenn er nicht
verantwortlich seyn will, sich nicht blos feigen dolus zu
Schulden kommen lassen, sondern auch keine culpa, und
was die diligentia insbesondre betrifft, so ist er so weit
dazu verpflichtet, als sie in seinen eigenen Angelegenheiten
vorzukommen pflegt. Was denn nun aber diligentia heiße,
und wie viel sie umfasse, darüber ist gerade noch die
Frage.

Am merkwürdigsten, und oft angeführt, aber eben so
oft mißverstanden ist

L. 15. §. 2. D. de usufructu. Ulpianus, lib. 18. ad
Sabinum.

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege
Aquiliana tenetur, et interdicto quod vi aut clam,
et Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri
his actionibus, nec non furti, certum est, sicut
quemlibet alium, qui in aliena re tale quid com-
miserit. Denique consultus, quo bonum fait,

actionem polliceri. Praetorem cum competat legis Aquiliae actio? respondit: quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur, nam, qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem et in usuuario dicenda sunt.

Hier sey doch, meint man, offenbar allenthalben auf das non der Nachdruck zu legen, und man könnte unbedenklich für die angeführten Beispiele ein allgemeines non facere substituiren, und dieses mache die ganze Lücke aus, welche die cautio usufructuaria ausfüllen sollte. Wäre das, so wäre denn auch freilich nach dieser Stelle zu behaupten, daß die Aquilia auf jedes Handeln ginge, was kein non facere sey; allein man bedenke doch nur, zuerst, daß im usufructus in der That die meisten Vergehungen, die nicht zum non facere gehören, in Verletzung der Substanz bestehen; z. B. Wäume werden umgehauen oder ausgerissen, Steinbrüche, Thongruben werden zu stark benützt, der Boden wird durch verkehrte Wirthschaft erschöpft u. s. w. a) und sodann, daß hier nur

a) *Balduinus Catechesis iur.* scheint auch dies: in aliena re civil. (Iurisprud. Rom. et Att.) pag. 757. gibt bey dieser Gesetzesstelle zu verstehen: notandum hic est verbum *committendi*, quod certe faciendi est. In der That

scheint auch dies: in aliena re quid committere, charakteristisch, jedoch besteht es sich hier auch auf die actio furti, deren gewöhnliche Fälle doch nicht unter die Lex Aquilia gehören. Wie er

Beispiele, so wie sie vor der Hand lagen, aufgegriffen sind: es war nun darum zu thun, zu zeigen, daß das iudicium arbitrarium nicht überflüssig sey, dazu reichte die Exempel hin. Es gibt allerdings hier Fälle, in denen ein facere die Substanz nicht verletzt, aber die sind denn auch so geartet, daß es recht in die Augen fällt, theils daß sie nicht zur Aquilia gehören, theils daß das Thun in Verpflichtungsverhältnissen an sich nicht böswertiger ist, als das Nichtthun. Wir wollen nur ein Beispiel hervorheben, zu welchem das: qui vites non subserit, leicht hinführt. Jemand hat den Nießbrauch eines weinlustigen Obstgartens, der nichts wie gute Obstsorten enthält: einige Bäume, die vortrefliches Obst tragen, gehen aus; da er sich nicht sehr viel darum bekümmert, und sie abgelegen standen, wird es es nicht gewahrt, und pflanzt sie gar nicht nach, dies ist culpa levis in non faciendo; oder umgekehrt, er wird es gewahrt, verschreibt auch wieder dieselben Sorten, wärdet sich aber aus Versehen an keinen zuverlässigen Obsthändler, so daß ihm in dieser Hinsicht eine culpa levis

man aber diese Stelle anführen, und gleich darauf behaupten konnte, wenn eine besondere Verpflichtung zum Thun vorhanden sey, so müsse auch das non facere hier präsumirt werden, und dafür die Fälle im Titel: de Lege Aquilia, wo von einer verlassenen Eut, einem unbewahrten Feuer u. s. w. die Res

de ist, anführen konnte, ist fast unbegreiflich, und sieht man daraus, daß er den Charakter der L. Aquilia nicht im mindesten eingesehen. In seiner Abhandlung de Lege Aquilia pag. 242 in f. und in Jurisprud. Muciana p. 548 m. (ibid.) findet sich derselbe Irrthum recht deutlich wiederholt.

nachgewiesen werden kann; nun bekommt er schlechte Bäume, und pflanzt sie an die Stelle der guten: beides gehört ohne Zweifel zur cautio, viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum, doch wer wird in dem letzten Fall auf die Aquilische Klage denken, und wer wird glauben, daß das mit einem Versehen verknüpfte Nachpflanzen in sich schlimmer und eher imputabile sey, als der aus Mangel an Aufsicht ganz vernachlässigte Ersatz? Wenn das übrige gleich ist, dünkt mich, wird man immer geneigter seyn, dem mehr Schuld zu geben, der sich gar nicht darum bekümmerte, als dem, der doch eben guten Willen hatte, und sich nur im Ankauf versah.

Daß sich in den Gesetzen kein positiver directer Beweis findet, daß die Donell'sche Idee irrig sey, ist sehr natürlich, da man eine Idee, auf die noch niemand gefallen, nicht wird widerlegen wollen; aber ein indirecter Beweis ist in folgender Stelle enthalten:

L. 11. 6. mandati. Impp. Dioclet. et Maxim.
AA. Caio.

Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, *tam dolum quam culpam*, sumptuum ratione bona fide habita, praestare necesse est.

Hier war es vorzüglich Absicht, das non facere dem facere ganz gleich zu stellen, und dabey kommt der unbestimmte Ausdruck tam dolum quam culpam vor; wäre es nun nicht unerklärlich, daß man sich desselben bedient hätte, wenn es Contracte gäbe, die dieses non facere vom facere in Hinsicht der praestatio culpae unterschieden, und die culpa selbst dabey mehr beschränkten. Bey Fällen des facere und des non facere, der Aquilischen und außeraquilischen culpa kommt freylich, wie wir sehen werden, dieser unbestimmte Ausdruck vor, ohne Rücksicht, ob der Contract diligentia diligentis oder nur diligentia quam quis suis etc. zuläßt, allein davon, daß er da gebraucht wurde, wo facere und non facere eben verglichen werden sollten, und unter jenem die aquilische culpa mitbegriffen ist, oder es allein ausmacht, davon gibt es kein Beyspiel und kann es keins geben. Allein die L. 11. spricht lediglich von Fällen einer bloßen gestia, welche mit der Aquilia nichts zu thun haben, und da ist denn freylich das gerere und non gerere nicht bloß bey dem Mandat, sondern überall, auch in Hinsicht des Umfangs der culpa vollkommen gleich.

Allen diesen Schwierigkeiten und Einwendungen beugt man aus, sobald man, statt zwischen culpa in faciendo und non faciendo in dem gegebenen Sinn und zu dem angenommenen Zweck zu unterscheiden, bloß diejenige culpa, welche der Lex Aquilia unterworfen ist, von sol-

her unterscheidet, die ihr nicht unterworfen ist. Dies nun vollends zu entwickeln und ins Licht zu stellen sey der Vorwurf der folgenden Untersuchung.

Fünftes Capitel.

Von dem Unterschied der aquillischen und der auf einer vorübergehenden obligatio beruhenden culpa; von der culpa in concreto und dem wahren Verhältniß der diligentia diligentis patrisfamilias und der diligentia quam quis suis rebus adhibere solet, zum dolus, zur culpa lata und zur culpa außerhalb des dolus überhaupt.

§. 35.

Eine jede obligatio hat eine Leistung zum Gegenstande, und gerade darin, daß dies oder jenes geleistet werden muß, besteht ihr ganzer Inhalt. „Obligationum substantia, sagt Paulus in L. 3. de. V. O., non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.“ Alles was die obligatio zunächst fordert, ist daher positiv, mithin dessen Gegenteil negativ: alles verpflichtungsmaßige Handeln besteht in einem Leisten, also in einem Thun, alles, was als verpflichtungswidrig, als der obli-

gatio wegen, unrechtmäßig zugerechnet werden kann, besteht in einem Nichtleisten, also in einem Unterlassen. Wenn es allerdings auch positive Handlungen gibt, welche der obligatio entgegen sind, so ist es doch immer eine negative, die in der Mitte liegt, und um derentwillen das Thun sich mit dem persönlichen Verhältniß nicht verträgt. Dahin gehört vor allem auch das Beschädigen oder gar Zerstören einer dem andern schuldigen Sache. Gehört diese Sache dem andern eigenthümlich, und nimmt man auf die Lex Aquilia Rücksicht, so ist die Beschädigung unmittelsbar und an sich als Beschädigung rechtswidrig, und es hat dies so wenig mit der Verletzung einer obligatio zu thun, daß es vielmehr als Delict erst eine hervorbringt; sieht man dagegen auf die obligatio, weshalb man die Sache schuldig war, so ist die Beschädigung deshalb rechtswidrig, weil sie vermöge derselben prästirt werden sollte, und es sich von selbst versteht, daß der, welcher alles Mögliche thun muß, was zur Leistung erforderlich ist, nicht etwas thun dürfe, was ihm die Leistung ganz oder zum Theil unmöglich macht. Erinnern wir uns nur an den oben a) angegebenen Inhalt der L. 91. pr. de V. O.: ein non facere war in dem dortigen Falle kein Unrecht, da es nicht zur versprochenen Leistung, die einzig auf ein dare ging, erforderlich war, aber doch allerdings

a) §. 34. inif.

ein *facere ne dari possit*, da natürlich der, der alles thun soll, was zum Geben gehört, um so weniger etwas thun darf, was ihn daran hindert. Die *Lex Aquilia* hat es zu allernächst mit dem *damnum dare*, die *obligatio* in Hinsicht der schuldigen Sache zunächst mit dem *restituere s. l. zu thun*, daher denn auch sowohl im §. 1. I. *quibus modis re*, als in L. 1. §. 3. 4. D. de O. et A. an dieses die Frage von dem *casus* und der *culpa* geknüpft wird: war er schuld, daß er nicht restituiren konnte, so muß er ersetzen; hat ihn ein Zufall die Restitution unndöglich gemacht, so ist er frey. So mit aller Prästation und aller *culpa* bey *obligationes*. War *dolus* oder *imputable* Nachlässigkeit die Ursache, daß er nicht leistete, was er sollte, oder nicht so leistete, wie er sollte, so muß er dafür haften, es mag nun eine Thätigkeit damit verbunden gewesen seyn, oder seine Schuld mag in bloßer Unthätigkeit bestanden haben. Daher kann man mit Recht sagen, daß alle *Illegalität (culpa s. l.)* bey *obligationes* in einem Nichtthun bestehe, und daß, da die *Zurechnung (culpa s. str.)* sich darnach, wenn auch nicht im Wesen, doch in der Beziehung verändert, alles bey denselben, was nicht *dolus* ist, in einem vorzüglichen Sinn unter die *Rubrik negligentia* zu bringen sey. Bey der *Aquila* kommt freylich auch eine *negligentia* vor, aber diese ist nicht an sich und zunächst widerrechtlich, sondern sie ist es nur, weil sie ein dem Effect nach widerrechtli-

thes Thun begleitet, wo hingegen bey der obligatio das Thun nur darum verwerflich ist, weil es ein negligens, quod fieri debebat, zur Folge hatte. Bey des ersteren ist es immer Hauptsache: unterlassen was Schaden bringt, bey der letztern eben so Hauptsache: thun, wozu man verpflichtet ist. Gerade deswegen nun, weil hier beyde Gesichtspunkte oft in einem Falle, und bey einem und demselben Factum zusammentreffen, darf man sie um so weniger verwechseln, und muß man es nie aus dem Gesichte verlieren, daß die beyden iudicia, das des aquilischen Gesetzes, und das einer jedweden obligatio, wenn sie auch in einem Punkt zusammentreffen, doch im Wesentlichen von einander unabhängig sind, obgleich sie allerdings mittelbar auf einander einwirken können. Dieserhalb sollen hier beyde oft und anhaltend verglichen, aber nie vermischt werden.

S. 36.

Die Lex Aquilia kennt gar keine Grade der Imputation, sie läßt, wie wir gesehen haben, alles zu, was irgend von einem fleißigen Manne verlangt werden kann. Das ist anders bey den Contracten. Manche von diesen, wie bekannt ist, z. B. das depositum, verlangen nur, daß nicht dolo malo gegen die Verbindlichkeit gehandelt worden, also daß man weder die Leistung selbst muthwillig verweigere, noch sich mit arger Gesinnung dieselbe unmdg-

sich macht a); zu dem letzten gehört denn auch jedes, diese Unmöglichkeit bewirkende Thun oder Unterlassen, dem gro-
 bes Nichtwissen oder Nichtachten (culpa lata) zum Grund
 liegt. Trift es sich nun, daß jenes, nämlich das Thun,
 im gerode vorliegenden Falle auch zur Aquilia gehört, und
 es ist bloß aus Schwäche gehandelt worden, aus Nach-
 lässigkeit, die mit dem dolus keine Verwandtschaft hat, so
 hat dies mit der obligatio nichts zu thun, die Handlung
 ist hier in einem Betracht zwar widerrechtlich und culpa,
 nämlich indem sie das allgemeine Bürgerrecht, freies un-
 beschädigtes Eigenthum zu haben, verletzt, in einer andern
 Hinsicht aber ist sie es nicht, nämlich insofern sie die Nicht-
 leistung dessen bewirkt, worauf die obligatio geht, denn
 diese bringt auf nichts anders, als ut dolus malus ab-
 sit. Daher konnte es in L. 5, §. 2. commod. und L.
 23. d. R. I. so unbedingt und ohne Einschränkung gesagt
 werden, daß das iudicium depositi allein den dolus an-
 erkenne, mit der praestatio culpaes gar nichts zu thun
 habe b), woran dann aber gar nicht die aquilische Klage,
 im Fall sie überall Statt haben kann, ausgeschlossen wer-
 den soll. Schon daß die Nachlässigkeit hier culpa genannt
 wird, scheint zu verrathen, wie sich gleich noch deutlicher
 ergeben wird, daß der Handelnde noch in einer andern

a) L. 1. in f. L. 3. D. de-
 positi.

b) So auch beim precarium,
 L. 8. §. 3. D. de precario.

Hinsicht als schuldig angesehen wurde a); sodann aber wäre es auch unbegrifflich, wie eine Handlung, die an sich unter Personen, die an einander gar nicht gebunden, schon allein darum unerlaubt ist, weil der eine beschädigt wird, ungeachtet dieser Beschädigung ganz schuldlos werden sollte, wenn diese Personen in ein näheres Pflichtenverhältniß treten b).

a) War bloß von Unterlassung der custodia die Rede, also von etwas, was die Aquilia nicht betrafte, so wird gewöhnlich dieser Ausdruck nicht gebraucht, sondern bloß zu verstehen gegeben, nur dolus komme hier nicht in Betracht, negligentia sey schuldlos, also gar nicht culpa. L. 1. §. 5. de O. et A. §. 17. I. de oblig. q. e. d. L. 1. §. 47. D. depos. L. 10. §. 1. D. commod.

b) Daß man die Unabhängigkeit des iudicii depositi von der Aquilia und umgekehrt hat in Zweifel ziehen wollen, ist um so wunderlicher, da es nicht an andern Verhältnissen im Recht fehlt, in welchen gerade dasselbe, nach ausdrücklicher Vorschrift, Statt findet; siehe nur L. 1. §. 2. D. si is, qui testam. L. 15. pr. D. de liberali causa. L. 54. §. 2. D. de A. R. D. Statt alle die Fragmente anzuführen, worin bey bestimmten Klagen und obligationes gesagt wird, daß nur dolus zu ihrer praestatio gebdrig und

in ihrem iudicium zu verfolgen sey, hätte man sich noch eher auf L. 27. §. 29. D. ad Leg. Aquil. berufen können, aber freilich kann zwar wohl ein ausdrückliches pactum conventum so gut auf die obligatio ex delicto, mit welcher es die Lex Aquilia zu thun hat, als auf die obligatio ex contractu Einfluß haben, und die praestatio der culpa zugleich bey jedem andern, ohne daß daraus gefolgert werden könnte, die beyden obligationes hätten auch ohne dieses medium beständigen Einfluß auf einander. Vergl. L. 15. §. 6. locat. Die von Thibaut Mandatensystem §. 964. not. h. angeführten L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. dix. L. 41. §. 1. D. de re iud. L. 18. §. 3. de donat. könnten vielleicht Zweifel erregen, wenn sie nicht gerade von einem facere sprächen, welches, wie oben gezeigt worden, gar nicht unter die Lex Aquilia gehört. L. 14. §. 11. de furt. vollends redet sichtlich von einem Falle

§. 37.

Dagegen gibt es aber noch Contracte, welche auch von einer culpa außer dolus wissen, also auch eine bloße Nachlässigkeit, ein durch geringere Versehen bewirktes Nichtleisten, anerkennen. Bey diesen nun ist die Unterscheidung zwischen Aquilischer und außeraquilischer culpa von Wichtigkeit. Auf diesen Unterschied kommt es nämlich deswegen an, weil einige von diesen Contracten zum Theil die

verletzter custodia, also einer culpa in non faciendo, wenn aber *Genaler exercitat. iur. civil. ad doctrin. de culpa fasc. I. Jenae 1813. pag. 25. not. 1.* in dem eben angeführten Fragment die Worte: cum non est contra eum civilis actio, und ebenfalls in L. 14. D. de precar. die Worte: quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset, als beweisend heraushebt, so möchte dies schwerlich den Sinn haben, daß bey so verlienen Sachen niemals ein einzeln Factum vorkommen könne, welches unter eine actio civilis gehört, sondern nur so viel sagen, daß nur für das precarium als solches, und seinem ganzen Gebiet nach, keine actio civilis vorhanden war. In L. 14. §. 11. de furtis ist davon die Rede, daß der rogans wegen des Diebstahls eines Dritten nicht durch eine Civilklage in Anspruch genommen werden könne; hier gab es in der That aber auch keine solche; in

L. 14. de precar. sollte gezeigt werden, daß das Interdict nicht unnöthig gewesen: nöthig war es aber immer, wenn auch nur ein einziger Fall vorkommen konnte, in dem keine Civilklage eintrat, vergl. L. 13. §. 2. de usufr. Wollte man jene Worte so allgemein nehmen, wie der genannte Schriftsteller, so würde folgen, daß, auch wenn der precario verliene Sklave von dem Besitzer muthwillig getödtet wurde, man nur das Interdict, und weder das iudicium Legis Aquiliae, noch das iudicium Legis Corneliae de sicariis anwenden könne. Der aus L. 54. §. 2. D. de A. R. D. hergenommene Grund wird sich leicht aus dem widerlegen lassen, was in der Folge über dem wahren Sinn dieses Fragments wird gesagt werden. Was noch Emminghaus, Höpfner u. s. w. aus der Natur der Sache argumentiren, kann man sügl. mit Stillschweigen übergehen.

Entschuldigung zulassen, daß man in eigenen Angelegenheiten eben so nachlässig zu seyn pflege. Man sieht leicht, daß, sobald es Regel ist, ein Contract lasse Nachlässigkeit zu, ein besonderer positiver Grund vorhanden seyn müsse, weswegen diese oder jene Nachlässigkeit nicht dahin gehören könne. Nun dünkt mich aber, müsse es von selbst einleuchten, daß, wenn eine Handlung so geartet ist, daß sie schon an sich der allgemeinen Bürgerpflicht widerstreitet, und sie nun noch die Nichterfüllung einer obligatio bewirkt, sie aber in genere nichts enthält, was die obligatio ausschließen könnte, in specie mehr dafür, als dagegen seyn muß, daß die aus der obligatio entstehende Klage auch auf sie gerichtet werden könne. Die obligatio duldet im Ganzen keine Nachlässigkeit; ist nun aus Nachlässigkeit geschadet, ist diese Beschädigung an sich widersrechtlich, warum sollte sie nicht widerrechtlich seyn, auch in sofern sie die zur obligatio gehörige Leistung hindert? Wenn nun durch das Aquilische Gesetz die Nachlässigkeit in ihrem ganzen Umfange, der sich bis an den casus fortuitus erstreckt, verpönt ist, so folgt von selbst, daß selbst die kleinste Nachlässigkeit, welche in die Aquilia gehöret, auch in diese obligatio fallen müsse. Mich dünkt, hier ist der Schluß von dem einen aufs andere vollkommen gültig, ohne daß die beyden ganz verschieden fundirten iudicia vermischt werden. Nicht so bey dem depositum; die Verletzung einer deponirten Sache aus Nachlässigkeit

174 Fünftes Capitel. Unterschied der Aquil.

bleibt immer culpa, mit Rücksicht auf die Aquilia, aber das *indictum depositi* erkennt diese Imputationsart überhaupt nicht an, es erfordert *dolus*, diese culpa ist also nicht culpa in so fern, und weil sie die Nichtleistung hindert. Dagegen haben es jene Contracte auch mit Nachlässigkeit zu thun, und man müßte um eine Nachlässigkeit nicht contractwidrig zu finden, annehmen, daß sie contractmäßig sey; wie kann dies aber seyn, wenn sie schon ohne alle obligatio eine imputable Widerrechtlichkeit enthielte, und man noch dazu die Leistung hindert? Sie muß hier um so mehr beydes, widerrechtlich und imputable, mithin im vollsten Sinn culpa seyn. Bey der *societas*, zum Beispiel, gehört es ohne Frage zur Leistung, die der Contract mit sich führt, daß eine bloß zum Gebrauch für Societätszwecke hingeebene eigenthümliche Sache, nach aufgelöster Societät, wieder zurückgegeben werde, nun wird diese Sache durch eine leichte Nachlässigkeit zerstört, dies dürfte, abgesehen von aller Societät, schon nicht geschehen, warum sollte dies von dem auch Nachlässigkeiten in sich aufnehmenden *indictum pro socio* ausgeschlossen seyn, da es doch seinem wesentlichen Inhalt, welcher auf die volle Leistung geht, widerstreitet? Der einzig mögliche Einwand, der hier jemals Statt haben könnte, wäre der, daß man mit eigenen Sachen eben so nachlässig umzugehen pflege, aber dieser kann unter diesen Umständen niemals gehdet werden, da er sich überhaupt immer darauf stützen muß,

daß man billiger Weise von uns nicht mehr erwarten konnte, als den Fleiß, der uns gewöhnlich ist. Das kann man aber billiger und vernünftiger Weise allemal von einem jeden erwarten, daß er zum Nachtheil einer Forderung das nicht thue, was er ohnehin ohne alle Forderung nicht thun dürfte, und die Anstrengung und Sorgfalt mit Hinsicht auf eine obligatio anwendet, welche er schon jedem Mitbürger als solchem schuldig ist. Durch diese Vergleichung wird die Unabhängigkeit beider iudicia von einander gar nicht gestört, und der charakteristische Unterschied der fundamenta agendi beider Klagen nicht im geringsten verschoben; es wird nur daraus, daß schon aus dem einen Gesichtspunkt etwas culpa ist, geschlossen und mit Recht geschlossen, daß es aus dem andern nichts weniger culpa sey. Die Frage, worauf es ankommt, ist immer die: Kann hier ein Grund seyn, die Regel des Contractus so zu beschränken? und diese ist mit Nein zu beantworten. Dies wird nun noch durch eine Gesetzstelle bestätigt, welche zugleich die Zulässigkeit jenes Schusses und die Unabhängigkeit der beiden iudicia von einander zu erkennen gibt. Es ist

L. 10. pr. D. communi divid. Paulus libr. 25. ad Edictum.

Item, quatinvis Legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii

praestat, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine Legis Aquiliae actio nascitur.

Es ist bekant auf der einen Seite, daß bey der communio nur diligentia quam suis praestirt wird, auf der andern, daß die actio Legis Aquiliae als poenalis gar nicht gegen die Erben geht; dennoch soll, sobald gegen die L. Aquilia die res communis verletzt worden, ohne Einschränkung die actio communi dividendo Statt finden, und zwar, obgleich die actio Legis Aquiliae selbst nicht gegen den Erben Statt findet, auch gegen diesen. Es ist also erwiesen, daß die Aquilische culpa in einem Contractsverhältniß die sonstigen Einschränkungen desselben in Hinsicht des Umfanges der culpa nicht anerkennt, ein Beweis, der gerade bey der culpa in faciendo noch zu erwarten steht.

S. 38.

Eine ganz andere Gestalt nimmt die Sache an, wenn von solchen Versehen die Rede ist, welche nicht an sich widerrechtlich sind, sondern es erst durch die obligatio werden: hier geht das Unrechtmäßige schlechterdings nur so weit, als die obligatio geht, und alles, was darüber hinausliegt, ist rechtmäßig. Die Frage also, ob Beschädigungen, die zur Aquilia nicht gehören, die also an sich nicht widerrechtlich sind, zu imputiren, hängt lediglich von der Frage ab, wie weit man durch den Contract verpflichtet wurde, mit Aufwendung seiner Kräfte dafür zu streben,

Daß den andern kein Schaden treffe, es gibt hier keine andere Rücksicht, welche auf die Beantwortung jener Frage Einfluß haben könnte. Hat man sich also zur Aufbewahrung einer Sache (custodia s. l.) verpflichtet, und man ist dabei zum Schaden des andern nachlässig gewesen, so fragt sich immer zunächst, wie weit ging nach der Natur des Contracts die Verpflichtung zum Fleiß, ging sie auf das Äußerste, was jemals im Allgemeinen vernünftiger Weise verlangt werden kann, oder lag es im Sinne der Parteien, sich nur zu dem verbindlich zu machen, was man in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich zu leisten pflegt? Hat jemand ferner fremde Geschäfte geführt, ganz fremde oder gemeinschaftliche, er mochte nun durch einen Contract oder eine dem ähnliche Uebernahme sich dazu verbindlich gemacht haben, oder die Verpflichtung mochte erst durch die Geschäftsführung selbst entstanden seyn, und hat er dabei eine Nachlässigkeit begangen, so ist es an sich gleich, ob er in der Ausübung eines einzelnen Geschäfts nachlässig war, oder ob er aus Nachlässigkeit ein Geschäft liegen ließ, das mit der einmal übernommenen Geschäftsführung zusammenhängt, und die Untersuchung muß hier durchweg darauf gerichtet werden, wie weit hier der Fleiß geht, den die obligatio erfordert. Denn so wenig die Aquilia mit der Bewahrung einer Sache, so wenig hat sie zu thun mit irgend einer Geschäftsführung, und nur beyfällig kann sie zur Anwerdung kommen, wenn die zu bewahrende, oder

die zum Zweck der Geschäftsführung in unsern Händen sich befindende Sache von uns selbst verletzt wird. Dieser Fleiß nun, diese Thätigkeit zum Vortheil eines andern, da auch Schaden für einen andern abwenden, Vortheil bringen heißt, und zumal bey einer Geschäftsführung nicht bloß Vermeidung eigentlicher Schadens, sondern auch Erzielung des durch pflichtmäßigen Fleiß möglichen Gewinns zur *Obligatio* gehört — kann mit Recht eine *Beflissenheit* im eigentlichen und vorzüglichen Verstande genannt werden, denn außer einer *obligatio* darf sich niemand für einen andern beflüssigen, wie oben vorgekommen und es kaum eines Beweises bedurfte; die Nothwendigkeit derselben wird erst mit der *obligatio* selbst geboren, und die allgemeine Bürgerpflicht kennt dergleichen nicht, und eben darum auch nicht die *Aquila*. Deshalb nennt denn auch dies der Römer, mit einem allgemeinen Namen, was von Fleiße mit der *Aquila* nichts zu thun hat, zusammenfassend, *diligentia*; jedoch in dieser allgemeinen Bedeutung nicht gern ohne einen näher bestimmenden Beysatz. Ohne allen Beysatz versteht er unter diesem Wort den letzten Grad solcher Beflissenheit, welcher also das Aeußerste, was man an *diligentia* von einem fleißigen Manne verlangen kann, mit andern Worten das Extrem der Imputation bey dem, was allein von einer *obligatio* abhängt, in sich schließt, gerade wie auch *culpa* im engern Sinn überhaupt *culpa levis*, und *custodia* im vorzüglichen Sinn, *dili-*

gentia omnis in custodiendo heißt. Gegen diese Befliffenheit konnte man sich demnach nicht bloß durch non facere, sondern auch durch facere vertheidigen, in so fern die dazu gehörige Thätigkeit den Vortheil oder die Schadensabwendung nicht hervorbrächte, welche die obligatio verlangte, und dieses aus Schuld des Thätigen herrührte: solches war einerley und nur bey der Aquilia kommt weder die Sache noch das Wort jemals vor.

§. 39.

Nur wenige Contracte wußten nichts von diligentia, 3. B. das depositum: hier war bloß alles darauf abgesehen, daß arge Gefinnung (dolus) verbannt werde, das iudicium sollte gar nicht auf Fleiß gehen, daher einmal die Nachlässigkeit, welche bey Verletzung anvertrauter Sachen vorkam, der Aquilia überlassen, Unterlassung einer diligentia aber als gänzlich schuldfrey betrachtet wurde. Was davon herübergezogen wurde, ward nicht als veräumte Befliffenheit, sondern deswegen herüber gezogen, weil arge Gefinnung dabey vorauszusetzen war. Die übrigen Contracte hingegen, und bei weitem die meisten, erkannten im Allgemeinen Verbindlichkeit zum Fleiße an, verwarfen im Allgemeinen Nachlässigkeit als culpa, ließen daher die Aquilische culpa immer in vollem Umfange zu, und nur in Hinsicht des besondern Fleißes, wie ihn zuerst die besondere obligatio erheischte, also der eigentlichen Befliffenheit, trennten sie sich in zwey verschiedene Classen,

von denen die eine bloß diligentiam, quam suis rebus, quis adhibere solet, die andere diligentiam schlechthin oder diligentiam diligentis patrisfamilias, oder, was wieder dasselbe sagt, diligentiam omnem erforderte. Das Gegentheil einer jeden solchen diligentia war Nachlässigkeit, und eine solche Nachlässigkeit war in der Classe, wohin sie gehörte, immer culpa. Unterlassung eines solchen besondern Fleißes war nur eine species culpae, und culpa umfaßt beydes, Aquilische und außeraquilische Schuld. Hierbey ist aber Folgendes nicht zu übersehen.

- 1) In der ersten Classe ist alles, was an Beflissenheit über die diligentia quam suis etc. hinausliegt, gar kein Gegenstand der obligatio, mithin auch nicht culpa. Denn alles hängt hier, wie gesagt, von dem Verpflichtungsverhältniß ab: alles, was nicht von diesem erfordert wird, ist nicht Pflicht, folglich das Gegentheil nicht unrechtmäßig: culpa ist aber ohne Unrechtmäßigkeit nicht denkbar. Daher denn bey den dahin gehörigen Contracten die Römer Unterlassung des in eignen Sachen nicht gewöhnlichen Fleißes nicht leicht culpa nennen, sondern es oft deutlich genug zu verstehen geben, daß sie dieselbe als schuldlos betrachten. Nur ganz uneigentlich kann dies Wort hier so gebraucht werden, etwa wie man auch von culpa und imputatio bey selbstzugefügtem Schaden spricht, welches denn nichts weiter heißt, als die Ursache des Schadens ist

in ihm selbst zu suchen, er hat sich den schädlichen Erfolg selbst zuzuschreiben. Damit eine Handlung widerrechtlich sey, ist ja nicht bloß erforderlich, daß sie in irgend einer Beziehung zugeworfen sey, sondern daß sie es in der Beziehung sey, von welcher gerade die Rede ist. Aequilische culpa ist allemal und unverändert culpa, nur die dort vorkommende imputatio ist eine absolute; ob eine besondere Klage sonst noch auf sie mit gerichtet sey, kann ihre selbstständige Natur nicht ändern: alle imputatio, welche die Befliffenheit und ihr Gegentheil angeht, nimmt dagegen immer einen relativen Charakter an, und es ist nur das culpa, nur das imputable, was bey dem vorliegenden negotium zu imputiren ist, gleichviel, ob es bey einem andern negotium zugerechnet werden könnte oder nicht. Die societas imputirt nur Unterlassung der Befliffenheit, die man in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; hat der socius diese angewandt, und es war ihm nichts vorzuwerfen, als daß er nur nicht so fleißig gewesen, wie ein diligens paterfamilias gemeinhin zu seyn pflegt, so ist er ohne Schuld, obgleich dieser Vorwurf bey vielen Contracten, z. B. bey dem Commodat völlig hinreichen würde, um dieselbe Person als schuldig darzustellen. Daraus folgt denn ferner:

2) die Begriffe culpa und negligentia, so verwandt sie in genere sind, können doch in specie sehr verschieden seyn, und coincidiren ihrem Umfange nach keinesweges. Die negligentia nämlich schließt nur absolute Nichtimputabilität (man verzeihe das Wort, bis man ein besseres gefunden) aus; sie gränzt immer unmittelbar an den casus an; an das, was nun und nimmermehr zu imputiren ist; die culpa dagegen schließt auch relative Nichtimputabilität aus; nur da, wo alles bis an den casus zugerechnet wird, stößt sie unmittelbar an diesen, also bey der Aquilia und bey den Contracten, welche diligentia im vollsten Sinn erfordern. Wo aber nicht alle Besonnenheit erheischt wird, da geht die culpa auch nur so weit wie diese; sie läßt also noch eine Lücke zwischen sich und dem casus, welche die nichtimputable Nachlässigkeit ausfüllt.

3) Bey den Contracten der ersten Classe ist es nicht nöthig, um die diligentia quam suis etc. ihnen zu unterwerfen, daß man an den dolosen Charakter des Gegentheils erinnere, wie es z. B. beym depositum nöthig war; denn wenn ein Contract einmal negligentia, selbst außer dolus zuläßt, so versteht es sich von selbst, daß in Beziehung auf Besonnenheit nicht weniger als diejenige Nachlässigkeit prästirt wer-

den kann, welche nicht einmal in eigenen Sachen uns zur Gewohnheit geworden a).

§. 40.

Ehe wir die hieher gehörigen Gesefsstellen betrachten, und darnach auch die bisher aufgestellten Behauptungen einer besondern Prüfung unterwerfen, ist es noch voraus nöthig, den Begriff und das Wesen der hier so sehr wichtigen *diligentia quam suis etc.* vollends zu entwickeln, welches allerdings mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden ist, da es bey diesen allgemeinen Erörterungen nicht leicht ist, die an sich ganz verschiedenen Gesichtspunkte immer aus einander zu halten. Sie oder vielmehr ihr Correlat ist schon oben unter dem Namen *culpa in concreto b)* (*negligentia in suis rebus non consueta*) vorge-

a) S. unten §. 53.

b) Es ist, seitdem ich dieses geschrieben habe, ein neuer Hildersager der *culpa in concreto* mir bekannt geworden: *Gensler exercit. iur. civil. ad doctrin. de culpa. Ienae 1813. pag. 94. etc.* Der Verfasser dieser academischen Gelegenheitschrift sieht die Bestimmung, daß, in gewissen Fällen jemand nicht verantwortlich seyn solle, wenn ein von ihm begangenes leichtes Versehen in seinen eigenen Angelegenheiten auch wohl vorzukommen pflege, als ein *privilegium favorabile* an, und meint, es sey ja gefährlich, z. B. den

negligens socius zu begünstigen, denn nun würde ja ein jeder sich bestreihen, in seinen eigenen Sachen den Tragen und Ueberreilten zu machen oder sich doch vor zu großer Besonnenheit in Acht nehmen, um nicht durch seinen eigenen Fleiß bey fremden Sachen in solche Calamitäten zu kommen; das wäre ja eine wahre Lockspeise der Faulheit: „*privilegium istud favorabile commutaretur in odiosum ac fere intolerabile. Sano quilibet civis caveret, ne diligentissimus paterfamilias haberetur. Hoc enim ipso suam conditionem præ ceteris civibus du-*

Kommen, und es ist im Allgemeinen bemerkt worden, der Grund, weswegen sie als große Schuld und *fraus* s. l. angesehen werde, sey der, weil darin eine Geringschätzung fremder Sachen im Verhältniß zu eigenen liege. Auch ergibt sich schon aus dem Obigen, daß sie keinesweges als *dolus* s. *str.* oder *dolus praesumptus* anzusehen, da der Fall, wo einer mit dem Bewußtseyn, es müsse Schaden daraus erfolgen, die fremde Angelegenheit den eigenen nachstellte, nicht hieher gehört. Was aber jene Geringschätzung betrifft, so kann man hier wohl mit Recht weiter nach dem Grunde des Grundes fragen, und da muß man gewißerst nicht außer Acht lassen, daß es zur *culpa in concreto* noch keinesweges hinreicht, wenn man ein oder das andere Mal in eigenen Angelegenheiten, sey es auch in einem sehr ähnlichen Falle, fleißiger gewesen, als man es nun gerade zuletzt für das fremde Interesse gewesen. Was man einmal gewesen, pflegt man noch nicht zu seyn; dies Wort, und das gleichbedeutende *solet* zeigt das Gewöhnliche, Vorherrschende an: nur also wo ein Fehler begangen worden, den man fast durchaus im Seinigen ver-

riorem efficeret et profecto civibus dissolutis similis videri mallet etc.“ Diese leider von den Römern außer Acht gelassne Idee verdient wohl von künftigen Gesetz-Commissionen berücksichtigt zu werden: und wie wäre es, wenn man die Sache umkehrte, und z.

B. dem Vormunde, der in seinen Dingen recht vorzüglich fleißig wäre, das Privilegium gäbe, eine kleine Nachlässigkeit in Pupillensachen solle ihm schon nachgesehen werden; wer wüßte, ob eine solche Vorschrift nicht manchen Trägern fleißig machen würde?!

müßet) hat man die Verbindlichkeit zur diligentia quam suis etc. verletzt. So wenig nach dem, was oben ausgeführt worden, da, wo omnis culpa präsumt wird, Ausnahmen vom Unfleiß; die bey dem diligens paterfamilias, solcher in abstracto betrachtet, wohl einmahl vorkommen, den obligatus in fremden entschuldigen können, so wenig könnten den im Ganzen Nachlässigen, da wo nur culpa in concreto gefordert wird, Ausnahmen vom höchsten Fleiß zum Schuldner machen, aber wiederum kann es auch diesen nicht entschuldigen, wenn er in einem seltenen Ausnahmefall von seiner gewohnten Weise früher eben so in eurer eigenen Angelegenheit, wie nun in der fremden abwich. Selbst wenn zu gleicher Zeit in fremder oder in eigener Sache aber aus nah und weise gefehlet wurde, ist noch keine negligentia suis rebus cotraheata vorhanden a). Auf der andern Seite ist

a) Vorzüglich ist dies klar, wenn die beiden Handlungen bald auf einander folgten, denn wer heute einen Fehler zu bereuen hat und denselben morgen wieder begeht, ist doppelter Strafe werth. — Damit wird nicht geläugnet, daß sich manichmal die culpa in concreto durch Vergleichung weniger einzelnen Handlungen ausmitteln lasse, es kommt nur darauf an, ob sie charakteristisch sind. Wäre jenes anders, so müßte Cocceius (Abhang 2. no. II.)

Recht haben, wenn er bey der societas die culpa in concreto anders betrachtet wissen will, als bey dem depositum etc.; denn dort führt man ja pro parte immer sein eigenes Geschäft. Aber auch umgekehrt ist es viel zu beschränkt, wenn Bachov ad Treutler. disput. 10. thes. 5. lit. D. in R. nur dann die culpa in concreto vollaus gelten lassen will, wenn einer zu gleicher Zeit sein eigenes Interesse wahrnimmt, und das fremde vernachlässigt; nur

es aber auch wieder nicht nothwendig, daß jemals derselbe Fall a) in eignen Sachen vorgekommen, es ist genug, wenn in diesen ein herrschender Grad von Nachlässigkeit erwiesen werden kann, welcher im vorliegenden Fall die bewiesene Uebereilung, Unbedachtsamkeit, Trägheit erwarten läßt. Nur freilich ist es die Thätigkeit des Individuums im Ganzen am wenigsten, was hier feste Vergleichungspunkte abgeben kann, und es reicht hin, wenn nur in derselben Art der Thätigkeit sich Fleiß oder Nachlässigkeit durchweg gezeigt hat. So kann es denn geschehen, daß ein im Ganzen fleißiger Hausvater sich damit entschuldigen kann, daß er in diesem Stück nachlässig zu seyn pflege, und dagegen ein im Ganzen nachlässiger dadurch verantwortlich werde, daß er gerade in dieser Art der Thätigkeit ausnahmsweise thätig zu seyn pflege, wodurch denn die Schuld um so eher vergrößert und verkleinert wird: und gerade werden diese Fälle die häufigsten, wenn nicht die einzigen seyn, da, wie gesagt, es sonst an einem Vergleichungspunkt fehlen würde.

Hat man nun dieses festgesetzt, so kann nicht zweifelhaft bleiben, daß jene Geringschätzung aus solcher culpa wirklich hervorgehe. Denn zuerst kann man mit Recht schließen, daß wer in eignen Angelegenheiten einen gewis-

freilich ist hier die Sache in *con-*
inenti klar. S. im Text das
 Ende dieses Paragraphen.

a) In ähnlichen Fällen muß
 es freilich nicht fehlen, weil sonst
 alle Vergleichung wegfällt.

sen Grad der Anstrengung aufzubieten pflegt, um Schaden zu verhüten, die Einsicht besitzen muß, daß wenigstens dieser Grad nöthig sey, damit der Verlust nicht erfolge; man kann also auch in der Regel annehmen, daß er sich in dem Augenblick der Handlung der Gefahr bewußt war, aber nur zu wenig die bloß dem fremden Eigenthum drohende Scheute. Aber wenn auch aus den Umständen sich ergeben sollte, daß in jenem Augenblick dies Bewußtseyn nicht vorhanden war, so folgt doch schon daraus ungebührliche Gleichgültigkeit gegen fremdes Gut, daß seine Gemüthsstimmung es ihm zuließ, sich eine Erkenntniß bey fremden Sachen nicht gegenwärtig zu erhalten, die ihm sonst durchaus und wenigstens fast immer in eignen Angelegenheiten vorschwebte. Man sieht, die Ansicht war herrschend in dieser Materie: das Fremde muß immer in einigen Betracht dem Anstigen vorgehn, meistens so sehr, daß unbedingter Fleiß erforderlich ist, mag auch ein Fehler im Einzelnen a) die fleißigsten Menschen wohl in ihrer eignen Haushaltung einmal übereilen; aufs allerwenigste aber muß das geleistet werden, was einem gerade Handelnden

a) Es muß aber wirklich ein Fehler seyn, er muß sich wirklich einmal zu sehr haben gehen lassen, und darüber aus dem Gleise gewichen seyn, d. h. er muß gegen seine Weise etwas weniger Fleiß angewandt haben, als den Umständen angemessen ge-

wesen. Ein ganz andrer Fall ist, wenn er schadete, wo nach dem gewöhnlichen Maß menschlicher Kräfte gerechnet, ein andrer auch geschadet hätte, wo er sich als regelmäßig verhielt, und nur die Umstände überraschten: Hier ist er schuldlos.

geldlich, und was als herrschende Maxime in seiner eignen Wirthschaft anzusehen ist. Ganz genau gesprochen kann man also nicht einmal sagen, daß bey der culpa in concreto immer Hintenansetzung fremder Sachen Statt finde, da man streng genommen nicht sagen kann; wer einmal in einem ungewöhnlichen Falle bey einem eignen Geschäft den sonst gewöhnlichen Fleiß nicht beobachtet habe, und nur auch einmal ihn bey einem fremden Geschäft versäumt, schätze dieses geringer als jenes, aber er schätzt es doch immer im Verhältniß zu jenem zu gering, da er ihm ohne Frivolität nicht den Vorzug versagen konnte, von dem oft Geübten und Angewöhnten keine Ausnahme bey demselben zu machen. Doch wird häufig und in der Regel hier jene Herabsetzung unter eignes die wahre Ursache der Fahrlässigkeit seyn, und ist dies am sichtlichsten, wenn kurz nach einander oder gar zu gleicher Zeit unter gleichen Umständen die eigne Sache fleißiger und sorgfältiger behandelt wird, als die fremde, und nähert sich gewiß am meisten dem wahren dolus. Ueberhaupt gibt es auch bey der c. i. c. noch wieder Stufen, und die Regel muß seyn: je geringer der zur Abwendung des Schadens, der sich wirklich in fremder Sache ereignet, erforderliche Fleiß war, und je größer der dem Schadenden in Eignem gewöhnliche Fleiß war, je mehr also diese beiden Arten des Fleißes von einander abstehen, desto größer ist die Schuld, desto näher dem dolus. Doch machen diese Stufen in

der rechtlichen Wirkung keinen Unterschied, und können nur in concreto auf die Ueberzeugung des Richters Einfluß haben a). Mit zum Theil fremden, also gemeinschaftlichen Sachen übrigens verhält es sich hier offenbar eben so wie mit ganz fremden, um so mehr, da es eine bekannte Erfahrung ist, daß bey den erstern, z. B. bey einer gemeinsamen Erbschaft, Neid und kleinlicher Eigennutz gerade am meisten die Köpfe zu verwirren, und den guten Willen zu lähmen pflegt.

§. 41.

Ferner ist oben dargethan worden, daß Auszeichnung vor dem Fleiß eines fleißigen Hausvaters nie verlangt werde. Bey der culpa in concreto könnte man nun versucht werden, den Einwand zu machen, wie wenn nun der, welcher diligentiam quam suis etc. zu leisten hat, sich in eigenen Angelegenheiten vor einem diligens paterfamilias auszuzeichnen pflegt? und allerdings verdient dies berücksichtigt zu werden. Dennoch glaube ich, daß auch

a) Ohne Zweifel wird der Richter da, wo ein dolus zu erweisen ist, besonders wo ein beneficium auf Seiten des Prästauten, wie bey dem depositum, Statt findet, nicht geneigt seyn dürfen, eine culpa in concreto anzunehmen und also auch eine schon etwas

stärkere Abweichung von der gewohnten Weise zu verlangen haben, aber das läßt sich nicht auf scharfe Gränzen zurückführen, und im Generalisiren geschieht hier ohnehin leicht zu viel. Im vorliegenden Fall wird der verständige geübte Richter schon wissen, was er zu thun hat.

hier von keiner Pflicht zur Auszeichnung die Rede seyn könne. Wir sind oben die Arten durchgegangen, wie eine Auszeichnung denkbar. Nun muß man nur alle ungewöhnliche Anstrengung für seltene Fälle und was tadelnswürthige Mangellichkeit für nöthig halten könnte, vorweg nehmen, und ausschließen: so bleibt nur Auszeichnung durch Talent, durch ungewöhnliche Kraft und Fähigkeit übrig; und da behaupte ich nun, daß auch diese Auszeichnung gar nicht hieher gehöre. Früher, wie von der Vergleichung mit dem Fleiße und der Tüchtigkeit Andern die Rede war, konnten wir mit der Einrede helfen, daß man von niemanden Genie fordern könne, dem es nicht gegeben; damit können wir hier, wo jeder mit sich selbst verglichen werden soll, allerdings nicht ausreichen. Allein wir müssen nur bedenken, daß hier von Fleiß die Rede ist, und daß dieser im Willen, nicht im Talent seinen Sitz hat. Wer fleißig ist, bietet alles auf, was ihm an Kräften und Hülfsmitteln zu Gebote steht, um auf ordentlichem Wege, zu rechter Zeit, nicht übereilt, nicht mit Erschöpfung zu seinem Zwecke zu kommen. Hat er wenig Kräfte, so muß er nur Kleines unternehmen, sonst liegt gerade sein Unfleiß, seine Sorglosigkeit darin, daß er nicht gehörig erwog, was er vor sich hatte; beschränkt er sich gehörig, so wird er mit ordentlicher Anstrengung, die auch für andere Geschäfte Zeit und Kraft genug übrig läßt, seinen Zweck erreichen, wenn ihn nicht ein unabwendlicher Zufall stört; darüber liegt denn

aber nichts hinaus. Hat einer größere Kräfte, so fand er Größeres unternehmen, und er ist nur fleißig, wenn er sie braucht; auch darüber liegt nichts hinaus. Allerdings kann jemand durch ganz vorzügliche Anstrengung die angeborne Kraft erhöhen, das Talent in einem Grade ausbilden, wie es selten gefunden wird; aber wenn es nun zur gegenwärtigen Anwendung kommt, so kann doch der Fleiß nur darin bestehen, daß er die erworbenen Kräfte zu dem gegebenen Zweck nun auch fleißig gebraucht. Vergleicht man den Fleiß von zwey Leuten, und zwar von beiden in ihren eignen Angelegenheiten, mit einander, so kann die Auszeichnung immer nur in der Assiduität liegen, darin, daß der eine fortwährend und ohne zu ermatten, einen regelmäßigen, seinen Kräften angemessenen Fleiß beweiset, der andere sich eher einmal gehen läßt. Jene Beharrlichkeit nun aber ist bey fremden Geschäften immer nothwendig, sobald *diligentia diligentis patrisfamilias* gefordert wird, da alsdann auch nicht im Einzelnen gefehlet werden darf, keine Ausnahme überall geduldet werden und niemals Compensation des Fleißes mit dem Unfleiß zugelassen wird. In fremden Sachen ist nur der *diligens*, welcher *diligentissimus* ist a),

a) Donnellus meint: *diligens diligentiam, is hactenus diligens und diligentissimus sey eins, „qui non est.“* Er will sagen: der höchste Fleiß muß irgend einen *onim aliqua in re non adhibet*

b. h. nur der, welcher nicht ein einziges Mal nachlässig ist, denn bringt dieses einzige Mal seine Nachlässigkeit Schaden hervor, so muß er haften, wenn er auch die ganze übrige Zeit, während welcher die fremde Sache in andrer Hände lag, fleißig gewesen. Es ist also wohl nicht mit Recht zu bezweifeln, daß außerhalb der diligentia diligentis patrisfamilias nichts mehr imputable sey. Der Richter hat bey dieser auf zweyerley zu sehen, zunächst, ob einer gethan, was ein fleißiger Mann gemeinlich zu prästiren pflegt, dies ist in der Regel genug; findet sich aber, daß er zu der Sache, wovon die Frage ein aus-

Punkt treffen, wenn man ihn also an jemanden negirt, so muß dieser in diesem Punkt nicht fleißig, oder kein fleißiger gewesen seyn, folglich war er, indem er nicht diligentissimus war, auch zugleich nicht diligens. Dies ist in der That eine enorme Spitzfindigkeit, und keinesweges mein Gedanke, den ich im Text habe ausdrücken wollen. Man muß hier ohne Zweifel den Fleiß im Ganzen betrachten, und die Frage ist immer, ob soviel Aufmerksamkeit verlangt wird, wie man sie von einem, der im Ganzen diligens oder diligentissimus ist, erwarten kann, aber auch aus diesem Gesichtspunkt betrachtet ist hier der Superlativ nicht vom Positiv unterschieden, denn um, wie allenthalben in fremden

Sachen erfordert wird, wo diligentia diligentis etc. zur Prästation gehöret, in keinem Stücke zu fehlen und Schaden zu stiften, muß man sich hier so geriren, wie ein diligens sich in eigenen Sachen gerirt, nämlich wie ein Mann; der nie vergißt, was gerade zu thun sey, der sich immer in einer gleichförmigen und zweckmäßigen Thätigkeit und Aufmerksamkeit erhält, und sich daher nie versieht, wo sich nicht wahrscheinlich jeder andere auch versehen haben würde; kurz, der es niemals an sich fehlen läßt. So muß in fremden Sachen immer gehandelt werden, wo nicht angewohnte Nachlässigkeit entschuldigen kann, und mehr kann man niemals von keinem verlangen.

herordentliches Talent besitzt, so hat er noch ferner darauf zu sehen, wie ein fleißiger Mann mit diesem Talent begabt, sich benommen haben würde. Es kommt hier aber darauf an, worauf man billiger Weise rechnen konnte. Wer einem vorzüglichen Baumeister einen wichtigen Bau anvertraut, kann mit Recht fordern, daß er sein volles Talent anwende, alles in treflichen Stand zu setzen; thut er das nicht, so handelt er nicht wie ein homo diligens et studiosus paterfamilias, und täuscht er die Erwartung auf eine Art, die sich nachweisen läßt, so muß er den Schaden bessern: dazu bedarf es keiner Vergleichung mit seinem Benehmen in eignen Dingen. Ich erinnere nur noch an das, was oben (S. 26.) über die L. 157. §. 2. 5. D. de V. O. gesagt worden: was ein diligens paterfamilias unter den gegebenen Umständen mit Rücksicht auf die vorhandene geistige und körperliche Kraft vermöge, darauf ist Rücksicht zu nehmen. Anstrengung über die Kräfte ist niemals zu fordern, gesetzt auch, einer habe in eignen Sachen sich bisher über die Gebühr angestrengt: das wird schon aufhören und kann nie zur Gewohnheit werden. — Kurz, wer gewohnt ist, vorzüglich schön, rasch, fortdauernd zu arbeiten, muß es immer so machen, wenn er eine Arbeit übernimmt, bey der es an dem allen gelegen ist, nicht bloß weil er es in eigenen Angelegenheiten etwa auch so macht, er kann hier vielleicht gerade, wie man dies an manchen vortreflichen Künstlern erfahren, nachlässig

fig seyn, indem seine meisten Geschäfte fremde sind; sondern auch schon deswegen, weil *diligentia diligentis* von ihm gefordert wird, und es jedesmal nachlässig ist, wenn er ohne zufällige Abnahme seiner Kräfte von dieser Gewohnheit abläßt. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er eben so viel thut, als andre seines Gleichen, denn diese thun, was sie können, und sind darum fleißig, er thut aber nicht, was er kann, und ist darum unfleißig und träge zu nennen. Wäre dies nicht richtig, wie ließe es sich erklären, daß die Römer hievon ganz geschwiegen, daß sie allenthalben, wo sie die *diligentia quam suis etc.* der *diligentia diligentis etc.* gegenüber stellen, die erstere als geringer darstellen a); daß sie auch bey der Aquilia niemals von einer culpa in concreto sprechen, welche, ungeachtet die Sorgfalt und Behutsamkeit eines fleißigen Hausvaters angewandt worden, dennoch die Aquilische

a) *Brückner* de culpa quae concretionem tal. pag. 32. init. behauptet sehr dreist, bey allen Contracten, bey denen der culpa in concreto gebüßt sey, werde auch ausdrücklich gesagt, daß wenn ein Mensch in seinen Sachen ausgezeichnet fleißig (*diligentissimus*: über das Gewöhnliche hinaus) sey, man ihn auch in fremden Sachen von diesem Grade der Aufmerksamkeit nicht frey sprechen könne, gesetzt auch, die Natur des Contractus erfor-

dere ihn nicht. Diese Verwegenheit muß einen um so mehr Wunder nehmen, da seine ganze Abhandlung fast mit einiger Klarheit und Besonnenheit, und nur etwas mäßig geschrieben ist. Was jedoch die Klarheit betrifft, so möchte ich nicht viel mehr damit gesagt haben, als daß man bey ihm der Wahrheit und dem Rechtum leicht auf die Spur kommt, was uns dagegen andre, z. B. *Coccejus* schwer genug machen.

Maß begründeten könne. Nur ein einziges Mal, so viel ich mich erinnere, wird in den *Litern de Lege Aquilia* eine Vergleichung mit Sorgfalt bey eignen Sachen erwähnt, nämlich meine in

L. 59. D. ad L. Aquil, *Quintus Macius* scribit: *Aqua cum in alieno pasceretur, incogendo, quod praegnavit erat, eicit, quaerebatur, dominus eius possetne cum eo, qui coegisset, Lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset, aut potiusulto vehementius egisset, viam est agere posse. §. 1. Pomponius: quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendisset, sic illud expellere debet, quo modo si suum deprehendisset, quoniam, si quid ex ea re damnum coepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet, quam (ut supra diximus) quasi suum; sed vel abigere debet sine damno, vel admonere dominum, ut suam recipiat.*

Hier wird aber gar nicht auf das besondere Maß Rücksicht genommen, welches der gewöhnliche Fleiß dieses oder jenes, der gerade behandelt, zuläßt, und nur darauf geht *culpa in concreto*, d. h. die culpa, welche aus der gewöhnlichen Handlungsweise eines bestimmten Individuums hervorgeht; sondern es wird die allgemeine Erfahrung zum

Grunde gelegt, daß einer sein eigenes Vieh so von der einen Stelle zur andern treiben wird, daß es keinen Schaden leidet das thut jeder gute Hauswirth, also in der Regel ein jeder. Wäre gerade jemand so ein Wütherich gegen eigene Thiere, daß er sie zu Schanden schlägt, wenn sie ihm einmal vorkämen, wo sie nicht hingehörtän, so würde ihn die Aquilia darum nicht weniger treffen, wenn er eben so seine blinde Wuth an fremden auslassen wollte. Was aber von ungetretem Zorne, gilt hier eben so von jeder Wildheit, gilt eben so von Unflugheit und Leichtsinne. Das quo modo si suum deprehendisset sagt hier also im Grunde dasselbe, was quo modo si bonus et diligens paterfamilias id deprehendisset, ausdrücken würde.

§. 42.

Endlich folgt nun aus diesem allen, daß die diligentia quam suis nur zweymal als etwas besonderes in Betracht kommen kann.

1) immer, wenn nur culpa lata prästirt wird, und es sich nun offenbart, daß der Handelnde zwar keine culpa lata in abstracto, aber doch ein Versehen begangen, das ihm bey eignen Sachen nicht vorzukommen pflege, um nämlich aus diesem Grunde auch diese leichtere Schuld durch Gleichstellung mit dolus zur Prästation bringen zu können.

2) wenn im Allgemeinen nicht diligentia diligentis etc. sondern nur diligentia quam suis zu prästiren ist,

und nun in casu concreto, diese nicht an jene reicht, d. h. der Handelnde kein diligens paterfamilias zu seyn pflegt, denn ist dies anders, so coincidiren beyde Arten der diligentia mit einander,

§. 43.

Indem ich mich zur Durchsicht der Quellen wende, sey es mir erlaubt, mich vorläufig noch einmal wieder in die Donell'sche Theorie hinein zu versetzen. Zuoberst gibt es hier einen Punkt, über den alle einverstanden sind, daß wenn von dolus und culpa die Rede ist, unter dieser letztern nicht culpa lata, sondern culpa levis verstanden wird. Es würde mir es niemand Dank wissen, wenn ich dieses noch erst beweisen wollte, da diese Bemerkung schon so oft gemacht und mit Gesegstellen belegt worden, solche Texte auch so häufig sind, daß man jeden, der daran zweifelt, es wohl zumuthen darf, nur die einzelnen Materien und ihre Fragmente durchzugehen, um sich zum Vol- len davon zu überzeugen. Also, wird culpa dem dolus hinzugefügt, so bedeutet es culpa levis, und die culpa lata ist unter dem dolus begriffen, es ist so gut, als wäre gesagt, es komme sowohl culpa lata, als culpa levis in Betracht, da denn der dolus sich als das ma- ius von selbst versteht. Dies ist ein so entschiedener Sprach- gebrauch, daß es davon keine Ausnahme geben kann, sonst müßte die Veränderlichkeit und Unregelmäßigkeit der Aus- drücke und ihrer Bedeutungen gar kein Ziel haben, und

die Römischen Juristen hätten eben so gut gehabt, über die culpa kein Wort zu verlieren, als ihren Vortrag darüber so schwankend und wandelbar einzurichten; wenigstens hätte man es dem Tribonianus nie vergeben können, daß er ihnen hier nicht zu Hülfe gekommen. In der That bleiben sie aber auch in diesem Punkt sich selbst und dem so natürlichen Sprachgebrauche immer getreu, und erlauben sich nicht einmal, erst im Allgemeinen zu sagen, es werbe dolus und culpa prästirt, und dann erst hinzuzufügen, es sey aber unter culpa hier bloß culpa lata zu verstehen. Nur einmal in L. 22. §. 3. D. ad Sct. Trebell. wird erst von culpa im Allgemeinen geredet, und dann sogleich gesagt, es sey culpa dolo proxima zu verstehen; da ist aber auch vorher nicht von dolus die Rede. Um so weniger ist es möglich, und wirklich platt hin unbedenkbar, daß ein Römischer Iustus die culpa außer dem dolus sollte hinausgesetzt haben, ohne Zusatz, ohne Erklärung, und culpa lata (die ja schon mit dem Wort dolus zugleich ausgesprochen war) darunter sollte verstanden haben. Hierüber kann man also wohl die Acten als geschlossen ansehen.

§. 44.

Nun aber über den fernern Sprachgebrauch des Römer in unserer Lehre hat Donell folgende merkwürdige Behauptungen, welche auch von den Verfechtern seiner Theorie bis auf diese Stunde beybehalten werden.

I. Das Wort culpa, wenn es nicht bloß dem dolus oberhalb, sondern auch irgend einer Art der diligentia unterhalb entgegengesetzt werde, nehme eine specielle Bedeutung an, und heiße culpa in faciendo.

II. So wie diligentia schlechthin, oder diligentia diligentis patrisfamilias, culpa levis in non faciendo, so bedeute diligentia quam suis etc. culpa lata in non faciendo; heiße es daher, es werde dolus und culpa und diligentia prästirt, so umfasse dieser Ausdruck die culpa levis beyder Gattungen; heiße es dagegen nur, es werde dolus und culpa und diligentia quam suis etc. erfordert, so sey damit gesagt, zwar wohl culpa levis in faciendo, aber nur culpa lata, nicht culpa levis in non faciendo gehöre zur Leistung.

Die beyden Behauptungen sind als Grundsteine seiner Theorie anzusehen, und ohne Zweifel sehr genialisch ersonnen. In der That scheinen sie auch auf den ersten Blick viel Licht zu verbreiten, und gewiß, wer sich vorher durch die Flut von Hypothesen, Irrthümern, wunderlichen Meinungen und willkührlichen Voraussetzungen Anderer (Donell nennt sie selbst *meras nugas*) durchgekämpft hat, wird sich freuen, hier endlich Land zu sehen. Wer aber seiner ersten Empfindung nicht zu viel traut, und Zeit und Lust hat, sich weiter umzuschauen, der wird bald gewahr werden, daß er gleichsam noch auf offener See treibe, und noch manche Klippen zu begrüßen habe.

S. 45.

Zwörderst

zu I; dem Einwande, welchen Donnell sich selbst macht, daß die culpa in non faciendo doch auch culpa sey, war noch wohl zu begegnen. Er antwortet, das sey ja etwas ganz gewöhnliches, daß ein Wort in einer Unterabtheilung, einer andern Species entgegengesetzt, seine generelle Bedeutung ablege, und eine specielle annehme, man dürfe nur an adoptio, cognatio, actio denken. Indessen ist es doch bey einem so prägnanten Worte, wie das Wort culpa, immer auffallend, und man fragt nicht mit Unrecht weiter, wie es denn gekommen, daß man gerade die culpa in faciendo in einem vorzüglichlichen Sinn culpa genannt. Lühr meint dieses so beantworten zu können a), „culpa schein ohnehin schon mehr auf Handlungen hinzuweisen, indem man wohl von der Begehung einer Culpa, nicht aber von der widerrechtlichen Unterlassung der culpa sprechen könne“; ich muß gestehen, daß ich diesmal seinen Gedanken nicht fassen kann. Freilich wer wollte wohl in ehrbarer Schreibart sagen, jemand habe widerrechtlicher Weise eine widerrechtliche Handlung (das ist ja jede culpa) unterlassen? aber warum sollte man nicht auch von dem, der durch Unterlassen gefehlt, in allem Ernste sagen können, er begehe etwas Widerrechtliches, mache

a) Beiträge S. 133.

sich einer Schuld theilhaftig (culpam committere)? Und wenn man schlechtthin sagte, jener hat eine widerrechtliche Handlung a), eine culpa begangen, sollte man denn nicht noch mit Recht fragen können, worin bestand denn diese culpa, im Thun oder im Lassen? — Die Aufklärung ließe sich aber auch, wenn sonst nur die Sache richtig wäre, gar leicht finden. Im Geiste Donells würde ich sagen, Thun sey ärger als Lassen, also recht eigentlich culpa; dies als falsch eingesehen, könnte man vorwenden, Nachlässigkeit, welche schon bey der Aquilia vorkamte, also schon die allgemeine Bürgerpflicht verlege, sey in einem vorzüglichen Sinn culpa; sodann helfe sie ja auch nur so im Gegensatz von besonderer Beflissenheit, der, wie oben gezeigt worden, eben das Wort diligentia zukomme, es liege nur daran, jene durch ein besonderes Wort von dieser species zu unterscheiden, man dürfe das nicht pressen u. s. w.

§. 46.

Allein eine ganz andere Frage ist: redeten die Römer wirklich auch so? und wenn sie einmal so redeten, war es

a) Ich weiß wohl, daß Thun, aber nach meinem Gefühl ist es so wie ich Thun, so Handlung richtiger, durch Handlung das dem Unterlassen als species entgegen zu setzen pflegt; ich will die bestimmte species zu bezeichnen mit ihm darüber nicht rechten, unbestimmte genus, durch Thun

dem aber auch herrschender juristischer Sprachgebrauch?
Dem steht entgegen

L. 68. pr. D. de contr. emt. Proculus lib. 6. Epistularum.

Si cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum *bonam fidem*, sed etiam *diligentiam* praestare debere, id est, non solum, ut a te *dolus malus* absit, sed etiam ut *culpa* a).

Ist es wahr, daß die letzten Worte in einigen alten Codices fehlen, so kam dies wohl nur daher, weil sie sich keiner Theorie recht wollten anpassen lassen; denn es ist nicht zu begreifen, wie sie als Glossen in den Text des Florentinischen Manuscripts sollten gekommen seyn. Es ist hier offenbar von einer *culpa in non faciendo* die Rede, und diese wird, sobald sie außer der *bona fides* liegt, durch *diligentia* bezeichnet, sodann aber diese durch *culpa*, die *bona fides* durch *dolus* (mit Einschluß der *culpa lata*) erklärt. Wäre eine solche Erklärung nicht ganz unflug gewesen, wenn man gewohnt gewesen, *diligentia* und *culpa* zusammengestellt als zwey verschiedene species

a) Von den Schlüsselworten: id est — culpa bemerkt Holoand, am Rande: haec passim fere in antiquis Codd. desunt; so viel ich aber habe erfahren können, stehen sie in allen bekannten editt. vulgatt. Auch in den drey vergleichenen Codd. mss. Ohne Zweifel also sind sie echt.

anzusehen? wie hätte man getrennte Dinge, eins durchs andere deutlich machen können? Ferner streiten dagegen

L. 72. D. pro socio. Gaius lib. 2. Cottidianarum rerum. Socius socio etiam *culpae* nomine tenetur, *id est, desidiae atque a) negligentiae*. Culpa autem non ad *exactissimam diligentiam* dirigenda est b); sufficit etenim *talem diligentiam* communibus rebus adhibere, *qualem suis rebus adhibere solet*, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.

§. ult. I. de societate.

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, *an etiam culpae*, id est, desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est, Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim *talem diligentiam* communibus rebus adhibere socium, *qualem suis rebus adhibere solet*, nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri sibi que hoc imputare debet.

a) Daß aut, welches einige, nicht alle editt. vulgg. haben, ändert nichts.

b) Vulg. dirigenda est. Beydes sagt dasselbe: darnach abmessen, auf das Maß des höchsten

Gleiches zurückführen. Doch scheint mir dirigenda est den Vorzug zu verdienen, nicht bloß wegen des Institutionentextes. Auf gleiche Art kommt es vor in L. 54. in f. pr. de act. emt. et vend.

Die Donell'sche Auslegung hat hier zweyerley gegen sich a),

- 1) daß, obgleich erst culpa dem dolus entgegengesetzt und gleich darauf diligentia erwähnt wird, doch culpa durch desidia und negligentia erklärt wird. Soll diese letztere auf eine species der culpa in genere gehen, so kann sie unmöglich auf culpa in faciendo gehen, da Trägheit und Nachlässigkeit doch so offenbar einen negativen Charakter haben b), daher denn auch Donell selbst sie mehrmals als Correlat von diligentia, als culpa levis in non faciendo, im Gegensatz der culpa levis in faciendo auszeichnet. Wie konnte sie denn hier zur Erklärung irgend einer culpa in faciendo, denn auch die Aquilische ist das immer, gebraucht werden, wenn gleich darauf der Grad der Besliffenheit bestimmt, und gerade auf den Unterschied von der culpa in faciendo oder der Aquilischen culpa, aufmerksam gemacht werden sollte, daß diese unbedingt die Besliffenheit nur unter Beschränkungen zu prästiren sey?
- 2) Die diligentia wird hier als Inhalt der vorhergenannten culpa behandelt, denn diese soll nur nicht bis auf das äußerste Maß der noch möglicher Weise

a) Siehe auch noch unten §. 64.

b) Dasselbe gilt von *desidia* und *negligentia* beym Theophilus h. 1,

imputablen diligentia ausgedehnt, sondern auf diligentia quam suis etc. beschränkt werden, daher denn letztere einen Bestandtheil derselben ausmachen muß a).

§. 47.

Hieran schließt sich folgende:

L. 13. pr. D. commodati. Gaius lib. 9. ad Edictum provinciale.

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non potest, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. — Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad coe-

a) Die Worte: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, können nicht etwa so viel heißen, als: das Wort culpa muß nur nicht so verstanden werden, daß es sich hier auch, wie sonst wohl, auf diligentia bezieht, sondern es muß bloß als culpa in faciendo verstanden werden; schon darum geht dies nicht, da die Uebersetzung in negligentia s. desidia sich nicht damit verträgt. Offenbar liegt auch der Nachdruck auf dem Prädicat exactissima: auf diligentia soll wohl die culpa bezogen werden, nur nicht auf die im vorzüglichen Sinn, auf die exactissima, bloß auf die quae suis rebus exhibere consuevit.

nam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego ibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.

Dieser so oft misverständenen Stelle liegt ebenfalls, obgleich verdeckter, ein anderes Verhältniß der culpa zur diligentia, als das angegebene, zum Grunde. Zuerst, sagt Gajus, werde bey dem Commodat der höchste Fleiß (diligentia diligentissimi) präskribirt, wenn, wie gewöhnlich, nur der Commodator Vortheil davon habe. Dabey werden denn Beispiele vom casus, welcher hier allein auszunehmen, angeführt, aber bey einem derselben: mortis verorum, bemerkt, es müsse nur kein dolus und keine culpa vorhanden seyn. Hier steht dolus und culpa gleich hinter diligentia, und doch wird mit culpa ebenwohl gesagt, es müsse nicht an diligentia gefehlt haben, denn durch diese läßt sich Lebensgefahr von kranken Slaven oft abwenden, z. B. wenn man für einen guten Arzt so rgt. Nun entsteht aber, fährt er fort, die Frage, wie wenn beyde Vortheil davon haben, was denn doch seyn kann? Aus der Antwort auf diese Frage haben viele heraus dividirt, es gebe drey Grade der culpa, oder Gajus habe doch so viele angenommen, sey aber nur nicht damit durchs

gedrungen. Wie das möglich war, habe ich immer nicht recht begreifen können. Es ist hier allerdings von etwas Mittlerem die Rede, aber worin besteht dieses? doch gewiß in nichts andrem, als der *diligentia quam suis* etc. welche doch unmöglich ein besonderer Grad der culpa seyn kann. In einem Falle wie der, den das Beyspiel angibt: es hatten sich ein paar zusammengethan, um gemeinschaftlich einen Freund zu tractiren, und zu diesem gemeinsamen Gebrauch hatte der eine sein Silber hergegeben, und dieses dem andern, der die Beforgung und Ausrüstung allein übernommen, auf solche Weise geliehen. Hier hatten einige geglaubt, es sey nur *dolus* zu prästiren, unmöglich deswegen, weil beyde hier Nutzen hatten, denn dann hätten ja die meisten Contracte bey *dolus* stehen bleiben müssen, nein, deswegen, weil hier offenbar ein Societätsverhältniß obwaltete. Die beyden hatten sich ja zu einem gemeinsamen Zwecke zusammengestellt und verbunden, und für diesen Zweck war dem einen von dem andern der Gebrauch der Sache zugestanden worden; was von der *societas* überhaupt, mußte auch hier gelten; nun behaupteten aber einige bekanntlich, daß bey der *societas* nur *dolus* prästirt würde. Gajus aber ist auch hier wieder, wie im L. 72. D. pro socio a) der herrschenden Meinung zugethan, daß culpa außer *dolus* prästirt wer-

a) §. 46.

werden müsse; jedoch müsse diese so geschätzt, so bestimmt werden, wie bey der dos und bey dem pignus. Dies kann schlechterdings nichts weiter heißen, als was in L. 72. D. pro socio und der Parallelstelle in den Institutionen mit den Worten gesagt wurde: culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talis etc. Dies ist dem Geist der Stelle angemessen, dies der Vergleichung mit der dos, welche hier wahrhaft analog ist, da auch dieser eine Verbindung zu gemeinsamem Zwecke zum Grunde liegt, weshalb sie diligentia quam suis etc. zur Prästation bringt a). Wie kommt aber das pignus hier hinein? Dies ist eine Frage, auf die ich schlechterdings keine Antwort weiß, und ich glaube, wenn man alle Schwierigkeiten in der Lehre von der culpa überwunden hat, so wird man doch um diese Antwort noch verlegen seyn, denn nach allem, was wir im corpus iuris über culpa bey dem pignus haben, hat dieses weder einige Ähnlichkeit mit dem Falle der Lex, noch hat es diese in Hinsicht der Prästation mit der dos, da es, wie wir gleich noch näher sehen werden, ohne allen Streit diligentia omnis aufnahm. Er ist also, da keine varia lectio vorhanden, ohne Correctur wohl nicht zu helfen, und ich halte es für keine der gewaltsamsten, wenn man rebus pignori datis, in rebus societatis verwandelt; wie leicht konnten die 3

a) L. 17. pr. D. de iure dott. cf. L. 11. in f. C. de pactis L. 24. §. 5. D. soluto matrimon. convent.

ersten Satzen bey dem Dictiren flüchtig ausgesprochen, vom
Schreiber willkürlich ergänzt und mit dem gleich klingenden
Reim *datis* verknüpft werden, vornehmlich, da auch das
vorhergehende Wort *rebus* zu beyden gleich gut paßte, und
da wäre denn alles klar a). In Rücksicht dessen, worauf
es uns hier eigentlich ankam, ist es ziemlich gleichgültig,
ob man diese Conjectur sich gefallen lassen will. So viel
bleibt immer, daß der Jurist hier die *diligentia quam
in solis etc.* in Gedanken hatte, und diese mit dem vorherge-
henden Wort *culpa* in eine Verbindung brachte, welche
mit der Donell'schen Terminologie sich nicht verträgt.

§. 48.

Sodann ist nicht zu vereinigen

L. 47. §. 4. 5. D. de legatis I. Ulpianus lib. 22.

ad Sabinum.

Idem si res aliena vel hereditaria sine culpa here-
dis perierit vel non compareat, nihil amplius,
quam cavere eum oportet, sed si culpa heredis
res perierit, statim damnandus est. §. 5. *Culpa*
autem qualiter sit aestimanda, videamus, annon

a) Ehre (Bepr. Misc. V),
der bey Erklärung dieses Frag-
ments auch auf die Ähnlichkeit
mit der *societas* aufmerksam macht,
hält die, wenn ich mich recht
erinnere, schon früher bekannte

Aushilfe, daß hier eine manci-
patio sub fiducia gemeint sey,
für völlig ausreichend; ich muß
bekennen, daß sie mich nicht be-
friedigt hat.

solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae *levis est*, an numquid et *diligentia* quoque exigenda est ab herede, quod verius est.

In §. 4. ist von dem verschuldeten oder nicht verschuldeten Untergang oder dem Verlorengehen (vel non compareat, also auch wenn sie gestohlen war) einer Sache die Rede, zum sichern Zeichen, daß culpa hier so gut auf culpa in non faciendo, als auf culpa in faciendo, so gut auf Aquilische als außeraquilische culpa geht. Nach §. 5. soll diese culpa ästimirt werden, und die Frage, ob diligentia dahin gehöre, wird mit zur aestimatio cul-pae gerechnet; dieser Ausdruck kann aber unmöglich auf ein Absondern unabhängiger Gattungen und ihr Herbeziehen oder Entfernen bezogen werden. Aestimare culpam heißt vielmehr, den Umfang der culpa als eines Dinges bestimmen, bestimmen, wie weit sie auszudehnen oder worauf sie zu beschränken sey, kurz die culpa abmessen; diligentia wird hier also so gut, wie in L. 72. D. pro socio und §. ult. I. de societate als Bestandtheil der culpa behandelt. Endlich, ist hier ein Gegensatz mit diligentia, ist hier wirklich von einem Mehr und einem Außerhalb die Rede, so ist diligentia nicht der culpa, sondern der culpa *levis* entgegengesetzt, und sie muß also auch mehr seyn als diese, und einen Grad über sie hinaus liegen. Ist also keine andere natürliche Erklärungsart möglich, so spricht diese Stelle sehr für diejenigen, welche

3 Grade der culpa annehmen, vollends wenn man so gefällig seyn wollte, mit Haloander aut. statt des zweyten an zu lesen.

Vorzüglich steht ferner entgegen

L. 15. §. 1. D. de pignoratitia actione. Ulpianus lib. 38. ad Edictum.

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato a), venit et custodia, vis maior non venit.

L. 14. D. eod. Paulus lib. 29. ad Edictum.

Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

Daß weder nach dem ursprünglichen, noch nach dem gegenwärtigen Zusammenhange das in §. 1. Gesagte auf den in pr. der L. 13. enthaltenen Fall zu beschränken sey, ist wohl klar genug, und ist gegen anders Denkende nicht wohl zu streiten. Eben so gewiß ist es aber auch aus andern Gründen, daß die Conjectur at statt ut falsch sey, denn dann käme heraus, daß die actio pignoratitia die custodia nicht prästiren lasse, was sicher falsch ist b).

a) Gensler exercitat. ad doctrin. de culpa fasc. I. Ienae 1813 pag. 76. 79. construirt: Venit autem in hac actione et dolus et culpa. Ut in commodato venit et custodia, und wirklich hat er an Wächter einen Vorgänger f. unten §. 76. die letzte Note

in f. Dann ist freilich diese Schwierigkeit schnell und leicht gehoben.

b) L. 19. C. de pignorib. et hypothecis: Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere

Einige haben sich freilich wohl eingebildet, daß die Römischen Juristen darüber gestritten, ob culpa omnis hier zu prästiren sey oder nicht. Allein §. ult. I. q. m. r. c. o. a) zeigt deutlich, daß nicht hierüber, sondern darüber der Streit war, (wenn es anders ein Streit, und nicht nur zu erwartende Zweifel zu heben waren), ob der creditor auch darunter leiden solle, wenn das Pfand bey ihm durch einen Zufall zu Grunde ging, zwar nicht so, daß er den casus eigentlich zu prästiren, d. h. die aestimatio rei zu erstatten habe, aber doch so weit, daß er seine Forderung verliere (ut impediatur creditum petere). Diese hatten vermuthlich b) einige bejahet, oder wenigstens

cogitur. (Das sed fehlt bey dem Hasoander). Ein stringenter Beweis liegt auch darin, daß der creditor pignoratitius auch wegen seiner Verbindlichkeit zur custodia die actio furti hat. S. unten — die Conjectur hat Noodt probabil. L. 1. c. 4. §. 1.

a) Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit,

securum esse, nec impedi creditum petere.

b) Diese Vermuthung wird noch wahrscheinlicher, wenn man weiß, daß man in Deutschland ehemals allgemein so dachte, wie die schon oben angeführten Statuten bezeugen. Die herrschenden Vorstellungen waren hier gerade entgegengesetzt. Der Deutsche ließ den creditor seine Forderung immer verlieren, wenn er sie sich durch Verabredung nicht ausdrücklich salvirt hatte, der Römer verlangte eine ausdrückliche Clausel, wenn sie verloren gehen sollte. L. 6. C. de pignoratit. act. Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est), nullo

war es doch zur Discussion gekommen, im §. ult. aber wird es verneint, aus dem Grunde, weil ja auch der debitor hier nicht ohne Vortheil sey, darum sey es genug, wenn er allen Fleiß auf die Bewahrung der Sache verwandt habe. Es muß also bey der allgemeinen Lesart: *ut ver in commodato sein* Bewerden haben, womit denn freilich die Donell'sche Ansicht sich schlecht verträgt. Darnach würde die Pfandklage mit dem Commodat gerade darin verglichen, daß sie auch die *culpa levis in faciendo* (nach unserer Ansicht die *Aquilis'sche*) zutasse. Nun sollte aber diese Vergleichung wohl nicht unrichtig stehen, in der That ist sie aber, so verstanden, ohne alle Bedeutung: denn das hat die bey weitem größte Zahl der Contracte, nur ein paar ausgenommen, mit dem *pignus* und mit dem *Commodat* gemein. Sodann, wenn nun also *custodia* (ein Theil der *diligentia*) etwas besonderes und von *culpa* verschiedenes seyn soll, so gewinnt durch diese Zusammenstellung: *culpa ut in commodato, venit et cu-*

bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur; nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. Zuverlässig war dies letzte der zweifelhafte Punkt, über den vorzüglich vorgefragt war, und Alexand. Sever. sich zu erklären

hatte. — Es würde jedoch eine vergebliche Untersuchung seyn, ob die Römer oder die Deutschen in diesem Punkt Recht gehabt, man muß vielmehr sagen, sie hatten beide Recht, denn das alte Deutsche Pfandrecht war ein anderes, obgleich verwandtes Institut, was aber hier weiter auszuführen nicht der Ort ist.

stodia, vis maior non venit, die Sache das Ansehen, als wenn das Commodat die custodia nicht anerkenne, und die Besonnenheit nicht bis an den reinen casus (vis maior) prästiren lasse, was eine reine Absurdität seyn würde.

Dies sind nun aber gerade die meisten von den bedeutenderen Stellen, bey denen die Terminologie des Donell angewandt wurde, und unter seinen Voraussetzungen angewandt werden mußte. Die übrigen, bey denen sie zum Theil eben so wenig passen will, werden mit den Gründen: warum nicht? in der Folge vorkommen.

§. 49.

Wir wenden uns jetzt zu II). Hier müssen wir den oben als allgemein zugestanden erwähnten Satz, daß culpa außer dolus gestellt, auf culpa levis gehe, herüberziehen; so entsteht hier gleich

- 1) die Schwierigkeit, daß in L. 72. D. pro socio und §. ult. I. de societate, wie oben gezeigt worden, die diligentia quam suis als Bestandtheil derselben culpa behandelt wird, von der kurz vorher gesagt wurde, daß auch sie, nicht bloß dolus, prästirt werde, und daß sie von einer bloßen Nachlässigkeit oder Trägheit, also von einem Versehen aus Schwäche, ohne Arges zu verstehen sey. Dies wird noch klarer, wenn man gleich die L. 18. pr. D. commod.

und was oben darüber bemerkt worden, damit Vergleichen.

a) Ist es, wenn *diligentia quam vis* in der vorausgesetzten Verbindung *dolus* heißt, und auch dem Namen nach dahin gehet, unbegreiflich, wie bey Fällen, wo eben von *omissio diligentiae* die Rede ist, doch besonders bemerkt wird, es werde darin culpa außer *dolus* prästirt.

L. 57. §. 1. 2. 5. II. D. pro socio. Ulpianus lib. 81. ad Edictum.

Venit autem in hoc iudicio pro socio bona fides.

§. 2. Utrum ergo tantum *dolum*, an etiam *culpam* praestare socium oporteat, quaeritur? Et Celsus lib. 7. Digestorum ita scripsit: socios inter se *dolum et culpam* praestare oportet.

Si in coeunda societate (inquit) artem operamve pellicitus est aliter, veluti cum pecus in commune pascendam, (aut agrum olitori a) damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artis est velamentum. b)

a) Flor. politori v. *Bynkershök* sichtigte Sinn. doch immer der; lib. III. cap. 9. die Geschicklichkeit des Mannes

b) Man mag nun glauben mit der andere, der sein Land hergab, dieser Lesart ankommen zu können bey Eingehung der *societas* denen oder nicht, so ist der beabsichtigte.

Quodsi rei *communis* socius nocuit, magis admittit, culpam quoque venire §. 3. Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare. Ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, *si nihil dolo aut culpa acciderit* eius, qui aestimatum pecus acceperit. Quodsi a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia *custodiam* praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata §. 11. Si qui societatem ad emendandum coierint, deinde res alterius *dolo vel culpa* empti non sit, pro socio esse actionem constat. Plane, si conditio sit adiecta, „si *infra* illum diem veniret,“ et dies *sine culpa* socii praeterierit, cessabit actio pro socio.

Bezüglich ist es der §. 11, welcher hieher gehört, aber nicht bloß dieser, sondern der Zusammenhang der ganzen Stelle, so wie sie hier ausgezogen worden, zeigt, was wir wollen, einmal, daß hier culpa außer dolo nicht auf Aquilische culpa allein gehe, und sodann, daß auch die diligentia quam suis etc. dahin gezählt werde. Schon die Allgemeinheit, womit die Frage, ob bey einem solchen bonae fidei negotium, wie die societas sey, do-

kas allein oder auch culpa prästirt werde, aufgeworfen wird, scheint deutlich zu verrothen, daß die eben so allgemein, und ohne Erwähnung der Beslissenheit und ihrer Einschließung bey der societas, gegebene Antwort auf den ganzen complexus der dabey vorkommenden culpa, also auch mit auf die omisio diligentiae s. l. gehen müsse. Damit man aber nicht etwa glaube, daß die diligentia quam vis etc. hier unter dem Wort dolus versteckt sey, so folgt gleich ein besonderer zur Erörterung herausgegebener Fall, in dem die Frage auf praestatio culpae gestellt ist, und doch vornämlich omisio diligentiae berücksichtigt werden mußte. Einer der Vieh hat, gibt es dem andern hin, damit dieser es weide, und beyden der Vortheil gemeinsam werde, oder er gibt einem andern ein Stück Land hin, damit dieser, der die Kunst versteht, es als Garten bebauet, und die Früchte dann gemeinsam werden. Auch hier soll die actio pro socio wegen culpa angestellt werden können. Die Hauptversehen, die hier in Betracht kommen, sind doch die, da sich jener das Vieh fehlen lassen, oder für gute Weide nicht gehörige Sorge getragen, dieser so träge und nachlässig bey der Bestellung gewesen, daß der Garten nicht genug eingetraget; freilich gehören auch die Fälle dahin, da er das Vieh selbst beschädigt, und das Stück Land so bestellt, daß der Boden selbst verschlechtert worden, aber daran ist doch wohl gewiß am wenigsten oder gar nicht gedacht worden, und doch ist nur

im letztern Fall eine Aquilische culpa vorhanden. Der Zweifel entstand bloß daher, weil man ehemals darüber stritt, ob solche Fälle, da von einer Seite bloß operae beygetragen worden, auch überall zur societas gebilten a),

Hatte der socius nun gar, heißt es ferner, eine gemeinschaftliche Sache beschädigt, so muß um so viel mehr auch culpa durch die actio pro socio verfolgt werden können, darum nämlich, weil jener Zweifel hier wegfällt, und dies ohnehin schon rechtswidrig ist, wie die Aquilia ausweist.

Nun folgt die Frage, ob hier auch der Zufall präflirt werden könne (d. h. ohne besondere ausdrückliche Vereinbarung) und wird dies allgemein und noch besonders für den Fall verneint, da man auf die obige Art, und also societatis contrahendae causa Vieh hingegeben, und zwar dieses sogleich taxirt worden. Werde dies gestohlen, so müsse er allerdings (in der Regel) haften, da er zur custodia verpflichtet sey, d. h. diligentia im strengsten Sinne leisten müsse; werde es dagegen mit offener Gewalt geraubt oder brenne es auf, so sey er in der Regel nicht, und nur dann verantwortlich, wenn er erweislich Vorkehrungen und Anstalten treffen konnte, die die vis maior hätten abwenden können, und es nicht that. Diese ausnahmsweise eintretende Schuld wird hier wieder dolus aut

a) L. 1. C. pro socio. Dioclet. niam conferente, alio operam, et Max. Societatem, uno pecu- posse contrahi, magis obtinuit.

culpa genannt. Endlich wird im §. 11. ein Fall zur Sprache gebracht, der offenbar weder eine Aquilische culpa, noch irgend eine culpa in faciendo zuläßt, sondern sicher nur eine omissio diligentiae; zwey socii verbinden sich, eine Sache zu kaufen, der eine, der sie kaufen soll, zögert so lange, bis sie nicht mehr feil ist. Hat er dies, *dolo vel culpa* gethan, so ist er zu belangen, und nur wenn die Umstände ergeben, daß er keine culpa begangen (*si sine culpa dies praeterierit*), soll die *actio pro socio* wegfallen a).

Hier kann doch die praestatio nur auf *diligentia quam suis* gehen, und doch wird, damit diese nicht eintrete, Entfernung alles *dolus* und außerdem aller culpa (*levis*) verlangt.

Es sind also in diesem einen Fragment Fälle von aller Art der Verschuldung unter einander gemischt, und immer ist dabey von derselben culpa außer *dolus* die die Rede, wenn man nicht etwa annehmen will, daß die Römer hier die verschiedenen Bedeutungen eines Wortes wie Karten unter einander gemengt haben.

a) Schon das unbestimmte Wort culpa zeigt, daß Löhrl Beytr. pag. 150. hier irrig eine Singularität vermuthet; wie wäre es möglich, daß Ulpian dies durch nichts sollte angedeu-

tet haben. Wollte man in dieser Lehre auf bloße Vermuthung hin Abweichungen von der Regel annehmen, so wäre es freilich ein leichtes, hier alles auszugleichen, und alle Hindernisse zu heben.

§. 50.

Die Tutel, so gut wie die *societas*, läßt nur *diligentia quam suis praestirent a)*; dennoch gibt es hier viele Stellen, welche *culpa* außer *dolus* offenbar auf Unterlassung der schuldigen Besonnenheit beziehen, ohne daß nur eine Spur von einer Singularität angetroffen wird. Das hin gehören die schon von andern angeführten

L. 59. §. 7. D. de administr. tut. Papinianus lib. 5. *responsorum*.

Rerum provincialium tutores, in urbe causas appellacionis impuberum agentes, rerum Italicarum curatores ut impuberibus constituentur ad officium suum revocare debent; alioquin, si prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte recte iudex conveniet.

L. 57. pr. D. eod. Scaevola lib. 10. Digest. Chirographis debitorum incendio exustis, cum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, cum idem circa proprios b) debitores pro-

a) L. 1. pr. D. de tutelae et rat. d.

b) Diese Lesart (wenigstens eine alte gute Conjectur) ist wohl ohne Zweifel der Florentinischen prioris vorzuziehen, da sonst ein ganz irrelevanter Umstand eingemischt wäre, und der Gegenstand mit

debitores pupillorum keinen Sinn haben würde. So lesen Senneton (Lugd. 1550) Paris. 1529 f. Paris. 1548. et Lugd. 1575. ibid. 1604. Baudouin dagegen prioris Ven. 1477. Mediol. 1482. Paris. 1510. 4. Cod. ms. Regiom. et Hafn. de Tortis 1495. 1497.

pter eundem casum fecissent, id omisissent circa debitores pupillorum; an si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, iudicio tutelae consequantur? Respondit, si adprobatum fuerit, eos tutores hoc *per dolum vel culpam* praetermisisse, praestari ab his hoc debere.

Das letzte Fragment ist noch deswegen merkwürdig, weil durch die Anführung eines größern Fleißes in eigner Angelegenheit auf die *omissio diligentiae* quam suis hingedeutet wird, und dann doch von *dolus vel culpa* wieder die Rede ist. Die Zahl solcher Stellen bey der Tutel läßt sich auch leicht noch vermehren a), z. B.

L. 23. C. eod. Constantinus A. Felici. Si tutoris, vel curatoris *culpa vel dolo*, eo quod vectigal praedio emphyteutico impositum minime dependere voluissent, minus praedium fuerit amissum, damnum quod ei contigit ex substantia eorum resarciri necesse est.

so auch Dig. infort. ex edit. Nic. Ienson Venet. 1476., also freilich gerade die älteren, die Ausg. Lugd. 1604. bemerkt auch selbst, daß *proprios* besser sey, daß aber *priores* die auctoritatem omnium Codicum für sich habe. Wäre diese Lesart richtig, so müßte doch ein gleiches factum und dieselbe ratio decidendi zum Grun-

de liegen, und der Ausdruck wäre nur fehlerhaft und unbestimmt.

a) Es sind noch außer der im Text angeführten dahin zu zählen L. 25. L. 39. §. 2. 3. 13. D. de administr. tut. L. 10. L. 12. C. eod. Allenthalben ist bey der Tutel mehr von *culpa* als von *dolus* die Rede.

Vorzüglich wichtig ist freilich noch die schon von
Schömann angewandte

L. 7. C. arbitr. tut. Diocletianus et Maximianus
AA. et CC. Alexandro. Quicquid tutoris dolo
vel lata culpa aut levi, seu curatoris, mino-
res amiserint, vel cum possent non adquisierint,
hoc in tutelae seu negotiorum gestororum utile iu-
dicium venire, non est incerti iuris.

Hier wird doch gar zu offenbar die culpa außer do-
lus, welche diesmal sogar ausdrücklich culpa *levis* ge-
nannt wird, auf die ganze Administration: was sie ver-
loren, was sie nicht gewannen, da sie konnten, bezogen,
als daß man noch sollte ausbeugen können. Es ließe sich
allenfalls noch ein Fall herauskügeln, da auch das Nicht-
gewinnen durch ein *facere* geschähe: etwa der Vormund re-
pudiirt ausdrücklich die dem Unmündigen angefallene Erb-
schaft oder läßt sie ihn repudiiren; aber theils wird hier
allgemein geredet, und sollte auch alles zusammenge-
faßt werden, so, daß daher nicht an diesen Fall besonders
gedacht worden, theils ist es hier auch recht sonnenklar,
daß das *facere* dem *non facere* gleichsteht, denn ist es
nicht völlig einerlei, ob er geradezu repudiirte, oder die
ihm gesetzte Antretungsfrist absichtlich verstreichen ließ a)?
Die Nachlässigkeit muß nämlich darin gesetzt werden, daß

a) Vergl. L. 67. §. 6. D. de ritu nupt.

er vorher nicht fleißig genug untersuchte, und aus Ueber-
eilung sich in den Kopf setzte, die Antretung sey nicht
vortheilhaft. Von einer Aquilischen culpa kann hier nun
wollends gar nicht die Rede seyn a). Ferner

§. 51.

3) widerspricht es der Donell'schen Ansicht, daß in
Fällen der *diligentia quam suis etc.* doch gesagt
wird, es dürfe gar keine culpa vorhanden seyn,
damit der in Anspruch genommene befreit werde

Ein Beispiel haben wir oben in L. 52. pro socio
schon kennen gelernt, ein anderes enthält

L. 18. in f. D. solut. matrim. Pomponius lib. 16.
ad Sabinum.

Caeterum si circa interitum rei dotalis *dolus malus*
et culpa mariti absit, actiones solas, quas eo

2) Der Donellus sehen L.
1. pr. D. de tutel. et rat und L.
7. C. arbit. tut. immer freund-
nachbarlich zusammen; er scheint
also kaum einmal eine Ahnung
davon gehabt zu haben, daß sie
sich nach seiner Vorstellungsart
nicht mit einander vertragen
wollen; ja er erklärt vielmehr
am Ende die eine durch die an-
dere, und nimmt, um alles aus-
zugleichen, die L. 7. §. 2. D. de

administr. tut. hinzu, wo, cum
distinctius quaeritur, ob *quam*
culpam levem, etiamne eam,
quae in *negligendo* sit (tutor
teneatur), diserte scriptum est,
tutores solum *latam* negligentiam
praestare debere.“

Hier ist der große Mann
doch wohl etwas gar zu flüchtig
zu Werke gegangen. Aber diese
Stellen widerstanden auch gar zu
hartnäckig dem schönen System.

nomine haberet, praestandas mulieri, veluti furti, vel damni iniuriae.

Die Klagen, welche hier angegeben werden, zeigen schon an, daß bey *interitus rei* nicht bloß an Zerstörung durch eigene verschuldete oder schuldblose Handlungen gedacht wurde; sondern besonders auch daran, wenn die Sache entwandt wurde (*actio furti*), und dies durch *custodia*, durch Schutz hätte abgewandt oder nicht abgewandt werden können, oder wenn sie von einem Dritten beschädigt wurde, (*Actio Legis Aquiliae*), wogegen unter Umständen ebenfalls Vorkehrungen möglich sind.

Dies ist nun offenbar Sache der Beflissenheit, wie läßt sich denn nun aber hier die Negation aller *culpa* mit der auf *diligentia quam suis etc.* bey der dos beschränkten Præstatiön reimen?

Endlich

4) muß es auffallen, daß in Fällen der *diligentia quam suis etc.*, insbesondere bey der Tutel die Verantwortlichkeit bis zum *casus* hinaufgeführt zu werden scheint, z. B.

L. 5. §. 7. D. de contraria tutelae. Ulpianus lib. 36. ad Edict.

Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.

L. 4. C. de periculo tutor. Impp. Philippus A. et Philippus C. Floro.

Tutoribus vel curatoribus fortuitos casus, adversus quos cavere non potuit, imputari non oportere, saepe rescriptum est a).

Die häufigen Rescripte über diesen Punkt zeigen, daß hier in Rücksicht auf die ganze Administration die Verantwortlichkeit nicht an den Zufall hinar geschoben wurde und daß, wie L. 3. zu verstehen gibt, nur wenn er ganz seine Pflicht als fleißiger und gewissenhafter Mann gethan, ihn ein Unfall weiter nicht berühren konnte.

§. 52.

Man wird sich zuverlässig diesen Schwierigkeiten b) nicht redlich entziehen können, wenn man hier nicht von ganz andern Gesichtspunkten ausgeht, und den Wortverstand und Redebrauch ganz anders bestimmt, als Donnell es gethan hat. Folgende Entwicklung wird, wie ich zu hoffen wage, aus diesem Labyrinth heraus helfen.

A. Nichts ist einfacher als das System der Römer über culpa. Sie kannten nur eine durchgreifende Einteilung der culpa, in einem einzigen Sinne. Sie unterschieden zwischen culpa lata und culpa levis. Jene war

a) C. auch L. 14. in f. L. 50. D. de administr. tutor. — Daß der Schluß: es wird casus verneint, also muß nichts weiter zu verneinen seyn, mithin das Außersie prästirt werden, richtig sey, dafür könnte man noch, wenn es

dazu eines Textes bedürfte, L. 17. §. 4. D. de praescr. verb. in f. anführen, wo Ulpian recht deutlich denselben Schluß macht.

b) C. auch noch unt. §. 69. und §. 72. in f.

vorhanden, wenn jemandem wenigstens der Vorwurf gemacht werden konnte, er habe nicht beobachtet, was sonst alle beobachten, was auch der zu beobachten pflegt, der sonst im Ganzen für nachlässig gelten kann. Diese fand Statt, wenn den Schuldigen nicht jener, wohl aber der Vorwurf traf, daß er nicht beobachtet habe, was ein recht rüchziger und durchaus fleißiger Hausvater beobachtet haben würde. In Verhältnisse zu der culpa lata war der Begriff der culpa levis also bloß negativ, und nur im Verhältniß zu dem casus positiv, indem sie die Gränze der Imputation bestimmte. Die culpa lata war den rechtlichen Wirkungen nach dem dolus gleichgestellt, obgleich dem Begriffe nach davon verschieden, und nur uneigentlich so genannt. Die culpa levis hieß gewöhnlich culpa schlechtthin im Gegensatz von dolus, und ist dies die engste Bedeutung von culpa. Die culpa lata ward nie so genannt ohne einen näher bezeichnenden Zusatz, z. B. culpa dolo proxima, culpa latior etc. und nur wenn culpa einmal in einer der weitem Bedeutungen, welche wir oben kennen gelernt haben, gebraucht wurde, war die culpa lata und der dolus mit darin begriffen: dahin gehört auch, wenn etwa bemerkt wird, daß bey einem Geschäft zwar culpa, aber nur die lata prästirt werde. Dieser Eintheilung der culpa aber nach dem Gesichtspunkt, den die Heutigen mit den Worten: in abstracto, zu bezeichnen pflegen, liegt allein zum Grunde, was die Römer über

culpa vortragen, und sie verlaſſen den dabey gebräuchli-
chen Wortſinn nie. Ihre Präſtationslehre geht immer und
allermal davon aus.

Beſy der culpa lata nun war es durchaus gleichgül-
tig, ob auch zugleich aus einem andern Geſichtspunkte,
nämlich demjenigen, welchen man heut zu Tage durch: in
concreto, ausdrückt, gefehlt worden, alſo das große Ver-
ſehen auch in eignen Sachen des Handelnden vorzukom-
men pflegt, denn wo die culpa lata nur eine Materie
hatte, da ward ſie ſo gut wie der dolus allemal präſtirt.
Dagegen konnte bey der culpa levis jener Geſichtspunkt
von Belang ſeyn, er könnſe es, ſage ich, denn er war
es keinesweges durchaus, ſondern nur bey einzelnen
Contracten und in einzelnen Fällen, nämlich theils wenn
nur dolus und culpa lata zu präſtiren war, theils wenn
die Beſiſſenheit nicht ſlechterdings vollaus, ſondern nur
bis zur diligentia quam quis präſtirt wurde: jenes, weil
dann die Nachläſſigkeit, welche die im Eignen gewöhnli-
che übertraf, dem dolus und der culpa lata gleichſtand;
dieſes, weil dann der Nachläſſige, bey der außerquiliſchen
culpa, wenn ſie ihm nur in eignen Sachen gewöhnlich
war, entſchuldigt werden konnte.

Jener Gleichſtellung wegen nun könnſte es niemanden
Wunder nehmen, wenn im Eignen ausgeſchloſſene culpa
levis, in fremder Sache vorkommend ein und das andere
Mal culpa lata auch genannt wüde, obgleich im Ver-

grif von ihr eben sowohl als diese vom dolus verschieden; in der That aber geschieht dies, so viel ich bemerken können, nirgends, obgleich andere es wollen gesehen haben: sondern die Römer begnügen sich bey den bloß dolus und culpa lata zulassenden Contracten mit der Bemerkung, daß auch culpa oder negligentia levis, wenn man im Eignen sorgfältiger sey, dem dolus oder der culpa lata juristisch gleich zu schätzen, da auch hierin eine Art fraudis verborgen liege. Dies gilt nun aber hier so gut, wenn die negligentia bey einer Handlung vorgekommen, welche schon bey der Aquilia culpa ist, als wenn bloß von Unterlassung besonderer Vorfleissigkeit die Rede war; auch gilt es unbedingt bey dem Fleißigen so gut, als bey dem Unfleißigen.

S. 53.

Im Gegentheil außerhalb dieser Contracte, welche bloß mit dolus zu thun haben, mithin sobald culpa levis im Allgemeinen zugelassen wird, verhält sich die Sache etwas anders, denn einmal kommt hier, wie schon erwähnt worden, der concretionale Charakter der culpa levis nur bey dem Nachlässigen zur Sprache; sodann geht er die Aquilische culpa gar nichts mehr an, daher er hier nur in der Gestalt der *diligentia quam suis etc.* erscheint. Endlich ist es hier, wie ebenfalls schon oben bemerkt worden, im Ganzen von gar keinem Belang, daß die culpa in concreto den Wirkungen nach zur culpa lata hinauf-

gehoben werden kann a), denn sie wird hier schon als culpa levis prästirt, und kommt nur als die diligentia, d. h. die außeraquillsthe culpa levis beschränkend vor. Nur in einem Betracht ist auch hier jene Gleichstellung merkwürdig, nämlich, wenn davon die Frage, ob der, welcher diligentia quam etc. zu prästiren, die actio furti im Fall eines Diebstahls anstellen könne; hier ist es wichtig zu wissen, daß in der Unterlassung derselben eine gewisse fraus liege, so daß man sich hier also in gewissem Sinn auf eignen dolus berufen müßte. Davon das Weitere unten. Nur bey jenen Contracten also, nicht bey diesen erwähnen die Römer einer solchen Gleichstellung.

Nun erklärt es sich denn aber auch leicht, daß die Römer öfters bey der Societas, der Tutel u. s. w. in Fällen der diligentia quam suis etc. von einer culpa außer dolus sprechen, und die Verabsäumung solcher Bewissenheit als culpa levis auftreten lassen: sie sollte hier

a) Indem man diesen Unterschied der Klassen verkannte, aber doch die vielen Stellen nicht ganz übersehen konnte, in welchen die negligentia suis rebus non consueta als culpa levis behandelt wird, geriethen manche auf den besondern Einfall, daß die Verabsäumung des im Eignen gewöhnlichen Fleißes im Bewahren nur bey dem depositum, wo das Bewahren so recht eigentlich die

Hauptsache sey, culpa lata, bey den übrigen aber, wo es nur so nebenbey und per subsequens vorkomme, bloß culpa levis sey, ohne sich dadurch irre machen zu lassen, daß bey den übrigen Contracten doch im Ganzen eine höhere diligentia in custodiendo erfordert wird. Dahin gehören *Delrio* und *Prousteau ad tit. de R. I.*, und *Burgius elect. c. 12. n. f. w.*

als solche gelten, und war nichts weiter als eine mehr beschränkte außeraquillische culpa levis. Damit ist denn die Schwierigkeit unter no. 2. zu II gehoben, aber auch die Behauptung unter II selbst aus dem Wege geräumt.

S. 54.

Endlich wird dieses alles erst recht klar und verständlich, wenn man den Redegebrauch der Römer hier genauer beachtet. Stellen diese nämlich eine Art der diligentia, gleichviel, welche, die diligentia diligentis etc. oder die diligentia quam suis etc. oder die Besonnenheit überhaupt der culpa außer dolus gegenüber, so geschieht dies nicht, um sie davon als eine verschiedene species von der andern, sondern um sie von ihr als Species von ihrem genus zu unterscheiden.

Heißt es daher bey der societas, der socius hafte auch wegen culpa, culpa sey aber nicht bis zum äußersten Fleiße auszudehnen, diligentia quam suis sey genus, oder bey dem Commodatum utriusque causa contractum, die culpa sey hier wie bey der dos zu schätzen, also auf diligentia quam suis zu beschränken; so würde dies ausführlich so lauten: das Rechtsverhältniß läßt nicht allein dolus, sondern auch culpa in engster Bedeutung d. h. culpa levis zu, was aber diejenige species des genus culpa betrifft, welche auf Verbindlichkeit zu besonderer Besonnenheit beruht, so wird diese nicht (wie die Aquilische culpa) unbedingt und in vollem Maße prästirt, sondern

es ist genug, wenn nur ansgemacht ist, es sey diligentia quam suis etc prästirt worden. Umgedreht, wenn allgemeinlich erst von culpa die Rede ist, und nun, wie in L. 47. de legat. I. a), die Frage aufgeworfen wird, wie ist die culpa zu schätzen, gehört bloß culpa lata, gehört auch levis, gehört etwa auch diligentia dahin? und nun die Antwort dahin ausfällt, daß alles dieses zu der hier in Betracht kommenden culpa gehöre; so sagt dies mit andern Worten so viel als: es ist hier nicht bloß culpa lata, sondern auch culpa levis, von dieser in specie nicht etwa bloß diligentia quam suis etc. zu prästiren, sondern auch selbst das Heußerste der Besonnenheit, die diligentia e. str. gehört hier zur culpa, und ist in diesem Falle als ihr Bestandtheil anzusehen. Daß die Römer hier nicht so ausführlich sprachen, kam daher, weil sie dessen nicht bedurften: ihnen war das Verhältniß der diligentia zur culpa bekannt, und daher das Verständniß leicht. Was die Unfrigen aber hier zu einer andern Auslegung verleitete, waren die Worte, wodurch sie jene Ausdrücke verknüpfen: et, etiam, sed etiam, et quidem etiam, oder bey einer Frage: an numquid et — diese, meinte man, gingen auf ein außerhalb, eine diligentia, die über die culpa als plus hinaus liege b); dies ist aber durchaus

a) S. oben §. 48. init.

b) Am vernehmlichsten hat sich so ausgesprochen Cujacius Quaest.

Papin. ad L. 72. §. 3. D. de condit., und ad Africanum Tract. 5. ad L. 108. §. 12. D. de le-

nicht nöthig, denn auf ähnliche Art werden auch diligentia und custodia a), die doch ohne Zweifel sich wie genus und species verhalten, und selbst Ausdrücke, die dasselbe mit einem andern Wort wiederholen, verknüpft b), insbesondere aber kann die Verbindung durch auch füglich ausdrücken, daß das genus und auch die species prästirt wird; und zwar kann dieses auch entweder bloß die species heraus heben sollen, wie dies in den Besetzstellen der Fall ist, welche sagen, es sey culpa und auch diligentia quam suis zu prästiren c), oder es kann sich auch als ein plus auf die andere geringere species der Beschliffenheit beziehen. Dies letztere wird leicht die Meinung seyn, wenn gesagt werden soll, es sey nicht genug an diligentia quam suis etc. sondern auch diligentia diligentis werde prästirt, es sey auch diese hier Bestandtheil der culpa. Man muß nur bemerken, daß die Schuls ausdrücke: in specio, in genere „den Römern nicht ge-

gat. I. In der letzteren Stelle sagt er: „si accipientis sola utilitas versetur, ut in commodato, tantum abest, ut dolus solum praestetur, ut plus etiam praestetur, quam in his, quibus utriusque utilitas vertitur, id est, prae-ter culpam diligentia et custodia exactissima. Haben sich die Römischen Juristen wohl jemals so ausgedrückt, und konnten sie es?

a) L. 56. D. de actt. e. v. Vergl. auch L. 4. D. de eo qui pro tutore.

b) L. 22. §. 4. D. de pignor. act. L. 2. C. de in lit. iur.

c) L. 17. pr. D. de iure dotium. Paulus lib. 7. ad Sabinum. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

läufig waren a). Verhielte sich die Sache nicht so, wie gesagt worden, so fände man wohl einmal hier die recht eigentlich ein außerhalb oder mehr anzeigenden Ausdrücke *ultra, praeter, insuper, amplius, non solum, sed etiam, tam — quam, non minus, quam, quod plus est etc.* aber davon zwischen culpa und diligentia nichts; wie oft dagegen heißt es *non solum dolum sed et culpam — tam dolum, quam culpam* b), und was sehr merkwürdig ist, es fehlen solche Ausdrücke nicht, wo einmal die diligentia dem dolus oder was dann dasselbe sagt, der bona fides oder der culpa lata entgegen gesetzt worden.

So heißt es z. B. in der schon angeführten c) L. 68. pr. D. de contr. emt. Existimo, te in exigendo non solam bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere; in L. 6. D. de administr. rer. ad civit. pertin.; Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam negligentiam, et hoc amplius etiam diligentiam debent, in L. 10. §. 1. D. commodati — si mei causa dedi, dolum mihi tantum praestabit, si sui, et custodiam etc.

a) Gerade so heißt es am Ende der L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil. iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

b) Auch tam dolum, quam culpam latam kommt vor in L. 17. C. de negot. gest.

c) Oben S. 202 u. f. w.

§. 55.

Auf diese Weise erhält nun erst L. 13. §. 1. L. 14. D. de pignor. act. a) ihr volles Licht.

Sie heißt nun: bey dieser Klage wird sowohl dolus als culpa, gerade wie bey dem Commodat prästirt, so daß in specie auch custodia prästirt wird; nur allein die vis maior ist ausgeschlossen; folglich wird vom creditor (wie vom Commodatar) verlangt, was ein fleißiger Familienvater in eignen Dingen zu leisten pflegt.

Nun sieht man auch ein, wie in L. 68. pr. D. de contr. emt. b): diligentia durch culpa außer dolus erklärt werden kann, was sich sonst schlechterdings nicht begreifen ließe, denn wirklich wird, wo diligentia, eben culpa im vollsten Wortsinn prästirt. Man wird dadurch verständigt, daß diligentiam praestare so viel heiße, es müsse das Gegentheil derselben, culpa (omnis), nicht vorhanden seyn, wenn man ohne Verantwortung bleiben wolle.

Nach diesem Redebrauch müssen nun auch die übrigen Gesetzstellen, worin solche Ausdrücke vorkommen, gedeutet werden, z. B.

L. 19. C. de pignoribus. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Maximo.

a) Oben §. 48. g. d. C.

b) Oben §. 46. init.

Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur,

Dolus und culpa, aber in specie auch custodia ist zu prästiren: nicht bloß diligentia quam suis etc. sondern auch diligentia diligentis etc. mithin auch ihr Theil, custodia, gehört hier zur culpa.

L. I. §. 35. depositi. Ulpianus lib. 30. ad Edictum. Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: utputa si hoc nominatim convenit, sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, *ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet*, non tamen castas fortuitos.

Nicht das periculum casus, wohl aber das periculum culpae, welches hier dolus und culpa, so wie diese hier ferner die custodia begreift, soll prästirt werden u. s. w. Denn wenn auch diese Stellen, für sich betrachtet, allenfalls eine andere Auslegung zuließen, so dulden sie doch so viele andere, wo dieselben Ausdrücke und Wortfügungen vorkommen, nicht, und es ist hier, wie überall, eine sehr natürliche Regel, daß man so wenig die Wortbedeutungen als die Gesichtspunkte unnöthiger Weise häufen muß, eine Regel, die sicher von den Römern beobachtet worden. Andere Stellen, wodurch sich unsere Auslegung noch mehr

bewährt, kommen noch nachher vor, und besonders wird sich an den so berühmten L. 23. d. R. I. und L. 5. D. commodati zeigen lassen, wie ersprießlich und unentbehrlich sie sey.

Damit wäre denn aber die ganze no. I. nebst ihren Schwierigkeiten und Einwürfen, nicht weniger die zu II. 1. geduferte Bedenklichkeit beseitigt.

§. 56.

B. Wo culpa außer dolus überhaupt, aber nur diligentia quam suis etc. zu prästiren ist, da ist, was die Bessiffenheit betrifft, über die diligentia quam suis etc. hinaus, gar keine culpa vorhanden. Dieser Satz ist schon oben §. 39. aus der Natur der Sache deducirt worden, er macht es nun aber auch noch mehr verständlich, warum in jedem Fall zu bemerken war, daß entweder bloß diligentia in specie zu dem genus culpa gehöre, oder diese die diligentia unbeschränkt in sich aufnimmt. Culpa ist hier das Unbestimmte, der Gattungsbegrif, unter den nach Verschiedenheit der Umstände bald nur das eine, bald auch das andere zu bringen ist: sie umfaßt 1) die Aquilische culpa levis in ihrem ganzen Umfange, 2) die außeraquilische aber bald in vollem, bald in einem beschränkteren Sinne, bald als diligentia qualem suis etc. bald als diligentia diligentis etc. Sodann erklärt sich aber nur allein daraus, wie in Fällen, da doch nur diligentia quam suis etc. zu prästiren war, gefordert werden konnte;

daß keine culpa keiner Art vorhanden seyn müsse, womit denn auch die Schwierigkeit unter II. 3. gehoben ist, welche nur unter unsern Voraussetzungen nichts zu bedeuten hat.

§. 57.

C. Schon allein darum, weil bey den Contracten, welche *diligentia quam suis etc.* prästiren lassen, das *iudicium* auf culpa levis geht, und nur in einzelnen Fällen, wenn gerade der Handelnde als ein gewöhnlich Nachlässiger befunden wird, die Beschränkung der Bewußtlosigkeit eintritt, muß hier in der Regel jegliches leichte Versehen verantwortlich machen, und muß es präsumirt werden, daß der in Anspruch genommene durchweg und auch in der gerade in Frage stehenden Art der Thätigkeit ein Fleißiger zu seyn pflege. Eine culpa levis ist hier zum Klaggrunde hinreichend, und nimmermehr kann es hier erforderlich seyn, daß der Kläger sich auf den gewöhnlichen Fleiß des andern berufe, vielmehr muß dieser letztere es zu seiner Entschuldigung anführen, es zum Gegenstande seiner *exceptio* machen, daß er ein Nachlässiger auch im Eignen sey, nicht aber gendthigt werden können, mehr zu leisten, als er in seinen eignen Dingen zu leisten gewohnt sey. Das *iudicium* ging auf *dolus* oder culpa, aber auch die leichteste Schuld ist culpa; soll sie in *casu concreto* gar keine Schuld seyn, so muß gezeigt werden, daß eine solche culpa *levissima* dem Beklagten in dem

Seinigen gewöhnlich sey, und kann ihm, wenn er sich nicht selbst darauf beruft, unmöglich hierin vorgegriffen, oder der Kläger schon darum abgewiesen werden, weil er zwar sein fundamentum agendi vollständig darlegte, aber nicht schon die Widerlegung einer möglichen Einrede mit hineinbringt a). Sodann geht diese Präsuntion auch schon aus der empirischen Wahrscheinlichkeit, daß jemand ein fleißiger sey, hervor, denn Nachlässigkeit kann unter einem fleißigen Volke, was den Schwern gleicht, unmöglich als häufig, als das Gewöhnlichere angenommen werden, und daß die Römischen Juristen es wirklich einem Jeden zutrauen, daß er bey Verwaltung des Seinigen immer und in allen Stücken seine fünf Sinne zusammen nehmen werde, sieht man aus der schon oben b) erklärten L. 25. D. de probat. und L. 39. D. ad Leg. Aquil. Folglich muß in dubio stets angenommen werden, daß die diligentia quam suis etc. und diligentia s. str. in einem Punkte zusammentreffen.

Ganz anders bey in iudicium depositi: dieses ist auf gar keinen Fleiß keiner Art gerichtet, es läßt also auch

a) L. 9. D. de probat. — Man könnte ja sagen: eine negligentia rebus suis non consueta sey hier gerade das fundamentum agendi, und die exceptio diligentiae suis rebus consuetae sey nichts weiter als eine negative litis contestatio.

Aber dies ist schon der ganzen Fassung der hievon handelnden Gesetze stellen, und der Ordnung, worin die Römer sich hierüber vernehmen lassen, zuwider.

b) S. J. 24. a. C. u. J. 41. a. C.

keine Nachlässigkeit als solche prästiren, darum auch beachtet dasselbe nicht, ob etwa diese Nachlässigkeit bey einer Aquilischen iniuria vorgekommen: es erkennt nur dolus, fraus als Klagergrund an. Nur können also, weil in gewissem Sinne jede culpa oder negligentia lata (in abstracto) einen dolus enthält, sollte diese auch hier prästirt werden, nur darum ungleich, weil jede omissio diligentiae, qualem quis suis etc. gewissermaßen eine fraus mit sich führt, wurde auch diese in dies iudicium samt dem wahren dolus mit aufgenommen. Dolus kann aber unmöglich weder direct noch indirect präsumirt werden a), demnach mußte sich also hier der Kläger darauf berufen, daß die an sich und im Vergleich mit dem Fleiße anderer im Allgemeinen zwar leichte Schuld, doch im vorliegenden Fall als eine culpa lata und als dolus zu betrachten sey, da die Person des Beklagten sich in ähnlichen Fällen in eignen Angelegenheiten besser und fleißiger zu benehmen wisse, und so mußte er den Richter in den Stand setzen, sich von der Wahrheit seiner Behauptung zu überzeugen b). Aber auch hier kam, wie schon früher erwähnt worden, nichts darauf an, ob von einer Aquilischen oder außeraquilischen Schuld die Rede war: eine Nachlässigkeit, welche erweislich nicht ohne fraus war, und durch Hinderung der obligationsmäßigen Leistung ganz oder zum

a) L. 18. §. 1. D. de probat. b) L. 21. D. eod.

Uebel Schaden gestiftet, mußte als *dolus* prästirt werden.

Daraus entsteht denn aber ein wichtiger Unterschied zwischen der *negligentia suis rebus non consumta* bey den obligationes, welche mit dem depositum zu einer Klasse gehören, und demjenigen, welche nur die Besonnenheit auf *diligentia quam suis etc.* einschränken. Und ist diese Unterscheidung keinesweges eine bloß spitzfindige, zu theoretischen Zwecken erfundene, sondern sie geht von practischen Gründen aus, und kehrt zu fruchtbaren practischen Resultaten zurück, wie an dem Beispiele der Latel unten gezeigt werden soll, da denn die unumgängliche Nothwendigkeit derselben, wie ich nicht zweifeln darf, genugsam in die Augen leuchten wird a).

a) Ueber alle diese lästigen Definitionen kommt man weg, wenn man mit *Gensler exorcit. ad doctrin. de culpa. Jen. 1813. p. 97. not. 2.* ein für allemal sich dahin erklärt: *mittamus probationem diabolicam ac plerumque impossibilem diligentiae in concreto. Tale quid nocivum leges contra rationem constituere volunt.* Dieser satanisch schwierige Beweis mußte ihn auch wohl außer dem oben gelegentlich erwähnten Grunde bewegen haben, der culpa in concreto den Abschied zu geben, von welcher er an einer andern Stelle pag. 90 indirect zu verste-

hen gibt, sie sey einem unsteten Schwanzsterne (*instabilis cometa*) zu vergleichen, indem dagegen seine *diligentia domestica* (welche nicht wüthet, noch unsinnig herdurchbringt pag. 89) sich häuslich niedergelassen habe. — Daß in dessen Präsumtionen hier nicht unnatürlich die verschiedenen Con-tracte absondern, zeigt die Vergleichung mit dem alten deutschen Recht, wie es seinen Grundzügen nach in mehreren alten Statuten uns aufbewahrt worden. Geklebene Sachen mußten auf allen Fall unverderbt wiedergegeben werden, und hier konnte sich in der Regel

§. 58.

Ich möchte noch darauf aufmerksam machen, daß wenn man die Sache so vorstellt, die Bemerkung unter no. II.

niemand auf durch Zufall erlittenen Schaden berufen. Bey depozirten Sachen war dies anders, ebenso bey Pfande, und ebenso standen sich diese im Resultate gleich: nur wenn es ein reiner casus war, und der Detinent nichts verschuldet hatte, blieb er ohne Verantwortlichkeit. Unterschieden aber waren diese darin, daß der Depositar mit seinem Eide, daß er ohne Schuld sey, abkommen könnte, der Pfandgläubiger dagegen beweisen und schwören mußte, daß das Pfand ohne seine Schuld verloren gegangen, da er denn zwar seine Forderung verlor, gegen ihn aber doch auch keine Forderung geltend gemacht werden konnte. So der Sachsenspiegel B. 3. Art. 5. (Ausg. von Gärtner S. 331.): „Wenn ein Mann dem andern sein Gut aufzuheben gibt, wird es diesem gestohlen oder geraubt, oder verbrennt es, oder stirbt es, wenn es Vieh ist; so darf er keine Noth darum leiden, wenn er schwören kann, daß es ohne sein Verschulden geschehen sey. Was man aber einem Manne leihet oder versetzt, das soll er unverdoret wiederbringen, oder seinen Werth ersetzen. Stirbt aber

ein Pferd oder Vieh während der Verpfändung ohne dessen Verschulden, der es bey sich hat, erweist er das, und kann dazu schwören, so ersetzt er es nicht, seit Geld aber, dafür es versetzt wurde, hat er verloren, es wäre denn ihre Abrede anders gewesen.“ So das alte Lübbische Recht, Sessel. Eoder (in Eronhelm's Corpus constit. et statut. Holstae L. IV.) Art. 343: „So wold man deme anderen dit syn gudo to holdende, und wert dat em gestalen, offte gerovet, offte vorbrant, offte vorlust myt synem egegonen gude dar mede, und wil he dat up den hilgen wat maken, dat he dat syne myt deme andern gude verloren hefft, und is ane synen Danke (ohne seinen Willen) geschehen, he schal dar nene schult offte not umme lyden, und is dat vee, offte guet, und sterbet dat deme it to holdende daen is, he schal dat sweren, dat id one syne schult dat gebleven is. So wat over en man deme anderen lehet, dat schal he ja anvetworren weder antwerden, offte gelden na syneme werde, offte dat vorkalet wert. Wen ein verdt bynnen der

4. alles Auffallende verliert. Wird hier der Zustand der Betriebsamkeit und des Fleißes als der gewöhnliche anges-

befettinge van weddeschatte (dies heißt hier nichts anders, als: ein Hauptpfand. *Haltaus Glossar. v. Wetteschat*), dat en dorff nen ~~was~~ wedder gelden, men he schal dat tugen, dat id ane syne schult so to deme gode gelamen, so verlust he dat gelt, dat id eme stund, sundet ere vorwart (vordorff?) synt mit anderen beschebe to gegan. Hier ist schon bey dem depositum, ungeachtet jedes Verschulden in Betracht gezogen wird, davon die Rede, daß die eignen Sachen mit verbrannt seyn dürfen; der Vortrag ist aber besonders unbehüllich und verworren, wie er es oft in diesem, im Ganzen ziemlich unzuverlässigen Codex ist. Der 2te Codex in *Brokes* soll. obss. Art. 281. 282. erwähnt dessen nicht, stimmt aber ganz mit dem *Sachsenspiegel* überein. Die Worte lauten: „Welc Wilsche dem anderen tho wartende heit Wee, offte Quid, unde stervet dat Wee, offte Quid, wil den dejenne dat in den hiligen sweten, demie dat tho wartende daen is, dat idt sunder sinen Willen gestorven is, unde van sinent wegen nicht vorwaenhoedet, so is he des ane Schaden, desgeliken is idt oec umme einen Herden, so verne he dat in den Hiligen

sweten wil vor sic unde sine Baden. Wat aver ein Man dem anderen lent, van Quid, offte von anderen Dinggen, dat schal he eme unvordervet wedder antwerden, offte gelden na sinem Gewerde, effte idt vordorven were effte vorlaren. Men stervet enem Manne dat Quid binnen der Tidt, dat idt geweddeschattet is, dat moek he bewisen, deme dat tho Weddeschatte stund, dat idt van siner Wersumnisse nicht gescheen sy, offte storven is; effte (sagt hier so viel als, wenn gleich, die Partikel ist nicht das absondernde, sondern das gleichstellende oder) he mot dat entberen, dat he darup ge daen heft.“ Fast wörtlich lautet so der 3te Codex bey *Brokes* Art. 247. 248., der erste dagegen so wie der bey *Westphalen* monum. ined. T. III., welche eine große Strecke durch gleichlautend, aber nicht so vollständig sind, wie jene, enthalten nichts hierüber. Daß sie jedoch bey dem *Commodat* ein Gleiches voraussetzen, sieht man schon daraus, daß sie (*Westphalisch. Cod. Art. 184. Brok. Cod. I. Art. 197*) den casus von dem tragen lassen, welchem ein Material zur Verarbeitung hinzugegeben war; woraus denn, bey

sehen, so folgt denn nun freilich von selbst, daß die Verbindlichkeit zur Verschiffenheit, ungeachtet sie sich im Ganzen

läufig gesagt, ferner erhellt, daß dies mit der beim Commodat wegfallenden Vinculacion gegen den dritten Besitzer nichts zu thun hat, da sie in dem eben erwähnten Fall nicht wegfällt Westphal. Cod. Art. 143. Segel. Cod. Art. 63. Brof. Codd. I. Art. 145. II. Art. 332. III. Art. 273; zudem wird ja auch nach dem alten Lüb. R. die verliehene Sache wirklich vindicirt, jedoch nur resusio proio: Westphal. Cod. Art. 144. Brof. Codd. I. Art. 146. II. Art. 297. 333. III. Art. 30. Art. 273. u. 337. Nach dem Sachensp. Lib. 2. Art. 60. ist dies freilich anders. — Im revid. Lüb. R. heißt es Lib. III. tit. 2. beim Commodat: „Was ein Mann dem andern leihet, das sol er ihm unverdorben wiedergeben oder bezahlen nach seiner Würde, wenn es verloren wäre;“ und im tit. 5. beim depositum: „Gibt einer dem andern sein Gut zu bewahren, es sey, was es wolle, dafür kein Lohn, Stett- oder Tringeld gegeben, noch gebet wird, kommt es abhanden durch Diebstahl, Raub, Brand oder andere Zufälle, könnte alldann derjenige, dem es anvertraut, daß er solch Gut so treulich bewahret hat, als das seine, oder

aber, daß er das seine mit verlustig worden, auf seinen Eid erhalten, so darf er darzu nicht antworten. Die Bestimmung beim Pfande findet sich hier nicht. Nach dem Jütischen Lav=Buch ist das Commodat ebenfalls privilegiert; Pfand aber, Depositum und Miethe stehen einander gleich, und es ist jedes Versehen dabey zu präsumiren: im Fall des Brandes aber ist es nur eine durch Eid unüberwindliche Präsumtion, wenn nicht, & von dem eignen Gute mit verloren gegangen ist; (Eichenberg Uebers. d. Jüt. Lav. B. 3. cap. 54: „Wurde averst dat Verdt „(was er gemiethet)“ mager, spiff, edder gar tho dode gereden, dat Top unde Tagel wedder to Hus qvemen: Unde sweret, de dat Verdt reth, dat idt dorch sine Schuld unde Vorwartlosinge nicht geschehen, effte ummekamen is, he gelbet nichts darodr. Men is idt eme gelehnet gewest, so gebbet sic, dat idt ane allen Schaden so gut wedder tho Hus ferme.“ B. 2. Cap. 114: Velt einer dem anderen etwas tho vorewrende, edder settet idt eme tho Pande, edder vorWed, unde entsteit ein Brandt up, dat an Hus und Hoff up:

auf diligentia quam suis etc. beschränkt, doch gewöhnlich bis an den casus reichen muß, denn in solchem Zu-

brende, mit des andern Bondens Raaste, dat is, mit sinem egen Gudte, und is bewißlik dat des Bonden Gudt, so wol also dat Gudt, dat eme vortrivet, unde gesettet was, umme gekamen is, so is he darmede klagelos. Wil dverst he (de Kleger) sic an solckem Gefücheniß nicht gendgen laten, so wehre sic syn Zegenpart mit Kistnaffe, dat solck Gudt dorch sine Vorwarlosinge nicht ummegekamen is, unde betalet nichtes davon. — Hedde he ock van sinem egen Gudte nichtes vorlaten, so betalet he dem Anderen syn Gudt, dat he eme under Handen gedaen hedde, unde darff nicht sweren. Geleuet unde gewarderet (geschätztes) Geldt unde Gudt dverst kan nicht verlaten werden. Man sieht also, durch den Eid mit Eideshelfern ward hier alles ausgemacht, sobald nur nicht bey einem Brande u. w. d. g. der detinens das Seinige sämmtlich, oder doch nicht einen so großen Theil davon gerettet hatte, daß jene Präsumtion eintreten konnte, und waren sich auch hierin, außer dem Commodat, alle Contracte gleich. Auch das Jus Stad. P. XI. Art. II. läßt den Pfandgläubiger bezeugen, daß die Sache ohne seine Schuld zu Grun-

de gegangen sey, s. *Senkenberg* in sel. T. 17. pag. 380. Es ist interessant mit diesem allen den Schwabenspiegel zu vergleichen. *De Senkenb. g. corpus iur. germ.* sind es die Capp. 247 — 254, welche hieroon handeln, und als ein Commentar zum angeführten Art. 5. des *Sachs. Sp.* betrachtet werden können, aber freilich hat der Verfasser dieses *Sachs. Sp.* mit edler Freyheit überarbeitet. Ja muß bekennen, daß mit, wie auch sonst, der *Sachs. Sp.* in seiner alten strengen Gestalt viel besser gefällt, und wirklich man gewinnt ihn erst recht lieb, wenn man ihn mit den spätern Bearbeitungen des Deutschen Rechts vergleicht. Hier ist im Schw. *Sp.* recht sichtlich eine zusammengeleitete Arbeit. Erst zwar ein eigenthümliches sehr merkwürdiges Prinzip, Cap. 249. pr. „Wir sprechen das, daß der Mann fremdes guez baß solt hüten denn seyn selbs gut.“ Dies Prinzip wird denn aber erst in den Art. 5. des *Sachs. Sp.* hineingeschoben Cap. 247. „Wer dem andern gut empfilhet, auff seyn trew und wirt es verstolet, oder geraubet, oder verbriantet es, oder stirbet es, ob es Wich ist“ (wer kann zweifeln, daß dies.

stande fällt, wie wir gesehen haben, diese mit der diligentia diligentis etc, zusammen, welche letztere aber das ganze Gebiet der Imputation ausfüllt,

te Worte aus dem Sachsensp. genommen worden),“ und hat er das gut baß in seiner Hut gehet denn seyn selbs gut, und getar er das zu den heiligen be- reden, er giltet des gutes nicht. Was man aber einem Mann lei- het oder verseczet, das sol man im unverderbet widergeben, oder gelten mach seiner werdt. Ist aber es erger worden, das besser man im als Recht sey. Verseczet ein man dem andern eyn pferd umb pfenning, und stirbet das in sei- ner gewalt an sein Schuld, das ist der gemein Tod, er soll es nit gelten; er verleuret aber den pfenning, dyn er darauff gelohen hatt, ir gelubde stand denn an- ders. Und hat er aber Bürgen darauff genommen die sollen in mit recht sein pfenning wider ge- ben. Unnd will mann im nit glauben, so schwere czu den Heiligen, daß es tod sey on sein schuld und sey ledig; mag man in aber überzeugen, daß es von seinen schulden tod ist mit drey mannen, er soll es gelten.“ Man sollte hiernach denken, daß das Commodat auch hier das pe- riculum unbedingt prästiren lasse, und das, was Cap. 249. und 250. von geliehenen Pferden und geliehenem Vieh gesagt wird, er-

scheint in dieser Hinsicht als Aus- nahme; in Cap. 253. wird denn aber auch an das Commodat jenes Prinzip angelebt: „und lei- het ein man dem andern silberin näpff oder ander gut, und wirt es im verstolen, er muß es gel- ten. So sprechen ettlich lewt; verleuret ein man seyn selbs gut mit moinem gut, er sol es mir nicht gelten, das ist nit, einem jedkli- chen man ist gesetz, das er fremdes gutt baß soll pflegen denn sein selbs gut.“ Das kommt davon, wenn man nicht aus ei- nem Stück arbeitet. Merkwür- dig wegen der actio furti ist noch der gleich folgende Zusatz: „und ist das mir meyn gut verstolen wird das nit meyn ist, do sol ich der klager umb seyn; und stirbe ich oder entwich davon, so sol der klagen, des das gut was.“ In Cap. 249 (die Verseczung, welche Senkenberg vornimmt, ist wohl nothwendig, bringt dann aber noch die Sonderbarkeit her- vor, daß, wenn auch das Pferd über das verabredete Ziel hinaus geritten wird, den Commodatar der Tod des Pferdes in dubio befreit) heißt es in Hinsicht des geliehenen Pferdes: wird es im verstolen — wirt es geraubet — und geschicht diez ee es kompt

S. 59.

D. Wenn die Römer sämtliche Contracte in Hinsicht der praestatio culpae classificiren wollen, so legen sie, wie schon erwähnt, die unter A erklärte Eintheilung zum Grunde und machen nur zwey Klassen: solche die dolus und culpa lata, und solche, die auch culpa i. e. culpa levis zur Prästation bringen.

In die letztere Klasse kommen sowohl diejenigen Geschäfte, welche die diligentia diligentis, als auch diejenigen, welche nur diligentia quam suis etc. zur culpa rechnen, und werden daraus keine besondere Klassen gemacht. Der Grund ist nun leicht gefunden: die diligentia quam suis kommt nur bey wenigen dieser Contracte, und als besondere Prästationsart nur in einzelnen Fällen vor, daher sie es für hinlänglich hielten, bey jedem Contracte selbst, wenn von seiner besondern Prästation die Rede war, es anzuführen, ob

an die stat, die do aufgenannt ist, wirdt es denn verholen, so giltet er es nicht: ob er sy also gehüt hat als er solt, und nun folgt jenes Princip. Wie unsicher ist hier alles, und wie sicher dagegen der Sachsensp. und das alte Lüb. Recht; der Unterschied des Pfandes vom Depositem in Hinsicht der Art, sich vor Gericht zur Unschuld zu legitimiren, ist auch verwischt, ge-

wis ohne Nachdenken. — Man verzehle mir, daß ich mich hier so lange bey dem Deutschen Recht aufgehalten; ich habe dadurch Wiederholungen vorgebeugt: denn ich werde mich an mehreren Orten auf diese Note beziehen, und mich dünkt, die hier angestellte Vergleichung ist nicht ohne ein rechttes Interesse, wenn man sich des Geistes dieser Lehre bemächtigen will.

er sich mit *diligentia quam suis etc.* beguthe oder nicht. Offenbar konnte hieraus auch keine culpa tripartita entstehen, denn nur größere oder geringere Nachlässigkeit, und als oppositum größere und geringere Sorgfalt und Anstrengung konnten hier den Grund und Maßstab der ganzen Eintheilung abgeben; nun ist aber, so oft die *diligentia quam suis etc.* mit der *diligentia diligentis etc.* zusammenfällt, dieselbe Anstrengung erforderlich, damit kein imputables Vergehen vorgeworfen werden könne, mithin ist hier auch die Nachlässigkeit und culpa immer gleich groß. Dagegen aber, will man nicht die culpa, sondern die praestatio bey den Contracten, diese mit einander verglichen, eintheilen, so kann es auch nicht fehlen, daß man durch das Verhältniß der beyden Arten der *diligentia* zu einander 3 Prästationsgrade herausbekommt. Denn stellt man nun einen Contract, der *diligentia diligentis etc.*, einem solchen, der *diligentia quam suis etc.* prästiren läßt, gegenüber, und vergleicht sie im Ganzen und in allgemeiner Uebersicht, so muß sich zeigen, daß das Erforderniß der Anstrengung und des Fleißes bey dem erstern weiter geht, als bey dem letztern, indem der erstere mehr Fälle begreift, wo ein höherer Grad davon verlangt wird: bey ihm muß allemal der höchste Fleiß angewandt werden, um von Verantwortung frey zu bleiben, bey dem andern nur, wenn kein Ausnahmefall eintritt, in welchem der Beklagte sich mit

seiner sonstigen Nachlässigkeit entschuldigen kann. Es gibt also drey Grade der praestatio, und also auch eigentlich 3 Klassen der Contracte nach diesen Graden: dolus + diligentia quam suis — diligentia, und es ist dabey nur zu bemerken, daß die Aquilische culpa bey der ersten Klasse gar nicht ohne *fraus*, bey den beyden andern aber unbedingt prästirt wird. So pflegen aber die Römischen Juristen dies nicht zu stellen, obgleich sie jedoch die Sache selbst genugsam dadurch andeuten, daß sie einzelne Contracte aus ihrer zweyten Klasse als solche hervorheben, bey denen sogar *diligentia omnis* prästirt wird, und von andern sagen, es sey *diligentia quam suis* etc. dabey genug („sufficit praestari quantam suis rebus diligentiam exhibere solet“). Dies süßten gewiß manche der Unsrigen zu stark, um sich bey den 2 Graden des *Donell* ganz beruhigen zu können, und irre ich nicht, so haben wir es hauptsächlich diesem an sich richtigen Gefühl zu danken, daß sich die Theorie der 3 Grade der culpa so lange in Würden erhalten: hätte man sich bey Zeiten hierüber verständigt, und nicht Grade der praestatio mit Graden der culpa verwechselt, so wäre vielleicht längst der Streit gehoben gewesen.

S. 60.

E. Man muß sich überhaupt vor dem Irrthum hüten, als ob culpa lata in abstracto und culpa in concreto durchaus und immer auf denselben Fuß zu stellen

sind. So ist es z. B. eine bekannte Sache, daß wenn gleich in der Regel *Præstatio* die *præstatio cul- pae* auf alle Weise verändern und modificiren können, doch *dolus* nie dadurch erlaubt werden kann, und ungeachtet derselben beständig Schadensersatz deshalb eintritt a). An sich große Schuld nun aber, wie sie im Allgemeinen dem *dolus* gleich ist, muß auch hierin ihm völlig gleich stehen. Ist es doch schon in eigenen Angelegenheiten gewissenlos (*mala tanquam fides*) sich in einem enormen Grade nachlässig oder saumselig zu betrogen, wenigstens wenn dieses Betragen häufig vorkommt, und die einzelnen Fälle nicht auf andre Weise compensirt werden; wie könnte es jemals der *bona fides*, die man doch nicht verhängen darf, gemäß seyn, vermöge Verabredung in einem fremden Ver- hältniß eine Unachtsamkeit zu beweisen, die sonst unter Bürgern unerhört ist. Dagegen läßt sich nicht wohl ein- sehen, warum nicht einer mit gutem Gewissen dem andern, der ihm etwa Sachen oder Geschäfte anvertrauen will, vor- stellen kann, er habe genug mit seinen eigenen Sachen zu thun, wolle jener, daß er noch dazu die seinigen überneh-

a) I. 27. §. 3. D. de pactis. L. 1. §. 7. D. de pos. L. 6. §. 9. D. de act. emt. vend. L. 23. D. de R. I. Es versteht sich, daß er nachher erlassen werden kann, und indirect dadurch, daß man allen rechtlichen Anspruch, alle Klage

zum voraus aufgibt, welches ist Liberalität, und schenken kann je- der so viel er will. Die Worte in L. 27. §. 3. cit. *quavis si quis* bis z. E. sind von dem Letz- teren zu verstehen, vgl. L. 7. §. 15. eod.

men solle: so könne er ihm nicht dafür einstehen, daß ihm nicht einmal eine kleine Nachlässigkeit oder Versäumniß entschlüpfen werde; den Aufwand von Kräften, die Accuratessie, die er auf seine Angelegenheiten wende, könne er hier nicht angeloben, er könne nur versprechen, daß er sich kein absichtliches oder grobes Verschwen werden zu Schulden kommen lassen. Läßt sich der andre dies gefallen, so ist, dünkt mich, kein Vertrag, daß Kraus erlaubt seyn solle, vorhanden, sondern diese Verabredung bewirkt, daß eine kleine Nachlässigkeit, wenn sie auch dem Manne nie in eignen Dingen vorzukommen pflegt, doch nun nicht zum dolus gerechnet werden kann, dies Mal überall kein dolus ist. Der andre wußte, was er zu erwarten hatte, und daß jener seine volle Kraft fast ausschließlich zu eignen Geschäften nöthig hatte. Der dolus ist hier also auch nicht zum Theil ausgeschlossen, sondern nur sein Umfang vermindert und beschränkt worden a).

a) Unter den bisherigen Schriftstellern gibt es hier, so viel ich bemerken können, 5 Parteien, von denen die eine ein pactum, welches den dolus ausschließen will, überhaupt zuläßt wegen L. 27. §. 3. D. de pactis (sie verdient keine Widerlegung); die zweyte zwischen bonae fidei und stricti iuris negotiis unterscheidet (ohne Grund, da das ius strictum unendlich ein den dolus billigendes pactum anerkennen konnte); die dritte den dolus praesumtus, in welchem Wort die culpa lata und die culpa in concreto zusammen gefaßt wurde, unbedingt ausschließen ließ; die vierte die Ausschließung desselben eben so unbedingt für ungültig erklärte, und die fünfte dabey zwischen culpa in faciendo und non faciendo unterschied. Brückner l. c. traf auf einen speciellen Fall der culpa in concreto, für den er einsah, daß die Ausschließung derselben erlaubt seyn müsse, nämlich, wenn jemand ausdrücklich ausmache,

§. 61.

Das Befagte liegt ſo ſehr in der Natur der Sache, daß wenn auch keine Stelle in den Geſetzen enthalten wäre, welche auf dieſen Unterſchied hinwies, man es dennoch als Recht gelten laſſen müßte, aber es ſind allerdings ſolche Stellen vorhanden, nämlich:

L. 41. D. de administr. tutor. Papinianus lib. 7, responsorum. Qui plures tutores habuit, unum qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit

daß er bey einem Feuerbrande zuerſt ſeine eignen und dann erſt die deponirten retten werde, aber er drang wieder nicht durch. Auch meint er, wäre L. 32. D. depos. unüberwindlich. Sodann glaubt er auch, mit der culpa lata in abstracto verhalte es ſich auf gleiche Weiſe; es ſey gar nichts Dolosä, wenn ein Menſch, der in ſeinen Sachen auch nicht im mindeſten fleißig ſey, bey fremden Sachen ausmache, er wolle bey ihnen nicht zu mehrerem verantwortlich ſeyn, als er ſich bey ſeinen eignen angewöhnt. Nur wollten auch hier L. 25. d. R. I. und L. 226. de V. S. ſich nicht durch ſeine Verbannt aus dem Wege räumen laſſen. Endlich meint er, ſey es doch wohl aus dem Grunde beſſer, ſowohl die culpa lata (in a.) als die culpa latior nach ihm (culpa

in concreto) nicht durch pactum auszuschließen zu laſſen, weil die Römer nun einmal ſingirt hätten, beyde ſeyen dolus, und das aus der weſentlichen Abſicht, damit niemals in casu concreto darüber geſtritten werde, ob ein dolus daraus zu präſumiren ſey oder nicht; ließe man nun Ausſchließung durch pactum zu, ſo ginge der Streit wieder von neuem an. Alle dieſe Bedenkllichkeiten fallen weg, wenn man nur herzhafte genug iſt, ſich hier ein Prinzip aufzuſuchen, die ganze Fadel vom dolus praesumptus anzuhoben, und den Gedanken feſt zu halten, daß bey der culpa in concreto, und nur bey dieſer der dolose Charakter immer und allemal durch das pactum aufhört, der ohne pactum, wo von natürlich L. 32. ſpricht, immer und allemal Statt findet,

reddere: quoniam eius liberatio, quod ex tutela percépit, aut dolo contráxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, *ex culpa*, recte conveniuntur; tutor enim legatarius *ex culpa*, quae testamento remissa est, non tenetur.

L. 5. §. 7. D. eod. Ulpianus lib. 35. ad Edictum. Iulianus lib. 21. Digestorum huiusmodi speciem proponit: Quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: „eosque aneclogistos esse volo,“ et ait Iulianus, tutores, nisi *bonam fidem in administratione* praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent. Nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus. Et est vera ista sententia, „nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam. Damnum vero quodcumque ex tutela quis senserit, et legari et per fideicommissum ei relinqui potest,

L. 72. §. 3. D. de condition, Papinianus lib. 18. Quaestionum,

Quid ergo, si ita scriptum sit: „peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur?“ sine dubio per huiusmodi verba non interponendae qui-

dem cautionis conditio vidēbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur; idemque a) in eius persona, qui negotia gessit, cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est.

So wie in Verträgen, so konnte auch in Testamenten künftiger dolus und gewiß auch die an sich gewissenlose größere Schuld b) nie erlassen werden, und wurde, wenn für irgend eine Administration oder negotiorum gestio alle Rechnungsablebung im Testament erlassen war, selbst wenn jene dem Tobestage vorangegangen, als Willensmeinung angenommen, daß nur culpa außer dolus

a) Richtiger für idque.

b) Eujaz muß freilich anderer Meinung gewesen seyn. Zu L. 72. §. 3. cit. (Quaest. Papin.) bemerkt er, was bey L. 41. cit. immer übersehen worden, daß hier eine culpa außer dolus erlassen werde, da doch culpa levis (in abstracto) ohnehin schon nicht zulässig sey. Um zu helfen, versteht er das Wort culpa hier von „negligentia magna et scrupulosa inquisitio,“ welches nach L. 119. D. de legat. I. auf eins hinaus gehen solle. Ich möchte gar; gerade die culpa lata liegt am Tage, dagegen führt die Frage, ob eine culpa levis vorhanden, zur scrupulosa inquisitio, so wie das, was

et auch nennt: noluit anxie requiri rationem ab herede, eben falls die culpa levis verbannen soll. Auf gleiche Weise werden sie in L. 6. D. de iur. et fact. ignorant. einander entgegengesetzt. „Et hoc, fährt er fort,“ obtinet generaliter in quolibet administratore, in tutore, curatore, procuratore, negotiorum gestore, actore civitatis, ut si sit ei remissa redditio rationum, videatur remissa culpa omnis“ (in diesem Sinn: culpa mit Einschluß der c. lata, ein zuverlässig nicht Römisches Sinn), „non etiam fraus et dolus.“ (Vergl. noch L. 9. D. de liberat. legat.).

erlassen sey. Diese Bestimmung nun kommt in den vorstehenden Fragmenten theils von der *administratio tutelae*, wo doch nur *diligentia quam suis* zu prästiren war (an *Aequitische culpa* wurde hier gewiß nicht besonders gedacht), theils von der Verwaltung und Herausgabe eines *Universal-fideicommisses* vor, wo gar *culpa lata* erfordert wurde, und alle Beflissenheit ausgeschlossen war, die nicht einen *dolus* enthielt a); in beyden Fällen kann also unter *culpa* außer *dolus* nur die *negligentia suis rebus consueta* das seyn, was erlassen war, denn was darüber hinauslag, bedurfte als obnehin nicht zur Prästation gehörig gar keiner Erlassung. Den Fleiß, welcher seinem Erben geleistet werden sollte, konnte der Testator immer dem Grade nach bestimmen, und dem Unfleiß auch die dolose Natur benehmen, in so weit sich diese überhaupt davon trennen ließ.

§. 62.

Einen ganz besondern Unterschied der *omissio diligentiae quam suis etc.* von der *culpa lata* und dem *dolus* scheint noch folgendes Fragment mit sich zu führen, welches um so merkwürdiger ist, da es noch die beyden obigen Behauptungen, daß *diligentia quam suis etc.* oft als *culpa* außer *dolus* behandelt werde, und daß, wo

a) ©. oben §. 59.

diese prästirt wird, alles, was darüber hinausliegt, gar nicht für culpa geachtet werde, auf das Klarste beweißt. Es ist

L. 18. §. 1. D. soluto matrimen. Pomponius lib. 16. ad Sabinum.

Licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio de dote, an facere possit, dolo damnatam comprehenditur, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda, quamquam eum damnatam dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium. *Ofilius* autem aiebat, *si dolo mariti res dotalis interisset*, et alioquin solvendo non esset, quamvis nihil dolo fecisset, quominus solvendo esset; perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine, in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset, quominus facere possit. Caeterum, *si circa interitum rei dotalis dolo malus et culpa mariti absit*, actiones solas, quas eo nomine *quasi maritus* habet, praestandas mulieri, *veluti furti vel damni iniuriae*.

Im Anfange wird der Satz als ausgemacht vorangestellt: der Ehemann hafte nicht bloß für dolo, sondern auch für culpa. Dieser Satz wird durch licet und cum

tamen mit dem Fall, da er sich durch schlechte Verwaltung außer Stand gesetzt, das Ganze zu zahlen, wenn er nicht das Nothdürftige vermiffen sollte, in eine solche Verbindung gesetzt, daß man sieht, eine scheinbare Ähnlichkeit müsse hier vorausgesetzt worden seyn. Wurde nun unter culpa die Aquilische verstanden, so war alle Vergleichung mit fehlerhafter Verwaltung, meistens Veräußerung, Schuldenmachen (denn dies bringt ja um Vermögen), was ja entweder dolus oder etwa omissio diligentiae, nimmermehr als solches Aquilische culpa ist, wenn gleich diese auch bey der Verwaltung vorkommen kann, wirklich lächerlich. Verstehet man jedoch, was man also muß, unter culpa hier vornämlich omissio diligentiae, so ist, nach der Donell'schen Theorie nicht zu begreifen, wie Pomponius gerade in die Beschränkung auf dolus den Unterschied der schlechten Verwaltung des eignen Vermögens von der des Totalvermögens setzen konnte, da auch bey letzteren bloß diligentia quam suis etc. prästirt wird, diese aber auch schlechtthin dolus und culpa lata vorstellen soll. Freilich, fährt Pomponius fort, ist hier sogar ein ganz specieller dolus nur zu prästiren, nämlich die auf den Verluft der Frau gerichtete Absicht, und man könnte denken, daß darin der Unterschied zu suchen; allein dann hätte doch immer nicht die praestatio culpa zum Zweifelsgrund gemacht werden können. Diese noch genauer bestimmende Bemerkung über den dolus des Mannes ist

Verwaltung des Eignen bezieht sich bloß auf die gleich mit des Lilius Worten folgende: bey Verwaltung der res dotalis reicht jeder dolus, durch den sie ganz oder theilweise verloren geht (denn so allgemein ist hier interire zu verstehen) hin, um den Mann in Beziehung auf diese Sache um sein Privilegium zu bringen. Also omissio diligentiae quam suis, wenn gleichwohl gewiß eigentliche culpa lata, reichte hier nicht hin, denn sonst verschwände aller Unterschied zwischen diesem Fall und der Frage, ob er überall verantwortlich bliebe. Diese Frage wird nun gleich am Schlusse, der den Anfang erklärt, dahin beantwortet: alle Verantwortlichkeit, so daß nur Cession der Klagen (daß die Aquilische Klage gegen den Dritten, vorzüglich daß die actio furti genannt wird, zeigt wieder, daß man Fälle der omissio diligentiae vor Augen hatte, obgleich freilich der Mann in der Regel nicht wegen seiner Schuld, denn er prästirte nicht custodia, aber immer auch ohne Schuld als dominus die actio furti hatte), zu fordern sey, höre nur dann auf, wenn sowohl dolus als alle culpa fehle. — So viel ist klar, daß man nach dieser Gesetzstelle, vorausgesetzt, daß, wie bekannt und früher erwiesen, der Mann nur diligentia quam suis etc. prästirt, — diese zur culpa außer dolus zu rechnen habe, und kann man dies erklären, so bleibt noch die Schwierigkeit übrig, daß bey Behandlung der dos alle Schuld fehlen soll, da doch nach der gewöhnlichen Ansicht die omis-

sio diligentiae noch immer culpa bleibt, wenn sie auch über die gerade zu prästirende diligentia quam suis etc. hinausliegt. Endlich ergibt sich aber auch deutlich aus dieser Lex, daß culpa lata und negligentia suis non consueti nicht allemal auf einer Linie stehen.

Sechstes Capitel.

Erklärung einiger der schwierigsten Gesetzstellen, welche diese Lehre betreffen.

§. 63.

Jetzt möchte es hier der Ort seyn, einige der schwierigen und viel bestrittenen Gesetzstellen in einer Folge aufzuführen. Das Vorhergehende wird dadurch neues Licht und neue Festigkeit erhalten. Die erste Stelle nehmen wohl mit Recht diejenigen Fragmente ein, welche die culpa in concreto dem dolus und der culpa lata gleich stellen.

L. 32. D. depositi. Celsus lib. 11. Digestorum.

Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Der Meinung des Nerva, daß größere Schuld dolus se, Proculo displicebat, sey, widersprach Proculus, mihi verissimum videtur. ich halte sie für durchaus

Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit.

Denk schon wenn einer nicht bis zu dem Maße sich fleißig bezeigt, welches der Natur des Menschen, (den natürlichen Kräften des Menschen im Allgemeinen) gemäß ist, und er doch nicht wenigstens bis zu seinem Maße Sorgfalt anwendet, ist er nicht frey von arger Gesinnung, da niemand ohne Verletzung des guten Glaubens und der Treue den Grad von Fleiß, welchen er eignen Angelegenheiten widmet, fremden verweigern kann.

Die Frage im Anfange ist auf die eigentlich grobe Schuld, culpa lata, wenn wenigstens der Vorwurf eintritt, einer habe nicht erkannt, was sonst alle erkennen, gestellt a). Ob diese als dolus angesehen werden könne,

a) Lohr Theorie der culpa pag. 51. not. 1. meint, „daß hier etwas geringeres, als culpa lata angenommen werde, zeige die ganze Darstellung. Ungewöhnlich sey es nicht, daß der Comparativ

minuendi gratia gebraucht werde.“ Wie sich dies mit seiner Uebersetzung: „Wie Proculus die Meinung des Nerva, daß die culpa lata aus Nachlässigkeit dem dolus i. e. allen an-

wurde bezweifelt, Celsus entscheidet für die bejahende Party. Sein Beweis ist ein *argumentum a potiori*. Schon

den Arten der culpa lata ganz gleich sey" ic. verträge, weiß ich nicht, denn daß hier ein Druckfehler sey, ist wegen der großen Accurateffe dieses Autors, und da er in den Beytrag. pag. 43. not. 1., etwas anderes auf derselben Seite corrigirt hat, kaum zu glauben. Aber auch daß der Comparativ hier ein Geringeres als der Positiv andeuten, und nicht gerade mit diesem hier gleiches Gewicht haben sollte, ist mir ungläublich. Es ist mir sehr wohl bekannt, daß der Comparativ manchmal in einem Zusammenhange steht, wo er eine mildere Bedeutung als der Positiv hat, und niemand wird leicht ein wissenschaftliches Buch schreiben, ohne daß er ihn auch im Deutschen ein oder das andre Mal so gebrauchen sollte; aber daraus folgt noch nicht, daß dies in jedem Zusammenhange geschehen könne. Der Positiv behauptet eine Eigenschaft gerade hin und absolut, der Comparativ immer relativ. Bezieht er sich auf den Positiv selbst, so ist er ohne Zweifel erhöhend, z. B. dieser handelt gut, jener besser. Bezieht er sich dagegen auf etwas anderes, z. B. auf entgegengesetztes, so kann er mildernd seyn, z. B. A. handelt schlecht, B (schon) besser, C handelt (erst)

gut. Auch L. 54. §. 2. D. de A. R. D. gibt ein Beispiel, denn es bezieht sich hier das *graviorum* auf das *non tam levem, quam extraneo*; (s. unt. in diesem Capitel.) stünde hier ohne Beziehung: *ut tamen culpam gravem in damno dando exigere debeamus*, so würde dies mehr sagen, nämlich: es wird culpa lata erfordert, statt daß jenes nur angibt, es werde culpa levis nicht in einem so strengen Sinn als bey der Aquilia erfordert, daß selbe würde aber auch der Fall seyn, wenn so ohne weiteren Zusatz stünde: *ut tamen graviores culpam in damno dando exigere debeamus*. Denn endlich bezieht sich auch der Comparativ manchmal auf etwas, was dem Grade nach unmittelbar unter dem steht, was der Positiv ausdrückt, z. B. wenn der Comparativ aus dem herauscheiden soll, was gemeinlich Statt findet, und der Positiv von dem Gemeinen schon an sich unterscheidet, ohne daß etwas dazwischen liegt; dann kann man sich pro lubitu des einen für den andern bedienen. Hieher gehört ohne Zweifel das culpa latior in L. 32. Wo ist hier wohl eine Beziehung zu entdecken, die dem Comparativ einen verkleinernden Charakter geben könnte? Größere Schuld

wenn jemanden kein anderer Vorwurf treffen kann, als daß er nur nicht alles das erfüllte, was ein anderer erfüllen würde, welcher alles das leistete, was menschliche

so schlechtlin gesagt kann nach jedem Sprachgebrauch unmöglich etwas anderes heißen, als eine Schuld, die größer ist, als die gewöhnlich vorkommende und schon eher zu verzeihende, bey dem depositum auch wirklich nicht zu rühende leichtere Schuld, als eine culpa latior quam levis; daher könnte denn allerdings culpa lata substituirt werden, ohne daß der Sinn sich veränderte, denn eins von beyden, culpa lata oder levis, muß die Schuld seyn. Ich bin mir wohl bewußt, daß das, was ich hier über den Comparativ und sein Verhältniß zum Positiv gesagt habe, nicht erschöpfend ist, dazu ist es hier auch am wenigsten der Ort: wer weiß, ob es auch einmal möglich ist, wenn gleich ein Sprachkenner ex professo mich leicht in jedem Betracht übertreffen würde. Der rechte Gebrauch der verschiedenen gradus ist eines der feinsten Geheimnisse der Sprache, und um so gefährlicher hier im Groben zu arbeiten, und durch einander zu mengen, je feiner die Nuancen sind, die sich dadurch bezeichnen lassen. Man sieht es hier recht, daß das Gefühl, und ein gewisser Takt bey

der Interpretation als Leitstern doch auch nicht ganz zu verachten ist. Nur dies noch halte man mir zu gut: bezieht sich der Comparativ auf das Gewöhnliche, was von der Eigenschaft Statt findet, die der Positiv schlechtlin angibt, so ist er immer erhöhend, und muß dies wohl von dem obigen Fall, da der Positiv schon an sich auszeichnend ist, unterschieden werden, z. B. Kenntniß der Gefahr macht den dolus nicht, wo aber diese vorhanden ist, da ist es eine schwerere Schuld, wenn man recht eigentlich frivol sich der erkannten Gefahr ansezt (scil. als wenn man, wie doch auch hier noch gewöhnlich ist, aus Leichtsin oder Schwäche, aber doch also wegen jener Einsicht noch immer culpa lata, handelt). Der Comparativ kann auch einen gewissen gleichschwebenden Mittelzustand andeuten, z. B. tristior fuit kann ohngefähr sagen sollen: er war nicht heiter ohne gradezu traurig zu seyn. An dergleichen ist hier, wo es auf Begriffe ankommt, vollends nicht zu denken, und solche Beispiele von Licht und Schatten auf einem Fleck sind hier sicher am wenigsten anwendbar.

Natur verlangt a), d. h. was ein *bonus et diligens paterfamilias* zu leisten pflegt, denn dieser erfüllt die von der Natur dem Menschen vorgeschriebene Bestimmung b), wenn er also auch nur eine leichte Schuld beging; so kann man ihn nicht von aller argen Denfungsart frey sprechen, sobald sich zeigt, daß auch so kleine Versehen ihm im Eignen nicht vorzukommen pflegen, denn in der That gehbrt es allemal zur redlichen Gesinnung, welche jeder Contra:

a) Gerade daß die Beschuldigung darin besteht, daß man nicht ganz das that, was man thun mußte, nicht die Ansprüche einer vernünftigen Natur vollends erfüllte, bezeichnet die *culpa levis*, und schließt die *lata* aus. Wer einen Maler tadelt, daß er seine nackten Figuren nicht immer so genau zeichne, wie es anatomische Gesetze verlangen, gibt schon dadurch zu erkennen, daß er ihn für keinen gemeinen Subler halte, denn wer tadelt an einem solchen solches, als etwa ironisch? Will man eine Vergleichung aus dem *corpus iuris*, so kann man diese nahe haben: gerade so kommt das *parum diligenter custoditam rem* in §. 3. I. de societ., das *parum diligentem socium* in §. ult. I. de societ. und das: *imperite und negligentem versatus est* in L. 1. §. 1. si mensor, vor, denn das alles findet auch bey der *culpa lata* Statt, charakterisirt sie aber nicht,

da sie außerdem noch etwas besonderes erfordert, und also niemand sie damit bezeichnen wird; dagegen ist es gerade die *culpa levis*, deren Wesen eine solche Beschuldigung ausmacht. Einige haben sich durch jene Gemeinschaft dieses Merkmals bey §. 3. I. cit. wirklich verführen lassen, die angeführten Worte auf die *culpa lata* zu beziehen, als sagten sie: eine auch gar zu wenig fleißig bewachte Sache! Das *securus est* soll dann, so wie das folgende auf den Deponenten gehen; nur schade, daß sich weder die Sprache noch die Schlußworte: *quia qui — debet* damit vertragen wollen, denn daß man gegen *culpa levis* nicht gesichert ist, kann ja nicht der Grund (*quia*) seyn, weswegen man gegen *culpa lata* gesichert ist. Es hätte da wenigstens stehen müssen: *Itaque is tantum securus est etc.*

b) L. 38. D. de reb. cred.

hert bey dem andern voraussetzen muß, daß er wenigstens in dem besondern Verpflichtungsverhältniß sich nicht nachlässiger benehmen werde, als er gewöhnlich bey Verrichtungen auf eigne Rechnung thut, es mag übrigens der Grad dieser Nachlässigkeit kleiner oder größer seyn. Kann nun also eine culpa levis unter Umständen in einem gewissen Sinne dolus seyn, mit dem sich keine obligatio verträgt, so muß dies um so mehr von einer an sich groben Schuld gelten. Der Schluß verstand sich von selbst, daher ward er nicht ausgeführt. Zieht man nun diese, wie mir scheint, ganz natürliche Erklärung den vielen künstlichen und sinnentstellenden Andrer a) vor, so sieht man auch, daß hier

a) Die leichteste Art herauszukommen ist die des *Connanus* Commentar. iur. civil. L. 7, c. 4. no. 7. (die Manier, sich durch Vornehmthun das Schwere leicht zu machen, ist also nicht erst seit gestern erfunden), nämlich den Schreiß, den andere bey Erklärung der L. 32. vergessen, zu belächeln; hätte er die Ueberlegenheit seines Verstandes durch eine tüchtige Erklärung erprobt, so möchte man ihm diesen Uebermuth noch wohl verzeihen: denn in der That die krausesten, widersprechendsten und widersinnigsten Meinungen sind vor ihm und nach ihm darüber zum Vorschein gekommen. Zur Probe einige. *Duarenus* ad L. 9. D. so-

lut, matrim., in der Stelle, wo er bekanntlich an der Möglichkeit, die Grade der culpa mit fester Hand zu bestimmen, verzweifelt, versteht die Worte *ad eum modum quem (communis, wie er selbst hinzusetzt) hominum natura desiderat*, von der culpa lata, wie auch schon die Glossen that, und hält sie mit dem, *quod omnes homines vulgo intelligunt*, für gleichbedeutend. Wer einer solchen culpa bezüchtigt wird, sagt er, *vix creditur fraude et malo animo carere.* Nur wenn sich aus den Umständen die Wahrscheinlichkeit ergebe, daß doch nichts Arges zum Grunde liege, z. B. wenn er in eignen Sachen um nichts fleißiger

die culpa in concreto nicht culpa lata genannt wird, sondern es wird nur eine culpa levis, die zugleich culpa in

zu seyn pflege, so solle das dann eine Ausnahme leiden. — Dagegen versteht Lopez animadv. civil. c. 17. no. 5. dieselben Worte von einer culpa levis, aus no. 9. lernt man aber erst recht seine Meinung kennen. Zwischen der L. 32. dep. und der L. 223. D. de V. S. sey offenbar ein Widerspruch, und man müsse sich wundern, daß dieser so oft übersehen worden. *Bartolus* habe freilich schon damit zu helfen gesucht, daß er die culpa latior, nicht aber die lata dem dolus gleichstelle, das genüge aber nicht. Indessen gebe es einen Ausweg. Zuerst liesse sich sagen, die L. 223. spreche von der finis culpae latae d. h. von dem, was die culpa lata begrenze, d. h. wiederum, von dem Punkt, wo die culpa levis anfange; mit non intelligere fange diese an. Dieser Erklärung setze sich aber doch L. 213. eod. entgegen. Diese mache eine andere nothwendig, und so: es komme darauf an, ob die ignorantia eine Vergleichung mit eigenen Angelegenheiten zulasse oder nicht („in qua comparatio non cadat rerum suarum.“) Im letztern Fall allein mache das Aeußerste der Unwissenheit: non intelligere quod omnes etc., die culpa lata aus, im ersteren sey

auf jene Vergleichung zu sehen, und dies bilde die Regel. Hier möchte man doch fragen, ob die Nichtzulassung der Vergleichung in abstracto, oder ob sie in concreto, so daß sich nur im vorkommenden Fall von dem in Anspruch genommenen nicht zeigen läßt, er pflege in eignen Dingen mit mehr Verstand zu handeln, gedacht werden müsse, und wenn das erstere, ein Beyspiel fordern. — *Brückner* de culpa, quae concretive talis dicitur §. 6. wirft mit mehreren Vorgängern, ohne Unterstützung einer Ausgabe, das non vor ad eum modum, weg. Dann sey der Sinn folgender: die Beobachtung eines Fleißes, den Menschen von gleicher Profession und gleicher Lage („eiusdem professionis et conditionis“) anzuwenden pflegten, sey im Allgemeinen das, was in L. 32. ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens esse heiße (Unterlassung dieses Fleißes ist also culpa lata, oder gar dolus? denn was zum depositum gezogen werden kann, muß doch eins von beyden seyn). Allemal sey dies aber nicht genug; denn sey man in eigenen Dingen fleißiger, so müsse man auch noch um so viel mehreren Fleiß anwenden, als

concreto ist, für dolus erklärt, und daraus geschlossen, daß um so eher eine jede culpa lata, sie mag nun zugleich

dies der Fall ist. Wollte man das eingeschobene non sich nicht gefallen lassen, so könne kein anderer Sinn herauskommen, als: obgleich im depositum nicht der höchste Fleiß (ad eum modum q. h. n. d.) erfordert werde, so müsse man doch den Fleiß, den man auf eigne Sachen verwende, auch auf die deponirten verwenden, denn das Gegentheil sey vermöge einer fictio iuris auch dolus. Diese Auslegung sey aber verwerflich, denn es sey gar kein Grund zu zweifeln gewesen, ob denn etwa auch diligentia exactissima oder media vom Depositatar geleistet werde, auf Zweifel deute aber doch das Wort etsi. Wie die beyden ältern Juristen, Proculus und Nerva, disputirt haben, davon dürfte man sich mit Brückner's Hülfe und unter seinen Voraussetzungen schwerlich einen klaren Begriff machen. Er meint, Proculus habe anerkannt, die culpa lata sey mit unter dem dolus begriffen, den das Edict des Prätors heym depositum allein in Betracht gezogen: warum? nach seiner Ansicht doch gewiß, weil dabey ein dolus praesumptus Statt finde. Dasselbe habe er jedoch, fährt Brückner fort, von der culpa latior nicht gelteu lassen wollen, (also

wohl von der groben, nicht aber von der, die noch gröber ist, als grob) und warum nicht? nach Brückner aus dem nächstern Grunde, weil der, welcher nur nicht sich culpa lata zu Schulden kommen lassen, keine Pflicht, die unter das depositum gehöre, verlegt habe: das wäre denn aber petitio principii gewesen. Also, wenn man sich diesen im Alterthum berühmten Rechtsgelehrten nicht allzu stumpfsinnig denken will, so mußte, sein Grund in der angenommenen Verbindung der seyn, daß die culpa in concreto (die man freilich ungern sich als culpa latior denkt) nicht, so wie die c. lata in abstracto einer Vermuthung des dolus Raum gebe (nacher kommt Brückner freylich selbst hierauf zurück, und geht sogar noch weiter: Proculus habe auf die alte Erfahrung Rücksicht genommen, daß jeder denke, er sey sich selbst der nächste; aber ich gestehe, ich denke mir den Proculus klüger: ein anderes ist doch wohl, im Ganzen sich selbst andern vorziehen, ein anderes in Verpfichtungsverhältnissen gegen allen guten Glauben die anvertrante fremde Sache schlechter behandeln als die eigne). Dann besteht aber Celsus Widerlegung

culpa in concreto seyn oder nicht, für dolus gelten müsse. Aller Zweifel konnte hier immer nur daher kommen, daß

in nichts weiterem, als in einer simplen Behauptung dessen, was Proculus läugnete, ohne Gründe. Er würde dann sagen: wenn auch einem keine culpa lata vorgeworfen werden kann, so reicht doch schon die culpa in concreto (latior) hin, da diese ebenfalls eine praesumptio doli enthält. Da müßte denn wieder Celsus an den Spinnrocken verwiesen werden. Brückner meint nachher wirklich, die culpa i. c. sey darum culpa latior genannt, weil sie noch verhafter gewesen, als die culpa lata, und den dolus noch stärker durchscheinen lasse. Was ihn und andere zu diesem Glauben bewogen, ist der Vorwand, daß es ja dem negligentissimus schwerer werden müsse, sich selbst zu übertreffen, als dem Fleißigen, auch bey fremden Sachen fleißig zu seyn; allein das ganze Natsonnement ist schief, da ja sonst auch der imperitus entschuldigt wäre, wenn er sich mit Dingen abgibt, die er nicht versteht, da, wer schlecht handelt, sich nie damit entschuldigen kann, daß er es gewöhnlich thue, da es auch gar nicht einmal dem Leichtsinrigen schwerer seyn kann, einmal, wo es fremdem Interesse gilt, beobachtam zu seyn, als dem, der gewöhnlich fleißig ist, sich davor

zu hüten, daß ihm auch nicht im Einzelnen ein Versehen entschuldige, was ihm auch schon im Eigenn ausnahmsweise wiederfahren seyn kann, ohne daß dadurch der Begriff der culpa i. c. aufgehoben wird (S. oben S. 40.). Der gewöhnlich in einem hohen Grade Nachlässige hat ja noch mehr Motive, auf seiner Hut zu seyn, wenn ihm einmal etwas anvertraut wird, und auf Frivolität kann überhaupt niemand rechnen, und sie kann niemanden entschuldigen. Immer aber hätte es sich doch Celsus gar zu leicht gemacht, wenn er mit diesem einen unterschiedenen Vorrang der culpa i. c. vor der culpa lata i. a. bezeichnenden Worte (culpa latior) angefangen, und sie so ausgerüstet dem dolus gleichgestellt, dann aber als Grund angegeben hätte, weil — Proculus Unrecht habe. Nein, so war es sicher nicht gemeint: gerade über die culpa lata i. a. (die hier latior heißt, weil sie über das Gewöhnlichere, die culpa lovis, hinausreicht) stritt man. Proculus hielt sich an den Buchstaben, Nerva und Celsus sahen auf den Sinn und Geist des Ausspruchs; daß nur dolus hier prästirt werden sollte. Dabey ist Brückner's Aeußerung, er könne sich leicht über die

einige hier den dolus, welcher im Edict genannt war, in dem engern Sinne verstanden, in welchem er ausschließlich

Auslegung der Worte; nam et si — diligens est, zufrieden gehen, wenn man ihm nur die letzten Worte des Fragments nicht verderben wolle, eine Schwäche, denn von der Auslegung jener hängt wieder die Auslegung dieser und von der ganzen L. 32. die richtige Bestimmung des Verhältnisses der culpa i. c. zur culpa i. a. und zur Prästationslehre überhaupt, nicht wenig ab. Ich habe mich ein wenig länger bey Brückner's Darstellung der Sache aufgehalten, da er recht eigentlich über die culpa in concreto geschrieben hat, und, wie ich glaube, diese Probe sein Werk so ziemlich charakterisirt. — Wachter (de gradibus culpae. Vindob. 1680.) scheint einen Augenblick auf die rechte Straße zu lenken. Er erklärt die Worte; quem hominum natura desiderat so; „hoc est, et si non adhibeat diligentiam mediam, multoque minus maximam, debet tamen ad suum modum etc.“, ohne jedoch seine Erklärung aus dem Zusammenhange zu rechtfertigen. Die diligentia quam quis sey allen Contracten gemein, und daß hier Gelfus die culpa lata und levis, wie man glaubt, verwirre, sey im geringsten nicht wahr. Aber eben dieser Irrthum habe hier als

les Übel angeordnet. Nachher sieht man aber, er habe doch ganz etwas anderes im Sinn. Verstehe ich ihn recht, so meint er, bey allen Contracten komme dies als Grundlage „(materialis obligationis)“ vor, daß der eigene Fleiß bey eigenen Sachen zuvor zu erwägen, dann komme es aber auch darauf an, wie man auf diesem Boden zu halten, oder, nach seiner Metapher, das Material zu bilden habe. Das formale obligationis müßten anders woher bestimmt werden. So z. B. in L. 32. werde der Fleiß in eigenen Sachen zum Grunde gelegt; es werde gefragt; wie fleißig ist der Depositär in eigenen Sachen? Zeige es sich nun, er sey nicht so fleißig, als ein bonus paterfamilias (denn so viel könne man nicht von ihm verlangen, weil hier nur culpa lata prästirt werde), so dürfe man denn nun bey den fremden Sachen nicht noch unfleißiger seyn; das soll denn all den Nebel verschwächen, worin die Gelehrten, weil sie diesen Unterschied verkannten, bis dahin wie versunken gewesen. Mich dünkt, er ist erst recht mauerdiicht dadurch geworden. So zu Werke gehen, heißt auf einem Umweg durch Sämpfe waten, unterdeß man auf gesa-

auf animus nocendi (Schaden mit dem vollem Bewußtseyn, man schade) geht; dies war falsch, denn indem der Präs-

dem Wege trocken gehen könnte. Jac. Gothofred (ad L. 23. d. R. I.) erklärt den Ausdruck quem hominum etc. sehr treffend durch quantum in natura hominum sit, wie er in L. 38. D. de R. C. vorkommt, nur freylich träumt er hier von einer culpa levis, die culpa lata allein bey dem depositum seyn soll. Er war aber doch nahe daran, die L. 32. zu verjehen. — Lohr (Theorie der culpa §. 7.) dessen viel gründlichere und scharfsinnigere Auslegung nicht verkannt werden darf, versteht die Worte: nam etiam quis diligens est so, als stände da in suis rebus diligens esse solet, und meint so auch einen Schluß a maiori ad minus heranzubringen: wenn ein ordentlicher mit Ueberlegung handelnder Mensch (also ein diligens paterfamilias), meint er, einmal zum Nachtheile einer fremden Sache unüberlegt handelt, so trete schon mit Recht die Vermuthung ein, daß ein dolus zum Grunde liege, mit wenigerem Recht aber, wenn einer gewöhnlich mit wenig Achtsamkeit handelt, die fremde Sache nun aber noch nachlässiger behandelte. Daher hebe Celsus gerade den letzteren Satz heraus; sey die er zugegeben, so folge der andere von selbst nach. Auch unter seinen

Voraussetzungen konnte der Streit nur darüber seyn, ob die culpa in concreto überhaupt eine Verletzung der bona fides im engeren Sinn, einen dolus nothwendig mit sich führe, und so wäre denn Celsus Widerlegung wiederum nichts weiter, als eine recht pikante Aufstellung der entgegengesetzten Behauptung, ein scharfer Widerspruch ohne scharfe Gründe. Sodann wäre aber auch der Schluß selbst nicht zu vertheidigen, da das minus und maius nicht zutrifft. Was kurz vorher gegen die Meinung, daß eine culpa lata, welche es bloß in abstracto ist, geringeren Vorwurf verdiene, als die culpa in concreto eines Fleißigen, gesagt worden, ist noch in einem höheren Grade anwendbar, wenn behauptet wird, die letztere sey ärger, als eine culpa in concreto des gewöhnlich Nachlässigen, also auch als eine culpa, die in zwiefacher Hinsicht eine grobe Schuld ist. Gesezt, jemand, von dem es nichts Unerhörtes, vielmehr etwas ganz Gewöhnliches ist, daß er seine Sachen nicht sonderlich beachtet, und besonders unbedeutende Dinge, Taschentücher, Augengläser u. s. w. an fremden Orten liegen läßt, und schon dadurch un-

tor hier den dolus ausschließen wollte, wollte er alle mala fides, alles Handeln aus arger, niedriger Gesinnung,

der aber doch gerade nicht in wichtigeren Dingen, die ein jeder, auch der Nachlässige, zu beachten pflegt, die schuldige Aufmerksamkeit unterläßt, und wo die Gefahr sehr sichtlich ist, dieser allerdings mit Geschicklichkeit vorzubeugen pflegt; dieser legt eine sehr kostbare Uhr, welche ihm anvertraut worden, zur Marktzeit, wie die Straße mit Menschen angefüllt ist, vor sich in ein offenes Fenster, vergißt sie, und ein Vorübergehender nimmt sie zu sich, jener wurde vielleicht gar gewarnt, er möge sie doch nicht dahin legen, weil ihm seine bekannte Vergesslichkeit einen Streich spielen könne, er meinte aber, es hätte damit nichts zu sagen. Nun stelle man ihm einen andern gegenüber, der in der Regel höchst fleißig und vorsichtig und sorgsam selbst in Kleinigkeiten, einmal vielleicht, weil er gerade den Kopf voll Geschäfte hat, ein unbedeutenderes Versehen zum Nachtheil einer fremden Sache begeht, z. B. einen Schlüssel in einem Behälter stecken läßt, in dem eine fremde, nicht eben kostbare, Sache liegt, aber an einem Ort, wo er nicht sichtlich einen untreuen Menschen erwarten kann; unglücklicher Weise kommt aber doch eine diebische Seele dahin, und entführt sie (ich

nehme mit Fleiß die Schuld nicht zu klein an, obgleich nach Lohr's Voraussetzung auch die kleinste, wenn sie nur noch Schuld ist, ein Beispiel abgeben kann); ich sehe doch in der That nicht ein, warum der Letzere schuldiger befunden werden sollte, als der Erstere. Es ist aber auch eben so irrig, wenn *Vinnius ad tit. I. de soc. int.*, und andere, das Ding gerade umkehren. Mich dünkt, von dem concretiven Gesichtspunkt ausgegangen, kommt es immer auf das Verhältnis und die größere oder geringere Entfernung desfen, was diesmal wirklich gesündigt worden, von dem, was gewöhnlich im Eignen gesündigt wird, an; bey der culpa lata in abstracto ist es aber immer vorwiegende Rücksicht, daß eine an sich grobe Schuld immer grob sey und bleibe, und der concretive Charakter dabey also ganz gleichgültig sey.

Was Lohr aber in der not. 1. zu dieser Gesetzkstelle vorzüglich gegen Glück Comment. Th. 4. Obs. 2. §. 322. not. 16. pag. 328, welche Stelle er dort excerpirt hat, einwendet, habe ich aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht verstanden. Den Irrthum a gerechnet, daß die culpa lata in ab-

also auch, da man mit Kenntniß der Gefahr es zum Schaden eines andern darauf ankommen ließ, oder auf eine

tracto auch culpa in concreto seyn müsse, um dem dolus gleich zu stehen, schließt mir Glück's Wortta; nichts Widersinniges zu enthalten. — Noch ist die neueste Auslegung der L. quod Nerva bemerkenswerth; es sey mir erlaubt, die Worte auszuschreiben, da ich sie nicht so prägnant im Deutschen wieder zu geben weiß. *Gensler exercitat. iur. civil. ad doctrin. de culpa. Jen. 1813. p. 88. 89. Leges Romanae patrifamilias naturalem res domesticas et familiares ex arbitrio administrandi libertatem non plane quidem adimunt, sed tamen suspicantur, fore, ut plerique patrumfamiliarum res suas domesticas et familiares, quamvis non data opera et diligentia studio, ita tamen administrarent, ne in se ipsos familiasque deviant; bonaque sua temere disperdant atque dilapident. Quam quidem communem et absque speciali animi agitatione et machinatione adhibitam diligentiam (domesticam) leges diligentiam in rebus suis consuetam, patrem vero familias eam adhibere solitum idoneum adpellant. pag. 96. Vero enim vero haec Lex (L. 32.) aperte et omni procul dubio de persona tantum loquitur, quae in suis rebus ita segniter agere consuevit, ut vix ac ne vix quidem digna sit, quae nomen pa-*

trifamilias idonei ad se vindicet. Quid mirum ergo, si leges talom hominem, qui in re aliena negligentiam vel illa consueta segnitia maiorem commiserit, dolum suspicentur atque fraudis arguant.“ Also: sich wie ein idoneus paterfamilias getiren, heißt nicht wie ein Unstuniger, der sein und der Seinigen Verderben will, nicht wie ein Wüthiger sich aufführen; diligens esse ad eum modum, quem hominum natura desiderat, heißt nichts weiter, als, sich wie ein idoneus paterfamilias getiren, mithin, wie sich der Verfasser ausdrückt, non in se ipsum familiamque saevire; wenn nun also einer es noch ärger mache, als ärg, und indem er schon in seinem eignen Haushalt zu wüthen pfiege, nun noch wüthiger als wüthig eine fremde Sache behandle, so sey dann allerdings ein dolus zu präsumiren, und dies sey die große Wahrheit, über welche uns Celsus belehren wollen. Bey dem Wort saeviant ist L. 24. §. 5. D. solut. matrini. Si maritus saevus in servos dotales fuit etc. angeführt. *Gensler's* Uebersetzung der L. 32 lautet so: „Des Nerva Behauptung: „größere Schuld sey bösem Vorfaß gleich“, mißfiel dem Proculus; mir aber scheint sie vollkommen wahr; denn, wenn

heillose Art die Gefahr verkennend, anderen schadete, also auch, da man selbst das kleinste Versehen aus einer in eignen Geschäften seltenen Nachlässigkeit beging, verbannen.

jemand ohnehin schon weniger vor-
sichtig zu handeln pflegt, als das
Wesen eines Menschen es erfor-
dert, und nun auf die Aufbewah-
rung einer bey ihm hinterlegten
Sache noch geringere Sorgfalt ver-
wendet, so ist er nicht ohne Arg-
list, da derselbe, indem er jene
Sache noch nachlässiger als die
seinige behandelt, in gutem Glau-
ben nicht seyn kann.“ Löhrl's
Uebers. lautet dagegen so: „Wie
Proculus die Meinung des Nerva,
daß die culpa lata aus Nachläs-
sigkeit dem dolus, v. i. allen an-
dern Arten der culpa lata ganz
gleich sey, läugnen kann, sehe ich
nicht ein. Denn selbst den
kann man nicht von allem Betru-
ge frey sprechen, der, wenn er
gleich in seinen Geschäften nach-
lässiger ist, als er seyn sollte, in
fremden doch noch nachlässiger ist,
als in den seinigen. Selbst dieser
kann ohne Verletzung seiner Pflicht
nicht weniger Fleiß auf jene als
auf diese wenden.“ Wenn abri-
gens Löhrl in den Beyträgen
pag. 49. not. 1. indem er sich im
Ganzen auf das bezieht, was er
in der Theorie der culpa über die
L. 32. gesagt hat, doch einiges
darin geändert haben will, so hat
dies bloß darin seinen Grund,
weil er neuerdings das non intel-

ligere quod omnes intelligunt
ganz verwarf, und nur erweisliche
Wissenschaft und culpa in concreto
als culpa lata gelten ließ. Wenn
er aber sodann äußert: „übrigens
war dieser Streit wohl weniger
bedeutend, als ich angenommen
habe. Ich glaube, er bezog sich
allein auf die rein theoretische
Frage, ob die culpa lata allein
zum dolus oder zur culpa ge-
rechnet werden müsse? Dar-
über, ob dolus und culpa lata
gleich zu behandeln seyen,
war wohl nie Streit;“ so ist es
mir wieder nicht möglich, ihn zu
verstehen. Die ganze Verwirrung
und Unsicherheit, dünkt mich, kam
doch wohl hier vom übertriebenen
Streben nach Sicherheit, nämlich
nach technischer Bestimmtheit, sonst
ist es doch ja sehr natürlich, und
recht aus dem Leben gegriffen,
daß einem, der gröblich gefehlt
und so recht blindlings sich einer
Gefahr ausgesetzt hat, der Vor-
wurf gemacht wird: er sah nicht,
was jeder sieht, und daß man die
grobe Schuld daran erkennen soll,
wenn dieser Vorwurf zutrifft. Aber
allerdings, der Richter muß Erfah-
rung haben, und die Menschen
kennen, um diese Maxime (ein
Princip würde hier verzeßlich ge-
sucht werden) mit Sicherheit an-

Alle culpa lata, alle culpa in concreto, war also im weiteren Sinn dolus, und dieser weitere Sinn war gerade der rechte, welcher dem Edict untergelegt werden mußte.

L. 22. §. 3. D. ad Sctum Trebell. Ulpianus lib. 5. Disputationum.

<p>Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet; culpa plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est: et ita Neratius lib. 1. responsorum scribit. Sed et si cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia a) huiusmodi rei</p>	<p>Hat jemand eine Erbschaft als Fideicommissar zu restituiren, und es sind Sclaven gestorben oder andere Sachen zu Grunde gegangen, so kann man nicht von ihm verlangen, daß er restituiren solle, was er nicht hat. Freilich muß er aber für culpa herkommen, jedoch nur für die an den dolus gränzende culpa, wie auch Neratius behauptet. Eben so auch, wenn er veräußern mußte und es nicht that</p>
---	---

wenden zu können, und unbillige Richter waren dem Römer in der guten Zeit unbekannt.

a) Das Wort levi ist nach Sinn und Wortzusammenhang auf das

folgende negligentia und nicht auf das vorhergehende culpa zu beziehen. Freilich war es unbesonnen, wenn einige diesen Satz so verstanden (z. B. Gothofred ad

rationem reddet. Sed et aus grober Schuld, nicht et
 si aedes nstae sunt, culpae wa aus einer leichten ihm in
 eius reddet rationem. — eignen Sachen gewöhnlichen
 Quodsi sine facto eius Nachlässigkeit, so muß er
 prolixitate temporum ae- dafür herkommen. Eben so
 des usu adquisitae sint, auch wenn Gebäude abbren-
 aequissimum erit, nihil nen durch seine Schuld, so
 eum praestare, cum cul- ist er verantwortlich. — Wer-
 pa caret. den Gebäude; ohne daß er

bazu beytrag, bloß durch
 Zeitverlauf verloren, so ist
 es höchst billig, daß er dies
 nicht zu prästiren habe, da
 er ja gar nicht schuld daran ist.

Wey Universal-fideicommissen ist alles im Grunde eben
 so, wie bey dem depositum, auf bona fides gestellt; eine
 Besonnenheit, wie sie bey andern obligationes vorzukommen
 pflegt, gehört hier gar nicht zur Verpflichtung, also in d.

L. 25. de R. I.) als werde hier
 die culpa levis durch culpa in
 concreto erklärt, aber beyde sich
 einander gleich gestellt, wie Dea-
 ner l. c. richtig bemerkt hat;
 wenn er selbst aber et wie item
 versteht; und jenes Wort nicht als
 einen erklärenden und näher be-
 stimmenden, sondern als einen
 absondernden Zusatz anknüpfend

denkt, so verfehlt er wieder den
 wahren Sinn. — Will man mit
 Donell's Nachfolgern die culpa
 in concreto auch durchaus culpa
 lata genant haben, so muß
 man freylich wie Chesius (inter-
 pret. Iurispr. Roman. et AA.
 T. II.) cap. 45. §. 7. so interpre-
 tiren: non levi culpa, id est, re-
 bus suis consueta negligentia.

N. auch keine culpa, die in bloßer Nachlässigkeit besteht, nur Unfleiß; der mala fides, fraus ist, ist hier verantwortlich, also nur grobe Nachlässigkeit; und solche, die an sich leicht dadurch ein schweres Verschén wird, daß man sie wider eigne Gewohnheit beging, können hier in Betracht. Einen Unterschied mit Rücksicht auf die obligatio allein gibt es hier zwischen culpa in faciendo und non faciendo, zwischen Aquilischer und außeraquilischer culpa gar nicht: alle levis culpa muß den Charakter des dolus haben, wenn sie hierher gehören soll. Daher ist hier zuvörderst von einem Begegniß die Rede, welches so gut Aquilische als nicht aquilische culpa zuläßt: es gehen Erbschaftsachen zu Grunde; geschieht dies durch Schuld des fideicommissarischen Erben, so kann diese eben so gut in einem Thun, als in einem Lassen bestehen; die Schuld muß jedoch auf allen Fall eine dem dolus gleich stehende seyn. Aber allerdings, heißt es nun weiter, reicht es hin, daß er Sachen, die ohne Schaden nicht unveräußert bleiben konnten, nicht veräußerte: also auch bloßes Unterlassen, zuerst omissio custodiae s. lato und dann sogar Nichts veräußern, wo es nöthig war, ist zureichend. Aber auch dies, soll es anders hier verantwortlich machen, muß mit culpa lata oder culpa in concreto verknüpft seyn. Nun war die Bedeutung von culpa wohl bestimmt genug, als daß der Jurist nicht bey dem folgenden Fall, wenn Gebäude abgebrannt waren, mit dem bloßen Worte culpa

folgte haben ausreichen können: culpa ist hier immer culpa dolo proxima. Auch in dem letzten Fall, da Erbschaftssachen durch Usucapion verloren gegangen, wird gar nicht zwischen culpa in faciendo und non faciendo unterschieden, sondern es wird nur gesagt, wenn ohne alles Mitwirken von seiner Seite, bloß und allein durch Länge der Zeit die Usucapion geschah, ihn also gar keine Schuld treffen kann, so soll auch kein Ersah eintreten. Nun versteht es sich aber doch wohl von selbst, daß, wenn er entweder wußte, daß eine usucapio zu interpelliren war, und er es nicht that, oder er doch gegründeten Verdacht hatte, daß jemand eine Erbschaftssache als die seinige besäße, und nun aus unbegreiflicher Trägheit oder Leichtsinn die interpellatio unterließ, er als zum Schaden der Erbschaft mitwirkend zu betrachten sey. Die Fälle sind hier vom ersten bis zum letzten vollkommen auf gleiche Weise zu behandeln.

Aus diesen beiden Fragmenten erhellt es denn klar genug, daß die Admer wirklich glaubten, in der negligentia suis rebus non consueta liege ein dolus. Aber es gibt auch noch einen andern Beweis, den ich nirgends beachtet gefunden; dieser nämlich liegt darin, daß wer nicht diligentia omnis und also custodia (s. str.) zu prästiren hat, nie die actio furti hat, selbst wenn er wie der socius oder der tutor a) diligentiam quam suis etc. also

a) L. 85. D. de furtis.

oft jede Schuld bis zum casus, zu prästiren hat. Der Grund hiervon fällt nur der seyn, welchen L. 12. §. 1, D. de furtis ausspricht: nemo improbitate sua consequetur actionem: doch davon das Nähere unten b).

§. 64.

L. 226. D. de V. S. Paulus lib. I. Manua-
lium.

Magnā negligentia culpa est, magna culpa dolus
est.

Große Nachlässigkeit ist immer Schuld, obwohl kleine es nicht immer ist; große Schuld aber, also, da große Nachlässigkeit, wenn sie Schuld ist, nur große Schuld seyn kann, auch diese, ist immer dolus: So, glaube ich, muß man die Lücken, welche die sehr gedrängten Worte gelassen, ausfüllen. Es konnte bezweifelt werden, ob eine Nachlässigkeit dolus seyn könne, und ob ein großer Grad derselben, wenn er etwa zugleich in eignen Sachen gewöhnlich sey, für dolus zu halten. Nun ist zwar diligentia levis, wenn bloß diligentia quam suis etc. oder gar culpa lata zu prästiren ist, wie wir oben gesehen haben, gar nicht culpa, wenn sie suis rebus consueta ist, aber negligentia magna muß, wo überhaupt Fleiß anzunehmen

a) C. §. 33.

den ist, schon an und für sich immet culpa und immer ein Zeichen von arger Gesinnung seyn a).

L. 5. §. 2 — 5. §. 9. 10. 13. 15. D. commodati. Ulpianus lib. 28. ad Edictum.

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, *utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum?* Et quidem in contractibus *interdum dolum solum, interdum et culpam* praestamus. Dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit, tunc enim (ut est et constitutum) *etiam*

a) Dies Resultat, was auch schon nach der Natur der Sache gar keinen Zweifel haben kann, und dieses nothwendige Absondern aller culpa in abstracto von der culpa in concreto wird auf gewisse Weise durch die Worte in L. 1. §. 5. D. de O. et A. quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere, wie Brückner de culpa concr. §. 18. m. gut gezeigt hat, bekräftigt, denn der erste Satz schließt die negligentia suis rebus non consueta unbedingt aus, der zweite nimmt dennoch die culpa sua unbedingt auf. Nicht weniger liegt ein solcher Beweis in

L. 23. §. 5. D. solut. matrim., denn jene saevitia ist eher culpa lata als dolus. Es läßt sich dies auch durch Induction beweisen, denn wäre es nicht, warum heißt es denn so oft, die culpa lata (in abstracto) sey dem dolus gleich, denn sie wäre dann ja nur darum und in sofern ihm zu vergleichen, als sie culpa in concreto wäre, man hätte also damit ausreichen können, zu sagen, die culpa in concreto oder die negligentia suis rebus non consueta stehe dem dolus gleich. Doch freylich sollte dergleichen keines Beweises bedürfen, und man wird auch erst durch viele Lectüre verleitet. Die Quellen geben keinen Anlaß dazu: Rgl. ant. §. 71. g. d. E.

culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et *culpam* et *periculum* praestet, is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et *dolus* et *culpa* praestatur.

Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo veterior est *Quinti Mucii* sententia a) existimantis, et *culpam praestandam et diligentiam* b);

§. 5. Etsi forte res aestimata data sit, omne pericu-

a) Unbegreiflich ist es, wie aus dieser Redensart: *vetior est Q. Mucii sententia* dieser oder jener hat schließen wollen, daß über diesen Punkt die römischen Juristen uneinig gewesen; wie oft kommt es im *Corpus iuris* vor, wo doch an einen Streit gar nicht zu denken ist, um nur ein Beispiel herauszugreifen: L. 13. §. 6. de damnio inf. Vgl. L. 32. in f. D. eod. Einen solchen Zwiespalt aber aus einer Vergleichung mit dem *precarium*, welche einige der römischen Juristen hier soll bedenklich gemacht haben, herleiten zu wollen, scheint mir eben so wenig Beyfuß zu verdienen, denn man konnte wohl bey dem *precarium* fragen: wie kommt es, daß hier, wo in Hinsicht des Vortheils alles ist

wie bey dem *Commodat*, nur *dolus* prästet wird; aber wer sollte wohl jemals die Frage umgekehrt haben: bey dem *precarium* wird nur *dolus* geleistet, warum soll denn bey dem *Commodat* mehr geleistet werden? wer konnte zweifeln, ob bey dem *Commodat* mehr als *dolus* zu prästiren sey?

b) Eine elendere Erklärung als die des *Chesius* (interpret. iur. cap. 45. no. 23. etc.) von dieser Stelle. kann man wohl nicht leicht finden; aber es ist originell, daß er hier unter *culpa*, *culpa lata*, unter *diligentia* *culpa levis* versteht. Bey der *societas* und manchen andern *Contracten*, die zu beyderseitigem Nutzen gereichen, sey nämlich Streit darüber gewesen, ob auch

lum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

§. 4. Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputan-

bloß dolus prästirt werde, in-
 des §. L. 72. pro socio etc. ent-
 scheidet dafür, daß auch culpa,
 das heißt nämlich culpa lata und
 dies wieder negligentia suis re-
 bus non consueta, geleistet wer-
 de. Darum wurde hier entschie-
 den, daß wo, wie beym Com-
 modat, nur einer Vortheil habe,
 der andere et was mehr leisten
 müsse; also diligentiam i. e.
 culpam levem: „certum est, in-
 quit (Ulpianus), in his contrac-
 tibus, qui celebrantur in gratiam
 utriusque contrahentis, dolum
 et culpam (latam) praestari; er-
 go quid plus praestandum erit
 in eo contractu, qui solius ac-
 cipientis causa celebratur, qua-
 lis est commodatum, ergo in
 hoc praestanda erit diligentia
 (culpa levis).“ Seine Recht-
 fertigung darüber, daß er doch
 kurz vorher angenommen, die
 emptio venditio, die locatio con-
 ductio; das pignus etc. siehe dem
 Commodat gleich, es werde, al-
 lenfalls diligentia diligentis
 oder was dasselbe, diligentissimi
 prästirt, will nicht recht einleuch-
 ten (denk woher denn diese r

Schluss?) Eben so wenig sieht
 man ein, wie sich dies mit sei-
 nem Postulat im Anfange: es
 gebe 2 Arten der culpa lata, die
 eine: negligentia suis rebus non
 consueta sey dolo proxima, die
 andere: non intelligere quod
 omnes intelligunt, habe nichts
 mit dem dolus zu schaffen; ver-
 trage, und wie man geradeaus
 die erstere meinen könne, wenn man
 von culpa außer dolus (wo blieb
 denn die andere?) spreche. Doch
 über diese Räthsel mag ihn Rha-
 damanthus befragen. Für uns
 genügt die Bemerkung, daß er
 zu den wenigen alten Schriftstel-
 lern gehört, welche nur 2 Grade
 der culpa annehmen, und daß seine
 Theorie der Theorie des Donellus
 (wenn man nämlich auf Zusammen-
 hang und Ausbildung des Ganzen
 sieht, und nicht am Einzelnen
 klebend die Gleichstellung des
 diligentissimus und diligens pa-
 terfamilias für den einzigen
 Charakter dieser Theorie hält) so
 wenig ähnlich sieht, daß man
 beynähe nicht glauben kann, er
 habe den Donell vorher ge-
 lesen.

dum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendium vel ruina aliquid contigit vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

§. 5. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.

§. 9. Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat, ut puta: equam sibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam praestare debere, veteres responderunt.

§. 10. Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit, ut puta, si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur. — —

§. 13. Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, et servus lancem perdidit, Cautilius ait, periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam, quare culpam in ea quoque praestandam. Plane si servus cum ea fugerit, eum, qui commodatum accepit, non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

§. 15. Si duobus vehiculum commodatum sit vel

locatum simul, Celsus filius scripsit lib. 6. Dig. quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? — — esse verius, ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere. — —

L. 10. D. eod. Ulpianus lib. 29. ad Sabinum.

Eam qui rem commodatam accepit, si in eam remusus est, in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte *culpa sua deteriorem fecit*, vetum est, nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur. §. 1. Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit, si sui, *et custodiam*, et ideo furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, perit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit, si vero ipse cui voluit commisit, aequé *culpam* mihi praestabit si sui causa accepit.

L. 11. D. eod. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit.

L. 18. pr. D. eod. C. oben §. 47.

Itz habe es für zweckmäßig gehalten, mehrere Theile

desselben Fragments und nachher doch desselben Titels, dichter an einander zu rücken, da sie in der That sowohl in Hinsicht der Ausdrücke, als der Gedanken, in einem nahen Zusammenhange mit einander stehen. In allen ist es Hauptzweck, die culpa bey dem Commodat oder doch bey einem sehr ähnlichen Geschäft, wie in L. 10., zu bestimmen, nur ein paar Stellen, die auch diesen Punkt betreffen, habe ich weggelassen, da sie entweder nicht viel releviren, oder ich sie an einem andern Orte nothwendiger brauche. Dieser Hauptzweck wird gleich anfangs mit den Worten angegeben, es solle untersucht werden, ob bey dem Commodat bloß dolus, oder ob auch culpa, oder ob sogar der reine casus zu prästiren sey. Daß nämlich periculum hier auf casus gehe, zeigt der Zusatz omne, denn wenn es auch ein periculum culpae gibt, so kann doch dies nicht gemeint seyn, da, wer nur dies, nicht alle Gefahr zu prästiren hat, sondern nur diejenige, welche seine Schuld herbegezogen. Die Frage sollte aber auch offenbar alles erschöpfen, unter dolus, culpa, periculum omne, muß also alles begriffen seyn.

Um die Bedeutung dieser Frage zu zeigen, wird nun in der Kürze die praestatio culpaes bey den Contracten überhaupt dargestellt, und hier die allgemeine Eintheilung gemacht, es gebe Contracte, die bloß dolus, andere, die auch culpa zuließen. Unter diese beyden Rubriken werden alle hier genannten Contracte gebracht, und unter den

letztern stehen diejenigen Verhältnisse, welche *diligentia
 diligentis etc.* und diejenigen, welche *diligentia quam
 suis etc.* erfordern, ohne daß hier noch auf diesen Unter-
 schied aufmerksam gemacht wird, vermischet zusammen.
 Als Kriterium der einen oder der andern Klasse wird an-
 gegeben, ob bloß der, dem prästirt werden soll, oder
 beyde Nutzen haben: das reichte aus, da das Mandat und
 die *negotiorum gestio* nicht genannt sind, und auf das
Commodat erst hingeleitet werden sollte. Bey diesem nur
 wird gleich darauf aufmerksam gemacht, daß es gemeinlich
 zum alleinigen Nutzen des Prästanten eingegangen
 werde, und wer unbefangen prüft, und sein Gefühl nicht
 durch eine eingebildete Theorie betäuben läßt, wird es sich
 nicht nehmen lassen, daß der Zusatz *et diligentiam* hier
 auf ein *amplius* gehe, und nicht von bloßer fahler Ein-
 theilung der *culpa* und ihrer verschiedenen Gattungen die
 Rede seyn könne; es kommt nur darauf an, worauf sich
 dieses *amplius* beziehe, und welches Verhältniß es andeu-
 ten sollte. Daß kein dritter Grad der *culpa* gemeint seyn
 könne, ist nicht mehr zu bezweifeln, es kann also nur auf
 den dritten Grad der Prästation, die *Contracte* unter ein-
 ander verglichen, bezogen werden, und zwar so: *Ulpian*
 dachte: das *Commodat* gehet in die letzte Klasse, und
 läßt also *culpa* außer *dolus*, d. h. *culpa levis* prästiren,
 aber damit ist für diesen *Contract* noch nicht alles gesagt,
 denn es ist nicht etwa hier die *culpa* auf *diligentia quam*

suis etc. zu beschränken, wie dies bey einigen in der zweyten Rubrik genannten Contracten: *dos, societas*, der Fall ist, sondern es gehört hier insbesondere *diligentia i. o. diligentia omnis* zur culpa, die culpa erstreckt sich mit auf diese. Dies kann bey dem *Commodatum* so weniger Zweifel leiden, da es nur auf den Nutzen des Prästanten geht, und schon unter den in der zweyten Klasse genannten Contracten, von denen beyde Nutzen haben, sich mehrere befinden, welche sich auch vor den übrigen dadurch auszeichnen, daß sie nicht bloß *diligentia quam suis*, sondern alle Beflißheit verlangen, nämlich *emptum, locatum, pignus, depositum, cui merces accessit*. Witz hin bezieht sich das Mehr bloß auf das Verhältniß der beyden Arten der *diligentia* zu einander, nicht etwa auf das Verhältniß der *diligentia* zur culpa, denn aus dieser als dem unbestimmten genus wird jene nur als bestimmte species herausgehoben. In unserm Art zu sprechen, heißen also die Worte: *et culpam praestandam et diligentiam* nichts weiter, als: es muß so wie in genere culpa, so in specio diligentia prästirt werden. Diese Erklärungsort ist, glaube ich, die einzige, welche keine Schwierigkeiten zuläßt, wie der Erfolg noch mehr zeigen wird. Der Donell'schen insbesondere, nach welcher culpa, culpa in faciendo, oder, wie es auf allen Fall berücksichtigt werden müßte, Aquilische culpa heißen soll, steht auch das noch entgegen, daß so oft das Wort auch vorher und nach

her in diesem Fragment und in den gleich folgenden vorkommt, es nur etwa noch in §. 15. diesen Sinn haben könnte, wo jedoch das Trennen der custodia von diligentia gerade auf unsere Bedeutung leiten muß; daß vielmehr das Wort promiscue von Fällen der diligentia und der Aquilischen culpa gebraucht wird, ohne daß auch nur eine Spur zu finden ist, daß es in dem einen oder dem andern Falle in einem eigentlicheren oder uneigentlicheren Sinne angewandt worden.

Beym depositum war schon in §. 2. bemerkt worden; daß man dabey gleich anfangs gültig verabreden könne; daß auch culpa, ja sogar daß auch der reine casus prästirt werden solle; es leidet keinen Zweifel, daß ein Vertrag, der ausdrücklich auf den letzteren gerichtet wäre, auch die Prästation beim Commodat ändern würde. In §. 3. kommt eine stillschweigende Verabredung der Art vor: die Sache ist geschätzt worden, und der andere hat es auf sich genommen, die aestimatio zu leisten; hier mag die Sache zu Grunde gehen, mit oder ohne seine Schuld, oder nicht, so muß er immer den festgesetzten Werth leisten. Es ist hier offenbar von der immer zu präsumirenden aestimatio conditionis causa facta die Rede; wäre die Sache bloß geschätzt, damit wenn sie durch Schuld des Commodatars abhanden käme, man wisse, wie viel sie werth sey, und er zu ersetzen habe, so müßte es bey der culpa und diligentia sein Bewenden haben. Fehlt es nun aber an einer

solchen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verabredung, und ist eine vis maior, d. h. eine solche Kraft von außen, die in der Regel nicht durch menschliche Macht, oder doch nicht durch Kraft des Einzelnen zu überwinden ist: Alter, Krankheit, Raub, Brand, Einsturz, die Ursache des Verderbs; so soll nun keine Verantwortung eintreten, es sey denn, daß dennoch ausnahmsweise eine culpa dabey vorgefallen. Das Wort culpa wird hier also gleich nach jenem Zusatz: et diligentiam, wieder gebraucht, und ganz offenbar von culpa jeder Art und Gattung. Denn diese könnte hier 1) darin bestehen, daß man durch einen widerrechtlichen Gebrauch den Zufall erst möglich machte a), oder 2) darin, daß man mit Feuer, das man selbst angelegt, unvorsichtig umging, also ohne Zweifel auch in Aquilischer culpa; aber endlich 3) auch darin, daß man eine omissio custodiae beging, z. B. vor Räubern gewarnt, aus Uebereilung oder Trägheit nicht völlig hinreichende Veranstellungen traf, welche die Gefahr hätten abwenden können, da man sie doch in seiner Gewalt hatte, oder da, wo ein fleißiger Mann sich vorher erkundigt hätte, dies unterließ, oder den kranken Sklaven aus Nachlässigkeit nicht mit Heilmitteln versah. Also das Wort culpa begreift hier jegliches Versehen. Aber was will nun der Zusatz am Ende: Proinde si — praetulit, sagen? Ist

a) L. 18. pr. commod.

dies, wie Donell meint, etwas dem Commodat eigenthümliches, oder wie ist es zu verstehen? Ulpian, wie er diesen kleinen Satz niederschrieb, hat gewiß nicht gedacht, daß er seinen Auslegern so viel Weidruß erregen würde. Preßt man die Worte: nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit, so kann man mit Einigen wirklich herausbringen, daß, wenn der Commodatar in seinem ohne seine Schuld in Brand gerathenen Hause unter vielen eigenen, zum Theil kostbaren, ihm unentbehrlichen und nicht ersetzbaren Sachen, eine Anzahl geliebener, zum Theil sehr unbedeutender geringfügiger Sachen hat, er nicht eher eine von den seinigen, und sey sie noch so unersetzlich, um sie zu retten, anrühren dürfe, bis er jeden fremden Haufenstock gerettet, wenn er nicht außer seinem eignen großen Verlust noch den dazu haben will, alles fremde Nichtgerettete ersetzen zu müssen; denn er hat ja doch immer etwas von dem Seinigen dem verbrannten Haufenstock u. s. w. vorgezogen. Ich dünkte aber doch, daß die bona fides, die ja, das Wort in allgemeinsten Bedeutung genommen, allein bey dem Commodat die Leistung bestimmt, dies schwerlich erheischen möchte. Daß dies die Meinung nicht kann gewesen seyn, lehrt der ganze Zusammenhang, da hier immer von culpa die Rede ist, und ergibt sich noch besonders daraus, daß der Schlusssatz durch proinde als Folgerung an die Worte: nisi aliqua culpa interveniat geknüpft ist; und wer könnte in jenem

Falle wohl an culpa denken. Wenn wir dies Wort in der allgemeinsten Bedeutung, die hier möglich ist, nehmen, so muß die Schuld hier doch entweder in dolus oder Nachlässigkeit bestehen. Dolus kann es nicht seyn, wenn einer zuerst nach dem Besten griff, was zu retten war, Nachlässigkeit gewiß auch nicht, da vielmehr sich darin der rechte Laft eines fleißigen Hausvaters zeigt. Culpa ist also nur dann vorhanden, wenn sich ergibt, daß man das fremde Gut bloß darum, weil es fremdes Gut war, dem eignen nachsetzt, erst dann kann man im eigentlichen hieher gehöri gen Sinne sagen, daß das Eigene dem Fremden vorgezogen worden. Dies gilt denn nun gewiß allgemein in allen obligationes, nicht bloß beyr Commodat, nur darf es natürlich in der höchsten Noth, welche hier vorausgesetzt wird, niemals zu genau damit genommen werden. Auffallend könnte es aber seyn, daß hier gerade beyr Commodat die Verpflichtung durch Vergleichung mit eignen Sachen bestimmt wird, und also auf *diligentia quam suis etc.* reducirt zu werden scheint. Das Räthsel ist aber leicht gelöst, wenn man nur bedenkt, daß in einer Feuersgefahr oder was dem gleich kommt, nur wenn Fleiß bewiesen wird, Fleiß zu verlangen ist, denn auch der fleißigste tüchtigste Mensch kann hier den Kopf verlieren, ohne daß ihm ein Billiger darüber einen Vorwurf machen kann, daher denn auch eine Vergleichung mit dem Fleiß eines guten Hausvaters mit einer *diligen-*

lia, quam hominum natura desiderat, gar nicht Statt finden kann. Daß aber gerade bey dem Commodat, und nichts anders, hievon die Rede ist, kann zufällig seyn, oder vielleicht daher kommen, weil kein Richter es sich wird nehmen lassen, bey dem Commodat hier in casu concreto schon ein wenig schärfer zu seyn, als in andern Verhältnissen, in welchen man die fremde Sache nicht durch ein beneficium hat, und also weil ein solcher Fall leichter zur Sprache kam a). Das Allgemeine konnte hier fürwahr nur sehr oberflächlich angegeben werden, und es können gar mancherley Umstände zu erwägen seyn, um in jedem Falle auszumitteln, ob wirklich ein solcher Vorzug gegeben worden. An den selten sich ereignenden und noch seltener zur Erkenntniß zu bringenden Fall b), den Donell

a) Merkwürdig ist, daß in mehreren deutschen Statuten bey Verhältnissen, welche omnis culpa erfordern, gerade eben so gesprochen wird, (S. S. 57. die Endnote) und da ist es denn auch recht leicht ersichtlich, daß an keine Aufopferung, sondern bloß an Unterlassung der schuldigen Aufmerksamkeit gedacht wurde.

b) Z. B. einer hat 2 Kühe in seinem brennenden Stalle stehen, eine fremde, die er geliehet hat, und eine eigene; das Dach ist im Begriff einzustürzen, in diesem Augenblick greift er nach der eige-

nen, und läßt die fremde stehen; zur Thatfache gehöret auch noch, daß die fremde ihm eben so nahe stand, als die eigene (oder noch näher, und daß der Einsturz an beyden Stellen dem Augenschein nach gleich drohend war. Dies müßte fürwahr eine scrupulosa inquisitio abgeben. — Brückner de culpa quas concr. talis, meint, es sey nicht wahr, daß wer seine kostbaren Sachen den fremden deponitten vorzöge, eine fraus begehre, nämlich *citra ius civile*; er nimmet immer wie ein gläubiger Gesehandeter, seine Ver-nunft gefangen. — *Genler ex-*

allein vor Augen gehabt zu haben scheint, da es klar ist, der Commodatar habe zwischen ein paar Sachen, einer geliebten und einer eignen, die traurige Wahl gehabt, nur die eine sey zu retten gewesen, die andere nicht, ist sicher nicht gedacht worden; wollte man ihn aber zum Gegenstande der Untersuchung machen, so müßte man nicht vergessen, daß hier gar nicht von Fleiß oder Nachlässigkeit, sondern nur von Aufopferung die Rede seyn könnte.

Wie oben bemerkt wurde, daß *diligentia* zu *culpa* gehöre, wird in §. 5. bemerkl. gemacht, daß zur *culpa* und *diligentia custodia* gehöre. In sofern verhält sich immer *custodia* zur *diligentia*, wie diese zur *culpa*, als auch *diligentia* immer das *genus*, *custodia* die *species* ist; nur bleibt der Unterschied, daß *diligentia* s. str. ein bestimmtes *genus* ist, welches stets die *custodia* s. str.

ercit. ad doct. de culpa fasc. 1. §. 13. ist dagegen der Meinung, daß ein jeder, der Fleiß auf die Verwahrung einer fremden Sache zu verwenden habe, seine Sache der fremden aufopfern müsse („debet ubi periculum adsit, ne suae ac alienae res simul servari possint, rem alienam custodiendam suae rei propriae praeferre.“) Er zieht dabey die bekannte von der handelnde L. 137. §. 4. de V. O. an, und bedient sich dann

pag. 26. not. 1. des Arguments: quae sumtibus nostris fieri possunt, impossibilibus non adnumerantur. Aber im Falle der mora ist die Verbindlichkeit speciell entschieden, hier ist ja noch erst die Frage, ob denn g. V. der Verkäufer, bey dem die Sache liegen blieb, auch verpflichtet ist, sich die fremde Sache etwas kosten zu lassen, und ob dies schon stillschweigend in der allgemeinen Verbindlichkeit zur custodia enthalten ist?

begreift (d. h. die Verbindlichkeit dazu, wo ihr Gegenstand überhaupt denkbar ist), wie das weiter unten noch näher gezeigt werden soll, culpa dagegen die diligentia s. str. nicht allemal begreift. Beym Commodat ist dies, so wie bey allen Contracten, welche bloß auf Zurückgabe und Bewahrung einer Sache gehen, recht sichtbar, da hier sogar diligentia factisch in nichts anderem, als custodia bestehen kann, denn culpa ist hier nur auf zweyerley Weise denkbar, entweder dadurch, daß man selbst die Sache beschädigte, oder dadurch, daß man sie nicht gegen Unfälle von außen a) durch die nöthigen Veranstellungen schützte, jenes wäre Aquilische culpa, dieses omissio custodiae. Daher kommen denn gleich in §. 9. die beyden Worte wie völlig gleichbedeutend vor.

§. 10. enthält einen Ausnahmefall, in welchem wegen des alleinigen Interesse auf Seiten des commodans nur dolus prästirt wird. Bequemer würde er mit L. 18. pr. zusammengestellt, wo, wie wir schon gesehen haben (§. 47), ein anderer Ausnahmefall vorkommt, in welchem wegen

a) Nämlich das außerhalb Schutz angebrachten. Ja es gehört im Verhältniß zum Verpflichteten dahin, wenn der Sklave sich selbst schädete oder entfloh, und dies dem obligatus zu imputiren gehört, denn Aufsicht auf die Sache, daß dem andern nicht geschadet werde, gehört zur custodia.

des zweyseitigen gemeinsamen Interesse nur *diligentia quam suis* Gegenstand der *culpa* ist.

Im §. 13. kommen ein paar Fälle vor, in denen offenbar nur von *omissio custodiae*, also *diligentiae*, die Rede seyn kann: ein Slave verlor eine mit ihm zugleich gleichsam als Zubehör geliehene Sache a), oder er entfloß, indem er sie mitnahm; hier ist nur Schuld überhaupt möglich, wenn man Ursache hatte, ihn unter Aufsicht zu halten und es unterließ, wenn man ihm zuviel Vertrauen schenkte. Dennoch kommen hier die Worte *diligentia* oder *custodia* gar nicht vor, sondern zweimal kommt das Wort *culpa* vor: wie unregelmäßig, wenn kurz vorher zwischen *culpa* und *diligentia* als verschiedenen species unterschieden wäre. Aber *culpa* war dort nur durch *diligentia* dem Umfang nach bestimmt, und man wußte nun ein für allemal, was man hier unter diesem Wort zu verstehn hatte. Es war also auch nichts im Wege, alle 3 Worte hier nach Willkühr und Bequemlichkeit zu gebrauchen.

Was bey Gelegenheit der vorigen Paragraphen zerstreut vorkam, findet sich in §. 15. zusammengedrängt. Es heißt: alles muß in dem vorliegenden Fall, die Sache mag geliehen oder gemiethet worden seyn, in *solidum* geleistet werden, *dolus*, wenn er gerade in

a) *Servum cum lance*: die Waff: *δίσκον*, wahrscheinlich richtig: es lit. übersetzen es: *δούλον μετὰ* war ein Diskuswerfer.

Betracht kommt, auch culpa, in specie diligentia (denn sie gehdrt hier mit zur culpa) in specie custodia (denn darin besteht hier die diligentia). Diligentia und custodia kdnnen hier nicht als verschiedene species gemeint feyn, sie find es nirgends, aber hier am wenigsten, denn war der Wagen beschädigt ohne ihr Thun, so kann dies nur darin bestehen, daß sie es an custodia gebrechen ließen, denn z. B. auch wenn sie an dem Wagen nicht zu rechter Zeit die Räder bestreichen, oder ihn nicht ausbessern ließen, wie er ohne ihre Schuld auf der Reise beschädigt worden, so daß er nachher ganz zusammenbrach, so haben sie es an Aufsicht und schüzgender Bewahrung fehlen lassen.

In L. 10. ist im Anfange von einem Falle Aquilischer culpa die Rede, und diese wird auch schlechtthin culpa genannt; sodann aber gleich in §. 1. auch von einem Fall veräumter custodia, und dies wird erst custodia, nachher culpa genannt. Das Wort custodia heißt hier keinesweges bloß Schutz gegen Diebstahl, sondern es wird daraus nur, daß custodia überhaupt zu prästiren (was hier eben so viel sagt, als es sey diligentia zu prästiren) geschlossen, daß er die actio furti habe; es wird aber auch ferner daraus geschlossen, daß wenn er beym Wegschicken der Sache nicht gehdrig dafür sorgte, daß ihr kein Schaden geschehe, und sie nicht abhanden komme, auch durch Wahl eines zuverlässigen Ueberbringers, wie L. 11. dies

bestimmt, er nun für culpa i. e. custodia sive diligentia haften müsse, culpa und diligentia waren hier also sicher niemals speciell verschieden. Zugleich sieht man aus dieser Stelle, daß einseitiger Vortheil der Prästanten weder in dem Fall des §. I. noch bey dem Commodat, welches ihm verglichen wird, annoch ein besonderes plus der Leistung hervorbrachte; denn sicher geht das sui causa auf beydes, da gerade der Fall hier gewiß nicht unberücksichtigt gelassen worden, da der andere nur die Sache zur Untersuchung ihres Werths hinzab, damit ich sie kaufen solle. Gerade so stellt die Sache dar die hier so merkwürdige und daher einzuschiebende

L. 17. §. 2. de praescriptis verb. Ulpianus lib. 18. ad Edictum.

— — Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico, propter utilitatem, periculum non, si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

Es gab hier also nur 2 Klassen: entweder man hatte Vortheil oder nicht; es gab hier nur 3 Arten der praestatio: 1) dolus solus, 2) dolus et culpa, 3) casus fortuitus: nur die beyden ersten gehörten zur culpa, und bey der zweyten Art war hier, wo keine communio und eben so wenig ein gezwungnes Verhältniß Statt fand, di-

līgētia omnis unter der culpa immer enthalten. Der Fall also, da der inspector keinen Vortheil hatte, stand dem regelmässigen Commodat gleich; der Fall, da sie beyde Vortheil hatten, war den Wirkungen nach von diesen beyden nicht, wohl aber von dem unterschieden, da, wie in L. 18. pr. das Commodat den Vortheil beyder bezweckte, denn dann war eine Art Gemeinschaft vorhanden.

Diese L. 18. pr. nun ist schon oben (§. 47.) ausgesetzt und angezeigt worden, daß die Worte diligētia und culpa, so wie sie hier kurz nach einander vorkommen, sich mit der Donell'schen Worterklärung gar nicht vertragen. Mit unserer stimmen sie aber vortreflich überein, da gerade culpa hier schon nach dem in L. 15. in f. Gesagten den bestimmten Sinn hat, daß auch die diligētia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, mit darunter begriffen ist.

§. 65.

L. 23. de R. I. Ulpianus lib. 29. ad Sabiaum.

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam, dolum tantum, depositum et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio: tutelae, negotia gesta (in his quidem et diligen-

tia a)), *societas et rerum communio et dolum et culpam recipit: sed haec ita, nisi si quid nomi-*

a) Von dieser Lesart sagt Donellus: *ut olim vulgaris lectio fuit, ut subaudiatur, inest, vel: praestatur, und weiß nichts dagegen einzuwenden, als daß sie ausfage, die vorhergenannten Geschäfte erforderten diligentiam, dies könne unmöglich seyn: „re-censuerat enim inter alios societatem, dotem, tutelam, rerum communionem. Wie flüchtig! Societas et rerum communio kommen ja erst hinterdrein. In der That habe ich sie in folgenden Codices gefunden: Rom. 1476. (in hüs). Norimb. 1483. Basil. 1541. Paris 1548. Nor. 1529. Lugd. 1551. hat: in iis quidam et diligentia. In dem Codex, aus welchem Raeverdus ad h. l. (Comm. ad tit. P. d. div. R. I. Antverp. 1568) seinen vorangestellten Text abschrieb, hieß es auch: in his quidem et diligentia, welches aber durch: sed et societas mit dem Folgenden verbunden wurde. Auch Roccus (Henrici Boceri Salcateni Commentt. in L. 23. de R. I. Spirae 1587. pag. 88.) las so wie wir. Beide aber verstehen sie ganz anders. Auch die Basiliten haben: *εν τοις δε επιμελεια*, obgleich freilich in einer andern Verbindung von Anfang an. Auf Donell's Auctorität hin,*

der hier doch gar nicht einmal recht zusah, scheint man diese Lesart ganz vergessen zu haben, so oft man über die beiden andern zankte. Die Lesart der Florentina: *in his quidem et diligentiam*, gibt nicht einmal einen andern Sinn, wenn man nur nicht gerade wie Donellus durch *hi ipsi* und *recipiunt et gängt*, sondern etwa durch *praestari dicendum est*, was denn aber die Wortlücke unnöthig vergrößern würde; oder mit *Cagnolus ad h. l. pr.* durch *praestamus* was denn nur etwas ungewöhnlich klingt; besser gewiß durch *exigimus*. Die Florentinische Lesart haben Cod. ms. de Tortis 1491. 1495. 1507. Venet. 1499., Venet. 1502., Lugd. 1513., 1515. 1604. A. Bocardus Paris 1510. 8. Paris. 1525. 8. Venet. 1487. (in iis). Venet. 1483. in *iis q. e. diligentiam societas etc.* Venet. 1485. in *his quod diligentiam*. Die von Donellus und nach ihm so sehr berühmte Lesart: *in his quidam et diligentiam* ver trägt sich mit seiner Theorie keinesweges, und hat, dünkt mich, alle Kennzeichen einer spätern vermeinten Verbesserung. Sie steht übrigens Paris 1529. Lugd. 1542. Paris 1559. Lugd. 1566. in *iis*. Paris 1536. 8. Paris

natim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit; excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque quae a) sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praestantur.

Dieses Fragment ist sehr merkwürdig, schon deswegen, weil es das einzige ist, welches, wenigstens so wie es nun da steht, die Prästationslehre bloß im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf einen besondern gerade vorliegenden Contract, und zwar erschöpfend hat vortragen sollen; sodann auch darum, weil es sich bisher, aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht unter die Theorie, welche zwey Grade annahm, zwingen lassen wollte. Donell liest quidam und

1539. 8. Paris 1550. 8. Seneton. (in iis) Baudoza. Der Cod. ms. Regiomont. liest wie die Florent. und so auch der Cod. ms. Hafn. Die Conjectur des Lohr, welcher quaedam statt quidam und diligentiam liest, und meint, daß die Fälle der negotia gesta, welche keine diligentia kennen, dadurch abgese-

bert werden sollten, ist, wenn ich nicht recht sehr irre, von Schömann Fragmente pag. 102. hinreichend widerlegt worden. Die von mir gewählte verträgt sich vollkommen sowohl mit dem grammatischen als dem sachlichen Zusammenhang.

a) Richtiger statt mortes quaeque.

bezieht dies auf die 6 vorhergehenden Contracte, welche diligentiam aufnehmen, aber quidam kann nicht auf 6 gegen 2 gehen, und wenn man auch ihm darin gefällig seyn will, noch die 2 folgenden hinzuzuwerten, und selbst wenn man, wie er auch thut, die Tutel wieder in 2 spaltet, tutela et curatela, so bleibt die Waagschale, wohin ein die quidam kommen, doch immer noch zu schwer. Spätere Conjecturen sind aber gar unglücklich abgelaufen. Nach dem jedoch, was oben über Wortbedeutung, das Verhältniß der culpa zur diligentia, der diligentia diligentia etc. zur diligentia quam suis etc. über den Begriff der letztern und die verschiedene Art sie anzusehen, und die Weise der Römer, die culpa selbst und die Contracte, wenn von Præstation derselben die Frage war, einzutheilen und zu behandeln, dargelegt worden, scheint gar keine ernsthaft zu betrachtende Schwierigkeit übrig bleiben zu müssen.

Gerade wie in L. 5. §. 2. commodati (von demselben Verfasser) wird die Eintheilung der culpa in dolus mit Inbegriff der culpa lata, und culpa schlechthin d. h. culpa levis zum Grunde gelegt, und darnach werden die beyden Klassen gemacht: Contracte, die dolus, und solche, die auch culpa zulassen. Unter diese Klassen werden, ohne daß Unterklassen gemacht sind, alle Contracte gebracht, denn daß sich die Præstation noch unterscheiden kann, je nachdem ein Contract die culpa auf diligentia quam suis

beschränkt oder nicht, wird bey der Klasseneintheilung so wenig hier als dort beachtet. Wie dort aber bey einem einzelnen Contract, dem Commodat, erst angeführt wird, daß culpa sich auf diligentia erstrecke, wird auch hier nur bey einem einzelnen Contract, den negotiis gestis, besonders bemerklich gemacht, daß in specie auch diligentia zu prästiren sey: in his quidem et diligentia scil. praestatur, (oder wenn man lieber will, exigitur, venit, continetur — auch die Leichtigkeit der Ergänzung spricht für dieselbe) d. h. und zwar wird in diesen den negotiis gestis, in specie auch diligentia geleistet. Warum aber wurde denn hier diese Bemerkung gerade allein bey den negotiis gestis eingeschoben, da doch von diesen hier gar nicht, wie dort vom Commodat, vorzüglich und besonders die Rede ist? Hierauf läßt sich antworten.

- 1) Daß wir die Stelle nicht mehr in ihrem ursprünglichen Zusammenhang besitzen; vielleicht hat sie darin eine solche besondere Beziehung auf die negotiorum gestio gehabt.
- 2) es ist sehr wahrscheinlich, daß Tribonian die Parenthese eingeschoben. Im Anfange werden 5 Contracte aufgerechnet, die alle diligentia aufnehmen, dabey also nichts davon erwähnt, nun fängt ein neuer Satz mit item und gleich mit 2 Contracten an, die mit diligentia quam suis etc. zufrieden sind, dann negotia gesta und nun wieder 2 Contracte, welche ebens

falls nicht durchaus *diligentia* erfordern. Man wollte die Ordnung bey dem Abschreiben nicht verändern, konnte aber doch bey den zwischen lauter von den übrigen abgeforderte Contracte mit *diligentia quam suis etc.* gerathenen *negotiis gestis* die Bemerkung nicht zurück halten, daß bey dieser die *culpa* sich immer auf das Aeußerste erstrecke. Die alten Juristen beachteteten das nicht, wenn im Allgemeinen von Contracten und ihrer Præstation die Rede war, es ward erst bey dem Einzelnen angeführt, und auch da zuweilen nicht erwähnt.

In L. 5. §. 2. war dies nicht so auffallend oder doch nicht so leicht durch eine eingeschobene Bemerkung zu verbessern gewesen, weil die Contracte in derselben Klasse ganz durch einander gemengt sind: „*ut in locato (d. d.) ut in dote (d. q. s.) ut in pignore (d. d.) ut in societate (d. q. s.)*.“

3) will man aber dies nicht annehmen, so wäre es auch gar kein Verstoß gegen hermeneutische Wahrscheinlichkeit, wenn man dem Ulpian selbst hier eine etwas flüchtiger gefasste Rede zutraute. Er konnte immer das Einschiel selbst gemacht haben, weil er einmal *dotis datio*, und *tutela* (*scil. iudicium*) geschrieben, und nur noch die *societas* und *rerum communio* übrig hatte, statt, was freilich besser gewesen wäre, anzubilden und *negotia gesta* vor *item* zu stellen.

Es dürfte nicht zu schwer seyn, andere Beispiele anzuführen, daß der in allem Wesentlichen so vortrefliche Ulpian nicht gerade immer im Ausdruck und in der Composition *diligentiam diligentissimi* angewandt a). Und selbst dieses selbige Fragment ist überhaupt nicht übermäßig sorgfältig geschrieben. Der Satz, daß ein *pactum in initio contractus in initum* die *praestatio culpa* erhöhen oder herabsetzen könne, ist, wie mich dünkt, etwas breit vorgetragen, das *et ita utimur* erscheint ziemlich überflüssig, endlich sind die Fälle des reinen Zufalls weitläufig genug, und doch nicht vollständig aufgerechnet, so fehlen z. B. *terrae motus, tempestas, naufragium* b), denn *aquarum magnitudines* kann nur auf Uberschwemmung gehen. Entweder konnte man sich mit ein paar, wie in L. 5. §. 3., wo auch *ruina* vorkommt, begnügen, oder man mußte nicht mehrere der wichtigsten auslassen c). Ueberhaupt ist das Ganze mehr eine bloße

a) C. §. B. L. §. 1. de iure dot. wo der Satz: *plane si emptorem — tunc dicendum, iustam aestimationem praestandam*, durch Unterbrechung den Zusammenhang erschwert.

b) C. *Prousteau* ad h. l. cap. 8. no. 15.

c) Allerdings sind dies Kleinigkeiten, an denen wenig oder gar nichts liegt, aber es sollte auch

nur gezeigt werden, daß eine kleine Flüchtigkeit nichts so unerhörtes sey. Man muß nur wieder nicht vergessen, daß Sache und Sprachgebrauch hier denen, welche belehrt werden sollten, im allgemeinen schon bekannt war. Hätte Ulpian für Deutsche geschrieben, so wäre freilich eine solche Nachsicht gegen seine Hand unverzeihlich gewesen.

Aufzählung als eine mit Gründen belegte Prästations-
theorie, das letztere noch weniger als L. 5. §. 2. D.
commodati.

§. 66.

L. 54. §. 1. 2. D. de A. R. D. Modestinus lib. 31.
ad Quintum Mucium.

Item promittendo nobis liber homo, qui bona
fide nobis servit, ut emendo vel venden-
do vel locando vel conducendo, obligari ipso
iure poterit. §. 2. Sed damnum dando damni
iniuria tenebitur, ut tamen culpam in damno
dando exigere debeamus graviolem, nec tam le-
vem quam ab extraneo a): L. 12. §. ult. (Ul-
pian. Lib. 55. ad Edict.) L. 15. pr. D. de libe-
rali causa (Gajus ad Edictum Praetoris Urbani,
titulo de liberali causa). Si quod damnum mihi
dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tem-
pore qua bona fide mihi serviebat, veluti si ego

a) Daß das doppelte tamen
der Flor. falsch sey, scheint mir
keinem Zweifel unterworfen. Die
gewählte Lesart bestätigen Par.
1529. f. Senneton. (Lugd. 1550)
Paris 1548. 8. de Tortis 1491.
1494. und 1507. Lugd. 1575.
und Andr. Bocard. Paris 1510.
Einige lesen ut tantum culpam
— — — nec tam levem, so
Cod. ms. und Rom. —, so
auch Nor. 1483. und Ms. Hafn.

Der Cod. ms. Regiomont. hat:
ut tamen culpam — — nec ta-
men tam levem: diese Lesart hat
an sich etwas für sich, da das
tam leicht nach dem tamen über-
hört oder übersetzen werden konn-
te, aber es paßt nicht ohne
Zwang in den Sinn. — Das dopy-
pelte tamen haben nur spätere
und gemischte, z. B. Lugd. 1604.
und Badoza.

bona fide dominus noxali iudicio conventus et condemnatus, litis aestimationem pro eo obtuli: in id mihi condemnabitur. L. 13. Illud certum est, damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit a). Ideoque licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit *Lego Aquilia* agi, cum ea lege etiam culpa teneatur.

Nus L. 54. §. 2. hat man, ich weiß nicht was, machen wollen, bald soll dort von einem dritten Grad der culpa, bald vom ersten, der culpa lata die Rede seyn: es ist aber weder von dem einen, noch von dem andern die Rede, sondern von einer culpa levis, mit der es nur nicht so genau genommen werden soll, wie beim *extraneus*. Verwirft man nur das offenbar unechte zweite tamen und liest statt dessen tam, und vergleicht damit die L. 13. de lib. caus. so ist alles klar. In der L. 13.

a) Die *Vulgata lectio*: non actione — — — sed etiam vor solum und nachher sed statt quod culpa. Cod. ms. Hafn. non, ist gewiß falsch, wie der non solum — in hoc factum — Zusammenhang mit dem folgenden sed etiam — postea cum postea den Satz zeigt. Uebrigens fin- cum eo — cum ea lege aliter det sie sich Rom. 1476. Nor. 1483. ex eadem culpa teneatur. Fer- Paris 1529. Senneton. 1550. net auch de Tortis 1494. 1491. (am Ende: aliter ex ea culpa 1507. (in allen dreien am Schluß: teneatur). Lugd. 1575. ebenso aliter ex culpa teneatur). Andr. Paris 1548. 8. Cod. ms. (nur Bocard. Paris 1510. völlig wie de noch dolo malo). Cod. ms. Re- Tortis. Baudoza wie Senneton. giom. non solum in hac factum

ist, wie man aus dem vorhergehenden §. ult. sieht, von dem *iudicium de liberali causa* und einer dahin gehöri- gen Schadenszufügung die Rede, und es wird von diesem gesagt, es gehe bloß auf *dolus*, nicht auf *culpa*, dann aber die Bemerkung hinzugefügt, daß, wenn der zugefügte Schaden zugleich zur *Lex Aquilia* (das in L. 12. §. ult. angeführte Beispiel gehört freilich nicht dahin) gehöre, außerdem noch die *Actio Legis Aquiliae* auf *culpa* gerichtet werden könne. Von einem solchen Fall nun spricht auch gerade L. 54. §. 2. In dem ganzen Fragment ist davon die Frage, theils, ob man durch den *bona fide serviens* erwerben, theils, und dies gehört hieher, ob er sich wie ein anderer freier Mensch, der uns nicht dient, durch seine Handlungen uns verpflichten könne. Vom *iudicium de liberali causa* ist weder in §. 1. noch in §. 2. die Rede, sondern in jenem wird angeführt, daß er eben so vollgültig wie der *extraneus* mit uns *contrahiren* könne, in diesem, daß er auch durch ein *damnum iniuria datum* uns wie jener *ex debito* verpflichtet werde a). Dazu wird denn aber bemerkt, man müsse, um den *b. f. serviens* zu verurtheilen, schon eine etwas bedeutendere Schuld erfordern, nicht mit einer so leichten zufrieden seyn, wie bey dem *extraneus*. Der Grund ist gar leicht gefunden, es

a) In L. 13. §. 1. C. ad Leg. ist ganz gegen die Natur dieser Aquil. ist dies nur im Allgemeinen Klage, wie oben gezeigt worden bejaht, aber hier einen *dolus* oder eine *culpa lata* zu erfordern,

würde sehr hart seyn, wenn man einem b. f. serviens jedes kleine Versehen, das er im Dienste begangen, wo Vergleiches so leicht vorfällt, hinterher noch anrechnen wollte; ganz so wie einem Sklaven, welcher in testamentoliber esse iussus, vor Antritt der Erbschaft geschadet hatte, und gegen den es zwar in diesem Fall ein besonderes iudicium auf dolo und culpa lata gab, aber nie die Aquilische Klage nach erlangter Freiheit wegen während der Sklaverey zugefügten Schadens angestellt werden konnte a); ganz so, sage ich, konnte man ihn nicht vor aller Verantwortlichkeit für culpa levis frey sprechen, da ihn als Freien allerdings die Aquilia traf, welche von Beschränkung auf dolo nichts weiß. Daher ward denn die Sache, wie gesagt, moderirt. Man sieht also, daß

a) L. 1. §. 2. D. si is qui testamento liber. Ulpianus liber 58. ad Edictum. Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem negligentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias (nämlich gegen jeden Dritten) Aquilia teneatur ob hoc, quod damnum qualiter qualiter dederit. Habet itaque certum finem ista actio, ut et dolo fecerit iste, et post mortem domini, et ante aditam hereditatem. Caeterum si sine dolo,

aut dolo quidem, verum vivo domino, non tenebitur hac actione. Quin immo etsi post mortem, post aditam tamen hereditatem cessabit actio, nam ubi adita hereditas est, iam quasi liber conveniri potest. Hier konnte er also auch schon ex Lege Aquilia belangt werden, und wußte er vielleicht noch nichts von seiner Ernennung zur Freiheit, und beging das Versehen als muthmaßlicher Sklave und Familienmitglied, so meine ich, muß die Sache wieder so moderirt werden, wie in L. 54. §. 2. D. de A. R. D.

die obige (§. 25.) Entwicklung dem Sinne der Römer ganz gemäß sey. Der letzte Grad der culpa war ihnen kein Extrem, sondern enthielt mehrere Stufen, die aber keinen bestimmten Charakter haben, da sie in der Regel nicht beachtet wurden, die Stufe war einerley, wenn der Grad nur vorhanden war, und dieser umfaßte sogar in der Regel das Extrem, die culpa levissima, nur in diesem besondern Ausnahmefall der L. 54. sollte er es, wegen augenfälliger Billigkeit, nicht umfassen: dem Gutdünken des Richters aber blieb es, weil hier keine nähere Bestimmung möglich war, überlassen, wie hoch oder tief er die culpa levis zulassen und von wo an er sie für gravior, d. h. für genugsam bedeutend halten wollte a).

§. 67.

Zu diesen Gesetzstellen sey es mir erlaubt noch hinzuzustellen

L. 18. §. 4. de damno infecto. Paulus lib. 43. ad Edictum.

Ei qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debet, nec soli domino superficialius, quia invicem ex conducto et locato habent actiones: in quas tamen actiones ultra culpam ni-

a) Manche werden es mir oder aber noch am Schlusse dieser dem Modestinus sehr übel nehmen, Schrift ein paar Worte gewandt dem Richter so viel Willkühr zugestanden zu haben; daran sollen

hil venit, plus autem in stipulationem venit damni infecti, quod quidem vitium eius esse dicitur.

L. 24. §. 3. D. eod. Ulpianus lib. 81. ad Edictum.

Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod *iniuria* fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? Et Labeo quidem scribit, de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu, aut vi fluminis, aliove quo causa fortuito acciderit.

L. 13. §. 6. eod. Ulpianus lib. 53. ad Edictum.

De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus agidium cavere possit? et Sabinus ait, inquilinis non esse cavendum; aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt, et habent quod sibi impitent, aut in vitium aedes inciderunt, et possunt ex conducto experiri, quae sententia verior est.

L. 16. D. de conditione furtiva. Pomponius lib. 38. ad Quintum Mucium.

Qui furtum committit vel commodata vel deposita utendo, conditione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiam, si sine dolo malo et culpa eius interierit res, conditione tamen tenetur, *cum in commodati actione non facile ultra culpam, et*

in depositi non ultra dolum malum tenetur is, cum quo a) agetur.

Aus der ersten Stelle hat man neuerdings ein juristisches Räthsel gemacht b), wozu der etwas räthselhafte Ausdruck des Paulus sie einigermaßen qualificirt. Ich kann, dünkt mich, dem sinnreichen Einfall nicht besser Gerechtigkeit widerfahren lassen, als durch eine Auflösung. In L. 18. §. 4. meinte man, zeige sich bey der stipulatio damni infecti ein plus über culpa hinaus, nun ergebe sich aber aus L. 24. §. 3., daß diese stipulatio sich bloß auf iniuria beschränke, iniuria sey culpa, also hätten wir eine culpa, die über culpa hinaus läge; durch einen dritten Grad wäre wohl zu helfen; culpa ginge dann in engerer Bedeutung auf den zweyten. Ich denke aber, es ist noch wohl ohnedies herauszufinden, und ohne daß man sich entschließt, eine praestatio culpaev levissimae (!) bey der d. i. stipulatio anzunehmen. Zuvor habe ich es mir vergönnt, noch ein Paar andere Fragmente hinzuzufügen. Das letzte sagt dasselbe, was in L. 18. §. 4. von der locatio ausgesagt war, vom Commodat aus: in commodati actione non facile ultra culpam tenetur is,

a) Wenn hier in der Haloandrina das Wort depositi zwischen quo und agetur ausgelassen worden, so ist dies ohne Zweifel die richtige Lesart, wenn man nicht annehmen will, daß Pomponius unerträglich schlecht ge-

schrieben habe. Der beabsichtigte Sinn muß freilich immer derselbe bleiben.

b) Schönmann Fragmente aus seinen civilistischen und juristischen Vorlesungen. Jena 1810 pag. 94. 95.

cum quo agetur, und man sieht auf den ersten Blick, daß das *ultra culpam* Gelegene der *casus fortuitus* sey, welcher bekanntlich nicht anders prästirt wird, als wenn so vorgebret worden.

In der vorletzten Stelle sagt Ulpian in einem vollkommen gleichen Fall dasselbe viel deutlicher, was in L. 18. Paulus fast ein wenig zu künstlich, wie es mir wenigstens scheint, vorträgt. Der Grundsatz, von dem beide ausgehen, ist der in L. 32. in f. eod. ausgesprochene: *inutilis est damni infecti stipulatio, quo casu dampnum alia actione sarciri potest.*

Wenn nun also jemand ein Haus misset, oder einen freyen Platz, um ein Haus darauf zu bauen, und es zeigt sich nachher ein Fehler am Hause oder am Grunde, welcher auszubessern gewesen wäre, z. B. die Wand des Hauses weicht aus, oder der Platz, worauf gebaut worden, stieß an einen Fluß, gegen den er durch eine Steinmauer, gedämmt war, diese wird aber nach und nach ausgespült, so daß sie einzustürzen droht, so ist für den Schaden, der daraus entstehen möchte, die *stipulatio damni infecti* ganz überflüssig, da die *actiones locati et conducti* hier immer angestellt werden können, sobald nicht etwa der Kläger sich durch eigne Schuld um alles Recht auf Schadensersatz gebracht hat. Denn der Verpächter ist verpflichtet Haus und Grund, der Pächter seine *superficies* in solchem Stande zu erhalten, daß sie dem andern keinen Scha-

den zufügen können. Aber was heißt denn nun das: plus autem in stipulationem venit d. i.? Gewiß nicht so viel als, die Stipulation würde hier einen größern Umfang haben, als jene Klagen, das wäre ja ein heller Widerspruch, da denn eben dieses plus wegen die Stipulation nicht unnütz seyn würde; sondern es sagt nur, was auch durch die gleich folgenden Worte angegeben ist: die stipulatio hat das Ausgezeichnete vor solchen Klagen, daß man dabey nicht nöthig hat, sich auf eine culpa zu berufen, sondern daß es hinreicht, sich auf das vitium soli (oder aedificii oder operis) zu berufen. Aber wiederum, wie reimt sich nun hiermit, daß in L. 24. §. 5. gesagt wird, die stipulatio d. i. trete nicht wegen casus fortuitas, sondern nur wegen iniuria, also culpa ein? Wäre es hier bloß um Disputiren zu thun, und dem Gegner Räthsel mit Räthseln zu vergelten, so könnte man dreist es läugnen, daß dort dergleichen gesagt werde. Es wird freylich gefragt, ob bloß iniuria, oder auch ein von außen her kommender Schaden beachtet werde, und dann die vis maior ausgeschlossen. Aber man lese nur weiter: die ganze Frage wird bald auf die Untersuchung reducirt, ob der Schaden vitio aedificii, operis, soli etc. geschehen sey, und an Beyspielen gezeigt, daß von einem solchen vitium und dessen Folgen nur dann die Rede seyn könne, wenn die Sache nach und nach gebrechlich geworden, nicht wenn plötzlich eine höhere Macht auf sie gefallen. Nun denke

ich aber doch, daß eine Sache ohne unser Zuthun und außer allem Mitwirken von unserer Seite (*extrinsecus*) fehlerhaft werden kann, z. B. durch Anspülen des Flusses, wie in §. 5. und 11., durch Alter, wie die in §. 9. erwähnten Bäume u. s. w., und wo ist dann hier die *iniuria*? Die Antwort wird seyn: diese besteht darin, daß nicht zu rechter Zeit ausgebessert, der Fluß eingedämmt, die morschen Bäume weggenommen worden; aber wenn dies Unrecht war, warum wurde denn der Schaden nicht als *ex iniuria, ex culpa* entstanden, erstattet? wozu bedurfte er der *stipulatio*? und diese *stipulatio*, ging sie etwa auf *culpa*? sie ging ja nicht einmal darauf, daß kein Schaden geschehen oder daß ausgebessert werden sollte, sie enthielt nichts weiter, als das Versprechen, der Schaden solle, wenn er sich ereignete, ersetzt werden: *quod damnum vitii aedium, loci, operis futurum sit, sarcitum iri*, das hieß *de damno futuro cavere*. Also war, damit die *stipulatio* einfälle, nichts weiter nöthig, als zu zeigen, daß nie solche Thatsache sich ereignet habe, von Schuld war hier gar nicht die Rede, sie entstand erst, wenn er sich nun zu prästiren weigerte, denn dies war *dolus*. So konnte man also dabey beharren, daß in L. 24. die anfängliche Frage durch die Folge ganz umgestellt, und die Sache auf etwas ganz anderes, als *iniuria* reducirt worden. In gewissem Sinne ist dies auch unläugbar, und nur, wenn man ganz aufrichtig seyn will, muß man einräumen, daß in einem

andern, weniger streng juristischen Sinne von einer iniuria und einer culpa die Rede seyn könne, und daß in diesem Sinne auch wohl Ulpian davon in §. 3. geredet habe. Was hier imputirt werden konnte, war allerdings, daß man nicht die Gefahr durch Vorkehrungen, also durch positives Handeln abgewandt hatte, das ließ sich aber bey einer vis divina gar nicht thun, und darum heißt es in §. 4., es sey unbillig, jemanden deshalb verantwortlich zu machen: „quod enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit?“ Nach strengem Recht war dies aber kein Unrecht, denn niemand ist außer persönlichen Verpflichtungsverhältnissen zum Thun verpflichtet, wie wir das oben gezeigt haben. Dennoch hielt der Prator es doch für unbillig, und war es, aus seinem Gesichtspuncte betrachtet, unrecht, daß einer zum Verderben des Nachbarn sein Eigenthum verfallen lassen dürfe. Deswegen führte er eben die Stipulation ein. Dennoch aber schob er hier gar keine culpa oder iniuria vor, das wäre viel zu sehr gegen die herrschende Rechts- und Freyheitsbegriffe gewesen, sondern indem er die iniuria im Hintergrund stehen ließ, nöthigte er zu einem Versprechen des angegebenen Inhalts, und bey der Klage war nun gar nicht von culpa und iniuria die Rede, sondern bloß von dem, was versprochen worden, vom vitium aedificii, loci etc. und dem Ersatz des daraus entstandenen Schadens, und das ist

es gerade, was in L. 18. §. 4. gesagt wird; eben dasselbe, was sonst durch diese Klage, durch bloße Berufung auf ein *vitium soli* erreicht werden kann, konnte hier durch die Berufung auf die *culpa* und die *obligatio* aus dem Miethcontract erreicht werden. Mit jener nur verhorgten wirkenden *iniuria* verhält es sich wie mit der bey dem *iudicium de deiectis et effusis* vorkommenden *culpa* dessen, der zwar die Zimmer, von denen herabgeworfen worden, bewohnte, aber selbst an dem Herabwerfen keinen Theil genommen: die Klage ward gegeben, weil man annahm, daß ein *diligens paterfamilias* immer die Seinigen und was bey ihm sich aufhält, so in Ordnung und unter Aufsicht halten könne, daß dergleichen gar nicht vorkommen müsse; dennoch aber ward dies gar nicht dabey erwähnt, die Klage ward nicht *ex iniuria*, *ex culpa*, *ex delicto*, sondern aus dem neuen *factum* des Herabwerfens oder Herabgießens quasi *ex delicto*, gegeben. Man lese nur:

L. 1. §. 4. D. de his qui effuderint. Ulpianus.
lib. 25. ad Edictum.

Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium, *culpa enim penes eum est. Nec adicitur culpae mentio vel inficiationis*, ut in duplum detur actio, quamvis damnatum iniuriae utrumque exiget.

Es wäre also wohl mit der L. 18. §. 4. de damn. inf. nicht viel Neues verrathen, aber durch die L. 16. de condict. furt. ist es nun vollends gewiß geworden,

daß auch bey dem Commodat *ultra culpam* nichts prästirt werde, und daß also auch die dabey zu prästirende *diligentia* nicht *ultra culpam* zu suchen sey.

§. 68.

L. 1. §. 1. D. si mensor falsum modum dixerit. Ulpianus lib. 24. ad Edictum.

Haec actio dolum ma- Diese Klage erfordert allein
lum dumtaxat exigit; vi- dolus malus, denn es schien
sum est enim satis abun- völlig hinreichend, den men-
deque coerceri mensorem, sor agrorum in soweit zu
si dolus malus solus con- zügen, daß derselbe in einem
veniatur a) eius hominis, Verhältnis, welches gar keine
qui civiliter obligatus non civilis obligatio mit sich
est. Proinde si *imperite* führt, wegen dolus verant-
versatus est, sibi imputare wortlich gemacht würde. Al-
debet, qui eum adhibuit; so, benahm er sich unges-
sed et si *negligenter*, ae- schickt, so hat der, welcher
que mensor securus erit. ihn wählte, sich dies selbst
Lata culpa plane dolo com- zuzuschreiben, und der men-
parabitur. Sed et si mer- sor kann so wenig, als wenn

a) al. puniatur.

eadem accepit, *non omnem* er nachläffig verfuhr, in
culpam eum praestare, Anspruch genommen werden.
 propter verba Edicti, uti- Aber eben fowohl, wenn er
 que enim scit Praetor, einen Lohn bekam, hat er
 et mercede eos interveni- nicht jegliche culpa zu prä-
 re a).] firen, und zwar wegen der
 Worte des Edicts, denn man
 kann nicht zweifeln, der Prä-
 tor wußte, daß fie auch zu
 weilen Lohn bekommen.

Manche haben diese Stelle als ein Hauptargument ge-
 braucht, daß es einen dritten Grad der culpa gebe. In
 der That unbegreiflich! Um dies hineinzulesen, muß man
 erst annehmen, daß die beyden Fälle, da der mensor kein
 Honorar, und da er eins bekommt, von Ulpian verschie-
 den behandelt worden, da es doch aller Welt vor Augen
 liegt, daß er fie einander vollkommen gleich stellt; und so
 zeigt sich aufs allerklarste, daß sich das Fragment nur mit
 einer zwiefach getheilten culpa verträgt. Man lese doch
 nur den Anfang der L. I.: „Adversus mensorem agro-
 rum Praetor in factum actionem proposuit, a quo
falli nos non oportet, nam interest nostra, ne fallamur
in modi renunciatione. Also die Klage war wegen
 fallacia gegeben, das Edict lautete auf dolus: wie konnte

a) Die andern Lesarten ob *tervenire*, sind vielleicht Correc-
 mercedem etc. et mercedem in- turen, der Sinn bleibt derselbe.

hier jemals mehr als dolus und die ihm gleich stehende culpa lata eingeklagt werden? Ferner: „Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praebere et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari“. Die ganze Leistung wurde nicht wie eine contractsmäßige Præstatiön, sondern wie eine Gefälligkeit angesehen, welcher Charakter ihr auch dann nicht verloren ging, wenn etwas dafür gegeben ward, weil dies bloß als Vergütung, als Honorar anzusehen, nicht als Bezahlung. Eben weil es immer beneficium blieb, war die Klage unbedingt im Edict auf dolus gerichtet, wie kann hier also das Honorar, welches doch das beneficium nicht aufhebt, einen Unterschied machen? Diese Fragen sind es denn nun auch gerade, welche in §. 1. schlechterdings verneint werden. Der Prätor wollte dem mentor agrorum nicht mehr aufbürden, als daß er nur nicht arglistig verfahren sollte. Der Arglist aber steht gleich, wenn er ein grobes Verschwen beging, denn auch das verräth arge Gesinnung, sie mochte nun daran liegen, daß er sich eine Geschicklichkeit zutraute, die ihm ganz abging, oder daß er für diesen Fall seine Kunst auf eine unerhörte Art vernachlässigte. Kann ihm daher weiter nichts vorgeworfen werden, als daß er sich ungeschickt oder nachlässig betragen, also nicht so, wie sich ein anderer tüchtiger fleißiger Mann

benommen haben würde, war er nicht noch dazu in fraude, das Wort im weitern Sinne genommen, so ist er gar nicht zu belangen. Es kann auch keinen Unterschied machen, daß er eine Vergeltung bekam; denn man kann es doch wohl dem Prätor zutrauen, er wußte, daß dieser Fall in praxi auch vorkomme; hätte er also gewollt, daß für diesen Fall ein anderes gelten solle, so würde er denselben besonders bestimmt, und die Worte des Edicts nicht so allgemein und unbedingt gefaßt haben: es kann also auch hier nicht *omnis culpa*, sondern nur *fraus* und *lata culpa* verlangt werden. Dies ist ausführlich der unbestreitbare Sinn der Stelle, und eben so unbestreitbar ist nun auch die Folgerung:

Es wird entweder nur *culpa lata*, oder auch *omnis culpa* (alles was imputirt werden kann) prästirt; wenn also *culpa levis* außer *culpa lata* prästirt wird, so wird *culpa omnis* prästirt, mithin ist *culpa levis omnis culpa*, und alles was imputirt und außer dem reinen *casus* prästirt werden kann.

Wohl aber bitte ich dabei zu bemerken, daß, wie schon oben dargethan worden, hier von einem Geschäft die Rede ist, bey dem gar keine Aquitische culpa denkbar ist, und daher, wenn überall mehr als *dolus* zugelassen würde, nur allein besondere Verschiffenheit, wahre *diligentia* eintreten könnte.

Siebentes Capitel

Von einigen Contracten, welche *diligentia quam suis etc.* erfordern.

§. 69.

Um den Begriff der *diligentia quam suis*, ihr Verhältniß zur *culpa u. v. d. a.*, wie dies alles oben bestimmt worden, zu noch mehrerer Gewißheit und Klarheit zu erheben, dürfte es dienlich seyn, mehrere der Contracte, welche sich mit *diligentia q. s.* begnügen, in dieser Hinsicht etwas genauer durchzugehen: ich habe dazu die *societas*, die *rerum communio* und die *Tutel* ausersuchen.

I. *Societas.*

Die drey Hauptstellen, welche von *praestatio cul-pae* bey der *societas* handeln, haben wir schon oben (§. 46. und 49.) kennen gelernt, und es ist daraus gezeigt worden, daß die Römer hier nicht bloß *dolus* und *culpa lata*, sondern auch *culpa levis* prästiren ließen, die *culpa levis* aber dadurch beschränkten, daß sie bey der außeraquilischen *culpa* die Entschuldigun-g zuließen, man pflege nicht fleißiger in eignen Dingen zu seyn. Aus dem §. ult. I. de *societate* ergibt sich aber auch, daß früher darüber unter den Römischen Juristen Streit gewesen, ob hier bloß *dolus* oder außerdem auch noch *culpa*

zugelassen werden solle, daß aber diejenige Meinung die Oberhand behalten (praevaluit), welche die culpa mit herbezog. Es ist interessant bey Erforschung dieses Streits und seiner Ursachen noch etwas länger zu verweilen. Argumente für und wider sind nicht angegeben, noch Zweck und Bedeutung dieses Streites dargelegt worden; nur dafür ist ein Grund angegeben, weshalb nicht unbedingt diligentia zu prästiren sey, aber darüber waren die Parteyen nicht uneinig. Man muß dieselben also aus dem Geist der Prästationslehre und dem Zusammenhang des Ganzen in sich selbst und mit andern Materien hernehmen. Da muß es nun gleich anfangs auffallen, daß die Gründe, weswegen in §. 3. in f. I. q. m. r. c. o. und noch deutlicher in L. I. §. 5. D. de Oct. O. a) bey dem depositum allein dolus, mit Ausschluß aller culpa, die nicht dolus ist, und weswegen noch §. ult. I. de societate und L. 72. D. pro socio, obgleich culpa für zulässig, doch diligentia bey dem Nachlässigen für unzulässig erklärt wird, dieselben sind, Dort, heißt

a) Gajus lib. 2. aureorum. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur, qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est, quia enim non sui gratia accipit, sed eius, a quo accipit; in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. *Negligentias vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet* — magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.

es: quia qui negligentem amico rem custodiendam committit, de se queri debet; oder, wie es in §. 3. cit. heißt: tuae facilitati id imputare debet; hier: quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri sibi que hoc imputare debet. Ja, bey dem mensor kommt, wo von Ausschließung des dolus die Rede ist, nämlich in der oben (§. 68.) vorgelegten L. I. D. si mensor; etwas ähnliches vor: proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit. War nun also bey dem depositum derselbe Grund hinreichend, alle culpa auszuschließen, warum nicht auch bey dem socius? Ohne Zweifel war es auch diese Gleichheit, worauf sich die andere Partey berief. Bey dem depositum, so argumentirte diese vermuthlich, zeigt sich allerdings ein besonderes Vertrauen zu dem, welchem man seine Sache so hingibt zur Verwahrung, man muß der freundschaftlichen und rechtlichen Gesinnung des andern sicher seyn, von dem man erwartet, daß er uns umsonst unsere Sache aufbewahren und sie uns zu rechter Zeit unverfehrt wiedergeben werde; aber bey der societas tritt dasselbe ein, hier geht man in ein fast noch engeres, beynahe brüderliches Verhältniß willkürlich ein; mit wem man sich zu irgend einem gemeinsamen pecuniären Zwecke zusammenstellt, dem muß man doch vor allen Dingen erst recht vertrauen, und vertraut man unvorsichtig, so mag man sich die Folgen selbst zuschreiben. Dazu kommt noch, daß man selbst

noch außer dem Fall eines *f. g. n. depositi miserabilis* sehr dringende Gründe haben kann, bey dem andern die Sache zu deponiren, etwa man soll reisen, hat an dem Orte wenig Bekannte, kann aber die Sache nicht mit fortbringen; dagegen ist der Eintritt in eine *societas* gewiß im Ganzen viel freyer, das willkührliche Vertrauen also größer a). Mit dem Einwurf konnten aber auch die Gegner nicht ausreichen, daß man ja eben darum auch die *diligentia*, *in eventum*, mehr beschränke, denn gleiche Gründe müssen gleiche Folgen haben. Ferner, wenn wir die Sache so ansehen könnten, wie *Donellus*, so würden die Gegner noch mit mehrerm Erfolg so haben raisonniren können. Es hat gar keinen Sinn, daß ihr bey der *societas*, *culpa* außer *dolus* prästiren und nur diese auf *diligentia quam suis etc.* beschränken wollt; *diligentia quam suis etc.* ist ja *culpa lata in non faciendo*, ist also bey der *societas* so gut wie bey dem *depositum* als *pars doli* zu prästiren; weshalb wollt ihr denn nun aber die *culpa levis in faciendo* prästiren lassen? Mit dem falschen Vorwand, daß die *culpa in faciendo in genere* ärger sey, würden sich Römische Juristen nicht haben helfen wollen, die Gegenpartey hätte also nur sagen können, die

a) Dasselbe konnte man auch denn was kann uns zwingen, so sogar vom *Commodat* sagen, gütig zu seyn, einem andern un- wenn es hier bloß auf freund- sere Sachen umsonst zum Ge- schäftliches Zutrauen ankäme, brauch hinzugeben?

Aquilische culpa sey schon an sich unrechtmäßig, die Aquilia verpöne sie ja schon: dadurch wäre denn aber die societas in eine wahre Abhängigkeit von einem andern Rechtsmittel und einer ganz andern Ansicht gebracht worden, mit der man auch das depositum hatte verschonen wollen. Zudem war die practische Folge sehr gering: denn wenn ich mich auch gleich durchaus nicht überzeugen kann, daß die Lex Aquilia auch solchen gegeben wurde, die im Augenblick der Schadenszufügung nur ein persönliches Recht an die beschädigte Sache hatten, vielmehr vom Eigenthum recht warm überzeugt bin a); so konnten sich doch

a) Die Widersprüche, welche in neuester Zeit Schömann Handb. des Civilr. B. L. S. 213. 2c. dagegen gemacht hat, sind wirklich von gar keiner Bedeutung. Der ursprüngliche Grundsatz war: Lex Aquilia domino damna salva esse voluit. Es war sehr natürlich, daß man dies auf ein jedes selbstständige ius in re aliena, vor allem aber auf den, der die Sache in bonis hatte, ausdehnte; aber schon wegen der Ausdehnung auf persönlich Berechtigte eben so unnatürlich gewesen, als jene natürlich war. Wegen des erst nachmals Eigenthümer gewordenen Verkäufers lese man doch nur L. 12. D. de peric. r. v. Lectos emptos Aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori, aut per eum stetit, quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet. L. 13. eod. eumque cum Aedili si id non iure fecisset, habiturum actionem Legis Aquiliae, aut certe cum venditore agendum esse, ut is actiones suas, quas cum Aedili habuisset, ei praestaret. Alle Begriffe aber von literärischer Kühnheit übersteigt es, wenn er 1) schon aus den Worten: servum alienum alienamve pecudem seinen Satz beweisen will, als wären die unterstrichenen Worte so allgemein zu nehmen, daß sie ein persönliches Recht mit begriffen, ja diese sprachwidrige Bedeutung

diese, wenn sie wirklich dadurch Schaden litten, in der Regel immer durch das ihnen vom dominus gebührende *cessio*, oder durch sonstige Ansprüche an diesen helfen, und der ganze Gewinn für den socius wäre also der gewesen, daß er auch die unangestellte Klage auf seine Erben bringt.

aus L. 18. §. 9. D. de damn. inf., wo gerade gesagt wird, daß die verkaufte und nicht tradirte Sache in Betrachtt des Käufers, nicht etwa des Verkäufers *res aliena* sey, und aus L. 21. D. de hered. vend., wo von einem *negotium alienum*, die Rede ist; därtun will; 2) wenn er die L. 15. §. 12. de act. emt. venditi unbedenklich für sich anführt, da sie doch dem Käufer, si quid praeterea rei venditae nocitum est, die aquillische Klage noch erst vom Verkäufer cediren läßt, also sonnenklar gegen ihn spricht. L. 45 D. ad L. Aquil. sagt nichts weiter, als man müsse die Regel *cum grano salis* verstehen, und nicht etwa glauben, es könne in gar keinem Falle (non utique) einer die Aquilia anstellen, der nicht zur Zeit der Schadenszufügung schon dominus gewesen, das Repräsentationsverhältniß zwischen defunctus, hereditas, heres, zwischen legatariis doniunctis ugd endlich das postliminium, müssen Ausnahme machen; ist jemals der Satz wahr gewesen: *exceptio fir-*

mat regulari in casibus non exceptis

, so ist er es hier, und so enthält auch die noch von ihm angeführte L. 27. §. 14. eine nicht schwer zu erklärende Ausnahme, wenn man nicht etwa das: *et si colonus eam exercuit* bloß auf das kurz vorübergehende *iudicium* quod vi aut clam beziehen will. Die Regel wird auch noch aufs deutlichste durch den in L. 17. ja f. und L. 35. D. ad L. Aquil. angegebenen Grund: *quia retro accrevisse dominium ei videtur* bestätigt; und nun lese man noch L. 7. §. 5. de dolo malo; item si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam prius, quam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio, de dolo autem actio, quocumque tempore eum occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit. Noch möchte L. 3. §. 4. D. de his qui effuderint zu erwägen seyn, wenn nicht der sehr verdächtige Text jeder Auslegung widerstünde, vielleicht aber dünkt es andern nicht so,

grü könnte. Hätte sich dies alles nur so verhalten, so würde unbegreiflich seyn, warum man nicht gleich anfangs auch in das depositum die culpa und die diligentia quam suis in diesem Sinne mit aufnahm: Alibi, doch die Aquilia scher culpa auch; ungeachtet des depositi widerrechtlich; oder aber auch bey der societas ebenwohl dieses fallen ließ, zumal da ein Grund bey beyden Statt fand. Und ganz anders freilich gestaltet sich die Sache, und viel bedeutender wird der Streit, wenn man unsere Ansicht, so wie sie oben dargelegt worden, vorzieht, denn Karnach ist sowohl die Aquilische culpa, als selbst die negligentia suis, rebus non consueta in einen ganz andern Gesichtspunkt bey der societas als bey dem depositum zu stellen, und hat dieser Unterschied in der That viel beträchtlichere, sich auch auf die diligentia quam suis etc. erstreckende Folgen. Was aber den Grund des Unterschiedes betrifft, so ist dieser darin zu suchen, worin der viel zuverlässigere Ulpianus ihn in L. 5. §. 2. commodati allein setzt: quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus. Des andern Grundes, welcher in §. 3. I. q. m. r. c. o. auch allein angegeben worden, bedürfen wir auch nicht einmal als eines Unterstützungs- oder Ergänzungs-Grundes, in welcher Gestalt man etwa sagen könnte, daß er in L. 1. §. 5. d. O. et A. von Gajus, indem er den Grund des Ulpian voranschickt, aufgeführt worden, denn

wenn das Mandat freilich auch *his negotiis gratuitam* doch gar keine *diligentia omnis* zuläßt, so kam der Unterschied nicht in dem größern Vertrauen, brym depositum liegen, da ja der gerade recht vertraut, welcher einen Freund umsonst für sich handeln läßt, sondern er muß in etwas ganz andern liegen. Also auch das depositum schloß *culpa levis* aus; weil der Depositar keinen Nutzen hatte, die *societas* nahm sie auf, nims darselben Grunde weswegen die *dos* sie aufnahm, *quia causa sua contractis sociis a*). Um nun aber hier zu erklären, weswegen nicht wie bey andern Contracten, bey denen auch beyderseitiger Vortheil, oder einseitiger auf Seiten des Prästanten Statt findet, *omnis diligentia*, sondern nur *diligentia quam suis*-Gegenstand der *culpa* ist, bedarf es als ledings des Grundes, daß hier wie bey der *dos* ein besonders enges Verhältniß des Vertrauens und der Freundschaft Statt finde, und daß man daher gar nicht auf mehr als solchen Fleiß rechnen dürfe, wie der Andere ihn offenbar nur in eignen Angelegenheiten anzuwenden gewohnt ist. Des ist aber auch die wahre Bedeutung dieses Arguments, und an eine eigne Schuld, die hier compenstet wird mit der freyden, ist hier im strengen Sinne

a) L. 17. pr. D. de iure dotium. Paulus lib. 7. ad Sabinum. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dotum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

nicht zu denken, wenn gleich Gajus, weil er sich die Sache nicht ganz ausgedacht hatte, dergleichen zu verrathen scheint. Man kann in der That ganz unschuldig an einem nachlässigen socius kommen, wie man ganz unschuldig an einem ungeschickten Landmesser kommen kann, und gewiß würde es keine Aenderung in Hinsicht der praestatio machen, wenn man dies in casu concreto auch noch so klar bewiese. Was das sibi imputare eigentlich bedeute, sieht man auch aus dem angeführten §. I. L. I. si mensor, wo es bloß schlußweise gebraucht wird; da der Mann hier bloß ein beneficium bekommt, und wer dieses gibt, nicht für mehr als dolus haftet, so schreibe er es sich daher (proinde) auf seine Rechnung, wenn der mensor ungeschickt verfuhr, auf die Rechnung des mensor kann er es nicht schreiben. Beym socius muß man auf ähnliche Art sagen: da du vertrauest und in ein so enges Verhältniß, in ein Bündniß dich einliegest, so konntest du auf nicht mehr rechnen, als auf den deinem Gesellen eigenthümlichen Fleiß, vergriffst du dich also in der Wahl, so ist der Schaden dein; und er ist ohne Schuld, wenn du mehr erwartetest, als er stillschweigend zu leisten gelobte. Schadete er nur nicht durch eine Nachlässigkeit, deren Folgen ihn schon aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der allgemeinen Bürgerpflicht verantwortlich machen würden, verfuhr er nur nicht arglistig oder so grob nachlässig, wie es nie geduldet werden darf, sobald irgend ein Fleiß in Betracht kommt,

war er nur nicht in dem Grade fleißig, wie ein durchaus fleißiger Familienvater es zu seyn pflegt, und es ergibt sich, daß er auch in eignen Angelegenheiten den Grad öfters nicht erreicht, so kannst du ihm gar keine culpa vorwerfen, und ihn überall nicht verantwortlich machen. Wollte man die Sache gradezu auf *exceptio propriae culpa* stellen, so müßte man ein gewissermaßen hinzufügen, welches denn aber den Gegenstand nicht klarer zu machen pflegt.

Daß L. 52. §. 11. keinen Ausnahmefall von dieser Prästationsregel enthalte, ist schon oben (§. 49. g. d. E.) gezeigt worden, einen wahren Ausnahmefall scheint aber zu enthalten

L. 23. pr. D. pro socio. Ulpianus lib. 30. ad Sabinum.

De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum [qui socium nocentem solus adhibuit] mandare sociis sufficit, ut si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet; an vero indemnes eos praestare debeat; et puto, omni modo eum teneri eius nomine, quem ipso solus admisit, quia difficile est negare, culpa ipsius admissum.

Was Donellus meint, daß hier doch offenbar eine negligentia in suis rebus consueta vorhanden sey, da er ja auch den socius zu seinen eignen Angelegenheiten zugezogen habe, dürfte uns zwar nicht irre machen, schon

allein aus dem Grunde nicht, weil es nicht wahr ist; man lese doch nur die Fragmente von L. 19. an, es ist immer nur von Zuziehung zu Societätsfachen die Rede; aber die Gesesskelle spricht zu unbedingt und allgemein, als daß man hier einer Beschränkung auf negligentia suis rebus non consueti Statt geben dürfte: der socius haftet auf alle Weise und immer, denn wohl niemals könne er hier ohne Schutz seyn. Warum das nun nicht? mich dünkt, die Antwort ist nicht schwer: weil schon darin an sich eine Anmaßung liegt, daß er den Fremden zugelassen und er mithin auch die üblen Folgen derselben tragen muß. Die andern socii hatten auf ihn gerechnet, und seine eigne Thätigkeit, sie konnten nicht erwarten, daß er einen Dritten, ohne sie zu fragen, in ihre gemeinsamen Angelegenheiten hincinziehen würde. Ein anderes wäre es gewesen, wenn er, wie in §. I. desselben Fragments vorausgesetzt wird, einen Sklaven vor die Arbeit gestellt hätte, denn dieser ist kein selbstständiger Mensch, sondern er kann ihn unaufhörlich unter Zwang und Aufsicht halten; hat also dieser durch Nachlässigkeit geschadet, so haftet er zwar auch, aber nur so weit als er es selbst an dem Fleiße gebrechen ließ, den er in eignen Sachen anzuwenden gewohnt ist: pflegt er daher erweislich den Sklaven auch im Eignen zu solchen Geschäften zu gebrauchen ohne schon unangenehme Erfahrungen gemacht zu haben, und ließ er es hier nicht mehr als dort an Aufsicht gebrechen,

so ist ihm nichts vorzuwerfen. Auf den Grad der culpa des Sclaven kommt natürlich an sich gar nichts an.

Compensation wegen in andern Fällen angewandter diligentia kann nie Statt finden a), gesetzt auch, diese hätte für einzelne Fälle alles gewöhnliche Maß, und alles, was in Contractsverhältnissen jemals gefordert werden kann, übertroffen, und wäre der Societät noch so ersprießlich gewesen. Dies ist eben so wenig recht, als nach L. 137. §. 2 in f. b) derjenige, welcher mit übermäßiger Anstrengung und Eile an dem Ort der Zahlung angelangt ist, nun auch die Zahlung so lange aufschieben kann, als er ordentlicher Weise zu der Reise hätte brauchen dürfen, ohne sich verantwortlich zu machen. Wer unrechtmäßiges thut, kann sich nicht darauf berufen, daß er vorher mehr noch als rechtmäßiges that.

Gegen den Erben des socius wird die culpa gerade so weit verfolgt, als sie gegen ihn selbst verfolgt werden konnte c).

§. 70.

II. *Communio rerum.*

Die Hauptstelle ist:

L. 25. §. 16. 18. D. famil. hercisc. Paulus lib. 25.
ad Edictum,

a) L. 25. §. 1. L. 25. L. 26.
D. pro socio.

b) Oben §. 26.

c) L. 35. 36. D. pro socio.

Non tantum dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum herede non contrahimus, sed incidimus in eum; non tamen diligentiam praestare debet qualem diligens patrifamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum si actio non competit; talem igitur diligentiam praestare debet qualem in suis rebus.

• Eadem sunt, si duobus res legata sit, nam et hos coniunxit ad societatem non consensus sed res.

Die allgemeine Frage, ob der coheres außer dolum auch culpa zu prästiren habe, ist zu bejahen; da man nicht durch Contract, sondern durch einen äußern von uns unabhängigen Umstand Witerbe wird. Die speciellere, ob auch diligentia diligentis patrifamilias zu prästiren, ist dagegen zu verneinen; denn er konnte hier nicht unthätig bleiben, ohne sein eigenes Geschäft mit zu veräußern, weshalb ja auch die actio negotiorum gestorum ihm versagt wird; mithin prästirt er nur die Besonnenheit, welche er seinen eigenen Geschäften zu widmen pflegt.

Gerade dasselbe muß auch in Hinsicht einer Mehrern gemeinsam vermachten Sache (also von jeder communio außerhalb des Co-

cietätscontracts) gelten; denn auch hier ist es kein auf Vereinigung beruhendes persönliches, sondern lediglich ein sachliches Verhältniß, was die Gemeinschaft hervorbringt.

§. 18. Item culpa nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

§. 18. Auch wer, indem er den andern Erben durch Antretung zuvorkam, erbenschaftlichen praediis zustehende servitutes durch Nichtgebrauch verloren gehen läßt, ist wegen culpa verantwortlich.

Was bey der Societät einen Scheingrund abgab, die Prästation auf dolus einzuschränken, konnte bey einer anderweitigen Gemeinschaft gar nicht in Anrede kommen, denn seinen Coheres, seinen Collegatar wählt man nicht selbst. An besonderes Vertrauen und eine Art von propria culpa war also gar nicht zu denken. Within verstand es sich von selbst, und war wohl nie bestritten worden, daß auch culpa zu prästiren sey. Es fragte sich aber ferner: gehört insbesondere auch diligentia diligentis etc. hier zur culpa? Dies wird verneint, eben weil auch der, von dessen Prästation die Rede, ohne Wahl in das Verhältniß gekommen, und weil also nicht zunächst Verpflichtung ge-

gen die übrigen, sondern vornämlich eigener Vortheil seine Thätigkeit für die gemeinsame Sache in Anspruch nahm. Beides ist hier in Rechnung zu bringen, nicht, wie die meisten thun, allein das letztere; sonst müßte jeder, der aus eigenmüßigen Absichten für einen andern thätig ist, zu einem geringeren Grade der Befähigung verpflichtet seyn. Der Cohäeres aber durfte und mußte thätig seyn, schon allein darum, weil es seine Angelegenheit mit war, konnte sich also nicht durch seine Thätigkeit in ein Verpflichtungsverhältniß bringen, indem er sich etwa als negotiorum gestor (quasi ex contractu) Rechte oder Pflichten zu-
 zuge. Contrahirt hatte er in keinem Betracht a). Dennoch ist auch für ihn eine Verpflichtung vorhanden, 1) nicht die res communis zu beschädigen, was ja schon ohne alle besondere Verpflichtung unerlaubt war, und jede Nachlässigkeit ist hier culpa; 2) Fleiß anzuwenden, aber nur so weit die Sache selbst es mit sich bringt, also wenigstens nicht gerade in re communi noch nachlässiger zu seyn, als in re propria, denn darauf hatte z. B. der Erblasser oder Schenker wohl sicher gerechnet, indem er ihn in ein solches Verhältniß brachte, daß er nicht gerade

a) Es ist nicht recht abzusehen, weshalb Rittershusius ad L. bey der societas finde dieser Grund doch nicht Statt, aber eben darum bedürfte es hier und dort eines andern.
 23. d. R. I. cap. 14. und Brückner, de culpa quae concr. talis. §. 12. hier den Paulus einer ratio aliena et impertinens be-

hier den Andern zum Nachtheil über sein eignes Maß un-
fleißig seyn werde. Nur wenn, etwa die Andern durch
eigne Thätigkeit den Schaden hätten abwenden können,
fällt die Verantwortlichkeit weg. Folglich muß der, wel-
cher früher antrat, insbesondere für den Verlust der Ser-
vituten durch Nichtgebrauch, den andern, da diese noch
nicht einmal zu gebrauchen, berechtigt waren, wenn sie sich
nicht immisciren wollten, allerdings haften, in so weit er
sich in diesem Betracht nach Maßgabe des Obigen etwas
zu Schulden kommen ließ, d. h. aus grober oder doch im
Seinigen nicht gewöhnlicher Nachlässigkeit handelte. Dies
letztere wird sचेchthin durch *culpaе nomine tenetur*
ausgedrückt. Was zur *culpa* gehöre, war so eben vorher
bestimmt worden. Wollte man nur also im Anfange die
nähere Bestimmung der *diligentia* nicht schon auf das
vorhergehende *culpa* als unbestimmtes *genus* beziehen, so
würde in ein paar durch item verbundenen Sätzen das
Wort *culpa* einen andern und wieder einen andern Sinn
haben, und in dem ersten gerade von dem geschieden seyn,
womit es mit dem letzten zusammenfällt. Auch dieses
Fragment beweist also für die Richtigkeit unserer Vorstel-
lung von der Sache.

Hatte der Coheres gehandelt z. B. er hatte Gelder
einkassirt (offenbar keine zur *Lex Aquilia* gehörige Thä-
tigkeit), so kann man mit Recht sagen, wie Ulpianus in
L. 16. §. 4. D. famil. hercisc.: „omnia quae in here-

ditate dolo aut culpa fecerit in iudicium familiae heriscundae veniunt“, ungeachtet er nicht *diligentia* zu prästiren hat, denn die Unterlassung derselben war hier gar kein Vergehen, kein Unrecht. Nur ist noch, damit die *actio fam. herc.* angestellt werden könne, erforderlich, daß er sich als Erbe gerirt hat; dann macht es aber auch nichts aus, wenn etwa auch noch eine andere Klage Statt finden sollte. So auch, wenn er eine Erbschaftssache, indem er als Erbe beschäftigt ist, verlegt, z. B. er reißt aus Versehen oder absichtlich Erbschaftspapiere durch, oder macht sie unleserlich, hier kann er zwar aus der *Lex Aquilia* belangt werden, aber nichts desto weniger geht auch das *iudicium fam. herciscundae* gegen ihn a), und das letztere Verfahren konnte unter Umständen für ihn vortheilhafter seyn, da es auch gegen den Erben wegen jeder culpa, die den Erblasser verantwortlich machte, eine Stelle fand b).

§. 71.

III. Tutela.

Die Hauptstelle und die einzige, worin vollständig die Prästationsverbindlichkeit des Tutors angegeben wird, ist L. 1. pr. D. de tut. et rat. distr. Sie ist oben (§. 34.) schon vorgekommen und dort ihr Inhalt angegeben worden. Also die *actio tutelae* umfaßt die Aquilische culpa

a) L. 16. §. 4. cit.

b) L. 10. pr. D. commun. divid.

ganz (culpa in rei nocendo levis — levissima), außerdem aber nur diligentia quam suis a).

Hierbey ergeben sich nun mancherley Schwierigkeiten, welche nach den frühern Theorien theils unaufsätzlich, theils doch nicht genugsam beachtet worden sind. Wir wollen sie theils kürzer, theils ausführlicher betrachten, je nachdem sie schon oben ihre Erledigung gefunden und nichts Neues

a) Die L. 1. pr. D. de tut. et rat. hat das ärgerliche Schicksal mit manchen andern Gesetzen gemein, daß man gerade entgegengesetzte Behauptungen daraus erwiesen hat; so verstehen manche z. B. *Hotomannus* lib. I. amicabil. resp. 22. *Joh. Joachim Schöepffer* de culpa lata tutor. ab haered. praest. Rostoch 1709. *Mevius* ad ius Lubec. Lib. I. tit. 7. art. 5. no. 5. *Lynker* deciss. no. 978. die Worte: et quantam in rebus suis diligentiam von einem amplius, welches noch über die culpa levis hinausliege, und diese im Grade der Præstition übertreffe. Nicht bloß culpa levis, sondern auch noch culpa levissima, wenn sie nämlich zugleich culpa in concreto sey, werde prästirt, so wolle es der favor pupillorum. Aber warum auch nicht? Wenn man einmal annahm, daß die Römer in dieser Materie die Worte gebrauchten, wie sie ihnen gerade zwischen die Finger liefen, so konnte man

es auch immer für möglich halten, daß sie mit diligentia quantam quis in suis rebus adhibere solet bald einen geringern, bald einen größern Fleiß als den gewöhnlichen bezeichnen wollten, selbst wo es recht eigentlich auf Bestimmung des Præstitionsgrades ankam, und ohne alle weitere Erklärung. Dagegen haben sich überhaupt viele gestraußt, die bey andern Contracten die culpa in concreto annahmen und richtig schätzten, bey dem tutor die Præstition darauf zu beschränken. Man kann dies kaum einmal tabeln, da sie unter ihren Voraussetzungen, und indem sie das wa re Verhältnis der dilig. q. s. zur culpa lata und dilig. d. patris. verkannten, von einem richtigen Gefühl, welches den Pupillen nicht sinken lassen wollte, geleitet wurden, und ihnen ohnehin die L. 7. C. arbitr. tut. zur Seite stand. Die folgende Erörterung im Text wird dies näher vor das Auge bringen.

zur Klärung und größern Gewißheit beitragen können, oder solches nicht bey ihnen der Fall ist. Also

I. erregen Zweifel:

L. 53. pr. D. de administr. tutor. Callistratus lib. 4. de Cognitionibus.

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam paterfamilias rebus suis *ex bona fide* praebere debet.

L. 10. D. eod. Ulpianus lib. 49. ad Edictum. Generaliter, quotiescunque non fit nomine pupilli, quod *quivis paterfamilias idoneus* facit, non videtur defendi, sive igitur solutionem, sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur.

Sie scheinen nämlich beyde anzudeuten, daß der tutor vielmehr *diligentiam diligentis patrisfamilias* zu prästiren habe.

Man könnte nämlich sagen: *bona fide* d. h. als ein rechtlicher gewissenhafter Mann, eben so auch als ein tüchtiger (*idoneus*) handelt einer in eignen Angelegenheiten nur alsdann, wenn er allen Fleiß anbietet, sich wie ein *diligens paterfamilias* benimmt; und so wäre denn die Verbindlichkeit zur *diligentia sensu stricto* nicht zu bezweifeln. Allein dies ganze Raisonnement beruht doch nur auf einem Mißverständnis, und schon daß hier kein Widerspruch zwi-

schon *Ulpian* und *Ulpian* seyn kann (denn auch die *L. 1. pr. de tut. et rat.* rührt von ihm her) macht schon eine andere Auslegung notwendig.

Was zuvörderst *L. 10.* betrifft, so ist die generelle Bedeutung von *idoneus* Fähigkeit zu etwas; mit Beziehung auf Administration, Fähigkeit den Geschäften vorzustehen, wie z. B. *§. 5. 6. I. de curatoribus* gerade für diese Materie zeigt, wo das Gegentheil von *idoneus* in mancherley gesetzt wird, was alle Fähigkeit ausschließt, z. B. bedeutende Krankheit, etwa auch überhandnehmende Verstandeschwäche u. s. w. Dann kann *idoneus* freilich in einem engeren Sinn auch auf ausgebildete vollkommene Fähigkeit, eigentliche Tüchtigkeit gehen, oder die sehr specielle Bedeutung, welche aber in der Lehre von der Tutel die gewöhnliche ist, haben, wornach es die Zahlungsfähigkeit angibt. In der *L. 10.* muß die erstere Bedeutung vorgezogen werden, schon wegen des *quisvis*, welches eine große Allgemeinheit anzeigt; sodann wegen der erklärenden Beispiele, denn wer in eignen Geschäften ohne Grund Zahlung, die er leisten kann, wer so Einlassung auf eine gegen ihn angestellte Klage, wer die verlangte *stipulatio de damno infecto*, zu der er zu zwingen ist, verweigert, handelt wie ein unkluger Mensch: da kann von keinem bloßen Unfleiß, sondern muß von wahrer Untauglichkeit die Rede seyn; endlich, weil sonst der bemerkte Widerspruch mit *L. 1. cit.* entstände, welchen man nicht ohne Noth

annehmen darf. Zudem sollte in diesem Fragment nicht festgesetzt werden, wie viel Fleiß hier zu fordern sey, sondern was zur Defension gehöre. Ein solches Benehmen, da man seinen Pupillen ohne Schutz ließ, war ein gräßliches Vergehen und stellte den Tutor, wie gewiß nicht jede ihm imputable Nachlässigkeit, als verdächtig dar.

Auf ähnliche Art ist der L. 53. zu helfen. Callistratus mochte vielleicht gerade die *diligentia quam suis etc.* vor Augen, und falschen Schlüssen daraus vorzubeugen, im Sinne gehabt haben. Gab es doch erst neulich Juristen, welche die *culpa lata* auf *omissio diligentiae quam suis etc.* als einziges Kennzeichen derselben, beschränken wollten. Der Tutor aber kann sich wohl darauf berufen, daß er hier und da nicht nachlässiger verfahren, als er das auch wohl in eignen Sachen pflege, allein dieser Einwand ist ihm von keinem Nutzen, wenn er in pupillarischen wie in eigner gar gewissenlos (*contra bonam fidem*) gewirthschaftet hat. Wer sich in diesem oder jenem Punkt eine kleine Nachlässigkeit oder Flüchtigkeit angewöhnt, die sich sonst ein fleißiger Hausvater im Allgemeinen wohl nicht zu Schulden kommen läßt, handelt darum noch nicht gewissenlos gegen sich und die Seinigen, er kann das auf andere Weise durch lebhafteren, seiner Neigung mehr angemessenen Fleiß, durch Geschicklichkeit, vorzügliches Talent reichlich wieder einbringen. Wer aber grobe Versehen macht, wer sich gestehen mußte, er habe nicht gesehen,

was alle sehen, nicht gethan, was jeder irgend Fähige thut, von dem ist es sicher, daß er eine Gewissenlosigkeit zu bereuen hat, und bey öfterer Wiederholung, und wenn bey ihm diese grobe Fahrlässigkeit erst zur Gewohnheit geworden, nicht zu bezweifeln, daß er in die Klasse derjenigen gehöre, die, wie Antoninus nach L. 12. §. 2. D. de tutoribus et curatorib. sich vernehmen ließ, wenn sie auch nicht gerade furiosi sind, doch in Betref ihrer Güter furiosum faciunt exitum. Solches Verfahren in eignen Sachen aber kann nie in fremden entschuldigen a).

L. 1. pr. D. de tut. et rat. ist aber auch nicht der einzige Beweis dafür, daß der tutor nur wegen diligentia quam suis etc. haftet, vielmehr zeigen dies auch L. 53. §. 3. D. de furtis und L. 85. D. eod. ganz deutlich, indem die erstere voraussetzt, daß der tutor nur ausnahmsweise, wenn er sich aufdrang, für diligentia haftet, beyde dem tutor aber allgemein die actio furti versagen, was zunächst nur darin seinen Grund haben kann, weil er sich bey Anstellung dieser Klage auf negligentia suis rebus non consueta, also indirecte auf einen dolus berufen müßte: doch das Nähere hierüber unten (§. 33.).

2) gibt es mehrere Stellen, nach welchen der Tutor außer dolus (mit Inbegriff der culpa lata), culpa (levis) prästiren soll, und die doch offenbar nur von

a) S. oben S. 64.

340 Siebentes Cap. Von d. Contracten,

unterlassener Beflißlichkeit handeln. Die Stellen sind oben vorgekommen, und die Schwierigkeit dort gehoben worden a).

- 3) Diejenigen Stellen, welche die Verantwortlichkeit bey der Tutel bis zum casus hinaufführen. Sie sind ebenfalls oben vorgekommen, und die Zweifel gelöst worden b), doch wird die ganze Sache durch das, was gleich unten no. 4. gesagt werden wird, noch mehr Licht und Festigkeit bekommen.

§. 72.

- 4) Die größte Schwierigkeit macht, daß mehrere Stellen in Fällen einer omissa diligentia die Prästationsverbindlichkeit der Erben deutlich genug geringer angeben, als die des Tutors selbst, und dies darin setzen, daß jene nur für culpa lata haften, nicht für negligentia oder culpa schlechtthin. So

L. 4. D. de magistrat. conveniend. Ulpianus lib. 5. Disputationum.

Non similiter tenentur heredes Magistratum, ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam Magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius dolo proximae culpa succedaneus est c).

Es war die Frage, ob für die Schuld des tutor non

a) §. 50. u. §. 53.

b) C. §. 51. u. §. 56.

c) Vergl. L. 6. D. eod. Ulpia-

nus lib. 1. ad Edictum. Quod ad

heredem Magistratus pertinet, ex-

tat D. Pii Rescriptum, causa

idoneus die Erben des Magistratus in gleichem Sinne haften, wie der Magistratus, der den Tutor bestellt hatte, selbst; dies wird verneint, der Magistratus trete, wenn er einen solchen Tutor bestellt habe, in die ganze Gefahr ein, d. h. alles, was der Tutor versehen, treffe ihn, also auch die culpa levis, so weit dieser sie zu prästiren habe; der Erbe des Magistratus dagegen trete nur in die culpa lata, welche der Tutor begangen, ein a). Als Grund wird angegeben, dies könne nicht anders seyn, da ja der Erbe des Tutor selbst für eine bloße Nachlässigkeit desselben nicht herzukommen brauche. Offenbar wird

cognita debere dari actionem. Nam Magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavet, et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse Magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. *Novissima non alias, ait, in heredem actionem dandam, quam si evidenter Magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt.* L. 2. C. eodem Imp. Alexand. A. Paterno: In heredes magistratus, cuius non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari. Ich empfehle die Vergleichung aber nur deswegen, weil der diesen Stellen zum Grunde liegende Fall

mit dem Fall der L. 4. D. de magistr. conv. gar nicht, wie sagt allgemein gesehen ist, verwechselt werden darf. In L. 4. ist durchaus von der successio in culpam tutoris, hier von der successio in culpam defuncti Magistratus die Rede; dagegen enthält einen der L. 4. offenbar analogen Fall L. 17. C. de negotiis gestis. Curatoris etiam successores negotiorum gestororum utili conventos actione tam dolum, quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

a) Was in periculum succedere oder succedaneus periculi vel culpa esse heißt, sieht man aus L. 3. §. 8. D. de admin. tutor.

also vorausgesetzt, daß die Verbindlichkeit des Tutors höher geachtet wird, wie die seines Erben, weil dieser nur für culpa lata hafte. Sicher ist hier aber von der Administration im Allgemeinen die Rede, und das Wort negligentia bezieht sich zuverlässig nicht bloß auf Aquilische culpa. Will dies aber jemand dennoch nicht glauben, so lege ich ihm ferner vor:

L. I. C. de heredib. tutor. Impp. Sever. et Antonin. A. A. Fusciam.

Heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia a) praestitum sit.

Also gegen den tutor konnte auf mehr lis contestirt werden; aber weder das lucrum, noch viel weniger eine

a) Die Lesart mehrerer Codices gratiae führt zu demselben Sinn, und dürfte Befall verdienen; desto nüchterner kommt mir die Lesart: gratis, vpr, welche dem *Russardus* nach der Handglose gefiel, Gratiae haben außer *Haloand*, *Cont.* in Paris. und *Russard.* auch *Cod. Ms. Regiom.*, nur im Anfange tutoris, völlig so *Codd. Hafn. I.* und *II.* — *Cod. Ms. I. tutoris.* *Cod. Ms. 2, tutoris* — — condemnari debeat non oportet — — — lu-

crum factum autem gratie, *Mog. 1475: in damnum pupilli*, *Ven. 1486. f. tutoris* — — — *si vero contra tutores* — — — *captum autem*, *Paris 1529. f.* wie *Geb.*, so *Sennetor* und *Baudoua*, de *Tortis 1494; tutoris.* — — — *si non contra tutores* — — — *lucrum captum.* *Lugd. 1509. wie Mog. 1475.* — Ueber die Meinungen des *Cujacius* in Betref dieser Gesetzstelle u. w. d. a. f. den Anhang I.

Günstigkeitheilung oder Günstigerwerbung läßt sich bey Aquilischer culpa füglich denken. Endlich, damit auch der Einwand anders Denkender, daß doch eine culpa in faciendo hier den Unterschied machen könne, wegfalle, ist noch eine solche Gesetzstelle vorhanden, welche offenbar von einer bloßen Unterlassung spricht, wenn es anders eine beym tutor gibt, nämlich:

L. 39. §. 6. D. de administrat. tutor. Papinianus
lib. 5. responsor.

Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit; heres eius postea victus, praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa, contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.

Für den Tutor selbst konnte hier der Einwand, daß er nur eine leichte Schuld begangen, nicht gelten, da er, wie oben (§. 59.) vorgekommen, nach L. 7. C. arbitr. tat. auch bey Unterlassungsfehlern in der Regel für diese haftete, was auch gleich in dem auf unsern §. 6. folgenden §. 7. in einem Fall unzweifelhafter omissio diligentiae durch das: dolum aut culpam, so deutlich anerkannt ist. Der Erbe konnte also auch aus der Person des Tutors sich nicht darauf berufen, sondern nur aus seiner eignen Person; diese Berufung soll nun aber im Fall des §. 6. bloß darum nicht gelten, weil hier an gar keine levis culpa zu denken, vielmehr immer culpa lata vor-

händen sey, sie fand also sonst, und damit ein Vorzug vor dem tutor selbst, allerdings Statt. Man denke doch nur nicht gar, daß hier so gut wie lis gegen den tutor contestirt gewesen, indem er selbst schon durch die Provoocation im Streit befangen gewesen sey; denn die litiscontestatio konnte hier nur dann etwas ausmachen, wenn wegen des angerichteten Schadens schon gegen den Tutor geklagt worden, das konnte aber hier nicht geschehen seyn, da die Frage, ob er überhaupt verbunden war zu geriren, erst nach seinem Tode für sich allein entschieden wurde. Eben darum ist von einem *heres postea victus* die Rede.

Dagegen scheint nun aber dem ganzen Sage, daß der Erbe nur für *culpa lata* und also für weniger als der tutor hafte, zu widersprechen.

L. 8. pr. D. de fideiusoribus tutor. Paulus lib. 9. Responsorum.

Heredes eius, qui non iure tutor vel curator datus administrationi se non immiscuit, dolum et culpam praestare non debere.

Es ist hier von einem Falle die Rede, in welchem gar keine Verantwortlichkeit, auch des Tutors nicht, eintrat: der tutor war *non iure tutor datus*, z. B. der Vater hatte seinem emancipirten Sohne einen tutor im Testament bestellt, ohne daß noch eine Confirmation erfolgt war, und der tutor hatte sich noch gar nicht immiscirt. Hier soll auch der Erbe deshalb weder für *dolus*

noch culpa verantwortlich seyn. Durch das argumentum a contrario scheint zu folgen, daß, wo eine solche Verantwortlichkeit des tutor eintritt, der Erbe für beides haften müsse. Aber gewiß ist diese Art zu schließen hier verwerflich, denn die Absicht war darauf gerichtet, auszusprechen, daß alle Verantwortlichkeit, also auch, wenn etwa schon lis contestirt war, für culpa außer dolus wegfallen müsse, da dem tutor selbst nichts konnte vorgeworfen werden. Gerade, wenn hier bloß gesagt worden wäre, dolus prästire der Erbe hier nicht, so hätte man, wie weiland Cujacius, denken können, er prästire aber wohl culpa. Zudem scheint es hier auch um den umgekehrten Satz zu thun gewesen zu seyn: wenn er sich immiscirte, so muß der Erbe dolus et culpa leisten, denn hier war der Schreibende, nämlich wenn er wußte, er sey nicht rechtmäßiger tutor, als sich aufdringender negotiorum gestor (qui pro tutore gessit) für omnis culpa et diligentia verpflichtet a).

Wenn nun also eine Verschiedenheit der Prästationsverbindlichkeit des Tutors von der des Erben, selbst bey der omissio diligentiae darin liegen soll, daß der letztere

a) L. 53. §. 3. D. de furtis. pro tutore, welche hievon spricht, War der Procurator in gerechtem Irrthum befangen, so wurde er nur 2 Glieder der Prästation erwähnt, ungeachtet der diligentia in Hinsicht der praestatio culpae gedacht wird: „qui pro tutore dem tutor gleich gestellt, und was negotia gerit, eandem fidem et hier merkwürdig ist, es werden, diligentiam praestat quam tutor mit Rücksicht auf die Administration praestaret. Vergl. L. 1. §. 5. tion in der L. 4. D. de eo, qui D. eod,

nur für culpa lata hafte, so muß entweder die diligencia quam suis nicht bloß den Worten, sondern auch der Sache und den rechtlichen Wirkungen nach von der culpa lata, und also auch diese bey der Tutel vorkommende d. q. s. von der bey dem depositum in L. 32. depos. etiam hant culpa in concreto in irgend einem Betracht verschieden seyn; oder aber es muß der tutor für mehr als d. q. s. haften. Das scheint ganz am Tage zu liegen a).

a) Die Sache verhält sich mit einigem Unterschiede bey der societas eben so. Der Unterschied liegt darin, daß der Erbe des Tutors auch in Hinsicht der von seinem Erblasser begangenen culpa nur in so weit verantwortlich ist, als diese culpa lata war; im übrigen ist alles gleich. Der Erbe des Vormundes muß, wenn er überhaupt fähig ist, die angefangenen Geschäfte zu Ende führen: „quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimae aetatis et masculus sit, explicari debent“ (L. 1. pr. de fideius. tutor.); aber nur dolus prästirt er hier: „in quibus dolus eius admitti potest (ibid.). Si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit — tutelae iudicio eum teneri suo nomine; nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, ap-

paret eum iudicio tutelae teneri ex dolo proprio: negligentia plane propria heredi non imputabitur“ (L. 4. pr. §. 1. eod.) Solcher Ausdrücke hätte sich gewiß kein Römer von der praestatio culpa des tutor selbst bedient, und doch ist hier von einer culpa in non faciendo und einer aquilischen culpa in faciendo (wenn er nun wirklich ausführt, aber fehlerhaft) die Rede. Gerade so verhält es sich mit dem Erben des socius: „in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet, et acti etiam culpam, quam is praestaret, in cuius locum successit, licet socius non sit. Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent; in quibus dolus eius admitti potest.“ L. 35. 36. 40. D. pro socio.) Auch die ser Ausdrücke würde sich kein Römer bedient haben.

S. 763.

Dennoch könnte man versucht seyn, diese ganze Schwierigkeit, welche nach der Donell'schen Ansicht hierin liegen muß, dadurch zu umgehen, daß man die hier erörterte Verschiedenheit bloß von den Fällen versteht, die nach L. 55. §. 3. D. de furtis der tutor ausnahmsweise für diligentia und also auch in jedem Sinne für culpa levis in non faciendo hafte; allein wie gezwungen würde das seyn, da die Stellen so ganz in genere von dieser Verschiedenheit reden, und wie wunderbarlich würde die Vergleichung mit den Erben des Magistratus herauskommen, und vollends paßt dies auf L. 59. §. 6. D. de admin. cit. gar nicht. Aber man könnte auch noch das für dieses Auskunftsmittel anführen wollen, daß es Stellen gäbe, worin eben wohl die Verbindlichkeit des Tutors selbst geradezu auf culpa lata gestellt werde, namentlich:

L. 7. §. 2. D. de administr. tut. Ulpianus lib. 55.
ad Edictum.

Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est, si praedia comparaverint non idonea per sordes et gratiam. Quid ergo, si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? recte quis dixerit, *solam*

latam negligentiam eos praestare in hac parte *deberè*. L. 2. C. arbitrium tutelae. Antoninus A. Praesentino.

Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per *latam culpam* tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt; iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet, et si *palam* dolo tutoris vel *manifesta* negligentia ce-satum est, tutelae iudicio damnum quod ex cessatione accidisset, pupillo praestandum esse, statuere curabit.

L. 5. C. si tutor vel curator non gesserit. Impp. Alexand. A. Iusto.

Qui se non immiscuerunt tutelae, vel curae, ex persona eorum qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. Si qua vero sunt, quae cum geri debuèrint, ommissa sunt, *latae culpa*e ratio omnes aequaliter tenet.

Wir wollen sie nach einander durchgehen: sie enthalten alle nicht, was sie enthalten sollen.

Die L. 7. §. 2. spricht von einem singulären Fall, wie die Worte: in hac parte („in dem einen Punkt“) deutlich genug zu verstehen geben; sie kann also nur die

Regel bestätigen a). Die tutores waren besonders dazu angewiesen, mit dem Gelde der Pupillen Grundstücke anzuschaffen; thaten sie es nicht, so mußten sie Zinsen, unter Umständen sehr hohe Zinsen entrichten und konnten sogar nach Unterschied der Fälle in Strafe verfallen b). Natürlich konnte man es denn aber auch so genau damit nicht nehmen, wenn sie bona fide einen nicht so vortheilhaften Handel geschlossen hatten, als vielleicht möglich gewesen wäre, wenn sie damit weniger geeilt hätten. Wer konnte es ihnen verdenken, daß sie hier nicht zauderten c)? Freilich bleibt aber auch hier die Frage übrig: wie unterschied sich denn hier *culpa lata* von *omissio diligentiae quam suis*? denn hier war

a) Von einem Ausnahmefall verstehen diese Stelle schon *Cuiac.* ad tit. l. arbitr. tut., *Montanus* de tutel. c. 39. no. 55., *Huber* ad I. de obl. qu. quasi ex contr. und viele andere. *Waechter* de gradib. culpa §. 77., ist anderer Meinung, nämlich er denkt, von culpa lata sey hier nur deshalb die Rede, weil diese zu präsumiren sey: „quia praesumitur, sagt er, tutor per diligentiam mediam tunc non potuisse providere, qualis et quanta sit conditio et bonitas praedictorum, ac num emtio illorum damnosa futura pupillo est.“ Ein wunderliches Raisonement, denn bey der c. lata wird gerade vorausgesetzt, wie er ja

auch gleich darauf selbst bemerkt, daß durch *diligentia infima* der Schaden hätte vermieden werden können. Hier fallen in der That die Extreme zusammen, aber nur in *Wächters* Gedanken.

b) L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 7. §. 7. L. 28. in f. L. 49. L. 57. §. 1. D. de administrat. tut. L. 3. 5. 16. D. de suspectt. tutor.

c) *Schöpffer* de culpa in concreto c. 2., gibt hier die ratio legis viel einfacher an: 1) er habe ja gethan, was das Gesetz befohle; 2) auch ein prudens (!) paterfamilias könne sich wohl durch spes lucri verleiten lassen, bey Anschaffung von Immobilien vor-eilig zu seyn.

nicht Aquilische culpa, wenn gleich ein Verschulden durch Thätigkeit.

Die L. 2. C. arbitr. tut. sagt gar nicht, daß der tutor in dem zum Grunde gelegten Fall nur für culpa lata haften sollte. Es war freilich ein concreter Fall in Frage gestellt, da der tutor sich bey Einforderung der nomina paternorum debitorum einer culpa lata schuldig gemacht, aber entschieden wird, daß Schadensersatz eintrete, wenn palam dolo und manifesta negligentia geübert worden, d. h. es sollte hier nicht, wie bey selbstcontrahirten debitis a), im Fall der Insolvenz negligentia tutoris präsumirt, sondern klarer Beweis gefordert werden. Daß es hier nur darauf, daß alles am Tage liege, und nicht auf den Grad der Nachlässigkeit ankomme, sieht man schon daraus, daß ein gleichdeutiges Prädicat bey dem dolus gebraucht wird, (die Nachlässigkeit sollte handgreiflich seyn, nicht in Beziehung auf die Erkenntniß des Tutors, wie sich das freilich in einer andern Verbindung denken läßt, sondern auf die des Richters), aber auch aus L. 15. b) L. 39. pr. §. 14. c) D. de administr. tut.

a) Vergl. L. 16. L. 50. D. de rit; ipse in debitam pecuniam et administr. tut. in usuras eius pecuniae, quam

b) Paulus lib. 2. Sententiarum. non foeneravit, convenitur.

c) Papinianus lib. 5. responsor. Tutores, qui post finem tutelae per errorem officii durante rerum administrationem retinuerunt, nominum paternorum

wo im gleichen Fall keine Einschränkung auf negligentia lata verspürt wird, vielmehr die Verbindlichkeit auf negligentia gestellt ist, so gut wie die praestatio bey der Tutel überhaupt. Ein tutor, der selbst Gelder ausleiht, muß sich auch auf den Fall der Insolvenz zu sichern wissen, wenigstens beständig vigiliren, ob auch dergleichen zu besorgen ist. Tritt also der Fall ein, so wird er in der Regel immer für verantwortlich zu halten seyn. Ganz anders ist es mit debitis, die er vorfindet. Er kann schon mit Recht dem Vater zutrauen, daß dieser sich vorsehen haben wird, und oft kann er von dem Vermögensverfall der Schuldner, die das ja gern möglichst zu verstecken suchen, gar nichts erfahren, ohne daß man ihn eben Schuld geben kann. Ohnmöglich kann hier also die Präsuntion gegen ihn streiten, und es wird meistens nur eine an sich grobe Nachlässigkeit ans Licht zu ziehen und nicht von seiner Seite zu bemängeln seyn. Der Grund ist hier also factisch, und liegt nicht in der Natur der Verbindlichkeit überhaupt, daß fast nur culpa lata in Anspruch zu nehmen ist. So erklärt

periculum, quae post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt, cum actionem inferre non potuerunt. §. 14. Negligentiae tutorum periculo nominum, quae pater usuris

maioribus fecit, adscripto, pupilla quidem actionem Calendarii praestare cogitur, exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet.

sich der Sinn und Zusammenhang dieser L. 2. sehr leicht und natürlich.

Auf ähnliche Art ist L. 2. C. si tutor. zu beseitigen, denn sie enthält einen Fall, der in genere immer culpa lata ist, und die Decision ist gar nicht auf die Natur der culpa gerichtet, wer sie tragen soll. Was ren nämlich mehrere tutores im Testament bestellt, so daß diese Bestellung entweder an sich oder durch hinzugekommene Confirmation Gültigkeit hatte; so gerirten entweder alle gemeinschaftlich, dann mußten sie natürlich auch gemeinschaftlich haften; oder es gerirte nur einer oder der andere, dann ist zu unterscheiden:

a) Der Testator hatte tutores honorarios i. e. notitiae causa datos bestellt, so hatten diese sorgfältige Aufsicht über die Administration zu führen, und ließen sie es daran mangeln, so konnten sie unmittelbar, aber auch allein in diesem Falle in Anspruch genommen werden a).

b) Der nicht gerirende wurde durch Erbietung zur satisfactio von der Administration nach dem prätorischen Edict verdrängt; so fand gegen ihn nur eine subsidiaria actio Statt, wenn sich fand, daß er sich nicht hinreichende Sicherheit bestellen lassen. Die ganze Verhandlung ging hier unter den Augen des Prä-

a) L. 52. §. 1. D. de testam. tut. L. 5. §. 2. D. de adm. tut.

tors vor sich, und hatte dieser dabey eine sorgfältige Untersuchung anzustellen a).

c) Der nicht gerirrende Tutor traf eine Privatvereinigung mit einem contutor, daß dieser für ihn geriren möge. Dies hat auf seine Verbindlichkeit gegen den Pupillen gar keinen Einfluß, denn es wird als Mandat behandelt b). Oder endlich:

d) Ein tutor immiscirte sich gar nicht, indem er mit der Tutel nichts zu thun haben wollte oder mochte: er war in mora gerendi. Wenn hier die andern gerirten, so haftete er freilich für das, was diese in den von ihnen geführten Geschäften und was damit zusammenhing versahen, sey es nun durch Thun oder Unterlassen, nur subsidiarisch; waren aber ganze Geschäfte und Theile der Verwaltung liegen geblieben, so hafteten alle gemeinschaftlich, da alle dieselbe Schuld, nämlich die mora gerendi, die Vernachlässigung dessen, was alle auf gleiche Weise zu thun bewogen waren, zu verantworten hatten c).

Diesen letzten Fall unter d) handelt nun auch L. 2. C. si tutor ab, und nennt die dort am Ende erwähnte Schuld aller eine culpa lata. Das war sie aber auch

a) L. 17—19. pr. de testam. tut. L. 3. §. 6. D. de administr. tut. §. 1. 2. I. de satisdat. tut.

b) L. 55. §. 2. D. de admin. tut.

c) L. 39. §. 11. L. 55. §. 3. D. de administr. tut. L. 2. L. 4. C. de haeredib. tut.

fast immer, denn es lassen sich hier nur zwey Fälle denken: man hatte entweder diesen Theil der Administration wissentlich liegen lassen, oder man hatte sich gar nicht darum bekümmert, daß es noch solche Geschäfte gebe; auch in dem letztern Fall war in der Regel ein grobes Versehen vorhanden. Wie hätten auch sonst in L. 4. C. de heredib. tut. cit. a) die Erben, welche doch ausgemacht nur für culpa lata haften, hier so geradezu und unbedingt verantwortlich gemacht werden können.

Dies sind nun aber auch wohl die einzigen Stellen, in welchen der culpa lata beytm tutor oder curator gedacht wird. Manche haben freilich auch hieher gezogen:

L. 20. C. de negot. gest. Dioclet. et Maxim. AA.
et C. C. Octavianae.

Tutori vel curatoris similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit; quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae, super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit, cum non

a) Imp. Alexand. A. Frontino. In eo etiam, quod tutor vel curatores eorum, qui tutelam vel curatorem administrare debuit nec ad curam administraverunt, si quid administraverit, rationem reddere ad eos ex re pupilli vel adulti debere, non est ambigendum. restituere coguntur. dum.

tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest, et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De caeteris vero, quae ab aliis tui constituta iuris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigere non potest; et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes.

Man pflegt wohl aus diesem Fragment zu zeigen, daß die culpa bey dem tutor und negotiorum gestor verschieden seyn müsse, weil jener gezwungen, dieser von freyen Stücken geriren; aber die Absicht der Stelle ist gar nicht, uns über den Einfluß dieser Verschiedenheit auf die praestatio culpae zu belehren. Jemand hatte für die Octaviana, oder wie sie nach andern Ausgaben heißt: Octavia, ohne Mandat und ohne ihr tutor oder curator zu seyn, Geschäfte geführt, hatte aber gewisse Ansprüche, welche sie an Sachen, welche sich in fremden Händen befanden, zu haben glaubte, nicht geltend gemacht, auch Geld, was er ihr selbst schuldig, nicht von sich eingehoben. Sie war mit seiner Administration überhaupt und insbesondere auch wegen dieser Zerstückelung, da er das Eine aufgegriffen, das Andere liegen lassen, unzufrieden, und fragte deshalb vor, was sie mit ihm anzufangen hätte. Die Antwort lautete

dem wesentlichen Inhalt nach dahin: was 1) die versäumten Geschäfte, welche, wie natürlich vorausgesetzt wird, ohne nothwendigen Connex mit den geführten waren, betraf, so müsse sie sich die Sache nicht so vorstellen, als wenn sie einen tutor oder curator gehabt: solchen wären, vermöge ihrer amtlichen Pflicht, die Grenzen ihrer Thätigkeit angewiesen, über diese dürften sie nicht hinausgehen, in diesen müßten sie alles verrichten, wenn sie sich nicht verantwortlich machen wollten; ein *simplex negotiorum gestor* dagegen sey zu nichts verbunden, als das ordentlich auszuführen, was er einmal begonnen, und es sey mehr als genug, wenn er sich in diesem oder jenem Stück für ein fremdes Interesse aus Freundschaft thätig bezeigt habe. Zudem insbesondere die Ansprüche habe er gar nicht einmal in Ermangelung einer Vollmacht gerichtlich geltend machen können, da ihm die Einrede fehlender Legitimation entgegen gestanden. Was dagegen 2) die wirklich geführten Geschäfte betraf, so müsse er hier für jedes Versehen herkommen, und nicht bloß *dolus* und *lata culpa*, sondern auch *levis praestiren*, und sie könne ihn hierauf belangen, ungeachtet er nicht amtlich dazu verpflichtet gewesen, denn er habe sich ja freywillig dazu hergegeben (*quae nec tutor nec curator constitutus ultro quis administravit*). Endlich 3) was ihre Sachen und die nicht von sich selbst eincassirten *debita* angehe, so könne sie ihn selbst wegen der letzteren als ihren Schuldner und wegen der ersteren

diejenigen belangen, welche sie in unrechtmäßigem Besiz hätten. Weit entfernt also, daß es hier herrschender Gedanke sollte gewesen seyn, die negotiorum gestio wegen ihrer Freywilligkeit führe eine größere Verpflichtung mit sich, wird sie geradezu von der necessitas muneris darin unterschieden, daß man bey ihr zu wenigerem, nur zu fleißiger Ausführung des Begonnenen gehalten sey; sie durch den höhern Grad der Prästation davon zu unterscheiden, war hier nicht Absicht, sonst hätte man nicht schlechtthin von culpa levis sprechen, sondern diese durch den Zusatz: sed etiam diligentiam bestimmen müssen: culpa levis wird nach L. 7. C. arbitr. tut., wie wir gesehen haben, aber auch in der Administration des Tutors prästirt. Daß hier ein Unterschied sey, ist gewiß, daß der Grund in einer necessitas muneris bey'm tutor liege, ist auch gewiß; aber man hatte diesmal keinen Beweggrund, hierauf aufmerksam zu machen, und in der That ist, wie wir bald sehen werden, der Unterschied hier nicht so groß, als es auf den ersten Anblick und nach der gewöhnlichen Vorstellungart scheinen mag.

§. 74.

Um nun zu der in Betrachtung gezogenen Schwierigkeit zurückzukehren, so erinnere ich an das oben (§. 57. in f.) von mir gegebene Versprechen, den practischen Werth und die Nothwendigkeit des dort aufgestellten Unterschiedes zwischen der bey'm depositum u. v. d. g. zur

culpa lata gezogenen negligentia suis rebus non consueta und derjenigen, die bey solchen Verhältnissen vorkommt, welche zwar auch culpa levis, aber nicht uneingeschränkt annehmen, annoch weiter zu entwickeln. Der Unterschied bestand vornämlich darin, daß jene die Präsumtion gegen sich, diese für sich hat. Hier muß es nun gleich einleuchten, daß diese Präsumtion auf den Umfang der praestatio, zwar nicht in dem einzelnen concreten Fall, denn hier war alles gleich, je nachdem die Nachlässigkeit angenommen wurde oder nicht, also die praestatio zugelassen oder ausgeschlossen wurde, aber wohl in allgemeiner Uebersicht der verschiedenen Contracte Einfluß hat. Denn da der Beweis einer gleichen Nachlässigkeit im Eignen oder der entgegengesetzte Beweis einer ungleichen gewiß oft sehr schwer zu führen sind, so kann es nicht fehlen, daß bey denjenigen Geschäften, welche hier gegen den Prästanten präsumiren lassen, sich häufigere Fälle ereignen müssen, in welchen er zu prästiren hat, bey der entgegengesetzten aber die Fälle, wo er sich entschuldigen kann, reichlicher vorkommen müssen. Nun aber mußte gerade bey der Tutel dies vorzüglich berücksichtigt werden, indem man hier nothwendig geneigter seyn mußte, den Tutor zu verdammen, als ihn loszusprechen.

Für den Pupillen nämlich, der doch sonst im Römischen Recht auf alle Weise in Schutz genommen wird, wäre doch auch gar zu schlecht gesorgt gewesen, wenn er

bey jeder Schadenszufügung durch schlechte Administration, weswegen er den Tutor nach beendigter Tutel in Anspruch zu nehmen hatte, erst hätte darthun müssen, daß der Mann in seinen eigenen Angelegenheiten fleißiger zu seyn pflege. Denn oft hätte sich hier ereignen können, was einmal in einer andern Beziehung Paulus sagt a): „si id non apparet, non quidem ius deficit, sed probatio“. Hatte dagegen der tutor, um eine an sich leichte Schuld von sich zu weisen, recht klar und deutlich darzulegen (und sicher hatte der iudex hiebey sich eher zu strenge als zu nachsichtig gegen ihn zu beweisen), daß er gleichen Fleiß wie in eignen Sachen angewandt, und ihm also ein solches Versehen, wie er gerade begangen, nicht etwa bloß wohl auch ein Mal in eigenen Angelegenheiten entschlüpft, sondern ihm wirklich in diesen gewöhnlich sey; so war diese Entschuldigung bey weitem nicht so gefährlich für den Pupillen, und die Zulässigkeit derselben wirklich auch billig. Der Vormund war gezwungen, in die obligatio einzutreten, man konnte also nicht füglich mehr von ihm verlangen, als er sonst seinen Kräften und dem gewohnten Maß der Anstrengung nach zu leisten pflege. Ward ein ungeschickter, unordentlicher, unfleißiger Tutor angesetzt, ein solcher, den man nicht durchweg als einen diligens paterfamilias behandeln konnte, so ward dies Schuld dessen, der ihn an-

a) L. 30. D. de testam. tut.

setzte a), Damit dies nicht geschehe, ging oft eine *cognitio* vorher, und wo dies auch nicht war, wie z. B. bey dem testamentarischen tutor b), da ließ sich theils erwarten, daß der ihn gegeben, schon dafür gesorgt haben würde, theils stand er doch immer unter Aufsicht, eigentlich eines jeden *ex populo*, denn jedem Bürger stand es frey, ihn als verdächtig, d. h. entweder als untauglich wegen der eben angeführten Eigenschaften, oder als bössartig darzustellen, und war dies geschehen, so war es Pflicht und Recht, ihn gar nicht zur Tutel zu lassen, oder ihn bey Zeiten davon zu entfernen, selbst wenn der Vater durch Ernennung im Testament sein volles Zutrauen zu diesem Manne zu erkennen gegeben c). Bey einer tüchtigen ober-

a) Theoph. L. 1. tit. 24. pr. Solet — magistratus haec inquirere, an probus sit ille, an loquax, an habeat vitae pignora, id est, liberos (nam liberos habens novit, quomodo gerere se debeat erga pupillos, quibus loco patris datur,) et an curam habeat, quae ipsum tulit.

b) Theoph. l. c. nam fidelem eum ac diligentissimum fore circa administrationem, testatoris nobis testimonium prodidit.

c) S. vornämlich L. 3. §. 17. 28. L. 8. D. de susp. tutor. — §. 5. I. de suspectis tutorib. sagt: „suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo

sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit: et secundum eum constitutum est. Die Worte: non ex fide gibt Theophilus so wieder: qui non fidelissime (*μη πιστότατος*) tutelam administrat. Also, wenn er nicht durchweg den höchsten Fleiß, den man billiger Weise jemals in einer Administration verlangen kann, bewies, so ist er als verdächtig, wenn gleich *salva existimatione*, zu entfernen: kleinere Fehler im Einzelnen reichten natürlich dazu nicht hin, aber wohl zur Schadloshal-

vormundschaftlichen Aufsicht konnte also in der Regel nur ein tüchtiger Mann (*diligens, bonus paterfamilias*) Vormund seyn und bleiben, und die Fälle, wo sich einer wirklich und in Wahrheit damit entschuldigen konnte, daß er in diesem Stück nicht *diligens paterfamilias* zu seyn pflege, waren selten, und konnten in der ganzen Administration, worin sich das auf andere Weise compensirte, nicht in Anschlag kommen. Mithin, und da der Beweis nicht allemal vom tutor zu führen war a), selbst wenn es sich wirklich so verhielt, konnte es nicht häufig sich begeben, daß er nicht jede culpa, auch die leichteste zu prästiren hatte. Mit dem Vorwande, „das sey so seine Art,“ konnte er unter diesen Umständen nur selten durchdringen.

tung, wenn er keine Entschuldigung in concreto hatte.

a) Ich bin weit davon entfernt, behaupten zu wollen, daß der iudex dies befördern mußte, oder daß dies indirect beabsichtigt wurde: es war ja immer eine Ungerechtigkeit; aber es ist damit wie überhaupt beim Beweise, die Präsumtionen hätten keinen Sinn, wenn es nie an Mitzeln fehlte, die Wahrheit rein herauszuheben, da dies aber nicht der Fall ist, so sind sie ein notwendiges Mittel mehr, das Gebiet der Ungerechtigkeit zu verkleinern; ganz vernichten werden

wir es nie. — Auch noch der Widerwille, den die meisten dagegen haben werden, sich durch eine solche Entschuldigung und ihr eigenes Bekenntniß in ein schlechtes Licht zu stellen, muß hier die Fälle vermindern, da der Vormund frey davon kommt. Ganz anders war es, wenn es bloß erfordert wurde, die culpa lata zu negiren, und sich auf ein nur geringes Versehen zu berufen, da denn der andere, um zu gewinnen, dem tutor als fleißigem Hausvater im Ganzen recht zu Ehren helfen mußte. Diese Ehre konnte man sich ohne große Schande allenfalls verbitten.

War es in facto klar, wie z. B. in L. 13. §. 1. a) und L. 57. pr. D. b) de administr. tut. der vorgelegte Fall mit sich brachte, daß er seine eigenen Sachen besser in Acht genommen, so ward er condemnirt, die Nachlässigkeit mochte an sich so klein seyn, wie sie wollte; aber auch, wenn dies nicht der Fall war, stand ihm immer die nicht leicht zu überwindende Präsumtion entgegen. Man darf sich daher auch gar nicht mehr wundern, wenn die Gesetze den tutor oder curator nicht bloß zur Verantwortung ziehen, wenn er fraude, sondern überhaupt wenn er auch nur negligenter egit c), wenn sie, wie in L. 3. §. 7. D. de contrar. tut. d), schlechthin verlangen, daß er bene et diligenter negotia gesserit (nur dies soll hinreichen), und wenn sie selbst vom tutor honorarius geradezu fordern, daß er assidue rationem exigat et sollicitate curet etc. e),

a) *Gajus* lib. 12. ad Edictum provinciale. Non est audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.

b) *C.* oben §. 50 i. 2.

c) L. 12. C. de admin. tutor. Imp. Gordianus A. Octavianae. De his, quae in fraudem administrationis a tutore gesta, vel negligenter a curatoribus eorum, quibus successisti, allegas, agere de-

bes; si modo annos legitimae aetatis implesti. — — In der Vorfrage nämlich war von dem Betrüge des Tutors, eines Menschen, den die Octaviana beerbt hatte, und von der Nachlässigkeit seines Curators die Rede gewesen.

d) *C.* oben §. 51. No. 4.

e) L. 3. §. 2. D. de administr. tut. Ulpianus lib. 30. ad Edictum. Caeteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. Nec

Bei den übrigen Contracten, welche diligentiam quam suis zur culpa außer dolus erfordern, findet im Ganzen dieselbe Ansicht Statt: die praestatio wird, wie wir aus mehreren Stellen gesehen haben, wo sie ausführlich bestimmt ist, gerade eben so und mit denselben Worten bestimmt; auch bey ihnen wird oft von einer culpa außer dolus geredet, ohne daß diese näher charakterisirt wird, und wo sie charakterisirt wird, da wird sie auf diligentia quam suis beschränkt. Es muß also auch im Allgemeinen die Präsuntion dieselbe seyn. Dennoch mochte sie aus factischen Gründen wohl hier weniger stark seyn wie bey der Tutel, und durch Beweise leichter zu überwinden. In den andern Fällen ist immer ein gemeinsames Wohl zu berücksichtigen, das eigne Interesse muß also schon zum Fleiße bewegen; so bey der dos, so bey jeglicher societas; unterstützende Umstände können also schon leichter die Vermuthung erregen, daß man mehr aus individueller Schwäche, als aus Geringschätzung der gemeinsamen Angelegenheit gefehlt habe. Dazu kommt, daß zur Vergleichung mit dem in eignen

quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare. Constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus eius qui gesserit, conveniri oportere. Dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum

eum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere oportet et sollicito curare, qualiter converteretur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparisonem. — Vergl. auch noch L. 67. §. ult. D. de iure dotium.

Sachen bisher bewiesenen Fleiße im Ganzen mehr Gelegenheit ist, als bey der Tutel; bey dieser können die pupillarischen Geschäfte und Angelegenheiten leicht ganz fremdartig, ganz verschieden seyn von dem eignen Wirkungsfreife und dem Erwerbzweige des Tutors; wenn gleich auch wohl bey der Bestellung des Tutors hierauf Rücksicht genommen wird, so ist es doch nicht einzige; und nicht einmal vorzügliche Rücksicht; dagegen verbindet sich nicht leicht jemand mit einem andern zu einem gemeinsamen Geschäft oder Erwerb, ohne daß er dergleichen schon selbst getrieben und noch treibt: Ähnlichkeit der Fälle erleichtert hier aber den Beweis um vieles, und macht ihn fast allein möglich. Die Verwaltung einer dos vollends ist gar leicht mit der Verwaltung des eignen Vermögens des Ehemanns zu vergleichen. So sind denn hier, wenn gleich die Fälle überall nicht so gar häufig seyn mögen, da einer sich als einen im Ganzen Nachlässigen darstellen kann oder mag, wenigstens da, wo es wirklich der Fall ist, die Materialien zum Beweise leichter erfunden. War also auch das die Prästation bestimmende Prinzip hier gleich, so mochte doch das factische Resultat im Ganzen ein anderes seyn. Und dies mag denn auch verbunden mit der Rücksicht auf die Hülflosigkeit des Pupillen die Ursache seyn, daß bey aller Gleichheit im Ganzen, doch die Römer die Verpflichtung des Tutors vorzüglich auch in den Ausdrücken geschärft zu haben scheinen. Daß nur hier bey culpa

das Wort *levis* vorkommt, will ich nicht urgiren, denn dies geschieht nur einmal und vielleicht zufällig, und kommt das Wort überhaupt nur sechsmal im *corpus iuris* vor; aber die übrigen Fleiß erfordern den Nebenarten scheinbar hier dringender, und vorzüglich ist es auffallend, daß gerade hier, wie erwähnt, mehrmals die Verbindlichkeit indirect bis an den *casus* ausgedehnt wird, was freilich doch auch schon aus der ganzen Ansicht hervorgeht, hier aber beynahe gar nicht anders seyn konnte.

S. 75.

Was nun endlich den Vorzug der Erben vor dem Tutor aus dem Grunde, weil sie nur grobe Administrationsfehler zu prästiren hatten, betrifft, so ist die Anwendung der bisherigen Erörterung auf die Erklärung desselben zu leicht, als daß ich den Leser damit ermüden sollte. Nur über die Ursache, warum man den Erben ihn zugesandt, will ich mir ein paar Worte erlauben. Ich denke, es war dieser. So strenge man es auch mit der Verantwortlichkeit des Tutors, ohngeachtet er gezwungen war, dem Geschäfte vorzustehen, nehmen mochte; so wollte man doch nicht, daß die Nachtheile (und wem begegnet nicht einmal ein Versehen bey einer vielleicht sehr ausgedehnten Vermögensverwaltung?) eines *officii publici* noch über seinen Tod hinaus auch die Erben noch mehr als hochnöthig treffen sollten; auch wollte man ihrer Unwissenheit schonen, da nicht selten, wo der tutor selbst, der das

Ganze überfah und im Kopfe hatte, sich noch hätte rechtfertigen können, die Erben dies nicht vermögen. Da sich nun aber diese Schwierigkeit einer Rechtfertigung nicht etwa bloß auf Fälle einer negligentia suis rebus consueta, sondern auch auf Fälle völliger Unschuld und wo ungeachtet des Verdachts einer Verabsäumung dennoch gar nichts auf den Vormund würde zu bringen gewesen seyn, wenn er nur selbst den wahren Zusammenhang der Sache noch hätte auseinandersetzen können, erstreckte; so muß auch behauptet werden, daß der Erbe nur für culpa lata und erwiesene fraus, also auch erwiesene negligentia suis non consueta, eben so unbedingt, wie die Gesetze es angeben, mithin auch selbst nur dafür zu haften habe, wo der tutor selbst, wie z. B. wenn er sich zugedrängt a), diligentiam omnem zu prästiren hat, und daß einzig und allein die beyden L. 1. C. de heredib. tutor. cit. aufgeführten Ausnahmen, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum

a) L. 53. §. 3. D. de furtis. Man unterscheide hiervon aber den Fall, da er, ohne tutor zu seyn, sich zudrängte, also der eine Fall der L. 53. §. 3. cit. gehört nicht hieher. J. Joa. Schöpffer de culpa lata tutor. ab haered. praest. Rostoch. 1709 sucht den Grund ganz allgemein darin: quia res longe gravissima est, ex aliena administratione rationes red-

dere. Daher er denn in cap. 2. no. 71. dies auf die Erben eines jeglichen Administrators ausgedehnt haben will. Sonst hat seine Schrift eben nichts bemerkenswerthes, als etwa in der Vorrede die interessante Notiz, daß die Freundschaft nicht auf die Erben übergehe, welche er mit L. 57. D. mandati erhärtet.

aut gratia praestitum sit, zuzulassen sind. Ueber den Sinn der letzten beyden Ausnahmen möchte, da die angeführten Worte oft und viel mißverstanden und wirklich gemißhandelt worden, eine kurze Erörterung nicht überflüssig seyn. Man konnte sich nämlich nicht darin finden, wie hier durch eine bloße Nachlässigkeit ohne alle Absicht auf Kosten des Pupillen ein Gewinn gemacht oder überlassen seyn sollte. In der That ist aber dieses gar wohl denkbar. So konnte der tutor Geld, das dem Pupillen gehörte, aus Versehen in seine Kasse gelegt, und für eigne oder Zwecke eines Dritten verwandt haben, oder diese Verwendung konnte erst von dem Erben in voller Unschuld geschehen seyn; so konnte auch der Vormund für die Handlung des Pupillen aus Nachlässigkeit einen günstigen Augenblick nicht benützt haben, und konnten dadurch später für seine eigne Handlung vortheilhafte Conjunctionen entstanden seyn, die er damals nicht beabsichtigte, die er nun aber für den Pupillen nicht benutzen kann, weil er über dessen Geld schon anderweitig disponirt hat; er kann diesen ihm so durch seine frühere Nachlässigkeit zum Nachtheil des Pupillen erwachsenen Vortheil selbst benützt, oder einem Dritten zugewandt, und sich dadurch verdient um ihn gemacht haben, oder derselbe kann auch sonst seine Erben getroffen haben, und von diesen entweder auf die eine oder die andere Weise verwandt worden seyn. Man vergleiche nur:

L. 26. §. 11. D. de heredit. petit. Ulpianus tit. 15. ad Edictum.

Consultuit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdiderunt, dumne re sua abuti putant, non praestabunt, nec si donaverint locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si *arridwpa*, id est, remuneratio- nes acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam esset permutationis.

Dieselbe Bereicherung und Gunsterzeigung, welche hier bona fide aus einem völlig schuldblosen Irrthum geschehen war, konnte vom tutor auch bona fide, aber aus einem durch Nachlässigkeit verschuldeten Irrthum geschehen seyn, und es wurde für billig geachtet, daß den Erben so gut wie ihm selbst die Bereicherung auf Kosten des Pupillen nicht zu Gute käme, und ihnen auch selbst der Vortheil nicht bliebe, der dem b. f. possessor nicht angerechnet wurde, nämlich, daß sie sich einen Dritten durch Liberalität verpflichtet hatten.

Zum Schluß noch eine ebenfalls nicht weniger von den Interpreten gekreuzigte Stelle, welche es zu bekräfti-

gen scheint, daß die Ursache jenes Vorzugs der Erben von mir richtig angegeben worden:

L. 8. §. 1. de fideiussoribus tutorum. Paulus lib. 9. Responsorum.

Paulus respondit, tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet a), ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse, nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. *Sed Constitutionibus subventum est ignorantiae heredum*, hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.

Der etwas verworren ausgedrückte Sinn ist dieser: Das iudicium tutelae geht gerade so auf den Erben über, wie der tutor selbst es aufgenommen. Damit hat es folgende Bewandniß: einmal der Erbe muß den dolus des tutor unbedingt prästiren, denn wenigstens dieser wird bey allen bonae fidei iudiciis prästirt, also z. B. wenn der

a) Die Lesart der Haloandri- trägt, obgleich allerdings Paulus na: pertinere, ist falsch, da sie fortfährt zu reden. sich mit dem Nachsatz nicht ver-

Erbe sich darauf berufen wollte, er habe keine die Vormundschaft betreffende Documente vorgefunden, so kann er damit nicht gehdrt werden, denn waren sie wirklich gar nicht da oder schon vom tutor abhanden gebracht, so ist dies nicht ohne dolus des Tutors denkbar; sodann aber soll freilich nach ausdrücklichen kaiserlichen Verfügungen die Unwissenheit der Erben geschont, also sollen auch dieselben nicht wegen einer bloßen Nachlässigkeit des Vormundes, die vielleicht nur scheinbar seyn könnte, in Anspruch genommen werden können; jedoch endlich soll dieses nur in sofern gelten, als der tutor nicht vorher schon lis contestirt hatte, da ja selbst Pdnalklagen durch eine solche Einlassung auf die Erben beyderseits übergehen.

Achtes Capitel.

Ueber custodia und periculum.

§. 76.

Wir haben in dem Bisherigen die Bedeutungen der Worte culpa und diligentia in ihren verschiedenen Richtungen und Verhältnissen genauer zu bestimmen gesucht; auch ist schon mehrmals von custodia und einmal von periculum die Rede gewesen. Was die erstere betrifft,

so würde eine ausführlichere Erörterung darüber ziemlich überflüssig seyn, da die Bedeutung des Wortes und das Verhältniß des Begriffs selbst zur diligentia und culpa schon von Andern im Ganzen richtig bestimmt worden: was etwa noch zu erinnern seyn möchte, wird bey Gelegenheit der unten abzuhandelnden Frage, in wiefern man wegen culpa und custodia für Diebstahl hafte, und die actio furti anstellen könne, vorkommen. Jedoch dürfte schon wegen jener bevorstehenden Abhandlung, und weil doch gleich von periculum und ihrem Verhältniß zur custodia die Rede seyn muß, eine kurze Uebersicht dessen, was ich darüber für ausgemacht halte, hier am Orte seyn.

Es ist eine bekannte Sache, daß die Bedeutung von custodia nach dem gemeinen Sprachgebrauch: Schutz, Aufsicht, Aufbewahrung sey. In dieser allgemeinen Bedeutung kommt es auch im corpus iuris nicht selten vor; man denke nur an custodia ventris; so ist auch gleich in L. 1. D. depositi von einer custodia rei die Rede, welches denn nichts anderes heißen kann, als geradehin Aufbewahrung der Sache (custodiendi actus): eine solche Aufbewahrung kann fleißig und kann unfleißig seyn, und es kann auch davon ohne alle Rücksicht auf Fleiß oder Unfleiß die Rede seyn, z. B. wenn man frägte: quoniam tempore tibi custodia rei (depositae) commissa fuit? In diesem Sinn heißt custodiae rem committere nichts

anders als: *custodiendam rem dare*, oder *servandam rem dare*. Von dieser allgemeinen Bedeutung aber müssen alle specielleren abgeleitet werden. So sind davon die besondern des gemeinen Lebens: Gefängniß, Gefangener abgeleitet, welche sich im *corpus iuris* ebenfalls befinden a). Angewandt also auf Zurechnung bey obligationes kann von *custodia* nur in soweit die Rede seyn, als eine Verpflichtung zur Schüzung und Bewahrung einer Sache gegen äußere, d. h. außer unserm eignen Thun b)

a) L. 13. §. 5. *de re militari* L. 9. D. *qui testam. fac.* L. 224. D. *de V. S.* L. 14. D. *de custod. et exhibit. reor.* L. 17. f. D. *de quaestion.* L. *penult.* D. *de feriis.* L. 6. D. *de offic. proconsul.* Es ist bekannt, daß *custodia* auch so viel als unser deutsches Wache bedeutet.

b) *Gensler* l. c. *Exercit.* 4. §. 1. bringt auch die eigene culpa mit unter die *custodia*: *ut — rem — rite custodiat, i. e. curam habeat, ne res tradenda vel reddenda, sive ipsius culpa, sive facto alterius, vel intereat, vel deterioretur*“, er dachte sich vermuthlich, man könne ja auch wohl gegen eignen Unfug eine Sache in Schutz nehmen. Seite 55 aber schließt er so: es gibt Gesetzstellen, welche vorschreiben, daß wer eine Sache zu bewahren übernommen, sie auch nicht selbst (*facto suo commissivo*) verderben oder

zerstören dürfe (z. B. heiße es in L. 41. D. *locat. cond. sive custodire potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dederit*, und in L. 11. §. 2. D. *eod. item prospicere debet conductor, ne aliquo modo vel ius rei vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur u. s. f.*); folglich sey es eine vana opinio, wenn man den classischen Begriff der *custodia* auf Abwendung einer von außen drohenden Beschädigung, und also die ihr correspondirende culpa stets für eine in *omittendo* bestehende halten wollte. Als dieser vana opinio zugethan, werden dann *Ehibaut Syst. d. Pand. N. Th. I. §. 251.*, und *Rohr Theorie der culpa §. 12. §. 72.* angeführt; ich möchte den Mittheiler hören. Auf die Weise werden denn pag. 80 zu der in L. 13. §. 1. *de pignorat. act.* erwähnten *custodia* folgende Fälle

sich ereignende Unfälle, welche die Sache auf irgend eine Weise in ihrem Werth herabsetzen, oder sie doch dem entziehen, für welchen wir sie bewahren sollen, vorhanden ist: wem eine solche Verpflichtung obliegt, hat custodia in allgemeinsten Sinne zu prästiren.

Der so bestimmten Verpflichtung kann man nun auf zweyerley Weise entgegen handeln; entweder dadurch, daß man die Aufsicht absichtlich oder unabsichtlich vernachlässigt: jenes würde dolus in engster Bedeutung, dieses culpa seyn. Die culpa zerfällt dann wieder in culpa lata und culpa levis, nach Maßgabe der größeren oder geringeren Vernachlässigung der zum Schutze nöthigen Sorgfalt. Immer geht custodia auf besondere Beflissenheit, denn niemand ist schuldig, die Sache eines andern gegen äußere Unfälle zu schützen, der sich nicht besonders dazu verpflichtet hat; die Aquilia hat also auch nichts mit custodia an sich zu thun, und nur wenn thätige Aufsicht durch ein vorhergegangenes Thun, von dem es nur als accessorium betrachtet wird, nothwendig geworden, kann dort in einem aber nicht juristisch gebräuchlichen Sinne des Worts, von custodia gesprochen werden. Alle custodia

gerechnet: „non licet commodat^o alio (?) in iusto modo deterioro, res ad utendum acceptas, res facere etc.; also auch das usu finito reddendas, alienari, heißt die custodia oder diligentia aut alio (i) fradere, aut contra in custodiendo verlesen, wenn legem contractus in usum sibi man an der res commodata selbst non promissum convertere, aut ein furtum usus begeht!

ist daher diligentia, daher denn beyde Worte in den Titeln ad Leg. Aquiliam nicht vorkommen, wenn gleich von negligenter custodive, diligenter curare, providere; hert zuweilen die Rede ist a).

In der That ist dies schon eine engere eigentliche Bedeutung der beyden Worte. Custodia ist hiernach nichts andres, als eine besondere, nämlich auf Schutz einer Sache, gerichtete diligentia — diligentia in custodiendo, diligentia ad rem custodiendam adhibita; mithin ist sie eine species diligentiae. Da nun nach Verschiedenheit der Prästationsverbindlichkeit die diligentia überhaupt in eine diligentia quam quisque diligens paterfamilias suis rebus adhibere solet, und eine solche, quam obligatus suis rebus adhibere solet, eingetheilt wird; so kann es nicht fehlen, daß insbesondere diejenige diligentia, welche mit Schutz und Erhaltung der fremden Sache zu thun hat, also custodia ist, eben so eingetheilt wird: jene ist hier summa s. plena diligentia in custodiendo, diese geht hier nicht weiter, als gerade der Fleiß im Bewahren, welchen der Custodirende bey seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beschränkt also diejenige culpa, welche durch Vernachlässigung der custodia entsteht, auf Unterlassung desselben Fleißes, mithin auf einen Fall, der, wenn er auch an sich betrachtet eine culpa levissima

a) §. 3. B. L. 27. §. 9. L. 31. D. ad Leg. Aquil.

enthaltete, doch mit Rücksicht auf die dabei vorauszusetzende Gesinnung einen dolus enthalten mußte. So wie nun ferner die diligentia diligentis patrisfamilias in einem vorzüglichen Sinn diligentia heißt, und dieses Wort ohne Zusatz und nähere Bestimmung gebraucht diesen engeren und engsten Sinn hat; so kann es nun wiederum nicht fehlen, daß custodia i. e. diligentia in custodiendo schlechthin gebraucht, eben so den engeren Sinn haben müsse, und auf jene diligentia plena in custodiendo gehen müsse. Dies ergibt sich deutlich aus der Vergleichung von L. 2. 3. D. de periculo et commodo r. v. von der noch weiter unten näher die Rede seyn wird, und wo gerade zwischen custodia plena und minus plena unterschieden wird, mit den vielen Fragmenten, wo custodia das Neueste des Fleißes im Bewahren bezeichnet, von denen ich nur herausheben will: L. 1. in f. L. 2. D. usufruct. quemadmodum caveat, wo omnis rei cura und custodia offenbar einander gleich gestellt, und sogar auf usucapionem interpellare bezogen wird: L. 28. C. de locatione, wo dolus und außer dolus custodia als die beyden einzigen Prästationsarten außer casus fortuitus bey der res locata aufgeführt werden: nur noch an das erinnernd, was oben (S. 60.) über die custodia bey L. 5. D. commod. gesagt worden.

Im Verhältniß der custodia zur culpa folgt also hieraus, daß wenn culpa außer dolus als zur Prästation

gehörig angegeben wird, man noch damit nicht wisse, ob custodia plena oder minus plena dahin gehöre, und daß mithin jene sich zur custodia s. str. als unbestimmtes genus zu einer bestimmten in einigen Fällen nicht, in andern wohl darunter begriffenen species, zur custodia minus plena aber sich wie zur diligentia quam suis etc. überhaupt verhalte, nämlich wie ein genus zu einer immer dahin gehörigen, aber bald allein, bald mit custodia plena zugleich, darunter befaßten species.

Das Verhältniß der custodia zur diligentia ist nun aber endlich noch genauer dahin zu bestimmen, daß jene ein permanenter Theil von dieser sey, und daß, wo nur immer von Bewahrung einer Sache oder schützender Aufsicht über dieselbe die Rede seyn kann, und diligentia zu leisten ist, auch custodia geleistet werden muß, und folglich, daß man in Betracht der Verpflichtung immer von einer auf die andere schließen könne a).

a) Die Unterscheidung der diligentia von der custodia, je nachdem von theilweiser Verletzung oder gänzlichem Verluste die Rede sey, ist keine Erfindung unsrer Tage. Sie findet sich schon bey *Waechter de gradib. culpae*. Vitenb. 1680. Der Einsall verdiente vergessen zu werden, und verdient es wieder. Es ist jedoch eine unschuldige Neugier zu fragen, wozu ihn denn *Waechter* da-

mals gebraucht hat? Er meinte (S. 46.) den Unterschied zur Vereinnigung der L. 22. §. 4, L. 25. D. de pignor. act. und der übrigen bekannten Fragmente dieses Titels, welche bloß von dolus u. culpa sprechen, L. 14. mit eingeschlossen, wo der diligens paterfamilias auch nicht mehr sagen soll, ferner der L. 13. §. 1. D. de reb. auctorit. iud. possidend. und L. 7. C. de pignor. act. mit

Nur muß man sich hüten, hiermit die factische Möglichkeit des Theils der diligentia, welcher custodia heißt, zu verwechseln. Es ist so gut, als wenn alle custodia angewandt worden, wenn gar keine angewendet. Doch das Nähere darüber unten.

L. 13. §. 1. D. de pignor. act., und L. 19. C. de pignorib. nöthig zu haben. Von dem Fall der Deterioration sprächen die ersteren, von dem Fall des gänzlichen Verlustes die letzteren. In jenem sey beyrn pignus nur culpa levis (nicht diligentia schlecht hin), in diesem culpa levissima zu prästiren. Das letztere heiße custodia („culpa levissima in casu amissionis“). Daß dies richtig sey, zeige klar §. ult. l. quib. mod. re contr. obligat. W ä h r s c h e i n l i c h supplirt hier, im Gegensatz von §. 3., wo davon die Rede sey, daß der Depositar nicht exacta diligentia leiste, (sonderbar genug wäre dieser Gegensatz, da ja der Depositar auch nicht culpa levis und überall nichts wie culpa lata leisten soll) den Zweifel, ob doch nicht vielleicht e contrario der creditor pignoratitius culpa levissima propter omnem deteriorationem zu prästiren habe. Der Kaiser, denkt er, antworte: ex capite deteriorationis leiste er nicht so viel, denn das pignus sey utriusque causa datum, wohl aber, und das sey genug, müsse er „circa custodiam rei, in existendo

scilicet, culpa levissima“ leisten. Habe er nun nur dieses beobachtet, so schade es ihm nicht, si aliquo fortuito casu rem amiserit. Das sey auch so recht, denn es sey ein gar zu herber Verlust für den debitor, nicht allein das Aequivalent seiner Schuld, sondern auch das residuum, was doch gewöhnlich Statt finde, zu verlieren, und der creditor mache sich ja auch verbindlich, das Pfand, sobald die Schuld bezahlt werde, in specie et substantia zu restituiren (macht er sich denn nicht auch verbindlich, das Pfand unverdorben wieder zu geben?). Dem Commodatar sey also der creditor pignoratitius gleich („pares sunt“) in Hinsicht seiner „obligatio ad rem custodiendam in existendo“, ungleich („imparae“) „in obligatione ad conservandam eam in eadem qualitate et perfectione existendi“ (er construirt also: „Ut in composito venit et custodia“). — Alles ist hier gleich: Behauptung, Argumente, Schreibart. Auch die Verschobenheit u. Unwissenheit hat gemeiniglich ihre Vorgenossenschaft.

Hier ist nur noch zu bemerken, daß, wie schon oben bey dem Commodat gezeigt worden, die custodia öfters die ganze diligentia ausfüllt, welches allenthalben der Fall seyn muß, wo die Verbindlichkeit bloß Zurückgabe oder Uebergabe einer Sache, welche daher in der Zwischenzeit zu schützen und zu bewahren ist, also gerade bey den meisten Contracten: hier ist daher custodia und diligentia gerade eins und dasselbe.

§. 77.

Ein viel mehr schwankender und juristisch weniger befestigter Begriff, als der von custodia, ist der von *periculum*. *Periculum*, angewandt auf ein Rechtsverhältniß zu andern, heißt Gefahr, welche dem fremden Geschäfte, welches wir vornehmen wollen, Gefahr, welche der fremden Sache, die wir zu bewahren haben, von außen oder durch unsre eigenen positiven Handlungen droht a), und welche sich durch unsere Vorsicht abwenden läßt oder nicht.

Wir können nach Verschiedenheit der Verhältnisse in dem Fall seyn, daß wir solche Gefahr tragen, d. h. den durch die wirklich realisirte Gefahr entstandenen Schaden tragen müssen, er mochte von uns haben abgewandt werden können oder nicht; es kann eben sowohl seyn, daß wir nur

a) Daß auch die eigenen Handlungen, in sofern ihr glücklicher oder unglücklicher Erfolg uns zweifelhaft ist, hieher gehören, zeigen L. 27. §. 29. ad Aquil. L. 13. §. 5. locati.

dann die Gefahr auf uns zu nehmen schuldig sind, wenn wir durch vernünftiger Weise zu verlangenden Fleiß, also *diligentia s. custodia diligentis patrisfamilias*, die Gefahr abwenden konnten, es kann aber auch seyn, daß nur *diligentia quam suis etc.* zur Abwendung verlangt, aber diese präsumirt wird, ja endlich daß geradezu nur *dolus* und *culpa lata*, und gegen den Verpflichteten zu erweisende *negligentia suis rebus non consueta* erfordert wird, damit man für die Gefahr verantwortlich werde, welcher durch ein bloß gewissenhaftes Benehmen hätte ausgebeugt werden können. In allen diesen Verhältnissen und Bedeutungen kommt das Wort *periculum* vor, und die Ausdrücke: *periculum ferre, sustinere, recipere, excipere, subire, praestare, periculo se subicere, periculo teneri, illigari, adstringi, periculum pertinet, redundat ad eum, respicit eum, res periculo eius est, servatur, periculo eius fit, periculo suo facit etc.* haben nichts, was sie in einer oder der andern dieser Hinsichten besonders charakterisirt; sie sagen alle so viel als: *res cum detrimento eius perit, negotium cum damno eius male geritur, deminutione seu interitu rei periclitatur etc.*; wie weit aber die Gefahr in diesem oder jenem Falle gehe, ob sie unbedingt den damit Bedrohten treffe, ob nur, wenn eine gewisse Zurechnung Statt finde, muß anders woher, aus dem nächsten oder aus dem entfernteren Zusammenhang bestimmt werden.

Daher haben diejenigen so sehr Unrecht, welche bloß aus dem vagen Ausdruck *periculum* zuweilen auf *praestatio casu fortuiti*, schließen wollen. In sich gibt es gar keine specielle Bedeutung von *periculum*, jene allgemeine, welche wir angegeben, kommt in immer neuen Gestalten wieder vor; nur durch den Gegensatz von *culpa* oder *custodia* wird zuweilen ein engerer Sinn bewirkt, und dieser ist dann allerdings: *casus cui resisti non potest a)*. Daß *periculum praestare* auch auf *culpa omnia und omissa diligentia s. custodia* mit Ausschließung des Zufalls gehen könne, ist bekannt genug *b)*; dagegen scheint es schon weniger bekannt zu seyn, daß das Wort zuweilen auch diejenige *culpa* bezeichnet, welche bloß die *diligentia quam suis etc.* begreift, und noch weniger, daß es sogar in Fällen gebraucht wird, in welchen bloß *dolus* und *cul-*

a) *§. B. L. 17. §. 1. 2. 4. D. de praescript. verb. L. 5. §. 1. eod.* — Es ist schon irrig, mit *Vinnius* Comment. ad I. an mehreren Stellen zu sagen, gewöhnlich gehe *periculum* auf *casus*, nur zuweilen auf *culpa*, und es ist auffallend, daß er an einem Ort, nämlich zu *Lib. 3. tit. 24. §. 3. no. 3.* mehr *Leges* für das Ungewöhnliche als des Gewöhnliche anführt. Geseht aber auch, man rechnete die verschiedenen Stellen im *corpus iuris* ge-

gen einander auf, und fände am Ende, daß die Zahl der den *casus* mit *periculum* bezeichnenden größer sey; so könnte dies doch bloß zufällig seyn, und würde es seyn. Es gibt hier keine Präsumtion für die eine oder die andere Bedeutung.

b) *§. B. L. 14. §. 16. D. de furtis. L. 13. §. 1. D. de liberali causa. L. 5. §. 13. 14. D. commod. L. 54. de action. emt. vend.*

pa lata zu prästiren ist. Wirklich aber kommt es in dem letzteren Sinne in L. 14. §. 5. de furtis vor, und in L. 39. §. 6. 10. 11. D. de administr. tutor. ist davon die Rede, daß die Erben des Tutors in Hinsicht seiner Versehen das periculum zu prästiren hätten, indem doch ausgemacht ist, daß dieses nur bis zur culpa lata auf sie überging (§. 72.) Auf den zweyten Prästationsgrad bezieht es sich z. B. in L. 25. D. pro socio, aber auch noch in der ganzen Lehre von der Tutel, wenn dort von einem periculum die Rede ist, welches der tutor zu prästiren hat. Um nämlich gewiß zu seyn, welchen Sinn dieses vieldeutige Wort in der gerade vorliegenden Stelle habe, muß man freylich zuerst darauf sehen, ob nicht die Stelle selbst darüber Auskunft gebe. Wenn z. B. wie in L. 1. C. de locato, und in der Collat. Leg. Mosa. tit. 10. §. 9. von einem periculum vis maioria oder wie in L. 40. D. locati von einem periculum custodiae die Rede ist, so kann die Meinung nicht leicht zweifelhaft, und es kann nicht Unrecht seyn, wenn wir nach diesem, wo wir etwa das Wort periculum nöthig haben, durch einen solchen Zusatz immer den speciellen Sinn bestimmen werden. Schon unbestimmter ist der Ausdruck periculum culpae, da er auf den zweyten so gut als auf den dritten Prästationsgrad gehen kann; so geht er z. B. auf den zweyten in L. 39. §. 12, 14. L. 40. D. de administr.

et peric. tutor. a) Ganz bestimmt aber ist wiederum der Ausdruck *periculum omne*, da er sicher mit *periculum casus* zu thun hat, so wie *culpa omnis* gewiß immer die *diligentia omnis* und diese wieder die *diligentia diligentis patri-familias*, also auch das Aeußerste der Besliffenheit (*culpa levissima in diligentiam omittendo*) einschließt b). Gibt nun aber weder ein Prädicat, noch ein Gegensatz, noch überhaupt der specielle Zusammenhang Auskunft, so muß man auf die Materie Rücksicht nehmen, in welcher der Ausdruck vorkommt. So haben wir schon erwähnt, daß bey der Tutel *periculum* auf den zweyten Prästationsgrad gehe. Warum ist dies anzunehmen? darum, weil der Tutor für nichts mehr herkommt, und so sehr häufig von seinem *periculum* die Rede ist, wo doch nur seine regelmäßige Verpflichtung eintreten kann: es gibt davon eine große Menge Stellen fast in jedem Titel dieser Materie; wo man ausschlagen mag, finden sich

a) In L. 1. 5. C. de peric. tut. heißt es: *periculo obligari propter culpam et signitiem*.

b) Daß *culpa omnis* jemals bloß auf das Aeußerste der Aquilischen *culpa*, wo überall von Besliffenheit die Rede seyn kann, sich beziehen könne, also z. B. auch bey dem *socius* von *culpa omnis* die Rede seyn könne, davon ist mir kein Beyspiel vorgekommen, und ist es höchst unwahrscheinlich, daß es ein solches gebe. Der Aus-

druck geht vielmehr immer mit auf die *diligentia s. str.* und allein auf dieselbe, wo von gar keiner Aquilischen *culpa* die Frage seyn kann. Vergl. L. 31. §. 12. D. de Edilit. edict. und L. 15. C. mandat. mit L. 1. §. 1. D. si mentor. Wegen *diligentia omnis*. L. 38. pr. D. de damno inf. L. 24. C. de usuris; wegen *periculum omne* L. 5. §. 2. commod. L. 7. §. 15. de pactis u. s. w.

berer, und schon die Titelüberschrift *de administratione et periculo tutorum* hat diese Bedeutung. Ferner bey *furtum* und der *actio furti*, wenn da von *periculum* die Rede ist, so geht es auf den dritten Grad, und heißt *periculum custodiae*; nur einmal kommt es in dem Titel *D. de furtis* vom *casus* vor, nämlich in *L. 14. in f. pr.*, wo es aber nur zur Erläuterung und im Gegensatz von dem hier allein anzunehmenden *periculum custodiae* steht. Dagegen endlich wenn vom Uebergang der Gefahr auf den Käufer die Rede ist, also im *Tit. P. de periculo et commodo rei venditae*, heißt *periculum* soviel als *periculum casus*.

§. 78.

Aber *periculum* hat noch eine ganz besondere Bedeutung, welche nur einen Theil des *casus*, nicht diesen ganz in sich schließt, und diese Bedeutung ist um so merkwürdiger, da in demselben Zusammenhange sogar das Wort *custodia*, und also auch der Ausdruck *periculum custodiae* denselben Sinn hat. Dies findet nämlich Statt bey dem Verhältniß, wovon im *tit. P. nautae cauponae stabularii*, und im *tit. P. furti adversus nautas* die Rede ist. Wer diese Titel mit einiger Unbefangtheit durchlesen will, dem kann es nicht entgehen, daß der Schiffer, der Wirth u. s. w. keinesweges bloß für *culpa*, sondern auch für den Diebstahl und das *damnum iniuria datum* haften, wenn es ohne alle Schuld von ihrer Seite vorgefal-

len, und sie dieses auch noch so klar beweisen können. In Hinsicht des Diebstahls existirt eine Meinung, daß wer nur custodia im-gewöhnlichen Sinn, also culpa omnis in custodiendo zu prästiren habe, ohnehin für das furtum unbedingt haften müsse, weil Schuldblosigkeit das bey gar nicht möglich sey; allein daß das damnum iniuriae, vom Dritten zugefügt, alsdann immer prästirt werde, hat noch niemand behauptet, vielmehr zeigt sich auch, wenn man L. 41. D. locati mit L. 19. D. commodati vergleicht, daß hier die Präsumtion gegen die culpa stritt a). Dennoch steht geschrieben in L. 5. §. un. D. nautae caupones: Quaecunque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi, non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur. Weiter ging aber hier auch die Uebernahme des casus nicht, daher denn alles Uebrige desselben unter dem Namen damnum fatale im engsten Sinne in L. 3. §. 1. in f. eod. ausgeschlossen, dabey aber ausdrücklich gesagt wird, daß die eigentliche vis maior ausgenommen, es auf culpa gar nicht ankomme, sondern Verantwortlichkeit auch dann eintrete, „si sine culpa eius res perit, vel damnum datum est“ b). Von dieser so gearteten Ver-

a) Das Nähere am Schlusse unter den einzelnen Erörterungen und Reflexionen.

b) Natürlich verstanden die Vertheidiger der ehemals gemeinen Theorie von culpa levis,

antwortlichkeit nun heißt es in L. 1. §. ult. eod.: „recipit custodiam“ a), in L. 5. pr. eod.: „custodiae nomine tenetur“; in L. 5. pr. eod.: „periculum ad eum pertinet“; in L. 4. pr. eod.: „res eius periculo est“; in L. un. §. 4. D. furti adversus nautas: „recipiendo periculum custodiae recipit“.

und das, was der caupo etc. zu leisten hatte, von culpa levissima, sie verstanden denn aber auch den wahren Sinn und Zusammenhang des angeführten Pandektentitels im geringsten nicht, So Vinnius Commentar. ad I. lib. 3. tit. 25. §. 5. no. 2.: Damit gar kein Zweifel übrig bliebe, daß die locatio nur die mittlere culpa (levia) verwerfe, eine levissima aber außer diesem Contract noch vorhanden sey, dürfe man nur L. 3. §. 1. cit. herbeziehen: „quo loco Iurisconsultus conferens actiones locati et depositi cum honoraria, quae ex edicto isto competit, utilitatem eius, quae ex edicto est, hoc nomine maxime commendat, quod in locato conducto culpa, in deposito dolus

duntaxat praestetur, edicto vero omnimodo, qui recipit, teneatur, etiamsi sine culpa eius res perit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille praestet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi maiori contigit. Igitur ex sententia Iurisconsulti is qui recipit, praestat medium aliquid inter culpam et casum fortuitum; atqui hoc medium nihil aliud esse fateci omnes debent, quam culpam levissimam. Ihm schwebte die culpa levissima in der Luft zwischen culpa und casus, und je nachdem es ihm bequem war, zog er sie bald auf diesen, bald auf jene nieder, oder ließ sie wieder fliegen.

a) Prousteau ad L. 25. d. R. I. cap. 9. no. 2. in f.

Neuntes Capitel.

Von der praestatio culpae bey dem Verkaufe.

§. 79.

Als Uebergang von den nunmehr ziemlich bestimmten Wortbedeutungen zu der im folgenden Capitel enthaltenen Untersuchung, wollen wir einige von den Hauptstellen, welche von der praestatio culpae bey einem Contract, der das Aeußerste aller Imputation zuläßt, ungeachtet er auf beyderseitigen Vortheil geht, nämlich bey der emptio venditio, durchlaufen, und einige Resultate daraus ziehen, welche das bisher Vorgetragene in aller Hinsicht bestärken werden.

L. 35. §. 4. D. de contr. empt. Gajus lib. 10. ad Edictum provinciale.

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat. Si nihil appareat convenisse, *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet, quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori.*

L. 11. D. de periculo et commodo rei venditae. Alfenus Varus lib. 2. Digestorum.

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factam esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, *quam debent homines frugi et diligentes praestare*, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

L. 54. pr. D. de action. emt. vend. Labeo lib. 2. Pithanon.

Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit, et ex eo crus fregit; ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime, nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, *culpa tua* id factum esse, videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam dimitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, *quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus* si servo non fuerit. Quid, si hoc exceptum fuerit? Tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset: veluti si

ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset: nam certe ea res tuo periculo esse non debet. *Itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.*

L. 5. D. de periculo et commodo rei vend. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Custodiam autem venditor talem praestare debet, *quam praestant hi, quibus res commodata est*, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

L. 56. D. de act. emt. et vend. Paulus lib. 7. ad Plautium.

Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet, et pars est custodiae diligentiaeque, hanc interponere stipulationem et ideo, si id neglexerit, tenebitur emptori.

L. 18. §: 7—9. D. de damno infecto. Paulus lib. 48. ad Edictum.

<p>Emptor praedii, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit.</p>	<p>Wer ein praedium kauft, und vor der Tradition stipulirt, dem ist dadurch für den Schaden cavirt, welcher nach der Tradition sich ereignet.</p>
---	---

§. 8. *Venditorem autem aedium, priusquam possessionem tradat, stipulari oportet, quia huius quoque rei culpam praestat.*

§. 8. Der Verkäufer des Hauses aber muß, ehe er den Besitz einräumt, die Stipulation sich bestellen lassen, weil er auch in diesem Betracht *culpa* zu prästiren hat.

§. 9. *Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit, et ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an et hoc damnum in aliena re acciderit a), revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id quod post traditionem accidit, quia dum venditoris cu-*

§. 9. Aber wie soll es gehalten werden, wenn der Verkäufer die Stipulation, ohne schuld zu seyn, nicht bewirken konnte, und deshalb der Käufer dieselbe vornahm? Kann man auch hier von ihm (vom Käufer) nicht sagen, daß er Schaden leide (also die *actio ex stipulatu* fundirt sey); oder muß man auch von diesem Schaden sagen, daß er an einer fremden Sache sich ereignet habe (und

a) So lesen Cod. Ms. Paris. 1529. f., Sennet. (Lugd. 1550 f.) Cod. ms. Hafn. die Lesart: *an et hic*, gibt denselben Sinn: sie findet sich Rom. 1476. Nor. 1483. Weniger Beyfall verdient die Les-

art des Hal. *num damnum non — an hic — accidit*, mit welcher Par. 1548. 8. übereinstimmt. Die Flor. hat: *an hoc damnum*. Cod. ms. Regiom. *an h. damnum*.

stodia est, in stipulari debet, *omnemque diligentiam* emptori praestare, et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur,

also jene Klage nicht eintreten kann), den Käufer aber treffend, da ihm die actio ex empto nicht zugesprochen ist? Allein die Stipulation nützt hier in der That nur in soweit, als sich etwas nach der Tradition zugetragen, denn so lange die custodia dem Käufer zukommt, muß er stipuliren, und prästirt hier alle Besonnenheit dem emptor, (wendet er aber diese an, so ist nicht abzusehen, was ihn hindern könnte — eine schuldfreye Unterlassung ist bey dieser strengen Verbindlichkeit des Verkäufers hier gar nicht denkbar), was aber durch eine andere Klage verfolgt werden kann, das gehört nie in die stipulatio damni infecti,

L. 38, pr. D. eod. Paulus lib. 10. ad Sabinum.

Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor *omnem diligentiam* ei praestare debet. Tunc certe uti-

liter stipulatur, *cum omnis culpa a venditore aberit*, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei a futuris tradidit.

L. 13. §. 16. D. de action. emt. vend. Ulpianus lib. 52. ad Edictum.

In his autem, quae cum re empti praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror; nam et Celsus lib. 8. Digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere.

L. 68. pr. D. de contr. emt.

L. 31. §. 9. 11. 12. 14. 15. D. de aedilit. Edict. Ulpianus lib. 1. ad Edictam Aediliam curulium.

Pomponius ait, si unus ex haeredibus vel familia eius, vel procurator *culpa vel dolo* fecerit rem deteriorem, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis. Hoc autem expeditius esse, si omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt; tunc et si quo deterior servus *culpa* unius heredum factus est, et hoc solutum est, caeteri familiae herciscundae iudicium adversus eum habent, quia propter ipsum damnus sentiunt impediunturque redhibere.

§. 11. Si mancipium, quod adhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeritur, numquid *culpa* emptoria vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit, nam si *culpa* eius decessit pro vivo habendus est, ut a) praestentur ea omnia, quae praestarentur si viveret.

§. 12. *Culpam omnem* accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quambunque occasionem morti emptor praestitit, debere eum, etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed *culpa sua*.

§. 14. Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit, caeterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt. Et ita Pedius ait, et adiecit, quibus administratio rerum *culpam abesse praestare* non inique dominum cogi,

§. 15. Idem Pedius ait, familiae appellatione et filios familias demonstrari, facta enim domesticorum redhibitoria agentem praestare voluit b).

Wenn keine besondere Verabredungen vorhanden sind, heißt es in L. 35. §. 4., also in der Regel, soll der Verkäufer sich wie ein *bonus paterfamilias* geriren. Dies

a) Flor. et.

b) Ueber §. 3. I. de emt. f. unten §. 98.

wird im Allgemeinen auf die *custodia* bezogen, und insbesondere auf Bewahrung gegen Diebstahl angewandt. In L. II. wird es zur Frage gestellt, in wiefern, im Fall ein verkauftes Haus abbrennt, es denkbar sey, daß der Verkäufer ohne Schuld sey, und geantwortet, es sey gar keine *culpa* vorhanden, wenn er den Fleiß angewandt, den *homines frugi et diligentes* anwenden. Diesen Fleiß anzuwenden, war also Princip.

In L. 54. pr. wird die Entscheidung der Frage, ob Verantwortung eintrete, wenn ein verkaufter Sklave nach dem Verkauf in Diensten des Verkäufers Schaden gelitten, gegen eine irrige Meinung, welche nach vagen und nicht durchgreifenden Rücksichten die Sache determiniren wollte, einzig auf *dolus et culpa* und diese wiederum, nach dem in dieser Materie geltenden Grundsatz auf das gewöhnliche Betragen eines *prudens et diligens paterfamilias* gestellt.

In L. 5. wird die *custodia*, welche der Verkäufer der verkauften Sache zu widmen hat, derjenigen gleichgestellt, welche vom *Commodatar* verlangt werden kann, womit denn auch gesagt ist, daß er ganz denselben Fleiß anzuwenden hat, zu welchem dieser verpflichtet ist, denn *diligentia* und *custodia* fallen hier fast immer zusammen: alles, was der *venditor* in der Regel zu beobachten hat, ist, abgesehen von eigener Aquilischer *culpa*, daß er die Sache zu rechter Zeit übergebe, (sind hier noch Vorkeh-

rungen zu treffen, z. B. die Sache muß noch erst vindicirt werden, so gehdrt dies freylich zu dem Theil der diligentia, welcher auferhalb der custodia liegt) in der Zwischenzeit aber sie als ein guter Hausvater gegen alle äußere Nachtheile und Beschädigungen schütze. Dahin gehdrt z. B. auch, daß er die usucapio der noch in fremdem Besiß befindlichen Sache unterbreche, daß er die Servituten gebrauche, damit sie nicht durch Nichtgebrauch verloren gehen, daß er die stipulatio damni infecti bestelle, daß er sich die Sache nicht stehen lasse, daß er den Wein nicht verderben, den krank gewordenen Sklaventheiten lasse u. s. w. u. s. w., alles dieses sind Aeußerungen der custodia, bey welcher er wie der Commodatar Fleiß anzuwenden hat. Also, heißt es in L. 3., muß er, so gut wie der Commodatar, höheren Fleiß als im Eigennutzen anwenden, woraus denn von selbst folgt, daß er überhaupt et dolum et culpam et diligentiam, d. h. das Aeußerste der Imputation in jedem Betracht zu prästiren habe.

In L. 36. wird dieser Grundsatz auf den schon erwähnten Theil der custodia, die Bestellung der stipulatio damni infecti angewandt, und dabey noch ausdrücklich gesagt, es sey dieselbe pars custodiae diligentiaque d. h. der custodia oder was hier dasselbe sagen will, der diligentia: gerade weil diese vom Verkäufer überhaupt

vor der Tradition prästirt werden mußten, mußte auch die *stipulatio interponiri* werden.

In L. 18. wird bey Gelegenheit der Untersuchung, ob der Käufer, so lange ihm das Haus noch nicht tradirt worden, sich auch für in der Zwischenzeit vorgefallene Schäden stipuliren könne, und eben so in der folgenden L. 58. pr. der Sag aufgestellt, der Verkäufer müsse während der ihm obliegenden *custodia* die Bestelung der *stipulatio d. i.* besorgen, weil er überhaupt *culpa* prästiren müsse, eine Unterlassung dieses Theils der *custodia* aber immer *culpa* seyn würde, da der Verkäufer *omnis culpa*, oder was dasselbe sagt, *omnis diligentia* zu leisten habe; nur also, wenn es an aller Zurechnung fehle — (*cum omnis culpa a venditore aborit*), folglich, da es dem Verkäufer nie an der Möglichkeit fehlen könnte, sich auf diese Weise zu sichern, allein dann, wenn von ihm gar keine *custodia* mehr zu fordern wäre, z. B. er zog aus, und ließ den Käufer vorläufig *precario* einziehen, und so die *custodia* selbst übernehmen, bleibt er ohne Verantwortung.

In L. 13. §. 16. ist von *Accessionen* die Rede, und es heißt da, es sey auch hier (wie bey der Hauptprästation) *dolus et culpa* zu leisten. Daß in diesem Verhältniß aber überhaupt *diligentia*, s. str. zur *culpa* gehöre, wird nicht erwähnt, sondern als bekannt vorausgesetzt. Was hier vorausgesetzt wird, ist in L. 68. pr., die wir

schon oben näher kennen gelernt haben, ausgesprochen: es ist hier ganz einerley, ob ich sage: der Verkäufer muß nicht bloß bona fides, sondern auch diligentia prästiren, oder ob ich sage: er muß nicht allein dolus, sondern auch culpa prästiren. Beyde Ausdrücke, so wie auch, wenn statt diligentia, custodia substituirt würde (wo nämlich von diesem Theil der diligentia, wie das bey der Eintreibung des Miethzinses freylich nicht der Fall ist, überhaupt die Rede seyn kann) können sich hin und her einander erklären und ergänzen, wie das in der That in den bisherigen Gesetzstellen immer geschehen ist.

§. 80.

Aus der Durchsicht dieser Gesetzstellen ergibt sich also mit größter Klarheit:

- 1) Daß der Römer annahm, das Aeußerste, was man verlangen könne, sey, was ein bonus, diligens, prudens paterfamilias, ein homo frugi sobrie rem suam administrans aufzubieten pflege, um seine Leistung zu erfüllen und Unglück zu verhüten.
- 2) Daß diese Ausdrücke mit den Worten: diligentia oder custodia schlechthin, auch diligentia omnis, culpa omnis, auf eins und dasselbe hinweisen, nämlich darauf, daß alles verlangt werden müsse, was irgend noch zugerechnet werden könne.
- 3) Daß dies alles, mithin das Aeußerste der Leistung, im Gegensatz von diligentia quam suis etc. stehe,

es muß „*diligentia exactior, quam in suis rebus adhibet*“, prästirt werden.

- 4) Daß culpa außer dolus, auch *diligentia* begreife, wo sie nicht auf d. q. s. beschränkt ist.
- 5) Daß der Verkäufer nichts mehr und nichts weniger als der Commodatar an culpa zu prästiren habe.

Diese Resultate wird, glaube ich, keiner verkennen können, der noch einer historischen Ueberzeugung fähig ist, und es bedarf kaum noch einer Vergleichung mit der am Ende vorgelegten L. 31. D. de aedit. Edict. In der That ist aber auch der Schluß von dem dort beurtheilten Verhältnisse und der Verbindlichkeit des Käufers in demselben auf die Verpflichtung des Verkäufers, im Ganzen allerdings zulässig. Auf *redhibitio* konnte man so gut mit der Klage aus dem Kaufcontract, als aus dem Aeditischen Edict antragen: schon darum kann man sicher seyn, daß in Hinsicht der culpa hier im Wesentlichen nichts besonderes war, sondern solche nach der Natur dieses iudicii beurtheilt wurde. Sodann war das Verhältniß des Käufers zum Verkäufer bey der Rückgabe im Ganzen gerade so, wie das des Verkäufers bey der ersten Uebergabe. Nun wird aber hier wiederum in §. 9. erst alles auf dolus et culpa gestellt, weiterhin in §. 11. ist wieder im Allgemeinen, und ebenso nachmals in §. 14. von culpa die Rede, in §. 12. aber wird diese culpa so bestimmt, daß darunter culpa omnis, nimmermehr („*non utique*“)

398 Neuntes Cap. Von d. praest. culpa etc.

culpa lata (auch nicht, die, wenn man auf die Wurzel sieht, gleiche negligentia rebus suis non consueta) zu verstehen sey, und hafte der Käufer, wie und auf was Weise er auch immer, sey es durch Thun oder Lassen, zu dem Tode Veranlassung gegeben. Schon das obllige Gleichstellen des Thuns (si medicum malum culpa sua adhibuit) und des Nichtthuns (si non adhibuit) zeigt, daß hier das Extrem der Zurechnung, culpa levissima, auf alle Weise gemeint seyn müsse. Nun endlich wissen wir, was es sagen will, wenn es in §. 3. m. l. de emptione heißt, quidquid sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est, nämlich, sobald der Verkäufer ohne alle Schuld ist, also ein reiner Zufall seine Leistung hinderte, und nur dann kann er nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Zehntes Capitel.

Von der Verantwortlichkeit wegen einer entwandten Sache, und der desfalls dem Verantwortlichen zustehenden *actio furti*.

§. 81.

Es ist in neuerer Zeit darüber lebhaft gestritten worden, ob derjenige, welcher *custodia* zu prästiren habe, unbedingt für das *furtum* einstehen müsse, oder ob sich dies nur auf den Fall beschränke, da er in *culpa* war.

Nicht als ob ich glaube, daß diese Sache noch nicht als entschieden anzusehen sey, oder die Beantwortung der Streitfrage im Allgemeinen sonderlich schwierig seyn könnte, sondern nur weil die Bestimmung des Einzelnen hier noch nicht vollständig geschehen ist, und nebenbey auf manchen interessanten Punct führt, wollen wir diese Untersuchung noch einmal von vorne anfangen. Man kann hier aber keinen sichern Schritt thun, wenn man nicht mit einer Uebersicht derjenigen Personen, welche die *actio furti* anstellen können, und der Gründe, weshalb sie ihnen zusteht, anfängt. Diese daher so kurz, als es, ohne der Sache etwas zu vergeben, möglich ist, hier mitzutheilen, wird zuvörderst mein Geschäft seyn.

Der erste Grundsatz ist hier: *cuius interfuit non subripi, is actionem furti habebit a)*. Wer aber ein Interesse habe, das ist zuvörderst nach dem Eigenthum zu beurtheilen. Dies zeigt gleich L. 14. §. 17. D. de furtis. In dem Falle dieses Fragments kommt am Ende alles auf das Interesse an, demnach „*primum quaerendum est, cuius sit epistola.*“ Also die erste Frage war hier doch immer: *cuius res sit*, oder *cuius in bonis res sit?* b) Im Ganzen scheint ein Interesse für den Eigenthümer schon darin zu liegen, wenn ihm seine Sache aus seiner Gewahrsam oder von seinem Grund und Boden entrisfen worden. Es kann ihm nicht gleichgültig seyn, ob dergleichen durch diese Pönalstrafe gerügt werde oder nicht.

L. 82. §. 1. D. eod. Paulus lib. 2. Sententiarum.

Frugibus ex fundo subreptis, tam colonus quam dominus furti agere possit, quia utriusque interest rem persequi.

L. 80. pr. D. eod. Papinianus lib. 12. Quaestionum.

Si vendidero neque tradidero servum, et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio; et mea videtur interesse, quia

a) L. 10. 11. L. 12. §. 2. L. 14. D. de furtis.

b) L. 12. §. 2. D. eod.

dominium apud me fuit, vel quoniam ad praestandas actiones teneor.

Das Letzte kann doch nur eine Folge des Interesse und der ihm deshalb zustehenden Klage seyn. Dadurch löst sich der Widerspruch zwischen L. 50. in f. D. eod. und L. 27. in f. pr. eod. Das Interesse des dominus läßt sich öfters gar nicht pecuniär bestimmen, man muß also dann auf die aestimatio corporis sehen; mit dieser haben aber die andern, welche lediglich ihres besondern Interesse wegen die actio furti haben, nichts zu thun. Der Eigenthümer braucht sich bloß auf sein allgemeines Interesse, sein Eigenthum zu berufen, es sey denn, daß ihn ein besonderes ausschließt, und das Doppelte und Vierfache des Werthes der Sache ist es in der Regel, was er wenigstens in Anspruch nehmen kann. Dies scheint der Sinn einer, jene beyden von demselben Verfasser (Ulpian) herrührenden Fragmente vermittelnden Stelle zu seyn, nämlich der.

L. 80. §. 1. D. eod. Papinianus lib. 12. Quaestionum.

Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est. — Idque et in statu liberis et in legato sub conditione relicto probatur. — Alioquin diversum probantibus sta-

tui facile quantitas non potest. Quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest.

Daher denn konnte die actio furti noch fortbauern, wenn auch schon durch die mit Erfolg angestellte conditio oder vindicatio alles Interesse für diesen Fall aufgehört hatte a). Daher ferner konnte der Eigenthümer, wenn über den Dieb wieder ein anderer Dieb kam, gegen beide klagen, quia ex diversis factis tenentur b); daher endlich ging dem dominus die Klage noch immer nicht verloren, wenn er gleich nach dem Diebstahl die Sache dereliquirte, den Sklaven manumittirte, oder die Sache auf irgend eine Weise selbst besaß c). Ja, es gab Fälle, die wir nachher kennen lernen wollen, in welchen der dominus wegen seines augenblicklichen Interesse durch persönliche Ansprüche an andere vollkommen gedeckt war, und ihm doch diese Klage zustand; nur mußte er freilich, wenn er jene Ansprüche geltend machen wollte, die Klage cediten, und auf ähnliche Art kommt sogar in L. 52. §. 8. de furt. d) ein Fall vor, in welchem der dominus klagte,

a) L. 54. §. 3. D. de furt.

b) L. 76. §. 1. D. eod.

c) L. 46. pr. D. eod.

d) Si sulphurariae sunt in

agro, et inde aliquis terram egessit abstulissetque, dominus furti aget; deinde colonus conducti actione consequetur, ut id ipsum sibi praestaretur.

te, aber das Gewonnene einem Dritten herausgeben mußte.

§. 82.

Freilich ist aber der dominus nicht der einzige, welchem die actio furti zukommt, sondern auch andern steht sie zu, weil sie ein Interesse haben. Allgemeine Regeln sind hier:

A. Es muß eine honesta causa vorhanden seyn, denn nemo de improbitate sua consequitur actionem a);

B. das Interesse des Nichtelgenthümers muß in einem eigentlichen damnum, nicht in dem Verlust eines bevorstehenden Lucri begründet seyn b). Sodann theilen sich diese Fälle in zwey Hauptzweige:

I. der andere hat die actio furti neben und zugleich mit dem dominus. Dahin gehören:

1) Der creditor pignoratitius, und zwar selbst dann, wenn der debitor solvendo ist, nämlich weil er doch noch insolvent werden kann, oder doch, weil er im Fall böswilliger mora besser an der Sache, als an einer bloßen Klage hat. Von ihnen heißt es: utriusque interest, das will sagen, sie haben beyde, jeder für sich, ein selbstständiges Interesse c). Selbst gegen

a) L. 12. §. 1. D. de furtis. 7. L. 15. pr. §. 2. L. 46. §. 4. L. 14. §. 3. 4. eod. L. 53. §. ult. L. 59. L. 87. D.

b) L. 71. in f. D. eod. de furtis.

c) L. 12. §. 2. L. 14. §. 5 —

den dominus geht die Klage, wenn er das pignus stahl d), was z. B. bey dem Commodat nicht so der Fall ist, selbst wenn der Commodatar dem Commodanten die aestimatio geleistet hatte b).

2) der bonae fidei possessor c);

3) der usufructuarius und usuarius d).

II. Mit Ausschließung des dominus. Dies kann nur dann eintreten, wenn das oben entwickelte Interesse desselben ganz wegfällt. Es wird demnach erfordert

A. daß nicht etwa der dominus die Sache in seinem Gewahrsam habe, an der der andere etwas verliert.

B. daß der andere eigentlich die in seiner Gewahrsam befindliche Sache verliert, indem er dafür herkommen muß e).

C. Daß dieser andere nicht insolvent sey f).

Aus A. folgt nun

1) Die Entscheidung des in L. 82. §. 1. D. de furtis enthaltenen Falles, wovon so eben die Rede war.

2) Daß der venditor immer ante traditionem die actio furti habe, nicht der emtor, ohne Unterschied, ob jener in culpa war oder nicht, obgleich im letzteren Falle eigentlich der emtor es ist, welcher die

a) L. 12. §. 2. cit.

b) L. 21. pr. D. commod.

c) L. 12. §. 1. D. de furtis.

L. 52. §. 10. L. 71. §. 1. eod.

d) L. 46. §. 1. 3. D. eod.

e) L. 14. §. 10. 16. D. eod.

f) L. 12. pr. eod.

Sache verliert. Dies beweist die oben a) vorgekommene L. 80. pr. eod. aufs deutlichste.

Außer dieser sind hier aber noch folgende Fragmente zu erwähnen:

L. 14. pr. D. eod. Ulpianus lib. 29. ad Sabinum.

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem; et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit, quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

L. 55. §. 4. D. de contrah. emt. Siehe oben Seite 386.

L. 21. D. de hereditate vel actione vendita. Paulus lib. 16. Quaestionum.

Venditor ex hereditate, interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit; quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat, nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et

a) S. oben S. 400.

pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse; quodsi antecessit stipulatio, deinde rem nactus est; tunc rem debeat. Si ergo hominam vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora praecessisset a); sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam tamquam hereditatis b). Sed hoc in re singulari non potest credi; nam si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendi-

a) Fl. processisset.

b) So, glaube ich, muß gelesen werden statt quam hereditatis, indem es leicht möglich war, daß der Abschreiber, der eben agam schrieb, gedankenlos tam überschlug — Nor. 1482. Ven. 1484. u. Paris. 1548: ut tam ipsius negotium agam quam etc. So auch de Tortis

1494. und 1498. Die übrigen Lesarten scheinen schlechte Conjecturen zu seyn, z. B. Senneton und Paris. 1528. ipsius negotium potius. Cod. ms. Regiom.: ut negotium eius agam potius quam; eben so Cod. ms. Hafn. — Lugd. 1575. ut ipsius negotium (potius) agam, quam. Baudoza wie Senneton.

dissem, tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam, quemadmodum fundi venditor fructus praestat a) bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari b) possit, nisi si culpa eius argueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente, petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? utique rem; non enim actionem c) ei, sed rem praestare debeo. Et si d) vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit; nam si e) *sine culpa* desit detinere ven-

a) Flor: praestet.

b) Flor: imputare.

c) Flor. actiones

d) Die Lesart der Florentina: Et si vi ist der andern: Sed si vi unstreitig vorzuziehen, denn der Fall ist dem vorhergehenden gerade darin gleich, daß zunächst res zu prästiren ist, wenn sich nicht etwa der Käufer mit der Klage begnügen will.

e) Hier ist wieder mit der Florentina: nam si, nicht: nam etsi zu lesen, da hier gerade ein abweichender Fall folgt. Es ist hier am Ende nicht mehr von

einer aus der universitas, sondern von: Quid si rem an, vom einer für sich als specielle Sache verkauften Sache die Rede. Uebrigens weichen ab: Nor. 1482: sed si et vi — — nam etsi — — — possidere venditor, so Ven. 1484. (nur noch nihil hic ad empt.) Paris. 1528. Sed si vi: — — etsi — — possidere. Paris. 1548. 8. Sed si aut vi — desit desinare. Senneton. Sed si aut vi — — possidere de Tortis 1494. und 1498: sed si vi — nam et si. Lugd.: sed si aut vi — nam si. Baudouza eden so, nur nam et si. Wie die

ditor, actiones suas praestare debeat, non rem, et sic aestimationem quoque; nam et aream tradere debet exusto aedificio.

Der vollständige Inhalt der letzten Gesetzstelle ist folgender. Es wird in Frage gestellt, wie der venditor hereditatis, der eine einzelne Erbschafts Sache an einen Dritten verkauft hatte, haften: der Verkauf der Erbschaft war in*ter*posita stipulatione geschehen. Es wird unterschieden:

a) Der Verkauf der einzelnen Sache war vor der Stipulation geschehen, dann soll er das pretium herausgeben;

b) nach der Stipulation, so muß er die Sache schaffen.

Wenn in diesem zweyten Fall nun aber die Sache ante moram zu Grunde ging, wie ist es mit dem pretium? denn die Sache ist er dann nicht schuldig. Hier wird als les darnach heurtheilt, ob ein negotium emtoris oder gewissermaßen der Erbschaft hier geführt worden oder nicht. Bey einer res singularis d. h. hier, die nicht als Erbschaftsstück, sondern für sich verkauft ist, sagt Paulus, (von den Worten; „sed hoc in re“ fängt der Einwurf an) träte dies freilich nie ein: werde diese vor der Tradition zum zweyten Male verkauft, und gehe sie ante moram zu Grunde, so könne kein Kaufpreis herauszugeben seyn,

Flor. heft Cod. ms. Regiom.; nur überein Cod. ms. Hafn., nur aber *possidere* statt *deinere*. *istimationem* statt *aestimationem* Ebenfalls mit der Flor. stimmt und so auch *possidere*.

„nam non ex re, sed propter negotiationem percipitur, d. h. der Verkäufer hatte es durch neuen Umsatz gewonnen, der mit dem ersten Handel und dem Verhältniß zum ersten Käufer nichts zu thun hat; aber bey einer Erbschaft sey das ganz anders („at cum hereditas venit“ etc.), da hier immer die Absicht verstanden werde, der Verkäufer solle alles, was er *tanquam heres* thue, prästiren. Dieß sey vielmehr mit dem Fall zu vergleichen, da ein *venditor fundi* Früchte gezogen, selbst wenn er sie nicht zu ziehen nöthig hatte, denn dies Nichtziehen kann ihm, da er in der Regel in *alio* nicht zu nützen braucht, nur in so weit zugerechnet werden, als er in *culpa* war. Dieser letztere Fall zerfällt nämlich wieder in 3 andere.

- a) er zog nicht so viel Früchte, wie ein ordentlicher Wirthschafter (*diligens bonus paterfamilias*), es zeigte sich also eine *culpa*; dann war er aus einer Schuld, die der *obligatio ex vendito* entgegen war, nicht indem er ein fremdes, sondern indem er sein eignes Geschäft als verpflichteter Verkäufer schlecht geführt, verantwortlich.
- b) er hatte als solcher Früchte gezogen, so war er gesichert, selbst wenn ihm etwa gezeigt werden konnte, er hätte durch ein außerordentliches Raffinement mehr ziehen können.
- c) er hatte ein solches außerordentliches Raffinement mit Erfolg wirklich angewandt, so muß er auch wegen

410. Zehntes Cap. Ueber Verantwortlichkeit

des dadurch Gewonnenen, gewissermaßen als negotiorum gestor, haften, obgleich ex empto, denn gerade die bona fides des Contractes brachte es mit sich, daß er hier nur für den andern, nicht für sich konnte gehandelt haben wollen.

Wie wenn aber, fährt er fort, jemand eine einzelne Sache verkauft, die ein anderer besitzt, und sie als sein Eigenthum einklagt, aber eine litis aestimatio annimmt, ist er hier nicht auch als ein fremdes Geschäft führend zu betrachten, und muß er nicht diese litis aestimatio herausgeben, wenn es der Käufer verlangt? Mit nichten, bloß die Sache ist er hier schuldig, und diese immer, denn er hatte hier auch, ehe er klagte, nicht die Klage, sondern die Sache zu prästiren. So auch, wenn ein venditor vi deiectus, oder ein Verkäufer, dem die Sache erzwandt wurde, das duplum einklagte, so kann dem Käufer dies nicht zu Statten kommen. Denn dies, daß er nämlich eine solche Pönalklage anstellt, tritt gewöhnlich nur ein, wenn er den Vorwurf einer Nachlässigkeit im Bewahren, einer culpa, nicht von sich ablehnen konnte; war er dagegen ohne Schuld, so hat er nur seine Klagen (im Fall des Diebstahls die rei vindicatio, die condictio furtiva, die actio furti) zu sediren, und freilich, wenn er hier eine derselben anstellte, so muß er auch die aestimatio (diese wurde, wie wir gesehen haben, bey der actio furti gerade verdoppelt) herausgeben; und dies eben wie man den leeren Platz überge-

ben muß, wenn das verkaufte Gebäude abgebrannt ist. Dies ist der Sinn der L. 21., nun fragt sich nur, wie ist sie mit L. 35. §. 4, und L. 14. pr. zu vereinigen. Die erstere sagt nämlich nur, daß der Verkäufer, wenn er ohne Schuld ist, die vindicatio rei und die condictio cedendi solle; die actio furti wird nicht genannt. Allein theils kann man unter condictio die persönliche Klage im Gegensatz der vindicatio verstehen, so daß sowohl die actio furti als die condictio furtiva damit gemeint seyn konnten; theils folgt auf allen Fall nicht, daß nicht auch die erstere zu cediren und also dem Cedirenden zuständig sey; darüber kann denn auch nach L. 14. pr. kein Zweifel seyn. Hier wird denn aber nicht bloß behauptet, daß der Verkäufer immer die actio furti habe; sondern auch ohne Unterschied, gegen die L. 21., wie es scheint, angenommen, daß er die Klagen cediren und das Gewonnene herausgeben müsse. Allein in der That muß dieser so allgemein aufgestellte Satz nach der Natur der Sache und L. 21. so modificirt werden. War der Verkäufer in Schuld, so hatte er ja eigentlich die Sache zu prästiren, und der Käufer durfte sich mit Cession der Klagen nicht abfinden lassen; zog er dieses letztere aber dennoch vor, so erforderte schon die bona fides, daß der Verkäufer sich dessen nicht weigere.

Wählte er aber das erstere, wie das meistens der Fall seyn wird, so konnte er nun nicht mehr Cession verlangen.

412. Zehntes Cap. Ueber Verantwortlichkeit

War dagegen der Verkäufer ohne Schuld, so war gar nichts mehr zu prästiren als die Klage. Nach Unterschied dieser Fälle richtete sich nun auch die Entscheidung der Frage: wenn der Verkäufer die *actio furti* anstellte, und das *duplum* erhielt, oder wenn er die *vindication* anstellte, und *litis aestimatio* erhielt, muß er das Erhaltene herausgeben, oder kann er damit abkommen, daß er *rem* prästirt, d. h. die Sache selbst, oder das Interesse des Käufers? War er schuld, so wird er nach L. 21. so angesehen, als habe er für sich selbst, wenn nicht, als habe er für den Käufer gehandelt: dort muß er herausgeben, hier nicht. Da nun, wie wir unten sehen werden, bey jedem, der *custodia* zu prästiren hat, präsumirt wird, daß er bey dem Diebstahl in culpa sey, so sollte man denken, daß hier meistens das Gewonnene nicht herauszugeben seynerde, und so möchte L. 14. pr. mit L. 21. f. schwerlich zu vereinigen seyn. Allein die Präsumtion mußte hier, da der Verkäufer sich auf seine eigene culpa berief, umgekehrt seyn, oder vielmehr es wurde ihm dies nur alsdann geglaubt, wenn er inzwischen vom Käufer selbst wegen culpa in Anspruch genommen, und dieser nicht etwa von ihm selbst mit Erfolg zurück gewiesen war.

Setzt noch ein paar Worte über den Satz in L. 14. pr. „*et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*“ Mich dünkt, es ist klar, daß Ulpian hier gerade

zwischen *periculum casus* und *periculum custodiae* unterscheidet: *periculum* in jenem Sinn müsse, wie sich von selbst verstehe, der Käufer tragen, aber *custodia* müsse der Verkäufer vor der Tradition prästiren; und daß er wegen unternässener *custodia* in Anspruch genommen werde, das ist es gerade, was er mit Rücksicht auf den Diebstahl zu befahren hat. Lohr a) schlägt zwar, *custodia* hier in dem unbestimmteren generellen Sinne des gemeinen Lebens zu nehmen, aber, da es hier gerade darauf ankam, die Leistung und die Fälle, da der Verkäufer, und die, da der Käufer die Gefahr insbesondere in Hinsicht des Erfolgs der *actio furti* trage, zu bestimmen, so wird wohl dieser Vorschlag so wenig als der andere, daß man vorpräestet ein *non* einschieben möge, auf die Dauer Beyfall finden.

Also der Verkäufer hat gegen den Dritten, der die noch in seiner Gewahrsam befindliche Sache stahl, immer die *actio furti*, gegen den Käufer selbst hat er sie freilich nur dann, wenn dieser vor Zahlung des *pretii* die Sache entwandte, denn nach dieser ist diese Handlung gar kein *furtum*, sondern nur als Eigenmacht widerrechtlich, es sey denn, daß der Verkäufer aus irgend einem andern Grunde ein Retentionsrecht hatte, denn dann ist die Sache wieder *loco pignoris* b).

a) Beiträge p. 194.

b) L. 14. §. 1. D. de furtis
vergl. L. 15. §. 2. eod.

Eben so folgt aus A.:

- 3) Daß der, welcher *ex stipulatu* eine Sache zu fordern hat, auf keinen Fall die *actio furti* anstellen kann, so wie überall keiner, der bloß eine persönliche Klage auf Herausgabe gegen den Eigenthümer hat. Dies persönliche Recht geht hier immer nur auf Præstation der Sache oder der Klagen, das Interesse mag sich auch im Allgemeinen noch so sehr zur *actio furti* qualificiren a).

§. 83.

Ferner folgt aus B.:

Daß nur derjenige *detinens*, nachdem er durch den Diebstahl aufgehört hat, zu *detinere*, die *actio furti* haben kann, der wegen seiner *culpa* bey dem Diebstahl in Anspruch zu nehmen ist; nur den seltenern Fall ausgenommen, daß durch Gesetz oder Vertrag festgesetzt worden, er solle auch für den bloß zufällig geschenehen Diebstahl haften; was z. B., wie wir oben (§. 78.) gesehen haben, bey dem *exercitor navis etc.* der Fall ist. Dies drücken die Gesetze bald so aus: *actionem furti habet, qui culpam praestat*, bald so: *a. f. h. cuius periculo res est*, bald *a. f. h. qui custodiam praestare debet*. Der letzte Ausdruck ist ganz fest und erschöpfend, und

a) L. 13. L. 66. §. ult. L. 80. §. 2. L. 85. D. eod.

bestimmt den ersteren dahin näher, daß darunter culpa omnis, den zweyten dahin, daß darunter, wie durchgängig in dieser Materie, periculum culpaе et custodiae zu verstehen sey. So heißt es in L. 14. §. 12. D. de furtis vom conductor, er habe die actio furti, si modo culpa eius subrepta sit res, zugleich zum sichern Beweise, daß man nicht immer culpa bey ihm annahm, vom precario possidens in derselben Lex §. 11. daß er diese Klage post Interdictum redditum habe, weil er dann auch culpa prästire; vom Commodatar in §. 15. eod., daß er sie auch in Hinsicht der res agnata habe, „quia et huius custodia ad eum pertinet“; in §. 16. überhaupt, alle haben die actio furti, quorum periculo res alienae sunt u. s. w. Die meisten Personen, welche die actio furti haben, sind in der L. 14. cit. aufgeführt, und unter ihnen auch der creditor wegen seiner praestatio culpaе, womit man denn nur nicht seine Befugniß dazu aus seinem selbstständigen Recht, von dem oben unter §. 1) die Rede war, verwechseln darf; darüber das Nähere unten. Auch ist nicht der Mandatar, von dem eine species in §. 9. erwähnt wird, zu übersetzen, er soll sie nur nicht haben, wenn er dolo handelte, so wenig als nach §. 8. der Commodatar. Außer den dort genannten hat sie aber auch noch der socius, qui pecus aestimatum acce-

pit a), und zwar quia custodiam praestare debet, und der, qui rem inspiciendam sui causa accepit b). Der Grund aber, weswegen hier culpa omnis und custodia erfordert wird, ist leicht einzusehen; wenn man nur den gleich Anfangs unter A. erwähnten Grundsatz, daß eine honesta causa vorhanden seyn müsse, hieher zieht, und bedenkt, daß selbst die negligentia quam suis nicht ohne dolus ist. Wer bloß diese beschränkte culpa zu prästiren hat, den kann zwar ein anderer schon allein aus dem Grunde, weil er culpa, sey es auch, daß sie an sich levis war, handelte, in Anspruch nehmen, und er muß sich mit dem Beweise reinigen, daß ein Fall der Beschränkung eintrete; will er aber selbst den Dieb in Anspruch nehmen, so muß er sich natürlich auf negligentia non suis rebus consueta gleich berufen, denn nur, wenn er schlechterdings haftet, hat er die actio furti, daß er aber hafte, ist hier am Ende nur dann entschieden, wann eine solche Nachlässigkeit vorhanden ist, da er sich ja sonst noch verantworten könnte. Er müßte also seine eigene Schande bekennen,

a) L. 52. §. 3. D. pro socio. L. 78. D. de furtis mit L. 10.

§. 1. D. commod. in der er-

b) und zwar er mag nun setzen wegen allein oder auch mit des Käufers wegen die Besichtigung übernommen haben. Vergl. fteren wird gerade das periculum genannt, was in der letzteren custodia genannt wird.

um die actio furti für sich zu begründen. Dies aber muß um so viel mehr vom eigentlichen dolus und der culpa lata in abstracto gelten. Also folgt: von denen, die sonst wegen culpa die actio furti anstellen können, hat sie doch keiner, wenn er in dolo war a), in der Regel hat sie nicht der Depositär b) oder der

a) L. 14. §. 8. 9. D. de furt.
 b) L. 14. §. 5. 4. eod. L. 2. §. 25. 24. D. vi bonor. rapt. Das letztere Fragment sagt sogar, wenn man das Paragraphenzeichen stehen läßt, wo es in den gewöhnlichen Editionen steht, daß der Depositär auch dann nicht die actio furti habe, wenn er praestatio culpa ausdrücklich versprochen oder etwas dafür bezahlt erhalten habe. Ulpian hatte nämlich in §. 22. gesagt: „In hac actione non utique spectamus rem in bonis actoris esse, sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit“, zum Beleg werden dann das Commodat, die Miethe, das Pfand, das Depositum aufgerechnet, und allgemein angegeben, es werde nichts weiter erfordert als: ut intersit mea eam non rapi, und damit folgt in §. 23. „Et generaliter dicendum, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem. Dann heißt

es weiter: Dicit aliquis: atqui ob rem depositam furti actionem non habemus. Sed ideo addidi: si intersit nostra non esse raptam, nam et furti actionem habeo“. §. 24. Si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi, utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem.“ „Liest man auf diese Weise, so muß jener Satz herauskommen, der dann aber freilich unbegreiflich wäre, und in §. 23. schleppten am Ende die Worte: nam et furti actionem habeo sinnlos hinten nach. Man muß aber das Paragraphenzeichen versehen, und so lesen: „Sed ideo addidi: si intersit nostra non esse raptam: nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. §. 24. Utilius dicendum est“ etc. da denn ein ganz vollständiger und

precario possidens ante Interdictum redditum a); da sie beyde nur für dolus haften, aber auch eben so wenig der tutor und der socius, obgleich sie mehr als culpa lata prästiren, und das gewiß lediglich aus dem Grunde, weil sie bloß für diligentia quam suis etc. herkommen b). Aus einem ganz ver-

vernünftiger Sinn heraustritt, der sich durch die folgenden Worte noch mehr rechtfertigt: „quia non minima differentia est inter eum, qui clam fecit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publice, et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem. Hatte der Depositär praestatio culpae angelobt, oder hatte er Nutzen vom Depositum, so war sein Interesse nicht besonders gering, sondern eben so groß, wie aller übrigen, die für die Sache herkommen mußten. Aber, wenn auch dies nicht war, und er kann z. B. zeigen, daß er dem deponens einen vorzüglichen Dienst durch die Aufbewahrung erwiesen, und ihm daran gelegen ist, diesen sich zu verbinden, so ist dies schon hinreichend, ihm die actio vi bonorum rept. zuzugestehen, nicht aber so die actio furti, denn diese erfordert, wie wir unter B. gesehen haben, ein bestimmtes damnum emergens. Daher denn

auch die erste Klage immer das Vierfache des wahren Werths, nicht das Interesse zum Gegenstande hatte. Die Bedingung, daß der Vortheil nicht in einer merces bestanden haben müsse („non quasi mercedem“) rührt daher, weil sonst das Geschäft in einen andern Contract überginge, von dem zwar dasselbe gilt, aber hier nicht die Rede war. — Daß die von mir angewandte Interpunction schon früher gefunden worden, habe ich von D. Gothofred in not. ad h. l. gelernt. Cujacius ad Inst. eod. verb. per vim behauptet sie als unzweifelhaft, vermuthlich schon aus Gründen des Wortsinns, jedoch ohne sie anzuführen. Sie aus sachlichen Gründen zu vertheidigen, war dort nicht der Ort.

a) L. 14. §. 11. D. epd, periculum mit L. 8. §. 5. D. de precario.

b) L. 85. D. de furtis. Paulus lib. 2. Manualium. Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, ut est is, (so Hal.

schiedenen Gründe aber haben auch der negotiorum gestor, der protutor und der tutor, welcher ausnahmsweise diligentia prästirt, die actio furti nicht; nämlich der Grund ist, weil sie sich zugedrängt haben.

In allen diesen Fällen also, in welchen der detinens die Klage nicht hatte, stand sie dem dominus zu, und kehrte auch in den übrigen, nach dem unter C. gesagten, zu demselben zurück, wenn jener nicht bezahlen konnte, weil dadurch sein Interesse wieder aufgeweckt worden. Aber auch endlich hatte der dominus immer wieder die Klage, wenn die Sache aus der Erbschaft des detinens gestohlen war, denn hier war ja gar keine culpa

Flor. id est, veluti is, andere: veluti is, ohne id est) cui res locata est. Is autem, qui sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator, ob rem *sua culpa* subreptam non habet furti actionem. Item is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis interit eius, non habet furti actionem, sed nec is, qui fideiussit pro colono. L. 53. §. 3. D. eod: Paulus lib. 39. ad Edictum. Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si

dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit; vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisfactione, solus administrationem suscepit. Wegen des socius s. L. 52. §. 3. pro socio oben. — Die Worte: sua culpa vor subreptam in L. 85. stehen in Cod. Ms. Paris. 1529. f., Senneton, — de Tortis 1494., Lugd. 1575., Andr. Bocard. Paris. 1510. Lugd. 1604., Baudoza; fehlen Rom. 1476., Nor. 1483., Paris. 1548. 8., Cod. ms. Regiom. et Hafn.

denkbar, und der Erbe konnte sie auf keinen Fall haben, da in Beziehung auf ihn und die Erbschaft gar kein wahres *furtum* angenommen wurde a).

§. 84.

Aus dem Bisherigen geht nun aber schon klar genug hervor, daß die Römer hier zwischen Diebstahl, welcher mit culpa des Detentors geschah, und solchem, bey dem gar keine Zurechnung Statt fand, unterschieden. Löhrl bekanntlich hat dem widersprochen, und seinen Widerspruch zuletzt noch in den Beyträgen sehr ausführlich vertheidigt. Allein, irre ich nicht sehr, so war er gar nicht recht orientirt in dieser Materie, und hat die ihm entgegenstehenden Gründe und Einwendungen nur mit Kunst umgangen. Er hat sich hier nach meiner Ueberzeugung vornämlich folgende Fehler zu Schulden kommen lassen:

- 1) ist es schon ein durch das Ganze fortlaufender Hauptfehler, daß er die Beantwortung der Frage, ob ein solcher detinens unbedingt und ohne Ausnahme wegen eines Diebstahls hafte, von einer juristischen Untersuchung abhängig macht, und sie auf Gesetze als Quellen der Entscheidung begründen will, da doch, nach seinen eigenen Prämissen, der ganze Gegenstand bloß factisch ist. Er geht selbst davon aus, daß das Römische Recht in solchen Fällen die *actio furti*

a) L. 14. §. 14. D. de furtis.

lediglich auf Verantwortlichkeit wegen culpa gründe, und daß diese die einzige sey, die hier Statt finde; er weiß sehr wohl, daß der Fleiß eines diligens paterfamilias das Höchste sey, was man verlangen kann, er wird also auch kein Bedenken haben, zuzugeben, daß in Hinsicht des Diebstahls nichts Ungewöhnliches, keine solche Anstalten verlangt werden können, durch die man freilich allen Diebstahl vielleicht unmöglich machen kann, die aber ein rechtschaffener Hausvater in eigenen Angelegenheiten schon darum nicht auf die Dauer anwenden wird, weil die Kosten oder der Zeitaufwand ihn ruiniren würden. Nun aber reducirt sich doch in der That die ganze Frage darauf, ob solche Anstalten und ein außerordentlicher Grad von Anstrengung und Aufmerksamkeit, den man etwa nur für einen Ort, oder doch für kurze Frist aushalten kann, erfordert wird, um für alle Fälle den Diebstahl abzuwenden, oder ob ohne Ausnahme das einem fleißigen Hausvater Gewöhnliche hinreicht, und sogar ob es nicht Fälle gibt, wo, wenn man es auch noch so streng mit der Sorgfalt nimmt, doch nicht schlechterdings alle Imputation wegfällt, weil, wenn auch der Gefahr, sobald man sie erkannt hatte, auszuweichen war, doch aber unter den gegebenen Umständen es eben unmöglich war, sie gewahr zu werden, wenigstens ohne Wahrsagergeist

unmöglich war. Dies ist nun aber rein factisch; und ein Gesetz kann zwar vorschreiben, daß hier immer culpa angenommen werden solle, sie möge vorhanden seyn oder nicht (das hat wenigstens nirgends ein Römer aufgestellt), aber nimmermehr, daß hier immer culpa vorhanden seyn solle; das kann es so wenig vorschreiben, als daß eine leichte Schuld eine grobe, oder eine absichtliche eine unabsichtliche seyn solle, und gesetzt, die Römer hätten wirklich sich eingebildet, es müsse hier immer eine *omissio diligentiae diligentis patrisfamilias* wirklich existiren, sonst sey kein *furtum* möglich, so bliebe das immer historisch sehr merkwürdig, und würde dem praktischen Blick und der Ansicht so erfahrner Juristen, wie die Römischen *Icti* waren, keine übergroße Ehre machen; aber ich glaube auch, kein Richter würde an diesen bloß factischen Irrthum gebunden seyn, ungeachtet ihn Justinian in seine *Compilation* mit aufgenommen hätte. Daß es aber ein rechtschaffener Irrthum gewesen wäre, davon, denke ich, wird Edhr jetzt selbst schon längst überzeugt seyn; wenn aber nicht, so wird er unter Hunderten kaum einen finden, der ihm beypflichtet a). Indessen kann es doch, um diese Sache

a) Die Auctoritäten, welche er auf nur ankam: so äußert für sich anführt, ließen sich noch auch *Duarenus ad L. 5. §. 3. D.* wohl vermehren, wenn es dar-
de in lit. iur. ein *furtum* könnte

von allen Seiten zu beleuchten, nicht schaden, die Gründe zu mustern, derenwegen er eine solche Meinung bey den Römern vermuthet hat a).

§. 85.

2) daß er die Befugniß des creditor pignoratitius, die actio furti vermöge seines selbstständigen Rechts anzustellen; mit der ihm seiner custodia wegen zustehenden Befugniß dazu, verwechselt: Beyträge pag. 167. Es soll nach Löhr's Meinung hier eine Ausnahme von dem Sage gelten, daß der Eigenthümer durch den Detentor, welcher custodiam prästirt, ausgeschlossen werde, und da wird denn L. 12. §. 2. D. de furtis, wo doch offenbar von der ersteren Befug-

von jedem, der nur ein vir sagacissimus. et diligentissimus sey, immer abgewandt werden; er führt dies als Bepspiel einer culpa levissima an, und gibt nur zu, daß es aufs engste an den casus angränze. Aber Löhr hat die Auctorität mehrerer deutschen Statuten, ja, um gleich den rechten Gesichtspunkt anzugeben, er hat die Auctorität zweyer ganzer Völker, des Römischen und des Deutschen, gegen sich. Von dem ersteren ist es im Text bewiesen worden, von dem zweyten geben das beste und klarste Zeugniß die in der Endnote zu §. 57.

aus den alten Statuten aller Gegenden Deutschlands (aus dem Süden, wie aus dem tiefen Norden) angezogenen Stellen. Hier ist nur noch nachzutragen der in der oben erwähnten Note citirte Codex des Schwabenspiegels Cap. 252. und gib ich eynem man eyn gut zekauften und gibt er seyn leykaff (arraha) daran, und das gut beleybet in meiner gewalt, und wirdt es mir verstoien, der schade ist sein, und mein nicht, hab ich sein gehütet, als ich von recht solt.

a) Vergl. Löhr l. c. pag. 169. 180.

nitz, und Theophilus ad §. 13, I. 4. 1. angeführt, wo doch eben so offenbar von der letztern Befugniß die Rede ist. Außer jenem Unterschiede zwischen denselben ist aber auch z. B. noch der, daß das Interesse aus dem dinglichen Recht auch noch dann fortbauert, wenn er sein Pfand weiter verpfändete, nicht so das Interesse wegen custodia, wenn nicht etwa der neue Creditor insolvent oder erweislich ohne Schuld ist, denn ist das beydes nicht, so wird er von diesem ausgeschlossen. Die Worte in L. 12. §. 2. D. de furtis: „et sic fit, ut non teneatur furti et agat,“ sollen nach Köhr a) darauf aufmerksam machen, „daß es doch einen Fall gebe“ (nämlich den, wenn der dominus die Sache verpfändet hat, indem sie hier beyde die Klage anstellen können)“ wo jemand „(nämlich hier der dominus)“ wegen des furtum nicht gehalten ist, und doch die actio furti anstellen kann.“ Das wäre denn wirklich eine seltene Bemerkung: so oft, denke ich, der dominus, der bonae fidei possessor

a) pag. 167. not. 1. Ja pag. 182. not. 1. scheint er dies freilich schon zurückzunehmen, indem er äußert, jene Note sey noch L. 14. §. 6. D. de furtis zu berichtigen, wie dies aber zu verstehen sey, kann ich nicht errathen, er selbst meint ja, diese Stelle spreche von etwas ganz besonderm, nämlich vom ser-

vus, der in der Regel nicht custodirt zu werden brauche, und bey dem also eine eigene, den besondern Fall angehende, culpa eintreten müsse. Soll sich denn nun das ut non teneatur furti auf den Creditor und die ganze eigne culpa bey dem servus subreptus beziehen? Davon ist doch auch keine Spur in L. 12. §. 2. cit.

etc. die *actio furti* haben, steht sie ihnen zu, ohne daß ein Gehaltenseyn, eine Verantwortlichkeit, oder ein Verbindlichseyn ihr Recht dazu vermitteln dürfte. Ueber den wahren Sinn dieser Worte, und den Zusammenhang der ganzen Sache s. unten.

§. 86.

- 3) Daß er die vage Bedeutung von *periculum* so sehr verkennt, daß er aus dem Gebrauch dieses Wortes hier etwas für seine Meinung ableiten will. C. 174. no. 3., sagt er:

„Der Ausdruck *res periculo meo subripitur* kann keine andere Bedeutung haben, als: wenn die Sache gestohlen wird, so ist dies mein Schade. Dies folgt schon aus der Bedeutung von *periculum* und wird, vieler andern nicht zu gedenken, durch die zuletzt im Texte und in der vorliegenden Note zum zweyten angeführten Stelle bewiesen.“

Die beyden Stellen handeln vom *caupo* etc. und da freilich muß wohl *periculum* auf unbedingtes Haftes für den Diebstahl gehen, weil hier eben die Gefahr darin bestand, nur daß auch noch das *damnum iniuria datum* mit dazu gerechnet wurde, welches doch in der Regel als *casus* behandelt wird. Nun, bitte ich, vergleiche man, was ich oben über die Bedeutung von *periculum* gesagt habe, und ich zweifle nicht, jeder wird einsehen können, daß wir durch Köhr's Erörterung gerade auf den Punkt zu-

rückgestellt werden, wovon wir ausgingen, denn es fragt sich immer noch, wie weit geht denn außer dem Fall des *caupo* etc. die Gefahr in Hinsicht des Diebstahls? *Custodiam praestare, periculum praestare*, sind allerdings in unserm Falle gleich, aber es fragt sich ja eben, war das *periculum custodiae* unbedingt oder nicht? Wir könnten hier zu unserm Vortheil gleich eine Vergleichung mit der Verbindlichkeit des *caupo* etc. anstellen, aber aus dieser hat Köhr einen besondern Grund gemacht, und so mag es uns erlaubt seyn, daraus einen besondern Irrthum zu machen. Nämlich

4) er nimmt die *similitudo*, von der in L. 14. §. ult. D. de furtis a) die Rede, für Gleichheit b). Allerdings hat der *caupo* etc. die *actio furti*, weil die Gefahr ihn trifft, allerdings hat der, welcher *custodiam epistolae* oder *rei* ganz allgemein prästirt, die Klage deswegen, weil die Gefahr ihn trifft; aber wo steht denn, daß sie sich in Hinsicht der Gefahr völlig gleich stehen, oder daß die Gefahr den letztern durchaus allemal trifft? in L. 14. §. ult. wenigstens sicher nicht.

a) Ulpianus lib. 29. ad Sabium — — Et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda (epistola), furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat, potest. — — Et erit in hunc casum *similis*

causa eius et *cauponis* aut *magistri navis*. Nam his *damus* furti actionem, si sint solvendo, quoniam *periculum rerum* ad eos pertinet.

b) Beiträge pag. 174.

Und ich dachte doch, gerade diese Vergleichung mit der Verantwortlichkeit des *caupo* etc. müßte nothwendig auf andere Gedanken bringen. Man lese nur:

L. 3. §. 1. D. *nautae caupones*. Ulpianus lib. 14. ad Edictum. — — —

Miratur igitur (Pomponius), cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles? nisi forte (inquit) ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto *culpa*, in deposito dolus duntaxat praestatur, at hoc edicto *omnimodo* qui recepit tenetur, *etiamsi sine culpa eius res perit*, vel *damnum datum*, nisi si quid *damno fatali* contingit. — —

Hier ist es ja mit dürren Worten gesagt, daß der Unterschied der *actio de recepto* von den oft concurrirenden *Contractsklagen* darin liege, daß jene sowohl wegen Diebstahl, als wegen *damnum iniuria* unbedingt (*omnimodo*) und auch außer dem Fall der *culpa* angestellt werden könne, indem diese es nicht können. Der Ausdruck: *res perit*, geht hier, wie so sehr häufig a), offenbar speciell auf Diebstahl. Kommen daher die Worte:

a) Um unter so vielen nur einige de periculo r. v. L. 14. §. 10. anzuführen: L. un. §. 3. D. *furti* L. 53. §. 3. D. *de furtis*.
adversus nautas L. 14. §. 1. D.

custodia et periculum bey beyden Arten der Verantwortlichkeit, die sich so durch ihren Umfang unterscheiden, vor, so folgt nur, daß auch diese Ausdrücke bald einen größern, bald einen geringern Umfang der Verantwortlichkeit und der Gefahr bezeichnen können, weiter aber auch nichts.

5) Daß er behauptet (Beytr. S. 184.), die Ausdrücke *perdere*, *amittere* in L. 5. und 8. C. de pignorat. act. a) könnten eben so gut vom Einbruche und Raube verstanden werden, und dadurch dem aus diesen Gesetzstellen hergenommenen Einwande zu entgehen sucht. Abgesehen davon, daß so oft gerade speciell vom Diebstahl das Wort *perdere* gebraucht wird, und zugegeben, was wohl keinen Zweifel leidet, daß wer beraubt wird, so gut die Sache verliere, als wenn er wäre bestohlen worden; so frage ich doch: wird wohl der, welcher genau zeigen will, was zu beweisen sey, um von Ansprüchen sich zu befreyen, wie das wenigstens in L. 5. die Absicht war, oder auch nur, was eigentlich zur Verantwortlichkeit gehöre, wie in

a) L. 5. Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum *perdiderit*, restituere id non cogitur, sed si culpa reus apprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet. L. 8. Si nulla cul-

pa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum *amissorum* dispendium ad periculum eius minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem *pignora* (ut adseveras) a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potest.

L. 8. sich mit dem Ausdruck begnügen, es müsse sich zeigen, daß die Sache verloren sey, wenn doch zur Anspruchslosigkeit in specie gehörte, daß sie geraubt worden? denn dann genügt es ja eben nicht, damit Anspruchslosigkeit eintrete, daß die Sache simplehin verloren worden, sie muß gerade auf die specielle Art, durch Raub verloren seyn. Eine solche Unbestimmtheit läßt sich nicht voraussetzen, wo es auf Bestimmen allein ankam a).

§. 87.

- 6) Daß er C. 188. die frappante Behauptung aufstellt:
 „nach der Meinung von Gajus, Ulpian und
 der Institutionen haftet der Venditor für keine
 custodia.“

Er meint hier nämlich, wie auch richtig, wenn man nicht etwa den Ausdruck für keine custodia kritisiren will, das Wort custodia im eigentlichen engern Sinn, und versteht darunter culpa omnis in custodiendo, zum Unterschied von diligentia quam suis etc. in custodiendo, oder was nach seiner Terminologie fast dasselbe sagt: culpa lata in custodiendo. Dadurch denkt er sich den wichtigen Stellen, welche vom venditor handeln, und so of-

a) Wegen der L. 14. §. 12. ähnliche Art aus dem Wege räumt. D. de furtis, und des dort vor- S. Heidelb. Jahrb. f. Jurispru- kommenden Ausdrucks: subrepta denz Jahrg. I. S. 3. C. 289. sit res, den er C. 181. 182. auf

fenbar zwischen Fällen der Schuld und Schuldblosigkeit unterscheiden, zu entwinden. Andere Juristen, meint er, nämlich Paulus und Neratius, hätten hierüber ganz anders gedacht, und auch vom venditor custodia und also auch jeglichen Diebstahl prästiren lassen.

Gleich anfangs muß es auffallen, daß L. 31. pr. D. de act. emt. vend. a) beweisen soll, Neratius lasse unbedingt den Diebstahl („jeden durch Diebstahl entstandenen Schaden“) prästiren. „Der Venditor“, heißt es in der auf diese Stelle folgenden Erklärung, „soll also nur deswegen nicht gehalten seyn, quia custodia adversus vim parum proficit:“ er ist also in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schaden hätte abgewandt werden können. „Wo Gewalt geschehen ist, da soll die Verpflichtung zur custodia nicht verantwortlich machen, weil die höchste Sorgfalt im Verwahren gegen Gewalt nichts auszurichten pflegt:“ das, und weiter nichts steht im Gesetz. Folgt nun aber hieraus, daß es nie Diebstahlsfälle gibt, in welchen nach vernünftiger Vorstellung custodia, freilich aus andern Gründen, nichts ausrichten kann?

a) Neratius lib. 5. Membranarum. Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuërim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae eius praestaria me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.

Wo steht denn in der Lex, daß die Unmöglichkeit, gegen Gewalt etwas auszurichten, überhaupt die einzige Entschuldigung sey, die einen jemals bey Verpflichtung zur custodia frey machen kann von Verantwortung? Und darüber ist der Streit, ob die Römer bey custodia gar keine Entschuldigung im Falle des Diebstahls zuließen, und also hier, ob Neratius es that. Unmöglich kann das aus dem vorigen als erwiesen vorausgesetzt und hier in das Fragment a priori hineingetragen werden, um aus diesem zu beweisen, daß es hinein zu tragen, und in Neratius Vorstellung vorzusetzen sey. Dies ist in der That einer der ärgsten Kreise, in dem sich jemals ein verständiger Mann herumgetrieben hat. — In der Note zu pag. 107. wird sogar L. 21. D. de heredit. v. act. vend. a) als unterstützend angeführt, aber nur ein paar dürftige Zeilen werden herausgerissen. Ob der Verfasser sich wohl dieses Fragment vorher im Zusammenhange klar zu machen gesucht hat? und ob es ihm bey seinen Prämissen wohl gelungen wäre, wenn nicht gerade dadurch, daß er sie aufgegeben?

Im übrigen beruht diese irrige Behauptung wieder auf mehreren andern Irrthümern, von denen einige namhaft zu machen sind.

a) Daß er pag. 182. u. a. m. D. als etwas besonderes bey dem Scclaven behauptet, daß die Verbindlichkeit

a) C. oben S. 82.

zur custodia nicht Statt finde, wodurch denn das wichtige Argument gegen seine Meinung aus L. 14. §. 6. D. de furtis a) auf die Seite geschafft wird, indem er daraus folgert, daß nun wegen eines servus subreptus so gut als wegen eines fugitivus eine besonders geeignete culpa vorhanden seyn müsse, damit man deshalb in Anspruch genommen werden könne. Erstens ist es nicht einmal richtig, daß der servus subreptus und der servus qui fugit hier einander völlig gleichstehen. Es ist viel leichter Vorkehrungen zu treffen, daß ein Slave nicht gestohlen werde, als daß er nicht weglaufe, und kann daher auch eher verlangt werden. Der in andern Beziehungen richtige b), pag. 182. not. 1. m. angeführte Satz, ein fliehender Slave sey nichts weiter, als ein Slave der sich selbst stehle, dürfte hier, wo von Zurechnung die Frage ist, nicht an seiner rechten Stelle seyn, da es dabey auf factische Gründe ankommt. Die Gesetze stellen aber, woraus er eigentlich seinen Hauptsatz ableitet, sprechen bloß vom entflohenen Slaven. Doch davon abgesehen, so fehlt es überall und in keinem Betracht nicht an der Verbindlichkeit, den Slaven unter custodia zu halten, und fehlt es, wenn man auf die Gefahr der Flucht sieht,

a) S. unt. §. 91. m.
§. 7. de dolo.

b) L. 60. D. de furt. vergl. L. 7.

an dem Bedürfniß der custodia. Die Verwechslung rührt daher, weil, wie wir oben gesehen haben, einmal die Verbindlichkeit zum Schutze custodia heißt, und dann auch der Schutz selbst custodia heißt; jenes ist der juristische, dies der vulgäre Sinn. Lohr sagt selbst einmal bey einer andern Gelegenheit a): „Diese Stelle spricht von einem Falle, wo keine custodia zu prästiren war, oder wenigstens, wo diese Verbindlichkeit nicht in Frage kam;“ er ahnete also doch einen Unterschied zwischen dem Mangel an der Verbindlichkeit selbst, und den Fällen, da sie nur nicht in Frage kommt: dies letztere kann aber nur einen factischen Grund haben. Und so ist es gerade hier. Der Commodatar, der Conductor u., der einen fremden Sklaven detinirt, der Verkäufer, bey dem sich der verkaufte Sklave befindet, sind allerdings zur custodia verpflichtet, aber nur so weit sie nöthig ist d. h. so weit von einem vernünftigen Manne, der seine Sachen zu bewahren versteht, zu erwarten und zu verlangen ist, daß er durch Sorgfalt Uebel abwende. Aller Schutz gegen nachtheilige Zufälle, und nachtheilige Handlungen eines Dritten, auch des Sklaven selbst, steht unter dieser obligatio ad custodiendum; auch der Fall der L. 31. §. 11. 12. D. de

a) L. c. pag. 189. in der Note.

Aedilit. Edict., wo L. d. h. r. meint, es könne von gar keiner custodia die Rede seyn. Gerade das concrete Beyspiel gehrt nach dem, was wir oben über den Begriff von custodia gesagt haben, zur custodia. Wer seinem Sklaven, wenn er verwundet ist, Pflaster auflegen läßt, bewahrt ihn dadurch vor den üblen Folgen eines äußern Zufalls; heißt das nicht custodire so gut, als wenn ich ein Haus durch Interpellatio gegen Ersigung, oder gegen ein damnum infectum durch stipulatio schüze? Thut der Käufer dies bey dem Sklaven, den er redhibiren will, nicht, und der Sklave stirbt, so ist pflichtwidrig unterlassene custodia nächste Ursache seines Todes. Mit der Flucht des Sklaven verhält es sich freilich in factischer Hinsicht anders. Es würde eine alberne Aengstlichkeit verrathen haben, wenn ein Römer alle seine Sklaven, auch die unverdächtigen (*integrae opinionis*), unter beständige Aufsicht eines Vogts hätte stellen wollen, damit sie nicht entfliehen könnten, wie man etwa eine Viehherde beständig von Hund und Hirten bewahren läßt: hätte dies unter den Römischen *paterfamilias* gewöhnlich werden können, so würde damit der Gebrauch der Sklaven sehr erschwert worden seyn. Nun soll man aber bey fremden Sachen so wenig unvernünftig seyn, als bey eignen. Sobald nun aber dagegen bey dem Sklaven ein Verdachtsgrund

eintrat, so trat nun auch gleich die Verpflichtung zur custodia ein, die in Ermangelung desselben nur aus factischen Gründen nicht hatte angewandt werden können a). In so fern äußert sie sich also hier auch immer thätig, als es Pflicht ist, auf jeden vernünftigen Verdachtsgrund bey dem fremden Sklaven gleich zu merken, und bey dieser fortwährenden Aufmerksamkeit, die nur nicht Argwohn oder Ungestlichkeit seyn darf, muß auch der Verkäufer, der Commodatar u. s. w. omnem diligentiam d. h. den äußersten Fleiß (hier im Bewahren — custodiam) anwenden b). Dies ist auch nicht einmal etwas ganz Besonderes bey dem Sklaven, obgleich es freilich bey diesem vorzüglich merkwürdig war, es kann auch bey andern Dingen vorkommen, die aus factis-

a) Es verhält sich hiermit nicht um ein Haar anders, als nach L. 9. §. 3. in f. de iure dot. von der bald die Rede seyn wird, mit den Paraphern, die der Sorge des Mannes nicht anvertraut wurden; und den horreis effractis et compilatis in Hinsicht des Vermiethers derselben, nach L. 55. pro locati, in welche Stelle man sich auch nicht zu finden gewußt hat, die aber ebenfalls durch diese Unterscheidung ihr volles Licht erhält. Wie sollte das nicht verschieden seyn, zu nichts gehalten seyn, weil einem gar keine Aufsicht zu-

kommt oder anvertraut worden, und bey anvertrauter Aufsicht nicht zum höchsten Fleiß im Bewahren verbunden seyn? Beym geliehenen u. fremden Sklaven tritt dieses im Ganzen als Regel, jenes partiell, nämlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Flucht, ein.

b) Die Probe ist hier, daß sich in diesem Stück keine Verbindlichkeit zur praestatio doli oder culpa latae denken läßt, ohne daß nicht auch gleich praestatio summae diligentiae eintritt.

schen Gründen nicht unter besondere Obhut gestellt zu werden pflegen, z. B. jemand verkauft einen Hund, der kein Kettenhund ist, er soll ihn aber erst nach einiger Zeit tradiren: läuft hier der Hund weg, so ist er in der Regel frey. Allerdings kann man nun aber auch wohl so gut bey diesem Hunde, als bey einem jeden Sklaven behaupten, daß, wenn die Umstände einigermaßen darnach sind, die praesumptio culpae bey dem Diebstahl, von der bald die Rede seyn wird, aber doch nur, wenn beyde außerhalb des Hauses gestohlen worden, wegfalle; aber das hat gar seinen Grund nicht in Mangel an Verbindlichkeit zur custodia, sondern es liegt an der innern factischen Wahrscheinlichkeit, daß hier keine Verbindlichkeit vorhanden gewesen. Die Präsumtion tritt aber auch sogleich wieder ein, sobald nur gesagt wird, daß der Sklave sich verdächtig gemacht, oder die Behütung desselben dem andern besonders anempfohlen worden, oder er noch so jung war, daß sie sich von selbst anempfohl.

Damit stimmen denn auch die von *servis fugitivis* handelnden Fragmente vollkommen überein, wenn man nur die beyden verschiedenen Bedeutungen von *custodia* festhält.

L. 12. D. de R. V. Paulus lib. 21. ad Edictum.

Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit. Nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor. ———
Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit.

L. 36. §. 1. D. eod. Gajus lib. 7. ad Edictum provinciale.

Qui in rem convenitur, etiam culpa nomine convenitur. Culpa autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is perit; et qui servum a se petatum in arena esse consessit, et is mortuus sit; sed et qui *fugitivum* a se petatum non custodit, si is fugit; et qui navem a se petatam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est a).

L. 5. §. 6. D. commodati. Ulpianus lib. 28. ad Edictum.

Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est, nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis est, ut custodia

a) conf. L. 45. D. eod. Ulpianus lib. 68. ad Edictum. Si caeteros *etiam de culpa sua*, homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a bonae fidei possessore *post litem contestatam* puto cavem-

indigeret. Certe si hoc actum est, ut custodiam is, qui rogavit, praestet, dicendum erit, praestare.

Die letzte Stelle scheint die falsche Ansicht zu begünstigen, allein schon in §. 5. wird allgemein die Verbindlichkeit des Commodatars, custodia zu prästiren, anerkannt: „Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare,“ und von dieser Verbindlichkeit wird nur in §. 6. weiter ausgeführt, daß sie auf den verlienen Sklaven nur dann Anwendung leide, wenn factische Gründe da sind, ihn zu bewahren. Dabey scheint denn freilich das Wort in einer engern Bedeutung genommen, und in Beziehung auf den Diebstahl, der aber doch nicht genannt ist, ein Stellen unter besondere Obhut damit bezeichnet zu werden, was denn allerdings in der Regel unterbleiben kann, ohne daß die diligens custodia darunter leidet. Allein die Entscheidung: „certe si id actum est“ etc. stellt die Sache wieder allgemein: daß man den verlienen Sklaven so wie es fleißigen Leuten geziemt, bewahre, diligens custodia servi sens. lat. liegt immer im Sinn des Contracts, jene besondere Obhut aber freilich nur eventuell, und soll sie das von Anfang an, so muß es entweder aus ausdrücklichen Aeußerungen oder aus besondern Umständen hervorgehen. Ueber §. 3. I. de vendit. s. unten §. 98.

§. 88.

b) Ein Irrthum ist es auch, wenn Ldhr meint, daß es Rechtsgeschäfte gebe, bey welchen *diligentia* und *custodia* nicht allein im Begriff als verschiedene *species* abgefondert, und so unterschieden würden, daß *diligentia* Befliffenheit außer dem Bewahren einer Sache bedeute, *custodia* gerade auf dieses Bewahren gehe; sondern sogar bey jeder ein verschiedener Grad der Aufmerksamkeit verlangt werde, oder die eine ganz ausgeschlossen bleibe. Dem widerstrebt schon die Natur der Sache, denn was könnte davon der Grund seyn, daß, wo einmal strenge Aufmerksamkeit gefordert wird, bloß eine verschiedene Richtung derselben eine Abweichung von dieser Strenge hervorzu- bringen vermöchte. Da Ldhr im Ganzen ziemlich geläuterte Begriffe von dem Verhältnisse der *custodia* zur *diligentia* hat, so konnte man sich dergleichen von ihm am wenigsten versehen. Er macht selbst in mehreren Stellen darauf aufmerksam, daß *custodia* nichts weiter als ein Theil der *diligentia* (eine *species* dieses *genus*) sey, *diligentia in custodiendo* sey daher wohl nichts weiter, als eine Umschreibung des Wortes *custodia* (in der That ist es nichts weiter, dies letzte Wort in einer juristischen Bedeutung genommen,) beyde würden daher *promiscue* gebraucht,

und man könne füglich von der einen auf die andere schließen a).

Fürwahr, um dies noch einmal zu wiederholen, diligentia, schlechtthin gesagt, ist nichts anders, als das Aeußerste einer positiven Sorgfalt und Befleißigung, wozu wir erst besonders verpflichtet sind, diese mag auf Schutz gegen äußere Zufälle, die nicht in unserer eigenen Handlung ihre Ursache haben, oder auf etwas anderes gehen; sie umfaßt also die custodia, die gerade auf diesen Schutz allein gerichtet ist. Wo diese, da ist jene, wo jene, da ist diese als Gegenstand der

a) Beyträge pag. 99. etc. Ich weiß nicht, wie man neuerdings (s. z. B. Gensler l. c. pag. 51. not. 3.) dazu gekommen ist, dem im Text erwähnten Schriftsteller Schuld zu geben, daß er den Begriff von custodia allein auf Schutz gegen Diebstahl habe beschränken wollen; bey manchem mag es freilich von einem gewissen Hange herrühren, neuere Schriften gerade am flüchtigsten zu lesen. Löhr hat zwar an mehreren Stellen gesagt, daß das Recht, die actio furti anzustellen, in den hieher gehörigen Fällen von der Verbindlichkeit zur custodia abhängt und daß diese Verbindlichkeit jenes Recht immer mit sich führe; aber das kann sehr gut mit dem weitesten Begriff von custodia bestehen, denn Schutz gegen Diebstahl ist ein integrierender Theil der custodia, und also die Last, und der Vortheil, welche mit dem Theil verbunden sind, müssen immer vorhanden seyn, wo das Ganze vorhanden ist, und umgekehrt. — S. auch die gleich im Text anzuführenden Worte des Löhr: diligentia im Gegensatz von custodia ist folglich der Theil der diligentia, welcher keine Bewahrung bezweckt, woraus noch besonders folgt, daß er, wenn hier überall ein Gegensatz Statt finden sollte, annehmen mußte, daß custodia im Gegensatz der diligentia denjenigen Theil der Befleißigkeit bedeute, welcher Bewahrung bezweckt; also überhaupt Bewahrung bezweckende diligentia ist auch nach seiner Meinung custodia.

Verpflichtung vorhanden. Wenn daher Löhrl p. 162 sagt: die *custodia* ist ein Theil der *diligentia*, und hat die Bewahrung der Sache, welche Gegenstand des Geschäfts ist, zu ihrem Gegenstande; *diligentia* im Gegensatze von *custodia* ist folglich der Theil der *diligentia*, welcher keine Bewahrung bezweckt"; so hat er noch weder gegen Rechtsfäße, noch gegen die Logik gefehlt, aber wohl gegen die Zweckmäßigkeit und den Sprachgebrauch der Römer. Denn wenn gleich beyde im Begriff so unterschieden werden können, so ist es doch ganz überflüssig, und die Bemerkung hinreichend, daß zur *diligentia* auch noch außer *custodia* andere Handlungen gehören; auch wird er keine Stelle nachweisen können, in welcher ein Römischer Jurist das Wort *dili-*

gentia in dieser engern Bedeutung der *custodia* entgegenesetzt hat. Sie wußten zu gut, daß man die Bedeutungen der Worte nicht unnöthiger Weise häufen müsse, und setzten sie daher *diligentia* und *custodia* einander entgegen, so war es nur als *genus* und *species*. Ein die Materie angehender Fehler ist es aber schon, wenn p. 111 not. 1. und p. 115 n. 1. behauptet wird, daß beym Mandat, eben wie bey dem *depositum*, keine *custodia* zu prästiren sey. Schon daß, wie wir oben angeführt haben, in L. 14. §. 9. de furtis ein Mandatsfall vorkommt, welcher die *actio furti* gibt, hätte

25 § 15
commutat.

ihn bedenklich machen sollen. Aber seine Meinung soll durch L. 9. §. 5. D. de iure dot. bewiesen werden, wo doch nur davon die Rede ist, daß wegen der *παράδοξα* das *iudicium depositi* oder *mandati* alsdann eintrete, wenn diese Sachen der Aufsicht des Mannes unterworfen worden, nicht etwa, wie auch wohl geschehen, der Aufsicht der Frau unterworfen blieben; dies wird so ausgedrückt: *et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint.* Nur in jenem Fall soll die *actio depositi* oder *mandati* angestellt werden können, nicht in diesem. Warum nicht in diesem? nicht etwa deswegen, weil *depositum* und *mandatum* nicht *custodia* prästiren lassen, anders als wenn sie ausdrücklich versprochen werden, sondern deswegen, weil, wenn Paraphernen gar nicht der Hand und der Fürsorge des Mannes anvertraut worden, auch weder ein *Depositum*, noch ein *Mandat* überhaupt vorhanden seyn kann. Lühr unterscheidet doch selbst zwischen einer vulgären und technischen Bedeutung des Wortes *custodia*. Jene, so wie sie hieher gehört, kann man auch schon aus der oben (§. 76.) zu diesem Zweck angeführten L. 1. pr. und §. 12. D. *depos.* a) kennen lernen.

a) Ulpianus lib. 30. *ad Edictum* *Edictum alicui datum est: depositum est, quod cum dictum ex eo, quod ponitur,*

Nach dem weitern gemeinen Sprachgebrauch enthält jedes depositum eine Verpflichtung zur custodia; d. h. die Sache in seine Gewahrsam zu nehmen und zu behalten, und es ist nur noch in diesem Sinn davon der Auftrag, die Sache statt des andern und in seinem Namen zu bewahren, das *mandatum custodiae* zu unterscheiden. Dies ist für sich bestehend denkbar, es kann aber auch bey andern Aufträgen beyläufig, entweder, wie in L. 1. §. 12. depos. vermöge ausdrücklicher Verabredung, oder durch eine natürliche Folge vorkommen: ich gebe dem andern den Auftrag, eine bewegliche Sache für mich zu kaufen; hier wird mir der andere in der Regel die gekaufte Sache zu bringen haben, in der Zwischenzeit aber detinirt er sie, und muß sie bewahren.

Mit dem Mandat verhält es sich hier bis auf einen gewissen Punkt eben so, wie mit dem *servus*, bey beyden findet häufig keine custodia Anwendung, weil sie keinen Gegenstand hat, wo dieser aber eintritt, da tritt auch die Verpflichtung zur custodia in vollem

praepositio enim de auget depositum, ut ostendat, totum fidei commissum, quod ad *custodiam rei* pertinet. §. 13. Quodsi rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam receperit, videndum est,

utrum depositi tantum, an et mandati actio sit, et Pomponius dubitat; putat tamen, mandati esse actionem; quia plenius fuit *mandatum habens et custodiae legem*.

Maße ein: in keinem Punkte aber ist hier das Mandat und die *negotiorum gestio* verschieden, es wäre unbegreiflich, wenn sie es wären. Es ist daher auch ganz irrig, wenn Ldhr pag. 116. 117. meint, der Ausdruck *omnis diligentia* solle besonders anzeigen, daß bey diesem oder jenem Geschäft nicht etwa bloß *diligentia* außer *custodia*, sondern auch diese letztere prästirt werde. Dieser Ausdruck geht vielmehr immer auf den Grad der Leistung, und sagt der Sache nach dasselbe, was in L. 2. de peric. r. v. *plena custodia* sagt, aller, voller Fleiß, *summa, exactissima diligentia*, soll geleistet werden, nicht etwa bloß der Fleiß, den man in eigenen Angelegenheiten anwendet. Er begreift also zwar die *custodia* mit, aber nur weil sie allemal zu dem *genus* gehört, und wo *plena diligentia* überhaupt prästirt wird, auch in *specie plena custodia* prästirt werden muß.

Nach Ldhr hätten wir eigentlich dreyerley Abtheilungen: 1) in 2 Gattungen: *culpa in faciendo* und *non faciendo*; 2) die *culpa in non faciendo* zerfiele wieder in *diligentia* und *custodia*; 3) hätten wir 2 Grade, und diese Grade könnten dann sowohl in den verschiedenen Abtheilungsgliedern unter no. 2. als unter no. 1. verschieden seyn, und das System wäre, ohne daß man davon einen vernünftigen Grund ersinnen könnte, nur verwickelter geworden. Wäre

das jedoch erweislich, so könnte man auch sicher noch auf einen besondern Begriff des Wortes culpa mehr rechnen; denn dieses umfaßte dann bald diligentia diligentis etc. allgemein, bald diligentia quam suis allgemein, bald endlich diligentia diligentis bey der diligentia, die nicht custodia ist; aber zugleich nur diligentia quam suis etc. bey der custodia, das letztere, z. B. nach Lohr's Meinung, bey dem Mandat, und nach Alpien's und Tribonian's von ihm vorgegebener Meinung bey dem Kauf. Man sollte allein schon der noch bunteren Terminologie wegen wünschen, daß die Sache anders wäre.

§. 89.

Endlich

- o) ist es auch noch ein Irrthum, wenn er glaubt, diligentia boni patrisfamilias heiße in unserer Materie etwas anders, als diligentia diligentis etc. Hinter seinen Beyträgen in den Miscellen no. I. findet sich darüber eine eigene kleine Erörterung. Ich weiß eigentlich nicht, womit Lohr dieses zu beweisen gedacht hat. Er behauptet, beyde Ausdrücke würden niemals gleichbedeutend gebraucht. Dort in der not. 1. zu p. 204. bezieht er sich auf seine Theorie der culpa S. 166., wo nur dasselbe ohne weiteren Beweis behauptet wird: diligentia quam bonus paterfamilias suis rebus exhibet gehe auf diligentia quam suis etc. diligentia di-

ligentis etc. auf das Aeußerste des Fleißes. In der not. 1. zu pag. 203. der Beyträge werden Gesetzstellen angeführt, wo von *diligentia quam suis etc.* von dem, *quod quisvis paterfamilias idoneus facit* und *diligentia, quam paterfamilias suis ex bona fide praebere debet*, die Rede ist. Ich bin auch der Meinung, daß diese Ausdrücke nicht auf *diligentia* im strengen Sinn gehen, und habe oben (§. 71.) gezeigt, wie und warum sie anders zu verstehen sind. Es käme also nur darauf an, darzuthun, daß sie mit *diligentia, qualem bonus paterfamilias etc.* gleichbedeutend sind, denn das läßt sich nicht auf bloße Wort glauben. Ganz am Schluß der Note werden noch L. 32. D. de condition. und L. 22. D. de manumiss. testam. angeführt. In der letztern kommt der Ausdruck vor: „denique quam rationem *bonus paterfamilias* reciperet“, d. h. eine solche Rechnung, mit der ein guter Hausvater zufrieden seyn würde. Würde man aber den wohl einen guten Hausvater nennen, der, wenn ihm Rechnung abgelegt werden soll, nicht mit möglichster Sorgfalt die Rechnung nachsähe, oder sich eine Rechnung gefallen ließe, die mit minderer Sorgfalt gemacht wäre? Schwerlich möchten also diese Gesetzstellen mit Edhr's Meinung befreundet seyn. „Gewissermaßen“, sagt er auch noch in der Mitte der Note, „gehört auch hieher das fr. 35. §. 4. D.

18. I., wo von demjenigen, welcher keine custodia prästirt, doch talis custodia desideratur, quam bonus paterfamilias suis rebus adhibet. Mich dünkt, sie gehört recht eigentlich hieher, und beweist vollständig für oder gegen. Da nun aus der oben (§. 79.) angestellten Vergleichung mit andern Stellen sich ergibt, wie sie eigentlich gemeint sey, so könnten wir uns hierbey beruhigen. Doch, hoffe ich, wird es nicht ermüden, wenn wir auch noch den Einwand, welchen Lohr im Text sich selbst macht, und welcher von dem „quasi bonus paterfamilias uti“ in §. 58. I. de R. D. und L. 9. §. 2. D. de usufructu hergenommen ist, etwas näher beleuchten. Eine gedrängte Darstellung der praestatio culpa, wie sie die Gesetze bey dem usufructus erfordern, wird dazu hinreichen. Nach L. 15. §. 2. D. de usufr. a) muß der usufructuarius nicht bloß das Schädliche unterlassen, sondern auch das Nützliche, Schaden verhütende thun. Beides ist auf gleiche Weise Gegenstand der cautio usufructuaria. Was das erste betrifft, so muß er nach L. 9. §. 2. D. eod. b) die Benutzung quasi bonus paterfamilias vornehmen, also z. B. nicht durch verkehrte Einsaat den Boden erschöpfen. Was

a) §. oben §. 34.
 b) Ulpianus lib. 17. ad Sabinum, Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere vclit, vel cre-

tifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum, Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias. Quam sententiam puto veram.

das zweyte betrifft, so muß er nach §. 38. I. de R. D. a) nachpflanzen, und an die Stelle des abgestorbenen Viehes anderes anschaffen; dies wird unter die allgemeine Regel gebracht: *recte colere et quasi bonus paterfamilias uti debet*, d. h. er muß sich bey der ganzen Ausübung seines *usufructus* wie ein guter fleißiger kluger Hausvater betragen, oder wie L. 1. §. ult. D. *usufructuar. quemadm. caveat* b) es ausdrückt: *omnem rei curam suscipit*. Auf allen Schutz gegen schädliche Einwirkung wird dies in

a) Sed si gregis usufructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuaris, submittere debet (ut et Iuliano visum est), et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere: *recte enim colere quasi bonus paterfamilias uti debet.*

δόν) agrum curare, cuius tibi usufructus concessus est, atque ita versari (*διακινεῖσθαι*) ut paterfamilias optimus versaretur *ὡς ἀν' διακινεῖτο κάλλιστος οἰκοδεσποτῆς*), ich denke zum optimus pfr. gehört doch auch wohl, daß er recht sehr fleißig und aufmerksam sey.

Theoph. ad v. submittere debet: veluti usufructum tibi gregis centum ovium concessi; accidit ut oves triginta morerentur, quinquaginta autem nascerentur; oportet te triginta commiscere primigeniis, ut numerus tibi datus conservetur, et sic reliquis oves viginti in dominio habeas. Die Endworte gibt Theophilus so: oportet enim te recte et iusto modo (*κατὰ τρόπον ἀγα-*

b) Ulpianus lib. 69. ad Edictum. Sed quod diximus, id quod inde extabit restitutum iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius, inutiliter enim rem suam stipulari videretur, sed stipulatur restitutum iri quod inde extabit. Interdum autem ineri proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit; *omnem enim rei curam suscipit.*

L. 2. D. eod. a) mit den Worten angemahnt: *custodiam praestare debet*. Sodann wird noch jene allgemeine Regel recht deutlich und durchgreifend in L. 65. pr. D. de usufructu b) so ausgesprochen: *debet omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere*. Endlich ward diese ganze Verbindlichkeit nach L. 1. §. 3. usufruct. quemadmodum caveat c) mit den Worten zusammengefaßt: „*viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum*,” und dies von Ulpian so erklärt: *non deterio- rem se causam ususfructus facturum, caeteraque factu- rum, quae in re sua faceret*. Die letzten Worte haben & d h r vielleicht verleitete, für die übrigen Fälle außer dem *deterio- rem se causam ususfructus* eine *omissio diligentiae quam suis angu- nehmen*; aber unter den *caetera* muß doch auch der Schutz gegen Schaden von außen begriffen seyn, und hier wird *custodia* und *omnis cura* verlangt. Also

a) Paulus lib. 75. ad Edict. *familias in sua domo facit, et Nam usufructuarius custodiam ipse facere. praestare debet.*

b) Sed cum fructuarius debeat, quod suo suorumque facto dete- rius factum sit, reficere, non est absolvendus, licet usumfructum derelinquere paratus sit: *debet enim omne, quod diligens pater-*

c) Ulpianus lib. 75. ad Edi- ctum: *Cavere autem debet, viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum, hoc est, non de- terio- rem se causam ususfructus facturum, caeteraque factu- rum, quae in re sua faceret.*

war die Verpflichtung hier einfach, und das quae in re sua faceret heißt hier gerade wie in der oben a) angeführten L. 39. §. 1. ad L. Aquil. das quomodo ei suum deprehendisset, so viel als: er muß sich so nehmen, wie man von ihm und jedem fleißigen Hauswirth erwarten kann, daß er es im Seinigen machen werde, also er muß in vollem Sinne seine Pflicht thun.

§. 90.

Sind nun aber diese unter a) b) c) aufgestellten Irthümer weggeräumt, so sieht man leicht, daß die ganze Meinung, man sey über die Frage, ob custodia vom Verkäufer zu leisten oder nicht, uneinig gewesen, und diese Uneinigkeit sey ohne weitere Bemerkung derselben, und ungeachtet die Institutionen beyläufig darin entschieden hätten, in die Pandekten aufgenommen (denn sagt L. 47. das gleich nicht, so kann er doch nicht umhin, es gelten zu lassen), auf sehr schwachen Stützen beruht. Jedoch wollen wir auch noch die aus dem Titel de peric. et

a) Seite 441 — Man gebe auf praestatio culpa sich bezie-
 mir doch nicht Schuld, daß ich nende Formel, welche schlechter-
 es streng ist besser mache, als dings nicht schwanken durfte,
 die oben mit mir Getadelten, wenn hier nicht alles schwanken
 sollte; ganz anders ist es mit
 den Nebenarten, welche in L. 1.
 §. 3. und L. 59. §. 1. citat. vor-
 kommen.
 16

commod. rei vend. von ihm angeführten Gesegstellen etc was genauer ins Auge fassen. Es sind folgende:

L. 1. §. 1. D. de tit. Ulpianus lib. 28. ad Sabinum.

Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet, priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit; post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum, et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel singula dolia.

L. 2. D. eod. t. Gajus lib. 2. Cottidianarum rerum.

Custodiam autem ante admetiendi diem, qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolam dumtaxat, videamus. Et puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna sit excusatum.

L. 5. D. eod. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

452 Zehntes Cap. Ueber Verantwortlichkeit

L. 4. §. 1. 2. eod. Ulpianus lib. 28. ad Sabi-
num.

*Si aversione vinum venit, custodia tantum prae-
standa est, et hoc apparet, si non ita vinum ve-
nit, ut degustaretur, neque acorem, neque mu-
corem venditorem praestare debere, sed omne
periculum ad emptorem pertinere. — — §. 2.
Vino autem per aversionem vendito, finis cu-
stodiae est avehendi tempus. — — —*

Ich habe nur noch die L. 3. eingeschoben. Sie sollen nach Edhr's Meinung von custodia im vulgären Sinn, die L. 1. §. 1. und L. 4. §. 1. 2. von einem Fall sprechen, der nach ganz eigenen Grundsätzen beurtheilt werden müsse, da bey der emtio ad mensuram des we- gen eine höhere Verpflichtung des Verkäufers eintrete, quia prope quasi nondum venit (!). Die Stellen be- wiesen also, meint er, für ihn, da gerade dieser höheren Verpflichtung wegen hier custodia bis zum casus, also wahre custodia geleistet werden solle. Wie kam denn aber das unschuldige Fragment von Paulus hier mitten hin- ein zwischen Meinungen und Aeußerungen, die weder mit seiner von Edhr zugestandenen Meinung im Allgemeinen, noch mit den deutlichsten Worten des Fragments selbst übereinstimmen? Was das über L. 2. Gesagte betrifft, so muß ich hier, damit denn doch nicht weiter den Römern ein unerlaubtes Würfelspiel mit Worten Schuld gegeben

werde, noch einmal bemerken: die Römer sprechen, wenn von praestatio culpa die Rede ist, nie von custodia schlechtthin, ohne dies Wort im juristischen Sinn, und zwar im engeren, wornach es den vollen Fleiß im Bewahren bedeutet, zu nehmen, oder eine nähere Bestimmung hinzuzufügen; freilich wird in L. 2. 3. D. noch ausdrücklich bestimmt, daß unter custodia hier die plena zu verstehen, aber das geschieht auch hier in Hinsicht der diligentia, und doch heißt dies schlechtthin gebraucht ohne Zweifel immer diligentia omnis: wenn auch ein einzelnes Wort alles ausspricht, so wird doch dabey zuweilen noch eine Erläuterung nothwendig befunden, damit man eben wisse, was damit gesagt sey. Was aber die L. 1. §. 1. und die L. 4. §. 1. 2. betrifft, so kann man diese Stellen, so aus dem Zusammenhange herausgerissen, gar nicht verstehen, und es wird erst zum Schluß führen, wenn wir sie in dem durch mehrere Fragmente fortlaufenden Zusammenhange des Titels, worin sie stehen, kennen zu lernen suchen.

Also ist mit L. 1. §. 1. anzufangen. Das Fragment hebt mit der Regel an: bey verkauftem Wein trägt der Käufer alles damnum so wie sonst, und zwar nicht bloß überhaupt, sondern auch das periculum a coris ^{mu-} periculi coris. Wann der Verkauf den Uebergang des periculi (damni) wirke, wird erst in §. 1. auseinander gesetzt, und in pr. noch erst diese Untersuchung durch die Frage

unterbrochen: wie, wenn aber der Verkäufer das periculum aco-
 ris et matoris übernahm? Nachdem diese be-
 antwortet und für den Fall, da keine Zeit oder sonst et-
 was Näheres bestimmt ist, alles auf die degustatio ge-
 stellt worden („videlicet quasi tunc plenissimo veneat,
 cum fuerit degustatum“), kommt Ulpian auf den
 Fall, da noch gemessen werden soll. Bey erkauftem Wein,
 fährt er nämlich in §. 1. fort, hat der Käufer auf allen
 Fall custodia, vorzüglich auch in Hinsicht des Falls in
 pr., „si vinum sit effusum“ etc. zu prästiren, nämlich
 bis zu der Zeit, da zugemessen wird (ad diem mensu-
 rae). Was hier unter custodia zu verstehen sey, damit
 wird erst in L. 2. §. 1. mit Gajus Worten fortgeföhren.
 Hinter debet muß also durchaus ein Punktum stehen,
 denn unmöglich kann doch daraus, daß noch kein Kauf
 vorhanden, geschlossen werden, es sey custodia zu prästi-
 ren, nämlich aus dem Kauf. Mit dem Zumessen, will
 der Jurist fortföhrend sagen, verhält es sich nämlich so:
 In der Regel trägt hier der venditor omne periculum
 bis zur Zumessung, geschieht diese, so wird er vom peri-
 culum (casus) befreyt. War aber (der dritte Fall) nicht
 ad mensuram verkauft, z. B. ganze Fässer oder Eimer,
 so geht das periculum schon das periculum ca-
 sus über („periculo venditor liberatur“); das ist also
 eigentlich der hieher gehörige Hauptfall, wo von custodia
 die Rede seyn kann, obgleich auch der Fall dahin

gehört, von welchem in L. 5. die Rede ist, da der Wein zugemessen worden, aber liegen geblieben, nämlich bis zum Abholen. Jener Hauptfall wird nun in den folgenden Paragraphen erörtert. Dies geht so fort bis durch L. 2., wo in §. 1. der Umfang der custodia vom Gajus bestimmt wird, und durch L. 3., wo dasselbe von Paulus geschieht. Offenbar sind sich die drey Juristen hierüber ganz einig, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen, die bey dem Kauf überhaupt gelten. Waren die Fässer ganz verkauft, so war es (gleichwie wenn der Wein zugemessen liegen geblieben) so gut, als wäre über *res non fungibilis* (bey denen es nicht zunächst auf die Quantität, sondern auf die *species* ankommt) der Handel geschlossen, es waren ja auch hier *species* verkauft. Bey dem Verkauf von *species* wird aber allgemein vom Verkäufer custodia prästirt, da das *periculum casus* gleich übergeht. In L. 4. §. 1. wird dieser Fall, da ganze Fässer voll Wein oder etwa ein ganzer Weinkeller voll verkauft worden, *venditio vini aversione facta* genannt a). Auch hier, behauptet also Ulpian, müsse bloß custodia vom Verkäufer (wie sonst) prästirt werden; *omne periculum*, d. h. das *periculum acoris et mucoris*, geht hier den

a) Wächler h. c. §. 36. meint, auf den *favor pro eo* (Lege?) per aversionem heiße hier: *ita, introductus* verzichtet. Vgl. L. ut non degustaretur, und habe §. 5. D. de contr. emt. hier der Verkäufer, (Käufer?)

Käufer an, d. h. er muß immer das pretium lassen oder zahlen, wenn die Verschlechterung oder der Untergang nur nicht Schuld des Verkäufers ist. Eine Ausnahme wird hier noch der in L. 1. pr. enthaltenen, da der Verkäufer das periculum acoris et mucoris ausdrücklich übernahm, hinzugefügt, nämlich die, da der Käufer sich das Kosten (degustatio) vorbehielt a). Hier unterscheidet er:

a) es ward keine Zeit bestimmt, binnen welcher gekostet werden soll. Hier kann der Käufer kosten wann er will, und so lange er dies noch nicht gethan, trägt der Verkäufer das periculum a, et m,

b) Es war lex contractus, ut intra diem certum degustaretur. Hier muß er freylich binnen der Zeit

a) Noch eine Ausnahme ist nach L. 15, D. eod. (Gajus) die, da der Verkäufer die Güte des Weins versichert (de bonitate affirmavit) und nun der Wein sua natura verderb, oder da er dies vorausah, und es böswillig verschwieg. Hierauf geht auch die nicht, wie Löhr meint, bey der versio singuläres Recht enthaltende L. 62, §. 2. D. de contr. emt. (Modestinus): Die Worte lauten; „Res in aversionis empti, si non dolo venditoris factum sit“ (scil. ut sic ematur)“, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res designata non sit.“ Löhr bezieht den dolus auf nachherige Beschädigung der Sache,

aber der dolus geht hier auf den Kauf selbst, er bestand gerade darin, daß der Käufer verleitet wurde, so unbedenklich zu kaufen, also auf Wein angewandt, ohne Vorbehalt des Kostenß. Eine solche Arglist darf dem Käufer nichts helfen, ging dabey ein Versehen vor, so hat der Käufer sich dies natürlich selbst im utren, aber dies hat nichts mit der culpa, und der praestatio periculi culpa zu thun. Darauf ~~es~~ denn aber damit das periculum cuius übergehe, in diesem Falle nichts ankommen, ob die Sache z. B. das Faß Wein, vom Käufer schon bezeichnet worden oder nicht.

Kosten, oder nach Verlauf derselben geht in dubio nun die Gefahr auf ihn über; allein dies gilt doch nur, wenn der Verkäufer es ihm nicht unmöglich machen sollte, denn offenbar war es Absicht auch bey dem so bestimmten Vertrage, daß der Käufer in Hinsicht des peric. a. et m. besser daran seyn sollte, als wenn er ohne dies per aversionem gekauft hätte. So muß man die Schlussworte des §. 1. — dies facit, mit dem in pr. zur Frage gestellten und nachher nur näher beleuchteten Falle in Verbindung setzen, und ohne unnütze Emendation die Lesart enim der Conjectur autem vorziehen.

Die ganze L. 4. gehört zu L. 1., die übrigen sind Einschüßel, die den Zusammenhang nur durch nähere Bestimmungen unterbrechen, wie man schon daraus sieht, daß Ulpianus, wie er nun in L. 4. §. 2. von der custodia des schlechtthin per aversionem Verkauften spricht, sich wegen der Dauer derselben auf das obige in L. 1. §. 3. 4. Vorgetragene beruft. In L. 5. hat Paulus einen ganz andern Fall, den er als Wehspiel zu der Regel, daß wenn der emtor nicht zu rechter Zeit wegnimmt, der venditor nur *dolus* prästirt, (also nicht mehr *plenam custodiam, ut et diligentiam praestet*) anführt, vor Augen, nämlich den, da nicht per aversionem, sondern wie in L. 35. §. 7. de contr. emt. a), aus einer Weinmasse

a) Gajus lib. 10. ad Edictum provinciale: Sed etsi ex dolia-

ein bestimmtes Maß gekauft ward. War hier zugemessen, so tritt jene Regel ein, wenn nicht, sagt hier Paulus wie dort Gajus, *omne periculum* (dies umfaßt alles das, was in L. 1. pr. von Ulpian weitläufiger mit den Worten: *si vinum acuerit — qua alia ex causa* ausgedrückt wird) *venditoris est*, es sey denn, daß der Käufer die Zumessung verzögerte. In diesem letztern Fall nämlich würde zu behaupten seyn, daß zwar das *periculum casus*, aber nicht das *periculum custodiae* auf Seiten des Verkäufers wegfiel, dagegen aber nur dann auch dieses wegfiel, wenn er mit der Zumessung zugleich auch die Ablieferung (*quo minus tolleret*) ungebührlich verzögerte; da dann nur noch *praestatio doli* übrig bliebe. Eine Auseinandersetzung dieses Punktes in unserer gewöhnlichen systematischen Form würde also, wie folget, lauten:

A. Die Regel ist: hat der Verkäufer des Weins nicht selbst das *periculum casus* oder einen bestimmten Theil desselben wegen Uebereinkunft oder aus andern Gründen zu leisten; so muß er wie der Verkäufer jeder andern Sache, wenigstens *custodia* leisten, d. h. er muß den Wein nicht bloß selbst nicht verderben, son-

nia pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, (quod et constare videtur) antequam admetiatur omne periculum ad venditorem pertinere. Nec interest, utrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos.

den ihn auch gegen Verderbniß und Beschädigung verwahren und schützen, und zu diesem Ende allen Fleiß aufbieten, den man überhaupt von einem fleißigen Hausvater verlangen kann, gerade so, wie ihn auch der Commodatar leisten muß; so daß lediglich reiner, unabwendbarer Zufall entschuldbar ist.

B. Was nun die Frage, wenn etwa der Verkäufer noch mehr als custodia zu prästiren habe, wie viel mehr, und wie lange, betrifft; so muß man unterscheiden:

- 1) er übernahm durch Uebereinkunft das *periculum casus*; dann muß er natürlich auch dasselbe prästiren. Uebernahm er insbesondere nur das *periculum aeoris et mucoris*, so bleibt es dabey, und das wie lange? richtet sich wieder zuvörderst nach dem Vertrage; schwieg dieser darüber, so trägt er dieses *periculum* bis zur *degustatio*. Ob die Gefäße etwa schon früher vom Käufer bezeichnet worden, darauf kommt gar nichts an, denn dies geschieht meistens nur, damit der Wein nicht verwechselt werden könne. Ist gekostet worden, oder ward schon zugemessen, da denn natürlich von *periculum aeoris et mucoris* nicht mehr die Rede seyn kann; so prästirt er nun nur noch die erwähnte custodia, so lange bis *mora tollendi* auf Seiten des Käufers eintritt, denn diese setzt die Verpflichtung bis auf *dolus* herab.

Eine solche Uebereinkunft liegt schon darin, wenn der Käufer, wie es gewöhnlich geschieht, sich das Kosten vorbehielt, und der Verkäufer muß hier, wie oben, bis zur *degustatio* das p. a. et m. tragen, es sey denn, daß diese widerrechtlich verzögert worden. Was diese widerrechtliche Verzögerung angeht, so kann das Kosten, falls keine Zeit verabredet worden, immer noch, im Fall der verabredeten Zeit aber über diese hinaus nur dann noch vorgenommen werden, wenn der Verkäufer es selbst verhinderte.

2) es fehlt an einer solchen Uebereinkunft ganz. Ist dann

a) Der Wein schon zugemessen, so wird der Verkäufer vom *periculum, casus* gänzlich befreit und leistet nur auf die erwähnte Art *custodia*, wenn etwa der zugemessene Wein noch liegen geblieben, bis zur *mora* des andern.

b) er ist nicht zugemessen, so unterscheidet man wieder

a) es ist gar nicht *ad mensuram* gekauft, also es wurden bestimmte Fässer (d. h. aller Wein so viel in bestimmten Fässern enthalten ist) oder ein ganzer Weinkeller voll gekauft, ohne jene Uebereinkunft, von der unter 1) die Rede war (*per aversionem*), so ist es nun eben so gut, als wenn irgend eine andere *species* gekauft wor-

den: das periculum geht gleich über, und es wird nur noch custodia prästirt. Der Handel ist abgeschlossen: die Sache ist bestimmt, das pretium ist bestimmt. Selbst wenn dieses nach einzelnen Kannen bestimmt seyn sollte, ist dennoch ein Gleiches zu behaupten, da es ja doch nun für die einzelnen Theile der gewissen Sache gewiß ist. Nur wenn der Käufer hier besonders versicherte, der Wein sey gut, oder wenn er *dolo malo* verfuhr, muß er auch dafür einstehen, wenn der Wein in sich verdirbt, ohne daß ihm Mangel an Sorgfalt Schuld gegeben werden kann.

- β) es ist *ad mensuram* verkauft. Dies läßt sich auf zweyerley Weise denken: einmal, man kaufte eine gewisse Masse Wein überhaupt oder von einer bestimmten Sorte, oder zweytens, man kaufte eine Quantität Wein aus einem bestimmten Faß oder aus einem Weinkeller. In beyden Fällen geht das periculum *casus* nicht über, es mag nun ein pretium für die ganze Quantität oder für einzelne Theile derselben z. B. für jede Kanne, ausgemacht seyn. Aber auch von custodia kann hier nicht die Rede seyn, nicht etwa als wenn es einen Fall gäbe, da der Verkäufer ohne besondere Verabredung

und ohne mora des Käufers nicht zur custodia verpflichtet wäre, sondern weil es hier an der Bestimmtheit des zu bewahrenden Gegenstandes fehlt, und daher der Kauf noch nicht einmal als vollständig vorhanden anzusehen ist.

Ist dies nun aber der wahre Zusammenhang des Titels de periculo rei vend., so muß auch zugestanden werden, daß keine der obigen drey Stellen von Ulpian und Gajus etwas Singuläres enthalten, und daß sie vielmehr aus dem allgemeinen Grundsatz, den also auch jene beyden Juristen billigten, abgeleitet sind: der venditor muß custodia prästiren, so lange die Sache in seiner Verwahrung bleibt.

Aber auch weder die Institutionen noch Theophilus haben die dem Ulpian und Gajus irrig zugeschriebene Meinung aufgenommen. Man mag den §. 3. L. de emptione interpretiren, wie man will, so darf man ein solches Resultat nicht herausbringen. Die Stelle hat ihre großen Schwierigkeiten, wovon noch weiter unten.

§. 91.

Nunmehr dürfte es denn auch feststehen, daß die Römer keinesweges unbedingt für den Diebstahl verantwortlich machten, besonders sind L. 14. §. 12. D. de fur-

tis a) und L. 5. 8. C. de pign. act. darüber ganz deutlich.

Allerdings muß nun aber noch darauf geantwortet werden, wie es denn komme, daß in mehrern Gesetzstellen allgemein gesagt werde, der detinens, von welchem custodia prästirt werden müsse, habe eben darum die actio furti, und insbesondere, daß es in L. 12. pr. D. de furtis b) heiße, weil der fullo custodiam prästiren müsse, so stehe ihm immer die Klage zu. Die Antwort ist nicht im geringsten schwer. Nämlich in so weit hat Edhr immer Recht, daß es im Ganzen wahrscheinlich und im Zweifel anzunehmen ist, daß der Diebstahl durch größere Vorsicht hätte abgewandt werden können. Dies ist auch nothwendig, denn wer möchte einem andern eine Sache anvertrauen, wenn er mit dem Beweise, er vermisse die Sache oder sie sey ihm entwandt, ohne daß Umstände dargelegt würden, welche seine Schuldblosigkeit außer Zweifel setzten, abkommen könnte. In der Regel haftet der fullo, der conductor u. s. w. dem dominus wegen der gestohlnen Sache, hat also auch in der Regel ein Interesse, den Dieb zu verfolgen. Thut er dies nun mit der

a) „Quodsi conduxerit quis, polienda vestimenta accepit, semper habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res“.

b) Ulpianus lib. 29. ad Sab. num. Ita que fallo, qui curanda, perdat, eius periculo nihil est.

actio furti, so erkennt er damit stillschweigends seine Schuld an. Dies muß ihm frey stehen, mithin kann er, wenn er will, immer klagen (semper agit), und der Dieb kann ihm unmdglich einreden, daß er ja ohne Schuld an dem Diebstahl sey. Nur wenn er vorher von dem dominus belangt, und weil er Schuldlosigkeit einwandte, frey gesprochen wurde, hat er die actio furti nicht mehr, sondern diese steht nun dem dominus zu; dasselbe muß jedoch ebenfalls dann Statt finden, wenn er früher gegen den Dieb klagte und ehe das Urtheil gefällt wurde, der dominus ihn angrif, und den Prozeß verlor, dieser mochte nun veräußert haben, sich auf die in der Anstellung der actio furti liegende Anerkennung seiner Schuld zu berufen, oder aber dieser Umstand sonst nicht beachtet worden seyn, er verliert dadurch noch jetzt seine Klage gegen den Dieb. In beyden Fällen hat er von den Ansprüchen des dominus befreyt, kein Interesse mehr. Diese Ansicht und damit vollends der an sich so natürliche und nothwendige Satz, daß Diebstahl ausnahmsweise ohne Schuld seyn könne, rechtfertigt sich klar und deutlich durch

L. 90. D. de furtis. Javolenus lib. 9. ex Posterioribus Labeonis,

Fullo actione locati de domino liberatus est, negat eum furti recte acturum Labeo; item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur, et antequam de furto iudicaretur, locati actione

liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet, quod si nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportet: haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

Dasselbe muß man auch noch behaupten, wenn der dominus mit dem bisherigen detinens sich darüber verallgemeinert, daß er ihm nicht haften solle. Einer Cession bedarf es hier nicht, wenn etwa der dominus die Gefahr übernehmen will, denn sobald der dominus den, welcher custodiam zu prästiren hatte, fahren läßt, kehrt zu ihm die Klage zurück. Dieser hat nur, so lange sein periculum dauert, die Klage, aber so lange kann ihn auch selbst nicht der dominus verdrängen, so wenig als er ihm den durch die auf seine eigne Gefahr angestellte Klage gemachten Gewinn, das duplum oder quaduplum entreißen kann a). Diesem letzten Punkt scheint zu widersprechen:

L. 15. pr. de furtis. Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Creditoris, cui pignus subreptum est, non creditore tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest; sed et pignoratitia actione id, quod debitum excedit, debitori praestabit.

Und zwar scheint sie in so fern zu widersprechen: der creditor, welcher weiter als sein creditum geht, klagen will,

a) S. oben L. 21. D. de hereditatibus. L. 13. §. 1. D. commodatum. sed. vel act. vend. §. 405 und vgl.

kann das, sollte man denken, nur in so fern, als er in culpa ist; wie kommt es denn, daß er hier das Gewonnene herausgeben soll? Aber man muß, um diesem Einwande begegnen zu können, gleich noch folgende Gesetze stellen heranziehen.

L. 87, D. eod. Paulus lib. 1. De rectorum.

Creditori actio furti *in summam pignoris non debiti* competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conveniretur.

L. 22. pr. D. de pignoratit. act. Ulpianus lib. 30. ad Edictum.

Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum quicquid percepit, debito eum imputare, Papinianus confitetur: *et est verum etiamsi culpa creditoris furtum factum est.* Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex conditione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel conditione, an debito sit imputandum videamus. Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum; et ita Papinianus lib. 9. Quaestionum ait.

L. 12. §. 2. de furtis. Idem lib. 29. ad Sabinum.

Im Anfange ist davon die Rede, daß dem bonae fidei possessor die actio furti zustehe; dann fährt er fort:

Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit. Quinimo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum, furti actionem, et ita Iulianus scripsit: nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur et furti agat a): ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest, an ita demum, si de-

a) Diese sehr leichte Veränderung des Textes durch Versetzung des et, welches in der Flor. und allenthalben nach furti steht, verdient vielleicht Beyfall. Das non teneatur furti würde nach juristischem Sprachgebrauch heißen: es kann die actio furti nicht gegen ihn angestellt werden, was denn aber, so viel ich sehen kann, immer einen schiefen Sinn geben würde, man mag es auf den dominum oder gar auf den creditor, von dem hier doch auch hauptsächlich die Rede ist, beziehen. Ließ man nach meinem Vorschlage, so ist der Sinn ganz klar: das Eigene beim Creditor was nämlich, daß er hier die actio furti auch dann hatte, wenn dem dominus sie sonst gewöhnlich allein zustand,

nämlich wenn er selbst nicht haftete wegen Schuld; in diesem Falle sollen sie sie beyde haben, jeder wegen seines besondern für sich bestehenden Rechts. Mit der Florent. Lesart stimmen überein: Cod. ms. Rom. 1476, No. 1483., Par. 1529., Par. 1548. 8., Senneton (in marg.: ut teneatur furti), Cod. ms. Regiom. et Hafn., de Tortis 1491. 1494. 1507., Lugd. 1575. 1604., Bandoza, Andr. Bocard. Die Randglosse des Senneton haben auch andere Ehitt., aber ich habe keinen bes stimmten Codex in Erfahrung bringen können, in dem das non fehlt; gibt es eine solche Lesart, so ist sie doch wohl sicher eine unverständige Conjectur.

bitor solvendo non est? et putat Pomponius, semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro 12 quaestionum probat, et verius est, ubique videri ereditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.

- L. 46. §. 1—5. D. eod. Ulpianus lib. 42. ad Sabinum. Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur, et dominus, actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus, vel quanti interfuit eius, furtum factum non esse, eius dupli; proprietarius vero aget, quod interfuit eius, proprietatem non esse subtractam.
- §. 2. Quod dicimus dupli, sic accipere debemus, etiam quadrupli competere actionem, si manifestum furtum sit.
- §. 3. Haec actio, etsi sit qui in eo servo habeat usum tantum, poterit ei competere.
- §. 4. Et si quis proposuerit hunc servum etiam pignoratam esse, eveniet, ut etiam is, qui pignori accepit, habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, *si modo plus valeat, quam pro pignore debetur*, habet furti actionem.
- §. 5. Usque adeo autem *diversae sunt actiones*, quae eis competunt, ut, si quis eorum pro fure damnatum deciderit, dici oporteat, solummodo actionem sibi competentem amisisse eum, caete-

ris vero superesse. Nam etsi proponas, communem servum subreptum, et alium ex dominis pro fure damnum decidisse, is qui non decidit habebit furti actionem.

L. 14. §. 5 — 7. D. eod. Idem lib. 29. ad Sabinum.

Papinianus tractat, si duos servos ob decem aureos pignori acceperim, et alter subripiatur, cum alter quoque, qui sit retentus, non minoris decem valeret: utrum usque ad quinque tantum habeam furti actionem, quia in alio habeo salvos quinque; an vero, quia mori potest, dici debeat, in decem fore actionem, etiamsi magni pretii sit is qui retinetur? Et ita putat; non enim respicere debemus pignus quod subreptum non est, sed id quod subtractum est. §. 6. Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, *si sine culpa mea subripiatur*: nam *si culpa mea*, quia interest, *eo quod teneor pignoratitia actione*, agere potero; quodsi culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit: quam sententiam Pomponius quoque

libro X ad Sabinum probat. §. 7. Idem dicunt, etsi duo servi subrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditori; sed non in totum, sed pro qua parte in singulos divisio eo, quod ei debetur, eius interest: separatim autem duobus subreptis, si unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.

Hält man nun diese Fragmente gegen einander, so scheinen sich wieder Ulpianus und Paulus darin zu widersprechen, daß dieser annimmt, der creditor könne auf das Ganze, jener, er könne nur auf die Summe des debiti die Klage aufstellen. Beide Widersprüche sind aber nur scheinbar, sobald man nur auf folgende Weise unterscheidet:

I. der creditor war in culpa, und legt seine Verantwortlichkeit wegen custodia der Klage zum Grunde. Hier geht sein Interesse auf das Ganze, da er für das Ganze herkommen muß, und der dominus hat eben deswegen gar kein Interesse. Der creditor schließt also auch hier den dominus aus, und behält den Gewinn. Jedoch muß er sich von der ganzen Summe, die er erhielt, das debitum kürzen lassen, zum Beispiel das debitum war 10, das pignus nur 8, dieses erhielt er doppelt, so gewinnt er nur 6; oder das debitum war 5, das pignus 10, so gewinnt er 10 indem er 5 zahlt und über 5 quittirt. Er kann also nie etwas lucriren ehe die Schuld getilgt

ist; dies ist der Sinn der Worte: *quicquid percepit debito imputare debet* in L. 22. pr. D. cit., und auf den ganzen Fall ist L. 14. §. 6. cit. verb. *nam si — potero* zu beziehen.

II. Er will sich als creditor geriren, und sein Interesse, was er als solcher unabhängig von dem Interesse des debitor hat, in Anspruch nehmen. Hier geht eigentlich sein Interesse und also seine Klage nur so weit, als die Schuld geht, und er in Hinsicht derselben noch auf keine Weise befriedigt worden ist. Was darüber an Werth des Pfandes hinausgeht, das gehört zum Interesse des dominus, und kann dieser deshalb seine abge sonderte für sich bestehende *actio furti* anstellen: gerade wie der *fructuarius* den Werth seines Nießbrauchsrechts an der gestohlenen Sache, der *proprietaryus* den Werth der Proprietät einklagt. Jeder erhält hier unabhängig von dem andern das *duplum* oder *quadruplum* seines Interesses und seiner *portio*. Hiervon reden alle übrigen Fragmente von *Ulpian*.

Dies geht aber nur das Verhältniß unter creditor und debitor an: will der debitor hier in Hinsicht dessen, was zu seinem Theile gehört, den creditor ausschließen, so ist damit die Klage auf dessen eigenes Interesse beschränkt. Dagegen kann aber der Dieb nicht auf diese Beschränkung bringen, sondern der creditor ist, wenn der dominus auf

seinen Theil noch nicht geklagt hat, gegen den Dieb befugt auf das Ganze zu klagen; jedoch muß er, da er hier gewissermaßen zum Theil nur als negotiorum gestor des dominus gehandelt hat, diesem nicht etwa den ganzen Gewinn, sondern das auf das residuum Gewonnene nebst diesem herausgeben. Davon reden die Stellen von Paulus a).

Dabei fragt es sich denn nun nur; wie, wenn der creditor auf das Ganze klagte, kann er sich auch gegen den dominus nachher darauf berufen, daß er wegen culpa geklagt habe? Hatte der dominus ihn freylich vorher ausgeklagt, und die aestimatio war ihm, nach Abzug der Schuld, bezahlt worden, so hat die Sache keinen Zweifel. Ist das aber nicht, so muß, eben wie auf ähnliche Art oben bey dem Verkäufer (S. 82. g. d. E.), angenommen wer-

a) Zweifel gegen diese Erklärung könnten die ersten Worte in L. 15. erregen: creditoris, cui pignus subreptum est, non credito tenus interest. Allein, ist nicht etwa das non ein Glossem, eingeschoben, um das Folgende damit in scheinbare Uebereinstimmung zu bringen (nimmt man es weg, so ist der Sinn; das Interesse des creditor als solcher geht nur so weit die Schuld geht, aber dennoch ic.); so sagen sie doch nichts weiter, als: der Dritte kann sich nicht darauf, daß der creditor nur auf die Schuldsum-

me interessirt sey, berufen, da dieser ja die ganze Sache zur Sicherheit hatte, die ihm unrechtmäßig entzogen wurde, also auch den ganzen Werth als ihm entzogen verdoppelt muß in Anspruch nehmen können. Sobald dagegen der debitor in Verhältniß tritt mit dem creditor, so kann dieser sagen; die kann auch nur darum zu thun seyn; das deinige, d. h. deine Schuld zu erhalten; die verschiedenen Verhältnisse machen hier auch eine verschiedene Ansicht nothwendig.

den, daß er als creditor geklagt habe. Gerade wie dort wegen Allgemeinheit der L. 14. pr. D. de furt., muß dies hier wegen Allgemeinheit der L. 15. pr. behauptet werden, weil sonst in beyden Fällen es immer von der Wahl des Verkäufers oder Pfandgläubigers abhänge, den ganzen Rechtslag unnütz zu machen. Ob er den vollen Gewinn haben soll, muß davon abhängen, ob der debitor sich an ihn halten will oder nicht. Will dieser ihn daher, ehe es zur Klage kommt, von seinem Antheil verdrängen, so versteht sich von selbst, daß er seine Ansprüche wegen culpa fahren lassen muß, und ist ohne Zweifel der creditor befugt, ehe er klagt, darüber seine Erklärung zu verlangen, ob er überall dergleichen Ansprüche geltend zu machen gedenke. Erklärt er sich darauf mit ja, so kann er nun auch nachher auf den Gewinn keinen Anspruch machen, denn diesen erhält ganz, wer ganz die Gefahr trägt.

Zum Schluß nur noch die Bemerkung, daß L. 22. auch noch deutlich beweist, daß nicht bloß beym *servus subreptus* zwischen Schuld und Nichtschuld unterschieden wird.

Fünftes Capitel.

Kurze Uebersicht der praestatio culpae bey den hauptsächlichsten Contracten.

§. 92.

Daß die Theorie der Römer über culpa, so wie sie uns im corpus iuris aufbehalten worden, nicht vollständig entwickelt und ausgesprochen ist, sieht man zunächst daraus, daß die Gründe, weshalb bey dem *mandatum* die culpa so und nicht anders zu prästiren sey, nirgends deutlich angegeben worden. Besondere Auskunft findet man darüber nicht; in der L. 23. D. de R. I. wird es freylich unter den Contracten aufgeführt, welche dolus et culpa erfordern, aber dort werden überhaupt keine Gründe der Classification angegeben, in der L. 5. §. 2. D. commod., wo dieses geschieht, ist gerade das *mandatum* und die *negotiorum gestio* ausgelassen, und beyde vertragen sich nicht mit den Rubriken, so wie sie dort mit ihren Gründen aufgestellt sind. Die culpa bey der letzteren zu bestimmen ist freylich nicht schwer; desto schwerer aber bey dem ersteren, wenigstens wenn man nach der Ursache fragt. Ein jeder fühlt es, daß bey dem Mandat aller Fleiß, den das gerade aufgetragene Geschäft erfordert, und den ein jeder andere tüchtige Mann darauf verwandt haben würde, auch immer wirklich prästirt werden muß;

aber, wie dies mit den anerkannten allgemeinen Grundsätzen über praestatio culpaey bey Contracten zu vereinigen sey, darüber hat, so viel ich beurtheilen kann, noch niemand befriedigenden Aufschluß gegeben. Will man also die bisherigen Lücken der praestatio culpaey ausfüllen, will man eine alles umfassende Classification der Contracte in dieser Hinsicht aufstellen, so muß man sich über diesen Punkt vor allen Dingen erst Rechenschaft geben. Da ich zwar die Sache im Einzelnen keinesweges zu erschöpfen gedenke, jedoch durch eine allgemeine Uebersicht dies für die Zukunft möglich und leichter zu machen wünsche; so muß ich mich bey dem Mandat zuvörderst etwas länger aufhalten, um nur erst eine vollständige Classification vorzubereiten.

§. 93.

Also zuvörderst, was wird bey dem Mandat prästirt? Die Antwort ist: culpa omnis, d. h. sowohl was die Aquilische (culpa in rei nocendo), als was die außeraquilische culpa (diligentia) betrifft, culpa levis, diligentia diligentis s. diligentissimi. Daß die Gesetze hiermit durchaus übereinstimmen, haben manche bezweifeln wollen, aber aus seichten Gründen, obgleich selbst Donellus diesen viel Gewicht, und mehr als billig, beyzulegen scheint a).

a) Comment. lib. 13. cap. II. Er nennt diese ganze Untersuchung anceps quaestio et in contrarias partes agitata, locis et rationibus non frivolis alio atque alio ducentibus. Auffallend ist es, daß er, der die eingewandten Texte für erheblich hält, sich so

Wir haben die deutlichsten Texte, wenn gleich nicht in den Pandekten, doch im Codex. Es sind die bekannten L. 11. L. 13. L. 21. C. mandati. Daß wenigstens nicht bloß culpa lata prästirt werde, sieht man schon aus L. 11., obgleich das tam dolum quam culpam es den Worten nach unentschieden läßt, welche diligentia zu prästiren sey a). Aber so viel zeigt auch schon L. 23. D. de R. I. Was hier und dort fehlt, ergänzt L. 43. vollkommen: *A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, iuris autoritate manifeste declaratur*: nur nicht casus, sonst alles übrige jemals Imputable ist hier zu prästiren. Die ganz willführliche Unterscheidung einiger zwischen einem Bevollmächtigten im Prozeß und einem sonstigen, verdient keinen Widerspruch. Daß hier auch bey den Römern gar kein Widerspruch, sondern alles längst ausgemacht war und aus unbezweifelten Rechtsgrundsätzen hervorging, sieht man aus dem Schluß des Rescripts. Ganz klar ist auch L. 21., von der nachher noch die Rede seyn soll. Dagegen und für die Behauptung, daß der Mandatar in der Regel nur culpa lata zu prästiren habe, werden denn bekanntlich L. 8.

süchtig darüber weggemacht hat; Lehrte aufzudecken, was in einer sie schienen ihm also nur darum solchen Auslegung enthalten war. so, weil er noch nicht Zeit und Lust gehabt, sie völlig durchzu- a) S. diese Geseßstelle oben denken, und so das ganz Ver- S. 34. g. d. C.

§. ult. L. 10. L. 29. pr. D. mand. angeführt a). Um diesen Fragmenten ein solches Resultat zu entwenden, muß man zu einem argumentum a contrario seine Zuflucht nehmen; daß aber dies gegen die allerklarsten directen Aeußerungen nichts vermag, versteht sich unter Verständigen schon von selbst. Allein aller Schein schwindet, sobald man nur diese Fragmente recht versteht. Dazu ist aber vorzüglich bey L. 8. 10. nöthig, daß man den Zusammenhang auffaßt b). In §. 7. fängt Ulpian an die

a) Warum man sich nicht auch auf L. 8. §. 8. eod. bezogen hat, da doch dieser §. einen dem in L. 29. enthaltenen gleichen Fall beurtheilt, weiß ich nicht zu sagen.

b) L. 8. mand. §. 7. Si ignorantes fideiussores debitorem solvisse, vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum, ex substantia debitoris solverunt, non tenebuntur mandati. §. 8. Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. Et hæc ex rescripto Divorum fratrum intelligere licet. Huius verba hæc sunt: „Catullo Iuliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te.“ Igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est; si scierunt, in-

cumbat eis necessitas propiciandi: *cæterum dolo versati sunt, si non provocaverunt.* Quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia, sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare. §. 9. *Dolo* autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit. §. 10. Proinde si tibi mandavi, ut hominem emereres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed etsi *dolo* emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus, quem emisti, fugit, si quidem *dolo tuo*, teneberis; si *dolus* non intervenit, *nec culpa*, non teneberis, nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitu-

Frage zu erörtern: wie wenn die Bürgen die schon aufgehobene Schuld noch ex substantia debitoris bezahlten, haften sie ex mandato? Dies wird verneint, wenn sie es unwissentlich thaten. In §. 8. fährt er fort: wie wenn sie aus einem ungerechten Richterspruch zu viel bezahlten, und sie wußten es (denn wenn sie es nicht wußten, so sind sie immer entschuldigt), und sie provocirten nicht? Hier ist ein Fall, in dem sich nur dolus und culpa lata denken läßt; es ist also auch ganz natürlich, daß nur von jenem, nicht von culpa außer dolus gesprochen wird. In §. 9. 10. wird ein neuer Fall des dolus aufgestellt: jemand bekam als Mandatar etwas in die Hände, was er an den Mandanten herausgeben sollte, z. B. er hatte in Auftrag einen Sklaven gekauft. Nicht zu restituiren sey hier dolus. Dem wird gleich gestellt, wenn er dolo oder culpa lata den Auftrag, den Sklaven zu kaufen, gar nicht erfüllt hat; ein neuer Fall des dolus, bey welchem der freylich denkbare a) Fall, da ihm jemand,

rum. Sed etsi restituas, et tradere debes, et si cautum est de evictione, vel potes desiderare, ut tibi caveatur; puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes, quam consecuturus sis. L. 9. De tuo etiam facto cavere debes. L. 10. Idemque et in fundo, si fundum emit procurator; nihil

enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat. §. 1. Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est aut caveri potest, aut de caeteris vitiis, idem erit dicendum, aut si culpa caveri non curaverit condemnabitur.

a) Vgl. L. 7. §. 2. D. de administr. tut. L. 52. §. 11. D. pro soc. L. 22. §. 11. mand.

weil er nur nicht die Raschheit eines diligens paterfamilias anwandte, zuvorkam, nicht beachtet wurde, weil es zunächst nur auf jene Gleichheit ankam. Ferner wird noth ein Fall des dolus hinzugefügt: der Slave floh, indem der Mandatar die Flucht vorher sah, und ihn absichtlich fliehen ließ; dabey wird denn, nachdem positiv gesagt worden, er sey ex mandato wegen dieses dolus verantwortlich, negativ bemerkt, wenn er für die Flucht gar nicht herkommen dürfe, und hier war es freylich nothwendig, die culpa außer dolus mit hineinzuziehen; denn man konnte wohl sagen, man hafte so gut, wenn man einen Slaven dolo oder culpa lata nicht gekauft, wenn man ihn dolo oder culpa lata laufen lassen, als wenn man ihn (offenbar dolo) gar nicht restituiren wolle, ohne daß darum noch gefolgert werden könnte, man hafte nur allein in diesen Fällen, und nicht, wenn jenes beydes culpa levi geschehen sey. Aber sobald angegeben werden sollte, in welchem Falle man gar nicht verantwortlich sey, so mußte gleich auch von culpa levis die Rede seyn, wenn nicht jener Schluß vom Gegentheil gerechtfertigt seyn sollte, und eben darum wird bey dem servus, qui fugit, dieser Zusatz nicht versäumt: si dolus non intervenit nec culpa. Die Ungleichheit des Ausdrucks und der Behandlung bey Anführung der beyden Fälle lag darin, weil bey dem letzteren zu der Bemerkung hingeleitet werden sollte, daß der Mandatar caviren müsse, er wolle restituiren.

ten, sobald inskünftige wieder der Sklave in seine Gewalt kommen sollte; gerade diese Bemerkung zog die andere beyläufige, daß nur bey Freyheit von aller Schuld man damit auskommen könne, mit sich. Wie könnte auch hier ein Unterschied zwischen dem Fall des Nichtkaufs und der Flucht seyn, und würde es nicht zu wahren Unsinn führen, wenn man größere Betriebsamkeit und Hengstlichkeit bey der Aufsicht und Bewachung eines gekauften Sklaven als bey dem Kaufe selbst verlangen wollte? Und wie pedantisch ängstlich müßte man schreiben, wenn man auf so ungeitige *argumenta a contrario* zum Voraus Rechnung machen wollte.

Nun setzt der Jurist die Untersuchung damit fort, daß er fragt: wie ist es mit der *cautio* wegen der *Eviction*? Hier ist die Antwort: sowohl bey jenem *servus*, als bey einem gekauften *fundus*, kann der *mandans* keine solche *auctio* vom *Mandatar* verlangen, denn dieser haftet nur wegen seines eigenen *facti*, zum Beyspiel daß er den Entflohenen herausgeben wolle, wenn er ihn wieder in die Hände bekommt, kann man *Cautio* von ihm verlangen (L. 9. von Paulus); nicht aber wegen eines fremden *facti*, wie die Veräußerung des Dritten Nichteigenthümers, welche der *evictio* Raum ließe, seyn würde; in Hinsicht dieses fremden *facti* hat er (L. 10. pr., wieder von Ulpian aus demselben Buch,) nur einzig *bona fides* zu leisten, d. h. es ist ihm nur

dann zu imputiren, wenn er selbst wußte, daß dem Käufer die Sache nicht gehöre (dolus), oder auf bedeutende Verdachtsgründe keine Rücksicht nahm (culpa lata): eine culpa levis ist hier wieder fast nicht denkbar.

Ein Gleiches soll nach §. 1. gelten, wenn von einer cautio wegen Gesundheit des Slaven die Rede ist, und hier wird noch hinzugefügt, wenn er irgend schuldiger Weise (culpa) unterließ, sich eine solche Caution bestellen zu lassen, so soll Verurtheilung die Folge seyn. Dies letztere muß natürlich auch von der cautio de evictione gelten, und hier jeder Versäumungsfehler wieder gut gemacht werden. Dies ist der natürliche Zusammenhang der L. 8. 9. 10., so weit sie hieher gehören, wie könnte man doch darin eine Beschränkung der praestatio auf culpa lata finden? Gesezt, einer jener Fälle spräche für diese Beschränkung, so hebt sie ja der andere wieder auf: welcher soll denn nun unter der Regel stehen? doch wohl der, der die Regel für sich hat, welche so deutlich im Codex ausgesprochen ist. Um den von den Gegnern urgirten Ausdruck in L. 10. pr. nihil amplius, quam bonam fidem zu schwächen, führt Donellus L. 1. D. de pactis, und L. 11. §. 1. D. de act. e. v. an, diese Stellen zeigten nämlich, daß die bona fides verletzt würde, wenn man nicht prästire, was die obligatio verlange, also auch, wenn eine leichte Schuld, die sich mit ihr nicht vertrage, vorzuwerfen sey. Aber 1) nach dem oben angegebenen Zusam-

menhang bedarf es dieses Arguments nicht, und 2) möchten es die beyden von ihm angeführten *leges* für sich allein gerade nicht unwiderleglich beweisen, da sie leicht von einer wissentlichen Weigerung dessen, was man versprochen hat, verstanden werden könnten. Dennoch verhält sich die Sache an sich wirklich so, und so wie die engere Bedeutung von *bona fides* für *dolus* z. B. L. 68. pr. D. de contr. emt. L. 35. iunct. L. 40. D. pro soc. und L. 52. D. depos. beweisen, so ist auch jene allgemeinere Bedeutung durch ein leicht erfindliches *Raisonnement* aus dem *terminus*: *bonae fidei iudicium* und schon allein durch L. 52. §. 1. 2. D. pro socio, da sonst das *utrum ergo* unerklärlich bliebe, über allen Zweifel hinauszusehen.

Um die L. 29. D. mand. wegzuschaffen, gibt *Donellus* vor, es liege darin ein *argumentum a maiori*, quasi *dictum esset*, non mirum si hic *fideiussoris damnum esse dicimus*. Nam *etsi culpa ab eo hic peccatum esset, teneretur tamen*. Quanto magis *tenebitur ob hoc factum, quod est proximum dolo?* Dieser *salva venia* kantischen Auslegungsweise bedürfen wir hier aber nicht, da es hinlänglich seyn wird, bemerkl- lich zu machen, daß wie in L. 8. §. 8. mand., so in dieser L. 29. eod. nur von *dolus* und *culpa lata* die Rede seyn konnte. Der ausführliche Beweis aber hiervon liegt in dem, was oben (§. 20.) über diese Fragmente gesagt worden ist. Und wenn man aus diesen *leges* durch einen

Schluß vom Gegentheil herauszulocken verstand, daß das Mandat nur culpa lata prästiren lasse, warum folgerte man denn nicht dasselbe aus L. 6. §. 8. 9. D. de act. emt. vend. a) für den Kauf? aber freilich, es ist nicht zu bezweifeln, daß der Verkäufer, der in re vendita aliquid culpa levi fecit, auch hafte; aber ist denn das ohne eigenwilliges Raisonnement nach den Gesetzen bey dem Mandat weniger gewiß? Der Verkäufer, welcher sciens obligatum aut alienum vendidit, handelte immer dolo und muß allemal haften, weil dies durchaus contra bonam fidem ist, und es bleibt, selbst wenn darüber eine gegentheilige Verabredung geschlossen seyn sollte; aber freilich wer wollte daraus schließen, daß der venditor nie wegen culpa außer dolus hafte; aber ist denn ein solcher Schluß bey der L. 8. und 29. D. mand. weniger hinfällig?

Einige haben hier ihren eignen Ideen zu Gefallen, oder um dem scheinbaren Widerspruch der Gesetze zu entgehen, nach Unterschied der Fälle bald eine höhere, bald eine geringere Prästation angenommen, es

a) Si dolo malo aliquid fecit sciens obligatum aut alienum venditor in re vendita, exempto vendidisset, et adiectum sit: eo nomine actio emptori competit, nam et dolum malum eo iudicio aestimari oportet, ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor, emptori praestari oporteat. Si venditor „neve eo nomine quid praestaret“; aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, eo quod bonae fidei sit.

es soll auf die Natur des gerade vorliegenden Auftrags gesehen werden, und ob das aufgetragene Geschäft einen größeren oder geringeren Grad des Fleißes und der Anstrengung erfordere. Aber auch abgesehen davon, daß die Gesetze von dem allen nichts wissen, sondern offenbar eine allgemeine durchgreifende Regel aufstellen wollten, wovon man eigentlich nicht absehen darf; so ist dies schon an sich widersinnig, da darin gerade der Charakter eines diligens paterfamilias besteht, daß er weiß, wo es auf mehr, und wo es auf weniger Anstrengung ankommt, und von diesem Wissen für den jedesmaligen Fall Gebrauch macht: schuldlos ist er nur, wo dieser im Ganzen richtige *Calcul* zufällig fehlschlug a).

S. 94.

So viel kann man also mit Sicherheit annehmen, daß nach der Vorstellung der Römer beym Mandat *diligentia* und *custodia plena* zu prästiren sey, und es fragt sich nur noch, worin war diese Vorstellung gegründet, und wie ist sie mit ihren sonstigen Ansichten in dieser Materie zu vereinigen? Die Römer nämlich scheinen die Klasseneintheilung hier lediglich nach dem Nutzen gemacht zu haben, den der Contract für die Contrahenten mit sich führt: hatte das Geschäft den Nutzen des Prästanten zur Absicht, so war *culpa* außer *dolus*, wenn nicht, nur *dolus* und

a) S. oben S. 24. und 41.

die ihm gleiche culpa zu prästiren. Diese Rücksicht scheint L. 5. §. 2. commod. dem Ganzen, jedoch ohne des Mandats, der negotiorum gestio und der Tutel zu gedenken, zum Grunde zu legen; in L. 17. §. 2. de praescript. verb. werden hiernach die verschiedenen Fälle eines contractus innominatus beurtheilt und auch L. 108. §. 17. D. de legat. I. spricht sie als Princip aus. Das Commodat soll bald diligentia, wenn es, wie in der Regel, den alleinigen Nutzen des Commodatars mit sich führt, bald nur culpa lata, wenn es lediglich den Vortheil des Commodanten bezweckt a), erfordern; ja bey demselben wird sogar ein Mittelgrad der Prästition angenommen, wenn ein gemeinschaftlicher Nutzen die Absicht war b). Der Depositar haftet in der Regel nur für dolus und culpa lata, weil er in der Regel nicht bezahlt bekommt; bekommt er bezahlt, so muß er culpa levis prästiren. Warum ist nun, und hierauf läßt sich die obige Frage reduciren, warum ist dies anders bey dem Mandat als bey dem depositum, da jenes so gut wie dieses in der Regel ein negotium gratuitum ist? Bey der negotiorum gestio ist leicht ein Ausnahmsgrund zu finden, der schon für sich allein hinreichen müßte, da bekanntlich auch das depositum custodia aufnimmt, wenn der Depositar sich zudrängte c). Aber was hat denn das Mans

a) L. 2. §. 10. commod.

c) L. 1. §. 35. D. depos.

b) L. 18. pr. eod. s. oben §. 47.

hat hier besonderes? Wir wollen den Donellus, welchem die meisten mit unwesentlichen Veränderungen nachgesprochen haben, hierüber selbst hören: „videndum est, quid hic geratur. Nempe unus est qui mandat, alter qui mandatum suscipit. Quid mandare? Est committere negotium aliquod alteri gerendum. Non geritur autem nisi industria et diligentia ad rem gerendam necessaria. Quare qui gerendum suscipit, hanc ipsam industriam in se futuram suscipere videtur.“ Mich dünkt, man könnte mit eben dem Recht sagen: quid est deponere? est committere rem alteri custodiendam (L. 1. pr. D. depositi). Non custoditur autem nisi industria et diligentia ad rem servandam necessaria. Quare qui custodiendam suscipit etc. Damit wären wir also wohl nicht vom Fleck gekommen. Irrt ich nicht, so löst sich das Räthsel, sobald wir den Unterschied des depositum vom mandatum, da wo sie nahe an einander gränzen, eingesehen haben. Die Aufgabe spricht sich in der Frage aus: wie ist das mandatum custodiae von dem depositum unterschieden? Wenn ich einem andern meine Sache hingebe, daß er sie bey sich aufbewahre, so ist dies ein depositum, gebe ich dagegen derselben Person den Auftrag, daß er während meiner Abwesenheit in meinem Hause wohne, und meine Sache bewache und bewahre, so ist dies ein mandatum custodiae. Es ist hiervon schon oben die Rede gewesen, und mit Anführung

zweier hieher gehörigen Gesetzstellen a) der verschiedene Charakter bezeichnet worden. Er liegt darin, daß ich bey dem Mandat immer die Person meines Mandanten repräsentire, bey dem depositum hingegen nehme ich die fremde Sache unter die meinigen auf, und sie wird unter dieselbe Obhut gestellt, worunter mein Eigenthum steht. Dies muß wesentlichen Einfluß auf die praestatio custodiae et culpa haben, oder hatte es doch wenigstens nach der Vorstellung der Römer, denn wer seine Sache mir als solche anvertraut, sie unter die Verwahrsam des Meinigen stellt, kann nicht mehr von mir verlangen, als die Sorgfalt, welche ich dem Meinigen zu widmen pflege, ich bin ihm also nur verantwortlich, wenn ich diese verabsäume, und ihm so die Treue breche, auf die er rechnen konnte; ganz anders verhält sich die Sache, wenn er mir aus der Verwahrung seiner Sache ein Geschäft machte, wenn er mir auftrug sie an seiner Stelle zu bewahren: hier kann ich nur von Verantwortlichkeit frey seyn, wenn ich diese Stelle so ausfüllte, wie irgend ein anderer tüchtiger Hausvater sie ausgefüllt haben würde, und es wäre gleich widersinnig, mich hier auf meine eigne gewohnte Nachlässigkeit, als auf die des Mandanten zu berufen. Dies gilt aber von jedem Mandat. In dem Repräsentativ-Charakter des Mandats liegt also, wenn ich nicht sehr irre, der ganze

a) L. 1. pr. und §. 12. depos.

Unterschied. Liest man nun noch nach dieser Erörterung die L. 21. C. mand., so, scheint es, wird der Sinn derselben erst recht klar und bedeutsam;

In re mandata non pecunia solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit; aliena vero negotia exacto officio geruntur, nee quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.

Eignes Hauswesen kann im Ganzen jeder nach Gutdünken verwalten, von seinem Fleiße in diesem ist er in der Regel niemanden Rechenschaft schuldig; wer aber sich fremdem unterzieht, wer fremde Geschäfte auf sich nimmt, darf nicht vergessen, daß er im Namen des andern handelt, daß er es also so gut machen muß, als nur immer der andere selbst es hätte machen können, kein Versähen, auch das geringste nicht, kann ihm also hingehen, denn der, an dessen Stelle er getreten, oder ein Dritter, den er sich substituirt, hätte es ja vermeiden können. Das depositum liegt zwischen diesen beyden Fällen ungefähr in der Mitte: wer bey einem andern eine Sache niederlegt, kann Rechenschaft verlangen, aber nur dann, wenn er zeigen kann, daß jener gewissenlos gegen ihn verfuhr, und entweder grob nachlässig war, oder in Hine

sicht dieser in seine Haushaltung, in seine Gewahrsam, in seine Wehre, wie ein alter Deutscher gesagt haben würde, aufgenommenen Sache nicht der fleißige und aufmerksame Hausvater gewesen, der er sonst zu seyn pflege, und daher entweder die Sache selbst beschädigt habe, oder sie habe beschädigen lassen. Der Depositar betreibt sein eignes Geschäft, wenn er gleich dabey mit einer fremden Sache zu thun hat, und indem er diese in Acht nimmt, handelt er zwar um des andern willen, aber doch nicht an seiner Stelle; eben so ist es mit allen andern Contrahenten außer dem Mandatar, dem Geschäftsführer, dem Vormunde; diese betreiben eigne Geschäfte, auch wenn es dabey auf Verwahrung einer fremden Sache ankommt. Daß hier die Grenzen von depositum und mandatum unter Umständen so in einander laufen können, daß man sie kaum zu unterscheiden im Stande ist, wird niemand läugnen wollen; aber dies ist, wie jeder weiß, nicht allein hier der Fall.

§. 95.

Will man denn nun also die Contracte nach allgemeinen Grundsätzen über praestatio culpae classificiren, so muß man dies so machen:

- I) es übernimmt jemand Geschäfte als Stellvertreter eines andern; so geschieht dies entweder
- 1) freywillig, so wird ohne Unterschied omnis culpa

prästirt: Dritter Grad der praestatio culpae.

Dahin gehört

a) Der Mandatar

b) Der negotiorum gestor a). In der Regel haftet er nur wegen der Geschäfte, die er wirklich geführt hat, und er ist damit nicht verpflichtet, auch alle übrigen Geschäfte des absens zu führen b). Verdrängte er aber auch durch seine gestio einen andern, der sich sonst aller angenommen haben würde, so muß er für alles, was er aufnahm, und was er liegen ließ, haften c). Uebernahm er ein Geschäft, was der absens gar nicht zu unternehmen pflegte, in seinem Namen und mit seinem Vermögen, so muß er sogar für den casus haften; aber natürlich kann er, wenn er in diesen *novis et insolitis negotiis* etwas gemann, dies mit dem compensiren, was er darin verlor, denn diesen Gewinn hätte vermuthlich weder der dominus negotiorum selbst noch ein Dritter für ihn gemacht d). Im Gegentheil haftet der negotiorum gestor nur für dolus (dolus und culpa lata), wenn er sich einer

a) L. 21. §. 3. L. 32. D. de negot. gest. L. 29. C. eod. L. 24. C. de usuris.

c) L. 6. §. 12. D. de negot.

gest.

b) L. 24. C. cit. f. auch oben §. 73.

d) L. 11. D. eod.

Sache annahm, die ohne dies sicher zu Grunde gegangen seyn würde a).

- 2) er war durch das Gesetz dazu genöthigt, so prästirt er zwar culpa außer dolus, aber er kann sich darauf berufen, daß er diligentia quam suis geleistet habe: Zweiter Grad der praestatio. Dahin gehört der tutor und der curator b).

II. Eine solche Stellvertretung findet nicht Statt, der Prästant hat aber vermöge der obligatio mit einer Sache zu thun, die entweder schon ganz fremd ist, oder doch, damit sie ganz fremd werde, überliefert werden soll; alsdann ist zu unterscheiden:

- 1) Der Prästant hat keinen Vortheil, der Contract ist von der Art, daß er ihn nicht seines pecuniären Interesse wegen eingegangen ist c); so prästirt er bloß dolus und culpa lata, er muß es aber auch für dolus gelten lassen, wenn er irgend einer negligentia suis rebus non consueta überführt wird: Erster Grad der praestatio culpa. Dahin gehören besonders

a) der Depositat d).

a) L. 3. §. 9. D. eod.

b) C. Cap. 7. §. 71.

c) Daß er seine Absicht nicht erreicht, macht nichts aus, z. B. ein Verkäufer, der einen schlechten Handel machte, wird darum

nicht nur wie ein Depositat verantwortlich.

d) L. 5. §. 2. D. commod. L. 1. §. 5. D. de O. et A. obligat. ~~quae ex delict~~ L. 1. C. de positi.

Drang er sich jedoch auf, so prästirt er culpa omnis a). Dasselbe gilt, wenn er etwas dafür erhielt, was kein eigentlicher Lohn seyn sollte b), denn war es eigentlicher Lohn, so gehört der Fall nicht hieher, obgleich er in L. 5. §. 2. commod. bey dem depositum angeführt wird.

b) Der Universalfiduciar c)

c) Der Singularfiduciar und der Legatar, der sein Legat an einen Dritten heraus geben soll, wenn sie nicht vermöge des Testaments noch sonst etwas bekommen. Ist das letztere der Fall, so muß culpa omnis prästirt werden d).

d) der Contract in L. 17. §. 2. in f. D. de praescript. verb.

§) er hat Vortheil; so prästirt er culpa und diligentia omnis: Dritter Grad der praestatio. Dahin sind folgende Contracte zu rechnen:

a) der Verkauf s. oben Cap. 9.

b) Die Micthe.

In L. 23. de R. I. und L. 5. §. 2. commod. wird die locatio conductio im Allgemeinen in die Klasse der Contracte gesetzt, welche culpa außer

a) L. 1. §. 35. depos.

b) L. 2. §. 24. D. de vi bonor. raptor.

c) L. 22. §. 3. D. ad SCt. Trebell.

d) L. 108. §. 12. D. de legat. I.

dolus zur Præstation bringen: in L. 11. §. 3. und L. 15. §. 1. D. locat. wird dies sodann negativ gestellt, es trete in den dort erörterten Fällen Freyheit von Verantwortung nur dann ein, wenn gar keine culpa vorhanden sey (si culpa careret conductor). In L. 25. §. 7. D. eod. von der schon oben mehrmals die Rede gewesen, wird nun aber recht deutlich gesagt, daß die praestatio culpa hier das Aeußerste der culpa begreife. Daß hier kein Ausnahmefall seyn könne, ist ebenfalls schon oben gezeigt worden; auch zeigt es der Schluß des Fragments. Es ist merkwürdig, wie dieser Stelle von Schumann sonderbar mitgespielt worden. Im Handb. Th. I. pag. 257. wird sie als eine Beweisstelle angeführt, daß culpa im weiten, aber eigentlichen (was er damit meint, ist schwer zu sagen) Sinne alle schädliche Unthätigkeit im Gegensatz von damnum iniuria datum (schädliche Thätigkeit) bedeute; daselbst pag. 508. wird behauptet, es sey am glaublichsten, daß Cajus hier bloß Unthätigkeit aus Versehen gemeint habe; in Th. II. pag. 248. endlich wird dagegen, geradezu, und ohne Anführung irgend eines Grundes, und in völliger Vergessenheit der vorigen Behauptungen, nicht allein daß hier eine schuldvolle Thätigkeit gemeint sey, be-

hauptet, sondern schlechthin gesagt, es sey von der *actio ex Lege Aquilla* darin die Rede. Das alles ist aber falsch, und es ist in der L. 25. §. 7. von dem *iudicium locati* die Rede, wie ich einem jeden beweisen will, der noch eines solchen Beweises bedarf, ein Fall einer außeraquilischen culpa läßt sich aber hier, wo immer mit Thätigkeit angefangen wird, und diese entweder mittelbar oder unmittelbar die gänzliche oder theilweise Zerstörung hervorbringt, nicht füglich denken. Dennoch muß dies Fragment für dies *iudicium* überhaupt beweisen, da nicht entfernt auf ein Verhältniß zur *Aquilla* hingedeutet, sondern alles unter einem Grundsatz gestellt wird, der die *diligentia* hier so gut trifft, als die *culpa*, welche nicht zu dieser gehört. Was diesem Beweise jedoch etwa noch abgeht, wird durch L. 28. C. de locato und §. penult. I. reichlich ergänzt. L. 55. pr. D. eod. und L. 4. C. eod. gehören nur in soweit hierher, als die *custodia* in den Speichern übernommen worden, und zwar für Geld, denn eine für Lohn übernommene *custodia* ist *locatio operarum*, und daß hier das *periculum custodiae* vollaus bis an den *casus fortuitus praesert* wird, beweisen nicht bloß diese Stellen, sondern auch L. 40. 41. D. eod. a)

a) S. noch L. 51. D. eod.

c) Der Faustpfandgläubiger. In L. 9. §. 5. D. de reb. auct. iud. possid. (Ulpianus) wird die culpa für das pignus so bestimmt, daß non solum dolus malus, verum culpa quoque debeat. Nach L. 30. D. de pignora. act. (Paulus) soll nur culpa, nicht vis maior prästet werden a). In L. 25. D. eod. (Ulpianus) ist von instruere pignoratos servos die Rede, und heißt es da: negligere enim creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur. Nachlässigkeit, Vernachlässigung gehört hier immer zur culpa b). In L. 22. §. 4. D. eod., wo vom Verkauf des Pfandes, und dem dabey vorgefallenen Evictionsversprechen die Rede ist, heißt es: si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Von einer Aquilischen culpa, ob schon von einer culpa in non faciendo, kann hier doch wohl nicht die Rede seyn; wenigstens geht hier das mit et verbundene: ut paterfamilias id gessit auf dieselbe vorher genannte culpa außer dolus, die also bloß dadurch näher bestimmt wird, wie sonst durch diligentia (diligentis patrisfami-

a) In dieser Stelle geht periculum auf casus; allein es bezieht sich schon auf die casuelle Begebenheit, von der gerade die Rede war. Für: eius periculo

ratem fuisse hätte Paulus auch sagen können: eius periculo hunc casum fuisse, wie es in §. 3. I. de emt. heißt.

b) Vergl. oben L. 226. d. V. S.

lias) oder auch durch *diligentia quam suis etc.* Ein nicht vollkommen gut calculirter Verkauf ist hier schon imputable Nachlässigkeit i. e. culpa. L. 19. C. de pignoribus fügt eben so die custodia hinzu: *dolum et culpam, sed et custodiam; vis maior* soll nicht prästirt werden. In L. 13. §. 1. L. 14. D. de pignor. act. endlich wird das pignus dem Commodat in Hinsicht der praestatio culpae durchaus gleichgestellt.

d) Der Usfructuar a).

e) Eben so der bonae fidei possessor bey der rei vindicatio post litem contestatam b). Vor der L. C. findet gar keine obligatio Statt, also ist er nur verantwortlich, wenn er durch dolus eine erzeugt. In unserer Beziehung kann der dolus hier keinen andern Sinn haben, als daß er den künftigen Kläger hat darum bringen wollen, wie in einer ähnlichen Beziehung in L. 18. §. 1. soluto matrim. vom maritus gesagt wird: *eum dumtaxat dolum ei nocere putem, quem propter uxorem adhibuit.* Es ist ein solcher dolus hier denkbar, da der Römer die bona fides des Besitzers lediglich nach dem Anfange des Besitzes

a) S. oben §. 89. in f.

§. 1. L. 63. D. de R. V. L. 16.

b) L. 45. L. 33. L. 51. L. 36. eod. §. 3. I. de offic. iud.

beurtheilte, und auch solcher dolus bey bloßer späteren Ungewißheit möglich ist. An diligentia ist zu dieser Zeit noch gar nicht zu denken, also auch nicht an diligentia quam suis a). Der malae fidei possessor haftet als morosus b). Immer wird hier verlangt, daß der Vindicant noch jetzt ein Interesse habe, wenn es auch wegen desselben Factums im iudicio Legis Aquiliae nicht darauf ankommt c).

f) Der Erbe im Verhältniß zu den Legataten und Singularfideicommissaren d).

g) Vor allen Dingen der Commodatar, da er sogar allen Vortheil allein hat e). Verhält sich der Fall zufällig umgekehrt, hat der Commodant allein Vortheil, so prästirt der Commodatar wie der Depositatar nur dolus f). Haben beyde Vortheil, also geschieht die Verleihung für einen gemeinsamen Zweck, so wird der Fall wie eine societas betrachtet, und gehört unter III.

a) L. 45. cit.

b) L. 15. §. 3. L. 62. §. 1. cod.

c) L. 27. §. 2. cod.

d) L. 50. §. 4. D. ad Leg. Falcid. §. 4. 5. L. 59. D. de legat. L. oben §. 44. Vergl. auch

L. 91. §. 2. D. V. O. und §. 16. I. de legat.

e) L. 5. D. commod. L. 1. §. 5. D. de O. et A. §. 2. I. quib. mod. v. c. o. L. 14. §. 10. 14. 14. D. de furt. §. 16. I. de obl. quae ex del. nasc.

f) L. 5. §. 10. D. commod.

III. Der Contractant hat eine gemeinsame Angelegenheit betrieben, mit einer gemeinschaftlichen Sache zu thun gehabt, so prästirt er zwar nicht bloß dolus, sondern auch culpa, aber diese läßt bey der diligentia die Entschuldigung zu, daß man im Eignen nicht fleißiger zu seyn pflege. Zweyter Grad der praestatio: hieher gehören:

1) Die societas a).

2) Die rerum communio (c. incidens) b).

3) Die Verbindlichkeit des Mannes in Hinsicht der dos, welche nicht auf seine Gefahr steht, sowohl als der Paraphernen, welche ihm zu gemeinsamen Zwecken anvertraut sind c). *)

a) C. oben §. 69.

b) C. oben §. 70.

c) L. 17. pr. D. de iure dot. L. 18. §. 1. in f. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1. D. solut. matr. L. 11. D. de pactis conventis. — L. 49. pr. D. solut. matr. L. 33. L. 35. L. 36. L. 49. D. de iure dot. L. 41. §. 3. D. eod. L. 6. L. 21. D. de pact. dotal.

*) Will man sich nun noch die Uebersicht erleichtern, so kann man ohne die Gründe anzugeben, nach den 3 Graden der Prästation classificiren:

1ster Grad: depositum, Universalfideicommiss, Vermächtniß, welches ohne Vortheil herausgegeben werden soll, der Contract in L. 17. §. 2.

in f. de praescript. verb., das Commodat, welches bloß zum Vortheil des Commodanten gereicht, das precarium.

2ter Grad: tutela, cura, dos, rerum communio, societas, das Commodat, welches zu beyder Vortheil eingegangen wurde.

3ter Grad: das Mandat, die negotiorum gestio, die Tutel und das depositum, wenn der Prästant sich aufdrang, der Kauf, die Miethe, das pignus, die cautio usufructuaria. die obligatio des b. f. possessor post L. C., der Erbe den Legataren, das Commodat.

Dieser Uebersicht sind noch einige Bemerkungen hinzuzufügen:

1) Das precarium gehört in keine dieser Classen, da es überall kein Contract ist, und keine obligatio das durch bewirkt wird. Es ist eine bloße Vergünstigung, die durch Abforderung zu jeder, dem Precisten gelegenen oder ungelegenen Zeit, oder, wenn geweigert wird, durch ein Interdict beendigt werden kann: so wenig wie bey der donatio findet hier eine eigentliche actio Statt. Daß dies bey dem Commodat anders war, hatte nicht bloß Nachtheile, sondern auch den Vortheil für den obligatus, daß er sich darauf berufen konnte, die bona fides wolle, daß ihm die Sache nicht in Mitte des beabsichtigten Gebrauchs wieder entrispen würde a). Das Commodat war freywillig im Anfang, verband aber auch den Commodanten, wenn die Sache einmal hingegeben war, das precarium war bis zu Ende ~~aus~~ freywillig; jenes, nicht dieses war ein negotium. Die Natur des Interdicts, welches durch keine obligatio, sondern nur durch eine unrechtmäßige Bewegung oder ein Delict (dolus — culpa lata) begründet war, vertrug sich nicht mit einer praestatio culpaee, und auch die Aquilische culpa konnte nicht in Betracht

a) L. 1. §. 3. commod.

gezogen werden. Aber wer könnte glauben, daß durch diesen Mangel an obligatio die obligatio ex delicto, welche der Aquilia unterworfen ist, verändert und auf dolus reducirt werden könnte, wenn eine precario hingeebene Sache Gegenstand derselben wäre. In der That war aber auch unter diesen Umständen, da die Sache immer so gut wie in den Händen des dominus blieb, dieser hinreichend gesichert, da der Precarist die Sache auch nicht durch das geringste Versehen beschädigen konnte, ohne sich die actio L. Aquiliae zuzuziehen. — Nur erst die mora konnte auch die culpa außer dolus, welche mit ihr verbunden war, und mit derselben als eine Handlung angesehen werden konnte, in das Interdict hineinziehen, und mora kann hier, wo keine obligatio vorhanden ist, erst durch das Interdict selbst entstehen. — Die in L. 8. §. 3. 6. 8. D. de precario und L. 14. §. 11. D. de furtis vorkommenden Aeußerungen (des Ulpian) hierüber haben also auch einen und denselben Sinn a).

- 2) Ein pactum adiectum kann in der Regel gegen die sonstige Natur des Contracts die praestatio cul-

a) *Gothofredus ad L. 23.* übertragung sub pacto fiduciae d. R. I. hilft hier wieder wie andere bey L. 18. in f. pr. D. nichts. commod., mit einer Eigenthums-

paе willkürlich bestimmen, und auch den casus hinüberziehen, der sonst bey keinem Contract a) prästirt wird. Nur aber der dolus darf nicht ausgeschlossen werden; jedoch kann durch Verabredung bewirkt werden, daß die culpa in concreto, nicht aber daß die culpa lata nicht mehr dolus sey b). Endlich kann indirect Unschädlichkeit des dolus bewirkt werden, daß man durch ein generelles pactum aller Klage zum Voraus ent sagt c), denn verschenken kann ein Jeder so viel er will.

3) Wird die Sache dem Prästanten geschätzt übergeben, ohne daß eine Veräußerung dadurch geschehen soll, so liegt darin nach der Ansicht der Römer ein stillschweiger Vertrag, daß aller Fleiß im Bewahren an-

a) Nach Römischen Recht wird nirgends ex obligatione der casus prästirt, wie z. B. das Deutsche Recht ihn bey dem Commodat prästiren läßt; denn ein ganz anderes Ding ist es, wenn ich mich wie bey dem mutuum verpflichte, nur Stücke von demselben Werth zurückzugeben, oder wie bey der aestimatio venditionis causa, die Entrichtung der bestimmten Summe übernehme: hier geht allerdings das periculum über; aber praestatio casus findet nur Statt, wenn ich gerade die Sache und einzig die Sache zu restituiren

verpflichtet bleibe, und nun noch dazu schuldig bin, wenn ein Zufall mir dies unmöglich machen sollte ohne alle meine Schuld, dennoch Ersatz zu leisten. C. übrigens L. 1. §. 35. depos. L. 7. §. 15. L. 27. §. 3. de pactis.

b) L. 23. d. R. 1. L. 5. §. 2. commod. L. 1. §. 6. 7. 35. depos. L. 2. §. 23 (24.) D. de vi bonor. rapt. L. 39. D. mand. C. überhaupt oben §. 60.

c) Dies ist der wahre Sinn der Endworte in L. 27. §. 3. cit. vergl. L. 7. §. 15. cit.

gewandt werden solle; ist also der Contract ein solcher, welcher an sich entweder nur dolus und culpa lata oder doch nur custodia minus plena (Diligentia quam suis etc.) erfordert, so wird durch die aestimatio die praestatio culpaë erhöht, und es muß nun custodia plena geleistet werden, und der Prästant erhält nun auch die actio furti, weil er in dubio für das furtum herkommen muß. Diese Ansicht scheint durchaus verständig und practisch richtig zu seyn, denn wer z. B. einem socius eine zu gemeinsamen Zwecken zu gebrauchende Sache übergibt, und sie ihm dabey zu einem bestimmten Werth ansetzt, sollte sie durch seine Nachlässigkeit beschädigt werden sollte, will damit Nachlässigkeit jeder Art ausschließen, und da er damit vorzügliche Sorgfalt für diese Sache zeigt, so kann er auch bey dem andern darauf rechnen, daß dieser alle mögliche Sorgfalt anwenden werde. Wir haben, so viel ich weiß, nur eine Stelle (L. 5. §. 3. commod. spricht nicht hiervon), welche dies rechtfertigt, nämlich L. 52. §. 3. D. pro socio a), aber diese rechtfertigt es auch vollständig. Daß der socius die actio furti in der Regel nicht haben könne, ist nach §. 83. ausgemacht, nun wird aber in einem Fall, da dem socius Wich

a) S. oben §. 49.

anvertraut war, um es zu weiden, und zwar societatis contrahendae causa, vorher aber eine Schätzung vorgenommen war, gesagt, der Schade sey nur dann gemeinsam, wenn gar kein dolus und gar keine culpa des socius, qui pecus aestimatum accepit, in der Mitte liege, und dies sey nur der Fall, wenn durch eine vis maior, z. B. Raub, Feuersbrunst, welche durch keine Sorgfalt hätten abgewandt werden können, die Thiere umgekommen wären; sonst aber und insbesondere auch, wenn das Vieh gestohlen worden wäre, sey sein der Schade allein, weil er aus dem Grunde der aestimatio custodia zu prästiren habe (quia custodiam praestare debuit qui aestimatum accepit). Durch die hierauf folgenden Endworte wird eine aestimatio dieser Art von der aestimatio, welche in L. 5. §. 3. commod. gemeint ist, und z. B. noch in L. 10. pr. L. 16. 18. D. de iure dot. L. 5. 10. C. eod. vorkommt, abge-
sondert a).

a) Ueber die Erhöhung der praestatio culpa durch zufällig eintretende Umstände haben wir eine eigne Abhandlung: Hildebrand de augmento culpa. Altdorf. 1701. Es läßt sich denken, daß, um diesen armen Stoff zu einigen Bogen auszuspinnen, die contractmäßige culpa und unnütze

Wiederholungen den arbeitsamen Theil füllen mußten. Es steht noch zu erwarten, daß auch über die Herabsetzung der culpa eine Dissertation geschrieben werde. Im Kern ist denn auch Hildebrands Schrift so recht nüchtern und fade, und kein interessanter Punkt ist befriedigend aus-

- 4) Im Fall einer mora wird bekanntlich immer das Aeußerste, selbst der casus prästirt; war aber der Gegner in mora, so prästirt er von da an nur noch dolus, wenn er vorher gleich mehr prästirte a).
- 5) Bey den negotiis stricti iuris, die nur auf ein dare gerichtet sind, kam gar keine diligentia in Betracht b).
- 6) J. der Contractus innominatus ist, wie der Fall in L. 17, §. 2. praescri. verb., nach den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen und zu classificiren.

§. 97.

Es möchte sich der Mühe verlohnen, mit dem so eben vorgestragenen System der praestatio culpae dasjenige zu

geführt. Hätte es nur die Menge der Fälle eines solchen augmenti, die er aufzählt, gut machen können: an diesem Vorzug hat er es nicht fehlen lassen. Die oblatio spontanea wird unbedingt für erhöhend ausgegeben; hier wäre es jedoch interessant gewesen, zu fragen, ob denn auch der socius zu mehr als diligentia quam suis etc. verpflichtet werde, wenn er es war, der den andern zuerst zur Eingebung der societas mit ihm anreizte; dies ist denn aber so wenig der Fall, als es die Prästatiön des Mannes erhöhen kann, wenn er sich u. Frau und

das auch noch so angelegentlich bewarb. Natürlich werden auch qualitas rei z. B. Zertrechlichkeit (L. 25. §. 7. D. locati!) und ars, quam quis prokretetur, zu augmentis culpae gemacht u. s. w. Das Werklein verdiente nicht über 100 Jahre alt zu werden, aber die Deutschen haben vor allen andern Nationen das beste Gedächtniß, wenigstens in der Literatur.

a) L. 9. D. solut. matrim. L. 17. pr. de peric. et. comm. r. v.

b) L. 91. pr. D. de V. O. s. oben §. 34.

vergleichen, welches in den Institutionen aufgestellt worden. Hier ist die Doctrin von der culpa bey obligationes, obgleich nicht vollständig für sich allein hingestellt, doch so umständlich und unter Vergleichung mehrerer Contracte abgehandelt worden, daß diese Behandlung in Hinsicht der Wissenschaftlichkeit, wenn auch nicht den Vorzug vor der in den Pandekten, doch auch nicht ihr nachgeschet zu werden verdient. Man hat bisher die aus den Pandekten hergenommenen Vorstellungen bey Erklärung und Ergänzung dieses Institutionen-Systems herzugetragen; es dürfte aber gut seyn, einmal ganz davon zu abstrahiren, und zuzusehen, was denn in diesem Abris für Anfänger steht und was nicht darin steht. Darum werden hier die davon redenden Artikel in ihrer Folge durchgemustert und dabey mit des Theophilus Paraphrase verglichen werden.

Zuerst der ganze 15te, (14te) Tit. des 3ten Buchs beschäftigt sich fast allein mit der praestatio culpaey bey den Realcontracten und, was hier gleich auffällt, es ist bloß von custodia die Rede, und immer kommen solche Ausdrücke vor, welche zeigen, daß an die Aquilische culpa gar nicht gedacht worden. Als der erste Realcontract wird das mutuum erwähnt, das Eigenthum gehe hier über und der mutuo accipiens werde nicht verpflichtet, dieselben Sachen, sondern nur res eiusdem naturae et qualitatis, wenn auch andere, zurückzugeben, daher könne ihn auch nicht der zufällige Untergang der empfangenen Sache be-

freien; bey dem Commodat, dem zweiten Realcontract, sey dies schon anders, (§. 2.) der Commodatar habe gerade die individuelle Sache, welche er empfangen, zu restituiren, eben daher befreye ihn denn aber auch ein reiner Zufall, obgleich er allerdings (sane) *exactam diligentiam in custodiendo* prästiren müsse, und nicht etwa mit der Entschuldigung auskommen könne, er habe *diligentia quam suis etc.* angewandt, denn es sey genug, wenn schon ein anderer die Sache fleißiger bewahren können; auch befreye selbst der casus nur, wenn der Commodatar ihn nicht selbst durch seine Schuld herbegezogen, wofür es zum Beispiel zu halten sey, wenn er die geliebene Sache ohne Erlaubniß in die Fremde nehme, und sie ihm unterwegs abgenommen werde. Dies sey der Unterschied des Commodats vom mutuo, von der locatio usus unterscheide es sich dadurch, daß bey dieser der Gebrauch bezahlt werde. Der dritte Realcontract sey das depositum; auch hier, wie bey dem Commodat, müsse dieselbe Sache zurückgegeben werden, es sey aber doch der Unterschied, daß der Depositar nur für dolus, und nicht für Nachlässigkeit (*desidia ac negligentia*) hafte. Werde daher die Sache gestohlen, weil jener nicht Acht gab, so habe sich der Deponent über sich selbst und seine eigene Unvorsichtigkeit in der Wahl seines Freundes zu beklagen, dem Depositar könne er nichts anhaben. Endlich noch ein vierter Realcontract sey das pignus, auch hier trete näm-

lich eine Verpflichtung (des creditor) ein, die übergebene Sache zurückzuliefern, aber auch hier sey es genug, weil beyde (also auch der debitor auf seiner Seite) Vortheil hätten, (wie bey dem Commodat) *exacta diligentia* zu verlangen; habe der creditor diese geleistet, so könne er ungehindert sein *creditum* fordern, und ein *casus fortuitus* könne ihn (so wenig als den Commodatar) verantwortlich machen.

Die von mir eingestreuten Parenthesen sind, denke ich, dem Zusammenhange, wie ihn jeder Unbefangene herausfühlen wird, gemäß. Dieser nun gibt folgende Bemerkungen an die Hand: 1) Es ist hier offenbar die Absicht, die *praestatio culpae* bey jedem dieser Contracte aufs genaueste zu bestimmen; dennoch wird das Commodat hier ganz für sich allein dadurch charakterisirt, daß dabey *diligentia exacta in custodiendo* und weder auch der *casus*, noch etwa nur *diligentia quam suis etc. in custodiendo* prästirt werde. Gibt es drey Grade der culpa in abstracto, so muß eben so gut die culpa levis in custodiendo mehr seyn können, als die *diligentia quam suis etc.* als es die culpa levissima oder die *diligentia s. str.* (hier *diligentia exacta*) seyn kann, denn der Fleiß, den ich mir im Eignen angewöhnt, kann dann ja eben so wohl geringer als das *oppositum* der culpa levis und dennoch ohne culpa lata seyn, als er zwischen der *diligentia diligentis* und der *diligentia diligentissimi* in der

Mitte liegen kann. Läge nun aber, was dann bey dem Commodat vor allem der Fall seyn müßte, eine culpa levis zwischen dem, was wirklich zu prästiren, und der dilig. q. s. in der Mitte, so wäre es ja höchst fehlerhaft, das Commodat dadurch zu charakterisiren, daß nicht diligentia q. s. prästirt werde, um so fehlerhafter, da der ganze Unterschied zwischen dilig. q. s. und diligentia diligentis etc., wenn man auch die alte Theorie annimmt, nur bey Contracten vorkommen kann, bey denen im Ganzen culpa levis prästirt wird; um so fehlerhafter, da hier der Ausdruck *exacta diligentia* gebraucht worden. So wenig waren doch wohl die Römer ihres Superlativs nicht mächtig, daß sie ihn auch hier, wo er dann so nöthig war, sollten vergessen haben. Ja was noch mehr ist, derselbe Ausdruck kommt auch noch nachher bey dem pignus vor, welches doch nach der alten Theorie nur culpa levis aufnehmen kann. Daß einige, z. B. Cujacius, hier eine ihnen abgezwungene Conjectur: *exactissimam diligentiam* wagten, kann so wenig etwas ausmachen, als wenn etwa schon früher ein seltener Codex sie aufgenommen haben sollte: das Wörtchen wurde aus der im übrigen fast gleichlautenden Parallelfelle des Cajus L. 1. §. 4. D. de V. O. herübergebracht. Auch darf es nicht beunruhigen, wenn einige das Wörtchen *sane* vor *exactam* als verstärkend ansehen; wer Augen hat zu sehen, der wird leicht bemerken, daß es nach dem Zusammenhange nichts

weiter sagt, als das, was ich es in meiner Paraphrase habe sagen lassen.

2) es war noch eine besondere Veranlassung, bey dem Commodat bemerklich zu machen, daß nicht etwa nur culpa levis, sondern das Aeußerste prästirt würde, wenn anders diese verschieden wären, und darauf die Aufmerksamkeit zu richten, daß einseitiger und beyderseitiger Nutzen, auch wenn jener auf Seiten des Prästanten ist, einen Unterschied machten, wenn anders dies sich so verhielte; denn am Ende des §. 2. wird das Commodat mit der locatio usus verglichen, aber da steht von culpa kein Wort, sondern bloß, daß der Unterschied in dem bezahlten und nicht bezahlten Gebrauch liege. Dagegen kommt in diesem ganzen Artikel kein Contract vor, der sich durch praestatio diligentiae quam suis etc. auszeichnet, mit dem also das Commodat in diesem Betracht hätte verglichen, und dadurch jene Bemerkung nothwendig werden können; es sey denn, daß man das depositum dafür gelten lassen wollte, doch davon gleich.

3) Daß Cajus, denn von dem ist diese Stelle gewiß durch die Ausschließung der diligentia q. s. bey dem Commodat, dieses nicht mit dem folgenden depositum vergleichen wollen, oder dieses dabey vor Augen gehabt, ist klar, denn sonst hätte er doch wohl bey diesem hier angeführt, daß dies gerade ein Contract sey, bey dem nur diligentia q. s. in custodiendo prästirt werde, es wird

aber dagegen nur gesagt, das depositum lasse bloß dolus und keine negligentia zu. Nämlich wie schon bemerkt worden, ist im ganzen Titel bloß von custodia die Rede, und ist also die diligentia quam suis in allem Betracht völlig so beym depositum wie bey den andern Contracten der societas, tutela etc. zu verstehen; und ist sie mit der culpa lata auch schon dem Worte nach eins, so war es hier gerade recht charakterisch für das depositum, daß es allein diligentia q. s. zur Præstation bringe. Da nun dieser aber beym depositum nicht, wohl aber beym Commodat derselben erwähnt wird, so sieht man schon hieraus, daß zwischen diesen beyden Contracten noch andere zwischen inne liegen, welche sich auch in Betracht der praestatio custodiae dadurch unterscheiden, daß sie weder bloß dolus und culpa lata, noch auch exacta diligentia, sondern einen Mittelgrad der Præstation: diligentia quam suis etc. aufnehmen, und das war denn unsere obige Theorie.

4) Vom pignus wird am Schlusse gesagt, es sey hinlänglich, wenn der creditor exactam diligentiam leiste, für den casus hafte er nicht, und zwar indem auch hier nicht etwa bloß der casus verneint, sondern offenbar die Præstation vollständig mit kurzen Zügen bezeichnet werden soll, wie selbst der hinzugefügte Grund: weil beyde Nutzen haben, zeigt. Läge nun noch etwas in der Mitte, worauf sich eigentlich dies sufficit beziehen müßte, so wäre

es doch verrückt, so, wie gesagt, zu sprechen, statt richtig zu sagen: Weil beyde Nutzen haben, so ist es genug, wenn der creditor *diligentia exacta* leiste, nicht aber (wie wenn er allein Nutzen hätte) erforderlich, daß er *diligentia exactissima* leiste, noch weniger aber, daß er den casus prästire. Wie unflug, hier ein Glied rein zu überspringen: und wenn keins übersprungen ist, so ist damit zugleich erwiesen, daß einseitiger Nutzen des Prästanten und doppelseitiger sich gleich stehen: bey dem Commodat wird auch vorher der Einseitigkeit des Vortheils gar nicht erwähnt, was sicher nicht wäre verabsäumt worden, wenn es einen so wichtigen Unterschied machte.

Theophilus hat nichts, was unserer Auslegung widerstritte. Daß er in §. 2. *exacta diligentia* las, und daß er dem Wort *sane* keinen den Superlativ ersetzenden Sinn beylegte, sieht man deutlich: „*At commodatarius diligenter (ἐπιμελῶς) tamen commodatum custodiens, non convenitur neque sufficit ei tantam circa commodatum curam ostendere, quantum in suis habet rebus, sed quantum alius diligentior habere potest.*“ In §. ult. ist das *sufficit* verwischt, dagegen zeigen seine Ausdrücke, wenn man sie mit seinem simplen ἐπιμελῶς bey dem Commodat vergleicht, noch klarer, daß er das *pignus* nicht nachstellte, und daß er einsah, der Nutzen mit dem andern zusammen getheilt dem alleinigen Nutzen gleich: „*hac autem pignus in amoborum utilitatem inventum*

est — — utique propter hoc, *tanquam lucrum faciens*, quod de debito sis securus, magnam diligentiam (*πολλήν ἐπιμέλειαν* Fleiß in reichlichem Maße) adhibere debes circa eius custodiam. Sed si fortuito casu contingat pignus perire, impune habebit creditor (*ἔξει το ἀνεύθυνον ὁ κρεδτωρ*) et debitum tamen repetet.“ Ich denke doch, mit dieser reichlichen Besliffenheit stand die diligentia quam suis etc. so gut wie beym Commodat im Gegensatz, und sicher gränzte jene wie dort an den casus, indem sie von der Imputation nichts übrig ließ.

Im §. 2. macht Theophilus gleich einen ansehnlichen Fehler, der seine Autorität in dieser Materie merklich verringert. Er sagt: *Multum autem distat commodatum a mutuo, mutuum enim transfert dominium, at commodatum non transfert, atque ideo commodatarius ad restitutionem rei tenetur. Est autem et alia differentia*, nam mutuum accipiens etsi qualicumque fortuito casu mutuum amiserit, veluti — — — nihilominus obligatus manet; at commodatarius s. oben. Das zweyte ist keinesweges annoch ein anderer Unterschied, sondern eine simple Folge aus dem Ersten. Eine solche Darstellung ist immer verwirrend und gibt der Erkenntniß eine schiefe Richtung.

Dies ist denn nun die Hauptstelle in den Institutionen über culpa, indem sie mehrere Contracte mit einan-

der vergleicht, und deutlich auf die 3 Grade der *praestatio* hinweist, aber auch schon für sich allein allen Zweifel aufhebt, ob es vielleicht nicht auch 3 Grade der *culpa* geben könne.

§. 98.

Wloß vom *venditor* handelt §. 3. I. de *emt. vendit.*, erweckt aber zugleich ein allgemeineres Interesse durch das, was darin über die *suscepta custodia* gesagt wird. Sobald der Kauf abgeschlossen ist, heißt es, wenn gleich die Sache noch in den Händen des Verkäufers bleibt, geht das *periculum* auf den Käufer über, *reiner casus* also, *vis maior*, z. B. ein Slave starb, ein Haus brennte auf, ein *fundus* ward von Wassergewalt weggerissen *re. tragt jener nicht*; denn (nun kommt erst die *praestatio culpa*) was immer ohne *dolus* und ohne *culpa* des Verkäufers sich ereignete, macht ihn nicht verantwortlich. Wenn hier *culpa* den mittlern Grad bedeutete, sollte wohl wieder vergessen worden seyn, zu bemerken, daß er ja nicht einmal den noch übrigen Grad der *culpa* trage? Dies und die *Negation* mußte ja nothwendig den Anfänger, der von dem dritten Grade noch nichts erfahren, irre führen. Natürlich verstand er das *sine dolo et culpa* nach den Regeln der Sprache von Abwesenheit aller *culpa*. Nachdem inzwischen bemerkt worden, daß, so wie den Abwachs, der Käufer auch den Zuwachs, so wie den Schaden, so den Gewinn haben müsse, wird die Frage aufgeworfen:

wie, wenn keine *vis maior*, kein äußerer Vorfall, dem in der Regel menschliche Kräfte überall nicht zu widerstehen vermögen, aber doch ein Zufall die Sache trifft, nämlich ein verkaufter Slave wird dem Verkäufer gestohlen oder entläuft ihm, und zwar ganz und gar ohne seine Schuld („*ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat*“), wie dann? Es muß unterschieden werden, ist die Antwort, ob er die *custodia* bis zur *traditio* auf sich nahm, oder nicht, wenn das, so steht dieser Zufall auf seine Gefahr („*ad ipsius periculum is casus pertinet*“), wenn nicht, so ist er frey. Eben so ist es mit andern Thieren, eben so mit andern Sachen. Nur muß er allerdings seine Klagen: die *rei vindicatio*, die *condictio furti*, nicht weniger die *actio furti* und die *Aquilische* Klage cediten, die ihm als *dominus* zustehen.

Ich bitte hier zu bemerken: die Frage war nicht, wie wenn der Slave, floh oder gestohlen wurde, wann ist hier Schuld vorhanden, und daher Verantwortung, und wann nicht; wann konnte dem Verkäufer wegen unterlassener *custodia* Schuld gegeben werden, wann nicht? Diese oben (§. 87.) erörterte Frage würde hier gar nicht aufgeworfen; sondern die: wenn er nun gar nicht in *culpa* war, wenn ihm also auch wegen unterlassener *custodia* keine Schuld aufgebürdet werden kann, trifft ihn dieser (reine) Zufall auch, oder trifft er den Käufer, wie das Unglück, welches eine überwältigende Naturbegebenheit angerichtet (*vis ma-*

ior), ihn trifft? Man kann einwenden, wie konnte dies zur Frage gestellt werden, da Schuldlosigkeit Schuldlosigkeit ist, und wenn vis maior, eben weil sie Schuldlosigkeit mit sich führt, den Verkäufer von seiner Verbindlichkeit befreyt, muß nicht auch ein unverschuldeter Diebstahl ihn immer befreyen? wie kann hier ein Unterschied seyn? Die Institutionen meinen es anders, sie meinen, es sey noch ein Unterschied, ob custodia ausdrücklich und speciell übernommen worden, wäre das, so könne das natürlich auf vis maior keine Beziehung haben, denn es sey Unsinn, eine Sache gegen Uebermacht schützen zu wollen, wohl aber könne es auf Diebstahl, Flucht und damnum iniuria datum a) bezogen werden; und zwar so, daß die Uebernahme so viel im Munde führe, als, er wolle es schon unmdglich machen, daß dergleichen nicht geschehe, da er denn auf allen Fall dafür einstehen müsse, und mit dem Einwande, er habe es doch nicht können, und sey also ohne Schuld, schlech-

a) Daß dies mit gemeint sey, dankenlos exerepirt ist, im Ganzen zeigt die Rennung der zu cedirenden damni iniuriae actio am Ende; in der That kann auch der Satz: custodia adversus vim parum proficit in L. 31. pr. D. de act. omt. hier gar keine regelmäßige Anwendung finden, und Ulpianus (L. 41. pr. locati) muß gegen Marcellus, wenn gleich dieser in L. 19. C. commod. ge-

zuzen Recht behalten, denn man kann ja sehr oft der Unvorsichtigkeit anderer, welche die Sache gefährdet (und dies sind ja gerade die meisten Fälle), und selbst ihrer Bosheit vorbeugen; nur daß man seine Gliedmaßen daran setze, kann nicht verlangt werden; doch doch darüber s. weiter unt.

terdings nicht mehr zu hören sey. Die Richtigkeit hiervon bey dem *Scloven* vorausgesetzt, verstand es sich auch ohne die ausdrückliche Erinnerung von selbst, daß es bey andern Sachen nicht anders seyn konnte. Aber eine andere Frage ist, ob das denn richtig sey, und ob nicht vielleicht der Verfasser dieser Stelle, oder der, welcher sie überarbeitet, selbst in Mißverständnis und Irrthum befangen gewesen. Die Entscheidung wird dadurch erschwert, daß hier oft die Sprache einen Unterschied mache, und man nicht mit völliger Zuversicht sagen kann, was denn im gemeinen Leben der vermuthliche Sinn gewesen, wenn eine der Parteien erklärte, *se custodiam suscepturum*; aber gerade bey dem Hauptfall dieser Stelle, da der *Scloven* entflohen oder gestohlen wurde, entsteht der große Zweifel, daß nach allem, was in §. 87. über diesen Fall gesagt worden, es doch bey weitem natürlicher seyn mußte, jede Clausel auf die in der Regel fehlende, in *casu concreto* aber eintretende Nothwendigkeit einer besondern Aufsicht über den *Scloven*, also nicht auf eine erhöhte obligatio, sondern auf etwas Factisches zu beziehen (entweder es war schon Verdacht gegen den *Scloven*, oder der *emptor* wollte zu seiner Sicherheit, und da er den *Scloven* doch noch nicht selbst gebrauchen konnte, eine strengere Aufsicht), mithin auch noch immer die *exceptio culpae deficientis*, sobald die sorgfältigste Aufsicht dennoch fehl geschlagen, zu-

zulassen; das mußte denn aber freilich bey andern Sachen gewöhnlich eine ganz andere Gestalt annehmen a).

Theophilus, scheint es, hat sich auch nicht darin zu finden gewußt, er definirt an dem Orte, wo von der Uebernahme der custodia die Rede ist, diese in einer Pa-

a) Vorzüglich aus dieser Institutionenstelle wollte bekanntlich Schömann die Regel herleiten, daß wenn jemand ausdrücklich custodia übernehme, der sie nach der Natur der gerade vorhandenen obligatio ohne hin schon zu leisten verbunden sey, er nunmehr sogar den casus zu prästiren habe. Daß dies nicht so unbedingt gelten könne, war mir gleich einleuchtend; ich bezog es aber allein auf furtum und damnum iniuria datum. Durch eine gelegentliche Aeußerung des Herrn Professor v. Savigny ward ich zuerst bedenklich gemacht, und nun gesteh' ich denn freilich aus den im Text angegebenen Gründen ein, daß jene Stelle wenig Unterstützung gewähren möchte. — Gensler l. c. pag. 62. ist damit im Klaren, daß der casus unbedingt, das „periculum rei custodiendae interitus vel deteriorationis“, wie er es nennt, durch jenes Versprechen übernommen werde. Außer der Institutionenstelle und dem Satz: verba cum effectu sunt accipienda, führt er noch

an: L. 55. pr. L. 60. §. 9. D. locati L. 4. C. eod., die bekannten, von verpachteten horreis handelnden Stellen, welche aber, so viel ich sehen kann, gar nicht hieher gehören. Dabey wird denn Theophilus zurecht gewiesen, daß er von einer *ὑπερβαλλουσα παραφυλακή* spreche: der Verfasser übersetzt dies übermäßige Obhut. Ja, wenn das die richtige Uebersetzung ist, so muß Theoph. doppelte Streiche leiden, denn übermäßig ist ein tadelndes Wort. Der *summa diligentia* (nach Gensler der 3te Grad) sey ja im Gegentheil ihr rechtes Maß und Ziel gesetzt; dabey beruft er sich auf L. 6. D. de iur. et fact. ignor., die doch nur 3 Glieder annimmt: *supina ignorantia* (*negligentia crassa, nimia securitas*), *dilatatoria curiositas*, und was als Mittelglied dazwischen liegt, und nur dieses Mittelglied gelten läßt. Hier soll doch wohl nicht der rechte Maßstab für die *diligentia summa* niedergelegt seyn? und wo denn sonst?

tenthese dahin, sie sey *η ακριβεστάτη και υπερβάλλουσα παραφυλακή*, welches man eine scrupulosissima et superabundans cura, eine höchst subtile und überfließende Sorgfalt im Bewahren übersetzen könnte: aber dies gibt entweder einen mit dem angegebenen Zusammenhang des Originals widersprechenden, oder auch einen über- und aus einander-fließenden Sinn. Dabey bezieht er getreulich die Gleichstellung der andern Sachen mit dem servus recht eigentlich auf den Fall, da custodia übernommen worden, und rechnet sogar einige Thiere auf, von denen ein Gleiches gelten müsse.

§. 99.

So wie in der eben beurtheilten Stelle bey dem Kaufe die culpa überhaupt und ohne Unterschied des Grades verworfen wird, so auch in §. penult. l. de locat. bey der Miethe. Im Anfange wird gesagt, worüber es an einer lex contractus fehle, das müsse ex bono et aequo prästirt werden; dann werden einige Fälle namhaft gemacht, bey denen es auf custodia vorzüglich ankommt, und dann ausgesprochen, so müsse sie geleistet werden, wie sie ein diligentissimus paterfamilias seinen Sachen widme a);

a) *Genlar l. c. pag. 72. 73.* emendirt hier den Text, man möge sich gefallen lassen zu lesen: qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum, mercedem nec dedit nec promisit, ab eo talis custodia desideratur, qualem etc. dann wäre vom Epmmodat die Rede, und solche Digressionen, um nahe angränzende Geschäfte zu vergleichen, seyen so recht im Geiste der Römer. —

nur Verlust durch Zufall befreie. Theophilus spricht hier von *σφοδρα ἐπιμελέστατος*, welches Keiz longe diligentissimus homo übersetzt. Ist dies mehr oder weniger als exacta diligentia in §. 1. und 4. I. quib. mod. r. c. o. und als exactissima diligentia in §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr.? Eine Singularität ist hier sicher nicht vorhanden, schon darum nicht, weil man nothwendig nicht unterlassen konnte, noch wollte, hier die culpa überhaupt bey der Miethe zu bestimmen a).

Auf diesem Wege fortgegangen, welche Theorie sollte sich da nicht aus dem Römischen Rechte erweisen lassen?

a) Dagegen erklärt sich auch *Vinnius ad h.l.* mit gutem Grunde. Daß aber auch hier wie in den übrigen Stellen der Institutionen, die Præstation dicht an den casus, welcher allein verneint wird, gerückt ist, glaubt er leicht aus dem Wege räumen zu können: „quod autem, sagt er, hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam a conductore praestari, nihil enim frequentius est iure nostro, quam ut posita praestatione doli et culpae, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus, *insuperhabito, utrum eo amplius etiam levissima culpa praestetur nec ne, utpote quae rare praestetur, et vix culpa sit.* Ja wohl vix culpa sit. Zu §. ult. tit. 15.

commentirt er dies so: quae pene modum excedit, et qualem diligentissimus aliquis et unus forte e multis suis rebus adhibet. Es ist merkwürdig, wie verstockt man hier war. — Ueberhaupt ist der vortrefliche *Winnius* sehr schwach in dieser Materie, so z. B. gibt er zu, es sey einsältig von Justinian, daß er in dem erwähnten Titel sich desselben Ausdrucks (exacta d.) bey *pignus* wie bey *commodat* bedient habe, aber er versichert treuherzig, er könne doch unmöglich eins und dasselbe dabey gedacht haben u. s. w. Der größte Fehler aber war, daß er seinen miltlern Grad, die culpa levis, mit der culpa in concreto zusammenmengte. Er konnte sich aber nicht anders retten, da er die Worte: quem hominum natura desiderat in L. 32. depos. richtig von diligentia diligentis patrisfam. verstand. Seine Verlegenheit bekennt

Uebrigens ist in beyden Stellen des Gegensatzes von *diligentia quam suis* nicht gedacht a). Man darf aber daraus nicht schließen, daß er hier nicht in eben dem Sinn wie bey dem *Commodat* gilt. Dieser Gegensatz kommt erst wieder im folgenden Titel, in §. ult. I. de societate vor, von welcher Stelle schon oben §. 49. ausführlich die Rede gewesen, aber um anzuzeigen, daß *culpa* hier auf *diligentia quam-suis* zu beschränken sey. (Theophilus gibt nichts besonderes.)

Daß sie dagegen bey der *negotiorum gestio* nicht zu beschränken, sondern vielmehr *diligentia exactissima* zu leisten sey, sagt §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr. der Vorwurf sey zur Begründung der Klage genug, daß ein anderer Fleißigere dies Geschäfte besser geführt haben würde b). Theophilus spricht hier wieder von einer *ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα ἐπιμέλεια*, welches Reiz hier: *exactissimam et superabundantem diligentiam* übersetzt.

er selbst ad §. ult. I. de societ., mit welcher Stelle er natürlich gar nichts anzufangen weiß; nicht alle waren so aufrichtig wie er, der sich immer durch etwas Gutes auszuzeichnen pflegt.

a) In L. 3. D. de peric. et commod. r. v. geschieht dies aber bey dem Kaufe, so daß man sieht, es es sey nur zufällig unterlassen.

b) Es ist auffallend, daß von der *praestatio culpae* bey dem Mandat im tit. I. de mandato und überall nicht in den Institutionen die Rede ist; dies wäre nicht wohl zu begreifen, wenn nicht auch hier schon die *alienorum negotiorum gestio* an sich den Ausschlag gäbe; s. oben §. 94.

Wir müssen uns hierbey noch ein wenig verweilen. Einige haben nämlich die Worte: *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia* auf einen bestimmten Jemand bezogen, und gemeint, der Satz sollte sagen: wenn sich nachweisen ließe, daß irgend ein bestimmter Andern, welcher wegen seines größeren Talents das vorgefallene Versehen nicht würde haben begehen können, sich gewiß oder wahrscheinlich der Geschäfte würde angenommen haben, wenn der Gerierende sich nicht gedrängt hätte, Abgesehen von dem, was die Grammatik hiergegen zu sagen hätte, und von dem Sinn dieser Formel im Allgemeinen, wovon unten, stehen noch folgende Gründe dieser Auslegung entgegen:

- 1) es mußte hier in den Anfangsgründen des Rechts darum zu thun seyn, die *praestatio* bey der *negotiorum gestio* im Allgemeinen zu bestimmen; nehmen wir jenen Sinn an, so würde folgen, daß nur der seltene Fall, da ein seltener Mensch versdrängt worden, gemeint sey.
- 2) daß hier schon in abstracto das Neueste der Imputation eintrete, kann nach dem, was oben über die *praestatio culpae* bey *negotiis gestis* überhaupt gesagt worden, keinen Zweifel leiden. Sicher aber wird ein tüchtiges Betragen, eine feste sichere Behandlungsweise erfordert, dazu gehört aber vor allen Dingen, daß man dem fremden Geschäft, was gerade unten

nommen werden soll, gewachsen sey. Wer aber einer Sache gewachsen ist, der wird sie bey ordentlicher Anstrengung seiner Kräfte glücklich zu Ende führen, wenn ihn nicht ein besonderes Unglück, ein widriges Ungefähr überkommt, welches menschliche Klugheit nicht voraussehen, menschliche Kraft nicht abzuwehren pflegt. Gesezt nun, der negotiorum gestor verdrängte wissentlich einen talentvollen Menschen, d. h. er wußte, dieser wolle sich der Geschäfte annehmen, er kommt ihm aber aus Eifer zuvor, so ist er entweder der Sache nicht völlig gewachsen, und thut daher Schaden, so bedarf es der Vergleichung mit dem Talentvollen gar nicht, um ihn verantwortlich zu machen; oder seine Kraft reicht hin, so bedarf es in der Regel nur seines vollen Fleißes, den mußte er ohne jene Verdrängung anwenden a). Ereignet sich nun also ein unglücklicher Zufall, z. B. eine Sache, die bey der Administration in seine Hände kam, wird ihm auf eine Art und unter Umständen gestohlen, welche in der Regel jeden andern entschuldigen

a) War zu überlegen, daß das Geschäft mit einer Gefahr verbunden sey, und konnte diese dadurch gehoben oder verkleinert werden, daß er sich das geübtere Talent, die größere Kraft, welche sich darbot, substituirt, so handelte er ja

schon darin gewissenlos oder doch unbedachtsam, daß er nicht die stärkeren Schultern unterstellte, und er haftet hier also, wenn das Unglück eintraf, so gut als Fleißigster, denn als Unfleißigster.

würden, so möchte ich doch sehen, wie man es zur bestimmten Erkenntniß bringen wollte, daß ein namhafter Ausgezeichneter unter gleichen Umständen weniger schwach, als die menschliche Natur im Allgemeinen, würde gewesen seyn. Wir müssen uns wirklich in Acht nehmen, uns hier in spitzige Spitzfindigkeiten zu vertiefen, damit wir darüber nicht das eigentliche Ziel ganz aus den Augen verlieren.

§. 99. b.

Bei allen obligationes also, bey welchen man sich wohl einen dritten Grad der culpa eingebildet, kommt in den Institutionen der Gegensatz der diligentia diligentis und der diligentia quam suis etc. vor, es wird immer Leistung fremden Fleißes als höherer Verpflichtungsgrad der Leistung eigenen Fleißes entgegengesetzt, zum sichern Zeichen, daß dieser ganze Gegensatz mit den Graden der culpa überall nicht, sondern lediglich mit den Graden der praestatio zu thun hat.

Endlich, es ist in den Institutionen keine einzige Stelle, welche von einem dritten Grade der culpa, einer diligentia, wie man sie in L. 5. §. 2. D. commod. und L. 23. D. de R. I. will gesehen haben, redete, keine einzige, welche zwischen solchen Geschäften, die den alleinigen Vortheil des Prästanten, und solchen, die den beyderseitigen Nutzen zum Zweck haben, in dieser Hinsicht unterscheidet. Gäbe es sonst keine Spuren, daß man nur 2 Grade

der culpa annahm, und daß culpa außer dolus (culpa levis) in abstracto alles begriff; so würde dieser negative Beweis schon allein hinreichen müssen, denn wie wäre es denkbar, daß man bey der doch wirklich ziemlich ausführlichen, besonders bey den Realcontracten verhältnißmäßig sehr ausführlichen Abhandlung der culpa diesen wichtigen Punkt ganz sollte überhüpft seyn, ohne ihn nur zu berühren. In den bisher vorgelegten Stellen sieht man nichts davon, die übrigen, welche noch in den Institutionen von dolus oder culpa sprechen, sind in dieser Hinsicht unbedeutend; nur eine ist noch sehr bedeutend, aber diese zeigt noch zum Ueberfluß recht augenfällig, daß jene ehemals herrschende Theorie der 3 Grade ein herrschender Irrthum war.

§. 16. I. de obligat. quae ex delict. Quae de fullo-
ne et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui
commodata res est, transferenda veteres existi-
mabant. *Nam ut ille fullo mercedem accipien-
do custodiam praestat, ita is quoque, qui com-
modatum utendi causa accepit, similiter neces-
se habet custodiam praestare.* — —

Hätte man sich wohl so ausgedrückt, wenn bey'm
Commodatar ein höherer Grad von Sorgfalt im Bewah-
ren, eine noch fleißigere custodia erfordert würde, als
bey der Miethe?

Und nun zum Schluß lese man noch die προθεωρία des Theophilus bey §. 13. I. de o. q. e. d.: „Habe haec in modum praeviae contemplationis. Qui nobis obligati sunt ex aliquo contractu debent in iis, ad quae tenentur, *nonnunquam solum dolum, nonnunquam et diligentiam* (et curam a), aut enim non debent dolum in iis committere, aut non oportet *negligentes* esse in eorum custodia (φυλακή). Sed si quidem *nihil* lucrantur, ex solo *dolo* obligantur: si autem aliquod iis lucrum obvenit, tunc et *ex negligentia* obligantur; lucrum autem dico non modo pecuniae acquisitionem, sed etiam propositi implementationem.

Nach meinem Urtheil erhellt aus dieser Stelle, daß Theophilus die Theorie der culpa entweder nicht ganz durchschaute, oder sie nicht zu lehren verstand. Da er bloß von custodia sprach, so konnte er freilich im Groben bloß zwischen dolum und diligentia unterscheiden, wenn er auf die Wurzel der culpa sah, aber er brachte dadurch den Irrthum in die Köpfe der Anfänger, daß dies die beyden einzigen Prästationsgrade wären, und was nicht omissio diligentiae wäre, immer als Theil des dolum

a) τούτ' εστὶν σπουδὴν fehlt bey Fabrot. ganz, es ist aber recht ausdrucksvoll und nur durch et curam schlecht übertragen, es heißt: recht

eigentlicher, befeuerter (durch Eifer oder gar Parteyfucht, daher diese selbst) Fleiß, mit einem Wort: Besessenheit.

gelte und als solcher prästirt werde. Das Original spricht auch allenthalben bloß von *omissio custodiae*, die Stelle bey der *societas* und *negotiorum gestio* (wo aber sicher nicht an *Aquil. culpa*, sondern nur auch und vorzüglich an *omissio diligentiae citra custodiam*, gedacht wurde) ausgenommen, insbesondere im *tit. quib. mod. r.*, wie wir gesehen haben; dennoch werden nirgends *dolus* und *diligentia*, sondern vielmehr *diligentia quam suis etc.* einander gegen über gestellt, und die Contracte, welche bloß *culpa lata* und *dolus* zulassen, deutlich genug, vorzüglich in *§. ult. I. de societate* mit dürren Worten, aus jenen beiden Prästationsarten herausgeschieden.

Auf der andern Seite ist aber auch nichts klarer, als daß Theophilus, der diese Paraphrase schrieb, nichts von einem dritten Grade der *culpa*, oder einem Unterschiede zwischen Contracten, welche zweyseitigen, und solchen, welche einseitigen Vortheil der Prästanten bezwecken, wußte, denn solches hätte er weder augenblicklich verkennen, noch hier zu lehren verabsäumen können.

Zwölftes Capitel.

Einzelne Erörterungen und Reflexionen.

I.

Es ist den Römern mehrmals zum Vorwurf gemacht worden, daß sie in dieser Materie so wenig feste Bestimmungen aufgestellt, und so Vieles der Willkühr und speciellen Beurtheilung des Richters überlassen haben. Mich dünkt, es gehdrt eben kein großer Verstand dazu, um einzusehen, daß dieser Vorwurf durchaus grundlos sey. Dennoch muß auch ich die Beschuldigung fürchten, daß ich bey mehreren Gelegenheiten, z. B. durch meine Art, die L. 54. §. 2. D. de A. R. D. (§. 66.) auszulegen, dies arbitrium, wo möglich, noch erweitert habe. Dagegen kann mich nur das Bewußtseyn schützen, daß ich treulich berichtet habe, wie die Römer es ansahen. Ich habe es überhaupt niemals für möglich oder für wünschenswerth gehalten, den Richter in allen Rechtsangelegenheiten unter den Buchstaben eines geschriebenen Gesetzes zu zwingen, vollends habe ich es mir nie klar machen können, wie man bey geschlossenen Gerichten, bey heimlichen Zeugenverhören, bey einer durch das ganze Civil- und Criminalrecht fortlaufenden Imputations-

Lehre a), und den dadurch nothwendigen feinen Untersuchungen u. s. w., wenn auch nur durchweg das freie Urtheil und die freie Untersuchung des Richters unnöthig und, ohne jedesmalige Verantwortung, unnöthig machen will. Ueber dieses Capitel liesse sich Vieles sagen, wozu hier der Ort nicht ist. Das Resultat wird aber hoffentlich immer seyn, daß man vor allen Dingen, wenn das Recht gut gehandhabt werden soll, für kluge und rechtschaffene Richter, die Zeit und Gelegenheit und Willen gehabt haben, sich mit dem Geist des Rechts bekannt zu machen, sorgen müsse, und daß für diese in manchen Theilen der Jurisprudenz, namentlich in der Materie von der Zurechnung, eine geschickte, einfache, naturgemäße Instruction, so wie sie die Römischen Juristen gerade hier gegeben haben, vollkommen hinreicht, theils um sie zu belehren, theils um sie in vorkommenden Fällen ihren Obern verantwortlich zu machen.

Was die Römer und ihre Sache betrifft, so können sie, meine ich, jeder Vertheidigung entbehren; damit man aber in die Wahrhaftigkeit meines vorerwähnten Berichts nicht schon a priori Zweifel setze, so möge hier noch ein recht auffallendes Beyspiel stehen, wie wenig die Römer in unserer Lehre daran dachten, dem Richter die Hände zu binden.

a) Vergl. Möser Osnabr. Gesch. Abschn. I. S. 19.

L. 61. §. 6. D. de furtis. Africanus lib. 8. Quaestionum.

Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. Itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, nisi a) dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum. Quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat.

Der Zusammenhang ist dieser. Es kommen zuvörderst in der Lex einige Fälle vor, in welchen eine Moralsverbindlichkeit angenommen wird, wenn der Slave gestohlen hat. Beym Faustpfand wird besonders erwähnt, daß, wenn der Schuldner mußte, er übergebe einen diebischen Sclaven, und nun der Gläubiger von ihm beraubt wird, jener mit einer noxae deditio nicht frey kommen könne, son-

a) Diese Lesart habe ich im ungeschicklich, da der Sten um Ms. Regiom. gefunden; daß die nichts besser dadurch wird. Die Florentinische Lesart: si dolo im Text aufgenommene würde quid fecerit, keinen erträglichen schon als bloße Conjectur ohne Sinn gebe, hat man schon früh Bedenken vorzuziehen seyn, da gefühlt, daher wohl die Lesart: sie die einzige ist, welche im Zusammenhang einen richtigen Sinn si non dolo etc., welche die Ha- gibt, und allen Schwierigkeiten loandr. und mehrere vulgat. editt. ein Ende macht. haben, entstanden seyn mag. Diese Verbesserung ist aber ganz

dem allen Schaden unbedingt ersetzen müsse. Aus dem Folgenden (verb: Et sicut in superioribus contractibus etc.) sieht man, daß in der Schrift des Afrkanus schon vorher von der Miethe und dem Kauf dasselbe (nämlich wenn der vermicthete, der verkaufte Slave den Miether, den Käufer bestahl) behauptet worden, was sich sonst auch schon von selbst verstünde. Bey den genannten Contracten kommt es in diesem Falle natürlich immer darauf an, ob scientia, also dolus, vorhanden war, und nur bey dem Verkäufer ist noch zu berücksichtigen, ob er mit Hinsicht auf diesen Fehler ein Versprechen geleistet oder nicht. Eine culpa außer dolus kommt hier überall nicht in Betracht, da eine Nachlässigkeit (Mangel an einem bestimmten Fleiß) hier entweder gar nicht denkbar ist, oder doch ganz außerhalb der obligatio liegt. Nun fragt es sich, wie ist es bey dem Mandat, wie bey dem depositum, wenn der für den mandans gekaufte Slave den Mandatar, wenn der deponirte Slave den Depositar bestahl? Daß der mandans, der deponens, qua dominus, wenigstens den Scloven müsse noxae dare, hat keinen Zweifel, dann verliere er aber nichts als den Werth des Scloven, d. h. den Scloven selbst; es fragt sich aber, soll er nicht mehr (ultra pretium servi) erstatten, also den ganzen Schaden? Dies wird in §. 5. unbedingt bejahet, und zwar bey beyden Contracten aus 2 Gründen, wovon einer als beyden gemeinschaftlich, ein anderer bey jedem

besonders angeführt wird. Der besonders angeführte Grund ist:

- 1) beym Mandat, daß ihn als Repräsentanten der Schaden getroffen.
- 2) Beym depositum, weil hier in der Regel ein reiner Dienst erzeigt werde, niemandem aber seine Güte zum Schaden gereichen dürfe.

Der gemeinschaftliche ist: sie seyen beyde auf allen Fall *in culpa*; der Mandant, weil er zum Kauf eines bestimmten Sklaven keinen Auftrag geben müsse, ohne gewiß zu wissen, daß dieser kein Dieb sey. — Dies scheint auffallend, aber es ist richtig, denn entweder das, oder er mußte sich oder seinem Beauftragten von dem Verkäufer das Versprechen geben lassen, daß der Sklave nicht diebisch sey, da denn dieser den Schaden ersetzen muß; — der Deponent, weil er einem Freunde keinen Sklaven hin- geben mußte, von dem er sich nicht vorher die Ueberzeugung verschafft hatte, daß er nicht diebisch sey, oder auch er mußte ihn warnen. Dies sagen die Worte: *quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret*, da es nach dem ganzen Zusammenhange auf den Fall, da er mußte, der Sklave sey diebisch, allein nicht gehen kann: sein Versehen lag darin, daß er sich nicht durch schuldigen Fleiß in den Stand setzte, zu warnen, wo zu warnen war. Dieser Grund scheint auch bey dem depositum nicht ganz durchgreifend, da es sich ja

denken läßt, daß der Deponent eine gegründete Ueberszeugung von der bisherigen Unschuld des Slaven hatte, und dieser wider Erwarten nun doch sich verführen ließ. Auf allen Fall paßt er auf die vorher beurtheilten Contracte: *venditio*, *locatio*, *pignus* gar nicht, denn bey diesen ist natürlich zu solchem Fleiß gar keine Schulbigkeit vorhanden; wohl zu merken, daß hier nicht der Grad, sondern die Richtung des Fleißes, welche verlangt wird, verschieden ist.

In unserm §. 6. wird denn nun die Frage beantwortet: wie ist es bey dem *Commodat*, wenn der *commodierte* Slave den, *qui utendum rogavit*, bestiehlt? Ist es dem *depositum* gleich zu stellen, und also der Schaden nur bedingt zu erstatten, oder der *locatio*, so daß der *Commodant* nur dann mehr als den Werth des Slaven, d. h. ihn selbst durch *noxae deditio*, verliert, wenn er um die Gefährlichkeit des Slaven wußte, also seines *dolus* wegen den ganzen Schaden zu erstatten hatte. Natürlich, meinte *Africanus*, sey dieses letztere zu behaupten, denn der *Commodatar* habe nicht bloß Vortheil wie der *conductor* (der Käufer, der Pfandgläubiger u. s. w.) auch habe, sondern er habe sogar allein Vortheil, und könne also noch viel weniger, wie diese, darauf Anspruch machen, daß der andere Contractant die oben entwickelte besondere *diligentia circa monendum* anwende, noch sich auf ein *officium* von seiner Seite berufen. Ja, eben wes

gen jenes einseitigen Vortheils müsse man sogar *circa interpretationem doli mali paulo remissius versari*, d. h. nicht etwa, wie die Glosse meint, alle *culpa lata*, also den Fall, da die Nichtwissenschaft sonst immer so gut ist wie die Wissenschaft (von dieser wunderlichen Anomalie ist hier keine Spur) ganz von der Præstatiön ausschließen, sondern nur strenger wie sonst beyın Beweise seyn, und nicht anders verurtheilen, als wenn man sich von der Wissenschaft oder von dem groboverschuldeten Nichtwissen, dem *non eum scivisse, quod omnes sciebant*, eine vorzüglich vollständige Ueberzeugung verschafft habe. Nur daß bey der *culpa lata* die Fälle der Unge- wißheit häufiger, und also diese gelindere Auslegung leichter eintreten könne, ist zuzugeben; an eine *culpa in concreto* aber gar nicht zu denken a).

II.

In Hinsicht der *culpa in concreto* sind oben (§. 57.) 2 einander entgegenstehende Präsumtionen aufgestellt worden, die in der Verschiedenheit der Contracte, wobey sie behauptet werden, ihren Grund haben. Dort ist, wie es

a) Ueber die Berücksichtigung des *actus* es kam in unserer Unter-
 Mandanten wegen des in seinem suchung hierauf gar nicht an.
 Auftrage gekauften diebischen Scla- Vergl. auch noch über diesen
 ven u. w. d. a. scheint Paulus Punct L. 21. §. 2. D. de act.
 nach L. 26. §. 6. 7. in etwas rer. amot., und L. 22. D. com-
 anderer Meinung gewesen zu seyn, mod.

mir vorkommt, aus den einzelnen darauf zu beziehenden Stellen, aus der Art, wie die Römer hierüber bey verschiedenen Contracten sich verschieden ausdrücken, aus der ganzen Fassung der doch gewiß nicht nur so leichtsinnig hingeworfenen Prästationsbestimmungen, endlich aus der Natur einzelner Contracte und ihrer Verhältnisse, zur Genüge gezeigt worden, wie unumgänglich nothwendig es sey, diese Präsumtionen anzunehmen, wenn man nicht ohne Noth unauslöbliche Knoten sich gefallen lassen wolle. Dabey könnte es jedoch auffallen, daß die Römer hier nicht wörtlich von Präsumtionen sprechen. Dieses Auffallende muß aber schwinden, sobald man gewahr wird, daß, selbst schon in unserer Materie, auch andere eben so unläugbare Präsumtionen vorkommen, bey denen gleichfalls diese buchstäbliche Erwähnung fehlt, und nur die Regel schlechtthin aufgestellt, das Gewöhnliche und daher zu Vermuthende in einem schlichten Satz aufgefaßt, kaum aber die Ausnahme und an andern Orten, ohne das Verhältniß der Präsumtion anzudeuten, hinzugefügt wird. Sie hielten dies für hinreichend, wie es das denn auch, bey gerader, unbefangener Beurtheilung, bey nicht oberflächlicher Kenntniß der Sache und des ganzen Zusammenhanges wirklich ist. Eben wie die Römischen Juristen bey einigen Contracten zu erkennen geben: es wird *dolus* und *culpa lata* prästirt, nicht *levis*, es sey denn, daß die letztere (erweislich) durch den concretiven Charakter so

gut wie *dolus* und *culpa lata* wird, wie sie bey andern sagen: der Contract läßt nicht bloß *dolus* und *culpa lata*, sondern auch *culpa levis* zu, und zugleich oder, wie oft, erst anderswo bemerklich machen, daß diese *culpa levis* im vorliegenden Falle auf eine (erweisliche) *culpa in concreto* zu beschränken sey, ohne jemals das von uns in Klammern geschlossene Prädicat „erweislich“ wörtlich hinzuzusetzen, oder ausdrücklich zu sagen, daß in einem Fall dem, welcher die *culpa lata* behauptet, in dem andern dem, welcher die *culpa levis* beschränken wolle, der Beweis obliege; ebenso wird schlechtthin bey der *actio furti* gesagt, wer *custodia* zu prästiren habe, müsse für das *furtum* (versteht sich, was ohne Einbruch geschieht) herkommen, und habe deshalb die *actio furti*, und nur hier und da beyläufig zu verstehen gegeben, daß eine Nichtverletzung der *custodia* sich hier denken lasse, daß aber jene allgemeine Regel eigentlich nur durch eine Präsumtion gebildet werde, nirgends erwähnt, ja, was die Ähnlichkeit mit jenen Präsumtionen vollendet, es wird zuweisen bey dieser *actio furti* wegen derselben Thatſache, nach Unterschied der Beziehungen bald *culpa* (des Verkäufers zum Käufer, des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner), bald nicht *culpa* (beyder zum Diebe) angenommen.

Daß dem so sey, ist oben ausgeführt worden; allein es gibt hier noch ein anderes Beyspiel, welches um so

merkwürdiger ist, da es, wie dort die verschiedenen Classen der Contracte unter sich, so mit dem *furtum* einen gleichen und reinen Gegensatz bildet. Beym *damnum iniuria datum* nämlich fand gerade das Umgekehrte Statt: hatte es ein Dritter der zu *custodirenden* Sache hinzugefügt, so ward vermuthet, daß der *custodiens* ohne Schuld sey; theils *quia custodia contra vim parum proficit*, theils weil man die meisten Sachen nicht so hinlegen kann, und der sorgfältigste Hausvater sie nicht so hinlegen wird, daß nicht irgend ein Fremder sollte hinzukommen, und sie durch Bosheit oder Unvorsichtigkeit beschädigen können. Dies macht aber natürlich nur die Regel aus, und es versteht sich von selbst, daß damit der Beweis nicht ausgeschlossen sey, der zur *custodia* im Allgemeinen Verpflichtete habe sich von dem Dritten eines solchen Schadens versehen, und durch Vorkehrungen die Gewaltthätigkeit, die Bosheit, die Unbesonnenheit abwenden können. Wer gewarnt, daß ein anderer auf Gelegenheit passe, die fremde Sache zu zerstören, solcher Gelegenheit nicht ausbeugt, wer, indem jemand mit einem Lichte mehrmals dem fremden Spiegel in seiner Gegenwart so nahe kommt, daß das Zerspringen des Spiegels zu befürchten ist, gar nichts thut, um ihn davon abzuhalten, kann nicht ohne Schuld seyn, wenn nun wirklich geschieht, was zu fürchten und durch vernünftige Maßregeln zu verhüten war.

Ohne Ungerechtigkeit läßt sich diese Sache gar nicht anders bestimmen, als daß man hier in der Regel Unschuld annimmt, und nur Verantwortlichkeit zuläßt, wenn aus erwiesenen Umständen die Schuld besonders hervorgeht; und es würde ebenso vergeblich seyn, bey dem *damnum iniuriae* alle Schuld, als bey dem *furtum* alle Unschuld abzuklagen zu wollen. Aber wie drücken sich die Römer hierüber aus? Als L. 19. D. *commodati* findet man ein Fragment von Julianus, welches so lautet:

„Ad eos, qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, *damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est. Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*“

Stünde dieses Fragment allein in unserm Gesetzbuche, so könnte man versucht seyn anzunehmen, die Römischen Juristen hätten gemeint, bey dem *damnum iniuria datum*, das von einem Dritten herrühre, könne der *ad custodiendum obligatus* schlechterdings nicht zur Verantwortung gezogen werden, weil er niemals in culpa sey, und Justinian habe dies zum Gesetz erhoben, und doch konnte kein Gesetz und kein Justinian die Ausnahmefälle, da er schuldig ist, aus der Welt bringen. Daß aber die vernünftige Beschränkung der in L. 19. allgemein ausgesprochenen Sätze hinzugefügt worden, ist, da es unter einem

andern Titel, in einer andern Materie als Correctur des Marcellus geschehen, in der That nur zufällig. Wäre es also nicht, so müßte man, auch ohne des Marcellus Hüffe, doch wie dieser festsetzen, Julian und der Compiler hätten die Fälle der Schuld hier nur augenblicklich übersehen und sich zu allgemein ausgedrückt, die Regel ohne die Beschränkung aufgestellt; denn offenbar war es ja beyden nicht Absicht, die Fälle der Schuld zu decken, sondern nur die gewöhnlicheren Fälle der Unschuld als strafflos darzustellen. Der Irrthum war bloß factisch, und traf im Geringssten die Rechtsmeinung nicht. — Nun haben wir aber freylich jene Beschränkung in L. 41. locati. In L. 40. daselbst (von Gajus lib. 5. ad Edictum provinciale) heißt es:

Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei,
 is huius periculum custodiae praestat;

periculum custodiae heißt hier nicht casus, sondern die Gefahr, welche Gegenstand der custodia ist, d. h. welche durch die custodia abgewandt werden kann und soll. Daß er Geld bekommt für die Bewahrung, darauf soll hier kein besonderes Gewicht gelegt werden; schon nach L. 19. commod. cit. stehen sich der, qui servandum aliquid conducit, und der, qui utendum accipit, hier völlig gleich. Es kam hier unter dem Titel locati nur auf die Bestimmung des ersteren Falles an. Dann fährt Ulpian (lib. 5. ad Edictum) in L. 41. fort:

Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse, Iulianus ait: „Qua enim (Worte des Julian, unwesentlich verändert s. ob. L. 19. commod.) custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit.“ Sed Marcellus interdum esse posse a) ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit. Quae sententia Marcelli probanda est.

Custodire (custodiri potius) heißt hier, eine besondere Veranstaltung, eigene Maßregeln treffen, um dem Dritten die Beschädigung unmöglich zu machen. Dies steht zuweilen in der Macht des obligatus, und da ist er denn auch in culpa, wenn er von dieser keinen Gebrauch macht. Das interdum macht es nun klar genug, wie die Befehdung eigentlich gemeint war, aber von Vermuthung und Beweis, was doch damit unläugbar zusammenhängt, ist auch hier gerade nicht die Rede. Das Wort: sive ipse custos damnum dederit führt hier jedoch wieder zu einer andern Vermuthung, die denn auch wieder in dieser Stelle gar nicht als Vermuthung, sondern schlechthin allgemein ausgedrückt ist. Unmöglich kann doch der, welcher einen sonst als zuverlässig erkannten Menschen die gefährdete Sache bewahren läßt, in culpa seyn, wenn die-

a) Nämlich daß die Abwendung esse sieht mit wie eine vermehrte des Schadens durch custodia zu Verbesserung aus. bewirken sey. Die Lesart agi für

fer wider alle Erwartung nun der Sache selbst ein Leides zufügt, und warum soll er denn (von der Moralsverbindlichkeit, die hier gar nicht in Anrede kommen konnte, abgesehen) dafür haften? Um dies zu erklären, müssen wir andere Stellen herüberziehen. Zuerst stellt die Verbindlichkeit eben so allgemein auf:

L. 24. §. 7. D. locati. Paulus lib. 54. ad Edictum.

Qui columnam transportandam conduxit, si eadem tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uferetur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset etc.

Es ist hier von einem Fall die Rede, in dem jeder tüchtige Mensch (diligentissimus quisque) viel Sorgfalt anwenden wird; thut er dies nun nicht, oder thun es die Leute nicht; welche er zur Fortschaffung der Sache angestellt hatte, so muß er dafür herkommen; beides scheint hier ganz gleich beurtheilt zu werden, und doch läßt es sich unläugbar denken, daß er im letztern Fall selbst ohne Schuld war. Eben so

L. 20. §. f. D. de praescriptis verbis. Ulpianus lib. 52. ad Edictum.

Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et cum displicuisset tibi,

servo tuo referendum dedisti, et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. *Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere, Labeo ait; et puto, praescriptis verbis actionem in hoc competere. Fernet in*

L. 10. §. 1. commodati (Ulpianus lib. 29. ad Sabinum):

„Si rem inspectori dedi — — — et si, dum refertur, perit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit; *Si vero ipse, cui voluit, commisit, aequè culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.*“

Hier wird aber in L. 11. (Paulus lib. 5. ad Sabinum) mit dem wahren Sinn und Grund der Regel auch zugleich die Beschränkung angegeben:

„Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut rectè id perferri possit.“

Niemand kann nämlich von dem, welcher die Bewahrung oder Fortschaffung einer fremden Sache übernahm, oder der sie dem andern wieder zuzustellen hat, oder endlich von jedem, der ein Geschäft für den andern, oder in Beziehung auf seine Sache zu vollführen hat — den Fall ausgenommen, da auf selbstige Ausführung die Absicht stillschweigends oder ausdrücklich gerichtet war — mehr

verlangen, als daß er einen tüchtigen, bewährten Menschen (*hominem idoneum*) dazu anstelle. Beging nun dieser eine Uebereilung, deren man sich aber nicht von ihm versehen konnte, zeigte dieser eine nicht zu erwartende Schwäche oder Bosheit, so bleibt jener ohne Verantwortung. Dies wird deutlich bestätigt durch

L. 20. D. *commodati*. Iulianus lib. 3. ad Urse-
jum *Ferozem*.

Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare a) futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

Ein *damnum iniuriae* hatte der Slave hier nicht begangen, also konnte eine Nothklage nicht Statt haben; wie ein *idoneus homo* hatte er sich in diesem einzelnen Fall aber auch nicht aufgeführt: hätte etwa der Herr selbst sich so hinter's Licht führen lassen, so wäre er ohne Zweifel verantwortlich. Nun hat aber dieser völlig seine Pflicht gethan, indem er einen ihm sonst als tüchtig bekannten Menschen auswählte, mithin trifft nicht ihn, sondern den andern der Schaden. So spricht auch über die Sache

a) Die Lesart *existimare* ist eine schlechte Verbesserung.

L. 21. §. ult. D. de negotiis gestis, Paulus lib. 9.
ad Edictum.

Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit;
quod is non recte gessit, tu mihi actione nego-
tiorum teneris: non in hoc tantum, ut actiones
tuas praestes, *sed etiam quod imprudenter eum
elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia
eius fecit, tu mihi praestes.*

Aber nun bleibt nur noch die Frage, soll man dem, welcher sagt, der Mensch ist sonst tüchtig, dieß auf sein Wort glauben, und vor dem andern, der ihn zur Verantwortung zieht, den Beweis des Gegentheils verlangen. Dies würde durchaus unbillig seyn, da der letztere selten die Leute kennt; vielmehr muß man im Zweifel annehmen, daß der, welcher sich schlecht aufführte, auch schlecht gewählt worden. Nicht undeutlich wird dies durch L. 11. cit. in Zusammenhang mit L. 10. eod. zu verstehen gegeben, durch jene allgemeinen und apodictischen Sätze aber außer Zweifel gesetzt a); nur ist von Vermuthung und

a) S. auch noch L. 5. §. 15. commod. L. 23. §. 1. pro socio. L. 11. pr. locati. Nach allen angeführten Stellen ist die Sache lediglich auf culpa zu reduciren, und ob culpa vorhanden sey und seyn könne, ist allemal eine factische Untersuchung, worüber kein Recht zum Voraus et-

was bestimmen kann. Sgar nicht hieher gehören L. 31. §. 9. 11. 14. D. de Aedilitio edicto; denn es lag schon im Geist dieses auf Billigkeit gegründeten Instituts, daß der, welcher auf Rückgabe antrug, die culpa familiae unbedingt prästiren mußte; vergl. L. 1. §. 1. eod.

Beweis auch hier nirgends geradezu die Rede. Der obligatus hat hier aber auch nichts anderes zu beweisen, als daß der Mensch schon vorher zu ähnlichen Dingen von gleicher Wichtigkeit gebraucht worden, und seine Sache immer gut gemacht hat, was in der Regel äußerst leicht seyn wird. Eben darum hat auch diese ganze Präsuntion keinen Sinn in solchen Fällen, wo eigentlich von keiner Wahl der Leute die Rede, seyn kann, also z. B. wenn mein Diensthote mit Feuer Schaden angerichtet hat, denkt nicht eigentlich verdächtigen Diensthoten muß man Feuer anvertrauen, wenn man sie überhaupt brauchen will. Hiemit stimmt überein

L. 11. D. de periculo et commodo rei vend.

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Die in der Anfrage enthaltene Behauptung, daß der Brand eines Hauses von innen aus nicht ganz ohne Schuld entstehen könne, oder wie es im L. 3. de

officio praefecti vigilum von Paulus richtiger ausgebrüht wird, daß „plurimumque incendia culpa fiant inhabitantium,“ auch zugegeben, so folgt doch nicht, daß der Herr selbst Schuld daran sey, oder für die Schuld der Seinigen herkommen müsse; von ihm ist nichts weiter zu fordern, als daß er die allgemeine Aufsicht über Feuer und Licht führe, die man von einem rechtschaffenen Hausvater billiger Weise erwarten und verlangen kann. Hier ist also die Vermuthung gerade umgekehrt; daß aber doch wirklich auch hier eine Verantwortlichkeit eintreten könne, ergibt sich auch noch aus L. 30. §. 4. D. locati, wo ein Gewähr darauf gesetzt wird, daß die Contractsklausel: „ut incorruptam (villam) redderet, praeter viam et vetustatem“, die via domesticorum unter den Fall, da einer von diesen das Haus anzünde, nicht in sich schließt.

III

Daß der Auktua: *si alius diligentior letis etc.*

in

- §. 1. in ff. I. de obligat. quod quasi ex contractu.
- §. 2. I. quib. mod. rei donat. L. 1. §. 1. de Qu. et A.

nicht auf eine Vergleichung mit einem ausgezeichneten Dichter, der etwa heilbar oder jedesmal auszumitteln sey, geht; ist bey den einzelnen Stellen oben zur Erläuterung ge-

zeigt worden. Die Stellen sagen, um es hier noch im Allgemeinen zu wiederholen, nach einer vernünftigen Interpretation alle nichts weiter als: es ist nicht genug, daß du wie in eignen Angelegenheiten fleißig bist, nämlich vorausgesetzt, daß du in diesen dich nicht wie ein fleißiger Hausvater gerirt, oder was dasselbe sagt, ein anderer, *qui est bonus paterfamilias*, fleißiger seyn könnte, denn sonst freilich würde der Grad deines und des fremden Fleißes zusammenfallen, also jener genügen. So muß man den näher bestimmenden Zusatz *si modo etc.* mit dem vorhergehenden *sufficit* binden, da es dann nur zu verstehen gibt: daß man den eignen Fleiß überbieten müsse, sey nicht unbedingt wahr, sondern es müsse dabey ein Fall angenommen werden, da einer *suam rem rorē sobrie administr.*, da man in *sua domo non facit, quod bonus paterfamilias*. Gemeinhin übersieht man auch dabey, daß bey Fällen der *actio Leg. Aquiliae* in

L. 8. I. de Leg. Aquil. und L. 1. §. 5. D. si quadrupes.

ganz ähnliche Ausdrücke vorkommen, wo denn offenbar der *alius, qui firmiter retinere potuisset*, kein anderer ist, als der zu dieser Handlung tüchtige, mit der gehörigen Behutsamkeit und Stärke versehenene Mensch, der *diligens paterfamilias*, nicht etwa der Auktorität, der die Streitart in den Baum hieb, daß sie keiner wieder herausziehe

konnte. Die Römer hätten schon recht ängstliche Menschen, viel mehr als boni et studiosi auctores seyn müssen, um zu besorgen, daß man ihren ofnen Worten einen R. wun- derlichen und thörichtigen Sinn unterlegen würde.

Eben so geschickt haben einige die Worte: in L. 52. §. 3. D. pro socio: Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, von Unglücksfällen verstanden, welche durch Unvorsichtigkeit herbegezogen, oder doch aus Unvorsichtigkeit nicht abgewandt worden, denn, meinten sie, nicht vorhersehende müssen ja unvorsichtig seyn. Diese Auslegung hat in der That mit jener sehr viele Ähnlich- keit.

IV.

Es wird so oft culpa dem dolus, casus der culpa im Allgemeinen und der culpa levis insbesondre entgegen- gesetzt, und dabey verneint, wie käme es nun, daß die diligentia (diligentissimi) immer nur als oppositum der diligentia quam quis quis rebus adhibet, niemals als oppositum der vollen culpa levis verneint (d. h. die Prästation derselben versagt) wird, wenn sie wirklich über dieselbe hinausliege? Daß diese Frage nie genügend beantwortet werden kann, ist, dünkt mich, noch ein recht sprechender und durchgreifender Beweis, daß es keine 3 Grade der culpa gebe.

V.

Die Frage: wie wenn nun in den Gesetzen bey einem Contract nichts weiter angegeben ist, als daß *dolus et culpa* zu prästiren sey, geht hier das Wort *culpa* auch auf *diligentia diligentis*, oder bloß auf *diligentia quam suis*? würde wohl ziemlich überflüssig seyn, da, so viel ich mich wenigstens erinnere, kein Fall der Art im *Corpus iurium* vorkommt: die nähere Bestimmung wird immer zum wenigsten an einem andern Ort nachgetragen. Bey den *contractibus innominatis* aber, welche eine allgemeine durchgreifende Bestimmung nicht zulassen, ist, wie schon gesagt, auf die allgemeinen Grundsätze, und in Rücksicht des Unterschiedes der beyden Arten der *diligentia* darauf zu sehen, ob solche Gründe eintreten, welche bey bestimmten Contractsverhältnissen, wie *societas*, eine Beschränkung der *culpa* auf *diligentia quam suis* etc. zulässig und nothwendig machen. Die Regel ist hier also gewissermaßen für die *diligentia diligentis*.

Weniger überflüssig möchte die Aufgabe seyn: wie wenn bey einem Contract, der sonst nur *dolus* zuläßt, ausdrücklich, aber ohne adhärente Bestimmung verabredet würde, daß für *dolus et culpa* eingestanden werden sollte; also z. B. *si convenit, ut in deposito et culpa præstetur*; L. 1. §. 6. *depos.* sagt: *rata est conventio, contractus enim legem ex conventionem accipiunt*; aber ist hier auch *diligentia* nicht bloß *diligentia quam suis*

wenn unbestimmt *dolus u. culpa* zu prästiren. 549

etc. zu prästiren? Dies muß bejaht werden, denn *culpa* ist das generelle Wort, und dieses muß, wenn keine besondere Gründe dagegen vorhanden sind, auf alle species bezogen werden, solche Gründe aus der Natur des Verhältnisses sind hier aber nicht möglich, und es läßt sich nicht sagen: er habe sich in Acht nehmen sollen, mit wem er sich einließ, er habe sich nichts besseres von seinem Mitcontrahenten versehen, auf nicht mehr als dessen gewöhnlichen Fleiß rechnen können; denn eben weil er sich üblich sichern wollte, ließ er sich auch *praestatio culpa* versprechen.

VI.

Was das alte Deutsche Recht, so wie es in der Endnote zu S. 57. im Sachsenspiegel enthalten ist, betrifft, so glaube ich, daß sich die erste Theorie der *culpa* demselben ohne Zwang anpassen läßt. Das Deutsche Recht läßt bey allen Contracten gleich Verschulden im Allgemeinen zu: ohne unser Verschulden muß der andere darnun gekommen seyn, wenn man nicht verantwortlich bleiben will. Dies ist aber relativ, und kann sich mit *diligentia quam quis* so gut, als mit *diligentia diligentis* vertragen: nur wer den schuldigen Fleiß nicht anwandte, ist verschuldet.

a) So lauten die Worte auch bey dem Vormunde Sachs. Sp. I. 11. 23.

Beym depositum konnte man sich durch den Eid reinigen, bey den meisten andern Contracten gewiß so wenig, als bey dem Pfandcontract; hier mußte man vielmehr die Unschuld beweisen, also nach Unterschied der Fälle, entweder den reinen Zufall, oder die angewandte *diligentia quam suis*. Nur der Unterschied bleibt, daß in Hinsicht der *culpa levis*, welche ein *damnum iniuriae* (welches der Sachsenspiegel an sich eben wohl ausscheidet, nur nicht so klar und sicher wie das röm. Recht) veranlaßt hatte, auf die Klagformel nichts ankommt, und also z. B. der deponens wegen dieser unbesdingt klagen kann, sobald nur irgend eine Imputation vorhanden ist, ohne daß die Klage namhaft gemacht werden dürfte. Die Sache blieb also im Ganzen immer dieselbe, und der Vernunft geschah in Rom wie in Deutschland allemal ihr Recht. Erst die Interpreten haben dies Recht in Unrecht verkehren wollen.

Hierbey will ich nur erwähnen, daß wenn die Deutschen mit dem Untergang des Pfandes auf allen Fall auch die Schuld untergehen ließen, dies in ihrer besondern Ansicht vom Faustpfande seinen Grund hatte, und mit dem Recht zusammenhing, was ungeachtet alles entgegenstehenden Gerichtsgebrauchs dem gemeinen Manne noch immer nicht aus dem Kopfe will, daß der Gläubiger, der ein Faustpfand hat, auch im Concurs, vor allen aus diesem befriedigt werden muß. Das Institut war verschieden,

und man kann daher weder sagen, daß der römische, noch daß der Deutsche Satz vernünftiger war, so wenig als, daß das alte römische *pignus* vernünftiger war, als das neue, oder umgekehrt. Die Vernünftigkeit hängt hier, wie durchgängig im Recht, von den Umständen und dem jedesmaligen Bedürfniß ab. — Die einzige eigentliche Abweichung ist also die beym *Commodat*.

VII.

Wenn ich, vornämlich gegen *Coeceji*, behauptet habe, daß die *negligentia* nie *casus* seyn könne, und daß es *Contracte* gebe, bey welchen eine nicht *imputable negligentia* zwischen *culpa* und *casus* in der Mitte stehe, so ist dies ohne Zweifel dem Sprachgebrauch der Römer im *Civilrecht* gemäß. Zum Ueberfluß beweist dies noch besonders *L. 30. §. 4. locati*, aber auch unzählige andere Stellen, die größtentheils schon vorgekommen. Gerade die Vergleichung dieser *L. 30. §. 4.* mit andern Stellen beweist aber auch, daß im *Criminalrecht* ein ganz anderer Sprachgebrauch herrschte. Nach *L. 30.* ist beym *incendium casus fortuitus* ein schuldloser Unglücksfall; nach *L. 9. §. 11. D. de incendio*, *L. 28. §. 12. D. de poenis* alles, was nicht Bosheit oder Frivolität (*luxuria*) ist. Dies gilt durchweg im *Criminalrecht*, wie *L. 5. §. 2. eod.* zeigt. Bey der durch die *Lex Cornelia* verpönten Tödtung eines Menschen wird sogar die *culpa lata* mit

unter dem casus begriffen, weil sie gar nicht mit zum iudicium gehörte. Vergl. L. 16. §. 8. eod., und L. 1. §. 3. D. ad Legem Cornel. de sicar. mit L. 7. eod.

Dieser Sprachgebrauch läßt sich sehr leicht daraus erklären, weil eine jede schädliche Nachlässigkeit, d. h. in jeder Fall, da der Handelnde augenblicklich nicht wußte, daß der Schaden entstehen mußte, in gewissem Betracht immer ein Unglücksfall ist, der den Handelnden überkommt, es ist ein Unglück, daß ihn seine Sorglosigkeit, sein Leichtfinn, seine Unbesonnenheit hinriß, und Unheil anstiftete; sodann schied sich hier der dolus, als das einzige; weswegen bey maioribus delictis die poena iusta (die ordentliche Strafe des Gesetzes) zulässig war a), viel stärker von jeglicher culpa, als im Civilrecht, wo die Folge immer dieselbe blieb, und nur die Verpflichtung verschieden war; endlich waren hier die Grade der culpa unter einander gar nicht so streng zu sondern, da hier meistens auf jedes bedeutende Mehr oder Weniger gesehen werden muß: dolus, voluntas, quod quis sciens prudensque commisit, quod consulto committitur, gränzte hier unmittelbar an den casus fortuitus, der daher in einen imputablen (negligentia) und einen nicht imputablen casus hier eingetheilt werden kann b).

a) L. 5. §. 2. de poenis.

b) L. 9. de incendio.

Sonderbar ist es dabey, daß man fast immer die L. 7. de Lege Corn. cit. als Hauptstelle für den Satz anführt, daß im Criminalrecht die culpa lata nicht dem dolus gleich stehe, da doch diese Stelle für sich allein betrachtet eher durch das argumentum a contrario auf das Gegentheil führen könnte, wenn man nicht aus den übrigen Stellen wüßte, daß hier eine allgemeine, nach der Natur öffentlicher Strafen sich freylich auch schon von selbst verstehende Regel, nur besonders angewandt, und die culpa lata von dem iudicium gänzlich ausgeschlossen wird.

VIII

Manche unserer Juristen in alter und in neuer Zeit sind mit der wohlgemeinten Warnung hervorgetreten: die Römischen Juristen wären eben so gut uneinig gewesen zu ihrer Zeit, als die unsern zu unserer Zeit; dies sey in der Lehre von der culpa auch der Fall gewesen, und daher könne es leicht möglich seyn, daß alle die Stücke, die man sich gebe, die hiervon handelnden Fragmente zu vereinigen, thöricht und fruchtlos anzuwandt, mit einem Wort verloren sey, wenigstens müsse man dies immer vor Augen behalten, wenn man nicht aus eifer Bedanterey die Wahrheit verfehlen wolle. Dem Tribunian könne man allenfalls zutrauen, daß er die schreyendsten Widersprüche übersehen habe. Dies ist im Grunde eine Behauptung, die das ganze Römische Recht trifft, und sich daburch em-

pflicht, daß sie uns das Studium dieses Rechts um Vieles erleichtert, vielleicht gar uns desselben ganz überheben könnte. Ich bekenne gern, daß ich die ganze Behauptung, vor allem die Clausel: eben so gut darin, für einen schweren Irrthum halte. Wir können nun einmal so wohlfeil nicht wegkommen. Die Römischen Juristen sahen alle das Recht aus einem historisch-practischen Standpunct an, die unsrigen haben bis jetzt der Standpuncte mehr, daher unsere Uneinigkeit unendlich viel größer seyn muß. Das Weitere hierüber würde hier nicht an seinem Orte stehen.

Sodann ist auch noch die Bemerkung gemacht worden, daß die Römischen Juristen zu verschiedenen Zeiten gelebt, und also in einem verschiedenen Sprachgebrauch geschrieben hätten. Was hierüber im Allgemeinen zu erinnern wäre, gehört wieder nicht hierher. Für unsere Lehre insbesondere aber scheint sich der Gedanke zu empfehlen, da sie, wie gesagt, keine feste, stehende Terminologie hat, der gemeine Sprachgebrauch aber ist wandelbar. Allein die Sache verhält sich anders. Zuerst, wenn der Sprachgebrauch hier so wandelbar gewesen wäre, wie man uns glauben machen will, so würde eben dadurch das dringendste Bedürfniß einer strengen juristischen Terminologie entstanden seyn, und die Römischen Rechtsgelehrten hätten dies Bedürfniß sicher nicht verkannt. Sodann, man muß sich die Verwandlung des Sprachgebrauchs nicht als etwas

ein Willkürliches vorstellen, vielmehr ist sie ohne Sprachvermischung nur möglich, wenn sich die Ansichten, die Begriffe oder die Gegenstände verändern. Nun ist aber in unserer Imputationslehre immer von denselben Gegenständen die Rede, bey denen Zurechnung zur Frage kommt, und die Zurechnung an sich ist etwas, worüber verständige Menschen wohl zu allen Zeiten ziemlich gleich denken werden. Daher sind bedeutende wesentliche, nicht gleich im Zusammenhange erkennbare Veränderungen der Art hier unwahrscheinlich; auch ist noch nichts dergleichen in specie nachgewiesen worden.

Zum guten Glück machen solche allgemeine Raisonnements auch wenig aus, und wer mit unbefangenen Geiste an das Studium der Quellen geht, dem wird schon der Inhalt dieser Quellen selbst den Weg zur Wahrheit zeigen.

IX.

Ueber das periculum bey der dos.

Ich muß hier zuvörderst an die sehr viel umfassende Bedeutung des Wortes periculum erinnern; denn diese berechtigt mich, alles, was sowohl über culpa als über casus bey der dos vorkommt, mit dieser allgemeinen Benennung zusammenzufassen a). Sodann ist noch kürzlich

a) Da oben die Belegstellen worden, so sey es mir vergönnt, weniger vollständig nachgewiesen hier noch einmal die verschiedenen

die Frage zu beantworten, welcher Sinn anzunehmen war, wenn durch einen Vertrag ausgemacht worden, es solle

Beziehungen, in denen das Wort *periculum* vorkommt, zu wiederholen.

1) für den ersten Prästationsgrad: L. 14. §. 3. D. de furtis. L. 39. §. 6. 10. D. de administr. tut. L. 19. pr. D. de hered. petit.

2) für den zweiten Prästationsgrad: L. 25. D. pro socio; alle Titel, die von der Zettel handeln. In den einzelnen Stellen, welche von Dotal sachen handeln, kommt *periculum* nicht leicht in dieser allgemeineren Bedeutung vor, aber nur, weil man es in dieser Materie für die folgenden Rubriken unter 3. und 4. häufig und nothwendiger bedurft, wie sich unten zeigen wird.

3) für den dritten Prästationsgrad: L. 13. §. 1. D. de liberali causa. L. 19. pr. de heredit. petit. L. 47. §. 1. D. famil. hercisc. L. 5. §. 14. D. commod. L. 8. C. de pignor. act. L. 54. D. de act. emt. vend. Durchweg der Tit. D. de furtis; vergl. besonders L. 78. D. de furtis mit L. 10. §. 1. D. commod. L. 40. D. locati. L. 1. §. 35. in f. D. depos. So kommt es auch häufig bey der *dos* vor, s. unt. im Art.

4) mit Einschluß des von einem Dritten herrührenden *dammij iniuria dati*, und des *furti*, ohne Rücksicht auf Verschuldung: Tit. D. nautae, cauponos und L. un. §. 4. D. furti adv. naut.

5) für den vollen *casus* mit Einschluß der *vis divina*: L. 13. §. 1. D. commod. L. 12. §. 3. D. depos. L. 34. in f. pr. D. mandat. L. 31. pr. D. de act. emt. vend. L. 1. §. 1. D. de acotimat. L. 14. pr. §. 4. D. de act. furt. der ganze Tit. de peric. et commod. r. v. Ausdrücklich vom *periculum vis maioris* ist die Rede in L. 1. D. de locato und Collat. Leg. Mosai. tit. 10. §. 9. In den einzelnen Stellen ergibt sich diese Bedeutung fast immer durch den Gegensatz von *periculum* und *culpa* oder *negligentia*, oder durch den andern Gegensatz von *periculum* und *commodum* oder *quaestus*, wenn nämlich bemerkt wird, daß dieser bey derselben Hand seyn müssen.

Besonders merkwürdig sind L. 19. pr. de heredit. pet. und L. 13. §. 1. de liberali causa. Die erstere beweist aufs deutlichste

periculum präsumt werden. Und zwar geht aus L. 3. §. 35. depos. L. 29. mand. (vergl. L. 7. §. 15. de pact.) L. 21. §. 1. D. commod. L. 15. §. 3. locat. (vergl. L. 27. §. 29. D. ad Leg. Aquil.) deutlich genug hervor, daß die Römer, wenn nicht gerade ein anderes erhellte, die weiteste Bedeutung vermuteten, also den vorwärts auch auf die vis divina bezogen; womit denn das unter V. über die schlechthin in der Vertrag aufgenommenene culpa außer dolus vollkommen übereinstimmt. Dies mag denn auch wohl Manchen bewegen haben, in den Befehlen eben so präsumieren zu wollen, aber ist dieses ist nichts zu präsumieren, so lange noch Untersuchung ausbleiben kann, und wenigstens in diesem Fall kann sie nicht

Die Allgemeinheit des Wortes mit Beziehung auf Prästation; es sind Contracte der entgegengesetzten Enden: auf der einen Seite Commodat und pignus, auf der andern depositum genannt; was aber von diesen dort gesagt ist, gilt ohne Zweifel auch aus demselben Grunde z. B. von rebus societatis, die sich in der Erbschaft befinden, und vollends von solchen Sachen, deren periculum casus der Erblasser übernahm. Wie sich dies aber versteht nach Verschiedenheit der untergelegten Bedeutung, steht man wieder aus L. 13. §. 1. D. de liberali causa:

in dieser werden die res depositas ausgeschlossen, weil sie nicht auf Gefahr des obligatus stehen, in L. 19. cit. wurden sie eingeschlossen, weil sie (in einem andern Sinn) auf seine Gefahr stehen. — Daß sich die angeführten Stellen noch wohl vermehren lassen, bezweifle ich übrigens nicht.

In der allgemeinen Befreiung von culpa, welche auch den dolus umfaßt, haben sich noch gefunden: L. 11. in f. D. de pact. dotal. L. 22. §. 7. D. de sol. lut. matr. L. 38. D. de evd. L. 45. L. 66. eod.

Zweifel), (anders wie in einem engen Vertrage), immer ausbelfen.

Was nun den eigentlichen Gegenstand unserer dermaligen Untersuchung betrifft; so wird die Sache sehr dadurch erleichtert, daß wir die verschiedenen Arten und Formen, wie eine dos gegeben wird, unterscheiden: daß hier nicht der Unterschied zwischen dotis datio, dotis dictio, dotis promissio gemeint sey, begreift sich leicht. Also . . .

I) von den in dotem gegebenen rebus aestimatis, . . .

Ueber diese ist zu bemerken, daß sie, wenn durch Vertrag keine besondere Bestimmung hinzugefügt worden, als vom Manne gekauft angesehen werden a). Daraus folgt denn, daß von einer eigentlichen praestatio periculi b) nicht die Rede seyn kann, wohl aber geht die volle Gefahr auf den Mann über, wie sie auf jeden extraneum onitor übergegangen wäre. Ob ein fundus oder was sonst geschätzt worden, darauf kommt gar nichts an c), auch nichts darauf, ob die Sachen der Frau zum Gebrauch hingegeben worden, denn der Mann hat für die Bedürfnisse seiner Frau zu sorgen d). Der Mann wird hier de-

a) L. 10. §. 45. in f. D. de iure dot. L. 10. C. eod. L. 49. ^{§. 4. 5.} den, also sollten es auch die Ausdrücke seyn.

§. 1. D. solut. matr.

c) L. 10. §. 1. L. 52. L. 75.

b) In L. 5. §. 3. D. commod. D. de iure dot. L. 12. §. 3. 4. kommt der Ausdruck periculum praestare freilich von rebus simpliciter aestimatis vor; aber ungenügend, die Sachen sind verschied-

L. 13. L. ult. D. de pact. dot. L. 49. §. 1. D. solut. matr. d) L. 10. pr. de iure dot. L. 51. D. soluto matrimon.

bitor quantitatis, und die Summe, das pretium ist es eigentlich, was in dote ist, es ist eine dos pecuniaria vorhanden, obgleich nicht so gegeben. Alle Stellen also, die vom periculum bey rebus aestimatis sprechen, müssen so gut auf casus fortuitus gehen, als wie wenn im Titel de periculo et commodo rei venditas davon die Rede ist a). Nur darf die Frau bey der Schätzung nicht übervorthheit werden, anders, wie bey dem gewöhnlichen Verkauf, dessen Natur es mit sich bringt, daß ein jeder zu gewinnen sucht b). Daher denn auch, wenn die Sache evincirt wird, und die Frau das duplum bezahlen muß, von da an dies duplum die dos ausmacht c). Endlich ist nicht zu übersehen, daß der Kauf hier stillschweigends durch die nachfolgende Ehe bedingt ist d), und daß die Frage entstehen kann, was ist Rechts, wenn dem sponsus schon die Sachen geschätzt übergeben worden? Der Fall ist in den Gesetzen, so viel ich bemerkt habe, nicht geradezu entschieden; daß er aber nicht bloß dolus zu leisten habe, kann nach allgemeinen Grundsätzen keinen Zweifel leiden, da auch sein Vortheil beabsichtigt wurde, wenn

a) §. 8. B. in L. 10. pr. L. 15. D. de iure dot.

b) L. 12. §. 1. D. eod.

c) L. 16. L. 52. D. eod. Bey der res non aestimata, wovon L. 52. sagt, daß sie selbst in

dote sey, kann durch Eviction und dupli praestatio dasselbe Verhältnis, nämlich: daß nun eine quantitas in dote ist, hervorgebracht werden.

d) L. 10. §. 4. eod.

er ihn gleich diesmal nicht erreichte. Also er muß dolus et culpa prästiren, aber auch diligentia, denn die Beschränkung auf den ihm im Eignen gewöhnlichen Fleiß hat hier, wo das eheliche Verhältniß noch nicht Statt fand, keinen Grund. Erfolgte aber die Ehe auch, die Sachen gingen aber vorher ohne Schuld des Mannes zu Grunde, so wird der Verkauf als unerfüllt angesehen, und die Frau trägt den Schaden a). Dagegen wenn erst nach der Verheißung, aber vor der Uebergabe die Sache zu Grunde geht, so trifft den Mann die Gefahr, so oft die Frau nicht in mora oder an ihm Untergangsschuld war b). Kurz, es wird zweierlei erfordert, damit die Gefahr auf den Mann übergehe, einmal, daß man sich über das pretium veni einigt habe, und sodann, daß der Verzug, die Ehe eingetreten sey.

2) Von den sogenannten fungiblen Sachen. (res quae pondere, numero, mensura constant).

Von diesen gilt fast dasselbe, was von geschätzten gilt: Der Mann ist hier ein genus schuldig, also trägt er die Gefahr auch des reinen Zufalls. Er kann hier zwar dieselben species zurückgeben, wenn sie noch eben so gut sind, er kann aber auch andere geben, nur von gleicher Güte, gerade wie bey dem mutuum. Ist Geld in

a) L. 10. §. 5. eod.

b) L. 14. 15. eod.

dotem gegeben, so ist vollends alles so wie bey geschätzten Sachen. Periculum schlechthin gesagt geht also auch hier auf periculum casus a). Nur der Anfangspunkt ist hier zuweilen ein anderer, und kann die stillschweigende Bedingung der Ehe auf diesen nicht den Einfluß haben, wie bey den geschätzten Sachen: mit der Tradition und nicht eher geht die Gefahr über.

3) von den übrigen Sachen.

Bey diesen kann der Mann das periculum casus natürlich weder tragen noch prästiren, in so fern er es nicht durch Vertrag auf sich genommen: denn er gewinnt nur Nutzen und Früchte, um die Lasten der Ehe davon zu tragen, die Sachen selbst aber mit den inzwischen von ihm erworbenen Accessionen muß er herausgeben; also sind es nur die Früchte, welche im vollsten Sinn auf seine Gefahr stehen; und der unverschuldete Untergang der Sache kann ihm bloß die Benutzung entziehen. Aber auch auf dolus kann seine Verbindlichkeit nicht beschränkt werden, da er auch Nutzen hat; wegen der so engen Verbindung aber, welche die Societät darin noch übertrifft, ist im concreten Fall die Leistung auf diligentia quam suis zu beschränken; daher konnte Paulus in L. 17. pr. D. de jure dot. sagen:

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem acci-

a) L. 42. D. eod.

pit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet;

und was der Zusatz sed etiam etc. sagen wolle, ergibt sich noch recht deutlich aus den Worten der L. 24. §. 5. D. sol. matr. Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet a), nec plus possit. — — Diese Leistung wird eben wie bey den übrigen Contracten dieser Unterklasse mehrmals durch ein einfaches: dolum et culpam praestat bezeichnet, wie z. B. in L. 72. §. 1. D. de jure dot., wo von der Verbindlichkeit des Mannes auf die des Vaters, der ihn in seiner Gewalt hat, geschlossen wird. Zum sichern Zeichen aber, daß dolus et culpa alles begreife, die nähere Bestimmung aber subintelligirt werde, nämlich für die concreten Fälle, in denen sie einen Werth hatte, wird in L. 25. §. 1. soluto matrimo. für einen Fall der Unsicherheit der dos die Caution, welche der Mann leisten muß, schlechthin auf dolus malus et culpa gerichtet, ohne der diligentia zu erwähnen. Ferner wird schlechthin von dolus und culpa gesprochen in L. 66. pr. D. solut. matr., L. 18. §. 1. init. et in f. und L. ult. eod. Die beiden letzten Stellen beweisen zugleich, daß die diligentia quam suis in jenem Ausdruck unter dem Wort culpa begriffen ist, da sie offenbar hauptsächlich von Fällen, wo durch

a) Flor. exiget.

Richtthun geschadet worden, die L. 17. §. 1. in f. a) von dem Fall, da ein Dritter geschadet oder gestohlen hatte, die L. ult. von der Aufsicht des Mannes über ein peculium, das der Sklave verwaltet, reden. Negativ: sine dolo et culpa, si dolus malus et culpa absit, wird dieß ausgedrückt in L. 17. §. 1. in f. cit. und L. 7. §. ult. sol. matr. (si sine culpa sua conlapsa sit villa), eben wie bey der Eviction eines fundus aestimatus in L. 49. §. 1. eod., welche natürlich den Mann nur dann zu Ansprüchen oder Ausflüchten berechtigte, wenn er gar nichts versah b). Womit denn nochmals der Beweis geführt ist, daß über die negligentia suis rebus non consueta bey den Contracten, welche sie erfordern, keine concrete Zurechnung und keine culpa hinausliege, und also die erweisliche negligentia suis rebus consueta hier gar nicht Schuld ist.

Sehr merkwürdig ist nun der Charakter, den hier die Aquilische culpa annimmt, da aus diesem recht klar hervorgeht, was wir oben über die Unabhängigkeit, aber Einwirkung der beyden judicia, der Aquilischen Klage und der Contractsklage, gesagt haben. Nimmt die letztere, so hieß es, dolus et culpa auf, so muß sie auch die Aquilische culpa ganz und ihrer vollen Zurechnung nach aufnehmen,

a) Sie ist schon oben vollständig erläutere worden. desselben Fragments und unten L. 49. pr. D. sol. matr. unter

b) Vergl. auch das principium No. 5.

nicht etwa weil in casu concreto auch die Aquilische Klage angestellt werden kann, sondern weil das Factum so geartet ist, daß es im Allgemeinen unter jene Klage, welche alle an sich widerrechtliche Schäden trifft, gehören muß. Der Grund ist hier also rein objectiv, und eine solche Beschädigung muß in den Contracten, welche auch culpa zulassen, allemal bis an den reinen casus prästirt werden, wenn gleich aus subjectiven Gründen die Aquilische Klage nicht Statt findet. So z. B. muß der socius, der sich mit einem Dritten, der nicht zur Societät gehört, verbindet, und ihm als seinem socius eine Societätsfache hingibt, wegen Beschädigung derselben die Societätsklage, wegen jeglicher Imputation, auf das Ganze haben, wenn er gleich die Aquilische Klage nur für seinen Theil anstellen kann. Bey der dos tritt nun das Besondere ein, daß der Frau gegen den Mann niemals, nach Justinian. Recht nicht vor getrennter Ehe, die Aquilische Klage zustehen kann: dieß versteht sich schon deswegen von selbst, weil er bis zur Restitution, oder nach neuern Recht bis das Eigenthum ipso jure übergeht, Eigenthümer ist, und die Frau kein speciellles dingliches Recht hat, dem diese Klage utiliter gegeben worden; zum Ueberfluß aber beweist es noch L. 18. §. 1. in f. soluto matr. cit., da der Frau jene Klage sonst auch gegen den Extraneus zustehen müßte, und keine Cession nöthig wäre. Daß nun aber, wenn der Mann die Sachen der Frau der Sub-

stanz nach selbst beschädigt hat a), die volle Aquilische Imputation und nicht etwa eine Verurteilung auf negligentia suis rebus consueta zur Anwendung kommen müsse, erhellte noch besonders daraus, daß sonst zwischen Mann und Frau eine sehr unbillige Ungleichheit in Hinsicht der praestatio culpaes Statt finden würde, denn von der letzteren wird in L. 56. ad L. Aquil. vernehmlich gesagt, wenn sie während der Ehe die Sachen des Mannes beschädige, so hafte sie pro tenore Legis Aquiliae b), und doch wird sie eben so oft in dem Falle seyn, Sachen des Mannes zu gebrauchen, als dieser die ihrigen. Zweifel könnte jedoch erregen die schon angeführte L. 24. §. 5. D. soluto matr. c). Es ist hier nämlich allerdings ein Fall, wo

a) Dies kürzer so auszudrücken: wenn er ein damnum injuria zugefügt, würde der Sache, aber nicht wohl dem römischen Sprachgebrauch angemessen seyn. Die Römer sagen in solchen Fällen schlechtthin: si damnum dedit L. 4. §. 3. L. 9. pr. §. 1. §. 7. D. de peculio, vergl. L. 54. §. 2. D. de A. R. D. Wollte man mir nun vorwerfen, daß der so oft von mir gebrauchte Ausdruck: Aquilische und außeraquilische culpa, eben so wenig römisch sey, so würde ich nichts zu erwidern haben, als: Noth hat kein Gebot.

b) s. auch L. 27. §. 30. D. ad L. Aquil.

c) Ulpianus lib. 33. ad Edictum. Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri? Et, si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat eum teneri hoc nomine; si vero et in suos est naturalis, adhuc dicendum est, immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est. —

eine Aquilische culpa meistens vorhanden seyn wird, und wenn die Vergleichung mit der beschränkteren diligentia mit Recht verworfen würde, so hätte man die Bemerkung erwarten können, es sey hier ja gar nicht von diligentia, sondern von etwas, was ganz über diese hinausliege, die Rede; dagegen setzt der Jurist den Verwerfungsgrund darin, weil ja dieß selbst bey eignen Sklaven sträflich sey. Allein so könnte man auch sagen, daß er ja nur hätte bemerklich machen dürfen, diese culpa sey an sich eine culpa lata, was bedurfte es da einer Vergleichung mit Siquem? Der angegebene Grund ist aber ja durchgreifend. Zudem, und dieß hat man allgemein übersehen, gehört dieses Fragment nur sehr indirect in unsre Materie, nämlich in so fern, als es die vom Manne überhaupt zu prästirende diligentia beyläufig bestimmt. Die Hauptabsicht Ulpians aber geht gar nicht dahin, zu zeigen, daß der Mann den Schaden ersetzen müsse, den er durch seine saevitia angerichtet, sondern die Frage zu entscheiden, ob er nicht wegen so unmenschlicher Behandlung angehalten werden könne, entweder die Sklaven der Frau zu übergeben oder Sicherheit zu leisten, und ob hier nicht überall eine obrigkeitliche Einnischung an ihrem Ort sey, selbst dann, wenn er es mit seinen Sklaven nicht besser mache a). Ganz zweckmäßig und nöthig erscheint in diesem

*) Vergl. nur den vorhergehenden Theil der L. 24. und L. 25. eod.

Zusammenhang jener Grund, und Ulpian will sagen, es sey ein schwacher Einwand (der vermuthlich in einem vorkommenden Falle gemacht war), daß der Mann ja doch nur für diligentia quam suis hafte, da ja das in Betracht gezogene Vergehen schon zur Cognition der Obrigkeit gehöre, wenn von seinen eignen Sklaven die Rede sey a).

Interessant ist noch die Frage, was in Hinsicht des periculi gilt, wenn der Mann bewegliche Sachen veräußerte. Denn daß er diese auf jeden Fall wirksam veräußern kann, wenn er nur solvent ist, kann gar keinen Zweifel leiden b). Allein dieß hat mit der obligatio und do-

a) Vergl. nur L. 2. D. de his qui sui.

b) Die oft angeführten Gründe, daß ja sonst das Verbot der Lex Julia unbegreiflich sey, und daß er nach L. 1. C. de serv. pign. dat. L. 5. C. de jure dot. L. 3. §. 2. D. de suis L. 21. D. de manumiss. L. 64. solut. matr., L. ult. C. de serv. pign. dat. und nach L. 61. D. solut. matr. selbst wider den Willen der Frau, wirksam manumittiren kann, sind durchgreifend. *Donellus Comment. de jure civil. Lib. 14. c. 4.* meint freilich, dieß sey in favorem libertatis angenommen worden, alleig L. ult. C. cit. gibt ja deutlich als Grund an: „quamiam justo modo dominia servo-

rum ad eum pervenerant, ideoque servi ejus facti qui in dotem eos accepit, ab eo jure potuerunt manumitti.“ Donell ist hier in einem Grundirrtum befangen, und ich bekenne gern, daß ich hier den ihm sonst so eignen richtigen juristischen Takt ganz vermiße. Daß hier aber von anderer Veräußerung nicht so fleißig, wie von der Manumission geredet wird, ist sehr natürlich, da diese letztere Veräußerungsart die Sache dem Eigenthum auf immer entzieht, also füglich normal seyn konnte, und endlich, weil hier so Vieles zu überlegen war, was sonst nicht vorkam, s. nur L. 64. sol. matr. cit. Vergl. meine Schrift über ebel. Gütergemeinschaft. Kiel 1808, S. 16.

lis actio nichts zu thun, und diese kann recht wohl gegen den Mann auf die Sache gehen, wenn auch diese schon einen andern Herrn hat, so gut, wie der erste Käufer, wenn nicht ihm, aber einem zweiten Käufer die Sache tradirt worden, gegen den Verkäufer auf die Sache und das volle Interesse klagt. Konnte nun die Frau immer auch so klagen, so war es freylich sehr gefährlich für den Mann z. B. einen Dotalsclaven zu veräußern, da, wenn diesem in der Folge für seine Person eine Erbschaft zufiel, er auch den Werth dieser hätte ersezen müssen, weil nämlich die Frau ohne die Veräußerung auch diese gehabt hätte. Dieß kann aber natürlich nur dann gelten, wenn sie nicht mit der Veräußerung einverstanden war. War sie einverstanden, so ist es anzusehen, als sey von dem Augenblick an, statt der Sache das pretium, wofür sie veräußert worden, in dote, und es ist so gut, als wäre die Sache simpliciter geschätzt worden. Dieß beweist klar und fest

L. 52. D. de jure dot. Pomponius lib. 16. ad Sabinum.

Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non essent, sive superficiem aedificii dotalis *voluntate* mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

Ein solches Einverständniß muß aber in der Regel angenommen werden, wenn die Frau die Veräußerung

wußte und stillschwieg. Dieß liegt in dem ganzen Verhältniß, und darin, daß der Mann hier gewissermaßen ihr Geschäft treibt, oder doch ein gemeinsames, in das sie einzureden hat a); auch zeigen es L. 61. 62. 64. D. solut. matr., wo im Anfange *iuuila uxore* durch *si modo uxor refragatur* erklärt und dann *si voluntate mulieris* entgegengesetzt wird b). Uebrigens gegen Uebervortheilungen mußte die Frau hier eben so, wie oben bey *rebus aestimatis* gesagt worden, geschützt seyn, und hatte sie unbedingt ihre Einwilligung gegeben, so war der Mann doch wegen *dolus* und *culpa* bey der Veräußerung, wie sonst, verantwortlich c).

a) Vergl. L. 64. pr. D. solut. matr. mit L. 12. D. de eviction. L. 18. 53. D. mand. L. 16. D. de Sct. Maced. — Daß jedes unerlaubte Einwirken auf den Willen der Frau eine Aenderung mache, versteht sich von selbst, aber das gilt auch von ausdrücklicher Einwilligung.

b) Durchweg in dieser Materie wird *voluntas* so verstanden, z. B. in L. 2. §. 1. 2. solut. matr.; so auch in L. 8. D. de impens., denn sonst hätte in L. ult. de fundo dot. nicht so gradehin gesagt werden können: „*Ego non tantum necessarias, sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo*“ denn daß ein röm. Jurist die Meinung gehegt haben

solte, es müßten die *utiles impensae* unbedingt ersetzt werden, ist der Sache nach ungläublich und auch gegen L. un. §. 5. C. de rei. uxor. Aber freylich der Fall war der häufigste, daß sie sich stillschweigends oder ausdrücklich die Verbesserung gefallen ließ, vollends wenn Marmorbrüche eröffnet wurden, konnte ihr dieß nicht leicht verborgen bleiben. Hatte sie dem stillschweigend zugesehen, so war es in der That *mala fides*, nachher den Erlass der Kosten zu verweigern. Daß aber Widerspruch diesen ausschloß, verstand sich von selbst.

c) L. 12. §. 4. D. de pact. dotal. — Merkwürdig ist, daß wenn die Sache anfangs schlechthin ge-

4) Von einem in dotem gegebenen usufructus.

In Hinsicht des Fleißes und der Verwaltung ist wenig Unterschied, ob dem Manne das Eigenthum eines fundus, oder nur das Recht a) des usufructus in dotem gegeben worden. Er muß in beiden Fällen alles thun, was bona fide sonst ein Hausvater thut, z. B. muß er ausbessern, was auszubessern ist, nachpflanzen, den Viehstand in Ordnung halten u. s. w., nur freylich, was ohne Rechte auf die Substanz nicht vorgenommen werden darf, dazu kann er als Usufructuar nicht verpflichtet seyn. Der Unterschied vom gewöhnlichen Usufructuar besteht denn aber nur darin, daß er im Verhältniß zur Frau, und so weit diese ihn wegen Versähen in der Verwaltung in Anspruch nehmen kann, sich mit einer ihm gewöhnlichen Nachlässigkeit entschuldigen darf. Jedoch ist zu merken, daß, wenn der Mann zum Nachtheil der Frau das Recht durch Nichtgebrauch verlor, er unbedingt haftet, sobald es ihm nur möglich war, den usufructus auszuüben b), also ohne Rücksicht auf jene Ausrede; ganz begreiflich, denn dieß ist immer eine grobe Schuld, denn wußte er etwa nicht, daß

schätzt in dotem gegeben, dann aber ausgemacht war, daß sie nach Maßgabe der Schätzung restituirt werden solle, und nun der Mann mit Bewilligung der Frau sie höher, als die aestimatio war, veräußerte, er die Wahl

hatte, ob er die Sache oder das empfangene pretium restituiren wollte. Die besondern Gründe sind in L. ult. D. de pact. dotal. angegeben.

a) L. 7. §. 2. de jure dot.

b) L. 78. §. 2. D. de jure dot.

Die Servitut so verloren gehe, so wußte er nicht, was alle wissen oder wissen sollen. Eben so ist es nach L. 7. De de fundo dotali mit einer Realservitut, welche durch Confusion aufgehoben wurde, indem der Mann den dem fundo dotali dienenden fundus erwarb; veräußerte er diesen, ohne sich die Servitut wieder bestellen zu lassen, so muß er auf allen Fall dafür herkommen. Ein Gleiches gilt nach L. 16. D. eod.; wenn er versäumte, den ihm in dotem gegebenen fundus zu vindiciren, und inzwischen ein Dritter den fundus durch Erßigung erwarb. In dem ersten Fall aber sowohl als in dem letzten ist er zu entschuldigen, wenn, wie die Ausübung des Rechts oder der Klage in seine Hände kam, nur noch sehr wenige Tage übrig waren, und sich annehmen läßt, daß er nicht zeitig genug unterrichtet worden. Ein nicht uninteressanter Fall, auch deswegen, weil er in den Gesetzen nicht weiter erwähnt worden, ist der, da der Schwiegervater auf seinem fundus dem Manne einen solchen ususfructus bestellt hatte, und dieser ihn durch non usus verlor. Hatte sich jener die Restitution a) nicht für sich allein stipulirt, so behält die Frau nach allgemeinen Grundsätzen b) ihren Anspruch ungekränkt.

a) wie diese geschieht, darüber s. L. 78. de jure dot. u. L. 57. solut. matr.

b) L. 28. D. de jure dot. l. 2. §. 1. L. 3. L. 4. L. 66. §. 6. D. solut. matr. L. 12. D. de fund. dot.

Von dem bisher abgehandelten *usufructus* ist der Fall wohl zu unterscheiden, da nicht das Recht, sondern die Früchte selbst in dotem gegeben worden, und die Absicht war, daß diese in Capital verwandelt, und die Zinsen dieses Capitals erst Gewinn des Mannes seyn sollten a). Aber der auf die Einsammlung u. s. w. zu verwendende Fleiß und das dabey obwaltende *periculum* steht unter der Regel.

5) Von in dotem gegebenen Forderungen (*nominibus s. l.*).

Löhr b) hat diese ziemlich schwierige Sache, wenn ich nicht irre, etwas zu flüchtig bearbeitet. Seine Meinung geht dahin: 1) Bey in dotem gegebenen Schuldscheinen könne so wenig als bey *res aestimatae* und *fungibiles* von *praestatio culpa* die Rede seyn; denn diese Fälle hätten das mit einander gemein, daß der Mann das *plenum dominium* erwerbe. Bey den übrigen Sachen und den Schuldscheinen, die der Mann als Paraphernen in Händen habe, sey dies umgekehrt, hier erhalte der Mann gar kein, oder doch kein volles Eigenthum. 2) Sey eine nicht bedingte Schuldforderung (*nomen debitoris*) in dotem gegeben, oder, was eins ist, existirte damals die Bedingung schon, und der Schuldner werde in der Folge insolvent,

a) L. 4. D. de pact. dotal.

b) Beiträge zur Theorie der Culpa. Miscellen No. 2.

so treffe die Gefahr den Mann. 3) Hiervon müsse man die Fälle wohl unterscheiden, wenn der Schwiegervater oder die Frau selbst, oder endlich ein Dritter als Schenkender, eine dos versprochen: im ersten Falle habe der Mann nichts zu verantworten, wenn er nichts eingetrieben; denn, meint er, es wären hier ja dieselben Personen, welche zu zahlen versprochen, und denen am Ende zurückgezahlt werden sollte; im dritten Falle dagegen (also ein Mittelfall) sey nur culpa zu prästiren. Er nimmt also in Rücksicht der Prästation drey Fälle an: in dem einen wird periculum, in dem andern nur culpa, in dem dritten nicht einmal diese geleistet. Mich dünkt, diese ganze Unterscheidung, so gestellt, hat gar keinen rechtlichen Grund. Zuerst ist nicht wohl zu begreifen, warum er die Anfangs aufgestellte Regel so gefaßt hat, daß sie bloß auf Schuldscheine lautet, etwa weil Justinian in L. ult. pr. C. de pact. conv. die nomina bey einer Entscheidung über Paraphernen durch foeneratitias cautiones definiert? Sieht man die Pandekten an, so wird man doch gewahr, daß diese hier gewöhnlich nur schlechthin von Stipulationen sprechen, und dabey nur einmal, nämlich in L. 49. pr. D. solut. matr. eines Documents erwähnen. Wir wollen aber einmal annehmen, daß Schuldscheine in dotem gegeben sind, so verstehe ich darum jenen allgemeinen vom dominium plenum und non plenum entlehnten Grund noch um nichts besser. Wer ein dominium mit vollen

Wirkungen hat, hat ein volles dominium, dieses hat
 aber der Mann während der Ehe, oder was fehlt denn
 demselben? nur freylich muß er dieses volle dominium
 nach getrennter Ehe wieder von sich lassen. Indessen, es
 kann seyn, daß Löhre gerade auf diese Widerruflichkeit hin-
 deuten wollte, und so wollen wir über den Ausdruck nicht
 streiten, zumal da ihn auch schon andre so gebraucht ha-
 ben. Aber es fragt sich denn doch wieder, wie paßt dieß
 auf die Schuldscheine? Sind diese etwa als fungible Sa-
 chen anzusehen? Dann müßte der Mann nach getrennter
 Ehe damit frey kommen, wenn er andere Instrumente
 von derselben Quantität und Qualität restituirte; wie ist
 dieß aber denkbar? Oder sollen es res aestimatae seyn,
 an deren Stelle allemal die aestimatio zu restituiren ist?
 Freylich sind sie an sich etwas Geschätztes, da sie auf
 eine bestimmte Summe lauten, aber die Schätzung, wo-
 von in unsrer Materie die Rede ist, erhält ihre Wirkams-
 keit durch eine Vereinbarung zwischen den Eheleuten, sie
 ist ein Kauf. Gesezt, der Mann wollte gleich aus dem
 Schuldschein klagen, er konnte es aber nicht, da ein
 Stillstand der Gerichte eingetreten; ehe dieser noch aufhörte,
 ward die Ehe schon getrennt; was könnte ihn hindern,
 sich durch Rückgabe der empfangenen Schuldscheine zu be-
 freyen, wer wird die aestimatio von ihm fodern? Wie
 dünkt, in diesem Betracht muß es ganz einerley seyn, ob
 es ein Schuldschein war, der in dotem gegeben wurde,

oder eine schriftlich aufgesetzte Schenkung einer dos; auch in dem letztern Fall hat eben so gut das Document seine bestimmte Währung. Dasselbe tritt ein, wenn der Schuldschein eine Bedingung enthielt, oder wenn der Schuldner schon zur Zeit der Uebergabe insolvent war: immer erhielt der Mann etwas Geschätztes. Hierin kann also nichts Charakteristisches liegen. Freylich, meint Köhr, wenn die Schuld von einer Bedingung abhängt, so „könne der Mann den Schuldschein nicht sogleich realisiren, und es sey ihm also auch kein Geld gegeben;“ mithin, wenn dagegen die unbedingte Forderung an einen damals solventen Schuldner dem Manne übergeben war, so ist es nach seiner Meinung so gut, als habe der Mann das Geld selbst schon *in dotem* empfangen. In wie weit dieß wahr sey, wird sich finden, so viel leuchtet aber ein, daß dieser Grund, und derjenige, welchen er vom vollen Eigenthum herleitete, ganz auseinander liegen. Ueberhaupt aber muß es auffallen, daß von den Gründen, welche Köhr angibt, die Gesetze auch gar nichts sagen. Sodant könnte man Köhr gleich mit Fug und Recht darüber zur Rebe fordern, wie er zwischen dem Fall, da der Vater, und dem, da der fremde Schenker die dos versprochen, einen so bedeutenden Unterschied machen möge, da doch Ulpian in L. 33. De de iure dot. diese beiden Fälle offenbar völlig mit einander ausgeglichen. Ferner sieht man gleich, daß er den Gesetzen nicht treu geblieben, indem er bey der *in dotem*

gegebenen eigentlichen Schuldforderung von culpa gar nichts wissen will, da doch die Gesetze jedesmal hier alles auf Zurechnung oder dolus und culpa namentlich zurückführen. Endlich wird niemand mit ihm einverstanden seyn, wenn er behauptet, daß, auch wenn der Vater die dos versprochen, immer der Versprechende und der Zurückfordernde eine Person ausmachten: man denke nur z. B. an den Fall, da die Frau immitteltst emancipirt wurde. Allerdings ist es nicht leicht, den Zusammenhang hier vollständig und befriedigend anzugeben; indessen wir wollen es versuchen.

Wir müssen hier, glaube ich, von der Bemerkung ausgehen, daß die Römer sich gewöhnlich der *Delegation* bedienten, wenn sie Schuldforderungen *dotis causa* übertragen wollten, wenigstens sprechen die auf uns gekommenen Fragmente fast alle von einer *Delegation*, theils nennen sie diese geradezu, theils bedienen sie sich des Ausdrucks; *debitor marito (stipulanti) dotem promisit a)*, oder *debitor jussu mulieris promisit b)*. Nun war es aber Regel: wer sich einen Schuldner durch *Delegation* zuweisen läßt, dem wird gezahlt, und der kann sich nicht weiter darauf berufen, daß ihn der Zugewiesene nicht habe bezahlen können, weil er schon zur Zeit der *Delegation* zah-

a) C. z. B. L. 78. §. 5. L. 80. L. 83. D. de jure dot. vergl. L. 56. pr. D. eod.

b) L. 36. init. D. eod.

lungsunfähig gewesen: qui admisit debitorem delegatum bonum nomen facit, et nomen debitoris delegati sequi maluisse videtur a). Nur dann leidet dieß eine Ausnahme, wenn ausdrücklich oder stillschweigends eine Vereinbarung getroffen worden, daß die Forderung auf Gefahr des Deleganten stehen, d. h. daß dieser für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners herkommen solle b). Diese Verpflichtung, für die Zahlungsfähigkeit herzukommen, geht denn aber, und dieß darf nicht übersehen werden, immer nur so weit, als der neue Creditor nicht selbst schuld ist, daß ihm das Gegentheil verderblich geworden: hierauf geht die Meinung des Modestinus, wenn er in L. 35, D. de R. C. sagt: „periculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet.“ Jetzt fragt es sich, wenn in dotem delegirt wird, soll hier die Regel oder die Ausnahme eintreten, und ist es nach der Natur des Verhältnisses glaublich, daß der Mann die Schuldforderung in solutum annehmen wollen? Wäre dieß, so müßte er auf jeden Fall, er möchte etwas bekommen haben oder nicht, nach geendigter Ehe die Summe zurückzahlen. Man kann die Frage auch so stellen, ist es anzunehmen, daß der Mann sequutus est fidem debitoris delegati? Mich dünkt, man kann dieß in der Regel un-

a) L. 26. §. 2. D. mand. L. 18. b) L. 22. §. 2. D. mand. L. de de fideiuss. L. 68. §. 1. D. de 45. §. 7. D. eod. eviction.

bedenklich verneinen, denn es ist hier ja gar nicht Absicht, durch die Delegation eine Schuld zu tilgen, sondern eine dos zu bestellen, und zu dieser Bestellung gehört etwas Reelles, etwas was da ist. Dieß wird gleich bestätigt durch L. 41. §. 3. D. de jure dot. Paulus lib. 35. ad Edictum.

Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quodsi jam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, *quod sciens tale nomen secutus videretur*, quale initio obligationis fuerit.

Was hier von einer bedingten Schuld bis zum Eintritt der Bedingung behauptet wird, muß auch im Augenblick der Uebertragung von einer unbedingten gelten, denn auch hier darf nicht präsumirt werden, daß der Mann die Insolvenz gekannt habe, und diese Unwissenheit ist dort der wahre Entscheidungsgrund, weshalb an kein sequi nomen gedacht werden darf. Auch dort wird vorausgesetzt, daß die Bedingung später eingetreten, der Eintritt dieser fällt mit dem Zeitpunkt der Delegation, wenn die Forderung unbedingt war, zusammen: bey der eigentlichen Delega-

nion dagegen tritt immer völlige Abfindung ein, die Forderung mochte bedingt seyn oder nicht, es sey denn daß die Bedingung wegfiel, da denn auch die Delegation selbst wegfällt, und nur in so weit steht noch die bedingte Forderung auf Gefahr des Deleganten. Also die delegatio in dotem facta muß so angesehen werden, als läge dabey eine Vereinbarung in der Mitte, daß die Frau die Gefahr tragen solle. Dieß geht dann aber, wie wir gesehen haben, nur so weit, als der Delegatar, also hier der Mann, nicht selbst Schuld ist, daß die Insolvenz des Schuldners ihm Schaden gebracht hat: es muß ihm gar nichts zu imputiren seyn, und nur der reine casus trifft ihn nicht. Eine solche Schuld ist aber immer vorhanden, wenn er das fällige debitum nicht sogleich einforderte, er konnte es ja, warum that er es nicht? Daher wird in L. 33. init. D. de jure dotium der Satz unumwunden aufgestellt:

„Si extraneus sit, qui dotem promissit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat.“

Ohne Zweifel aber ist dieß durchgreifend; da der Mann weiß, daß seine mora den Verlust des Geldes zur Folge haben kann, warum plagte er denn nicht? „Dolus est,“ sagt Ulpian in L. 44. D. mand., „si quis nolit persequi, quod persequi potest.“ Aber auch angenommen, daß er aus Nachlässigkeit, aus Sorglosigkeit seine Pflicht

unterließ, oder weil er etwa glaubte, daß der Schuldner so reich sey, daß alle Furcht thöricht seyn würde, so ist doch nichts billiger, als daß ihn selbst die Folgen seiner Fahrlässigkeit und Leichtgläubigkeit treffen.

Man könnte allerdings versucht seyn, auch hier die culpa auf *diligentia quam suis* zu beschränken, allein davon ist in allen Fragmenten, die von *nominibus in dotem* handeln, keine Spur, vielmehr sieht man ganz deutlich, daß die Juristen hier eine volle und unbedingte Imputation gelten ließen. In der That sind auch, wie schon aus dem Vorigen erhellt, die Verhältnisse hier ganz anders, denn jene Beschränkung paßt nur auf Sachen, die schon in der ehelichen Gemeinschaft begriffen und dem gemeinsamen Betrieb und Gebrauch unterworfen sind; hier ist streng genommen gar keine *dos* bestellt, denn die Absicht ist ja, daß das Geld, was noch eingetrieben werden soll, in *dotem* sey. Ohne Zweifel konnte der Mann verlangen, daß die Frau für die Eintreibung selbst sorgen und ihm das Geld *in natura*, wie man zu sagen pflegt, übergebe. Er verrichtet hier also gutwillig gewissermaßen ein fremdes Geschäft, und wir haben gesehen, daß bey fremden Geschäften die höchste Sorgfalt verlangt werde a).

a) Ueber den dort als Grund angegebenen repräsentativen Charakter s. noch L. 31. in f. D. mandati: qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare

debet in sua persona, quod in aliorum. Der Mandatar muß sich, wie man sieht und auch bekannt genug ist, ganz und gar in die Stelle des andern setzen, so

Noch möchte aber der Umstand zu berücksichtigen seyn, wie wenn der Mann sehr triftige Gründe hatte zu vermuthen, daß der durch Unglück in augenblickliche Verlegenheit gerathene Schuldner, wenn er ihm Frist gäbe, sich erholen, wenn er ihn gleich angriffe, gerade dadurch zum Nachtheil der Forderung, in den Concurs hineingedrängt werden würde; handelte er nicht köblich, wenn er ihm Zeit ließ? Dieß würde zu behaupten seyn, wenn es seine Sache wäre dieß zu beurtheilen, allein es ist in der That Sache der Frau, und ihm liegt ob, wenn er dieß glaubt, die Frau, (will er völlig sicher seyn, vor Zeugen) zu fragen, ob er ferner Credit geben solle, und ob sie ihn dazu bevollmächtigen wolle, da denn von selbst die Gefahr auf sie zurückfällt a). Thut er es ohne diesen Auftrag, so thut er es auf seine eigene Gefahr: *secutus est fidem debitoris.*

Kein anderes kann gelten, wenn auf andre Weise, als durch Delegation und Stipulation, die Uebertragung geschehen ist, z. B. durch Litiscontestation b); d. h. durch Cession, denn immer ist hier ein Auftrag, der mit allem

gar in Verhältnissen gegen sich selbst, wie könnte hier eine Beschränkung auf *dolus* oder in eigenen Sachen angewöhnter Fleiß Statt finden?

a) Vergl. L. 6. D. de pact. dotal. und L. 12. §. 14. D. mand.

b) Im weitern Sinn des Wortes Delegation ist diese Art, einen debitor anzuweisen, mit darunter begriffen. L. 11. D. de novat. Dagegen nimmt L. 2. C. de O. et A. das Wort im engerm Sinn.

Fleiß ausgeführt werden soll; so auch wenn Schuldscheine in dotem gegeben worden: er konnte ja, sagt Paulus in L. 49. D. soluto matr., den Schuldner belangen, da er zur Klage bevollmächtigt war, nur wenn er sine dolo et malo nicht einfordern konnte, kann er auch weder durch die dotis actio, noch durch die actio mandati belangt werden. Noch ein Fall, der in L. 20. §. 2. de pact. dotal. vorkommt, gehört hieher: der Vater hatte sich gleich ausbedungen, daß während der Ehe, so lange er lebte, die von ihm versprochne dos nicht sollte gefordert werden können, nachher starb er. Nun erst kann die dos gefordert werden, aber in dem Augenblick, da die Forderung eintritt, ist auch schon ein Dritter, der sich auf das persönliche Verhältniß des Vaters nicht berufen kann (extraneus debitor) vorhanden, nämlich der Erbe des Vaters. Hier heißt es denn, trieb der Mann nicht sofort nach dem Tode des Schwiegervaters die dos ein, so haftet er wegen dieser Schuld, den Fall nur ausgenommen, da er überhaupt nicht einfordern konnte a). Das Resultat hat also keinen Zweifel: ward ein nomen debitoris in dotem gegeben, so trifft nur die Gefahr den Mann, welche durch seine Zögerung beim Einfordern verursacht wurde, alle übrige Gefahr ist Sache der Frau; nicht also den casus fortuitus, das periculum im ums

a) Vergl. L. 55. D. de jure dot.

fassendsten Sinne trägt der Mann, wenn gleich die Insolvenz des Schuldners immer ein casus ist, sondern er trägt nur die culpa, welche diesen casus zur Folge gehabt hat a). Er konnte diesen Unglücksfall durch eine leichte gefahrlose Thätigkeit vorbeugen, ein casus fortuitus ist aber nur dann vorhanden, wenn von menschlichen Kräften nicht zu erwarten, daß sie ihn abzuwenden vermögen. Alle Gefahr geht erst dadurch auf den Mann über, daß er Credit gab, z. B. wenn er Zinsen einforderte b); erst dann kann man von ihm sagen: nomen honum fecit.

Ganz anders freylich muß sich die Sache verhalten, wenn der Vater, die Frau selbst, einer, dessen Erbe sie wurde, oder ein Dritter, der damit der Frau ein Geschenk machen will, die Versprechenden und auf Zahlung zu Belangenden sind. Unterläßt der Mann in einem dieser Fälle die Eintreibung durch richterliche Hülfe, so wird ihm dieß gar nicht zugerechnet. Bey der Frau versteht sich dieß von selbst, denn wo sie selbst oder ihr Erblasser zu zahlen hatte, da kann sie sich unmöglich über unterlassene Einforderung beklagen. Sie kann also nichts mehr von ihm verlangen, als daß er sie quittire c). Aber auch das sah

a) Die Neuern nennen dieß Sache abging, mit Namen casus mixtus, ohne daß dadurch aushalf.

eben viel aufgeklärt wird. Aber es ist schon oft vorgekommen, daß man da, wo klare Einsicht der

b) L. 71. D. de jure dot.

c) L. 35. D. eod. L. 41. §. ult. eod. L. 66. §. ult. D. solut. matr

man als etwas Unwürdiges an, wenn eine Tochter sich darüber beschweren wollte; daß ihr Vater nicht zur Bezahlung durch Zwangsmittel angehalten worden, und so ward nicht darauf geachtet a). Was endlich den Schenker betrifft, so sollte es auch bey diesem dem Manne niemals zu Schulden kommen, wenn er ihn nicht verklagt hatte, denn, meinte man, es sey etwas Widersinniges, jemandem daraus einen Vorwurf zu machen, daß er freyer Güte keinen Ungeßüm und keine Strenge entgegensetzen wollen, und den geschont habe, welchen aus gleicher Rücksicht die Gesetze schonten, indem sie ihm das *beneficium competentiae* gegen den Beschenkten zugestanden b). Merkwürdig ist, daß die abweichenden Meinungen des Julianus über diese Punkte, ungeachtet sie von Ulpian in L. 33. de iure dot. widerlegt werden, sich doch in den Pandekten vorfinden, nämlich in L. 30. §. 1. D. solut. matr. und L. 49. D. de iure dot.; allein diese Bruchstücke sind,

a) L. 33. cit.

b) So muß dieses gefaßt, und nicht etwa das *beneficium competentiae* für sich allein als Entschuldigungsgrund angesehen werden. Sonst würde folgen, daß auch in dem Falle der L. 32. D. solut. matr., wenn der erste Mann dem zweyten die dos erster Ehe als debitor der Frau versprach, ein Gleiches gelte. Auch hier hätte das *beneficium competentiae* statt gefunden, wenn die Frau

selbst geklagt hätte, dennoch tritt hier kein hinreichender Schonungsgrund ein, da weder eine Liberalität vorhanden war, noch die dem Manne schuldige Achtung so viel wirken kann, wie das Verhältniß zwischen Vater und Tochter, am wenigsten nach einer feindlichen Absonderung. Vergl. L. penult. D. de iure dot. L. 41. pr. D. de re iud. Cuiacii observ. lib. 12. c. 17.

wie man wohl sieht, wegen des Uebrigen, was noch in denselben enthalten ist, und wogegen niemand Zweifel hegen wird, darin aufgenommen. Nach der klaren Absicht der Compilatoren muß man also von jenem ganz abstrahiren. Daß Idhr dieß übersah, erklärt und entschuldigt seinen Irrthum.

Da das Vorhergehende auch als ein Commentar zu der L. 55. D. de iure dot., welche Alles, was hier in Betracht kommt, kurz zusammenfaßt, angesehen werden kann, so wird es mir erlaubt seyn, diese noch als den Schlußstein hieher zu setzen:

Ulpianus lib. 6. ad Sabinum.

„Si extraneus sit; qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat. Nam si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnasset. Hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos. Sed si vel pater vel ipsa mulier promiserunt, Iulianus quidem lib. 16 Digestorum scribit, etiam, si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est, debet igitur mulieris esse pe-

riculum. Nēs enim quicquam iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem; multo minus cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse („scilicet si non convenerit eum“); quod alius, scilicet donaturus, ejus periculo, ait, cui acquiritur, acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit,“

Hatte übrigens der Mann durch Acceptilation den Schuldner freigelassen, so war es so gut, als wenn gezahlt worden, und nun war freylich die volle Gefahr sein, denn es wurde so angesehen, als habe er dem Schuldner ein Geschenk machen wollen. Er wird also dadurch unbedingt die Summe schuldig, es sey denn daß die Frau ihn zur Acceptilation beauftragt, denn alsdann tritt in die Stelle der getilgten Forderung, die Verbindlichkeit der Frau aus dem Mandat, den Mann schadlos zu halten; diese obligatio ist nun in dote, und wird die Ehe getrennt, ehe sie erfüllt wird, so steht natürlich der Frau die exceptio doli entgegen. Hier ist also der Mann von allem periculum befreyt. Das Nähere s. in L. 36 - 38. D. de iure dot. a).

a) Vergl. L. 10. §. 6. L. 27. pr. D. mand.

Endlich ist noch der wenig beachtete Fall hier bezeichnend, da ein Dritter eine specielle Sache schuldig war, und die Forderung auf diese in dotem gegeben wurde. Davon spricht

L. 56. pr. D. de iure dot. Paulus lib. 6 ad Plautium.

Si is, qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit, et antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset, quominus solveret, *neque maritus in agendo moram fecisset*, periculo mulieris Stichus morietur; quamquam etiamsi *moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit*, actione dotis maritus non teneatur.

Das ganze periculum des Mannes ist hier, unfern Grundsatz zufolge, der auch diesen Fall beherrscht, lediglich auf seine culpa und mora gestellt, und diese macht ihn nur dann und nur darum verantwortlich, weil ohne diese das Unglück nicht eingetreten wäre. Woraus denn von selbst folgt, daß der reine Zufall, in so fern ihn der Mann nicht besonders übernahm, immer auf Gefahr der Frau steht; kurz: das periculum culpae trifft den Mann, das periculum casus die Frau.

6) Von dem Fall, da die Befreyung von einer Forderung in dotem gegeben worden a).

Das periculum kann hier nur indirect zur Frage kommen, in so fern nämlich, als es zweifelhaft ist, ob, wenn die Forderung auf eine species ging, diese oder auch die liberatio obligationis, in dote sey. Dieß kann in Hinsicht der Accessionen wichtig seyn, z. B. bey den Römern des partus ancillarum; war nämlich die Sklavin in dote, so mußte auch die Geburt mit herausgegeben und in Hinsicht beyder vom Manne, nach der Regel, dolus et culpa prästirt werden; machte hingegen die Befreyung von der obligatio die dos aus, so mußte nur die obligatio restituirt und also was in dieser enthalten gewesen war, mithin nur die ancilla zurückgegeben werden. Nach der Entscheidung des Celsus b) kam es hier darauf an, ob der Mann zur Zeit der Bestellung die Sache, die er schuldig war, in Händen hatte, dann sey die Absicht zu vermuthen, diese selbst brevi manu in dotem zu geben; wo nicht, das Gegentheil. Auch bey dem fundus debitus kann dieß in Betracht kommen, und insbesondere deshalb, weil davon, wenn er nicht alternativ versprochen ist, die Frage abhängt, ob er vom Manne veräußert werden darf. Daß über ist nachzusehen L. 9. 10. D. de iure dot.

a) L. 12. §. ult. L. 44. §. 1. b) L. 53. §. 1. D. de iura
L. 45. L. 57. de iure dot. cf. dot.
L. 53. sol. matr. L. 47. mand.

Nachdem wir nun die verschiedenen Arten, eine *dos* zu bestellen, mit Rücksicht auf das *periculum* durchgegangen sind, ist nun auch noch

- 7) von den einzelnen Verträgen zu handeln, welche auf das *periculum* bey der *dos* Einfluß haben. Hier muß L. 6. D. de pactis dotal. an die Spitze gestellt werden.

Ulpianus lib. 4. ad Edictum.

Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut *dos* solummodo in dote praestet, videlicet propter utilitatem nubentium; quamvis pacisci possit, ne sit periculo eius nomen debitoris, qui ei *dotem* promisit; nam et ut sit *dos* periculo mulieris pacisci eum posse probat, et per contrarium, ut ea *dos*, quae periculo mulieris est, sit periculo mariti.

Was hier vorgetragen wird, ist uneingeschränkt zu verstehen, die Ehe mag dem Verträge vorhergegangen seyn oder nicht, aus einem von demselben Pomponius in L. 1. D. solut. matr. angegebenen Grunde, nämlich „quia publico interest, *dotes mulieribus conservari*“ u. s. w. Das öffentliche und das Privatrecht berührten sich hier, und es gab bekanntlich bey der *dos* Punkte, welche von Verträgen abhängen, andre, welche kein Vertrag, er mochte vor oder nach der Ehe geschlossen seyn, anders bestimmen konnte, als sie im Recht einmal bestimmt wa-

ten a). Wenn nun aber, damit den Frauen ihre dos gesichert sey, ein Vertrag, daß der Mann nur dolus, keine culpa prästiren solle, unkräftig war, wie konnte denn gütlich verabredet werden, daß diejenige dos, welche sonst auf Gefahr des Mannes stand, auf Gefahr der Frau stehen sollte? Es war allgemeine durchgreifende Regel: in doto recipienda mulieris conditio deterior fieri non potest b). Wird denn nun nicht ihr Anspruch herabgesetzt,

a) L. 12. §. 1. D. de pact. dotal. In den unmittelbaren Verträgen gehörte z. B., daß der Mann die dos überhaupt nicht solle einfordern können, denn hier blieb dann nichts übrig, wovon die Lasten der Ehe getragen werden konnten, es war also gar keine dos vorhanden. L. 11. L. 12. §. 1. in f. D. de pact. dot.; aus demselben Grunde, daß die Früchte des fundus dotalis, oder die Zinsen der dos pecuniaria zu der dos hinzugerechnet werden sollten, es sey denn daß man bey sehr großer dos dieß so verstehen konnte, daß der Mann die Einkünfte zu Capital schlagen, und dann die Zinsen dieses Capitals genießen und gewinnen solle; oder daß die Frau es übernahm, sich und die Ihrigen zu ernähren, und der Mann dagegen die Früchte fahren ließ. Nach der Hochzeit war jenes schon als Schenkung ungültig. L. 4. D. eod. L. 21.

§. 1. D. de donat. int. V. et U. Hatte die Frau eine dos, mortis suae causa versprochen, so durfte ihre Genesung darauf keinen Einfluß haben. L. 76. in f. de iuro dot. So auch konnte eine Vereinbarung, daß die nothwendigen Verwendungen dem Manne nicht ersetzt werden sollten, nicht kräftig seyn, nichts wäre unbilliger gewesen, da er dafür herkommen mußte, wenn diese nicht zu rechter Zeit verwandt worden waren. L. 4. D. de impens. in res dot. L. 5. §. 2. D. de pact. dotal. u. f. w.

b) Wollte der socer oder ein extraneus die dos selbst eigenwillig zurückfordern können, so mußte er es sich gleich anfangs versprechen lassen, andernfalls forderte die Frau allein oder der Vater mit ihrer Einwilligung die dos zurück, jenachdem sie noch unter seiner Gewalt stand oder nicht. L. 22. pr. L. 29. pr. D. solut.

Wenn sie das periculum freywillig übernimmt? Die Frage ist sehr natürlich, aber die Antwort nicht weniger, wenn man sich nur die einzelnen Fälle, die hier vorkommen können, vor Augen hält.

Die geschätzten Sachen, haben wir oben gesehen, stehen auf Gefahr der Frau. Ward nun aber ausgemacht, daß die geschätzten Sachen nach geendigter Ehe zurückgegeben werden sollen, so hat man keinen Kauf schließen wollen, sondern die Absicht war nur, den Werth bestimmt anzugeben, *summa declaratur, non venditio contrahitur a*). Wie ist es nun aber in diesem Fall mit dem periculum? Den Zufall trägt die Frau, da keine Verpflichtung bleibt, eine Sache zurückzugeben, die ohne Schuld zu Grunde gegangen oder verlegt worden ist; ist aber eine solche Schuld des Mannes vorhanden, so muß er nach Maßgabe des verabredeten Werths den Schaden ersetzen: das periculum casus trägt die Frau, das periculum culpa der Mann. Das war der Sinn des der Schätzung hinzugefügten Vertrages b), und dieß ist es, was die Neuern *aestimatio taxationis causa facta nens*

matr. L. 29. §. 1. L. un. C. de rei ux. act. Daß in längeren Terminen die dos zurückgegeben werden solle, konnte nicht ausgemacht werden, wohl aber daß in kürzeren. L. 14-18. D. de pact. dotal. Hatte der Vater sich, für sich allein, die dos versprechen

lassen, heißt es in L. 6. C. de pact. conv., so kann er *deteriorum causam dotis facere*, woraus von selbst folgt, daß er es sonst nicht kann.

a) L. 69. §. 7. D. de iuro dot.

b) L. 21. C. eod.

nen a). War ein Solches gleich bey Bestellung der dos verabrebet worden, so kann vollends über die Gültigkeit kein Zweifel seyn. Aber gesetzt, die Sachen waren Anfangs schlecht hin geschätzt übergeben worden; wird nun später erst ausgemacht, daß die Sachen, so wie sie geschätzt worden, selbst zurückgegeben werden sollen, so ist dennoch der Vertrag nicht weniger gültig, wenn gleich dadurch die Gefahr, welche der Mann bisher trug, auf die Frau übergeht. Allein, was sie dadurch verliert, wird ihr durch die Hoffnung künftigen Gewinns vergütet: Möglichkeit des Verlustes und Möglichkeit des Gewinnes compensiren sich. Denn war z. B. ein fundus aestimatus in dotem gegeben, und der Werth dieses fundus hatte seit der Bestellung beträchtlich zugenommen, so kommt dieß dem Manne zu Gute, wenn die Schätzung venditionis causa geschehen war, der Frau dagegen, wenn sie taxationis causa vorgenommen worden. Bey den Römern war noch insbesondere der Fall wichtig, wenn Dotalsflavinnen geboren hatten, oder einen Dotalsflaven für seine Person eine Erbschaft oder ein Legat zugefallen war: wie sehr konnte nicht dadurch die dos erhöht werden! Keiner dieser Vortheile aber kam auf Rechnung der Frau, wenn die dos so schlecht hin geschätzt blieb, sie fielen ihr aber alle zu, wenn verab-

a) Einige wollen sogar diese seyn verständigen Gesetzausleger gar präsumiren, allein dieß ist ein nicht controvers seyn sollte. Punct, der für jeden einlgerma-

redet wurde, daß die Sklaven selbst, obgleich nach der frühern Schätzung, zurückgegeben werden sollten. Vollkommen befriedigend ist daher die von Modestinus in L. 2. 6. D. de iure dot. aufgestellte allgemeine Regel:

„Ita constante matrimonio permutari dotem possedimus, si hoc mulieri utile sit, ut ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam.“

Dies kann aber auf mancherley Weise geschehen: z. B. wenn verabredet wird, daß für einen Sklaven, den der Mann schuldig war, eine bestimmte Summe in dote sey a), und umgekehrt; ferner wenn mit Willen der Frau die Dotalsache verkauft wird, da denn der Kaufpreis in die Stelle tritt b) oder umgekehrt wenn für das in dote befindliche Geld mit Zustimmung der Frau Sachen angeschafft werden, damit diese fortan die dos ausmachen c); nicht weniger aber auch dadurch, daß, wie erwähnt worden, vertragmäßig ausgemacht wird, daß die früher geschätzten Sachen nunmehr selbst, nach ihrem angenommenen Werth, zurückgegeben werden sollen, denn auch hier geschieht eine wahre permutatio ex pecunia in rem, und wird nachmals ein Sklavenkind geboren, so erhält es die Frau, wogegen das in der Zwischenzeit zur Welt ge-

a) L. 25. D. de iure dot.

b) L. 32. de iure dot. L. ult.

D. de pact. dotal.

c) L. 27. L. 54. D. eod.

Commine dem Mann verbleibt, weil er bis zum Vertrage die Gefahr getragen a).

Mit dem eben erörterten Fall hat derjenige viel Aehnlichkeit, da durch Vertrag ausgemacht wird, daß die geschätzten Sachen von nun an ungeschätzt seyn sollen; aber in einem Punkt findet sich doch ein bedeutender Unterschied. Nämlich bey den nun für ungeschätzt erklärten Sachen tritt nunmehr die Regel ein, daß *diligentia quam suis* zu prästiren sey, dagegen gehört die *do. summae declarandae causa aestimata* unter eine andre Regel, nämlich die, daß bey solchen Sachen *custodia* zu prästiren ist. Waren also in unserm Fall die Sachen in dieser Absicht vorher ästimirt, so wird dadurch, daß sie nun ungeschätzt seyn sollen, wirklich die *praestatio culpa* herabgesetzt, und nur nicht die *culpa ultra dolum* ganz ausgeschlossen. Aber warum sollte dieß nicht eben so gut, thunlich seyn, als wenn sie vorher des Verkaufs halben geschätzt waren, und nun also durch die Aufhebung der *aestimatio* die Verpflichtung des Mannes von dem vollen *periculum* auf die *diligentia quam suis* herabgesetzt, mithin auch der Anspruch der Frau in eben dem Maße verringert wird. Daß aber dieß letztere der Frau dennoch möglich seyn könnte,

a) L. 18. D. de iure dot. L. tal. L. 27. §. 2. D. de pactis. §. 3. D. solut. matr.

b) L. 29. pr. D. de pact. de-

erhellet aus dem Vorigen; aber auch jenes kann ihr zum Nutzen gereichen. Es geschieht hier immer nur indirect, daß die Præstatio herabgesetzt wird, die nächste Absicht ist, daß nunmehr die *justa aestimatio* statt der vormals verabredeten prästirt werden soll, und so ist eigentlich nichts weiter geschehen, als daß die *dos* zu ihrer natürlichen Gestalt zurückgebracht worden ist a).

Man muß sich jedoch hier immer hüten, zu verlangen, daß der endliche Ausgang für die Frau vortheilhaft seyn solle b). Es ist dieß allemal ein Handel zwischen Mann und Frau, bey dem verloren und gewonnen werden kann: *negotiantur conjuges*. Wäre dieß anders zu verstehen, so könnte ein solcher Vertrag während der Ehe gar nicht geschlossen werden, denn es wäre dann eine Schenkung. Es muß also vollkommen hinreichend seyn, wenn die Frau nur nicht durch das Geschäft selbst übervorthailt worden ist. Besser freylich als durch die bisherigen Verträge wird sie für ihren Vorthail sorgen, wenn sie sich ausbedingt, daß ihr die Wahl verbleiben solle, ob ihr die *aestimatio* oder die Sache zu prästiren sey; dieß ist ebenfalls gültig c), und den Mann trifft hier offenbar die Gefahr, obgleich er

a) L. 29. pr. D. de pact. dotal. L. 27. §. 2. D. de pactis.

c) L. 10. §. ult. D. de jure dot. L. 11. D. de fundo dotal.

b) Vergl. 3. B. L. 10. pr. D. de jure dot.

auch die Sache herausgeben muß, wenn die Frau es will. Freylich darf hierin aber während der Ehe keine Schenkung liegen. Eben so würde der Vertrag für die Frau nicht unvortheilhaft seyn, daß, wenn der Mann den v. c. geschätzten fundus verkaufen sollte, das pretium, es möge nun höher oder geringer ausfallen, in dots seyn solle; denn verkauft er gar nicht, so muß er die aestimatio leisten, verkauft er vortheilhaft, so ist dieß ein Vorthell der Frau, verkauft er schlecht, so muß er nach der Regel culpa præstare a). Endlich wird es für sie sehr erwünscht seyn, so zu pacisciren, wie in L. 50. D. solut. matr. erzählt wird, daß die Sachen selbst nach dem angegebenen Werth zurückgegeben, falls sie aber nicht mehr vorhanden wären, dieser Werth erstattet werden sollte, denn hier trifft die Frau nur die Gefahr, wenn die Sachen ohne Schuld des Mannes verschlechtert worden, das periculum interitus trifft aber den Mann. Auf der andern Seite aber läßt sich auch schlechtthin ausmachen, daß entweder die Sache oder die aestimatio gegeben werden solle, da denn die Wahl dem Manne zusteht, und die Folge ist, daß er für das periculum interitus steht, da er in diesem Fall die aestimatio zahlen muß; die verschlechterte Sache aber, wenn ihm nur gar nichts zu Schulden kommt, allerdings zurückgeben, diese

a) L. 12. §. ult. L. 15. D. de pact. dot.

aber dennoch, wenn sie über die Schätzung hinaus verbessert worden, gegen Erlegung der aestimatio behalten kann.

Ein solcher Vertrag freylich, daß der Mann nach Gefallen die Sache oder die aestimatio, wenn aber die Sache nicht mehr existirte, auch die aestimatio nicht herausgeben solle, würde nimmermehr gültig seyn können.

Nach diesen Voraussetzungen erklärt sich nun eine sonst ziemlich schwierige Gesetzstelle sehr leicht. Es ist die

L. 21. D. de pact. dot. Iulianus lib. 17. Digestorum.

Si mulier dotis causa promiserit certam summam, et pro ea mancipia in dotem dederit ea conditione, ut periculo ejus essent, et si quid ex his natum esset, ad eam pertineat, stari pacto convento oportebit. Nam constat posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur et transferatur in corpora, cum mulieri prodest.

Die genannte conditio durfte nicht fehlen, wenn eine solche Verwandlung vor sich gehen sollte, denn ohne sie wären die Sklaven für die versprochene Summe in solutum gegeben worden, es wäre also dennoch pecunia numerata in dote gewesen, auf ähnliche Weise, wie wenn eine res simpliciter aestimata in dotem gegeben worden. Mit hin war es die hinzugefügte Clausel, welche bewirkte, daß die Sklaven, nicht die gleichsam als ihr pretium an-

zusehende Summe, vom Manne erstattet werden mußten, denn da die Frau das *periculum* übernahm, so konnte nicht allein die *aestimatio in dote* seyn.

Daß aber auch das *periculum nominum*, so weit es den Mann angeht, von der Frau übernommen werden könne, wird aus dem, was oben über dieß *periculum* gesagt worden, zur Gnüge erhellen.

Endlich ist noch

B) von der Befugniß des Mannes zu reden, die *actio furti* in Beziehung auf *culpa* anzustellen.

Diese Frage ist nicht ohne Bedeutung, obgleich kein Zweifel darüber seyn kann, daß der Mann als *dominus* diese Klage anstellen kann, denn wir haben auch oben am Beyspiele des *vanditor* und *creditor pignoratitius* gelernt, wie es einen Unterschied mache, ob wegen *culpa* oder nicht geklagt worden, indem nämlich davon die Frage abhängt, ob das *duplum* oder *quadruplum* herausgegeben werden müsse. Keine *Lex* nun erwähnt hier der *culpa* bey der dem *maritus* zuzugestehenden *actio furti* a); und in der That kann er auch nach der Regel diese *ob culpam*

a) In L. 18. in f. D. solut. matr. (schließlich gemeint seyn, da es wird in dem Fall, da die *culpa* sonst kein Beleg zu dem Anfange fehlt, ausdrücklich erwähnt, daß des Gesetzes: *interdum accidit, er die Klage qua maritus habe; ut non habeat furti actionem is, in L. 49. §. 1. de furtis nisi* cujus interest rem salvam esse, eben sowohl dieser Klaggrund aus seyn könnte.

gar nicht anstellen, was den oben für alle Fälle, da nur diligentia quam suis prästirt wird, entwickelten Gründen. Sobald er jedoch die custodia übernimmt, hat er auch die actio furti wegen culpa, und hier ist es dann mit dieser Klage zu halten gerade wie beym Venditor; stillschweigends geschieht aber eine solche Verpflichtung, allen Fleiß im Bewahren aufzubieten, dadurch, daß die Sachen geschätzt werden unter der Verabredung, daß sie selbst zurückgegeben werden sollen b).

b) Zum Schluß verstatte man mir noch folgende Verwahrung. Wenn ich oben die Delegation den in dotem gegebenen Schuldscheinen entgegensezte, so geschah dieß nicht, weil es mir unbekannt war, daß zur Zeit unsrer Classifier die bedeutenderen Skimulationen in Instrumenten aufgefahret zu werden pflegten. Theils aber dachte Löhrl bey den Schuldscheinen schwerlich an den Fall, da das Instrument über das dem Manne geschene Versprechen aufgenommen war, sondern an den, da die Frau ihm, wie nach L. 49. D. solut. matr., ihre Schuldscheine übergab; theils war es meine Absicht gar nicht, die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen mit und ohne Instrument in dotem gegebenen nomina herauszuheben, sondern eben bemerklich zu machen, daß dieß ganz gleichgültig sey, und nur niemand

sich verletten lassen dürfe, aus der Uebergabe gleichsam geschätzter Documente etwas zu schließen. Uebrigens verkenne ich es gar nicht, daß dieser Irrthum beym ersten Blick viel Schein hat, zumal da nach L. 2. C. de O. et A. die Aehnlichkeit mit einer emtio nominis so auffallend ist. Allein gerade diese L. 2. würde, wenn es hier noch eines indirecten Beweises bedürfte, aufs deutlichste zeigen, daß eine in dotem gegebene Forderung nie, sie mag mit oder ohne Instrument in dotem gegeben seyn, einer geschätzten Sache gleich zu achten sey, weil nämlich sonst hier immer eine wahre emtio nominis vorhanden seyn müßte, und also die Vergleichung mit dieser in einem andern Punkt, wie sie in L. 2. C. cit. angesetzt wird, ohne Sinn seyn würde. Allerdings sind sich nämlich die beiden Fälle darin

600 Zwölftes Cap. Ueber das periculum dotis.

ähnlich, daß der maritus und der emtor nominis beide eine actio utilis haben, wenn ihnen nicht die Klage cedret worden; aber darin sind sie sich wieder unähnlich, daß der emtor bonum nomen facit, da der venditor nominis nichts weiter zu prästiren hat, als debitorem esse, nicht locupletem esse debitorem L. 4. D. de hered. v. act. vend., der maritus dagegen dieß nicht thut, so lange er sich nicht im Einfordern säumig finden läßt.

A n h a n g I

Da der in §. 72 erörterte Rechtsatz, daß die Erben des Vormundes nur für dolus und culpa lata desselben, nicht aber auch für eine von ihm begangene culpa levis herzukommen haben, für die Aufklärung des Verhältnisses der diligentia quam suis etc. zur culpa levis, wie gezeigt worden, von vorzüglicher Wichtigkeit ist, so konnte ich die Meinungen des großen Cujacius und anderer hierüber nicht mit Stillschweigen übergehen. Sollten sie aber erwähnt werden, so müßte dieß mit einer gewissen Ausführlichkeit geschehen, zu der dießmal der Raum einer Note nicht hinreichte. Es sey mir also erlaubt, hieraus einen besondern Anhang zu machen, der denn vielleicht auch noch als ein geringer Beytrag zur Literaturgeschichte einigen Werth erhalten wird.

Cujacius (observ. Lib. 13. c. 39.) hatte bemerkt, daß die Basiliken die L. 1. C. de hered. tut. (oben pag. 342.) übersetzten, als sey das erste non vor latao nicht vorhanden. Hierauf in Verbindung mit

§. 1. I. de perpet. et temp. act., verb.: aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non

competit, veluti cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit.

vertrauend, behauptete er, die L. 1. C. cit. wende bloß die, freylich vom Haufen verkannte Regel, daß der Erbe selbst bey Contracten für den dolus und die ihm gleiches hende culpa lata des Erblassers nur alsdann hafte, wenn vor dessen Tode lis contestirt, oder der Erbe als bereichert anzusehen sey — auf die Tutel an: daß er dagegen für culpa levis tutoris allerdings hafte, bestätige L. 4. D. de fidejussor. tutor., vermittelt des argumenti a contrario (doch wohl ein zu handgreiflicher Trugschluß, als daß eine Widerlegung nöthig seyn sollte); L. 4. D. de magistr. conv. (oben pag. 340) rede aber auch nur so gut wie jene von einer negligentia propria des Erben. Dabey fällt ihm doch ein, daß in dieser letzten Lex der Erbe des Tutor dem Erben des den Tutor bestellenden magistratus gleich gestellt worden, und von dem letzteren in L. 2. C. de magistratib. conv. gesagt ist: in heredes magistratus, cujus non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari. Mich dünkt, war es erst einmal ausgemacht, daß in der L. 4. de magistr. conv. bloß von einer culpa propria die Rede war, so konnten ja in Hinsicht dieser die verschiedenen Erben verglichen werden, ohne daß sie sich in Hinsicht der culpa defuncti nothwendig auch gleich stehen mußten. Cuius aber hilft sich lieber damit, daß er auch in L. 2. C. cit. das non vor lata streicht, dieß allein dadurch rechtfertigend, daß hier derselbe Grund zu einer Correctur, nämlich die aus §. 1. I. cit. geschöpfte Regel, welche nicht auf den Kopf gestellt werden dürfe, vorhanden sey. Fast sollte man denken, die Basiliken wären durch Gleiches bezwogen, der Vergessenheit der Kaiser zu Hülfe gekommen. — Allein, es kann ja kein Zweifel seyn, daß die L. 4. D. de magistr. conv. von ether culpa tutoris, nimmermehr von

einer eigenen culpa des Erben sprechen könne, da ja sonst der ganze Nerv der Vergleichung schwinden würde. So wie die Erben des Tutor selbst nicht für bloße Nachlässigkeit desselben, so sollen auch die Erben des magistratus nicht dafür verantwortlich seyn, ungeachtet der magistratus selbst für alles herkommen muß. Wie hätte man schließen können, weil der Erbe des tutor nur für culpa propria, quae est lata, haftet, so haftet der Erbe des magistratus nur für culpa lata aliena (scil. tutoris)? An eine propria culpa des letztern aber hatte hier Cujaz selbst gewiß nicht gedacht, da ihm der Sinn der Endworte so wenig entgehen konnte, als daß bey ihm eine solche gar nicht denkbar ist, da er ja mit der Bestellung und Caution persönlich überall nichts zu thun hat. — Uebrigens bezieht er die Worte: neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum auf den Vormund, und sieht sie für Ausnahmefälle an, in welchen die schwere Schuld, und zwar in ersterem ein eigentlicher dolus, im zweyten eine culpa lata, auf die Erben übergehe.

So in der angeführten Stelle der observatt.; in den Paratitl. ad Cod. lib. 5. tit. 33. denkt er schon an den Rückzug. Er will nun die dort vorgetragene Behauptung gleich anfangs so verstanden haben, es sey zwar Regel, daß der Erbe des tutor wegen seines doli in solidum hafte: L. 49. D. de O. et A., „maxime ex eo dolo, quo res minoris deminutae et dilapidatae sunt, non temere ex alia quolibet, nisi his fuerit contestata cum tutore.“ Dieß sey der Sinn der L. 1. C. cit. Wegen der hier und in L. 2. C. cit. weggestrichenen Negation bleibt es übrigens bey dem Alten, so wie auch, was die culpa levis betrifft: in diesem Betracht führe die communis imperitarum opinio so viel im Munde, als („quod perinde est ac si diceret“): „ex contractu defuncti heredem non tenari, nisi ob delictum

defuncti, ac proinde delicti successorem eum tantum esse, non obligationis atque contractus.“ L. 1. C. cit. gehöre zu §. 1. I. de perpet. et temp. act. zu dieser lasse sich kein Beyspiel aus §. plane (?) de action. hernehmen, „quia specialis actio depositi cum sit poenalis, magis ex delicto videtur esse:“ auch kein Beyspiel aus L. 8. D. de precar., denn was hier vom Interd. de precar. gesagt, das werde in L. 4. C. de hered. tut. auch von der actio tutel. gesagt, welche doch ausgemacht ohne Bereicherung gegen die Erben gehe, wenn der dolus den Sachen des Pupillen geschadet, „et argumentum a contrario sensu non valet“ (bezog sich auf in der Zwischenzeit ihm gemachte Einwendungen). — Die jetzige Ueberschrift der obs. 39. cit. lautet freylich schon: Tentatur, in heredes non temere dari actionem venientem ex contractu si delictum quoque versetur.

In den observ. Lib. 21. c. 2. wird nun endlich zugegeben, daß weder in L. 1. C. cit., noch in L. 2. C. cit. ein non wegzunehmen sey, in der letztern nicht; weil weiter kein Grund vorhanden, in der erstern nicht, weil in L. 4. D. de magistr. conv. nicht, wie er früher geglaubt, von einer propria culpa die Rede seyn könne, aus dem oben angegebenen Grunde nicht. Nun soll aber doch schlechterdings seine alte Behauptung: „non ex quolibet dolo vel culpa lata tutorum; heredes eorum teneri tutelae actione, tutoribus mortuis ante litem contestatam, sed ex dolo tantum, quo spoliis pupilli tutores suas, vel aliorum per gratiam auxerunt facultates,“ ihren Glanz behalten und die Bestätigung auch in L. 1. C. de hered. tutor. gefunden werden. Das fängt er nun so an: die Worte neque ex damno — praestitum sit, sollen nicht etwa (wie es jedem einfallen kann, der auf den natürlichsten grammatischen Zusammenhang des neque mit dem vorhergehenden si non Rücksicht nimmt) eine Ausnahme mehr von dem Satze, daß die Erben nicht für culpa non lata (levis) haften, son-

tern eine Erklärung desselben a) („non exceptio, sed explicatio superioris propositionis“) seyn, und so viel sagen als: es sey nur eine nicht zu prästirende culpa non lata vorhanden, wenn dieses nicht eintrete. Diese Fälle des dolus und der culpa lata dagegen wären allerdings zu prästiren, aber (so macht er den Uebergang) andere Fälle des dolus und der culpa lata nicht. Es ist hier in dem imaginirten Zusammenhang zuverlässig ein Widerspruch, der nur durch das: nicht zu prästiren — versteckt wird, denn einmal sollen die Beispiele erklären, wann keine culpa levis, keine culpa non lata vorhanden sey, und dann sollen sie doch zugleich zeigen, daß die noch übrigen Fälle des dolus und der culpa lata nicht prästirbar sind. Um nun aber die Ausschließung alles Uebrigen, was etwa noch unter culpa lata und dolus gehören könnte, auch recht verminstlich und begründlich zu machen, schiebt er nun einen kleinen Zusatz unter. Es heißt nun: „lucro non captato, et incolumi patrimonio pupilli, si dolus ei suis malitiaque sua mala nihil profuit.“ Daß der Pupill gar keinen Schaden gelitten, davon steht in L. 1. C. gar kein Wort; und ist denn etwa kein dolus und keine culpa lata denkbar, die dem Pupillen geschadet ohne daß sie dem tutor Vorthail gebracht, oder ohne daß dieser auf den Erben gekommen? Und also, damit der würdige Mann doch nur nicht alles zurücknehmen müsse, soll L. 1. C. den kahlen Satz enthalten, daß eine Contractsklage, also eine reipersecutorische, wegen culpa nichts anders angestellt werden könne (b), als wenn durch

a) Thomasius de culpa ab haeredib. tutor. praestand. §. 23. will nun auch sogar die erste Ausnahme der früher geschehenen Litistcontestatio, für eine bloße Erklärung (declaratio) gelten lassen.

b) Dies hat auch Thomasius l. c. bemerkt. Am Ende sagt er aber: apparet igitur, Cujacium ex nimio studio explicandi istam §. Instit. ad has ineptiarum angustias esse redactum: „o nein,

die culpa Schaden anrichtet worden, also ein Interesse vorhanden ist, und um diesen Satz herauszulocken, muß aller Wort- und Gedankenzusammenhang aufgelöst werden.

Nebenbey kommen noch in dem kurzen Capitel (welches zugleich seine Reichhaltigkeit beweist) folgende Behauptungen vor:

- 1) bloße Pönalklagen gingen unbedingt nicht gegen die Erben, wohl aber diejenigen, welche zugleich eine Reipersecution enthalten — wogegen doch noch einige Zweifel denkbar sind, vergl. Donellus Commentar. jur. civil. L. 15. C. 51. pr. f.
- 2) tutorum vel magistratum omne periculum, omnem culpam praestare — was doch wohl kein römischer Jurist gesagt hätte.
- 3) Die Klage gegen den magistratus könne schon deswegen nicht unbedingt gegen die Erben desselben gehen, weil sie eine actio poenalis sey, nach L. ult. D. de magistr. conveniend., wo es doch am Ende heißt: eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores. — Warum denn aber wegen culpa lata? Ja, es sey eine actio mixta, und culpa lata finde nicht Statt, ohne daß ex damno lucrum captatum seu gratia praestitum sit (sic).
4. Die L. 6. D. eod. handle, wie man durch Vergleichung mit der Inscription der L. 4. D. de damn. inf. gewahr werde, von dem Fall, da der magistratus nicht das für Sorge getragen, daß auf Verlangen cautio de damn.

er hatte einen Irrthum in die Welt gesetzt, und diesen wollte er nicht ganz fahren lassen, ungeachtet er nicht umhin konnte, die Verfehrtheit seiner Gründe, womit er ihn früher unterstützt hatte, einzuse-

hen. Wenn das die Achtung gegen Cujacius ein wenig gemindert haben sollte, der lese nur die Dissertation von Thomassius, und sie wird von selbst wieder bey ihm stehen.

infecto bestellt werde; — da schon aus den Worten in L. 6. si vero cavit, et tunc idonei fuerunt, et postea desierunt, ersichtlich, daß dort davon nicht die Rede sey. Wenigstens für die Idoneität der Bürgen bey der cautio d. i., wo hier überall Bürgen erfordert werden, hat doch wohl nicht der magistratus, sondern, wie ich meine, der zu sorgen, welcher sich die Sicherheit bestellen läßt. Irrt ich nicht, so hat sich diesmal die goldne Methode des Eujacius nicht sonderlich bewährt.

Gegen Eujaz war vornämlich Hotomannus a) aufgetreten. Allein es war einmal das Schicksal dieser ganzen Untersuchung, daß man sich dabey auf eine unbegreifliche Weise über alle Interpretationsgrundsätze wegsetzen sollte. Hotomann stellt den wunderlichen Satz auf, daß so wie immer, so auch hier, wenn aus einem dolus geklagt werde, die Klage nur so weit, als der Erbe bereichert sey, gehe. Es sey allemal, auch da wo in einem Contractsverhältniß ein dolus begangen worden, verschieden, ob jemand ex causa negotii contracti oder ex causa doli belangt werde, (mit der Contractsklage, oder wie sonst?) und das soll sogar L. 157. d. R. I. b) beweisen, aber man müsse die Worte: non tantum in id, quod pervenit, auf die ratio doli, die andern: varum etiam in solidum aber auf das negotium in contractu gestum beziehen (nun lese man das Gesetz). Was L. 157., zeige auch apertissime L. 1. C. de heredib. tutor. Uebrigens war sein Haupteinwand gegen Eujaz, wie billig, auf L. 4. D. de magistr. conven. und die Vergleichung darin gegründet, „ubi absurdum esset quaerere, utrum de magistratum an de ipsorum heredum culpa tractetur c). Auch

a) Lib. 12. obs. cap. 22.

b) „Illum textum sic torquet, ut clamaturus sit, si clamare possit.“

c) Daß er L. 4. jedoch selbst nicht

recht verstanden, sieht man daraus, daß er L. 2. C. de mag. conv. ansieht, wo doch nicht, wie das

bewiesen blieb die Worte heredem dolo, proxima culpa succedaneum a).

Bey Thomastus l. c. welcher hier seine hauptsächlichsten Vorgänger recensirte, folgt jetzt Ant. Faber. Kein Capitel in dessen Schrift verdient wohl mehr den Titel Conjectur, wie dieses. Die beiden letzten Ausnahmen in L. 1. C. cit., meint er, wären ohne Zweifel von dolo und culpa lata des tutor zu verstehen. Wollte man nun das non wegstreichen, so würden die Exceptionen die Regel zerstören. Allein die beiden Exempel sollten offenbar den allgemeinen Satz belegen, daß man wegen dolo und culpa lata gegen die Erben in solidum klagen könne. Was auch von der litis contestatio gesagt werde, sey keine Ausnahme, sondern eine interpretatio regulae. Die Gedankenfolge nämlich sey diese: Regel sey, culpa levis wird nicht prästirt, also („igitur“) hafte man dafür nur, wenn lis contestirt sey, jedoch wenn („at si“) aus des Pupillen Schaden Vortheil gezogen worden u., das heiße: wenn der tutor in dolo oder culpa lata, so hafte er allerdings und unbedingt (und nun lese man das Gesetz).

Nicht weniger abgeschmact ist die Meinung des Bachovius ad Treutler. Vol. 2. disp. 9. th. 5. lit. d. e., der doch den Treutler bitter tadelt, daß er nicht schon mit seinen Augen gesehen, und an dessen Auctorität sich die Juristen jener Zeit

von einer successio in periculum tutoris die Rede ist.

a) Aber, meint Thomastus, es heiße ja auch vom Magistratus selbst: succedere in omnem periculum, und dieser könne doch nur ex facto proprio belangt werden. Sonderbar genug, daß dieß niemanden stuzen machte. Freylich Thomastus geht gerade durch, das heiße nichts weiter, als omnia

periculum propriae administrationis ferre, also succedere in culpam oder culpa succedaneus esse, nicht mehr und nicht weniger, als: culpam praestare. „Magistratus quidem ipse in omne periculum succedit, i. e. negligentiae quoque nomine tenetur, si non exegerit satisfactionem aut non exegerit sufficientem.“

ruhig anlehnten. Er faßte die Schwierigkeit, daß wenn man die beiden Ausnahmen von *dolus* und *culpa lata* verstehe, wie er für ausgemacht richtig hält, die Ausnahmen nicht die Regel trafen; greift aber zu der seltsamen Aushülfe: wenn wegen *dolus* oder *culpa lata* in *concreto* geklagt werden könne, so könne nun auch ausnahmsweise die Klage auf *levis culpa* gerichtet werden, da es einmal *naturalis qualitas* der wegen *dolus* anzustellenden Klage sey, daß sie in *solidum* gehe. Wie wunderbarlich ist hier mit dem Worte: in *solidum*, gespielt, und das ist ja eben das Verkehrte, daß die *Contractsklage*, wenn sie *ex dolo* angestellt wird, eine besondere Natur habe, und gerade, weil sie die nicht hat, geht sie in *solidum*, d. h. sie erfordert kein *lucrum*. Oder meinte *Bachov*, es gehöre sich allgemein so, daß wenn nur erst einmal eine Klage fundirt sey, so könne man alles in sie hineindrücken, auch das, was sonst gegen den Beklagten nicht verfolgt werden könne?

Es ist hier ordentlich so, als wenn, nachdem *Cujacius* einmal das Wasser getrübt hätte, niemand mehr reines zu schöpfen vermögte. Aber allerdings *Ul. Huber* a) wußte sich einen frischen Trunk zu verschaffen. Er sagt geradehin, es sey eine merkwürdige Ausnahme von der Regel, daß die Erben unbedingt für die *culpa* ihres Erblassers haften, wenn dieß in Hinsicht der *culpa levis* des tutor für dessen Erben verneint werde. Das sage *L. 1. C. de hered. tut.*; das *L. 4. D. de magistr. conv.* *Vis legis haec est, heredem de levi tutoris culpa non teneri*, und die Beschränkung des *Bachovius* sey verwerflich. Ueber den nähern Inhalt der beyden Gesetzstellen und insbesondere über die beyden Ausnahmen in *L. 1. C.* läßt er sich nicht aus. In den Resultaten aber ist alles hier richtig, auch was er in §. 4. über die *propria culpa heredis* sagt b):

a) *Praelect. ad P. lib. 27. tit. 7. §. 3.*

b) *Thomasius* freylich denkt nicht so. „*Vidit igitur*, sagt es.

Des Thomasius eigene Gedanken sind des Triumphs nicht werth, mit dem er sie vorträgt. Er versteht allerdings die L. 4. D. de magistr. conven. von einer culpa propria, ohne durch die Schwierigkeit, die in der Vergleichung liegt, und die einen Mann, wie Cujaz, bewogen hatte, seine Auslegung zurückzunehmen, irre zu werden; nicht weniger aber soll in L. 1. C. de her. tut. von einer solchen culpa propria die Rede seyn, ohne daß es darum einer Aenderung bedürfte. Will man sich mit diesem oder jenem neuern Schriftsteller, der alle Fesseln der Auslegungskunst zerbrochen hat, einigermassen ausöhnen, und dabey des Thomasius eigenthümliche Manier in der Jurisprudenz kennen lernen, so lese man selbst, wie er die hiez her gehörigen Gesetzstellen bearbeitet, denn jede Skizze würde das Original verderben. Nur einiges. In §. 37. seiner angeführten Schrift kommt er auf L. 8. D. de fidejussor. et nomin. In dieser zieht er das princip. der Lex mit dem folgenden zusammen, als wäre es die propositio, auf welche Paulus sodann antworste, und zwar verändere dieser sogleich die ganze Ansicht, erkennend, daß es närrisch sey, zu sagen, die Erben eines Tutors, der sich gar keines dolus und keiner culpa schuldig gemacht, haften nicht für seinen dolus und seine culpa. Er stelle dafür gleich das Axiom auf: das judicium tutelae gehe gerade so auf die Erben über, wie es der Verstorbene aufgenommen; denn, sezt Thomasius hinzu, in Contracten darf die conditio obligationis nicht ex persona heredis verändert werden. Dieß Axiom, fahre Paulus fort, gehöre in so fern zum vorliegenden Fall, als der Erbe auch dann nicht zu ents-

Hub. naevum quendam leviorẽ in sus mit solchen Wendungen aus-
 Bachovio, enormem illum richten, denn, wie J. Müller
 naevum opinionis commu- sagt: „Das Volk will Lehrer von
 nis non vidit.“ Was mußte nicht entschiedenem Lou!“
 ein Cathedermann wie Thoma-

schuldigen sey, wenn er auch außerdem für sich anführen könne (si insuper dicat), er habe vormundtschaftliche Documente nicht gefunden: er befinde sich hier in *justa ignorantia*, da des Vormundes *dolus* schuld sey, daß sie nicht da wären. Denn gesetzt auch, so soll ferner Paulus sprechen, der tutor habe *dolo malo* gehandelt, so müsse der Erbe doch haften, da das bey allen *bonae fidei judiciis* so sey. Aber auch, was die *ignorantia heredis* betreffe, so könnten die allegirten (!) Constitutionen ihm nichts helfen, denn diese kämen nur dann der Unwissenheit der Erben zu Hülfe, wenn (man höre!) nach dem Tode des tutor der Erbe aus seinem eigenen *facto*, nicht wenn er aus einem *facto* des Tutors belangt werde, um so viel weniger, wenn, wie im vorliegenden Fall (etwann der, worauf das *Principium* gerichtet war?) schon lis gegen den tutor contestirt worden, denn durch diese u. s. w. wie im Gesetz, von *non litis contestatione* an b. 3. §. Diesen vortrefflichen Zusammenhang hat Thomastus dadurch herausgezimmert, daß er zwischen die großgedruckten Worte des Gesetzes die seinigen *pro lubitu* eingerückt hat, und es ist dadurch ein *mixtum compositum* entstanden, das dem guten Paulus wohl nicht im *Trattire* durch den Kopf gegangen. Höchst *naiv* ist es daher, wenn Thomastus sich am Schlusse selbst wie aus fremdem Munde einwirft: „*si liceret verbis legum tot verba inserere; quot a nobis subinde inserta sunt, quamlibet sententiam; etiam legibus planè adversam, ex qualibet lege posse elici.*“ Er hätte doch viel klüger gethan, das ganz mit *Stillschweigen* zu übergehen, und *Feldmann's* Auctorität war schwerlich im Stande, die einmal gestörte Täuschung wieder herzustellen.

Den Grund, weswegen der Erbe nach *L. 4. D. eod.* nicht für *culpa propria non lata* hafte, bringt er so heraus: für *culpa levis*, meine *Ulpian*, hafte er nicht, noch viel weniger wegen *diligentia exactissima*, denn wenn gleich ein anderer *negotiorum gestor* dafür verantwortlich sey, so führe ja aber

der Erbe die schon angefangenen Geschäfte lege coactus weiter. Damit sey denn alles aufgeklärt, — der tutor handelt ja aber auch lege coactus?

In L. 6. D. de magistr. conv. versteht et (§. 41.) das novissime so, als heiße es neuerdings, in der neuesten Zeit. Erst habe Trajan durch ein Senatusconsult die subsidiaria actio gegen den Magistratus eingeführt, dann habe D. Pius fingirt, daß ein Contract, wie mit einem Bürgen, zwischen magistratus und impubes Statt gefunden, bloß aber für den Fall, da die Caution ganz versäumt worden. Zu allererst hätten das denn die Juristen auf den Fall ausgedehnt, da nur nicht hinlänglich cavirt worden, und zwar dolo magistratus, (und nun lese man das Gesetz). Ulpian habe, wie man aus L. 6. sehe, ein solches Versehen des Magistr. für ein delictum, und die daraus entstehende obligatio für eine obligatio ex delicto gehalten, denn sonst hätte er die fictio des D. Pius nicht zu Hilfe nehmen dürfen. So auch Celsus in L. 7. eod., da er nicht pro virili portione, sondern in solidum gegen die Erben desselben die Klage gegeben. Nicht weniger Modestinus, da er in L. 8. eine actio in solidum contra singulos behaupte, und in L. 9. sich offenbar („non obscure“) zu der Meinung derjenigen neige, die keine Zinsen hier verstaten wollten. Das rescriptum D. Severi et Antonini widerspreche denn aber der Meinung des Ulpian, des Celsus, des Modestinus, und dem Rescript des D. Pius in L. 6. selbst, so daß hier also Tribonian in einem Titel die widersprechendsten Dinge durch einander gemengt habe (sic).

L. 1. C. de hered. tutor. wird nun so behämmert: Erben des Tutors haften nicht für culpa levis. Nur verstehe man das mit einem Körnchen Salz, („sed cave, ne id nimis crude accipias“) denn zuerst gilt es nur von der culpa propria des Erben („si quidem initio id procedit saltem de culpa propria heredum“) und habe diese Einschränkung

darin ihren Grund, weil sonst schon *lis contra tutorem inchoata est*, einerley, ob er schon contestirt, oder doch schon fundirt worden (nämlich durch die culpa des Tutors selbst, wenn ich ihn anders hier recht verstehe). Sodann gebe es auch noch weitere Ausnahmen, in welchen selbst die culpa levis propria nicht zu entschuldigen, nämlich wenn aus dem obgleich durch eigne Nachlässigkeit des Erben angerichteten Schaden des Pupillen Vortheil gewonnen worden, z. B. der Erbe hat von den Gütern des Pupillen welche zurückbehalten, in der Meinung, sie gehörten zur Erbschaft des Tutors, oder er hat aus guter Meinung einem Mächtigen, um diesen für den Pupillen zu gewinnen, etwas aus dem Vermögen des letzteren geschenkt: dieß sey unerlaubt, und wenn auch keine culpa lata, doch eine culpa in faciendo, da jener Satz, daß der Erbe nur für culpa levis verantwortlich, doch immer nur von einer culpae omisio gelten könne. — Das kommt heraus, wenn man die schöne Feldmannische Methode anwendet, besonders wenn es mit so vielem guten Willen geschieht.

L. 17. C. de negot. gest. wird ganz von dem Fall verstanden, da die Erben des Curator die Geschäfte pflichtmäßig (?) fortgesetzt. Sie sollen hier nicht für culpa propria non lata haften, weil auf sie nicht „totum (des Thomastus Einschubsel) officium administrationis“ übergehe, d. h. ihre Prästationspflicht nicht so gesteigert sey, als die des Curators selbst (und nun lese man das Gesetz).

Von einer culpa propria verstand auch Mercerus opinion. et observ. L. 2. c. 24. (Otto thesaur. T. II, pag. 1612. etc.) die L. 1. C. cit. Er denkt alles mit dem Argument zu Boden zu schlagen, daß nicht dieselbe Klage einmal bloß mit dolus, ein andermal auch mit culpa zu thun haben könne; nun gehe aber die act. tut. nach L. 23. de R. I. auf culpa, nach andern Gesetzstellen, die er anführt, und die sich leicht

vermehrten ließen, aber auch gegen den Erben, folglich ic. Wie konnte er seine eigene kurz vorhergegangene Bemerkung, daß die actio tutelae gegen den Erben wegen nicht fortgesetzter Geschäfte nur auf dolus gehe, so schnell vergessen, und wie konnte er die häufigen Fälle übersehen, da eine und dieselbe Klage, unter verschiedenen Umständen, bald bloß dolus, bald auch culpa trifft? z. B. die actio depositi geht bekanntlich ausnahmsweise auch auf culpa, wenn der Depositar sich aufgedrängt hat. Oder soll etwa die Schwierigkeit darin liegen, daß aus dem selben Factum gegen den Erblasser wohl, aber nicht gegen den Erben geklagt werden kann, ungeachtet doch die Klage an sich gegen beyde geht? Dieß zu erklären, war freylich die Aufgabe, welche man lösen, oder sich dabey beruhigen mußte, da die Gesetze mit unbefangenen Augen angesehen, aber diesen Punkt so klar sind,

Diese Verkehrtheiten gehen eigentlich ins Unendliche, und man kann schon zum voraus versichert seyn, daß die verschiedenen Versuche, diese selbstgeschaffene Verwickelung zu entwirren, hier nicht erschöpft sind. Doch schon mehr als genug hiervon; nun erlaube man mir noch auf dasjenige aufmerksam zu machen, was der sel. Spangenberg in der Gebauer'schen Ausgabe des Corpus juris zur L. 1. C. quaest. notirt hat. Er wirft unsere Meinung mit andern commentis des Bartolus und Baldus, wie er sich auszudrücken beliebt, in die Polsterkammer a), und läßt mit einem, hier aber von einer spätern Hand corrigirten, Götting. Cod. das zweyte non nach condemnari weg. Den Einwand, daß dann der Zusammenhang wegen des bedingenden si wieder corrupt ist, sieht er vorher, schämt sich aber mit der Bemerkung

a) Dieß klingt so gefährlich, daß Ausführlichkeit verzeihlich wird, schon allein darum die bisherige

fung, daß die Classifier oft si für etsi gebraucht
ten. Kein Wunder, daß auf diese Aushülfe weder Cu-
jacijs noch Mercerijs gefallen sind.

Anhang II.

Zwey Theorien, welche drey Grade der culpa annehmen, von der
ehemaligen communis Doctorum opinio aber sehr verschieden sind.

Es ist nicht ganz unerhört, daß man den Jac. Gotho-
fredus unter denjenigen, vorzüglich nennenswerthen Schrift-
stellern aufgezeichnet findet, welche die bis auf die neueste Zeit
unter den Juristen herrschende und noch immer nicht zu
Grabe getragene Theorie der culpa vertheidigt, und im Zu-
sammenhange entwickelt haben. Dieß soll denn in seinem
Commentar zur L. 25. D. de R. I. geschehen seyn. Man
muß jedoch vermuthen, daß diejenigen, welche ihm solche
Ehre erweisen, entweder seine Schrift gar nicht gelesen ha-
ben, oder auch von einer Theorie in genere, wenigstens von
der Theorie der culpa in specie gar keinen Begriff haben.
Wenn es schon hinreicht, drey Grade anzunehmen, so kann
auch Schömann dahin gerechnet werden, der sie sogar
überbietet, und ohne Zweifel H. Coccejus, der auch viel
von drey Graden zu sagen weiß. Sieht man dagegen auf
den Geist und die Bedeutung jenes Systems, und der dar-

mit verbundenen Eintheilung, so ist zuverlässig die Lehre des Gothofredus ihm nicht weniger fremd, als die Donell'sche Theorie der zwey Grade selbst. Schon darum, damit man nicht auch in der Folge in Versuchung komme, in wesentlichen Stücken abweichende und ganz neu gearbeitete Theorien mit älteren, die nur bloßen Augen mit ihnen nahe verwandt scheinen, in eine Klasse zu bringen, verlohnt es sich der Mühe, ein paar selbstständige Theorien für sich zu betrachten und einer sorgfältigern Kritik zu unterwerfen. Ueber die Theorie des Gothofredus wird indeß wenig zu sagen seyn, indem schon eine flüchtige Vergleichung derselben mit dem, was bisher abgehandelt worden, zeigen muß, welche Mißverständnisse ihm hauptsächlich im Wege lagen. - Er war, wie ich fest glaube, auf dem Wege zur Wahrheit, und eine gewisse Oberflächlichkeit und Unreife ist es vorzüglich nur, was man seiner Lehre schuld geben kann, und was ihm wieder vom Ziele so weit verschlug. Dagegen findet man bey H. Cocceius an dem unten anzuführenden Ort einen großen Aufwand von Scharfsinn und Studium, nur ist er aus über großer Künstlichkeit in Spißfindigkeiten ordentlich wie verirren, und es ist nicht ohne Interesse, zuzusehen, wie ihm dadurch jeder wahre Satz, den er einmal ergriffen, unter den Händen wieder zur Fabel wird. Man könnte sich nun freylich dieses Schauspiel durch eigene Lectüre seiner Schrift bey ihm selbst verschaffen, allein dort wird einem alle Lust durch die höchst verworrene, und, wenigstens nach meinem Befehl, höchst widrige Art, wie er seine Gedanken vorträgt, verläßt. Ich glaube mir daher ein kleines Verdienst um den geneigten Leser zu erwerben, wenn ich ihm die Meinungen und Irrthümer jenes doch nicht unberühmten Mannes über unsern Gegenstand etwas gelichtet, und in einer leidlichen Gestalt vorüber führe, und die dazwischen gestreuten eignen Bemerkungen und Urtheile werden ihm hoffentlich

auch nicht unwillkommen seyn. Diese letzteren werden mitunter auch dazu dienen können, das wahre Verhältniß meiner Behauptungen zu den seinigen ins Licht zu stellen. Denn, daß ich es nur gestehe, nicht bloß des Lesers Interesse hat mich hierzu bewogen, sondern auch das meinige, und nicht bloß ein natürlicher Hang, mich mit jedem Autor gern eine Zeit lang zu beschäftigen, der aus allen Kräften zur Einheit strebt a), sey es auch nur in einer Materie, sey es auch mit noch so viel theils ärgerlichen theils belustigenden Seitensprängen; sondern nebenbey war auch Beweggrund, eine kleine Furcht, man möge mir Schuld geben, einige der erheblichsten nova von andern entlehnt, meinen Vorgängern aber nicht die Ehre der Erfindung gelassen zu haben. In der That haben Coccejus und Gothofredus dieß und jenes, welches mit dem, was ich selbst, Gutes oder Schlechtes, dargeboten habe, einige Aehnlichkeit, und vielleicht möchten andre versucht seyn, diese Aehnlichkeit noch größer zu finden, als sie mir selbst, auch wenn ich bloß auf den ersten Anschein sehen will, vorkommt. Vergeblich aber müßte es seyn, wenn ich auch noch so treuherzig versicherte, daß ich alles das längstens öffentlich vorgetragen, ehe ich den Coccejus oder den Gothofred zu Gesicht bekommen. Selbst der Beweis würde dem Publikum zu nichts dienen, mir aber ist doch einigermaßen damit gebient, zu zeigen, wie ich eben nichts zu verfehlen habe und mir im Grunde nichts mit jenen gemein ist, als je zuweilen der Buchstabe. — In vollem Ernst gesprochen, ein jeder Schriftsteller, der ein Ganzes geliefert, kann es wohl als sein Recht

a) Bey den Vertheidigern der gewöhnlichen Theorie der drey Grade ist dieses Bestreben nirgends zu finden. Ihre Einheit ist höchstens eine formelle, eine logische; geht man in die Sache ein, so sieht man gleich, sie wissen nicht, was sie wollen; und dieß gilt auch im vollsten Sinn von Schumann, den aber freylich auch die logische Einheit nicht hindert.

in Anspruch nehmen, daß man sein Werk auch als Ganzes betrachte und ihn so beurtheile, und will man Einzelnes aus ihm anführen, doch dabey den Blick auf das Ganze nicht verliere. Ich will den Compilationen hier nicht ihren literarischen Werth absprechen, oder sie gerade als ganz todte Massen verwerflich finden, aber sie haben doch meistens das Ueble, daß Schriftsteller der erwähnten Klasse darin jämmerlich zerstückelt werden, so daß man die von dem lebendigen Körper abgetrennten Glieder in der neuen Zusammenstellung gar nicht wieder erkennt. Mit diesem Schicksal ist auch Gothofred a) und vornehmlich Coccejus nicht verschont geblieben, wie sich gar zu leicht nachweisen läßt. Auch der letztere wird nicht selten angeführt, ohne daß nur eine Spur davon zu finden ist, man habe das System, was er liefern wollen, dabey vor Augen gehabt b). Allers-

a) Wenn Höpfner Commentar z. d. Institut §. 758. nachdem er im Text die culpa levis in culpa in abstracto und in concreto eingetheilt, in der not. 7. L. 25. §. 26. D. fam. herc. L. 72. D. pro soc. und L. 17. D. de jur. dot. anführt, dabey aber äußert: „ich sehe also nicht, wie man mit --- J. Gothofred. ad L. 23. d. R. I. diese Distinction verwerfen kann; so sieht man desto besser, daß seine Seele wenigstens in dem Augenblick weder von Gothofred, noch von Donell etwas wußte, und zum Ueberfluß kann man auch noch aus ihm, was im Texte folgt, mit Leichtigkeit ersehen, daß er von der culpa in concreto, wie sie die Römer kennen, auch nicht

auf das entfernteste einen Begriff hatte.

b) Schon ein größeres Bruchstück findet man davon bey C. Thomaſius Diss. de culparum praestations, dieser scheint aber nur die collat. jurid. zur Hand gehabt zu haben, wenigstens wird man die eigentlichen Fundamental-Ideen vergeblich bey ihm suchen. Die ganze, natürlich sehr skeptische Schrift macht dem Thomasius nicht mehr Ehre, als viele andre. Sie ist mit einer fast frenken Arroganz, ohne alle ruhige Ueberlegung, ohne alles sinnige Studium der Quellen geschrieben. Manches ohne Zweifel tadelt er mit Recht, aber er nimmt sich heraus, die großen Alten wegen

dings ist dieß Unrecht eben wohl größeren als er, selbst dem Donellus oft und viel widerfahren, obgleich gerade die Eigenthümlichkeit dieses Schriftstellers sich am wenigsten mit der Zerstückelungsmethode verträgt. Was jedoch die vorliegende Materie betrifft, so hat sich in neuerer Zeit hervorgethan, daß seine schöne Abhandlung über culpa noch so wenig im Ganzen, als im Einzelnen vergessen sey. Nun will ich auch keinesweges behaupten, daß Coccejus in diesem Betracht vorzüglich verdient, der Vergessenheit entrissen zu werden, oder es meinen Kräften zutrauen, ihm diesen Liebesdienst, zumal durch eine eben nicht schonende Widerlegung zu erzeigen. Indessen, da doch nun einmal hier nicht gut von ihm geschwiegen werden konnte, so glaube ich nicht Unrecht zu thun, wenn ich ihn so zeige, wie er gesehen werden muß, wenn man ihm nicht zu viel oder zu wenig thun will. Demnach wird es hoffentlich Verzeihung finden, wenn ich mit diesem Anhang noch einige Seiten mehr anfülle, als sonst nöthig gewesen wäre.

I.

Jac. Gothofredus ad Tit. de Reg. Jur. Leg. XXIII.

hat das Eigenthümliche, daß er die culpa in concreto ausschließlich den zweyten Grad ausmachen läßt. Andre zwar bringen sie auch im zweyten Grade an, aber sie vermischen sie da mit der culpa levis in abstracto; dagegen macht bey ihm eben die culpa levis i. a. (er nennt sie freylich culpa levissima) ganz und ausschließlich den dritten Grad aus. Er theilt nämlich folgendermaßen ein:

Meinungen und Widersprüche zu selbst mit unbegreiflichem Leichtverhöhnern, die theils seine Vorsinn ihnen angedichtet hatten. gänger und Zeitgenossen, theils er

- 1) „diligentia communis omnium hominum, quae hominibus communibus innata est, non acri ingenio vel exquisita industria excitata, sed ex communi sensu descendens“ — Das Gegentheil culpa lata.
- 2) „dilig. propria contrahentis in rebus suis“ — das Gegentheil culpa levis.
- 3) d. aliena, exacta, quam diligens paterfamilias rebus suis adhibere amat.“ — das Gegentheil culpa levissima.

Sein natürlicher Verstand nöthigte ihn, die Wahrheit einzusehen und auszusprechen, das Höchste, was man der menschlichen Natur zumuthen könne, sey der Fleiß eines fleißigen Familienvaters, nicht aber daß man ein Argus sey oder das Gras könne wachsen hören. Bey dieser Gelegenheit wird das ad eum modum, quem hominum natura desiderat, sehr richtig durch „is modus humanae diligentiae, quo usque diligentia humana pertingere potest et debet, quod humana natura deposcit, erklärt, und anders Denkende bedeutet, es könne dieß weder von culpa lata, noch von einer mediocritas, über die noch etwas hinaus liege, verstanden werden. Es müsse das Aeußerste nothwendig in sich begreifen. Der innere Zusammenhang des L. 32. depos. wird übrigens nicht angegeben, doch aber die auffallende Bemerkung gemacht, jener Ausdruck: ad eum modum etc. ginge auf seine beyden letzten Grade („qui utrique indicantur“). Was dieß sagen solle, darüber erklärt er sich nicht. So wie ich die L. 32. verstehe, könnte man dieß doch nur sehr uneigentlich sagen. Es hieße so viel als: es ist da von einer culpa die Rede, welche in abstracto nur jener Vorwurf trifft, die aber zugleich in concreto culpa ist. Daß G. dieß aber so nicht gemeint, und also wirklich hier wieder die culpa in concreto und die c. levis (seine levissima) vermengt habe, sieht man deutlich daraus, daß er

behauptet, beym depositum sey d. c. in concreto ausnahmsweise culpa lata.

Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist sein Hauptfehler, daß er das Verhältniß der culpa in concreto, wie sie beym depositum vorkommt, und derjenigen, welche bey andern Contracten in Betracht kommt, nicht einsah, und sodann, daß er die culpa und nicht bloß die praestatio so eintheilte. Endlich hat er auch auf die Aquilische culpa gar keine Rücksicht genommen.

Die erwähnte Ausnahme, daß beym depositum die culpa i. c. dolus oder culpa lata sey, erklärt er dahin, daß das depositum eins von den wenigen Geschäften sey, welche recht eigentlich zunächst auf custodia gingen, es werde also nichts weiter, als communis omnium intelligentia erfordert, um einzusehen, daß hier eben so viel custodia angewandt werden müsse, als in suis rebus, mithin sey es culpa lata, wenn man dieser Erkenntniß nicht gemäß lebe. Er gibt dabey seine Freude über diesen Fund sehr lebhaft zu erkennen.

Es ist freylich richtig, damit man nichts widerrechtliches thue, dazu gehört auch, daß man sich bestreue, einzusehen, was denn recht, und was unrecht ist, was der andere rechtmäßig von uns verlangen könne und was nicht; allein 1) läßt sich doch gar nicht absehen, warum der, welcher einen Auftrag für den andern auszuführen hat, und dabey eine fremde Sache in die Hände bekommt, und der, welcher eine Sache miethet, vollends der, dem sie umsonst geliehen wird, nicht eben so leicht sollte begreifen können, daß er wenigstens diligentia quam suis etc. anwenden müsse, als der Depositar; sie sollten ja sogar einsehen, daß es ihre Pflicht ist, noch mehr zu leisten. Und doch soll ja, wie wir sehen werden, auch bey ihnen culpa außer dolus auf culpa in concreto (culpa levis G.) gehen. Selbst von dem socius ist es mir unbegreiflich, warum ihm diese Erkenntniß in Hinsicht ihm anvertrauter gemeinsamen Sachen

und Geschäfte schwerer fallen sollte. Sodann 2) die ignorantia juris kann hier überall so wenig als sonst in Rechtsverhältnissen beachtet werden, und man kann kaum einmal sagen, sie sey culpa lata, aber nicht, weil sie etwa auch culpa levis seyn kann, sondern weil sie überall der scientia gleich steht. Dieselben Juristen, welche nach L. 32. depos. annahmen, bey dem depositum stehe culpa lata dem dolus nicht gleich, hätten sicher kein Bedenken genommen, die Frage, ob ignorantia juris dabey entschuldigen könne, unbedingt zu verneinen.

Seine Terminologie ist nun vollends ganz falsch. Die technische Bedeutung von diligentia hat er gar nicht recht eingesehen; in L. 22. §. 3. D. ad SCt. Treb. werde die negligentia suis rebus consueta, culpa levis genannt (ein heller Widerspruch mit seiner eigenen Theorie, nach welcher negligentia major quam etc., negligentia suis rebus consueta, culpa levis ist); endlich, und dieß ist der Hauptsatz, culpa schlechthin („culpae vocabulum simpliciter prolatum“) gehe auf culpa levis, (in seinem Sinn also auf culpa in concreto). Dabey sagt er denn naiv genug: „alio sensu levis, non levis culpa dicitur in L. 39. §. tutor datus D. de adm. tut.“

L. 23. D. de R. I. wird nun so entwickelt: es würden drey Klassen von Contracten aufgeführt,

- a) diejenigen, welche bloß dolus mit culpa lata zulassen: depositum und precarium. Hier sey denn die culpa in concreto (sonst culpa levis) culpa lata.
- b) diejenigen, welche dolus und culpa (c. levis i. e. culpa i. e.), und außerdem noch diligentia (c. levissima) zuließen. Diese Klasse füllten die im Text folgenden 8 Contracte aus.
- c) diejenigen, welche nur dolus und culpa zuließen: societas et communio.

Hier hatte er aufs wenigste noch folgende Schwierigkeiten zu überwinden:

- 1) L. 5. §. 2. commod., wo bloß das Commodat durch einen gleichen Zusatz ausgezeichnet zu werden scheint, seine sieben übrigen Contracte aber gerade mit dolus et culpa bezeichnet werden.
- 2) L. 18. D. eod. wo die Fälle, in denen beyde Vortheil haben, einen Grad niedriger gestellt seyn sollen, als das Commodat gewöhnlich.
- 3) Alle die übrigen zahllosen Stellen, worin von den übrigen sieben Contracten schlechthin gesagt wird, es sey dolus et culpa, oder gar, es sey culpa levis bey ihnen zu prästiren.
- 4) Daß bey der dos und der tutela eben so gut von der diligentia quam suis etc. die Rede ist, als bey der societas.

Damit quält er sich denn alle die einzelnen Contracte durch, und obgleich er sich nichts daraus macht, auf Auctorität der Graeci zu behaupten, die beyden Formeln: diligentia diligentis und diligentia quam suis etc., obgleich sie oft opposita wären, drückte, doch auch zu andern Zeiten gerade eins und dasselbe aus; so bringt ihn dieß alles doch am Ende zu einer gewissen Verzweiflung und zu den Resultaten:

- 1) die römischen Juristen ständen in dieser Lehre mit einander in unlösbarem Widerspruch.
- 2) Ulpian stehe mit sich selbst im Widerspruch, wenn ihm Tribonian nicht etwa nachgeholfen habe.
- 3) Und dieß ist das Endresultat; man müsse Gott und den Richter sorgen lassen.

II.

Coccejus

- 1) Tractatus de doli, culpa et negligentiae praestationibus (Exercitationes curiosae pag. 58. etc. und allein als Disputationschrift Heidelb. 1672).
- 2) Collationes juridicae ad G. A. Struvium in decis. Sabbathinis (ibid. pag. 132. etc. und allein Heidelberg 1677).

In Disp. 1. Sect. 1. trägt er die communis DD. opinio vor. Es ist das Bekannte: interessant ist nur, daß er es in §. 2. als gewöhnliche Bemerkung vorträgt, die c. levissima, obgleich sie zuweilen (L. 44. D. d. L. Aq. L. 5. §. 2. commod.) prästirt werde, sey doch vix culpa et proxime accedere ad casum fortuitum, und es sey daher erklärlich, 1) daß selbst da, wo die levissima zu prästiren sey, z. B. L. 11. de negot. gest., nur des dolus und der culpa schlechtthin erwähnt werde. 2) Daß, in Hinsicht der culpa Contracte verglichen würden, von denen der eine c. levissima, der andere nicht zulasse, z. B. L. 13. §. 1. de pign. act. 3) Daß zuweilen c. levis unmittelbar dem casus entgegengesetzt werde, §. 6. §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. §. 5. locat. (Legis 2. D.?) L. 28. C. eod. L. 4. C. peric. tüt. —

Auf diese Weise könnte man es denn auch recht schön recht fertigen, daß sogar c. levissima in L. 44. D. de L. Aqu. bloß als Äußerstes zur culpa (levis) gehöre, und nur wo von custodia und diligentia s. str. die Rede, der dritte Grad gemeint sey. Da wäre denn so ein Mittel Ding, was man weder recht culpa, noch recht casus nennen möge.

Coccejus war, wie wir gesehen haben, nicht der einzige, der sich nothgedrungen zu dieser Ansicht entschloß.

In Sect. 2. wird nun in einer Reihe von Propositiones an der communis DD. opinio ausgesetzt, was daran aus

zusehen war, nämlich nach seiner Meinung. Merkwürdig sind hier folgende Behauptungen:

- 1) Es sey nicht erschöpfend zu sagen: in Contr. überhaupt werden prästirt *dolus, culpa, casus fortuitus*; denn wenn gleich *culpa*, im allgemeinen Sinn, jede Nachlässigkeit umfasse, so werde doch in *usu juris* immer (*perpetuo*) *praestatio culpa* von *praestatio diligentiae* (also *negligentiae*) unterschieden. Man müsse daher *culpa* und *negligentia* als verschiedene *species* sorgfältig von einander trennen.

Dies wird unten weiter ausgeführt.

- 2) Die gemeine Meinung führe, wenn gleich ihren Vertheidigern unbebußt, eigentlich vier Grade mit sich.

a. Sucht er das durch L. 23. d. R. I. in Verbindung mit L. 5. §. 2. *commod.* darzuthun. — Die Lesart: *quidam* sey falsch, und müsse *quidem* heißen, weil die Florentina allein authentisch sey, weil die Basiliken, *ἐν τούτοις δε και ἐπιμελεια*, in *his vero et diligentia* hätten, und weil es absurd sey, züvörderst mehrere Geschäfte *promiscue* aufzurechnen, die theils *culpa*, theils auch *dilig.* zuließen, und dann die *societas*, die auch jenes zuließe, wegen Mangel an Prästation der *diligentia* davon zu trennen. — Im *deposito* würde nur *c. lata*, bey der *Societät dol. und culpa*, bey dem Kauf, Pacht, Pfand *ic.* würde mehr als bey dieser, nämlich *diligentia* prästirt, und doch sey es aus L. 5. §. 2. *commod.* ersichtlich, daß im *Commodat* mehr als in den letztgenannten Contr. zu prästiren sey. — Vier Prästationsgrade kommen wirklich heraus, welches ich aber nirgends habe rügen wollen, da, wenn nur Wahrheit gefunden wird, die Zahl 4 so gut, wie die Zahl 3 ist; aber *Coecejus* meint das freylich ganz anders.

b. Die in L. 213. und L. 223. d. V. S. definirte culpa lata und die, wovon in L. 32. D. depos. die Rede, wären ganz verschieden. Dies ist in Hinsicht der dort auch erwähnten culpa in concreto sehr richtig, aber ganz falsch, daß er die Verschiedenheit darin setzt, daß bey jener gar kein Vorziehen eigener Sachen vor fremden vorkommen könne: wer nicht einsieht, was alle nicht einsehen, meint er, der sieht es so wenig in fremden als in eignen Sachen ein. Ein anderes aber ist, im Allgemeinen und immer so unwissend seyn, ein anderes ist, im vorliegenden Fall so blind seyn wie keiner, und er es selbst vielleicht sonst nie war. Ueberhaupt hat er das: non intelligere quod omnes intelligunt, wie die meisten, gar nicht verstanden. — Sodann liege in der c. lata der L. 32. ein Vorsatz zu vernachlässigen und die fremden Sachen den eignen nachzusetzen, welches sich mit dem L. cit. d. V. S. als Charakter angegebenen nicht verträge — gerade wie die culpa malitiae und versutiae der Glossatoren — das gäbe denn wieder zwey verschiedene Grade; also eigentlich hat man fünf, ja man hat noch viel mehr; aber es kommt ja nur darauf an, hat das Recht ihnen verschiedene Wirkungen beygelegt?!

3) Zu Proposit. 10. wird es weitläufig auseinander gesetzt, daß in allen Contracten, wobey fremde Sachen vorkämen, nicht bloß, wie die communis opinio wolle, im deposito, die culpa in concreto zu prästiren. Argumente:

- a. Sie setze einen vorhergehenden Entschluß zu vernachlässigen voraus, man mache separatas rationes suorum et alienorum. Dieß sey ein bössartiger, moralisch und naturrechtlich verwerflicher Vorsatz, der an ein

wahres! Delict, an den dolus gränze. — Uebertrieben und nicht durchgreifend.

Das Nähere unten.

- b) Der Herr der Sache, der sie uns anvertraut, müsse darauf rechnen können, daß der Fleiß, den er gewöhnlich bey uns und in unsern Sachen wahrgenommen, auch seiner Sache werde zu Theil werden, wir dürften daher diese Erwartung nicht täuschen, ohne den guten Glauben im Verkehr zu verletzen (fallit justam opinionem alterius, qui aliter facit, semper igitur praesumitur fallere fidem). — Dagegen ist nichts zu sagen.
- 4) Die *lata culpa in abstracto* sey *gravior* als die *in concreto*. — Wie ließ sich dieß nach dem Vorhergehenden erwarten? Was er darüber sagt zu *proposit. 9.*, ist mir auch schlecht, in unverständlich, wenn man ihm nicht etwa den glänzenden Gedanken zutrauen will, daß bey der *culpa in concreto* nur eines Menschen Nachlässigkeitsgrad betrachtet werde, bey der *in abstracto* aber die Nachlässigkeiten aller zusammen auf einen Haufen zu bringen wären, die denn wohl mehr Gewicht haben müßten: und doch scheint er den Worten nach in der That diesen Gedanken gehabt zu haben: „*si negligentiam,*“ sagt er, „*aut culpam in abstracto contipimus, colligimus, quidquid negligentiae non in uno homine, sed in omnibus inveniri potest, et illud in communi simul consideramus; quod sane multo amplius et gravius est, quam quod in uno homine, hoc vel illo, reperimus.*“
- 5) Der Satz, daß *lata culpa* dem *dolus* gleich stehe, sey falsch, „*qui enim propter causam quamcunque rem gerit, non potest praesumi dolo fecisse*“ (hatte er denn auch *causam negligendi*?) — zu *Propos. 11.*

Dies wird weiter unten ausgeführt.

- 6) Propos. 12: „Quod non praestatur in aliquo contractu, pro culpa non habetur. Illud igitur culpa sola et simpliciter posita utique significat, quod in negotio illo quo agitur praestandum sit (dies ist nur von der außerauquilligen culpa wahr). Daher umfasse culpa zuweilen nur die culpa lata und daher würden in L. 5. §. 2. commod. und L. 25. d. R. I. so manche Geschäfte unter das allgemeine Wort: dolus et culpa gebracht, bey denen doch ganz verschieden prästirt werde. — Das läßt sich alles noch hören, aber nun geht er sogar so weit, daß wenn, wie in L. 13. §. 1. de pign. act., zwey Contr. einander mit Beziehung auf das einmal gebrauchte Wort culpa gleich gestellt werden, er demnach meint, daß sich der Begriff davon in die dabey vorkommenden verschiedenen Prästationsarten theile, also daß in L. 13. cit. culpa in Hinsicht des Commodats culpa levissima, in Rücksicht auf das dem Commodat gleich gestellte pignus aber c. levia heiße. Welch eine Art zu reden wäre das! Wie kann man gleichstellen oder auch nur vergleichen durch ein Wort, das unbestimmt alle Verschiedenheiten in sich schließt? Man sieht, er hat den Grund gar nicht gefaßt; wess wegen culpa schlechthin bald mehr bald weniger zusammenfassen kann. Was von culpa, soll nach Propos. 13. auch von diligentia gelten. So sagt er auch Sect. 3. I. in f.: „per diligentiam et custodiam illud intelligitur quod cuique negotio convenit.“ Damit glaubt er vorzüglich alle Schwierigkeiten und alle Einwendungen gegen die Trichotomie aus dem Wege geräumt zu haben.

In Sect. III. wird endlich zuerst Struvius, so wie er in den Exercit. die Theorie der culpa aufgestellt hatte, angegriffen. Struv nahm im Wesentlichen die Theorie des Gothofred an; levissima culpa werde in allen Contracten

prästirt (natürlich, wo außer dolus etwas zu prästiren ist), ausgenommen sey allein die societas und communio, wo als lein nur c. levis zu prästiren sey. Von dieser culpa levis sey der frey, welcher parum diligens in suis, non est diligentior in rebus alterius. Dieß nennt *Cocejus: novior sententia*. Was den ersten Punkt betrifft, daß die übrigen Contracte sämmtlich c. levissima zuließen, so sucht er ihn auf die gewöhnliche Weise zu widerlegen, aus dem in der Natur der Sache liegenden Unterschied zwischen Contracten, von denen man Nutzen habe, und von denen man keinen habe, und durch L. 5. §. 2. commod. u. s. w.

Eigenthümlich ist ihm das Argument aus §. 1. I. de O. qu. q. ex contr. §. 2. I. quib. m. re contr. O. L. 1. §. 4. d. O. et A. Darnach sey es einmal überhaupt nicht genug bey der negot. gestio und dem Commodat, talem adhibere diligentiam, qualem suis quis adhibet; gesetzt nun, einer wäre fleißig in dem Seinigen, so würde das in den übrigen Contracten genügen, bey den genannten aber nicht. Aber was will dies Argument? Eben so gut könnte man ja sagen: wenn einer nun diligentissimus ist; so darf das bey dem Commodat nicht genügen, sondern er muß noch mehr prästiren, als den höchsten Fleiß. Die Worte sagen ja offenbar nichts mehr, als, bey dem Commodat u. soll einer nicht mit dem Einwande seine Nachlässigkeit rechtfertigen können, daß er auch in seiner eignen Sache so nachlässig zu seyn pflege. Wie weit nun aber in abstracto ihm diese Nachlässigkeit zu imputiren, das, denke ich, muß doch wohl anders woher noch ausgemacht werden.

Endlich wird noch der Ausdruck: parum diligens aus §. 3. I. quib. m. re c. O. chicanirt, und irrig bloß auf culpa lata bezogen, als das Gegentheil dessen, qui ne quidem parvam diligentiam adhibet. Hier könne also die Vergleichung mit eigener Nachlässigkeit nur von c. lata, und von levi entschuldigen. Ueberhaupt sey auch, wie oben gezeigt, omissio

diligentiae quam suis, in rebus alienis immer c. lata, also habe Struv den Unterschied zwischen c. in concreto und c. in abstracto gar nicht gefaßt.

Die Disp. II. enthält denn nun erst das entwickelte System des Verfassers, im vorigen war nur noch prälabirt.

Sect. 1. bis zur assert. 1. der, si Diis placet, philosophische Theil. Dieser ist in der That schlecht und nüchtern gerathen, und es ist gewiß nicht leicht, ihn mit der Lehre von der culpa in einige Verbindung zu bringen, da er in sich so locker zusammenhängt. Das Brauchbare ist etwa folgendes:

Nicht der Wille, so scheint er sich die Sache zu denken, ist das, was die Handlungen des Menschen gut oder schlecht macht, sondern die vernünftige Erkenntniß. Der Wille bezieht sich auch auf die bloß sinnliche Natur des Menschen: das Schädliche wird zurück gestoßen, das Heilsame angezogen: das hat der Mensch mit den Thieren gemein. Erst durch Vermittelung jener moralischen Erkenntniß wird der Wille vernünftig oder unvernünftig, je nachdem er sich dem Geß der Vernunft unterwirft oder nicht. Tadel und Lob werden also erst durch diese möglich, so auch Schuld und Unschuld. Jedoch hat auch der Wille, nur untergeordnet, hieran seinen Antheil, denn eine Handlung kann an sich böß, d. h. gegen die Vernunft seyn, und es kann doch seyn, daß der nicht böß handelt, der sie begeht. Vornämlich ist das der Fall, wenn es ihm an der Möglichkeit fehlt, die vernünftige Erkenntniß in sich hervor zu rufen. Jeder Zustand daher, der diese Erkenntniß erschwert, verringert die Schuld. Das, was nämlich erst recht die Schuld zur Schuld macht, ist der Wille, der sich dafür bestimmt, das Gefallen an der Unvernünftigkeit, der Entschluß das Verbotene zu thun. Daran fehlt es, wenn aus Unwissenheit gesündigt wird.

Damit hängt die Frage zusammen: wenn ein Schaden eine fremde Sache, die bey mir sich befindet, trifft, soll ich den Schaden tragen, oder der Eigenthümer? Ereignete sich das ohne mein Zuthun durch bloßen Zufall, so ist es leicht einzusehen, daß ich nicht in Anspruch genommen werden kann, denn der

Schaden hätte die Sache ja auch bey dem Eigenthümer eben so gut treffen können, er würde eben so wenig haben widerstehen können. — Wie oberflächlich! — Gesah es aber durch meine Handlung, es fehlte mir aber an der nöthigen Erkenntniß, was bey jeder Nachlässigkeit der Fall ist; so kommt es auch darauf an, ob in dem vorliegenden Fall ein Vorsatz zu vernachlässigen (*propositum negligendi*) vorhanden war, oder ob aus Schwäche, aus Nachlässigkeit im engern Sinn („*per moram, seu simplicem ignorantiam, seu negligentiam*) gehandelt worden. Man sieht bald, daß er jenen Vorsatz zu vernachlässigen immer und nur allein bey der *omissio diligentiae quam suis adhibet*, eintreten läßt, niemals bey Nachlässigkeit anderer Art (um so auffallender sind seine Behauptungen über *lata in abstract. am* Schlusse der Abhandlung; davon *suo loco*). Die letztere sey daher auch nur in soweit culpa und zu prästiren, als die Gesetze Fleiß verlangten, und nur in soweit fände ein Vorsatz dabey Statt, aber kein augenblicklicher, sondern ein vorhergehender, indem man sich nicht darauf gerichtet, die Gesetze zu beobachten, die man doch kennen müsse („*praecessit tamen culpa et delictum in eo, quod diligentiae ac rebus cognoscendis, quas jus aut leges requirebant, operam non dederit, in quo adfuit animus delinquendi, cum ultro leges neglexerit*“). Culpa setzt also nach seiner Meinung immer ein *propositum* voraus (beym *dolus* das eigentliche *propositum malitiae*, wie er es nachher nennt), bey der culpa in concreto war augenblicklich *propositum negligendi*, daher, und da es immer dabey Statt finde, heiße diese culpa im juristischen Sinne (heut zu Tage würde man sagen im technischen Sinne), und endlich bey der negligentia, soweit diese culpa sey, ein *propositum praecedens leges negligendi*. — Hierin liegt nun schon sein erster Irrthum, oder vielmehr die eine Wurzel der Irrthümer seines Systems. Denn bey Beurtheilung der nä-

hern Ausführung dieser Sätze wird sich zeigen, daß dieser Unterschied gar nicht charakterisirt. Auf diese Prämissen folgt nun gleich der Schluß:

Auf die culpa-negligentiae (simplicis), selbst, wo sie nicht das Gebiet der Nachlässigkeit ausfüllt, weil nämlich die Gesetze nicht jeden, sondern nur einen gewissen Grad des Fleißes verlangen, folgt immer gleich der casus fortuitus, daher denn dieser sich, je nachdem der Contract das eine oder das andre erfordert, bald an die culpa levissima, bald auch an die levis (angeführt werden §. ult. I. q. m. re c. O. L. 13. §. 1. de pign. act. mit einem et caet.), bald sogar an die c. lata (angef. stud: L. 22. §. 3. ad Sect. Treb. und L. 52. §. 2. pr. soc.) unmittelbar anschließt.

Und dieß ist denn nun der zweyte Radicalerthum.

Jetzt folgen denn drey assertiones, die dieß weiter entwickeln sollen, und zwar

Ass. I. den Unterschied zwischen culpa in concreto (culpa proprio sensu) und der negligentia simplex.

Hier steht der unstreitige Satz an der Spitze:

- 1) Für andre fleißig zu seyn, ist man an sich und unbedingt nicht verpflichtet, der Schaden mag noch so groß seyn, der dem andern aus unsrer Trägheit erwächst. Unter mehreren Beispielen kommt vor: es sieht jemand das Haus eines andern vom Feuer ergriffen, er kann retten, legt sich aber lieber schlafen, weil er gerade müde ist. — Diese Ansicht, obgleich sie eben nicht neu war, hätte Frucht tragen müssen, wenn nur der Unterschied zwischen culpa in non faciendo mit herbeygezogen und gehörig mit Rücksicht auf die L. Aquil. benutzt worden.
- 2) Fährt er fort, die Römer erfordern zum Begriff der culpa Illegalität. Dieß wird mit mehreren Stellen aus dem Cicero bewiesen.

- 3) Nicht die negligentia ist an sich und unbedingt illegal, sie ist ein bloßes Nichtkennen, Nichtbemerkten, es muß also irgend ein Vorsatz sie erst dazu machen.
- 4) Daß culpa und negligentia verschiedene Dinge sind, zeigen mehrere Gesetze:
- a. *L. 226. d. V. S.* Bloß die magna negligentia soll culpa seyn. — Hier ist eigentlich schon ein Sprung, denn so wie hier seine Absicht ist, (als gänzlich ausschließende species) unterscheiden kann der Verfasser nur negligentia von culpa in concreto, nicht von der culpa negligentiae simplicis, die c. in concreto kommt aber erst am Ende der assertio. Die Lücke war indessen nicht auszufüllen, ohne dem Original gar zu viel Gewalt anzuthun.
 - b. *L. 23. d. R. I.* Der Socius soll bloß dolus und culpa, die andern Contrahenten auch noch diligentia, also negligentia von culpa verschieden prästiren — das kommt nun freylich noch auf die Lesart und auf die Auslegung an.
 - c. *L. 29. §. 4. ad L. Corn. de adult.* — trenne offenbar beydes.
 - d. *§. ult. I. de societate.* und *L. 72. D. eod.* Nach beyden sollte der Socius einmal für desidia und negligentia haften, dann aber wieder für negligentia nicht. Man sähe aber leicht, die Nachlässigkeit, für welche er verantwortlich gemacht werde, sey diejenige, welche er sich in seinen Angelegenheiten nicht zu Schulden kommen lasse. Also „negligentia simplex, quae naturalis est socio et sine affectu negligendi“ werde offenbar von „negligentia quae cum culpa est“ unterschieden.
 - e. *L. 17. pr. de jur. dot. L. 1. pr. de tut. et rat. distr. L. ult. C. de pact. conv.* Nach andern Stel-

len gehöre *diligentia media* oder *culpa levis* in dem dort erwähnten Contractsverhältnissen zur Præstation; nun werde aber daselbst noch etwas anderes: nämlich *diligentia quam suis* erfordert. Es müßten also zwey verschiedene species der *diligentia* und mithin der *culpa* vorhanden seyn. Er braucht nämlich die gewöhnliche schlechte Aushülfe, diese Gesetze zu vereinigen: es sey in der ersteren vorauszusetzen, daß derjenige, von dessen Fleiß in eignen Sachen die Rede, wenigstens ein *homo frugi*, ein *diligens paterfamilias* sey, daher sie denn darauf gingen, daß er auch das *residuum* leisten müsse, wenn er etwa gewöhnlich noch fleißiger seyn sollte.

f. L. 47. §. *penult. de Legat I.* L. 5. §. 2. et §. *ult. comm.* wo eben wie in L. 23. de R. I. L. 17. pr. de jur. dot. und L. 1. pr. d. tut. et rat. distr. citat. *diligentia* noch von der *culpa* separirt würde: es müsse also auch wohl das Gegentheil derselben, die *negligentia*, eine verschiedene species davon seyn.

g. L. 25. §. 16. *fam. etc.*, wornach der *coheres* wohl *culpa*, aber keine *diligentia* i. e. *negligentia* prästiren solle. Sie müßten also wohl verschieden seyn.

Am Ende werden noch zwey, bis dahin unerwiesene Sätze wunderlich genug als Argumente gebraucht.

h. Der Charakter der *culpa* sey ein ganz verschiedener von der *negligentia*: *culpa* führe *perfidia* mit sich, *negligentia* sey ohne diese.

i. *Culpa* sey bloß von einer Art, und lasse keine Grade zu (von der *culpa* in concreto ist das höchst wahr und richtig, aber es war ja noch in Frage gestellt, ob unter *culpa* schlechthin diese zu verstehen), die *negligentia* aber habe drey: *kata*, *levis*, *levissima*.

Die übrigen Argumente scheinen nur noch unbedeutende Zusätze oder Wiederholungen mit etwas anders gestellter Ansicht. So z. B. ist es Wiederholung, daß

- k. die Vergleichung zwischen L. 32. depos. und L. L. 213. 223. d. V. S. zeige, daß ind er erstern noch von einer ganz andern culpa lata als in den letztern die Rede sey; beyde müßten also spectell verschieden seyn — der Vordersatz ist aber falsch, wenn man die L. 32. recht versteht. Siehe oben Disp. I. 2. b. wo es weitläufiger vorkam.

Jetzt kommen in Assert. 2. und 3. ein paar Behauptungen an die Reihe, die sich zu widersprechen scheinen, die er aber auf eine höchst künstliche Weise in Uebereinstimmung zu bringen sucht.

I. Es ist gerade dieselbe culpa oder negligentia, die bey dem depositum und bey der societas prästirt wird.

II. Diese selbige culpa gehört aber doch nur bey dem depositum zum dolus, bey der societas und bey der communio nicht, bey der letztern hat sie nur die Wirkung der culpa levis. Daß hier die c. in concreto gemeint sey, kann man denken. Da müßte man doch wohl vor allen Dingen den Beweis erwarten, daß sie bey dem depositum aus andern, und bey der societas wieder aus andern Gründen prästirt werde. Aber davon nichts, vielmehr findet man, daß beyde als culpa lata prästirt werden sollen. Aber nur bey dem depositum enthalte sie propositum negligendi, sey also dolus, aber eben darum ist sie auch nach L. 32. depositi bey dem depos. so gut wie culpa lata: was ist denn der besondere Grund, warum sie bey der societas culpa lata ist? Doch zur Ausführung.

Die Schauptang I. theilt sich eigentlich in 2 Theile.

- 1) Die culpa quæst. hat bey dem depos. und bey der societatis denselben materiellen Inhalt — das kann man ihm leicht zugeben, und wird es durch die vier von ihm angeführten Gesessstellen §. 3. I. quib. mod. re contr. O. §. ult. I. de societ. L. 32. depos. und L. 72. pro soc., in Vergleichung mit einander, außer Zweifel gesetzt, und der Einwurf, daß doch in L. 72. und §. ult. cit. von einem parum diligens, in §. 3. cit. aber von einem negligens die Rede sey, hätte süglich unbesantwortet bleiben können, da es in die Augen springt, daß sie dasselbe sagen.
- 2) Bey beyden sey sie auch culpa lata, und eben als solche zu prästiren, also auch der Form nach sollen sie gleich seyn. (Eben das, was ich läugne).

Hierfür hat er einen Hauptgrund:

- a. das parum diligens in den bemerkten Gesessstellen, welche von der Societät handeln: wer nicht parum diligens sey, prästire, umgekehrt heiße das, wer parum diligentiam, wie er sich ausdrückt, anwende, thue genug. Wer aber weniger als weni-gen Fleiß anwende, wende gar keinen an, und das sey eben culpa lata: er wendet nicht den geringsten Fleiß an, indem er nicht einmal bemerkt, was alle Nachlässigen bemerken. Welche alberne Argumentation! denn

- 1) diese culpa lata, von der hier zuletzt die Rede, ist ja c. lata in abstracto. Gewiß ist sie von der c. in concreto unterschieden, und er will sie ja selbst als verschiedene species davon aufs sorgfältigste unterschieden wissen.
- 2) Mit welchen Augen muß er diese Gesessstellen angesehen haben! Sie sagen ja offenbar: wer nicht

dolus oder die ihm gleich stehende c. lata in abstract. sich zu Schulden kommen ließ, aber doch parum diligens oder was dasselbe sagt negligens war, d. h. nicht so fleißig, wie ein diligens paterfam. zu seyn pflegt, der soll nur in Anspruch genommen werden können, wenn er selbst auch sonst in seinen Angelegenheiten fleißiger zu seyn pflegt. Von der c. lata zur diligentia diligentis paterf. gibt es hier noch mancherley denkbare Grade der Sorgfalt, die immer nur dann in die Præstation fallen, wenn sie ihm im eignen Haushalt gewöhnlich sind.

- b. Die übrigen Gründe sind unbedeutend: so L. 1. §. 5. de O. et A., es werde darnach magna negligentia im deposito præstirt, dieselbe aber komme auch bey der societas zur Præstation, wie das parum diligens in den angeführten Gesetstellen zeige; ferner das Wort diligentia in L. 23. d. R. I. umfasse zwey verschiedene Grade, bey dem Commodat die maxima, bey dem pignus die media, für die davon dort abgesonderte societas bleibe also nur noch die minima übrig, deren Correlat culpa lata sey u. s. w.

No. II. wird nun in assert. 3. abgehandelt, aber gewiß nicht in sehr guter, oder wenn es auf Disputiren ankäme, vortheilhafter Ordnung. So kommt z. B. die Erklärung von culpa „i. e. desidia vel negligentia“ in §. ult. I. de societ. und L. 72. D. eod. einmal unter No. 8. als Argusment, und nachher unter No. 3. der Einwendungen vor, und soll es dort anzeigen, daß die culpa bey der Societät negligentia simplex sey (das ist durchaus gegen sein System, vergl. assert. II. No. 4. und assert. III. No. 2.), hier aber, daß sie nicht per meram malitiam, sondern per negligentiam non simplicem, sed conjunctam cum proposito ne-

gligendi, vollfährt werde; so ferner ist ein besonderer Gesichtspunkt, nämlich daß die c. i. c. bey der societas leichter sey, da der socius pro parte dominus, und quisque suae rei moderator et arbiter sey, unter die Widerlegung der Einwürfe gestellt: traute er ihm vielleicht nicht? Doch es kommt hier auf etwas ganz Anderes als Disputiren an, und so werde ich versuchen, erst die einzelnen Schwächen zu zeigen, ehe ich auf die Schwäche des Ganzen aufmerksam mache. Er geht nun davon aus, daß die culpa lata nur deswegen dem dolus gleich gestellt würde, weil in dem Fall derselben dolus zu präsumiren sey. Dieß gibt denn zwey Gründe aus der Natur der Sache.

1) Dolus wird nur präsumirt, wenn keine causa vorhanden war, der socius hatte aber causam gerendi arg. L. 25. §. 3. de hered. pet. L. 126. pr. L. 129. pr. L. 167. §. ult. D. d. R. I. L. 5. C. de pet. hered. L. 9. in f. D. ad L. Aquil. L. 3. §. hom. d. lib. exhib. — Es ist leicht erkennbar, daß hier ganz verschiedenartige Dinge mit einander verwechselt sind: in einer Anmahnung, die aus guten Gründen geschieht, gesetzt auch, daß diese eingebildet seyn sollten, kann keine mala fides liegen, ohne Zweifel ist hier auch die gestio selbst ohne dolus, aber wie kann es das propositum negligendi seyn, welches der Verfasser immer annimmt? eine causa negligendi war doch nimmermehr vorhanden!

2) Dolus kann hier auch deswegen nicht präsumirt werden, weil von niemandem zu präsumiren ist, daß er sich selbst habe schaden wollen, es sey ja einem jeden natürlich, sich selbst zu lieben — aber wer sich nachlässig in gemeinschaftlichen Angelegenheiten beweist, vollends, wer sich absichtlich gegen seine privativen Angelegenheiten zurückstellt, zeigt ja gerade, daß ihm das, was ihm nur zum Theil angeht, nicht genug am Herzen liege, ja daß ihm der eigne

Wortheil wenig gelte, weil er hier mit fremden verknüpft ist, und der Schaden wenig, weil der andere ihn theilt. Diese Gesinnung aber ist das, was L. 32. depos. non sine fraude nennt. Dieß wird nachher noch weiter ausgeführt:

Sodann gehört hierher noch als Grund aus der Natur der Sache, obgleich in einem andern Gesichtspunkt:

3) das Vergehen der Vernachlässigung sey immer größer bey einer ganz fremden, als bey einer gemeinschaftlichen Sache, denn über das Eigne habe jeder völlig freye Disposition, die res communis sey aber pro parte sein eigen — kein Mensch wird ihm die Freyheit streitig machen, über seinen Antheil (denn dieser nur ist ihm eigen) frey zu disponiren, aber kein Gesetz kann ihn berechtigen, mit der Sache so zu verfahren, daß auch dem fremden Antheil des andern (dieser ist fremdes Eigenthum) geschadet werde. Ferner werden angeführt als beweisend

4) die Gesetze, wornach bey der societas und den rebus communibus, culpa außer dolus prästirt wird, da doch sonst wie bey dem depositum die culpa lata immer zum dolus gerechnet, und unter diesem Wort begriffen werde, nämlich:

L. 23. d. R. I. L. 108. §. 12. de Leg. I. L. 25.

§. 16. famil. hec. L. 52. §. 2. p. soc. Dahin gehört aber eben: falls §. ult. I. de soc. und als Parallelstelle L. 72. D. eod.

Wenn erst erwiesen wäre, daß die culpa in concreto auch dem Namen nach culpa lata sey, und sich sonst kein sachlicher Unterschied zwischen der societas und dem depositum in diesem Betracht finden ließe, so wäre dieß freylich arg genug.

Endlich

5) werde die culpa in den zuletzt angeführten beyden Gesetz:

stellen ja durch *negligentia* und *desidia* erklärt und nachher auf *culpa in concreto* (*diligentia quam suis*) gestellt, was keinen andern Grund haben könne, als weil sie unter dem Ausdruck *dolus* mitbegriffen werde — dieß ist scheinbar genug, und es gilt davon was vom vorigen.

Um es nun zu erklären, wie hier *dolus*, die *culpa lata quaest.* und die von ihm sogenannte *negligentia simplex* sich zu einander verhielten, führt er schon hier, aber nur bey Gelegenheit eines Einwurfs, den er sich selbst macht, an: *dolus* ist *animus malitiose alium laedendi* (*malitia mera*), *culpa* aber nur *propositum res alterius negligentius gerendi*: durch diesen Voratz unterscheidet sie sich immer von der *negligentia simplex* (er scheint diese hier mit *culpa levis* für einetley zu nehmen, da doch nach seiner Theorie auch die *negligentia lata i. e. culpa lata in abstracto* dahin gehört), komme aber nur zuweilen dadurch dem *dolus* nahe, indem er zugleich *animus malitiose alium laedendi* sey, nämlich wenn er ganz fremde Sachen treffe; zuweilen dagegen führe er keine böshafte Absicht mit sich, nämlich nicht bey gemeinschaftlichen Sachen, und dann habe er *effectum culpa levis*, und nichts mit dem *dolus* zu thun.

Man kann es dem Verfasser dieser Theorie nicht absprechen, daß er sein Gewebe künstlich genug gesponnen, und eben diese übergroße Künstlichkeit zusammengenommen mit dem nichts weniger als einladenden Vortrage, sowohl was *Styl*, als was *Eintheilung*, *Absonderung* und *Zusammenstellung* betrifft, mag die Ursache seyn, weshalb man so wenig seit *Struv* Rücksicht darauf genommen. In der That fehlt es aber auch nicht an Mitteln, der Träglichkeit seines Mechanismus auf die Spur zu kommen, wenn man ihn nur erst einmal auseinander legt und theilweise betrachtet hat. So stehen auch bey eben

vorgelegten Behauptung desselben und ihrer Begründung folgende Cardinalgründe entgegen:

1) es ist auf diese Weise ganz unerklärlich, warum die Römer die culpa in concreto bey der societas und communio zur c. lata sollten gerechnet haben. Die Antwort, daß dabey ein propositum negligendi vorkomme, ist nicht im geringsten befriedigend, denn es fragt sich weiter: warum macht ein propositum negligendi die culpa zur culpa lata, d. h. zu einer schweren Schuld? Der Grund kann kein anderer seyn, als weil etwas Arges in der Gesinnung liegt, da man seinen privativen Sachen ganz oder zum Theil fremde nachsetzt, und das ist eben, was L. 32. D. dep. fraus nennt. Eine an sich leichte Nachlässigkeit wird also durch jenes Hintenansehen schon eine grobe Nachlässigkeit und Schuld, eben weil sie dadurch dolus, fraus wird. Wollte Coccejus also das letztere bey gemeinschaftlichen Sachen nicht zugeben, so kann er auch das erstere nicht annehmen.

Diese Einwandsfrage kann auch so gestellt werden: Culpa in concreto wird gerade darum bey dem depositum prästirt, weil sie in gewissem Sinn dolus ist L. 32. dep. Weshalb wird sie denn bey der societas prästirt? Die Antwort muß seyn: entweder, weil bey dieser auch culpa levis unter Bedingungen prästirt wird, oder: weil auch hier die culpa i. c. dolus ist.

2) Scheint er die culpa lata in abstracto, die doch bey der societas u. s. w. auch vorkommen kann, hier ganz vergessen zu haben. Wie ist es denn mit dieser? Diese kann doch wegen der fehlenden Präsumtion des böllischen Vorsatzes nicht hier vom dolus ausgeschlossen seyn, denn Vorsatz im Sinn des Verfassers (man sollte das denn

ten, aber s. unt. geg. d. Ende) findet bey ihm gar nicht Statt, als etwa das praecedens propositum legibus non obediendi, was denn doch bey der societas dasselbe wie bey dem depositum und bey den übrigen Contracten seyn muß. Demnach findet sich schon in Obigem die Behauptung, keine culpa lata habe bey der societas und communio, vim doli.

Das Nähere unten.

- g) L. 23. d. R. I., wie der Verfasser sie auslegt, und nach seiner Theorie sie auslegen muß, widerspricht dem geradezu. Unter Voraussetzung seines Axioms müßten nun die Contracte so eingetheilt werden: depositum und precarium prästiren dolus, d. h. dolus mit der culpa s. str. und negligentia lata, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, dotis datio prästiren dolus (eben so wie bey dem depositum mit Inbegriff der beyden species der culpa lata) und diligentia d. h. culpa levis und levissima, endlich societas und rerum communio dolus und culpa d. h. die culpa, welche zwar culpa lata, aber nicht dolus ist. Statt dessen nun aber werden gerade die acht mittelbaren Contracte darin vom depositum unterschieden und darin der societas und der communio gleich gestellt, daß sie culpa außer dolus zulassen und (zum Theil) von den letztern nur dadurch unterscheiden, daß sie außer dieser über den dolus hinausliegenden culpa noch diligentia erfordern. Wer das reimen kann, den lasse ich gern für einen Apollo gelten. Coccejus hat sich diesen Einwand erst schwach gemacht, um mit einer schwachen Widerlegung auskommen zu können. Bey den acht Contracten werde die culpa außer dolus hinausgestellt, weil sie außer demselben zu stehen kommen könne, näm-

lich bey der *societas* und *communio*. Eine künftliche Aushülfe kann es wohl nicht geben.

Die übrigen Einwürfe, die er sich selbst zu machen beliebt hat, waren entweder nicht bedeutend, oder doch mit der in der Lehre von der *culpa* einmal eingeführten Willkühr allenfalls aus dem Wege zu räumen, z. B. daß in §. ult. I. de *societ.* in L. 72. D. eod. der *diligentiae quam suis* die *exactissima diligentia* entgegenesetzt werde, das heiße nichts weiter als *d. media*, nämlich *exactior illa, quam suis quis adhibere solet* (sic).

So weit der erste Abschnitt der zweyten Abhandlung.

Im zweyten Abschnitt wird nun die ganze Theorie noch weiter ausgearbeitet, ohne daß sonderlich viel von Klarheit und Gründlichkeit dadurch gewonnen wird. An neuen Worten und Redensarten fehlt es jedoch nicht, und so füllen den größten Theil Wiederholungen an, die aber weder so gewandt, verständigend und bedeutend, noch so fein und geistreich sind, wie man es bey Donellus gewohnt ist, den seine klugen Tadler meistens vergeblich hierin nachahmen würden. Einiges wollen wir indessen herausheben, was mehr oder weniger über den Zusammenhang dieses Systems oder auch nur über die Irrthümer desselben nähern Aufschluß gewähren kann.

- 1) Gleich im Anfang wird der Begriff von *dolus* irrig so gestellt, als sey darunter hier immer der Vorsatz zu Schaden um zu Schaden (*propositum malevolum, quo quis damnum dat alienis rebus, ad hoc, ut det*) zu verstehen. — Dabey wird L. 1. §. 2. D. de *dolo malo* verbunden mit L. 7. §. 9. d. *pact.* das hin erklärt, als werde die Meinung des Servius nur darin getadelt, daß er die beyden Beschreibungen des *dolus*: 1) *ut sit machinatio quaedam decipiendi*; 2) *ut sit, quando aliud agitur, aliud simulatur*, in

eine solche Verbindung mit einander gestellt habe, daß die eine die andere erklären solle. Die hier von Labeo und Ulpian. gegebene Definition sey aber für unsere Materie zu eng, jede malitia sey hier hinreichend, sie möge nun mit Gewalt oder List verbunden seyn. — Dieß wird nachher noch mehr ausgeführt, und zwar das hin, zum dolus sey erforderlich: a) Absicht, b) gerade auf den Schaden gerichtete Absicht (ut directo intendatur ipsa laesio seu damni datio): c) vollständig erwiesene Absicht. — Hier wird dem System zu Gefallen zum Begriff gerechnet, was zu der Frage gehört, wann dieser Begriff factisch anzunehmen. Und dann möchte man wissen, wohin der Fall gehört, da jemand die Geschäfte eines andern zu seinem Schaden führt, weil er bestochen ist.

- 2) Culpa sey propositum negligendi wie bey Hinterrücksetzung fremder Sachen gegen eigne vorkomme. Es wird mit einem großen Aufwand von Buchstaben gezeigt, daß hierin keine malitia mera (Schaden um zu Schaden), sondern nur eine negligentia affectata, wie er sich oft ausdrückt, liege. Das erstere wollen wir ihm gern glauben, aber ob und in wie fern mit der culpa in concreto ein eigentlicher Vorsatz zu vernachlässigen, und ein wohlbewusstes Absondern der fremden von den eignen Sachen verbunden sey, und ob etwa gar dieses Bewußtseyn in dem Augenblick der vorgenommenen schädlichen Handlung anzunehmen, darüber siehe oben S. 40. Das letzte hält Coccejus zwar nicht für durchaus notwendig, aber was setzt er in den übrigen Fällen an die Stelle? Sufficit, sagt er, consilium, si quid forte evenire damnum potest, negligentius, quam solet, avertendi — er soll also doch wenigstens mit sich übereingekommen seyn, wenn einmal Gefahr entstünde,

die fremde Sache mit geringerem Fleiß zu behandeln, und diesen Entschluß in *casu concreto* ausgeführt haben — ja das ist denn freilich unverantwortlich, und darauf konnte kein Mensch rechnen, aber das wäre nach römischen und unsern Begriffen auch wahrer *dolus* und aufrichtige Bosheit. Doch lassen wir ihm sein *propositum negligendi* und sehen wir, wie er die Sache weiter führt.

3) muß hier gleich bemerkt werden, daß er sich den Uebergang zu einer *praesumptio doli* hier auf eine ganz eigne Weise bahnt. Er rechnet, wie wir gesehen, zum Begriff des *dolus*, daß die boschafte Absicht erwiesen sey. Nun, sagt er, könne bey der *culpa* auch *plena malitia* vorkommen — vermuthlich meint er, wenn die fremden Sachen den eignen nachgesetzt werden, recht um den ersteren Schaden zu bringen. Bey dem *dolus* müsse dieß aber gewiß seyn, bey der *culpa* werde es nur *præsumi*t. — Ich denke, es wird nur nicht angenommen, wenn es nicht erwiesen ist, und kommt bey der *culpa* gar nichts darauf an, da bey ihr das *propositum negligendi* hinreicht. Ist die auf Schaden gerichtete Handlung erweislich vorhanden, so ist ohne Frage echter, eigentlicher *dolus* anzunehmen, weil das erwiesen ist, was wesentlich zum Begriff desselben gehört; ist kein solcher Beweis möglich, aber wohl das *propositum negligendi*, was aus jener Hintenanstellung nach dem Verfasser von selbst hervorgeht, darzuthun, so mag die Bosheit noch außerdem wahrscheinlich oder unwahrscheinlich seyn, es muß allemal *culpa* angenommen werden, da alles in *facto* da ist, was wesentlich zum Begriff derselben gehört. Was nun überhaupt den alten, immer wieder neue Wurzel schlagenden Irrthum von einem *dolus praesumptus* betrifft, so ist davon oben S. 23. das Nöthige beygebracht worden.

- 4) Die von ihm durch den Vorsatz zu vernachlässigen charakterisirte culpa theilt er nun ein in culpa magna und culpa non magna oder minor. Unter der ersten versteht er Hintenansehung ganz fremder Sachen gegen eigne, in Hinsicht des Fleißes, unter der letztern eine gleiche Hintenansehung zum Theil fremder Sachen. Man sollte doch denken, daß die wesentlichen Merkmale der culpa in genere und also auch des davon unzertrennlichen propositum negligendi sich in dieser species wieder finden müßten. Wenn das aber seyn soll, so weiß ich nicht, wie nun noch bey der sogenannten c. minor der Treubruch, das fidei fallere, die Täuschung der gegnerischen Erwartung, daß man hier auch den gewöhnlichen Fleiß anwenden werde, wider Treu und Glauben, kurz die mala fidei, die fraus, der dolus im Sinn der L. 82. depos., ohne logischen Fehler herauszubringen ist. Doch meint der Verfasser, die erste species sey culpa gravior magis conjuncta cum proposito et consilio negligendi, die zweyte remotior a dolo, minus conjuncta cum tali proposito negligendi, sie nähern sich mehr der negligentia simplex. In solchen dunkeln Vorstellungen treibt er sich hier herum, und fruchtet sich nichts. Will er etwas ausrichten, so muß er wieder
- 5) zu einer Präsumtion seine Zuflucht nehmen, die bey der erstern, nicht bey der zweyten Statt finden soll, und dieselbe vollführt er diesmal so: Er sagt, die erste species sey deswegen dem dolus zu vergleichen, weil dabey der animus laedendi nur nicht gewiß sey, es sey nur möglich, daß hier bloß animo negligendi gehandelt werde. Bey der zweyten species sey es offenbar, daß es am animus laedendi fehle, denn wem könne man zutrauen, daß er die Absicht habe, sich selbst Schaden zu thun? Es sey nach L. 2. C. quando et quib. qu. (10. 34.) ein naturale

vitium; negligere, quod communiter possidetur. Man sieht, er hat hier seine frühere Ansicht umgewechselt, aber was von der dießmaligen zu halten sey, ergibt sich ebensfalls aus dem unter 2. citirten S. 23.

Um jedoch hier nicht durch die Verworrenheit der Ideen des Autors und die Mangelhaftigkeit seines Vortrages abgehalten zu werden, das zu prüfen, worauf er hinaus wollte, so wollen wir unabhängig von seiner Darstellung die Frage hier aufstellen: liegt nicht ebenwohl mala fides darin, wenn man halb fremde, als wenn man ganz fremde Sachen mehr vernachlässigt, als die ganz eignen? Ist sie zu belahen, so gehört diese Nachlässigkeit zum dolus i. w. S.; ist sie zu verneinen, so gehört sie nicht dahin, aber auch überall nicht zur culpa lata. Mich dünkt, es kann niemandem schwer werden, sich für die erste Antwort zu entscheiden. Hintenanstellen ist hintenanstellen, und verrieth es nicht noch mehr Schlechtigkeit, wenn ich darum schon Sachen den meinigen nachsehe, weil sie nicht ganz mein sind, als weil sie gar nicht mein sind, es mag dieß nun mit Vorsatz oder aus unbestimmtem Gefühl geschehen; und warum ist dieser Vorsatz oder dieses Gefühl hier weniger klar als dort, da doch die Zurücksetzung, also das Geringshalten hier so gut als dort in thesi voraus gesetzt wird? Um kurz von der Sache zu kommen, lese man doch nur den von Coccejus selbst angeführten Text der L. 2. C. cit. ein wenig weiter: „naturale quippe vitium est, negligi quod communiter possidetur, utque se nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur, denique suam quoque partem corrumpi patiatur, dum invidet alienae. Eine solche Denkungsart war es, die die Römer für fraus hielten, und daher immer und allemal mit Schadensersatz belegt haben wollten. Was nun noch oben in S. 40. über die Fälle der

culpa in coner. gesagt worden, in welchen streng genommen kein Hintenansetzen der fremden Sachen, aber doch immer eine unerlaubte Veringschätzung derselben vorkommt, das muß denn natürlich eben so gut von halb fremden als von ganz fremden Sachen gelten.

- 6) Wie wenig sich Coccejus über die culpa lata oder magna in abstracto einig war, und wie sehr er sie mißverstand, sieht man hier aus §. 17. erst recht deutlich. Es klingt schon seltsam, wenn er sie als ersten Grad zur negligentia rechnet, und dann diese so bestimmt, sie sey qualitas quaedam homini alicui naturalis et consueta. Wir erinnern uns, daß er früher diese culpa, so wie sie in L. 213. und L. 223. D. d. V. S. vorkommt, von der culpa lata in concreto gänzlich geschieden wissen wollte, und sie sogar an Gewicht und Schwere, aus sonderlichen Gründen, über diese gestellt wissen wollte. Wir erinnern uns auch, daß er oben erklärte, sie könne gar nicht zugleich culpa in concreto seyn, da sie ja auf ein non intelligere quod omnes intelligunt gestellt sey, und was man in dem einen Fall nicht wisse, das wisse man in dem andern auch nicht. Nun definiert er sie, mit Beziehung auf die eben genannten Gesetze, *omissio diligentiae, quam communiter homines quicumque adhibent in suis*, und um sie der culpa (in concreto) gleich zu stellen, bringt er hier ein *propositum negligendi* auch in sie hinein, nämlich ein *praesumptives*: es sey hier zu präsumiren, daß er recht wohl wisse, was alle wissen, also zu präsumiren, daß er in suis fleißiger gehandelt haben würde, mithin zu präsumiren, daß er das Seinige dem Fremden vorgezogen („*diligentia quae per hanc culpam omittitur, omnibus adesse solet*). *Praesumitur ergo et huic quoque e. g. Cajo adesse. Si vero is eam omittat in alienis, videtur omisisse eam diligentiam,*

quam in suis adhibet, aut adhibere praesumitur, et ita minus diligens esse in alieno quam in suis: quo ipso in vera culpa constituitur. Um also eine culpa, die schwerer ist, als die culpa in concr., zur culpa zu machen, muß man erst den Charakter der culpa in concr. durch Präsuntion auf sie übertragen?! — Bey den rebus communibus sey es denn mit ihr auch, wie mit der culpa in concr. culpa und negligentia magna in rebus alienis würden für dolus, in rebus communibus für culpa levis geachtet.

Auch in den Beyspielen hat er sich zuweilen sonderbar vergriffen. So bringt er den Fall, da aus Gunst gegen einen Dritten geschadet worden, wie in L. 8. §. ult. mand. und L. 7. §. 2. D. de admin. tut., unter die wahre culpa in concreto. — Freylich gewöhnlich mag das wohl nicht leicht seyn, daß man in eignen Dingen aus Gefälligkeit gegen andre sich übervorthelt, und so wäre wohl noch eine culpa in concreto herauszubringen, aber wahrlich dessen bedarf es nicht, da es schon an sich und ohne Vergleichen klar ist, daß man hier mit der Gewißheit, der andre werde zum Vortheil eines Dritten Nachtheil haben, gehandelt hat. — So scheint er zu glauben, in L. 29. pr. D. mand. komme der Fall vor, da der Bürge zahlte, indem er es nicht berücksichtigte, daß wer kein Geld erhalten, auch keines zurückzahlen schuldig sey, was doch jeder begreifen müsse. Offenbar ist in diesem Fall wahrer dolus vorhanden, oder es ist lächerlich, ihn zu supponiren. Vergl. oben §. 20.

- 7) Den Begriff der beiden letzten Grade der negligentia, welche er mit der gemeinen Meinung annimmt, bestimmet er wie gewöhnlich, begeht aber in den Beyspielen den nicht seltenen Fehler, daß er den äußersten

Fleiß erst durch Umstände motiviren läßt. Die Fenster des Nachts zumachen, schütze vor culpa levis, nicht aber, wenn sie nach einem besonders gefährlichen Ort hinaus gingen, vor culpa levissima; um gegen diesen Vorwurf gesichert zu seyn, müsse man sie auch noch mit Gittern versehen — Ich denke, ist der Ort so gefährlich, daß dieß rathsam ist, so wird es ein bonus paterfamilias nicht unterlassen, ist es das nicht, so würde es lächerlich seyn, sich wie ein Geizhals anzustellen.

Eigenthümlich ist, daß er den Vorwurf der eignen Schuld, sich mit einem Unfleißigen eingelassen zu haben, durch alle Contracte durchführt, als fände er wirklich bey allen Statt, und collidirte bey allen, nur bey einem mehr, bey dem andern weniger, mit der Regel in L. 5. pr. D. de transact. L. 26. §. ult. de noxal. Act. L. 65. in f. d. evict. daß niemandem die Nachlässigkeit eines andern schaden dürfe. Hat der Nachlässige, so denkt er, allen Vortheil, so überwiegt die Regel den Vorwurf, hat er keinen, so ist es umgekehrt, haben beyde Vortheil, so wiegen sie gleich; man sollte also denken, es entstehe eine Compensation, die den Nachlässigen befreye, aber nein, es wird hier ein Mittelweg eingeschlagen, er soll für mittleren Fleiß herkommen, und zwar wird vorläufig präsumirt, daß er diesen auch in dem Seinigen anwende, und der andre auf diesen habe rechnen können, da denn soweit der Vorwurf wegfällt und die Regel eintritt: kommt dann aber nicht negligentia affectata, also culpa in concreto heraus, und wie unterscheidet sich diese hier dem Wesen nach von der culpa bey der Societät, wo es auszumitteln ist, wie weit der Fleiß des socius in eignen Sachen ging? Die Antwort ist leicht: die

culpa ist dort praesumta, hier muß sie wirklich seyn. — Nun wen das nicht befriedigt, den schicken wir zum Thomafus. —

In §. 18. kommt noch die Bemerkung vor, daß die negligentia nur beyspielsweise in der Lehre von der culpa vorkomme, da noch manches dahin gehöre, was aber mit ihr auf gleiche Weise zu beurtheilen sey; allein wenn man die culpa lata abzieht, die er ja selbst auf propositum stellt, und die wirklich einige wenige Fälle hat, wo von unterlassener Aufmerksamkeit nicht die Rede seyn kann, so liegt der Fehler darin, daß man entweder früher oder gerade jetzt sich zu sehr gehen ließ. Denn auch Gedankenlosigkeit, Unwissenheit, Leichtsinn u. s. w. sind Fehler, die man sich durch Fleiß abgewöhnen kann. Ist der Mangel aber unüberwindlich, wie z. B. die wahre rusticitas, und der Fehler lag nicht etwa darin, daß man sich mit etwas abgab, wovon man doch bey aller Beschränktheit einsehen konnte, daß man dazu nicht taugte, und man schadet dadurch, so ist man auch ohne alle Schuld.

- 2) Die Anwendung, wie er sie von diesem System in diap. III. auf die einzelnen Contracte unter vielen Wiederholungen macht, kann man sich leicht hinzudenken.

Aus den Collatt. geg. Struv, die mit dialectischen Spitzfindigkeiten, wie sich von einer solchen Streitschrift erwarten läßt, angefüllt, und nichts weniger als durchweg eine Vertheidigung im Zusammenhang des angegriffenen Systems enthalten, ist etwa Folgendes herauszuheben:

- 1) Was den einleitenden Theil und die allgemeinen Grundsätze der Prästationslehre betrifft, so scheint er seine Ansicht in etwas verändert zu haben, der Wille stellt schon eine höhere Person vor, und culpa ist, wenn

man wegen früher nicht gehörig entwickelter Kräfte, also aus verschuldetem Unvermögen nicht einsah, was man hätte einsehen sollen.

Nach den strengen Ansprüchen, die die Natur an den Menschen machen könne, müsse man allemal den äufsersten Fleiß anwenden, dieser rigor naturae sey aber durch das positive Recht mit Rücksicht auf die Verderbniß des Menschen gemildert worden, und so sey es nun Regel, daß mittlerer Fleiß, Fleiß, wie man ihn gemeinhin bey ordentlichen Familienvätern treffe, zu leisten sey. Davon gäbe es aber Ausnahmen u. s. w. Uebrigens bleibt er das bey, daß negligentia nicht immer culpa und sogar nur in soweit fehlerhaft sey, als sie für culpa zu halten, Coll. 9. in f. negligentia sey ein vitium naturale, was seinem Wesen nach nicht culpa sey. So wie er aber jetzt die Sache darstellt, ist doch omissio diligentiae mediae f. d. R. culpa und nur die omissio diligentiae maximae ist ex moderatione juris civilis, wie er sich ausdrückt, nicht culpa, und wird, die Ausnahmefälle abgerechnet, zum casus gezählt. Coll. 10. §. 4.

- 2) In Hinsicht des propositi bey der culpa wird auch von Coccejus schon bemerkt, daß, wer nicht gerade die Absicht zu verletzen und zu betrügen habe, sondern aus einem an sich löblichen Beweggrunde, nämlich, aus Gunst oder Mitleid gegen einen, schade, doch ein propositum, dolo proximum habe, und sich einer culpa lata schuldig mache. Er führt dabey an L. 7. pr. depos. L. 7. §. 7. d. dol. mal. L. 14. §. 2. d. custod. reor. L. 8. §. ult. mand. L. 7. §. 2. d. adm. tut. Collat. 2. §. 18. Collat. 5. §. 3.

Ueber das propositum bey der culpa in concreto bleibt bey dem Alten, auch über die praesumptio propositi bey der negligentia lata, (und von der culpa in con-

creto bey rebus communibus heißt es nun ausdrücklich:
 „haec species definitione et nomine est
 culpa lata, verum — hoc speciale habet — quod
 non possit haberi pro dolo.“ Coll. 2. §. 22.

3) Beym dolus wird zwischen dem malum actus, i. e.
 laesio legibus prohibentibus, und dem malum agen-
 tis, dem bösllichen Vorsatz, unterschieden, und behauptet,
 er seye immer beides voraus — aber, dünkt mich, es
 gibt Handlungen, die erst der dolus zu widergesellichen
 macht, und andre, die es ohne dieß sind. Collat. 3.
 §. 5.

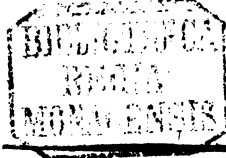
4) Ueber die Frage, ob rusticitas entschuldige, ist die ganze Col-
 lat. 4. geschrieben, doch ohne die Sache aufs Reine zu
 bringen. Rusticitas sey nur, nicht wissen, was Kun-
 dige wissen. Dieß entschuldige; gehe sie aber so weit,
 daß man nicht einmal wisse, was auch andere rustici
 wüßten, so entstehe praesumptio doli, und es sey rus-
 ticitas nimia et affectata vorhanden. Das ist denn ein
 Satz, der nicht viel sagt.

5) Bey der Gelegenheit, daß er sich über die Behauptung
 des Struv Evolut. exerc. 19. th. 41., lustig macht,
 daß das Commodat sich nur darin von den andern Contracten
 unterscheide, daß der Richter dabey angewiesen sey, es
 mit der culpa genauer zu nehmen, behauptet er von et-
 ner solchen, das arbitrium iudicis angehenden Vorschrift
 im römischen Rechte auch nicht die geringste Spur zu fin-
 den. Collat. 11. §. 7.

6) In §. 9. ibid. wird die interessante Behauptung des
 Struv. (resp. 1. ad arg. 7. in den decis. Sabath.)
 herausgehoben, es gebe zwar eine culpa levis und levis-
 sima, aber in Rücksicht der Prädication gebe es
 keinen Unterschied zwischen diesen Graden. Darauf ant-
 wortet er sehr fest: Culpas gradu differre concedis,

praestationes culpae negas? Sed quid, quaeso, est praestatio culpae, quam ipsa culpa quae praestatur? Aber *Struv* behauptete richtig, die culpa levissima sey unter der culpa levis begriffen, werde also nicht besonders prästirt.

- 7) Im Anfange des §. 2. L. 5. D. commod. sollen die Worte: an vero et omne periculum, auf culpa levissima gehen, wodurch denn freylich *Struv's* Einwand, daß die Aufgabe bloß auf dolus und culpa (levissima) gehe, schnell gehoben wird. L. 1. §. 35. D. depos. soll das beweisen. — u. s. w.



I n h a l t

Erstes Capitel. Von der allgemeinsten Bedeutung des Wortes Culpa — Umfang der Lax Aquilia — Bedeutung des Wortes Culpa, wie sie für unsre Lehre brauchbar ist. S. 1.

§. 1. Die allgemeinste Bedeutung ist: ein Verstoß gegen Recht, Sitten, gute Ordnung; die allgemeinste juristische: ein Vergehen gegen Recht und Gesetz. In diesem Sinn erstreckt sich die Lehre von der culpa so weit als das ganze Recht, und die Lehre von unerlaubten Beschädigungen ist ein Theil derselben. S. 10 — 16.

§. 2. Einleitung zu der Untersuchung, welche Beschädigung ist als solche unerlaubt? Beschädigung überhaupt ist Verminderung des Vermögens, des bestehenden oder des künftigen. S. 16 — 17.

§. 3. Beschädigungen durch Nichtthun sind in der Regel nicht unerlaubt, aber auch nicht alle Beschädigungen durch Thun sind es unbedingt. S. 18 — 21.

§. 4. Welche? darüber gibt die L. Aquilia Auskunft. S. 21, 22.

§. 5. Sie hob alle früheren Gesetze über diesen Gegenstand auf. Ausnahmen sind nur eingebildet, z. B. daß eine Actio noxalis noch aus den XII. soll angestellt werden können: L. 2. D. de noxal. act. n. L. 56, D. de O. et A. werden ausgelegt. S. 22 — 31.

- §. 6. II. Lex Aquil. Sie umfaßt also alles was *damnum injuriae* ist, und was nicht dahin gehört, ist nicht *damnum iniuriae*. — Alle Beschädigungen durch Nichtthun sind ausgeschlossen. L. 27. §. 9. D. ad L. Aqu. wird erklärt. §. 28 — 31.
- §. 7. Nicht jede schädliche, irgend einem Recht widerstreitende Handlung, sie mag positiv oder negativ seyn, sondern nur eine solche, die schon als Beschädigung widerrechtlich ist, ist *damnum injuriae*; sonst hätte die Aquilia die ältern Gesetze nicht ausheben können, und würde selbst keine bestimmte Grenzen haben, auch würde die *actio doli* dann gar nicht haben entstehen können. An einem Princip, was *damnum injuriae* sey und warum? fehlt es. §. 31 — 37.
- §. 8. Verletzung der Substanz einer Sache und was wegen wegen offenbarer Willigkeit gleich gestellt worden, gehört zur Aquilia und ist allein *damnum injuriae* §. 37 — 42.
- §. 9. Concurrrenz der *actio Leg. Aqu.* mit andern Klagen, wenn das besonders qualifizierte Factum dieser zugleich ein *damnum injuriae* ist, z. B. mit der *actio arborum furtim caesarum*: L. 27. §. 26. D. ad L. Aqu. wird erklärt — und der *actio furti*: §. 25. 27. ejusd. Leg. — L. 27. §. 3. D. d. furtis L. 41. §. 1. L. 42. D. ad L. Aqu. L. 2. D. d. privat. delict. werden beurtheilt. Fälle, da ohne eigentliche Verletzung der Substanz ein *damnum injuriae* vorhanden: L. 27. §. 21. D. ad L. Aqu. §. 11. I. de obl. q. e. del. L. 14. §. 2 D. de praescr. verb. §. 42 — 50.
- §. 10. In dem Ausdruck *damnum injuria datum* oder *damnum culpa datum*, bedeuten die Worte *injuria* und *culpa* dasselbe, und gehen auf volle Widerrechtlichkeit an sich; diese enthält 2 Theile, objective und subjective Widerrechtlichkeit; L. 5. §. 1. D. ad L. Aqu. §. 2 I. eod. §. 51 — 56.
- §. 11. In dem Begriff *culpa* ist jedoch die subjective Widerrechtlichkeit (Zurechnung) vorherrschend. L. 1. pr. de injur. mit Zuziehung der Parallelstellen in den Institut. des Theophilus Paraphrase und der Coll. Leg. Mosaic. wird ausgelegt. — Speciellere, aber noch immer den *dolus* umfassende Bedeutung von *culpa*: Zurechnung: L. 5. §. 2. L. 52. §. 1. D.

ad L. Aquil. L. ult. D. de Sct. Silan. L. 91. §. 3. D. de V. O. Sie ist allein für unsre Lehre brauchbar (56 — 71).

§. 13. Ueber das verloren gegangene 2te Capitel der Lex Aquil. Es enthielt keine besondere Fälle an sich widerrechtlicher Schadenszufügungen (71 — 83).

Zweites Capitel. Begriff der Zurechnung — von Zurechnung und culpa bei der Aquilia.

§. 13. Begriff der Zurechnung. Interesse der Lehre von der Zurechnung im Privatrecht (83 — 84).

§. 14. Das Aquillsche Gesetz erfordert bloß allgemeine Zurechnung, wo eine besondere Zurechnung zur Widerrechtlichkeit erfordert wird, da ist kein *damnum injuriae* vorhanden: L. 44. pr. D. ad L. Aquil. §. 3. I. eod. n. L. 30. §. 3. D. eod. werden erläutert (84 — 89).

§. 15. Die bey der Aquilia alles jemals *Imputabile* umfassende Zurechnung ging nur auf einen Fleiß, wie man ihn gemeinlich unter fleißigen Menschen findet, an Auszeichnung ist nicht zu denken: L. 31. L. 52. §. 4. D. ad L. Aqu. §. 3. L. eod. L. 1. §. 5. D. si quadrup. (89 — 95).

Drittes Capitel. Von *dolus*, *culpa lata* und *culpa levis*

§. 16. Größere Schwierigkeit der Lehre von der culpa im Obligationenrecht. — Grade der culpa überhaupt (96).

§. 17. Mehrere Bedeutungen des Wortes *dolus*. Unterschied von culpa lata: in der Regel wissentliches Schaden. Irrthum, daß dies auch zum Begriff der culpa lata gehöre (97 — 99).

§. 18. Lohr's irrige Distinction, *dolus* gehe bloß auf *animus incri facienti*, alles übrige wissentliche Schaden bey culpa lata wird widerlegt. Pauli rec. sent. L. II. tit. 31. §. 1. L. 14. §. 34. D. de furtis. L. 50. §. 4. eod. werden erwogen (99 — 103).

§. 19. Eben so wenig gegründet ist die Unterscheidung, daß *dolus culpa in faciendo*, culpa lata culpa in non faciendo bedeute. L. 7. D. ad L. Cornel. d. sic. wird interpretirt, und auch L. 2. C. si tutor vel cur. in dieser Hinsicht erwogen (103 — 107).

- §. 20. Man muß zwischen Kenntniß des gewissen schädlichen Erfolgs und Kenntniß der drohenden Gefahr unterscheiden; nur jene führt animus nocendi und dolus i. e. S. mit sich. So ist auch L. 29. D. mand. zu erledigen (107 — 111).
- §. 21. Begriff von culpa lata. Merkmal derselben: Vorwand nicht zu wissen was alle wissen: L. 215 §. ult. tit. 223. D. de V. S. Nähere Entwicklung (111 — 114).
- §. 22. Jede culpa lata ist fraus und dolus im weiteren Sinne dieses letzteren Wortes. Eine leichte Schuld kann als culpa in concreto der groben gleich werden (114 — 116).
- §. 23. Keine culpa lata hat mit einem dolus praesumptus zu thun (116 — 119).
- §. 24. Die culpa levis ist der letzte Grad der Imputation, und es gibt keinen über sie hinaus. Nachlese für den Beweis dieses Satzes. Positivs Argument von dem hergenommen, was in Cap. 2 §. 14 und 15 über die Zurechnung bey der Aquilia gesagt worden. Man stellte sich bisher die diligentia diligentis patrisfamilias zu gering vor, nicht so die Römer: L. 25. D. de probat. wird erläutert (119 — 127).
- §. 25. Man denke nicht an eine logische Nothwendigkeit, daß es so oder so viel Grade der culpa geben müsse, und verwechsle nicht Extreme mit Graden (127 — 129).
- §. 26. Auch bey obligationes kann so wenig wie bey der L. Aqu. Auszeichnung verlangt werden. Die Römer verlangten sie nie, vielmehr erhebt das Gegentheil aus L. 157. §. 2. 3. D. de V. O. Für Auszeichnung läßt sich auch kein Maßstab, wohl aber für den gewöhnlichen Fleiß tüchtiger Männer finden (129 — 137).

Viertes Kapitel. Ueber den Werth der Eintheilung der Culpa in culpa in faciendo und non faciendo.

- §. 27. Diese Unterscheidung fällt nicht mit der zwischen Handlungen, welche auch die Lex Aquil. angesehen und solchen, welche ohne diese zu berühren, daß die obligatio verletzen, zusammen, denn es gibt mancherley positive Handlungen, welche das letztere thun ohne das erstere. In einem der Lex

Aquila analogen Sinn sind alle Handlungen, welche einem Contractsverhältnis widerstreiten, positive Rechtsverletzungen: L. 17. §. 3. commod. wird verglichen; auf allen Fall ist das Reiben falscher Maß: L. 18. §. 5. eod. L. 18. §. 3 de dolo malo eine positive, zuwellen contractswidrige Handlung, so auch bedeutende Versehen des agrimensor sind rechtswidrig; demnach wird in allen diesen Fällen niemand an die actio L. A. denken (138 — 144).

§. 28. Des Donellus Ideen hierüber (145 — 147).

§. 29. Die Analogie der Lex Aquilia führt gerade auf Gleichheit der culpa in faciendo und non faciendo (147 — 148).

§. 30. Nach der Natur der Sache sind sie in Hinsicht ihrer Strafmäßigkeit und also ihrer rechtlichen Folgen gleich. Würdigung der Doull'schen Argumente für das Gegentheil (148 — 151).

§. 31. An einzelnen Beispielen wird das Gleichgewicht beider Arten der culpa gezeigt (151 — 154).

§. 32. Die einzige mäßige Anstalt, die culpa in faciendo auf ganz neue Unternehmungen zu beschränken, ist sprachwidrig und dennoch vergeblich (154 — 158).

§. 33. Wird diese Distinction zum Grunde gelegt, so ist die Terminologie der Römer hier nicht natürlich zu erklären (158 — 159).

§. 34. Die dafür angeführten Gesetze unterstützen die Unterscheidung in diesem Sinne und zu diesem Zwecke gar nicht: L. 91. pr. D. de V. O. L. 1. pr. D. de tutel. et rat. distr. L. 13. §. 2. D. de usufr. werden beleuchtet. Einen indirekten Gegenbeweis enthält L. 11 C. mand. (159 — 166).

Fünftes Capitel. Vom dem Unterschied der Aquilianen und der auf einer vorübergehenden obligatio beruhenden culpa; von der culpa in concreto und dem wahren Verhältnisse der diligentia diligentis patriafamilias und der diligentia quam quis cuius rebus adhibere solet, zum dolus, zur culpa lata und zur culpa außerhalb des dolus überhaupt.

§. 35. Die Illegalität (culpa a. l.) bey obligationen hat eigentlich durchweg einen positiven Charakter, daher ist culpa

(a. str.) hier negligentia in einem vorzüglichen Sinn; folglich muß der Gesichtspunkt hier und bey der Aquilia immer verschieden seyn, und es müssen die beiden judicia stets als unabhängig betrachtet werden, selbst da, wo sie in einer Thatsache zusammentreffen. Nur indirect können sie auf einander Einfluß haben (166 — 169).

§. 36. Wo bey der obligatio nur dolus zu prästiren ist, da geht die aequilische culpa außer dolus die Contractsklage nichts an, ist aber darum nicht weniger culpa mit Rücksicht auf die Aquilia (169 — 171).

§. 37. Eine obligatio dagegen, welche culpa außer dolus im Allgemeinen zuläßt, muß auch vorwiegend eines natürlichen, die Selbstständigkeit beider judicia nicht antastenden Schlusses, die aequilische culpa immer in ihrer vollen Ausdehnung aufnehmen. Eine Beweisstelle für diese Ansicht: L. 20. pr. D. comm. divid. wird erläutert (172 — 176).

§. 38. Die außeraquilische culpa hingegen, sie mag im Thun oder Nichtthun bestehen, hängt ganz von der obligatio ab, und heißt eben deswegen Besessenheit und diligentia im vorzüglichen Sinn, da diese ganze Verpflichtung, sich zu befeßigen, erst besonders aus dem Contract hervorging. Diligentia ohne Zusatz bedeutet den höchsten Grad dieser Besessenheit (176 — 179).

§. 39. Nur die wenigen Contracte, welche bloß dolus zulassen, wissen nichts von Besessenheit und ihrem Gegentheil; ziehen sie dieses herüber, so ist es nur wegen der darin liegenden argen Gesinnung. Die vielen Contracte dagegen, welche culpa außer dolus zulassen, nehmen einmal die aequilische culpa ab-solut, sodann aber die außeraquilische culpa im Verhältniß zu her von der obligatio erfordernden besondern Besessenheit auf; und zwar wird diese bald unbedingt, bald als diligentia quam suis etc. erfordert. Ist das letztere, so ist alles, was nicht gegen diese ist, auch gar nicht culpa, was ihr aber widersteht, schon widerrechtlich ohne Rücksicht auf die darin lie-

gende Ärgriß. Unterschied der Begriffe culpa und negligentia (179 — 183).

§. 40. Nähere Entwicklung des Wesens der culpa in concreto oder der negligentia suis rebus non cometa. Grund, weswegen eine untebliche Veringschädigung fremder Sachen darin liege. Charakteristische Kennzeichen derselben (183 — 189).

§. 41. Kann die Verbindlichkeit zur diligentia quam suis etc. jemals eine Verpflichtung zur Auszeichnung von dem Fleiße tüchtiger Männer überhaupt mit sich führen. Dies ist zu verneinen. Gründe aus der Natur der Sache. Die Römer stellen daher immer die Verbindlichkeit zur diligentia quam suis etc. im Verhältniß zur diligentia diligentis etc. als geringer dar, und sprechen daher nie bey der Aquilia von einer culpa in concreto. Die dem ersten Urtheile nach davon redende L. 39. D. ad L. Aquil. wird erklärt (189 — 196).

§. 42. Resultate (196 — 197).

§. 43. Werden dolus und culpa außer einander gestellt, so ist culpa lata unter dem ersteren Wort begriffen. Dieser Sprachgebrauch ist unbedingt (197 — 198).

§. 44. Fernere Terminologie, so wie Donell sie bestimmt: 1) culpa zwischen dolus und diligentia gestellt, heiße culpa in faciendo; 2) diligentia diligentis etc., heiße culpa levis, diligentia quam suis etc. culpa lata in non faciendo (198 — 199).

§. 45. Einwendungen gegen No. 1. Der Einwand, den Donell sich selbst macht, daß culpa in faciendo doch auch culpa sey, ist unbedeutend (200 — 201).

§. 46. Es fragt sich nur, war dies herrschender Sprachgebrauch bey den Römern. Es wird gezeigt, daß L. 68. pr. D. de contr. emt. und L. 72. D. pro soc. nebst §. ult. t. de societ. damit nicht zu vereinigen sind (201 — 205).

§. 47. Eben so wenig verträgt sich L. 18. pr. D. commod. damit, oder (205 — 209).

§. 48. L. 47. §. 4. 5. de legat. I.; am wenigsten L. 13. §. 1. L. 14. D. de pigra. act. (209 — 214).

- §. 49. Einwendungen gegen No. 2. in §. 48. Die diligentia quam suis etc. ist nach L. 72, D. pro soc. und §. ult. L. eod. Bestandtheil der culpa außer dolus. In Fällen, da offenbar nur von omisso diligentiae quam suis die Rede seyn kann, soll doch culpa außer dolus präfixet werden: L. 52, §. 1, 2, 3, 11, D. pro socio (214 — 219).
- §. 50. Fortsetzung: L. 39, §. 7, L. 57, pr. D. de admin. tut. L. 23, C. eod. Die omisso dilig. q. s. wird sogar culpa levis genannt: L. 7, C. arbitr. tut. (220 — 223).
- §. 51. In Fällen der d. q. s. wird zumellen gesagt, es dürfe gar keine culpa vorhanden seyn: L. 52, pro socio cit. und L. 18. in t. D. solut. matrim. (223 — 225).
- Endlich wird in solchen Fällen zumellen die Verbindlichkeit bis an den casus hinangerückt.
- §. 52. Die Schwierigkeiten zu heben, wird eine ganz andre Behandlung der Sache nothwendig. System der Römer; Sie theilten die culpa nach dem Gesichtspunkt ein, den wir durch das Beywort in abstracto bezeichnen, in culpa lata und culpa levis, und diese Eintheilung liegt ihrer Prästationslehre immer zum Grunde. Ob die culpa lata auch zugleich culpa in concreto sey, ist allemal gleichgültig, nur ob die culpa levis es sey, ist bey einigen Contracten und in einzelnen Fällen von Belang, bald weil sie dann der culpa lata gleich stehe, bald weil der gewöhnlich Nachlässige durch angewandte d. q. s. entschuldigt wird. Der Römer nennt sie nie schlechthin culpa lata, stellt sie aber bey den Contr., die dolus erfordern, derselben gleich; hier ist es denn aber auch bey der aquillischen culpa von Wichtigkeit (225 — 228).
- §. 53. Dagegen ist dies bey Contr., die im Allgemeinen culpa levis anerkennen, beydes gleichgültig, einen einzigen Punkt ausgenommen (228 — 230).
- §. 54. Wird eine Art der diligentia der culpa außer dolus entgegengestellt, so wird jene von dieser als species von ihrem genus unterschieden. Keine diligentia liegt in diesen Redensarten außerhalb der culpa als verschiedene species, wie

- auch die Wahl der Worte selbst beweist (230 — 233).
- §. 55. Die §. 44 und 42 angeführten L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. und L. 68. pr. D. de contrah. emt. zeigen dieß deutlich, und so sind denn auch die übrigen Stellen der Art zu erklären, z. B. L. 19. C. de pignor. L. 1 §. 35. D. depos. wenn sie auch für sich allein betrachtet eine andere Auslegung zulassen sollten (234 — 236).
- §. 56. Culpa außer dolus ist der Gattungsbegriff, welcher die aquilische culpa immer ganz, von der außeraquilischen aber bald nur die d. q. s., bald auch die d. d. umfaßt. (236 — 237).
- §. 57. Bey den Contracten, die im Allgemeinen culpa außer dolus aufnehmen, streitet in casu concreto die Präsumtion gegen die d. q. s., wo nur dolus zugelassen, ist es grade umgekehrt (237 — 240).
- §. 58. Daher erklärt es sich, daß in Fällen der d. q. s. die Præstation bis zum casu angenommen wird (241 — 245).
- §. 59. Bey der Classification der Contracte lassen sich keine drey Grade der culpa, wohl aber drey Grade der Præstation annehmen; und eigentlich gibt es hiernach 3 Classen des Contracts. Die Römer pflegen aber nur 2 zu machen, und erst bey jedem einzelnen Contract der zweyten Classe zu bemerken, ob sich die culpa außer dolus bey ihm bloß auf d. q. s. oder auf d. d. erstrecken (246 — 248).
- §. 60. Culpa lata und culpa in concreto sind nicht durchaus und in allen Fällen auf gleichen Fuß zu stellen (248 — 250).
- §. 61. Fortsetzung: L. 41. D. de administr. tut. L. 5. §. 7. eod. L. 72. §. 3. D. de condit. (251 — 254).
- §. 62. Fortsetzung: L. 18. §. 1. D. solut. matrim. wird interpretirt (254 — 258).
- Sechstes Capitel. Erklärung einiger der schwierigsten Gesetze.**
- §. 63. L. 32. depositi. L. 22. §. 3. ad Sct. Trebell. (258 — 276)

- §. 64. L. 226. de V. S. L. 5. §. 2—5. §. 9. 10. 15, 15, commod. L. 10. 11, 18. eod. L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. (276 — 295.)
- §. 65. L. 23. de R. I. (295 — 302).
- §. 66. L. 54. §. 1. 2. D. de A. R. D. L. 12. §. ult. L. 13. D. de liberali causa (302 — 306).
- §. 67. L. 18. §. 4. D. de damn. inf. L. 15. §. 6. L. 24. §. 3. eod. L. 16. D. de conduct. furt. (306 — 314).
- §. 68. L. 1. §. 1. D. si mensor fals. mod. dix. (314 — 317).

Siebentes Capitel. Von einigen Contracten, welche d. q. s. erfordern.

- §. 69. Societas — Worüber und mit welchen Gründen ward bey diesem Contract über die praestatio culpa gestritten? L. 23. pr. D. pro socio wird erläutert (318 — 329)
- §. 70. Rerum communio. L. 25. §. 16, 18. D. fam. hercisc. und L. 16. §. 4. D. eod. werden erklärt (329 — 334.)
- §. 71. Tutela. Culpa levis, aber nur d. q. s. wird prästirt. Der aus L. 33. pr. D. de admin. tut. und L. 10. de eod. sich ergebende Einwand wird gehoben (334 — 340).
- §. 72. Fortsetzung. Die Hauptschwierigkeit, daß die Erben überhaupt und auch in Fällen einer außerquillischen culpa weniger als der tutor, und zwar nur culpa lata zu leisten haben, wird gelöst, und L. 4. de magistr. conv., L. 1. C. de heredib. tut. L. 39. §. 6. D. de administr. tut. L. 8. pr. D. de fidejuss. tut. werden interpretirt (340 — 346).
- §. 73. Fortsetzung. Daß der tutor selbst nur für culpa lata haften, läßt sich nicht aus L. 7. §. 2. D. de adm. tut. L. 2. C. arbit. tut. L. 2. C. si tut. v. cur. non gess., welche hier erklärt werden, erweisen. Der wahre Sinn der L. 20. C. de negot. gest. wird entwickelt und gezeigt, daß sie über diesen Punkt gar nichts relevire. (347 — 357)
- §. 74. Fortsetzung. Die Nothwendigkeit der in §. 57 behaupteten Präsumtionen wird hier am Beispiele der Tutela. gezeigt. (357 — 363).
- §. 75. Fortsetzung. Ursache, warum die Erben des tutor zu einer geringeren Prästation angefehrt waren. Die beiden in L.

1. C. de hered. tut. vorkommenden Ausnahmen werden noch näher entwickelt. L. 25. §. 11 de hered. posit. wird herbegezogen und L. 8. §. 1. D. de fideiuss. tut. ausgelegt. (365 — 370).

Achtes Capitel. Ueber periculum und custodia.

§. 76. Grundbedeutung des Wortes custodia. Davon abgeleitete Bedeutungen des gemeinen Lebens. Bedeutung in der Lehre von der culpa. Alle custodia ist besondere Befissenheit, daher denn das Wort so wenig wie diligentia bey der L. Aquil. vorkommt. Engere juristische Bedeutung, Verhältniß zur culpa außer dolus. Verhältniß zur diligentia. (370 — 378).

§. 77. Schwankender Begriff von periculum, der sich nach Verschiedenheit des Zusammenhangs anders gestaltet, ohne daß sich ein eigentlich specieller Sinn bildet, wenn nicht etwa der ausdrückliche Gegensatz mit culpa oder custodia ihn hervorbringt. Der specielle Zusammenhang muß zunächst entscheiden. Omne periculum schließt periculum casus ein, wie culpa omnis stets die diligentia s. str. Ferner entscheidet die Materie. (378 — 383.)

§. 78. Periculum schließt zuweilen nur einen Theil des casus ein, und hier steht zuweilen sogar custodia, so wie periculum custodiae dafür. (383 — 385.)

Neuntes Capitel. Von der praestatio culpaey bey dem Verkaufe.

§. 79. L. 35. §. 4. D. de contr. emt. L. 11. D. de peric. et comm. r. v. L. 54. D. de act. emt. L. 3. D. de peric. r. v. L. 36. de act. emt. L. 18. §. 7 — 9. de damn. inf. L. 38. pr. D. eod. L. 13. §. 16. D. de act. emt. L. 68. pr. de contr. emt. L. 31. §. 9. 11. 12. 14. 15. D. de Aedil. Edict. werden im Zusammenhang dargestellt und erläutert (386 — 396).

§. 80. Resultate. (396 — 398).

Zehntes Capitel. Von der Verantwortlichkeit wegen einer erzwungenen Sache, und der desfalls dem Verantwortlichen zustehenden actio furti.

§. 81. Actio furti des Eigenthümers: L. 8. pr. §. 1. L. 82. §. 1. C. de furtis werden erklärt (399 — 403).

- §. 82. Mit dem dominus concurrirende Personen. Andre schließen ihn aus, Allgemeine Erfordernisse. Der venditor hat anto traditionem immer die actio furti, L. 14. pr. D. q. furt. u. L. 31. D. de hered. v. act. vend. werden entwickelt und sowohl unter sich als mit L. 35. §. 4. D. de contr. emt. vereinigt. Der, welcher ex stipulatu eine Sache zu fordern hat, kann die Klage nie anstellen. (403 — 414)
- §. 83. Nur derjenige detinens kann die actio furti haben, der wegen culpa bey dem Diebstahl in Anspruch zu nehmen ist, den Fall des excoitor navis etc. u. w. i. gl. ausgenommen. Die verschiedenen Ausdrücke, welche dieß andeuten, werden beurtheilt. — Wer nur diligentia quam auis prästirt, hat die Klage so wenig, als wer bloß culpa lata prästirt; L. 85. D. de furtis u. w. d. g. wird entwickelt. Gründe, weshalb der negotiorum gestor, der protutor und der tutor, welcher diligentia zu prästiren hatte, die Klage nicht anstellen konnten. — War der detinens insolvent oder war die Sache aus der Erbschaft desselben gestohlen, so kehrte die Klage zu dem dominus zurück. (414 — 420)
- §. 84. Die Behauptung, daß gar nicht zwischen Diebstahl mit, und Diebstahl ohne Schuld zu unterscheiden sey, ist irrig. Die ganze Untersuchung ist factisch, und läßt sich durch kein Gesetz entscheiden, wenn dieses nicht durchgreifen und die Frage selbst niederschlagen will. So nicht die Römer. (420 — 423)
- §. 85. Das selbstständige Recht des Creditor pignoratitius, weshalb er die Klage anstellen kann, ist mit seiner Befugniß dazu wegen custodia nicht zu verwechseln. (423 — 425)
- §. 86. Der Ausdruck periculum kann hier für die gegentheilige Meinung nichts entscheiden. — Vergleichung mit dem caupo etc. L. 14. §. 17. D. de furtis, u. L. 3. §. 1. D. nautae caup. werden erläutert — Ueber die Ausdrücke: perdere, amittere in L. 5. u. 8. C. de pign. act. (425 — 429)
- §. 87. Köhr's Behauptung, daß nach der Meinung von Gajus, Ulpianus und der Institutionen der Verkäufer für keine custodia hafte, wird widerlegt. L. 31. pr. D. de act. emt.

- vand. kann dieß so wenig als die oben erklärte L. 21. D. de hered. v. act. vend. beweisen. Mehrere Irrthümer, worauf sie sich stützen muß: a) es sey etwas besonderes bey dem Etla-
pen, daß bey diesem die Verbindlichkeit nicht auf custo-
dia gehe, und folglich bey dem servus subreptus sowohl, als bey
dem, qui fugit, eine besonders geeignete culpa zu prä-
stiren sey: L. 21. D. de R. V. L. 56. §. 2. eod. u. L. 5. §. 6.
D. commod. werden erwogen (429 — 438).
- §. 88. b) Custodia und diligentia wären nicht bloß im Begriff
verschiedene species derselben praestatio, sondern auch in Hin-
sicht der Verpflichtung, und es könne bey der einen dieser,
bey der andern jener Grad der Præstation Statt finden. L. 9,
§. 5. D. de jure dot. beweist dieß nicht. Auch bey dem Mandat
so gut wie bey der negot. gestio wird custodia, sobald sie einen
Gegenstand hat, prästirt: Unterschied der bey dem depositum
vorkommenden custodia, von dem ausdrücklichen oder stillschwei-
genden mandatum custodiae: L. 1. pr. u. §. 12. D. depos. Was
heißt omnis diligentia? Verwickelte Zusammensetzung des
Löhre'schen Præstations-Systems nach seinen Voraussetzungen.
(439 — 445).
- §. 89. c) Daß diligentia boni patrisfam. einen andern Sinn ha-
be, als diligent. diligentis pf. L. 52. D. de condit. u. L. 22.
D. de manumis. testam. können dieß am wenigsten beweisen.
L. 55. §. 4. D. de contr. emt. beweist das Gegentheil. Der
von Löhre sich selbst gemachte Einwand aus §. 38. I. de R. D.
u. L. 9. §. 2. D. de usufr. wird durch eine kurze Entwicklung
der praestatio culpae bey dem ususfructus als gegen ihn entschei-
dend befestigt (445 — 450).
- §. 90. Endlich können auch die aus dem tit. P. de peric. et comm.
r. v. von Löhre angeführten Fragmente die Uneinigkeit bey röm.
Juristen über praestatio custodiae bey dem venditor nicht bewei-
sen; vielmehr erhellt aus denselben das Gegentheil, wie durch
eine Entwicklung derselben im Zusammenhang des ganzen Ti-
tels gezeigt wird. (450 — 462).
- §. 91. Wahres Verhältniß des bisherigen dominus, welcher die
actio furti anstellen kann, zum fur und zum dominus: L. 90.

D. de furtis. Die Gerechtsame des creditor pignoratitius in dieser Hinsicht werden vollständig auseinander gestellt: L. 12, §. 2. L. 14. §. 5—7. L. 15, pr. L. 46, §. 1—5. L. 87. D. de furtis. L. 22, pr. D. de pignor. act. werden erläutert (462—473).

Elftes Capitel. Kurze Uebersicht der praestatio culpa bey den hauptsächlichsten Contracten.

- §. 92. Einleitung, (474—475).
- §. 93. Beym Mandat ist culpa omnis zu prästiren: L. 11. 13. 21. C. mand., die in L. 8. §. ult. L. 10. L. 29. D. eod. liegenden Schwierigkeiten werden gehoben, und mit der letzteren L. 6. §. 8. 9. D. de act. emt. verglichen (475—484).
- §. 94. Weßhalb? Donell's Erklärung wird beurtheilt, und eine neue versucht, und durch L. 21. C. cit. begründet. (484—489).
- §. 95. Systematische Uebersicht. (489—498).
- §. 96. Hinzuzufügende Bemerkungen. 1) procurarium. 2) pactum adjectum. 3) aestimatio. 4) mora. 5) stricti juris negotia, 6) contractus innominatus. (499—504).
- §. 97. Vergleichung des Systems in den Institutionen mit dem vorgetragenen unter Fuziehung des Theophilus. Tit. 15. (14) I. lib. 3. (504—513).
- §. 98. §. 3. I. de emt. vend. (513—518).
- §. 99. §. penult. I. de locat. §. ult. I. de societ. §. I. I. de o. q. q. c. c. Ueber die Worte: si modo alius diligentior et c. (518—523).
- §. 100. a) Reflexionen. §. 16. I. de o. q. e d. προδωρα des Theophilus bey §. 13. I. eod. (523—526).

Zwölftes Capitel. Einzelne Erörterungen und Reflexionen.

I. Willkür des Richters, wenn es auf Imputation ankommt, Erklärung der L. 61. §. 6, de furtis. (527—533).

II. Präsumtionen in dieser Materie. Insbesondere jetzt von der Präsumtion; 1) wenn vom damno iniuriae ab extraneo dato die Rede ist: L. 19. D. commod. L. 40. L. 41, D. locat. 2) wenn ein vom obligatus Beauftragter oder sein Dienstbote Schaden verursacht: L. 24. §. 7. locat. L. 20. §. ult. de praeser.

- verb. L. 10. §. 1. L. 11. commod. werden erläutert. L. 5. §. 13. comm. L. 23. §. 1. pro soc. L. 11. pr. locat. — L. 11. de peric. r. v. wird erwogen. L. 3. D. de offic. praef. virgil. L. 30. §. 4. locat.: (533 — 543).
- III. Noch ein paar Worte über den Ausdruck: si alius diligentior in §. 1. i. f. l. de o. q. e. c. §. 2. l. q. m. r. c. o. L. 1. §. 4. D. de O. et A. Damit verglichen werden ähnliche Ausdrücke in §. 8. l. de L. Aquil. u. L. 1. §. 5. D. si quadrupes, und in Hinsicht der Auslegung Anderer die ersten Worte in L. 52. §. 3. D. pro socio. (545 — 547).
- IV. Noch ein durchgreifender Beweis gegen die dreifache Einteilung der culpa. (547).
- V. Was ist davon zu halten, wenn in den Gesetzen, und vorzüglich wenn in einem Vertrage nur unbestimmt gesagt ist, es solle dolus und culpa prästirt werden, ohne einer Art der diligentia besonders zu erwähnen. (548 — 549).
- VI. Allgemeine Vergleichung des deutschen mit dem römischen Recht in dieser Lehre. (549 — 551)
- VII. Zum casus wird im Criminalrecht nach römischem Sprachgebrauch jede culpa außerhalb des animus nocendi gerechnet. Wie kommt dieß? (551 — 553).
- VIII. Ob, mit der Bemerkung, daß die römischen Juristen sich in ihren Meinungen über culpa entzweit, oder der andern, daß der Sprachgebrauch sich von Zeit zu Zeit verändert, uns hier viel gebietet sey? (553 — 555).
- IX. Ueber das periculum bey der dos. (555 — 600).
- Anhang I.
- Abweichende Meinungen Anderer, besonders des Eujacius über die von den Erben des Vormunds zu prästirende culpa. (601 — 615)
- Anhang II.
- 1) System des Jac. Gothofredus. (615 — 623).
- 2) System des H. Coccejus. (624 — 654).

Druckfehler und Verbesserungen.

NB. Nur die erheblicheren, besonders die in den lateinischen Texten vorkommenden, sind angeführt, und diese sowohl als die übrigen entschuldigt meine große Entfernung vom Druckort.

- 12. §. 1. v. u. l: condemnatur st. improbatur.
- 16. §. 2. §. 6. v. o. l: Verstecktheit.
- 24. §. 10. v. u. l: rationem: duodecim.
- 29. Not. Col. 1: §. 7. v. u. l: subjecerit fornaci.
- 30. Not. b. §. 3. v. u. l: et qui bene.
- 33. Not. b. §. 11. v. u. l: ac. st. et.
- 45. §. 5. v. u. l: da das Furtum Verlust ist.
- 46. §. 12. v. o. l: hujusmodi fructuum.
- 47. §. 5. v. u. l: L. 2. §. 1.
- Not. a. l: L. 10 in f.
- 48. §. 9. v. o. l: ope consilio.
- 49. Not. a. §. 3. v. u. l: Idem st. Item.
- 57. §. 8. v. o. sind zwischen dicitur und interdum die Worte: Hoc generaliter ausgelassen, ohne daß die Lücke angedeutet worden.
- 58. §. 17. v. o. l: dicitur f. videtur.
- 66. §. 12. v. o. l: si sit jam.
- 67. Not. a. l: st. dolor.
- 79. §. 13. v. o. l: §. 5. st. §. 4.
- 80. §. 4. v. o. das Comma zwischen prohiberi und nos ist wegzunehmen
- 88. §. 9. v. u. l: culpa.
- 90. Not. Col. 2. §. 2. v. o. l: Senneton (Lugd. 1550. F.)
- 109. Not. b. Col. 2. §. 6. u. 5. v. u. l: Scientes et prudentes §. 4. l: omiserunt.
- 112. §. 1. l: Ansprüche st. Ansprüche.
- 179. §. 3. v. o. l: versündigen st. verständigen.
- 186. §. 15. v. o. l: fleißig st. thätig.
- 199. §. 6. v. u. Die Parenthese muß heißen: Donell klagt schon über merae rugae.
- 202. §. 12. 13. von den Worten: weil sie — lassen; l: weil sie den herrschenden Begriffen zu sehr widerstanden. — Es konnte aber auch der Grund seyn, weil man sie aus Irrthum für ein Glossem hielt, was denn aber alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hatte. Beide Erklärungsgründe können auch vereinigt gedacht werden.
- 206. §. 2. v. o. l: tibi f. ibi.
- 207. §. 11. 12. nach gelieken muß ein Colon stehn und das Wort hier wegfallen.
- 209. §. 3. v. u. l: oportebit.
- 211. Die Not. a auf dieser Seite ist verschoben; sie gehört zu pag. 214. nach den Worten; was eine reine Absurdität seyn würde.
- 220. ist die 2te Note mit b, zu bezeichnen und Col. 2. §. 5. v. u. zu lesen. Paris 1548. 8. Sodann ist hinter Baudouza, vor dagegen, ein Semicolon zu setzen; und Lugd. 1604 lies im Text nicht proprios, sondern priores.
- 223. §. 6. v. u. l: L. 52. st. L. 32.
- 231. §. 2. v. o. l: Umgekehrt.

- 238. §. 7. v. u. l: solum st. aolam.
 - 240. Not. a. §. 10. v. u. l: nolunt st. volunt.
 - 241. Not. Col. 2. §. 11. v. o. l: Segeberg. Eoder §. 9. v. u. l: quid st. quid.
 - 243. Col. 2. §. 7. u. 17. v. o. l: Low: Buch st. Lav: Buch.
 - 244. Not. Col. 1. §. 11. v. o. l: Riosnaffn st. Risnaffe.
 - 264. Not. Col. 1. §. 20. v. o. l: von dem finis.
 - 273. §. 5. v. o. l: temporis st. temporum.
 - 295. §. 2. v. o. l: allein st. keinen.
 - — §. 11. v. u. l: L. 5. §. 2. st. L. 15.
 - In L. Contractus ist recht zum Verdruf ein Colon statt eines Comma hinter dotis datio gesetzt.
 - 296. Not. a. §. 3. v. u. l: muß das Colon hinter vel wegfallen. Col. 2. §. 17. v. u. l: 1494 st. 1495. §. 15. v. u. l: ist Bocardus durch einen Punkt vom Folgenden abzusondern. §. 13. v. u. l: in iis qd st. in iis q. e. §. 11. v. u. l: begünstigte st. berühmte.
 - 300. §. 3. ist zwischen den Worten übrigen und abgeforderten ausgetassen: durch item.
 - 301. Not. a. l: L. 12. §. 1.
 - 302. Not. a. Col. 1. §. 2. v. u. l: Rom. 1476.
 - 307. §. 6. v. u. l: fehlt re zwischen vel und commodata:
 - 311. §. 9. v. u. l: eine st. nie.
 - 319. Not. a. §. 1. v. u. l: accepit st. accipit.
 - 322. Not. Col. 2. §. 9. v. o. l: ex empto agendum etc.
 - 323. Not. Col. 1. §. 5. v. u. l: das jus accrescendi zwischen legatariis conjunctis (L. 17. §. 1. L. 34. L. 35. D. eod.), und endlich.
 - 346. Not. a. in f. l: kein Römer beym tator oder socius selbst ic.
 - 347. §. 5. v. o. l: da nach st. die nach.
 - — §. 3. v. u. l: aut st. et.
 - 362. Not. e. §. 2. v. o. l: 35. st. 30.
 - 368. §. 7. v. o. l: dum re sua se etc.
 - — §. 14. v. o. l: quoddam hoc esset.
 - 373. Not. Col. 1. §. 3. v. o. l: alienare st. alienari. Col. 2. §. 1. v. o. l: injusto st. in justo; im Text §. 4. v. u. l: von dem sie nur
 - 378. §. 6. v. o. l: ist nach: zu bewahren ist einzuschlehen: be-
trifft.
 - 392. §. 1. v. o. l: redhiberi st. adhiberi.
 - 402. Not. d. §. 3. v. u. l: egressisset st. egisset.
 - 419. Not. Col. 2. §. 3. v. u. l: vor fehlen adde: de Tortis
1491 u. 1507.
 - 432. §. 2. v. u. l: nur st. und.
 - 436. a. E. l: 21. st. 12.
 - 448. Not. a. §. 8. v. u. l: et quasi etc.
 - 451. §. 6. v. o. l: hinter debet gehört ein Punctum.
 - 466. §. 7. v. o. l: muß ein Comma zwischen non u. debet stehen.
 - 488. §. 4. v. o. l: pecuniae st. pecunia.
 - 501. §. 7. v. o. l: dadürch bewirkt werden.
-