



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

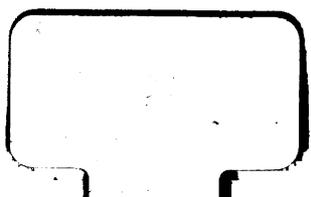
Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



*Dem Herrn Geheimen Justizrathe
Professor der Rechte Dr. Rudolph von*

DIE

*hochachtungsvoll
des Verfa*

MANDATSBÜRGSCHAFT

NACH

RÖMISCHEM UND GEMEINEM RECHT

UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES ENTWURFES EINES
BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES FÜR
DAS DEUTSCHE REICH

VON

PAUL SOKOLOWSKI,

MITGLIED DES RUSSISCHEN INSTITUTS FÜR RÖMISCHES RECHT
BEI DER UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

HALLE A. S.

MAX NIEMEYER.

1891.

Alle Rechte vorbehalten.

Rec. Mar. 12, 1895.

SEINEN HOCHVEREHRTEN LEHRERN

HERRN

DR. JUR. ALFRED PERNICE

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER FRIEDRICH-
WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN
UND GEHEIMEN JUSTIZRATH

UND HERRN

DR. JUR. ERNST ECK

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER FRIEDRICH-
WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN
UND GEHEIMEN JUSTIZRATH

IN

UNWANDELBARER DANKBARKEIT

UND ERGEBENHEIT

GEWIDMET

VOM

VERFASSEN.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Vorwort	VIII
Einleitung	1

Erster Abschnitt: Das Garantiemandat.

§ 1. Promissio indemnitis und Garantiemandat	4
--	---

Die promissio indemnitis beim Antritt einer Erbschaft, die promissio indemnitis der Mutter an den tutor, Haftung des affirmators tutoris. Die promissio indemnitis ist von der fidejussio zu scheiden. Promissio indemnitis und Garantiemandat werden in den Quellen auf gleichartige Thatbestände angewandt.

§ 2. Die actio quod jussu — als Klage aus einem formlosen Garantieverprechen	9
--	---

Die verschiedenen Bedeutungen des jussus in den Quellen (Befehl, der jussus beim Erbschaftsantritt, Ermächtigung). Der jussus im Zusammenhang mit der actio quod jussu ist ein formloses Garantieverprechen. Der jussus wird stets dem dritten Contrahenten gegenüber geäußert. So lange der jussus nur an den Gewaltunterworfenen erfolgt, erzeugt er keine Verbindlichkeit. Der jussus ist bei allen Rechtsgeschäften des Haussohnes zulässig. Widerlegung der gegentheiligen Auffassung Drechslers, Vangerows und Brinz's. Enge Verwandtschaft des jussus mit der fidejussio. Erklärung der L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. in diesem Sinne. Das Verhältniss der actio quod jussu zur actio institoria utilis. Widerlegung von Mandrys Ermächtigungstheorie. Besprechung von L. 1. § 5. Dig. quod jussu. 15. 4.

Die Garantie des Vaters bei der Bekleidung eines öffentlichen Amtes oder einer Vormundschaft durch den Haussohn beruht auf einem jussus. Besprechung von L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 63. L. 7. Dig. de tutelis. 26. 1.

Jussus und nuda commendatio. Stillschweigende und ausdrückliche Erklärung des jussus.

	Seite
§ 3. Das <i>mandatum tua tantum gratia</i> und <i>aliena tantum gratia</i> — als Grundlage des Garantiemandats . . .	40
<p>Einleitende Bemerkungen. Das <i>mandatum tua tantum gratia</i> ist mit dem <i>consilium</i> identisch. Kritik der abweichenden Auffassung von Neustetel, Thibaut, Holzschuher und Vangerow. Wann erzeugt der Rath Verbindlichkeiten? Aus der Ertheilung des Rathes erwächst keine obligatorische Haftung, wenn der Berathene ohne den Rath die fragliche Handlung nicht vorgenommen hätte, es sei denn, dass ein Garantieversprechen hinzutritt. Kritik der Auffassung Wächters. Beseitigung des scheinbaren Widerspruches zwischen L. 6. § 5. Dig. <i>mandati</i> 17. 1. und L. 10. § 7. Dig. eod. tit. Behandlung des Rathes in der modernen Gesetzgebung.</p> <p>Die enge rechtliche Beziehung zwischen der <i>commendatio</i> und dem <i>mandatum aliena tantum gratia</i>. Wann erzeugt die Empfehlung Verbindlichkeiten? Ist hier die Bestimmtheit der Erklärung von Einfluss?</p>	
§ 4. Das Garantiemandat und die <i>actio quod jussu</i> . . .	64
<p>Verwandschaft zwischen <i>jussus</i> und Mandat im gewöhnlichen Sinne, zwischen dem <i>jussus</i> und dem Garantiemandat. Fortschreitende Entwicklung des Garantiemandats im klassischen Recht von Servius Sulpicius über Sabinus, Celsus, Gajus bis Ulpian. Besprechung der L. 6. § 4. Dig. <i>mandati</i> 17. 1. Kritik der Auffassung Iherings. Die <i>actio mandati contraria</i> hat im Garantiemandat den Vorrang. Vorzüge des Garantiemandats vor dem <i>jussus</i> im Rechtsverkehr.</p>	
Zweiter Abschnitt: Die Mandatsbürgschaft.	
§ 5. Das Garantiemandat im engeren Sinn und das <i>Intercessionsmandat</i>	77
<p>Die Grundlage des Garantiemandats im engeren Sinne bildet das <i>mandatum tua tantum gratia</i> oder das <i>consilium</i>, das <i>Intercessionsmandat</i> basirt auf dem <i>mandatum aliena tantum gratia</i> oder der <i>commendatio</i>. Begriffliche Scheidung des Garantiemandats und des <i>Intercessionsmandats</i>. Scheinbarer Widerspruch in der Behandlung dieser Frage zwischen Julian und Africanus. Der Schlusssatz der L. 32. Dig. <i>mandati</i> 17. 1. ist interpolirt.</p>	
§ 6. Das <i>Intercessionsmandat</i> und seine Annäherung an die <i>fidejussio</i>	84

Scaevola stellt zuerst die Bürgschaftsnatur des Intercessionsmandats fest. Besprechung von L. 62. § 1. Dig. mandati 17. 1. und L. 60. § 1. Dig. eod. tit. Erstreckung des auxilium divisionis auf das Intercessionsmandat. Der Mandator erwirbt die actio mandati contraria als Regressanspruch. Der infamirende Character dieser Klage. Kritik der Auffassung der Germanisten speciell Platners. Durch Zulassung dieses Rückgriffes wird das Intercessionsmandat kein mandatum mea gratia. Muss das Intercessionsmandat stets dem Abschluss der Hauptschuld vorangehen? Erklärung von L. 12. § 14. Dig. mandati 17. 1. Das Intercessionsmandat war grundsätzlich keine Indemnitätsbürgschaft. Hat der Mandator ein einseitiges Rücktrittsrecht? Berechtigung des Ausdruckes „Mandatsbürgschaft“. Kurze Bemerkung über die Beziehungen der fidejussio zum jussus.

§ 7. Die Abweichungen zwischen fidejussio und Mandatsbürgschaft 105

Die Form des Abschlusses. Die Schriftform bei der fidejussio und bei der Mandatsbürgschaft. Die Schriftform de lege ferenda.

Das rechtliche Verhältniss des Gläubigers zum Bürgen bei der Mandatsbürgschaft und bei der fidejussio. Papinian legt den Grund zum beneficium cedendarum actionum. L. 5. Dig. de distract. pignor. 20. 5. Character der hierbei in Frage kommenden Fiction. Ihre Fortbildung durch Paulus und Modestinus.

§ 8. Die Mandatsbürgschaft im heutigen Recht 125

Justinians Gesetzgebung und die bona fides im Bürgschaftsvertrag. Einfluss der Novelle 4. Cap. 1. Kritik der Auffassung Vangerows und Jägers. Die selbstschuldnerische Bürgschaft. Die Amtscautio. Die Mandatsbürgschaft im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.



Vorwort.

Indem ich diese Arbeit dem Urtheil aller Fachgenossen unterbreite, ergreife ich mit innerer Genugthuung die Gelegenheit, um meinen hochgeschätzten Lehrern an der Universität zu Berlin, den Herren Geheimen Justizräthen und ord. Professoren Dr. Ernst Eck, Dr. Alfred Pernice und Dr. Heinrich Dernburg für die mir gewährte unübertreffliche Anleitung und umfassende wissenschaftliche Anregung meinen innigsten Dank auszusprechen.

Desgleichen bitte ich Herrn Professor Dr. Gradenwitz für manchen in Bezug auf diese Schrift mir freundlichst mitgetheilten werthvollen Nachweis meinen verbindlichsten Dank entgegenzunehmen.

Berlin, am 18. December 1890.

Der Verfasser.

Einleitung.

Die Entwicklung des römischen Bürgschaftsvertrages bietet uns ein lebensvolles, vielgestaltetes Bild. Kaum giebt es ein Rechtsinstitut, welches gleich diesem den mannigfachsten Wandlungen unterworfen gewesen wäre. Oft trat hier die strenge Theorie der Rechtssätze in Widerstreit zu den Forderungen des schnell pulsirenden Lebens, um in wechselseitiger Versöhnung und Befruchtung neue Gebilde zu erzeugen.

Weit und gewunden ist der Weg von der streng formalen sponsio bis zum gänzlich formlosen Mandat, aber er begleitet ein gutes Stück altrömischer Culturgeschichte.

Es spiegelt sich in jenem Uebergang der allmähliche Fortschritt wieder vom enggeschlossenen Gemeinwesen des römischen Ackerbürgers mit seinem vielfach sakral beeinflussten strictum jus bis zum alle menschliche Cultur umfassenden Weltreich der Imperatoren und jenem aus dem Empfinden der Völker geschöpften Bedürfniss nach Treue und Glauben, nach Freiheit und Leichtigkeit im Verkehr.

Die alte nur bei formalen Rechtsgeschäften zulässige sponsio mit ihrem kaum weniger strengen Seitenstück der fidepromissio erwies sich bald als zu straff. Im Interesse des allzu schwer belasteten Bürgen erschien eine Reihe von Ausnahmegesetzen, durch welche beide Institute in ihren Wirkungen gänzlich umgestaltet wurden, so dass sie nunmehr dem Gläubiger nur noch eine sehr geringe Sicherheit boten.

Dieser den practischen Bedürfnissen wenig entsprechende Zustand veranlasste die Entstehung einer concurrirenden Bürgschaftsform in der fidejussio, die sich dem strengen Gesetze der Verbalobligation unterordnete und durch diesen stricten Inhalt dem Gläubiger wieder ausreichende Sicherheit gewährte.

Indessen blieben auch hier die üblen Erfahrungen nicht aus. Was man bereits bei der sponsio und fidepromissio als Missstand empfunden hatte — die Forderung, dass die Bürgschaft nur auf „idem“ lauten dürfe — machte sich auch bei der fidejussio fühlbar. Ueberdies musste die Art der Eingehung jener Verbindlichkeit um so lästiger werden, als man sich mehr und mehr formlosen Verträgen zuwandte. Das Requisit der praesentia beider Contrahenten liess sich bei Handelsgeschäften, die meist über grosse Entfernungen abgeschlossen wurden, nicht mehr aufrecht erhalten. Namentlich aber war es die Wirkung der litiscontestatio mit dem Hauptschuldner oder Bürgen, welche als sehr drückend empfunden wurde. Die hiermit verbundene Klagenconsumtion brachte es mit sich, dass der Bürge seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner in vielen Fällen — gegen seine Mitbürgen aber jedenfalls einbüsste.

Es ist daher nicht auffällig, wenn man sich unter solchen Umständen nach einem weiteren Concurrenzinstitut umsah, welches den fortgeschrittenen Zeitverhältnissen gemäss namentlich dem Streben nach Formlosigkeit und der bona fides im im Verträge entsprach. Von allen vorhandenen Contractsarten errang das Mandat den Vorzug und hat sich bis auf den heutigen Tag unter dem Namen „mandatum qualificatum“ jene Funktion bewahrt.

Diese mehrfache Verzweigung des römischen Bürgschaftsystems hat eine wenig wohlthuende Wirkung auf die Gestaltung des heutigen Bürgenvertrages geäussert. Es mangelt ihm noch immer die einheitliche Gestaltung. Wenngleich es freilich nur noch der modernen Theorie vorbehalten ist, ernstlich die feinen Unterschiede zwischen fidejussio, constitutum debiti alieni und mandatum qualificatum zu prüfen, so hat doch eben das Mandat sich auch in Gesetzgebung und Rechtssprechung immer wieder vorgedrängt und die Schaffung einheitlicher Principien für jeden Bürgenvertrag vereitelt.

Diese noch heute selbständige Stellung des Bürgschaftsmandats erklärt sich vorzugsweise daraus, dass man allgemein bestrebt war, diesen Contract unter die Normen des Mandats im gewöhnlichen Sinn zu stellen. Nun ist es zu keiner Zeit gelungen worden, dass bei jener Abart des Mandats wesentlich

ein Garantievertrag in Frage komme, welcher bloss in das äussere Gewand eines Mandats gehüllt sei. Nichts desto weniger hat man bei der Beurtheilung dieses Rechtsinstituts sich doch immer wieder von jener dem Wesen der Sache fremden Form beeinflussen lassen und sich in müssigen Bemühungen erschöpft, die gar nicht zu verkennenden principiellen Abweichungen des Garantimandats von der regelmässigen Bildung des Mandatscontracts abzuschleifen, oder doch ihrer Bedeutung zu entkleiden.

Man glaubte es übersehen zu können, dass, während das Mandat im gewöhnlichen Sinn unter allen Umständen ein Consensualcontract ist, welcher sogleich nach seinem Abschlusse für beide Parteien Verbindlichkeiten erzeugt und dem entsprechend beiden Parteien auf Erfüllung der übernommenen Verpflichtung Klagen gewährt, dieses beim Garantimandat keineswegs zutrifft.

Das Garantimandat ist ein einseitiges Versprechen des Garanten resp. Mandanten, durch dessen Annahme er einseitig verpflichtet wird, ohne dass indessen dieser seiner Gebundenheit eine correspondirende Verpflichtung des Mandatars zur Ausführung des Mandats gegenüberträte. Wofern also nicht äussere, begrifflich hierher nicht gehörige Umstände hinzutreten, hat der Mandant auch keine *actio mandati directa* auf Erfüllung des Mandats, da ihm regelmässig jedes vermögensrechtliche Interesse hieran mangelt. Der Mandant hat in Bezug auf das Rechtsgeschäft, für dessen Erfolg er einsteht, kein Bestimmungsrecht, er ist nicht *dominus negotii*, — nur dass die durch seine Garantie gezogenen Gränzen nicht überschritten werden, kann er verlangen und dieses sind dann wieder die Schranken seiner Haftung.

Auch von einer Gefälligkeit des Mandatars gegen den Mandanten kann hier nicht die Rede sein, da, wie bereits erwähnt, dem Mandanten an der Ausführung des Rechtsgeschäfts, für dessen Ausgang er die Garantie übernommen hat, kein eigenes Interesse erwächst. — Will man aber dennoch dem Garantimandat den Character der Gefälligkeit wahren, so kann eine solche principiell nur auf der Seite des Mandanten gefunden werden, da regelmässig nicht ihm, sondern dem

Mandatar, beziehungsweise einer dritten Person der Vortheil aus dem Rechtsgeschäft zu Theil wird.

Wenn nun aber dennoch die Autorität der Rechtslehrer und Gesetzgeber jenen fremden Zweig auf den Baum des Mandats pflanzte, so mahnt die noch heute sichtbare Narbe uns immer wieder daran, dass es sich hier um die künstliche Verbindung zweier verschiedener, ursprünglich von einander getrennter Dinge handele.

Auch noch heute vermögen wir jene Bedenken vollauf zu würdigen, welche ältere römischen Juristen gegen die Verschmelzung des formlosen Garantieversprechens mit dem Mandate hegten. Jeder Versuch, Ursprung und Wesen des Garantiemandats im engen, untrennbaren Zusammenhang mit dem Mandatssystem zu erforschen, muss nothwendig scheitern. Beides kann vielmehr richtig nur dann erkannt werden, wenn wir uns die Entwicklung des formlosen Garantieverprechens selbständig vergegenwärtigen.

I. Abschnitt. Das Garantiemandat.

§ 1. Promissio indemnitis und Garantiemandat.

I.

Eine sehr gewöhnliche Form für den Abschluss eines Garantievertrages bildete die sog. „promissio indemnitis“.¹⁾

Dieses formelle Versprechen der Schadloshaltung war insbesondere üblich, um einen Delaten zum Erbschaftsantritt zu bestimmen.²⁾

Die indemnitis promissio kam ferner zur Anwendung auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts. Sie konnte hier Platz greifen, wenn die Mutter oder sonstige nahe Angehörige des Pupillen die Tutoren dazu veranlassten, ihnen die selbständige Verwaltung des Mündelvermögens einzuräumen. Da hier der Tutor für den Bestand der ihm anvertrauten Güter

¹⁾ Tit. Cod. „si mater indemnitem promiserit“ 5. 46. R. Stammler: „Der Garantievertrag“, im Archiv für civilist. Praxis“ Band 69. III. Abschnitt S. 52 ff.

²⁾ L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1.

rechtlich nach wie vor haftbar blieb, so machte er natürlich zur Bedingung seines thatsächlichen Rücktrittes von der Verwaltung des Pupillengutes die formelle Zusage, dass man ihn vor den Folgen einer eventuellen actio tutelae directa sicher stellen werde.

L. 2. Cod. si mater 5. 46. L. 6. pr. Cod. ad sen. cons. Vellej. 4. 29. cf. damit Pauli sentent. II. tit. XI. § 2.¹⁾

Die gleiche Bedeutung kommt der indemnitas promissio zu, wenn die Mutter des Pupillen in die Verwaltung des Mündelvermögens in der Weise eingreift, dass sie den Tutor zu einem gewissen Thun oder Unterlassen bestimmt — z. B. ihn veranlasst den Verkauf eines dem Pupillen gehörigen Grundstückes nicht vorzunehmen — indem sie zugleich die Garantie für die hieraus etwa entstehenden Verluste übernimmt.

L. 8. § 1. L. 19. § 1. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1.

Den juristischen Character einer indemnitas promissio hat auch die Haftung der Affirmatoren, welche übrigens dem öffentlichen Recht angehört.

Der Affirmator empfiehlt einen Vormund hinsichtlich seiner Solvenz.

Hieraus allein vermag eine Verpflichtung ganz ebenso wenig zu entstehen, wie aus der analogen, etwa dem Creditgeber gemachten Mittheilung, der Darlehensempfänger sei zahlungsfähig. Für diesen Fall aber wird eine Haftung desjenigen, „qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur“ strict gezeugnet.²⁾ Damit also aus dieser an sich unverbindlichen Versicherung eine Verpflichtung des Affirmators hervorgehe, muss ein Versprechen, die Gefahr — das

¹⁾ „Mulier, quae pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium senatus consulti non pertinet.“ Hier wäre freilich auf Vorschlag des Cujacius das „pro“ vor „tutoribus“ zu streichen. Vgl. übrigens die Bemerkung Kruegers: „Collectio librorum juris antejustiniani“ Berolini 1878. Band II. S. 64.

²⁾ L. 7. § 10. Dig. de dolo malo 4. 3. Ich mache darauf aufmerksam, dass Ulpian hier, indem er freilich den Pomponius citirt, auch für diesen Zusammenhang den Ausdruck „adfirmaverat“ braucht. Vergleiche damit die L. 4. in fin. Dig. de fidejussor. et nominator. 27. 7, welche gleichfalls von Ulpian herkommt.

periculum — zu tragen, in Gestalt einer indemnitätis promissio hinzutreten.

Dasselbe drückt ganz unzweideutig aus

L. 3. Cod. si mater 5. 46. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Gajano: „Ob tutorem non idoneum a matre petitum frustra vobis eam teneri contenditis, cum non, nisi specialiter ejus periculo dari decreto fuisset comprehensum, ex ea obligatione obstricta est.“

Dadurch also, dass die Mutter des Pupillen um die Ernennung eines bestimmten Vormundes nachsucht, übernimmt sie noch keinerlei Haftung. Erst wenn eine ausdrückliche Erklärung, für die Solvenz des Vormundes einzustehen, in das Decret aufgenommen wird, geht auf sie das „periculum“ seiner Verwaltung über.

Durch das Erforderniss dieses formalen Garantievernehmens kommt dann thatsächlich die Stellung des Affirmators derjenigen eines Fidejussors sehr nahe:

L. 4. in fin. Dig. de fidejussor. et nom. 27. 7. Ulpian: „Eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent.“¹⁾

Endlich darf das formale Garantieverprechen keineswegs als auf die erwähnten Fälle beschränkt gedacht werden. Es kann vielmehr zu jedem beliebigen Schuldverhältniss hinzutreten und erscheint dann als Versprechen, dasjenige zu leisten, was der Gläubiger vom Schuldner nicht werde betreiben können.

Cf. L. 42. Dig. de reb. cred. 12. 1. L. 116. Dig. de verb. obl. 45. 1. L. 21. Dig. de solut. 46. 3. L. 150. Dig. de verb. sign. 50. 16 u. a. m.

Obleich neuere Schriftsteller diesen Fall ohne Bedenken als fidejussio indemnitätis bezeichnen²⁾, so ist für die Zeit der

¹⁾ Cf. L. 11. § 1, 15. § 1, 17. § 15 Dig. ad municipal. et de incolis 50. 1, wo die Haftung der „nominatores magistratum“ für das „periculum“ der Amtsführung besprochen wird. — Auch hier findet eine Nebeneinanderstellung ihrer Verpflichtungen mit denjenigen der Fidejussoren statt.

²⁾ Statt aller anderen vergl. Keller: „Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischem Recht“. Zürich 1827. S. 563 u. ff.

klassischen Jurisprudenz dieses Rechtsverhältniss von der fidejussio ganz zweifellos streng zu unterscheiden; einmal dadurch, dass es begrifflich eine Vorklage gegen den Schuldner erfordert: — L. 116. Dig. de verb. obl. 45. 1 — was vor Einführung des beneficium excussionis bei der fidejussio nicht der Fall war, und sodann, weil die Obligation des Garanten als eine bedingte bezeichnet wird, welche gar nicht zur Existenz gelangt, wann der Schuldner gehörig erfüllt.

Cf. L. 116. Dig. cit.: Paulus notat: non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius (der Garant) *sub condicione* debet, si a Titio (dem Schuldner) *exigi non poterit*.“

Ferner vergleiche:

L. 21. Dig. de solut. 46. 3: „*incertum quippe est an omnino Sejus (der Garant) debiturus sit: denique si totum Titius (der Schuldner) solverit, nec debitor fuisse videbitur Sejus, quia condicio ejus deficit*.“

Auch darauf wäre in diesem Zusammenhange hinzuweisen, dass uns hier wieder die beim Garantieverprechen übliche Wendung „*periculum subire*“ entgegentritt.¹⁾

Aber auch im modernen Recht entbehrt der Unterschied zwischen dem bedingten Versprechen — dem Gläubiger dasjenige zu leisten, was er vom Schuldner nicht erhalten könne — und der Bürgschaft nicht jeder practischen Bedeutung. Der Richter wird hier jedenfalls zu erwägen haben, in welchem Sinne eine solche Haftung aufzufassen sei, insbesondere wie weit der Gläubiger in seiner Execution gegen den Hauptschuldner gehen muss, bevor er den Garanten belangen darf.

Handelt es sich um eine gewöhnliche Bürgschaft, so genügt eben jede erfolglose Vorklage und Mobilarexecution gegen den Hauptschuldner, um einen Anspruch gegen den Bürgen zu begründen; kommt dagegen ein bedingtes Zahlungsverprechen desjenigen, was der Gläubiger vom Schuldner nicht werde erhalten können, in Frage, so wird der Garant ohne Zweifel fordern dürfen, dass eine Execution in die ge-

¹⁾ L. 116. Dig. de verb. obl. 45. 1. Papinianus: „*Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire*.“

samten Güter des Schuldners, namentlich eine Subhastation seiner Immobilien stattfinden, bevor seitens des Gläubigers die Spitze gegen ihn gekehrt werde.¹⁾ Erst nachdem diese Massnahmen zur Befriedigung des Klägers nicht geführt haben, kann die Thatsache als feststehend erachtet werden, dass vom Hauptschuldner keine volle Leistung zu erlangen ist.²⁾

II.

Neben diesem Garantieverprechen durch formale: „indemnitas promissio“ macht sich dann gleichberechtigt das Mandat geltend.

Julian erwähnt es beim Antritte einer suspecten Erbschaft als Versprechen, für allen aus dem Erwerbe einer solchen entstehenden Schaden zu haften.³⁾ Bemerkenswerth ist es, dass hierin bereits eine besondere Gestaltung des Mandats erblickt wird:

cf. L. 32. Dig. mandati 17. 1. „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset — —.“

Ich mache besonders auf das „hoc mandatum“ im Zusammenhange mit „cautum mihi fuisset“ aufmerksam. Diese Nebeneinanderstellung ist sehr ungewöhnlich. Statt des Mandats dürfte man eine cautio in Stipulationsform erwarten. „Hoc mandatum“ bedeutet also ein solches Mandat, durch welches man cavirt oder garantirt, mithin ein Garantiemandat.

Julians jüngerer Zeitgenosse Africanus nennt das Garantiemandat bereits in einem Athemzuge mit der „indemnitas pro-

¹⁾ Cf. Gruchot: „Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts.“ Band XII. S. 892.

²⁾ Auch Goldschmidt — Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, Stuttgart 1882, S. 59 — ist der Ansicht, „dass die sog. fidejussio indemnitas nach heutigem gemeinem Recht trotz Nov. IV von der gewöhnlichen Bürgschaft mit Excussionseinrede zu unterscheiden ist, da wie ihre juristische Structur, so auch ihre wirthschaftlichen Functionen verschieden sind.“

³⁾ L. 32. in fin. Dig. 17. 1: „Praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.“

missio“ und wendet beide Rechtsinstitute promiscue auf ganz gleichartige Thatbestände an:

cf. L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. Africanus: „Tutor pupilli decesserat herede instituto Titio: cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit *stipulatusque* de ea est *indemnem se eo nomine praestari* — —.“ Vgl. damit § 1 eod.: „*Nec dissimilem* huic propositioni ex facto agitatam. Cum quidam vir praetorius decessisset duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset et alter legitimus tutor fratri esset et eum paterna hereditate abstinere vellet, *mandatu* uxoris defuncti, quae mater pupillo esset, abstento pupillo solum se (od. nach Mommsen: „abstento se pupillum solum“) hereditati miscuisse.¹⁾

Dass diesen Zwecken zu dienen, zunächst keineswegs Aufgabe des Mandats sei, dass es sich vielmehr hierbei um einen fremden Rechtsinhalt handele, welcher in Mandatsform gekleidet ist, erkannten bereits ältere Juristen. — Die *causa debendi* ist hier ein der *indemnitas promissio* analoges, einseitiges, aber formloses Versprechen, welches auch nur eine einseitige Verpflichtung erzeugt.

Es fragt sich nun, welchen Einflüssen wir jene eigenartige vom principiellen Character des Mandats völlig abweichende Gestaltung des Garantiemandats zuzuschreiben haben? — Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir das Vorbild für diese Entwicklung im alten Institute des *jussus*, speciell in seiner Verbindung mit der *actio quod jussu* suchen.

§ 2. Die *actio quod jussu* — als Klage aus einem formlosen Garantieverprechen.

I.

Allem zuvor muss darauf hingewiesen werden, dass es verfehlt ist, den Ausdruck „*jussus*“ durch das ganze System des

¹⁾ Die gleiche Bedeutung hat das Mandat auch in § 2 eod., worauf dann in § 4 wieder die „*indemnitas promissio*“ vorkommt. — Cf. auch L. 59. § 5. Dig. mand. 17. 1, wo Paulus die Wendung braucht: „*indemneme praestaturum ex causa mandati*“.

römischen Rechts hindurch in allen seinen Entwicklungsstufen nur immer in einem bestimmten Sinne zu interpretiren. — Gerade deshalb, weil diese Bezeichnung zur Deckung je nach Zeit und Verhältnissen ganz verschiedener Begriffe gedient hat.

Freilich Spuren finden sich in den Quellen fast von allen in der neuern Litteratur vertretenen Auffassungen. Es hat daher jede der heute vorkommenden Meinungen ihre Stützen; indessen ist man hier nur zu oft in den Fehler verfallen, auf schmalen Fundament zu breit zu bauen.

1. Wenn wir auch nur die wesentlichsten aller in unseren Tagen und früher geltend gemachten Anschauungen in's Auge fassen, so wird zunächst gar nicht bestritten werden können, dass der *jussus*, als Ausdruck der väterlichen Gewalt, die Bedeutung eines Befehls gehabt hat. Spuren hiervon sind in den Quellen keineswegs ganz vereinzelt:

L. 11. § 4 Dig. de his qui notantur infam. 3. 2. erklärt, dass der Haussohn, welcher „*jussu ejus, in cujus potestate erat*“ unter Verletzung des Trauerjahres seitens seiner Braut heirathet, der *infamia* nicht verfallt. — Diese Regel wird damit begründet, dass der *filius familias* ja nur dem „*jussus*“ seines Gewalthabers gefolgt sei (nam et qui obtemperavit *venia dignus est*). Vergl. die Edictsworte in L. 1. § 1. eod. und L. 12., 13. pr. eod., welche denselben Gedanken aussprechen.

Da der Haussohn im Princip delictsfähig ist, so war er im gegebenen Falle in das Kreuzfeuer zweier sich entgegengewirkender Verpflichtungen gebracht — dem Verbot der Staatsgewalt und dem *jussus* des Vaters. — Ein solcher Conflict aber setzt voraus, dass grundsätzlich dem „*jussus*“ eine gleichartige psychische Wirkung zukam, wie der Vorschrift des Praetors, — d. h. dass er Befehl war.

Indessen bleibt die Verletzung der prätorischen Satzung keineswegs ungeahndet.

Die Rechtswirkung jener in Folge des *jussus* begangenen Uebertretung trifft eben den Vater.

Der *jussus* war im gegebenen Falle erteilt auf dem Gebiete der Eheschliessung d. h. innerhalb einer Sphäre, wo der Vater schrankenlos befehlen durfte, der Haussohn aber zu gehorchen hatte — pr. Inst. de nupt. I. 10. — Daraus erklärt

sich dann die Befreiung des Sohnes und der Uebergang der Verantwortung auf den Vater.

Reichte dagegen die auf Grund eines solchen Befehles begangene Handlung über die der potestas gesteckten Grenzen hinaus, so erwies sich dann der jussus als völlig bedeutungslos und der Thäter hatte selbst die im Gesetze bestimmten Folgen zu tragen, wie solches bei facinora atrocita der Fall war.

cf. L. 17. § 7. Dig. de injuriis et fam. libellis 47. 10.
(„nec in omnia servus domino parere debet.“) Vergl.
ebenso L. 20. Dig. de obl. et act. 44. 7.

Wer aber den jussus des Gewalthabers grundsätzlich nur als Befehl auffassen will, muss seine Betrachtungen hiermit einstellen, nach dieser Richtung hin erscheint der Horizont als begrenzt und weiteres Material für seine Ansicht wird er in den Quellen nicht finden.

2. In einer anderen Bedeutung tritt uns das jubere des Gewalthabers beim Antritt einer Erbschaft durch den Haussohn oder Sklaven entgegen.

Die Anwendung des jussus in diesem Sinne ist gewiss sehr alt.

Es mag eingeräumt werden, dass er ursprünglich in Gestalt eines Befehles, einer Weisung an den Gewaltunterworfenen vorkam, von der ihm gemachten Zuwendung nicht Abstand zu nehmen, damit dann dem Gewalthaber der ökonomische Effect der Erbschaft anheim falle. Gleichwohl rechtfertigt die Darstellung der Quellen eine solche Auffassung des jussus beim Erbschaftsantritt nicht mehr. Das Moment des Zwanges fällt hier ganz fort. cf. L. 3. § 2. Cod. de heredib. instit. 6. 24 — potuit enim quamvis jubente domino nolle adire. — Wenn ferner der jussus zum Antritt einer Erbschaft in der That die Kraft eines Befehles hätte, wie sollte da wohl über den Erwerb oder die Ausschlagung einer dem Haussohne deferirten hereditas zwischen Vater und Sohn Streit entstehen; und dennoch berücksichtigt Justinian eine solche Möglichkeit:

L. 8. § 2. in fin. Cod. de bonis, quae liberis 6. 61. et haec quidem in his casibus observanda sunt, quibus discordia inter patrem et filium vertitur.

Wäre nicht ein Befehl oder Verbot des Gewalthabers ausreichend, um jede Meinungsverschiedenheit über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft im Keime zu ersticken?

Eine gewisse Verwandtschaft des *jussus* mit der *tutorum auctoritas* könnte hier freilich in dem rein äusserlichen Moment gefunden werden, dass die *aditio hereditatis* ohne den *jussus* nichtig war. Die weitere Wirkung indessen gestaltet sich in beiden Fällen grundverschieden, weil der Vater (und nicht der Haussohn) ausschliesslich Subject aller aus dem Antritt resultirenden Rechte wird, die Verbindlichkeiten aber neben dem Haussohn übernimmt.

Ganz ausgeschlossen ist hier beim *jussus* der Character einer Vollmacht, da diese sich nur auf solche Handlungen erstrecken kann, welche der Vollmachtgeber selbst vorzunehmen imstande ist und eben anstatt seiner vornehmen lässt. Nun konnte aber nach klassischem Recht der Vater selbst und allein eine dem *filius familias* deferirte Erbschaft nicht antreten.

3. Endlich hat Mandry den *jussus* als Ermächtigung bezeichnet d. h. „als Erlaubniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das der Handelnde für sich und in seiner Rechtssphäre vornimmt, das aber seine begriffsgemässe Wirkung nicht entfalten kann, ohne in den Rechtskreis eines Dritten mindernd oder belastend einzugreifen, und das deshalb ohne den Willen dieses Dritten nicht vorgenommen werden kann.“¹⁾

Hiermit hat er, soweit der *jussus* im Zusammenhang mit der Erbschaftsantretung durch den Haussohn in Frage kommt, das Richtige getroffen.²⁾

Eine innere, wenngleich äusserlich nicht wahrnehmbare Nebenbedeutung musste der juristische Character dieses *jussus* dadurch erhalten, dass der Haussohn eine selbständige Verpflichtungsfähigkeit besass.

Durch seinen Erbschaftsantritt konnte der *filius familias* zwar nicht für sich erwerben, aber einem Uebergang der Erbschaftsschulden auf ihn stand rechtlich durchaus nichts im Wege.

¹⁾ Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht.“ Tübingen 1876. — Band I. S. 104.

²⁾ Mandry: a. a. O. Seite 105.

Der Vater wird somit in Folge des jussu suo erfolgten Antrittes der Erbschaft keineswegs alleiniger Schuldner der Erbschaftsgläubiger, sondern er tritt neben und mit seinem Sohne in die Verpflichtungen ein.

Practisch wird durch diesen Gesichtspunkt gewiss nichts geändert. Die Creditoren der Erbschaft richten ihre Forderungen eben dahin, wo die Activa der Erbschaft hingelangt sind. Bei seiner Vermögensunfähigkeit bot natürlich ein Haussohn auch weit geringere Aussicht auf Befriedigung als sein Gewalthaber.

So lange aber der filius familias vermögensunfähig blieb, konnte von einem Erbschaftsantritt durch ihn anders, als jussu patris, nicht wohl die Rede sein. Der Vater hätte ihm ja sonst sämtliche Erbschaftsactiva entziehen können, während es den Erbschaftsgläubigern anheimgestellt wurde, sich mit dem Haussohne als Erben abzufinden.

Der jussus aber und seine Folgen gewährten die Sicherheit dafür, dass solches nicht geschehe. Durch den jussus bot der Gewalthaber implicite die Garantie, dass die Activa der Erbschaft ihren Gläubigern nicht entzogen werden sollten.

4. Eine weitere Stufe der Entwicklung des jussus bezeichnet die Einführung der prätorischen actiones adjecticiae qualitatis. Hier gelangt der selbständige Character der vom Haussohn übernommenen Verbindlichkeit klar zum Ausdruck. Der filius familias ist alleiniges Subject der hier in Frage kommenden Obligation. Letztere berührt den Gewalthaber gar nicht, nur eine actio wird gegen ihn hinzugefügt.¹⁾

Den Uebergang von jener latenten Garantiezusage des Vaters, wie sie uns beim Erbschaftserwerbe des Haussohnes entgegentrat, bis zu dem Character, welchen seine Haftung aus der actio quod jussu annimmt, vergegenwärtigen wir uns am deutlichsten, wenn die actio exercitoria und institoria zwar nicht historisch aber doch begrifflich als Zwischenglied gedacht wird. Allerdings kommt bei diesen Klagen nicht gerade

¹⁾ Diese scharfe Scheidung zwischen einer Oblig. des Haussohnes und Hausvaters tritt besonders hervor in L. 5. pr. Dig. quod jussu 15. 4.

ein *jussus* in Frage, aber das Garantieverhältniss kann auch hier nicht geleugnet werden.

Durch den Erbschaftsantritt des Haussohnes erwarb der Erbschaftsgläubiger *ipso jure* einen Anspruch gegen den Vater. Eine Anzeige an ihn, dass der *jussus* stattgefunden habe, war gänzlich überflüssig; denn ohne *jussus* des Gewalthabers konnte der Haussohn gültig nicht antreten.

Aehnlich verhielt es sich bei der *actio exercitoria* und *institoria*. Stand der Haussohn einem Gewerbebetriebe vor, oder war er Schiffsführer, so wusste jedermann, der mit ihm in dieser Eigenschaft contrahirte, dass er damit zugleich eine Klage gegen den Vater erwerbe. In der Anstellung — der *praepositio* des Haussohnes als *magister navis* oder *institor* lag *implicite* seine Legitimation jedem dritten Contrahenten gegenüber und, solange das Gegentheil nicht *proscribit* war, eine stillschweigende Erklärung des Vaters für alle in obiger Eigenschaft vom *filius familias* eingegangenen Verbindlichkeiten mit zu haften. Dass der Vater hier in irgend welche directe Beziehung zum Contrahenten seines Haussohnes trat, war mithin ganz ebenso überflüssig, wie eine ausdrückliche Garantieübernahme den Gläubigern einer vom Haussohn angetretenen Erbschaft gegenüber.

Erheblich anders gestalten sich diese Beziehungen bei der *actio quod jussu*.

Hier handelt es sich nicht um Handlungen des Gewaltunterworfenen mit bestimmtem juristischen Character, wie beim Antritte einer Erbschaft, auch nicht um die Verwaltung eines im Voraus abgegränzten Geschäftskreises, wie bei der *actio exercitoria* und *institoria*.

Da vielmehr die Verpflichtungen des Haussohnes, aus welchen eine *actio quod jussu* gegen den Vater hervorgehen könnte, an sich ganz unbestimmt und unbegrenzt sind, so ist es für denjenigen, welcher mit dem Haussohn contrahirt in der Absicht, damit zugleich eine *actio quod jussu* gegen den Gewalthaber zu gewinnen, unumgänglich, dass dieser *ad hoc* vom Vater ertheilte *jussus* zu seiner Kenntniss gelange.

Wir werden daher annehmen müssen, dass der *jussus* sich in der Richtung nach dem dritten Contrahenten hin äusserte.

Dieser kann dem ihm vom Haussohn angetragenen Rechtsgeschäft den Verpflichtungswillen des Vaters doch unmöglich ansehen, wie solches bei der vom Haussohn in seiner Eigenschaft als *magister navis* oder *institor* eingegangenen Verbindlichkeit allerdings der Fall ist.

So lange der *jussus* hier als ein Act erscheint, welcher sich nur zwischen Vater und Sohn abspielt, wie beim Erbschaftsantritt, und nach aussen hin nicht zum Ausdruck gelangt, ist er rechtlich ohne Bedeutung und vermag eine Verpflichtung ebensowenig zu erzeugen, wie der Wille zu haften, so lange er etwas rein Innerliches bleibt.

Der dritte Contrahent muss wissen, woran er ist, wenn er mit dem Haussohn einen Vertrag abschliesst. Den Vater aber kann er nur belangen, wenn ihm ein entsprechender Verpflichtungswille in rechtsverbindlicher Weise kundgeworden ist. Es erfolgt somit bei dem *jussu patris vel domini* abzuschliessenden Rechtsgeschäft seitens des Gewalthabers eine Aufforderung an den dritten Contrahenten, sich mit dem Gewaltunterworfenen einzulassen. Der Vater oder *dominus* erklärt derjenigen Person, mit welcher der in seiner *potestas* Stehende den Vertrag abzuschliessen soll etwa mündlich vor Zeugen, brieflich, durch einen Boten oder sogleich beim Abschlusse des betreffenden Vertrages, dass sie auf seine Gefahr hin mit dem Haussohn oder Sklaven *contrahiren* könne (L. 1. § 1. D. quod jussu 15. 4).

Die hier hervorgehobene Richtung des *jussus* nach dem dritten Contrahenten hin ist in neuerer Zeit so entschieden behauptet und so überzeugend nachgewiesen worden, die Zahl der hierauf deutenden Quellenzeugnisse ist so erheblich¹⁾, dass es wohl kaum mehr gelingen dürfte, dieser Auffassung mit Erfolg entgegenzutreten.

¹⁾ Das sprechen unzweideutig aus L. 1. § 1. L. 1. §§ 8. 9. L. 2 pr. § 1. L. 3—4. L. 5. § 1. Dig. quod jussu 15. 4, ferner §§ 1. 5. 8. Inst. quod cum eo IV. 7. L. 9 (8). Cod. quod cum eo 4. 26 und L. 13. § 2. Cod. eod. u. a. m. Sehr deutlich betont diese Eigenthümlichkeit des *jussus* L. 12. Dig. de sen. cons. Maced. 14. 6. Von ältern Schriftstellern ist hierfür besonders eingetreten Cujacius Commentar z. Tit. Cod. IV. 26. Von neuern Kritz: Pandectenrecht I. S. 465 u. ff. Schmid: Archiv f. civil. Praxis Band 29. S. 123 u. ff. Pernice: Labeo I. S. 505 und R. Leonhard: „Der Irrthum bei nichtigen Verträgen“. Berlin 1893. Band II. S. 356.

Die wenigen Argumente, welche auf eine Richtung des jussus nach dem Gewaltunterworfenen schliessen lassen, fallen dem gegenüber schwerlich ins Gewicht. Auch den Ausführungen jener Schriftsteller, welche den jussus ausschliesslich dem Haussohn ertheilt sehn wollen¹⁾, oder derjenigen, die doch jedenfalls dem an den Haussohn allein gerichteten jussus die Kraft beimessen, selbständig eine Verbindlichkeit des Hausvaters zu erzeugen²⁾, ist es m. E. nicht gelungen, die Stellung des dritten Contrahenten zur Haftung des Gewalthabers beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts anschaulich zu machen. Dieses Verhältniss wird nicht geklärt gleichviel, ob man den jussus einen Befehl nennt (Glueck, Thibaut)³⁾ oder eine Vollmacht (Sintenis, Unterholzner), ob man von einer Ermächtigung spricht (Mandry, Drechsler) oder mit Chambon annimmt, „dass der Gewalthaber durch den jussus hinsichtlich des Haussohnes Bestimmungen treffe.“

Freilich wird kaum bestritten werden können, dass in Uebereinstimmung mit der älteren beim Antritt einer Erbschaft durch den Haussohn geübten Praxis, der Vater auch bei Vertragsabschlüssen des Haussohnes diesem eine Weisung oder Ermächtigung ertheilte und ihn dann gleichzeitig in Stand setzte, sich dem dritten Contrahenten gegenüber dadurch zu legitimiren, dass er Letzterem den Verpflichtungswillen des Gewalthabers mittheilte. In einem solchen Falle übergab eben der Sklave oder Haussohn seine Empfehlung selbst, indem er etwa einen Brief des Vaters beibrachte, als nuntius fungirte oder auch einen vom Vater od. dominus mit unterzeichneten Schuldschein vorwies.⁴⁾

¹⁾ Stryk: „Continuatio altera usus modern. pandectarum“ Lib. 15. tit. 4. § 2. Halae 1745. Glueck: Commentar Bd. XIV. S. 423 ff. Hugo: „Lehrbuch eines civilist. Cursus“ Berlin 1820. Bd. III. § 246. S. 460. Zimmern: „Geschichte des röm. Privatrechts“ Heidelberg 1826. Bd. I. Abth. II. S. 704.

²⁾ Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten“ I. § 240. Chambon: „Beiträge zum Obligationenrecht“ Bd. I. S. 210 ff. Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht“ II. S. 555 ff. Drechsler: „Die actio quod jussu“. Habilitationsschrift. Würzburg 1877. S. 60.

³⁾ Thibaut: „Archiv f. civilist. Praxis“. Bd. 12. S. 180 ff. Sintenis: „Civilrecht“ Bd. II. § 102. Unterholzner: „Schuldverhältnisse“ Bd. I. § 196.

⁴⁾ L. 1. § 1 u. § 4. Dig. quod jussu 15. 4. Etwa nach Art eines in-

Dieses Verfahren mag namentlich in den Fällen Platz ge-
griffen haben, wenn der Vater selbst ein Vermögensinteresse
am Abschlusse des Vertrages hatte. Wofern also Mandry
den jussus — abgesehen von seiner Anwendung beim Erb-
schaftsantritte — in diesem ganz beschränkten Sinne eine
Ermächtigung (oder besser gesagt Weisung) genannt hätte,
liesse sich dagegen schwerlich etwas einwenden.

Entscheidend für die rechtliche Wirkung des jussus in
der actio quod jussu ist aber die vom Gewalthaber an den
dritten Contrahenten mittelbar oder unmittelbar ergangene
Willenserklärung. Die letzten Zweifel hierüber beseitigt endgiltig:

L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5. Scaevola libro primo
responsorum. „Pater filio *permisit* mutuam pecuniam
accipere et per epistulam creditori *mandavit* 1), ut ei
crederet: — — —

dossirten Wechsels. Die von Chambon — a. a. O. Bd. I. S. 213. — über
diese Quellenstelle geäußerten Bedenken sind ganz grundlos. Vergl.
L. 65. pr. Dig. de acquir. rer. dom. 41. 1, welche die Uebergabe des Empfehlungs-
briefes an den Empfohlenen selbst hervorhebt. Dem Gewaltunterwor-
fenen wird der jussus direct ertheilt laut L. 2. Dig. quod cum eo 14. 5.
Diese Function tritt noch stärker hervor in L. 7. pr. Cod. ad sen. cons. Maced.
4. 28: „Si filius familias citra patris jussionem vel mandatum vel volun-
tatem pecunias creditas acceperit . . .“ Hier hat die „jussio“ patris zu-
nächst den Zweck einer eventuellen except. sen. cons. Maced. vorzubeugen.
Durch seine Billigung giebt der Vater zu erkennen, dass kein Darlehn in
mortem patris eingegangen sei. Eine Haftung des Vaters wird erst in
zweiter Linie ins Auge gefasst. Desgleichen hat man auf die Autorität des
Theophilus hingewiesen (Vangerow I. § 240. Anm. 1.): Theophilus Paraphrase
§ 1. IV. 7: Nam si (sc. servus) jussu domini mecum contraxerit, mihi que
obligatus fuerit, adversus ipsum dominum actionem habebo quod jussu“. —
— Auch diese Stelle wird im obigen Sinne zu erklären sein. Eine
ausschlaggebende Bedeutung aber kann ihr um so weniger beigemessen
werden, als Theophilus selbst an andern Orten die von mir oben be-
tonte Richtung des jussus hervorhebt. § 5. IV. 7. lautet: — — „ve-
luti contraxi cum servo tuo, neque tuo jussu neque illo praeposito nego-
tiationi terrestri vel maritimae“; ebenso § 8. IV. 7.: Illud autem
velut in summa scire debemus si jussu patris vel domini contractus cum
eo qui in potestate est, celebratus fuerit — — —. Noch bestimmter drückt
sich der griech. Text aus. Dasselbst heisst es: „κατὰ κέλευσιν ᾄον“ — — —
„secundum jussum tuum“ statt des matteren „tuo jussu“ und „jussu“ der
lateinischen Ausgabe.

1) In der lex cit. steht freilich das Wort „mandavit“. Wir können

Der Vater äussert hier seinen Willen nach zwei Richtungen hin. Dem Haussohn giebt er die Erlaubniss, ein Darlehn aufzunehmen, ermächtigt ihn hierzu nach Mandry's Auffassung. Gleichzeitig ertheilt er aber dem zukünftigen Gläubiger seines Sohnes den jussus, das Darlehn vorzustrecken.

Welcher unbefangene Leser der citirten Stelle wird auch nur den geringsten Zweifel darüber hegen, dass die Haftung des Vaters aus jenem dem dritten Contrahenten ertheilten Mandat resp. jussus stamme und jedenfalls doch nicht aus dem farblosen „permissit“?

Dieses Verhältniss scheint denn auch Drechsler nicht entgangen zu sein. Er sagt a. a. O. S. 60: „Wer ohne Kenntniss und ohne Rücksicht auf eine etwaige väterliche Ermächtigung mit einem Haussohne contrahirt, der kann und will bloss diesen sich verpflichten und bloss ihm Credit schenken. Wenn der dritte aber nur mit dem Sohne und bloss in Rücksicht auf dessen Person contrahirt hat, so kann er sich auch bloss an diesen und nicht auch an den Vater desselben halten.“

Hiernach verlangt er gleichfalls, dass der Mitcontrahent des Sohnes im Hinblick auf den Vater unter Kenntniss und mit Zugrundelegung von dessen Willenserklärung den Vertrag eingehe. Nichtsdestoweniger ist Drechsler nach dem Vorgange von Mandry für die Ermächtigungstheorie eingetreten und eben diese Auffassung hat ihn dann dazu verleitet, zahlreichen Quellenzeugnissen¹⁾ über die Richtung des jussus eine Unbestimmtheit zu imputiren, die ihnen keineswegs innewohnt. Vielmehr gestattet keine einzige der von Drechsler angeführten Stellen darüber den geringsten Zweifel, dass in dem gegebenen Zusammenhange der jussus an den dritten Contrahenten, jedenfalls aber nicht an den Gewaltunterworfenen gerichtet wurde.

Wie Drechsler also selbst anerkennt, war die actio quod jussu undenkbar, wenn der dritte Contrahent nicht im Hinblick

indessen ohne Bedenken statt dessen auch „jussit“ hinsetzen, nach der Analogie von L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4: „Sed etsi mandaverit pater dominusve, videtur jussisse“.

¹⁾ So der L. 1. § 8. 9. L. 2. pr. § 1. 2. L. 3. L. 4. Dig. quod jussu 15. 4, ebenso auch § 1. Inst. quod cum eo IV. 7. — Drechsler a. a. O.

auf den jussus des Vaters den Vertrag eingegangen war. Dagegen können wir uns allerdings den Fall vorstellen, dass der Sohn sich aus freiem Antriebe verpflichtete, ohne hierzu durch irgend welche Willens- oder Meinungsäußerung des Vaters veranlasst worden zu sein, während Letzterer gleichzeitig durch jussus an den dritten Contrahenten diesem gegentüber die Garantie für das mit seinem Haussohn abzuschliessende Rechtsgeschäft übernahm. Solches konnte insbesondere dann zutreffen, wenn die actio quod jussu mit der actio de peculio concurrirte¹⁾, wenn also der Haussohn ein Rechtsgeschäft abschloss, welches zunächst ihn ganz allein anging.

Denn dass die actio quod jussu für Peculien schulden nur eine beschränkte Bedeutung gehabt habe, dafür ist bisher aus den Quellen auch nicht einmal der Schein eines Beweises erbracht worden.

Wenngleich nun das erste Auftreten des jussus und der actio quod jussu im Besonderen einer Zeit angehört, wo das Peculienwesen noch keinerlei Entwicklung aufwies, so ist doch späterhin niemals irgend eine Kategorie der vom Haussohn abzuschliessenden Rechtsgeschäfte von der Einwirkung des väterlichen jussus ausgenommen worden.

Unter der einen Voraussetzung des bestehenden Gewaltverhältnisses ist der jussus eben bei allen Rechtsgeschäften des Haussohnes zulässig²⁾.

Dessen ungeachtet hat neuerdings Drechsler nach dem Vorgange von Wilhelm Mueller, Vangerow und Brinz³⁾

¹⁾ § 5. Inst. quod cum eo IV. 7.

²⁾ Darauf weisen hin L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4: Ulpian: „Sed et si mandaverit pater dominusve videtur jussisse“ u. bes. L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Dioclet. et Maxim.: „Si mandator pro filio tuo extitisti vel jussu tuo cum eo quem in *potestate tunc habuisti* contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere,“ — — — L. 10. § 2. Dig. de fidej. 46. 1: Ulp. — — et puto ad omnes contractus quod jussu etiam referri. — — — Diese Anschauung wird entschieden vertreten von Thibaut a. a. O. S. 185. Schmid a. a. O. S. 143. ff. Mandry a. a. O. Bd. II. S. 552. und insbesondere von Pernice Labeo. Bd. I. S. 514.

³⁾ Wilhelm Mueller: „Civilistische Abhandlungen“ N. IV. S. 366. Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten“ I. § 240. Anm. 2. Brinz: „Pan-

es wieder versucht, das Geltungsgebiet des jussus zu beschränken.

„Der jubens, so lehrt er, könne nur dazu ermächtigen, wozu er selbst die rechtliche Befugnis hat. Nun steht aber dem Vater über bona castrensia, quasi castrensia, adventicia regularia und irregularia keinerlei Dispositionsbefugnis zu. Er kann daher auch keine Ermächtigung zum Geschäftsabschluss in Betreff derselben erteilen. Aeussert aber der Gewalthaber in Bezug auf dieses Sondergut einen jussus, so intercedirt er in fremde Vermögensangelegenheiten. Dieses ist aber nicht Aufgabe des jussus, vielmehr tritt hier die fidejussio in Kraft, welche nach L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. voraussetzt, dass man als extraneus intervenire. Extraneus ist aber jede Person, welcher der Vermögensgegenstand des Geschäfts rechtlich nicht gehört und sei dieses auch der Vater oder dominus.“

Zunächst ist die hier ausgeführte Darstellung der Beziehungen des extraneus zur fidejussio ganz offensichtlich falsch. Die fidejussio setzt keineswegs voraus, dass der fidejussor in dem Sinne extraneus sei, dass ihm die Vermögensgegenstände des Geschäfts, für welches er bürgt, „rechtlich nicht gehören“.

Darüber lässt keinen Zweifel zu:

L. 19. § 2. Dig. de institoria actione 14. 3. Papinianus: „Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuum pecuniam accepit: pro eo pater fidejussit: etiam institoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fidejubendo negotio tabernae miscuerit“.

Dass aber die durch einen institor, welcher eine taberna des Vaters verwaltet, abgeschlossenen Rechtsgeschäfte den Gewalthaber Nichts angehen und dass der Vater dem Geschäftskreise der taberna in dem von Drechsler bestimmten Sinne als extraneus gegenüberstehe, wird doch gewiss Niemand behaupten. Gleichwohl erscheint hier die fidejussio des Vaters als völlig statthaft.

Wenn demnach die Behauptung, dass eine Intercession

decten“. 2. Auflage. Bd. II. S. 223 hat diese Anschauung zwar ausgesprochen, dabei aber eine Begründung derselben ganz unterlassen. Sinitenis: „Das practische gemeine Civilrecht.“ 2. Aufl. Bd. II. § 102. Note 91. S. 379.

durch fidejussio seitens des Vaters nur bei den ihm materiell fremden Schulden des Gewaltunterworfenen zulässig sei¹⁾, sich als unhaltbar herausstellt, so steht es nicht besser mit der Annahme Drechslers, der jussus habe mit der Intercession nichts gemeinsam. Ganz im Gegentheil ist der jussus als Garantieverprechen überaus eng mit der Intercession verwandt, und seine nahe Berührung mit der fidejussio wird in den Quellen wiederholt hervorgehoben.

Cf. L. 91. § 4. in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1. Paulus: „Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat? cujus sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. *Accessionibus quoque suis, id est fidejussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt.* § 5. An filius familias, qui jussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet *quasi accessionem intellegens eum qui jubeat*“.

Hier werden fidejussio und jussus als „accessiones“ einer Hauptobligation nebeneinander gestellt und ganz gleichartig beurtheilt.

Noch kräftiger betont den verwandten Character von jussus und fidejussio Julian:

L. 2. pr. Dig. de donat. 39. 5: „Si cum filius familias pecuniam donare vellet, patris jussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fidejussorem dedisset.“

Der Haussohn wollte aus eigenem Entschluss eine Schenkung machen und hatte zur Bekräftigung seines Schenkungsversprechens einen väterlichen jussus erwirkt. Diesem jussus misst Julian dieselbe Wirkung bei, wie der fidejussio. Die citirte Stelle ist auch in einer anderen Hinsicht interessant. Wir entnehmen hieraus, dass der filius familias, welcher im Begriff stand ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, sich wie jeder

¹⁾ Drechsler a. a. O. S. 89.

andere Hauptschuldner mit dem Gesuch an den Vater wenden konnte, für ihn „per jussum“ zu intercediren¹⁾).

Auf die enge Verwandtschaft zwischen fidejussio und jussus weisen auch L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. und L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. hin. Die zuletzt genannte Stelle braucht sogar den Ausdruck „intercedere“ für die Uebernahme der Haftung aus dem jussus. Gleichwohl lege ich hierauf nicht viel Gewicht, da, wie später nachgewiesen werden soll, manche Anzeichen diesen Satz als interpolirt erscheinen lassen.

Behalten wir die angeführten Quellenzeugnisse im Auge, dann gewinnt auch die L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1, welche vorzugsweise als Argument für eine Beschränkung des jussus auf materiell eigene Rechtsgeschäfte des Vaters in's Feld geführt wird, eine wesentlich andere Bedeutung.

Die Stelle lautet:

Modestinus: „Si domina servo suo credi jusserit, actione honoraria tenetur. § 1. Quod si pro eo fidejusserit, exceptione senatus consulti Vellejani judicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit“.

Während die oben besprochenen Fragmente fidejussio und jussus mehr von derjenigen Seite, wo sie Uebereinstimmungen aufweisen, beleuchten und ihre gleichartigen Wirkungen besprechen, hat L. 25. cit. die Aufgabe, im Gegensatz hierzu eine wesentliche, principielle Abweichung beider Institute hervorzuheben. Da der jussus als ein Garantieverprechen in Frage kommt, so sah sich Modestinus hier, gleich wie Africanus bei der indemnitatis promissio²⁾, veranlasst, die Bedeutung des senatus consultum Vellejanum für dieses Institut einer Erörterung zu unterziehen. Nun kommt die Rechtswohlthat des senatus consultum überall da in Fortfall, wo die Intercession nicht den Character einer Haftung für fremde Schuld trägt, sondern wo es sich wesentlich um eine eigene Verbindlichkeit

¹⁾ Schon Brinz hat daher, freilich ohne seine Gedanken näher zu begründen, jedoch mit richtigem Tact den jussus „etwas Bürgschaftsartiges“ genannt. Cf. Lehrbuch der Pandecten. 2. Aufl. Bd. II. S. 222. Note 32.

²⁾ Siehe oben S. 9.

der Frau handelt. Zum Begriff des jussus gehört es aber, dass der zwischen dem Gewalthaber und dem dritten Contrahenten begründeten actio nicht bloss materiell, sondern auch formell dieselbe Obligation zu Grunde liege, wie diejenige, welche zwischen dem Dritten und dem Haussohn resp. Sklaven zu Stande kam. Der jussus macht also die Obligation des Gewaltunterworfenen nothwendig zu einer eigenen des Jubenten. Die Haftung aus dem jussus fiel ihrem Wesen nach somit recht eigentlich unter die Ausnahmen, welche man vom *senatus consultum Vellejanum* statuirte, gleichwie die in L. 19. eod. tit. von *Africanus* besprochenen Garantieverträge. Es kommt hinzu, dass der materielle Inhalt der von Sklaven abgeschlossenen Verträge ja nur das Vermögen des Gewalthabers betreffen kann. Ich halte es daher für zweifellos, dass in diesem Zusammenhang von Haussöhnen mit ihrem *peculium castrense* oder *adventicium* gar nicht die Rede sein konnte. Gleichwohl dürfen wir nicht vergessen, dass die Vorschrift des *senatus consultum Vellejanum* stets die materielle Beziehung der Frau zu der fraglichen Obligation in's Auge fasst. Man wird daher keineswegs annehmen dürfen, dass, wenn ein jussus der *mulier* vorliegt die *exceptio senatus consulti Vellejani* nun jedenfalls nicht vorgeschützt werden könne. Nur um den regelmässigen Character des jussus handelt es sich hier, um seine gewöhnlichen Wirkungen, die in *dubio* anzunehmen sind. Hat daher ein Sklave, welcher zwar im Eigenthum einer Frau jedoch im *usus fructus* eines Dritten steht für den Letzteren ein Darlehn aufgenommen, und überdies von seiner Herrin einen jussus beigebracht, so wird dem Gläubiger, falls er gegen die *domina* die *actio quod jussu* anstellen sollte, ohne Zweifel die *exceptio senatus consulti* entgegengestellt werden dürfen. Mit gutem Grund, weil es sich hier trotz des jussus um eine der Frau materiell fremde Schuld handelt.

Im Gegensatz hierzu ist die *fidejussio* regelmässig *Intercession* für materiell fremde Schuldverhältnisse, die *exceptio senatus consulti Vellejani* greift bei ihr im Zweifel stets Platz. Wegen dieser principiellen Unterschiede also wird hier wie auch in L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. vor einer Verwechslung beider Institute gewarnt.

Ich meine, dass diese Erklärung der L. 25. cit. am besten dem Zusammenhang und dem Rahmen desjenigen Titels entspricht, in welchem sie steht.

Die hier betonte Wirkung der *actio quod jussu* ist eben in jenen besonderen Verhältnissen zu suchen, wonach die verschiedenen *actiones* gegen den Jubenten und Gewaltunterworfenen sich stets nur auf eine und dieselbe Obligation stützen, welche formell somit als eine eigene Obligation des Jubenten erscheint und auch materiell seinem Geschäftskreise, sofern namentlich Sklaven contrahiren, anzugehören pflegt. Unter keinen Umständen darf aber hieraus gefolgert werden, dass der *jussus* sich nun auf materiell eigene *negotia* des Gewalthabers nothwendig beschränken müsse. Es ist unbegreiflich, dass man aus dieser einzigen Stelle, welche überdies, wie wir gesehen haben, nur vom Vertrage des Sklaven und mit keinem Worte vom Haussohn spricht, so tiefgreifende Consequenzen ziehen konnte, wie die oben erwähnte Ausschliessung des *jussus* bei Rechtsgeschäften, welche das *peculium castrense* und *adventicium* betreffen¹⁾.

Freilich wenn man von dem Satze ausgeht, der *jussus* sei eine Ermächtigung des Haussohnes zum contrahiren, so wird man eben unausbleiblich dazu gedrängt, ihm jenen beschränkten Spielraum anzuweisen. — In dieser willkürlich construirten Prämisse liegt dann auch zugleich das vorzüglichste Argument jener erwähnten, irrthümlichen Meinung, für welche sich in den Quellen Belege nicht finden lassen.

Aber auch dem *castrense peculium* steht der Vater keineswegs als *extraneus* gegenüber. — Selbst Justinian, der die wirthschaftliche Unabhängigkeit des Haussohnes doch auf das höchste Maass brachte, gestattet in L. 8. § 2. Cod. de bonis quae liberis 6. 61. dem Vater den Antritt einer ex *castrensibus* occasionibus dem *filius familias* miles deferirten Erbschaft, welche Letzterer ausgeschlagen hatte — *quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus*.

¹⁾ Auch Vangerow a. a. O. I. § 240. Anm. 2. glaubte die L. 1. § 5. Dig. quod jussu u. die L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. nur unter der Voraussetzung gehörig erklären zu können, dass der *jussus* sich auf materiell eigene *negotia* des Gewalthabers beschränke. Ich finde dieses Bedenken unbegründet, da mir die oben angegebene Lösung als die natürlichste erscheint.

Wäre das wohl bei einem extraneus in dem von Drechsler und anderen vertretenen Sinne möglich? Die väterliche Gewalt und ihre Wirkungen bilden eben die einzige Erklärung für diese Erscheinung und nicht minder auch für die Zulässigkeit einer gleichmässigen Ausdehnung des jussus auf alle Rechtsgeschäfte, welche der Haussohn abschliesst ohne jede Rücksicht darauf, ob dieselben dem Gewalthaber materiell fremd sind oder nicht.

Schliesslich haben Vangerow und Mandry¹⁾, um ihre Ansicht, dass der actio quod jussu ein dem Gewaltunterworfenen ertheilter Befehl (resp. eine Ermächtigung) zu Grunde liege, zu stützen, auf die innere Verwandtschaft hingewiesen, welche die Quellen zwischen der actio quod jussu und der actio institoria und exercitoria hervorheben. Daraus hat dann Mandry auf eine principielle Gleichartigkeit des jussus mit der praepositio geschlossen. Diese Parallele ist zweifellos zulässig, indessen wird sie weit zutreffender nach einer anderen, als der von Mandry eingeschlagenen und von Drechsler beibehaltenen Richtung verfolgt werden können.

Anstatt den jussus wie eine ad hoc vorgenommene praepositio zu beurtheilen, werden wir unser Augenmerk darauf richten müssen, dass die Ernennung zum institor — wie bereits erwähnt wurde — concludent eine Aufforderung an jederman ergehen lässt, mit dem Haussohne oder Sklaven zu contrahiren, und damit zugleich eine Zusage des Gewalthabers umschliesst, mit der actio institoria oder exercitoria zu haften, wofern nur der fragliche Vertrag innerhalb des durch die praepositio festgesetzten Geschäftskreises abgeschlossen sein sollte.

Denselben Gedanken spricht Theophilus aus:

Paraphrase liber IV. tit. 7. § 8.: „Sed et qui exercitoriam vel institoriam actionem habet, conditionem adversus patrem vel dominum instituere potest, quia *jussu ejus cum eo qui in potestate erat, contractum*“

¹⁾ Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten.“ I. § 240. Anm. 1.
Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht.“ II. S. 567. ff.

fuit: diximus enim in superioribus¹⁾, eum qui aliquem terrestri vel maritimae negotiationi praeponit, *omnibus praedicere videri, ut secure cum praeposito alienae potestatis homine contrahant.*“

Es lässt sich daher in dem hier vertretenen Sinne sehr wohl sagen, der dritte Contrahent habe mit dem institor oder exercitor „quasi jussu patris oder domini“ contrahirt und ebenso, dass sowohl der actio quod jussu als auch der actio institoria „eadem ratio“ zu Grunde liege.

Aber trotz dieser einseitigen Aehnlichkeit nimmt eben die verpflichtende Willenserklärung des Gewalthabers bei der praepositio eine ganz andere Richtung als beim jussus. Erstere ist in der That eine Ermächtigung des Haussohnes oder Slaven zur Leitung eines bestimmten dem pater oder dominus gehörigen Geschäftsunternehmens, nicht so der jussus, welcher in erster Linie ein an den dritten Contrahenten gerichtetes Garantieversprechen ist²⁾.

¹⁾ d. h. in § 2 eod. Vergleiche den griech. Text: „ὁ γὰρ προϊστῶν τινα, δοκεῖ λαμπρῶ λέγειν τῇ φωνῇ, ὅτι ἐγὼ τοῦτον προέστησα ὁ βουλόμενος αὐτῷ συναλλαττέω.“

²⁾ Man prüfe doch nur die von Mandry gegebene Definition der Ermächtigung speciell in ihrer Anwendung auf den jussus, wie er in der actio quod jussu zu Tage tritt. „Ermächtigung“, sagt Mandry (a. a. O. S. 105.) „ist die Erlaubniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das der Handelnde für sich und in seiner Sphäre vornimmt“ — — — schon dieser erste Satz erweist sich hier als unanwendbar, da der Haussohn das fragliche Rechtsgeschäft, im Hinblick auf welches der jussus erfolgte, auch für den Gewalthaber allein — nicht für sich und innerhalb der Rechtssphäre des Gewalthabers — nicht innerhalb der seinigen vornehmen kann. (Das ist von Mandry selbst anerkannt worden a. a. O. pag. 553.) „Dieses Rechtsgeschäft“, fährt Mandry fort, „kann seine begriffsmässige Wirkung nicht entfalten, ohne in den Rechtskreis eines Dritten (hier des Gewalthabers) mindernd oder belastend einzugreifen und das deshalb ohne den Willen des Dritten nicht vorgenommen werden kann.“ — Auch dieses trifft hier nicht zu. Das Rechtsgeschäft des Gewaltunterworfenen kann, sofern wir natürlich von den Wirkungen des jussus selbst absehen, sehr wohl bestehen „ohne den Rechtskreis des Vaters auch nur im geringsten zu belasten“, was namentlich dann zutrifft, wenn ein Haussohn „ex castrensibus occasionibus“ contrahirt. Solche Verträge sind auch vom „Willen des Vaters ganz unabhängig“, obwohl dessen ungeachtet sich ein jussus mit ihnen stets verbinden kann. Vergleiche damit L. 19. pr. Dig. de inst. act. 14. 3. Diese Lehre des Papinian wird dann weiter ange-

Diese grundsätzliche Abweichung beider Institute lässt sich äusserlich schon daraus erkennen, dass die actio institoria keineswegs mit der actio quod jussu in dem bekannten „edictum triplex“ zusammengestellt ist, vielmehr eine selbständige Behandlung gefunden hat. — L. 1. § 1. Dig. de pec. 15. 1.

Auch Papinian hat jene Verschiedenheit in der Willensrichtung beim jussus und der praepositio betont:

L. 30. pr. Dig. de neg. gest. 3. 5. Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: ejus litteras creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet *ad exemplum institoriae actionis*?

Wäre der jussus in der That nur eine Ermächtigung zum contrahiren, läge es da nicht weit näher, für den angeführten Thatbestand eine „actio ad exemplum quod jussu actionis“ auch für Verträge mit Gewaltfreien zu befürworten? War doch die actio quod jussu für jedes einzelne selbständige Rechtsgeschäft ohne Weiteres verwerthbar, während bei der actio institoria zuvor das begrifflich mit ihr verbundene Erforderniss der Zugehörigkeit des fraglichen Rechtsverhältnisses zu einem bestimmten Geschäftskreise abgestreift werden musste.

Papinian hatte indessen guten Grund im gegebenen Falle von der actio quod jussu abzusehen. Eben weil sie keine Ermächtigung voraussetzte und nur dann Platz griff, wenn der Verpflichtungswille dem dritten Contrahenten erklärt war, liess sie sich mit dem vorliegenden Thatbestand in keiner Weise verbinden.

Freilich hat auch der jussus in seiner Eigenschaft als formloses Garantieverprechen zum Vorbild für Verträge mit Gewaltfreien gedient. Nach dieser Richtung fand er aber seine Fortbildung im Mandat, welches, wie später gezeigt werden soll, erhebliche practische Vorzüge vor ihm genoss¹⁾.

wandt durch Ulpian in L. 10. § 5. Dig. mand. 17. 1. u. L. 13. § 25. Dig. de act. empti vend. 19. 1. sowie durch Paulus L. 16. Dig. de inst. act. 14. 3.

¹⁾ Vgl. hiermit die näheren Ausführungen am Schlusse dieses Abschnittes.

Diese grundsätzliche Verschiedenheit zwischen *praepositio* und *jussus* hebt in dem hier vertretenen Sinne auch Cujacius — Comment. z. Cod. liber IV. tit. 26. — hervor:

„Si pater *jubeat filium* accipere mutuum pecuniam pater tenetur utili actione institoria, et cessat quod jussu. — Sed si pater *jubeat creditorem* dare filio pecuniam, tunc competit solum actio quod jussu: *cum pater loquitur cum creditore ipso.*“

Ebenso deutet die in den Quellen betonte Scheidung zwischen *jussus* und *fidejussio* auf etwas ganz Anderes hin als Mandry annimmt¹⁾. „Wäre der *jussus* Verpflichtungserklärung“, lautet seine Begründung, „so würde er inhaltlich mit der *fidejussio* zusammenfallen: Sätze, die sich für letztere um der Tendenz und des Inhaltes des Geschäftes willen gebildet haben, könnten deshalb nicht für ersteren verworfen werden.“

Die von Mandry zur Unterstützung seiner Anschauung angeführte L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. lautet:

Ulpian: „Quid ergo, si *fidejusserit pro servo?* ait Marcellus non teneri quod jussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa *fidejussionis*, sed quia aliud est jubere, aliud *fidejubere*: denique idem scribit, etsi inutiliter *fidejusserit*, tamen eum non obligari quasi *jusserit*, quae sententia verior est.“

Wollten wir bei Beurtheilung der citirten Stelle von der Mandry'schen Ermächtigungstheorie ausgehen, welche Veranlassung läge alsdann vor, einer Verwechslung des *jussus* mit der *fidejussio* entgegenzutreten, wie solches Marcellus und nach ihm Ulpian ganz zweifellos thun? — Die äussere Verschiedenheit beider Institute wäre geradezu von der Art, dass sich etwas Gemeinsames überhaupt kaum herausfinden liesse.

Denn während der *fidejussio* ein Vertrag mit dem Gläubiger zu Grunde liegt, ist ja nach Mandry der *jussus* die Ertheilung einer Ermächtigung an den Haussohn, welcher Schuldner werden soll, sich zu verpflichten. — Damit nähme ja die Willensäußerung des Gewalthabers in beiden Fällen grundsätzlich eine verschiedene Richtung. Es ist doch sonst gewiss

¹⁾ a. a. O. II. S. 568 ff.

nicht die Art der Quellen vor der Verwechslung ganz ungleichartiger Begriffe müßig zu warnen und offensichtliche Gegensätze noch zu betonen.

Denken wir uns dagegen den jussus als eine an den dritten Contrahenten gerichtete Garantiezusage, so tritt dann freilich zwischen ihm und der fidejussio eine starke Aehnlichkeit zu Tage, und es rechtfertigt sich die Besorgniß, dass aus dem einen Rechtsverhältnisse geklagt werden möchte, während doch das andere vorliegt.

Die in L. 1. § 5. Dig. cit. hervorgehobene Scheidung beider Institute oder vielmehr der Klagen aus denselben hat einen, wie ich bereits früher andeutete, rein formalen Grund.

Die fidejussio wurde in Stipulationsform abgeschlossen. Sie erzeugte für den fidejussor eine selbständige Obligation mit accessorischem Character. In der formula der sich hieran knüpfenden actio figurirte von Anfang bis zum Ende als Schuldner nur der fidejussor.

Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Haftung aus dem jussus. Diesem liegt kein Vertrag geschweige denn eine stipulatio zu Grunde. Er ist ein formloses einseitiges Versprechen und erzeugt nur eine actio honoraria. Für den Jubenten wird eine selbständige Obligation nicht begründet. Sein Versprechen hat nur die Wirkung, dass zu der mit dem Haussohn abgeschlossenen Obligation noch eine zweite actio gegen ihn hinzutritt. Im Gegensatz zu dieser Stellung des Jubenten lässt sich allerdings der fidejussor in seinem Verhältnisse zum Hauptschuldner als „quasi extraneus“ bezeichnen.

In der formula der actio quod jussu nahm man daher auch nur auf die vom Haussohn eingegangene Verbindlichkeit Bezug und richtete jene zunächst hiernach ein, während der Gewalthaber erst in der condemnatio hervortrat¹⁾.

¹⁾ Was die Construction der formula betrifft, so sehe ich mich genöthigt in dieser Frage auf die Seite Mandry's zu treten, a. a. O. II. S. 255. und ff. Wir werden allerdings annehmen müssen, dass die actio quod jussu in factum d. h. auf die Handlung der gewaltunterworfenen Person concipirt wurde, auch da wo die Verpflichtung selbst eine Formulirung der Klage in jus gefordert hätte. Anderer Meinung freilich sind Keller: *Litiscontestatio und Urtheil* S. 4. 20. u. ff. und Lenel: *Edictum perpetuum* S. 222. Letztere Auffassung ist neuerdings

Es ist daher ganz selbstverständlich, dass, wenn jemand beim praetor eine formula gegen den Gewalthaber als fidejussor ausgewirkt hatte, der judex den Beklagten nicht schlechweg aus dem jussus verurtheilen konnte, falls die fidejussio sich als nichtig erwies. Diese Frage musste auf Grund einer neuen formula selbständig geprüft und entschieden werden.

Die citirte Stelle erklärt einfach, dass eine unwirksame fidejussio durchaus nicht ohne Weiteres als jussus angesehen werden dürfe, da es sehr fraglich sein kann, ob die für einen gültigen jussus erforderlichen Momente trotzdem noch übrig bleiben. Ist z. B. eine fidejussio inutilis, weil sie im Vergleich mit der Hauptschuld auf plus oder in duriores causam geht, so hinterlässt sie keineswegs die Voraussetzungen für einen rechtskräftigen jussus, da auch die actio quod jussu nicht auf etwas anderes gerichtet werden kann, als der Gewaltunterworfenen schuldet.

Die Grenzen der actio quod jussu bemessen sich nach dem Umfange der ja auch ihr zu Grunde liegenden Obligation zwischen dem Kläger und dem filius familias resp. servus.

L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1., welche Mandry gleichfalls zur Unterstützung seiner Anschauung hinzugezogen hat, ist in unserem Sinne bereits an einer anderen Stelle in eingehender Weise besprochen worden¹⁾.

Selbst wenn wir also annehmen, dass der jussus eine Verpflichtungserklärung sei, und dass er als Garantieverprechen eine gleiche Tendenz habe, wie die fidejussio, so behält immer noch die in den citirten Quellenstellen zwischen beiden Instituten hervorgehobene Scheidung einen sehr guten Sinn.

Dass jussus und fidejussio dasselbe seien, ist eben auch niemals behauptet worden, es kommt nur Alles darauf an, worin man ihren Unterschied sucht. — Durch den Fortfall dieser formalen Verschiedenheiten, durch die gleiche Formlosigkeit der Aeusserung bei völliger Uebereinstimmung des juristischen Inhalts, tritt dann auch das Garantiemandat dem

vertheidigt worden von Alb. Kuester: „Ueber die actio quod jussu.“ Berlin. 1890.

¹⁾ Siehe oben S. 22. ff.

jussus um so vieles näher, als die fidejussio. cf. L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4.

Wenn ich daher auch Mandry darin gern beigestimmt habe, dass der jussus bei der hereditatis aditio Ermächtigung war, so kann ich doch diese Annahme als „Beweisargument“¹⁾ dafür, dass der jussus im Zusammenhang mit der actio quod jussu durchaus dasselbe gewesen sei, nimmermehr gelten lassen.

Ich komme daher nochmals auf den am Beginne des Paragraphen aufgestellten Satz zurück, dass es eben grundsätzlich falsch ist, den jussus durch das ganze System unserer Rechtsquellen stets nur in einer und derselben Bedeutung aufzufassen.

II.

Ein gleiches Zusammentreffen von Empfehlung und Garantie haben wir uns in dem Falle zu denken, wo der Haussohn jussu patris mit der Führung einer Vormundschaft oder des Decurionenamtes betraut wurde. Dieses kann nicht anders erfolgt sein, als dass die competente Behörde vom Vater entweder ausdrückliche Erklärungen über die von ihm zu gewährende Haftung empfing, oder dass der Vater persönlich der Ernennung des Sohnes zum Decurio oder Vormunde beiwohnte und keinen Widerspruch gegen den amtlichen Act erhob. — Dadurch that er dann seinen Verpflichtungswillen stillschweigend kund.

L. 2. pr. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1. Ulpian:
 „Quotiens filius familias voluntate patris decurio creatur, universis muneribus, quae decurioni filio injunguntur, obstrictus est pater quasi fidejussor pro filio. Consensus autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quidquid in republica filius gessit, pater ut fidejussor praestabit.“
 — cf. auch L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 62.

Jedenfalls aber lag der Grund jener Verpflichtung ex jussu gerade in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, für die Gefahr zu haften — nicht in einer Ermächtigung des Haussohnes. Der Magistrat ernannte den Sohn „*periculo patris*“. cf. L. 4. pr. Cod. de fil. fam. 10. 62.

¹⁾ Mandry a. a. O. II. S. 567.

Die rechtliche Stellung des Vaters und ihre Wirkung weist demnach die engste Verwandtschaft auf mit der Verpflichtung eines Affirmators oder Nominators¹⁾, denn auch hier finden wir die Parallele mit dem fidejussor wieder, die beim Affirmator und Nominator bereits früher beobachtet wurde²⁾.

1. Zunächst gestattet L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. keinen Zweifel darüber, dass es sich um ein Garantieverprechen, um eine Zusage voller Haftung für das „*detrimētum muneris*“ von Seiten des Vaters handele. Die citirte Stelle lautet:

Marcellus: „*Lucius Titius Gajum Sejum filium familias testamento filio suo tutorem dedit: Gajus Sejus sciente et consentiente patre tutelam administravit: quaero, an defuncto Gajo Sejo actio tutelae adversus patrem ejus et in quantum competat.*“

Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent actione de peculio et de in rem verso patrem teneri: nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit.“

Es hat also der Haussohn mit Wissen und unter Zustimmung des Gwalt habers die Führung einer testamentarischen Vormundschaft übernommen. Daraus entsteht die Frage: bietet dieser Umstand allein eine genügende Grundlage zur Anstellung der *actio tutelae* (quod jussu) auch gegen den Letzteren

Diejenigen, welche im jussus eine Ermächtigung des *filius familias* erblicken, werden sicher keinen Augenblick zögern, dem Vater die volle Haftung aus dem Verpflichtungsverhältnis des Haussohnes aufzuerlegen.

¹⁾ Den übereinstimmenden Character der Haftung des Vaters und des Nominators scheint auch L. 4. § 1. Cod. de fil. fam. 10. 62. auszusprechen: „*Sane nominator, qui filium in potestate positum non consentiente patre ad munus devocavit, si tamen ex voluntate tua antea filius decurio factus non erat, detrimento muneris obligabitur.*“

²⁾ L. 2. pr. Dig. 50. 1. cit. L. 1. Cod. de decur. 10. 32. „*nam in hac parte vice fidejussoris pater accipitur.*“ Vgl. auch oben S. 5. ff. und die daselbst citirten Stellen.

In der That wäre es kaum möglich, einen Unterschied zwischen diesem dem *filius familias* ertheilten Consens zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts und der Ermächtigung hierzu herauszufinden.

Anders hingegen entscheidet Marcellus. Die Kenntniss des Vaters von der Uebernahme der Vormundschaft durch den Haussohn und seine Zustimmung sind keineswegs ausreichend, eine Verpflichtung des Gewalthabers zu erzeugen, so lange sie als Vorgänge erscheinen, welche sich nur zwischen Vater und Sohn abspielen. Die Gläubiger des Letzteren werden sich daher in solch einem Falle mit der ihnen durch die *actio de peculio* oder *de in rem verso* gebotenen Sicherheit begnügen müssen.

Dass Marcellus hier unter dem „*obligare in solidum*“ eine Verpflichtung aus dem „*jussus patris*“ begreift, welcher vor den Interessenten an der Administration der Vormundschaft erfolgte, darauf weist die Zusammenstellung der Haftung für das Ganze mit der *actio de peculio* und *de in rem verso* hin. Die Bezeichnung der *actio quod jussu* als *judicium in solidum* gegenüber den beiden anderen adjecticischen Klagen ist in den Quellen nicht selten.

cf. L. 1. Dig. quod cum eo 14. 5. Gajus: „*Sive enim jussu ejus, cujus in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine judicium pollicetur: sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem ejus versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.*“

In demselben Sinne vergleiche

L. 7. Dig. de tutelis 26. 1. § 5. Inst. quod cum eo IV. 7. Theophilus Paraphrase liber IV. tit. 7. § 1.: „*Haec autem quod jussu actio in solidum habet condemnationem.*“
Desgl. L. 1. Cod. quod cum eo 4. 26. u. a. m.

Am Schluss der besprochenen L. 21. Dig. 26. 7. heisst es dann:

„*nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit.*“

Ich bin geneigt, diesen Nachsatz für interpolirt zu halten.

Abgesehen von den allgemeinen Bedenken, welche Eisele¹⁾ bezüglich der sog. „Nisisaetze“ überhaupt geltend gemacht hat, scheint mir die ganze schlaaffe Fassung der Periode zum Vorhergehenden durchaus nicht zu stimmen. Was soll neben „intercessit“ das „quasi in se periculum recepit“ bedeuten? Hat jemand intercedirt, so nimmt er eben jedes periculum auf sich und haftet doch nicht bloss „quasi“?

Gleichwohl wird ein innerer, materieller Widerspruch zwischen den Worten des Marcellus und dem erwähnten Zusatz nicht gefunden werden. Der Vater kann aus seiner Reserve heraustreten und das ganze periculum der vom Haussohne geführten Vormundschaft übernehmen. Das wird namentlich dann der Fall sein, wenn von aussen her die Geschäftsführung des Haussohnes verdächtigt wird. Bleibt der Letztere dennoch im Amt, so geschieht solches nur noch unter voller Garantie des Vaters, welcher dadurch in die bürgerähnliche Stellung eines Affirmators eintritt und somit freilich intercedirt²⁾. Da aber hieraus nicht etwa eine besondere Bürgschaftsklage hervorgeht, sondern die gegen den Haussohn zustehende actio tutelae directa auch auf den Vater erstreckt wird, so kann hier nur ein jussus des Vaters in Frage kommen. Dasselbe sagt auch die Glosse ad leg. cit.: „non dico fidejubendo sed quasi fidejuberet, et si quod jussu.“

2. Aehnlich gestaltete sich die Haftung des Vaters, wenn, wie bereits früher erwähnt wurde, der filius familias unter seiner Einwilligung ein öffentliches Amt, etwa das Decurionat, bekleidete. Hier wurde im Interesse der Commune, in Abweichung von der Führung einer Vormundschaft durch den Haussohn, eine die Haftung des Vaters verschärfende Bestimmung erlassen. Die Kaiser Severus und Antoninus verfügten nämlich, dass der Vater schon dann die Garantie für die Amtsführung seines Haussohnes übernehmen müsse, wenn er nicht

¹⁾ Eisele: „Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen“; in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung Band 10. S. 296. Die citirte Stelle hat Eisele übrigens nicht berücksichtigt.

²⁾ cf. L. 4. in fin. Dig. de fidejussor. et nom. 27. 7. L. 11. § 1., L. 15. § 1. L. 17. § 15. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1.

den Beweis erbringen kann, dass er jede Zustimmung abgelehnt habe.

L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 62.: „tunc enim consentiendo pater ad decurionatum obligatur, si filium in potestate habeat. *Consentire autem etiam is videtur, qui non testificatur dissentire nominationi.*“

Immerhin ist es bezeichnend, dass einfaches Stillschweigen mit der Bedeutung ausdrücklicher Zustimmung bekleidet, und dass ein Beweis für das „dissentire“ gefordert wird. Auch daraus ersieht man, dass es sich hier jedenfalls nicht um eine blossе Uebereinkunft zwischen Vater und Sohn handelte, sondern dass die Willenserklärung des Gewalthabers dem Interessenten gegenüber erfolgen musste; zumal nicht angenommen werden kann, dass Vater und Haussohn unter einander vor Zeugen — *testificatur* — verhandelten.

Das gleiche Princip vertritt auch

L. 1. Cod. quod cum eo 4. 26.: „Cum filius familias tutor aut curator datur, pater tutelae vel negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus et a magistratibus tutor constitutus, pater in solidum satisfacere cogitur, cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium inductum intellegatur.“

Es werden hier im ersten Satz diejenigen Klagen aufgezählt, mit denen der Vater eventuell aus der vom Haussohn geführten Vormundschaft belangt werden könnte. Sodann wird die Haftung des Vaters in's Auge gefasst, welche vorliegt, wenn der Haussohn mit seiner „voluntas“ in den Decurionenmagistrat eingetreten ist. Falls nämlich der gesammte Magistrat etwa in Folge von Fahrlässigkeit bei Ernennung eines Vormundes belangt wird, so steht der Vater für die ganze auf seinen Sohn entfallende Verantwortung ein. Da die L. 1. Cod. 4. 26. cit. ebenso wie die vorhin besprochene L. 1. Cod. 10. 62. von Severus und Antoninus stammt, so wäre es möglich, dass letztere Constitution älter ist, mithin auch schon in L. 1. Cod. 4. 26. eine stillschweigend erklärte „voluntas“ gemeint sein könnte. Abgesehen hiervon wird aber jedenfalls ange-

nommen werden müssen, dass nach dem oben angeführten Wortlaute der citirten Stelle eine dem Magistrate gegenüber verlaubliche Willenserklärung gemeint ist und sicher keine Ermächtigung des Haussohnes.

3. Dem in L. 21. Dig. 26. 7. und cit. L. 1. Cod. 4. 26. cit. ausgesprochenen Grundsätze scheint zu widerstreiten:

L. 7. Dig. de tutelis. 26. 1. Ulpian: „Si filius familias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non agnovit, dumtaxat de peculio. — Adgnovisse autem videtur, sive gessit sive gerenti filio consensit sive omnino attigit tutelam. — Unde cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, „cum scias“, inquit, „periculum ad nos pertinere“, dixi hunc quoque videri adgnovisse: plane si solum monuit filium, non videtur agnita.“

Ulpian beschäftigt hier dieselbe Frage, welche Marcellus in L. 21. Dig. 26. 7. cit. erörterte.

Auch er stellt die auf das Ganze gerichtete actio quod jussu der actio de peculio gegenüber und erwägt dann die Voraussetzungen der Ersteren.

Die actio in solidum, lehrt er, kann auch dann angestellt werden, wenn ein „agnoscere“ der Tutel des Haussohnes von Seiten des Gewalthabers erfolgt ist. — Ich meine, dass wir unter dieser „adgnitio“ nichts anderes zu verstehen haben, als eine nachträgliche Anerkennung, eine Ratihabition der Tutelübernahme durch den Vater. Diese Genehmigung ist auch in dem erwähnten Zusammenhang durchaus zulässig und erzeugt eine actio quod jussu so gut, wie der vor Eingehung des Rechtsgeschäfts mit dem Haussohne erteilte jussus:

L. 1. § 6. Dig. quod jussu 15. 4. Ulpian: „Si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eos datur.“

Wem gegenüber grundsätzlich das „agnoscere“ zu erfolgen hatte, verschweigt Ulpian im Vordersatz. Für uns indessen kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Genehmigung gegen denjenigen geäußert werden musste, der aus ihr den Anspruch erwerben sollte. Dieses an sich klare Verhältniss wird nun aber dadurch getrübt, dass Ulpian im stricten Widerspruch

zu Marcellus auch einen dem Haussohne gewährten Consens für eine genügende Grundlage der actio in solidum erklärt.

Den hierdurch hervorgerufenen Zwiespalt zu lösen, giebt es zwei Mittel.

Einmal liesse sich annehmen, dass Ulpian unter jener Zustimmung einen consensus im Sinne von L. 2. pr. Dig. 50. 1. cit. im Auge hatte, also eine Willensäußerung, welche nicht auf den Haussohn beschränkt blieb¹⁾.

Für weit wahrscheinlicher halte ich es aber, dass Ulpian im zweiten Satze nur die Mittel und Wege bespricht, wie der Beweis einer Haftpflicht des Vaters, falls eine solche nachträglich bestritten werden sollte, zu erbringen wäre.

„Adgnovisse videtur“ d. h. eine Genehmigung scheint bereits früher ertheilt zu haben, oder eine bereits ertheilte Genehmigung scheint zuzugestehen derjenige, welcher die Vormundschaft selbst führt, sich mit ihr überhaupt befasst u. s. w. Jener Brief aber, in welchem der Vater seiner Haftpflicht als einer bereits bestehenden Erwähnung thut, kann nur die Bedeutung eines aussergerichtlichen Geständnisses, mithin eines Beweismittels, haben.

Denn, dass durch ein solches Schreiben, welches möglicherweise gar nicht zur Kenntniss der Gläubiger aus der Administration der Vormundschaft zu gelangen brauchte, diesen gegenüber eine Verbindlichkeit erst begründet werden sollte, ist schon nach allgemeinen Grundsätzen undenkbar²⁾.

¹⁾ cf. L. 2. pr. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1. Ulpian: — — „Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit“, während Marcellus, welcher den consensus patris als Verpflichtungsgrund verwirft, ihn nur insofern berücksichtigt, als er ein ausschliesslich zwischen Vater und Sohn vorgenommener Act bleibt.

²⁾ Wie ein solcher die Anerkennung einer vorhandenen Verpflichtung enthaltender Brief rechtlich zu behandeln sei, darüber vergl. L. 26. § 2. Dig. depositi 16. 3. Paulus: „Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit.“ Quapropter, an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet. — Respondit ex epistula, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse.

III.

Alle in den vorigen Abschnitten besprochenen Quellenzeugnisse gestatten darüber nicht den geringsten Zweifel, dass der jussus, insofern er die Basis der actio quod jussu bildete, nichts anderes gewesen ist, als eine Empfehlung mit gleichzeitiger Garantieübernahme seitens des Gewalthabers. Lag daher kein Garantieversprechen vor, dann hatte man es auch nicht mit einem jussus, sondern mit einer nuda commendatio zu thun:

L. 13. Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Honorius et Theodosius: „Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod jussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo colono conductori procuratori actorive possessionis pecuniam mutuum det, sciat dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. § 2. *Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam non rogatus fuerat, impendisse pro praediis mentiatur, cum, nisi specialiter ut pecuniam praestet a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit.*“ § 3. „Creditaque quantitate multari volumus creditores, si hujusmodi personis non *jubente domino nec fidejussoribus specialiter acceptis* fuerit credita pecunia.“

Eine solche nuda commendatio ohne bestimmte Garantieusage wurde als jussus nicht behandelt und erzeugte eine Verpflichtung ganz ebensowenig, wie die schlichte Empfehlung eines Gewaltfreien:

L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. Ulpian: „Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo: ‚rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum‘, non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est.“

Den letzten Zweifel am Garantiecharacter des jussus beseitigt schliesslich:

L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diogenio: „Si *mandator*

pro filio tuo *extitisti* vel *jussu tuo* cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris jure detinentur liberari possint.“

Die angeführte constitutio besagt: Du hast Dich hinsichtlich einer Schuld Deines Sohnes verpflichtet und musst für dieselbe eintreten, und zwar als mandator oder kraft Deines jussus.

Letzterer kann natürlich nur dann in Frage kommen, wenn Dein Sohn zur Zeit des Vertragsabschlusses noch in Deiner väterlichen Gewalt stand — quem in potestate *tunc* habuisti.

Garantiemandat und jussus werden also einander völlig gleich gestellt und nach übereinstimmenden Grundsätzen behandelt. Da aber Ersteres sich stets an den Gläubiger richtete und in einer Aufforderung, das fragliche Rechtsgeschäft periculo mandatoris einzugehen, bestand, so geht hieraus mit Bestimmtheit hervor, dass ganz das Gleiche auch hinsichtlich des jussus galt — vorausgesetzt, dass ein Rechtsgeschäft des Gewaltunterworfenen vorlag und der Garant der Gewalthaber war. Buchstäblich denselben Gedanken finden wir in L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4. wieder, wo Ulpian sagt:

„Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse.“

Nur in dieser Gestalt konnte der jussus seinen unmittelbaren Zweck in der actio quod jussu erfüllen und seiner Bestimmung gemäss dem dritten Contrahenten die Gewähr dafür bieten, dass der Gewalthaber dem Haussohne nicht nur die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Mittel nicht entziehen, sondern sogar selbst für die Einhaltung der Verpflichtung haften werde.

In welcher äusseren Gestalt der Verpflichtungswille beim jussus hervortrat, mit welchen Worten er zum Ausdruck gelangte, darüber haben wir nur spärliche Nachrichten.

Indessen darf dieses Niemanden wundern, wenn wir berücksichtigen, dass eine bestimmte Form für die Ertheilung des jussus nicht vorgeschrieben war.

Da es sich hier somit um ein formloses Versprechen handelte, so dürfen wir allerdings annehmen, dass es entweder durch ausdrückliche Erklärung nach dem Vorbilde der *indemnitas promissio*, also mit den Worten: „*cum Stichō servo meo negotium gere periculo meo*“ (L. 1. § 1. Dig. quod jussu 15. 4.) erfolgte oder auch stillschweigend, indem der Gewalthaber die Gränzen des mit seinem *filius familias* oder *Sclaven* abzuschliessenden Rechtsgeschäfts genau absteckte und dadurch seinem Verpflichtungswillen hinreichend deutlichen Ausdruck verlieh. L. 13. Cod. quod cum eo 4. 26. cit. vgl. auch L. 3. Dig. quod jussu 15. 4.

§ 3. Das *mandatum tua tantum gratia* und *aliena tantum gratia* — als Grundlage des Garantiemandats.

Bereits am Schlusse des vorigen Abschnittes habe ich Gelegenheit gefunden, die nahen Beziehungen hervorzuheben, welche zwischen dem *jussus* und dem *Mandate* zu Tage treten.

Die enge Verbindung, in welcher die Quellen beider Institute vielfach Erwähnung thun, hat der juristischen Litteratur schon von jeher Veranlassung gegeben, Vergleiche zwischen ihnen anzustellen — und es ist in der That überraschend, wie gleichartig die Resultate dieser Untersuchungen zu allen Zeiten ausgefallen sind¹⁾.

Mandat und *jussus*, so lautet in seltener Uebereinstimmung die Antwort, seien streng zu scheiden. Ersteres sei ein zweiseitiger, obligatorischer *Contract*, aus welchem eine *directe* Klage auf Erfüllung des übernommenen Auftrages entspringe — der *jussus* sei dagegen eine einseitige Anweisung, vermöge deren die Verpflichtung aus dem in Folge desselben vorgenommenen Geschäft den *Jubenten* unmittelbar treffe ohne *Dazwischenkunft* eines obligatorischen *Contracts* zwischen ihm

¹⁾ *Stephanus* (cf. *Zachariae Suppl. Basilic.* S. 253. Note 6.) v. *Salpius*: *Die Novation und Delegation* S. 50. *Schmid*: *Archiv für civil. Praxis* Bd. 29. S. 139—142. *Chambon*: *Beiträge zum Obligationenrecht* Bd. I. S. 240—247. Hier sind auch ältere Ansichten recht vollzählig angegeben.

und dem Angewiesenen. — Daraus folge dann ferner, dass der Jubent auf Ausführung des durch den jussus anempfohlenen Rechtsgeschäfts nicht klagen könne.

So zutreffend die hier wiedergegebene Auffassung des jussus nach einigen Richtungen auch ist, so fragt es sich andererseits dennoch, ob nicht die verschiedenen durch die Quellen uns überlieferten Erscheinungsformen des Mandats Gestaltungen aufweisen, welche die allernächste Verwandtschaft mit dem oben angegebenen Character des jussus erkennen lassen.

Es wird festzustellen sein, ob es nicht Mandatsformen giebt, welche gleichfalls als einseitige Willenserklärungen ohne daraus resultirende Klage auf Erfüllung jener Anweisung erscheinen, und bei welchen die Bedeutung eines *ultra citroque* Klagen erzeugenden *Consensualcontracts* gänzlich in den Hintergrund tritt.

Die Grundlage einseitiger Garantieverprechen finden wir aber ganz offensichtlich im *consilium* oder *mandatum tua tantum gratia* und sodann im *mandatum aliena tantum gratia*, welches sich wiederum stark dem im jussus bereits beobachteten Element der *commendatio* oder Empfehlung nähert.

I.

Zunächst wird ein Unterschied zwischen dem *mandatum tua tantum gratia* und dem *consilium* begrifflich nicht anerkannt werden können. Ist es schon aus sachlichen Gründen unmöglich, in einem Auftrage, welchen ich jemandem nur in seinen eigenen Angelegenheiten ertheile, und welcher nur sein Bestes bezweckt, etwas Anderes zu erblicken, als einen Rath, so wird solches noch besonders bestätigt durch Zeugnisse der Quellen.

In ihren rechtlichen Folgen werden hier *mandatum tua tantum gratia* und *consilium* völlig gleichgestellt. Beiden wird grundsätzlich jede rechtliche Wirkung abgesprochen.

Vom *mandatum tua tantum gratia* heisst es schlechtweg, dass es ein Mandat jedenfalls nicht sei, und mithin „*jam extra mandati formam*“ liege. — L. 48. § 2. Dig. *mandati* 17. 1.

Gajus und nach seinem Vorgange Justinian¹⁾ erklären auf das Bestimmteste, dass, wenn ein Mandat nur zu Gunsten des Mandatars ertheilt werde, der Letztere, indem er demgemäss handle, ein Mandat im gewöhnlichen Sinne nicht erfülle.

Eine Weisung von dieser Art sei überflüssig — *supervacua* —, da der Angewiesene selbst wissen müsse, was ihm frommt. — „*Cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium*“ — folgert Gajus. Ein Mandat also kann das *mandatum tua gratia* nicht genannt werden.

Will man nun nicht mit Hepp einen Mittelbegriff im sog. „*consilium mandati*“ ins Leben rufen²⁾, so kann man das *mandatum tua gratia* wohl nur dem *consilium* unterordnen, dem es thatsächlich durch die Quellen als begrifflich näher stehend bezeichnet wird.

In der That ist auch weder von älteren noch von neueren Schriftstellern Etwas vorgebracht worden, was diese Auffassung zu erschüttern vermöchte.

Neustetel³⁾ hat eine Verschiedenheit zwischen dem *consilium* und *mandatum tua tantum gratia* an sich nicht entdecken können, eine Abweichung tritt nach seiner Ansicht vielmehr nur darin hervor, dass beide grundsätzlich jeder Rechtswirkung entbehrende Institute durch den Hinzutritt verschiedener Momente Verpflichtungen erzeugen. — „Das

¹⁾ Gajus III. 156. § 6. Inst. de mandato. III. 26. vgl. L. 2. § 6. Dig. mandati 17. 1.

²⁾ Dieser Gedanke Hepp's — Archiv für civil. Praxis Bd. 11. S. 43. —, welcher sich bereits bei Mevius — Syntagma jurisprudentiae Georgii Adami Struve cum aditionibus Muellerei 1718. Exerc. XXII. lib. XVII. tit. I. mandati pag. 1434. — findet, beruht auf einer ganz unzulässigen Deutung des § 6. Inst. III. 26. cit. „*cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur.*“ — Diese Stelle ist so correct gefasst, dass man den Missgriff Hepp's, „*mandati*“ zu „*consilio*“ anstatt zu „*obligatur*“ zu ziehen, kaum begreift.

³⁾ „Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das *mandatum in gratiam mandatarii*“ Archiv für civil. Praxis Bd. 2. S. 50.

giltige *mandatum tua gratia* wird nicht durch die aus dem Auftrage hervorgegangene Handlung des Mandatars giltig (giltig werden heisst nach Neustetel soviel, wie Rechtswirkungen erzeugen), sondern durch die Einwilligung, durch das Contrahiren der Parteien. — Ein solches Contrahiren enthält der Rath mit hinzugefügtem Versprechen der Schadloshaltung nicht. — Tritt jedoch die *Acceptation* des anderen Theils hinzu, so ist ein Vertrag auf bedingte Uebernahme der Gefahr eingegangen und nach den Grundsätzen über diese Verträge zu beurtheilen. — Bei den Römern konnte dann nun freilich ein solches Geschäft durch blossen *Consens* nicht vollgiltig gemacht werden, sondern hierzu wurde eine *stipulatio* gefordert.“

Diese Unterscheidung scheint mir das Wesen der Sache gar nicht zu treffen.

An sich ist ja auch nach Neustetel's Meinung das reine *mandatum tua gratia* ganz ebensowenig rechtsverbindlich, wie das *consilium*. Damit also aus dem einen wie dem anderen ein klagbares Rechtsverhältniss werde, müsse ein weiterer Umstand hinzutreten in Gestalt einer besonderen Verabredung der Parteien, und hierin gelange eine Abweichung beider Institute zum Ausdruck. Denn, während beim *mandatum tua gratia* eine formlose Uebereinkunft der Parteien genüge, erfordere das *consilium* eine Garantietübnahme in *Stipulationsform*. Die Rechtswirkung werde somit in beiden Fällen erzeugt durch inhaltlich gleichartige, in der Form aber abweichende Verträge, welche zum *consilium* resp. *mandatum tua gratia* hinzutreten, ohne indessen ihr Wesen im geringsten zu berühren.

Aber auch diese angebliche Verschiedenheit in der Erzeugung von Rechtswirkungen bei beiden Instituten bestätigt sich in den Quellen keineswegs. Auch beim *consilium* kann eine Garantie neben der *Stipulationsform* durch formloses Mandat übernommen werden. — L. 19. pr. § 1. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. cit.

Noch weniger überzeugend ist die von Thibaut¹⁾ geltend

¹⁾ „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts.“ Bd. I. S. 120.

gemachte Ansicht: „In seinen rechtlichen Folgen“, sagt er, „wird das *mandatum tua gratia* dem Rath gleichgeachtet, aber bei dem allen bleibt es dennoch im Wesentlichen, oder an sich ein Mandat d. h. ein Auftrag, wegen dessen sich derjenige, welcher denselben ertheilt, verantwortlich macht. — Er wird freilich nicht verantwortlich, aber immer ist hier doch das unverbindliche Mandat von dem blossen Rath unterschieden.“

Wodurch wohl? möchte man fragen.

Auch Holzschuher¹⁾ hat geglaubt, beide Begriffe „zur Beseitigung von Verwirrungen“ trennen zu müssen, ist aber in der Durchführung jener Absicht nicht glücklicher gewesen, als seine Vorgänger.

„Es sei nämlich keineswegs gesagt, dass es nicht doch auch ein Mandat, einen Auftrag zu Handlungen geben könne, welche im Rechtsgebiet des Beauftragten liegen und nur für ihn ein sichtliches Interesse haben.“

Als Beispiel für ein solches klagbares *mandatum tua tantum gratia*, im Gegensatz zum stets unverbindlichen *consilium*, führt Holzschuher L. 32. Dig. *mandati* 17. 1. an, worin heute Niemand mehr ein *mandatum tua tantum gratia* erblicken wird. Nicht das „sichtliche Interesse“, sondern das thatsächliche ist hierbei stets massgebend.

Während also Holzschuher dergestalt dem *mandatum tua gratia* die Klagbarkeit auch ohne Hinzutritt anderer Verpflichtungsmomente zuspricht, leugnet er eine solche ohne Ausnahme beim *consilium*, wofern Letzteres nicht *dolos* ertheilt sei, und eine besondere Verpflichtung zur Abgabe eines sachverständigen Rathes nicht vorliege. Dass ein *consilium* durch Hinzutritt eines Garantieversprechens klagbar werden könne, hat er ganz unberücksichtigt gelassen. Die Unterschiede, welche Holzschuher anführt, ergeben sich somit erst nach einer ganz willkürlichen Umgestaltung beider Begriffe.

Von anderer Seite hat man an dem Wortlaute der L. 2. § 6. Dig. *mandati* 17. 1. Anstoss genommen.

¹⁾ „Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts.“ 2. Auflage. Leipzig. 1858. Bd. III. S. 589. ff.

Weshalb, so meint Vangerow¹⁾, wählte der Jurist die Fassung: „cujus generis mandatum *magis* consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium“ — wenn er eine völlige Gleichstellung, eine Identificirung beider Rechtsverhältnisse bezweckte? — Durch das „*magis*“ werde vielmehr nur „eine auch unlegbar vorhandene, innere Verwandtschaft derselben angedeutet“.

Mir erscheint diese Annahme als unbegründet.

Ist ein *mandatum tua tantum gratia* ertheilt worden, so unterscheidet sich ein solches äusserlich durch nichts von einem klagbaren *mandatum*.

Dadurch aber — so sagt der Jurist — dürfe man sich nicht täuschen lassen. Ein *mandatum* liege hier nur scheinbar vor, eigentlich und dem Wesen dieses Auftrages nach handele es sich um einen Rath. Letzterer Gesichtspunkt sei dann auch hinsichtlich der Rechtswirkungen des *mandatum tua tantum gratia* entscheidend. Als ein thatsächliches *consilium* erzeuge es keine Verbindlichkeit, da aus einem Rath diejenige Haftung, wie sie aus dem Mandatsvertrage folgt, nicht hervorgehen könne.

Auffallend ist es, dass auch die Quellen sich überall da einer ganz analogen Wortfassung bedienen, wo ein *mandatum tua gratia* und ein *consilium* in Frage kommen.

Man vergleiche § 6. Inst. de mandato III. 26.:

„Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas *potius* in emptiones praediorum colloques, quam feneres“

mit L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3., welche eines Rathes Erwähnung thut:

„si vero suaseris mihi, ut *magis* apud eum deponam.“ . . .

Die beim *mandatum tua gratia*, wie beim *consilium* gleichmässig angewandten abschwächenden Worte „*potius*“ oder „*magis*“ sollen in beiden Fällen das Unverbindliche der ertheilten Weisung hervorheben, indem Letztere hierdurch gemildert und ihre Befolgung in das Ermessen des Mandatars bzw. Berathenen gestellt wird.

In demselben Sinne bezeichnet auch Ulpian den Mandator als *suasor* und *affirmator*.

¹⁾ „Lehrbuch der Pandecten.“ Bd. III. § 659. Anm. 4.

Diese principielle Gleichstellung des *mandatum tua gratia* und des *consilium* stimmt denn auch mit dem heute in der Wissenschaft und Gesetzgebung vertretenen Standpunkt überein¹⁾.

An und für sich wird also dem Rathe jede Rechtswirkung abgesprochen.

Gleichwohl können durch den Hinzutritt anderer, begrifflich ausserhalb liegender Umstände auch aus einem *consilium* klagbare Rechtsverhältnisse hervorgehen.

Nach dem Zeugniß der Quellen gehören dahin folgende Fälle:

1. Ist ein Rath *dolos* ertheilt worden, so entsteht hierdurch eine Forderung gegen den Ertheiler eines solchen, welche mit einer *actio doli* geltend gemacht wird. L. 47. pr. Dig. de reg. jur. 50. 17.

2. War der Rathgeber durch Vertrag oder kraft Amtspflicht zur Ertheilung eines sachverständigen Rathes verbunden, so ist es selbstverständlich, dass er hierbei für *omnis culpa* einsteht. Der rechtliche Grund jener Haftung ist aber keineswegs im *consilium* selbst zu suchen. Vielmehr liegt er in dem Abschluss des Vertrages oder jener Amtspflicht, als deren Erfüllung die Ertheilung des Rathes erscheint.

¹⁾ Von den älteren Schriftstellern hatte sich schon Lynker hierfür entschieden: „Disputatio inauguralis juridica de commendatione speciali.“ Jenae. 1693. Cap. I. tit. VIII.: „De mandati autem mandatarii tantum causa suscepti a commendatione nostra discrimine hic loci nihil dicere attinet, cum id, licet mandandi vocabulum intervenerit, verum consilium sit, et regulariter non obligatorium“, ferner vgl. Arndt's: „Lehrbuch der Pandecten“ § 291. Anm. 2. Windscheid: „Lehrbuch des Pandectenrechts.“ II. § 421. Anm. 21. Dernburg: „Pandecten.“ II. § 115. S. 302. Auch früher schon hatte diese Ansicht Vertreter in Schömann: „Handbuch des Civilrechts.“ II. S. 222. Sintenis: „Civilrecht.“ II. S. 565. Neuerdings ist sie wieder vertheidigt worden von Tewes: „Archiv für civil. Praxis.“ Bd. 51. S. 45. und von Antoine Feill: „Das *mandatum tua gratia* und die kaufmännische Empfehlung.“ Inaugur. Dissert. Kiel. 1878. Von Gesetzgebungen vgl. „Allg. Landrecht für die preuss. Staaten.“ Theil I. Titel 13. § 217. — „Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch.“ Art. 1300. — „Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht.“ Art. 4373, 4374.

3. Der Ertheiler eines Rathes ist haftbar, wenn er, sei es formal durch stipulatio, sei es formlos, versprochen hat, für die nachtheiligen Folgen seines Rathes einzustehen. Es ist dieses der Fall des sog. Garantiever sprechens.

4. Aus der vielfach interpretirten L. 6. § 5. Dig. mand. 17. 1. hat dann die bisher herrschende Meinung einen weiteren Verpflichtungsgrund für die Ertheilung eines Rathschlages herleiten wollen.

Es wird nämlich behauptet, der Rathgeber sei auch in dem Falle durch seinen Rath gebunden, wenn der Berathene ohne das consilium die fragliche Handlung, welche ihn zu Schaden gebracht hat, gar nicht vorgenommen hätte¹⁾.

Diese Lehre ist in der Wissenschaft zu allen Zeiten mit den mannigfachsten Ergebnissen erörtert worden.

Am leichtesten kamen über die hier vorliegende Schwierigkeit hinweg diejenigen Schriftsteller, die wie Cocceji²⁾ und Noodt³⁾ den Wortlaut der Quellen einfach so hinnahmen, wie er ihnen geboten wurde, ohne jenen Satz auf seine innere Haltbarkeit zu prüfen.⁴⁾

Lauterbach⁵⁾ hat dann, offenbar in Anlehnung an den erwähnten Ausspruch Ulpian's, eine Scheidung zwischen dem

¹⁾ Diesen Verpflichtungsgrund haben für das consilium geleugnet: Neustetel und Vangerow. — Die citirte lex schreibe solches nur vor für das mandatum tua gratia. — In diesem Umstande haben sie alsdann eine Verschiedenheit des mandatum tua gratia und des consilium entdecken wollen. Thibaut und Hepp, welche das mandatum tua gratia gleichfalls vom consilium unterscheiden, haben zwar eine analoge Anwendung jenes von Ulpian in L. 6. § 5. Dig. cit. aufgeführten Verpflichtungsgrundes auf das consilium zugelassen; ersterer aber ist dann wieder so weit gegangen, dass er selbst in den Fällen, wo ein Garantiever sprechen des Rathgebers vorliegt, eine Verbindlichkeit des Letzteren nur insofern entstehen lässt, als zugleich auch der Nachweis geführt wird, der Berathene hätte ohne jenes consilium sich in die für ihn nachtheilige Lage nicht begeben. Für uns, die wir einen Unterschied zwischen mandatum tua tantum gratia und consilium grundsätzlich leugnen, hat diese Streitfrage gar keine Bedeutung.

²⁾ Jus controvers. lib. XVII. tit. I. quaest. 8.

³⁾ Probabil. lib. IV. cap. ult.

⁴⁾ Ebenso auch Vinnius: Commentarius Institut. ad § 6. Inst. III. 26. S. 218. N. 4.

⁵⁾ Bd. I. Disputatio LVII. „De consiliis eorumque jure.“ Cap. I. th. IV.

nudum consilium und non nudum vorgenommen. Letzteres sei klagbar und liege vor, wenn der Rathgeber durch heftiges Ueberreden den Widerstand des Berathenen gegen diese Beeinflussung breche und ihm keine Ruhe lasse, bis er den ihm ertheilten Rath befolge.

Diese Darstellung findet indessen in den Quellen keine Bestätigung.

Ganz denselben Standpunkt vertritt Frantzke¹⁾: „Hic consilii termini exceduntur, si reluctantem multijugis persuasionibus quasi urgeam.“ — Desgleichen Berger²⁾: „Multis persuasionibus reluctantem urget“ — und Struve³⁾.

Einen hiervon abweichenden Gesichtspunkt hat Donellus⁴⁾ geltend gemacht. Er meint der Satz — „quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset“ — Gajus III. 156 und § 6. Inst. de mandato III. 26. — erkläre sich damit, dass hier ein genau bestimmtes *mandatum tertii gratia* in Frage komme, welches dann freilich eine Haftung des Mandators erzeuge. Mag nun diese Annahme für § 6. Inst. cit. auch zutreffen, so kann sie auf L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. jedenfalls nicht erstreckt werden, da Ulpian hier ganz ausdrücklich von einem *mandatum tua gratia* spricht.

Aus diesen mannigfachen Deutungsversuchen entnehmen wir, dass den Juristen bei diesem Satze niemals recht wohl geworden ist. — In der That wird durch seinen Wortlaut in das Civilrecht ein Standpunkt hineingetragen, welcher, wo er sich zeigt, stets verbannt werden muss, zumal er mit dem Geiste des römischen Privatrechts ganz unvereinbar ist.

Characterlosigkeit und Willensschwäche, welche gewohnt sind, die Motive eigener Handlungen stets in fremder Beeinflussung zu suchen, dürfen auf Förderung im Privatrecht nicht rechnen. Niemand soll für eigene Einsichtslosigkeit und Unselbständigkeit Andere haftbar machen. Soweit das Rechts-

¹⁾ Jurisconsulti commentarius. Argentorati 1644 ad. Dig. lib. XVII. l. mandati vel contra S. 441.

²⁾ Resolut. L. L. obstant lib. XVII. tit. I. quaest. 1.

³⁾ „Syntagma jurisprudentiae“ Exerc. XXII. ad. tit. digest. mandati vel contra thes. VIII.

⁴⁾ Commentar. de jure civili lib. XIII. Cap. X. in fin.

subject willens- und handlungsfähig ist, soll es auch selbst für die Folgen seines Thuns einstehen. Und wenn auch das Strafrecht die Anstiftung von der delictischen Seite berücksichtigt, so kann das Civilrecht — sofern das Moment des dolus fehlt — ihr in Vertragsverhältnissen unmöglich Raum geben.

Nicht einmal bei der Haftung ex lege Aquilia wurde der Anstifter belangt, wofern der Thäter ein homo liber war, dem Ersterer nichts zu befehlen hatte. L. 37. pr. Dig. ad leg. Aquil. 9. 2. Wie soll nun im Einklang hiermit eine Haftung aus dem an sich unverbindlichen Rathe hergeleitet werden? Dadurch, dass ein consilium auf den Berathenen rein subjectiv einen starken Einfluss ausübt, ist doch objectiv nichts hinzugetreten, wodurch der Rath seinen juristischen Character zu ändern vermöchte.

Ich ertheile dem A. das consilium, sein Grundstück zu verkaufen. Dasselbe rathe ich unter ganz denselben Verhältnissen dem B. In beiden Fällen erleiden sie durch die Veräußerung vermögensrechtliche Nachtheile. Da aber A. ein vorsichtiger Mann ist, der alles, was er thut, sich vorher selbst zu überlegen pflegt und daher auch im vorliegenden Falle nicht nur auf meinen Rath hin gehandelt hat, so soll er den Schaden allein tragen, während der willensschwache B. sich darauf berufen kann, dass er nie über etwas nachzudenken pflege und daher sich stets ganz und gar auf den guten Rath seiner Freunde verlasse.

Neuerdings hat Wächter¹⁾ diese Unebenheit zu beseitigen versucht: „Es kann nämlich sein“ — so sagt er — „dass man Jemanden lediglich in seinem Interesse auffordert, etwas zu thun, die Aufforderung aber so gefasst ist, dass er nicht erkennen kann, ob sie lediglich in seinem Interesse oder auch, oder allein in unserem oder in dem eines Dritten geschah und er deshalb sie erfüllt; in einem solchen Falle muss man ihm für die nachtheiligen Folgen haften, weil man hier durch die Fassung der Aufforderung es sich selbst zuzuschreiben hat,

¹⁾ Waechter: „Pandecten.“ Leipzig. 1881. Band II. § 202. S. 450. 451.

wenn er ihr eine nicht bloss sein Interesse betreffende Beziehung gab.“

Hiernach haftet also der Rathgeber nur insoweit, als er den Berathenen fahrlässig über die Verbindlichkeit seiner Willenserklärung täuschte. Damit wird die Schwierigkeit verdeckt, nicht aber gelöst.

Gründlich beseitigt kann sie nur werden, wenn wir die Quellen selbst auf ihren einschlägigen Inhalt prüfen.

Die L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. lautet:

Ulpian: „Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.“

Man sieht es dieser Stelle auf den ersten Blick an, dass sie zu kurz gefasst ist, dass sie einer näheren Begründung bedarf, welche der Jurist in diesem Zusammenhange nicht mitgetheilt hat. Zum besseren Verständniss sind deshalb andere Meinungsäusserungen, womöglich desselben Schriftstellers, heranzuziehen.

In directen Widerspruch mit obiger kurz gefassten Regel tritt aber die Entscheidung Ulpian's, welche uns in L. 10. § 7. Dig. mandati 17. 1. mitgetheilt wird. — Hier heisst es:

„Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, ita demum rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri.“

Et est verum eum, qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri, sed si quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri.“

Der hier angeführte Fall liesse sich auch folgendermassen wiedergeben: Der Gutsbesitzer X. beabsichtigt, in der Stadt landwirthschaftliche Producte abzusetzen. Da er jedoch daran verhindert ist, die einschlägigen Geschäfte in eigener Person zu erledigen und er sich gezwungen sieht, hiermit seinen Gutsverwalter zu betrauen, so bittet er den in jener Stadt

lebenden Freund Z., seinen Verwalter in jeder Weise mit Rath zu unterstützen, — andernfalls werde er sich gezwungen sehen, von einer Anerkennung der fraglichen Geschäfte ganz abzustehen.

Der Freund erklärt ausdrücklich seine Bereitwilligkeit hierzu, und X. schärft demgemäss dem Verwalter ein, nichts ohne die Weisung des Z. zu unternehmen, insbesondere aber bei eventuellen Creditgewährungen ganz ausschliesslich nach dem Rath des Letzteren zu handeln.

In der Folge nun erleidet X. aus den dergestalt abgeschlossenen Creditgeschäften empfindliche Verluste.

Ohne Zweifel wird er jetzt als ein entschiedener Anhänger der in L. 6. § 5. Dig. mandati cit. aufgestellten Regel von Z. vollen Ersatz für den erlittenen Schaden beanspruchen. Mit Recht kann er geltend machen: er habe sich beim Abschluss resp. der Rathhabition jener Geschäfte ganz ausschliesslich von der Annahme leiten lassen, dass sie mit dem Rathe des Z. zu Stande gekommen seien; — ja er hätte gewiss nimmermehr seinen Gutsverwalter mit den Producten in die Stadt entsandt, wenn er nicht mit Sicherheit auf den ihm vorher zugesagten Rath gezählt hätte. Jene Rechtsgeschäfte sammt ihren schädlichen Folgen wären daher niemals entstanden, wofern nicht der Rath des Z. hinzugetreten wäre.

Obwohl nun alle diese Thatsachen wirklich auf Wahrheit beruhen, weist ihn gerade Ulpian, auf dessen Urtheil er sich in dieser Frage glaubte stützen zu können, ab.

Ein aus blosser Freundschaft ertheilter Rath verpflichte den Z. zu nichts, gleichviel, ob ohne seine Mitwirkung das Rechtsgeschäft zu Stande gekommen wäre oder nicht. Nur wofern er sich einer Arglist schuldig gemacht habe, könne er mit einer actio doli belangt werden.

Wie löst sich nun dieser Widerspruch in den Entscheidungen Ulpians?

L. 10. § 7. Dig. mandati cit. lässt über dasjenige, was Ulpian damit sagen wollte, keinen Zweifel zu. Ein präzise referirter Thatbestand wird hier unter genauer Angabe der Motive entschieden. Es wird daher für die — wie ich bereits oben bemerkte — all zu knapp gefasste L. 6. § 5. Dig. eod. cit. eine

Lösung resp. Ergänzung gefunden werden müssen. Wie er aber hier verstanden werden will, darüber ertheilt uns Ulpian selbst den erforderlichen Aufschluss. In L. 12. § 13. Dig. mandati 17. 1. sagt er:

„Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod jussu pater teneretur, erit licitum mandatum. — Hoc amplius dico, si, cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non, *nec essem daturus* contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret, non accipere contra senatus consultum, et „*periculo meo crede*“, dicat, „*bene credis*“: arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri.“

Der Thatbestand ist hier folgender: A. trägt Bedenken dem B. ein Darlehn vorzustrecken, weil er ihn für einen Haussohn hält. Zugleich ist er fest entschlossen, falls dem so sein sollte, mit dem B. nicht zu contrahiren und dem „*contra senatus consultum accipiens*“ das mutuum nicht zu gewähren. Nun tritt C. mit der Erklärung dazwischen, das *senatus consultum* komme hier gar nicht in Frage, B. sei entweder gar nicht Haussohn, oder es liege ein Ausschliessungsgrund für die Einrede vor. Auch in diesem Falle wirkt die Erklärung des C. bestimmend auf den A. Es ist ausdrücklich bemerkt, dass jenes Darlehn ohne das Dazwischentreten des C. nicht zu Stande gekommen wäre. Gleichwohl werden wir auch hier annehmen dürfen, dass jene Versicherung des C. allein eine Haftung ebensowenig erzeugen konnte, wie die dem Gläubiger abgegebene Erklärung, der Schuldner sei zahlungsfähig¹⁾.

Die in diesem Fragment hervorgehobene Verpflichtung des C. ist eben ganz ausschliesslich auf die von ihm gebrauchten Worte — „*periculo meo crede*“, „*bene credis*“ — zurückzuführen. Die Grundlage seiner Verbindlichkeit bildet das Garantieverprechen, nicht aber der Umstand, dass A. ohne seinen Rath nicht contrahirt hätte.

Hat also jemand einen fremden Rath befolgt und beruft sich darauf, dass er ohne einen solchen nicht gehandelt hätte, so

¹⁾ cf. gleichfalls Ulpian in L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3.

kann er das mit rechtlicher Wirkung nur insofern thun, als der Rathgeber in irgend einer Form die Garantie für den guten Erfolg der von ihm angerathenen Handlung übernommen hat. Dieses Moment ist ganz allein massgebend. In dem gleichen Sinne wird daher auch L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. zu ergänzen sein, um den Widerspruch mit L. 10. § 7. Dig. eod. zu lösen.

Ist aber einmal die Haftung vom Rathgeber übernommen, so bleibt es dann wiederum ganz gleichgiltig, ob der Rath die einzige Veranlassung zum Abschluss des Rechtsgeschäfts war oder nicht.

Berufe ich mich also darauf, dass ich, nur durch den Rath einer anderen Person beeinflusst, gehandelt habe, so muss ich auf ein rechtserhebliches, äusseres Moment hinweisen können, welches objectiv dazu geeignet wäre, in mir etwaige Bedenken gegen die angerathene Handlung zu beseitigen. Diese Wirkung kann aber grundsätzlich einem blossen Rath niemals zukommen, dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklich oder concludent übernommenen Verpflichtung, für den guten Erfolg einzustehen:

L. 32. Dig. mandati 17. 1. Julianus: „Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo.“ — Vgl. ebenso L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1., L. 12. § 14. Dig. mandati 17. 1., ferner L. 24. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.

Sobald wir hiervon ausgehen, finden wir auch den Schlüssel zu der mit L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. inhaltlich übereinstimmenden Stelle bei Gajus III. 156. und § 6. in fin. Inst. de mandato. III. 26.:

„Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses.“

Dazu bemerkt Theophilus Paraphrase liber III. tit. 26. § 6.: „nam quia certam Titii personam proposui, ideo et obligor, imitatus quodammodo fidejussorem.“

Der Verpflichtungsgrund besteht hier analog der Bürgschaft d. h. in einem Versprechen, für eine fremde Schuld zu haften. Es ist somit ganz zweifellos auch von Theophilus das obige Rechtsverhältniss vom Gesichtspunkte eines Garantievertrages beurtheilt worden. Der bestimmte Hinweis auf den Titius ist aber als einzige Ursache für die Klagbarkeit gewiss nicht ausreichend. Liegt doch eine mit genauer Personenangabe versehene Aufforderung auch in der unverbindlichen commendatio. cf. L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3. — L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1.

Freilich darf nicht verkannt werden, dass bei einem genau abgegränzten Rechtsgeschäft eine Garantiezusage sich weit eher voraussetzen lässt, als bei einem völlig unbestimmten Rathschlage.

Nach Lösung dieser Frage erledigen sich dann ganz von selbst die Bedenken, welche Vangerow¹⁾ gegen eine Verschmelzung des *mandatum tua tantum gratia* mit dem *consilium* hatte, da er den in L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. erwähnten, von uns aber verworfenen Verpflichtungsgrund nur auf das *mandatum tua gratia* beschränken zu müssen glaubte.

Als ebenso ungerechtfertigt erscheint die freilich schon vielfach bestrittene Meinung Thibaut's²⁾, wonach ein dem *consilium* beigefügtes Garantieverprechen nur dann bindend sein solle, wenn zugleich der Empfänger des Rathes ohne diesen nicht gehandelt hätte.

Auch Tewes³⁾, dessen Ausführungen im Allgemeinen gewiss zutreffend sind, hat es versucht, sich über die Schwierigkeiten der L. 6. § 5. Dig. cit. in wenig befriedigender Weise hinwegzuhelfen. Er meint: „hier sei ein *mandatum tua gratia* d. h. ein Rath zusammengewürfelt mit einem Rechtsverbindlichkeiten nach sich ziehenden Ersuchen (einer Beauftragung), welches ich an Dich richte hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgeschäfts, welches Du mit einem Dritten abschliessen mögest.“

¹⁾ a. a. O. S. 659. Anm. 4.

²⁾ a. a. O. S. 120.

³⁾ „Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath und aus der Empfehlung einer Person.“ Archiv für civil. Praxis. Bd. 51. S. 45. ff.

Unter jenem „rechtsverbindlich machenden Ersuchen“ versteht Tewes dann nichts anderes als „ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme von Haftpflicht, Gefahr oder Kosten“.

Obgleich er dann weiter der Meinung ist, dass es sich hier mit Wahrscheinlichkeit um ein consilium handele, so hält er dennoch gleichzeitig daran fest, dass jenes von ihm substituirte „Ersuchen“ eine besondere Species des klagbaren Mandats sei.

Nach unserer obigen Darstellung können wir den Begriff „des Ersuchens“ sehr wohl entbehren. Dass hier die Verpflichtung des Rathgebers aus einer Haftung für Gefahr und Kosten entspringe, hat Tewes sehr richtig herausgeföhlt, und ich möchte glauben, er werde nach meiner Untersuchung über die wahre Willensmeinung des Gajus und Ulpian nicht zögern, mir darin beizustimmen, dass hier nichts anderes vorliegt, als ein consilium, an welches sich ein Garantieversprechen schliesst.

Bereits Schömann¹⁾ war daher durchaus auf dem rechten Wege, wenn er erklärte: „Verspricht der Rathgeber oder Mandant, wenn das gerathene oder mandirte Geschäft schlecht ausfallen sollte, Entschädigung, so liegt in diesem besonderen Versprechen eine nova causa obligandi. — Dieses Entschädigungsversprechen bindet den Promittenten ohne Anstand, und wie überall, so auch hier ohne Unterschied, ob es den Promissar zum Handeln eigentlich erst bewog oder nicht.“

Thibaut²⁾ freilich wendet ein, „er sei gerne bereit, diese Theorie anzunehmen, wofern dazu die Beweise beigebracht würden“. — Mir scheint, das sei hier gelungen.

Ich hoffe in der That nachgewiesen zu haben, dass es ungerechtfertigt ist, aus den citirten Sentenzen des Gajus und Ulpian einen selbständigen Verpflichtungsgrund für das consilium herzuleiten, da solches weder dem Geiste des römischen Rechts, noch der wahren Willensmeinung der genannten Gewährsmänner entspricht.

¹⁾ Schömann: „Handbuch des Civilrechts.“ Bd. II. S. 222.

²⁾ Thibaut a. a. O. S. 123.

Sehen wir also von einer Haftung *ex dolo* oder einer besondern amtlichen oder vertragsmässigen Verpflichtung zur Ertheilung guten Rathes ab, so erzeugt das *mandatum tua tantum gratia* oder das *consilium* eine Verbindlichkeit nur insofern, als es unter den Gesichtspunkt des Garantieversprechens fällt.

Es ist daher durchaus zu billigen, wenn in den neueren Lehrbüchern eine Haftung des Rathgebers aus dem Satze „*si non esses facturus, nisi ego mandassem*“ nicht mehr hergeleitet wird¹⁾.

Neuerdings ist freilich der hier verworfenen Auffassung eine entschiedene Vertheidigung zu Theil geworden durch Heinrich Antoine-Feill²⁾. Er geht aus von dem Satze des Lübischen Rechts Liber III. Titulus X. Art. I.:

„Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkaufen, und ein ander stehet dabey und saget: Ihr möget es ihm wohl vertrauen, die Bezahlung wird euch wol; Wird der Verkäufer von dem Käufer nicht bezahlt, so muss derjenige zahlen, welcher den Fremden loben thät, dadurch der Verkäufer verführt worden.“

Nachdem er in deutschen Rechtsquellen sich vergeblich nach einer weiteren Bestätigung dieser Regel umgesehen hat, glaubt er, eine solche im römischen Recht gefunden zu haben und zwar in den Worten: „*aut si non esses facturus, nisi ego mandassem*“³⁾.

Ich will dem Verfasser darin durchaus nicht widersprechen, dass obige Bestimmung des Lübischen Rechts aus deutschen

¹⁾ Dernburg — „Pandecten.“ Bd. II. § 115. Note 8. — supponirt hier schlechtweg ein „stillschweigendes Garantieverprechen“. Die Entscheidung sei nur auf den Fall gemünzt, dass dem Rathgeber ausdrücklich vor der Ausführung erklärt wurde, dass man das Gerathene „nur mit Rücksicht auf seinen Rath thun werde“. Wenn dazu der Rathgeber schweigt, so sei zu schliessen, dass er für den Erfolg seines Rathes einstehen wollte. Vgl. damit auch Windscheid: „Lehrbuch der Pandecten.“ Bd. II. § 412a. Note 21. und Arndts: „Lehrbuch der Pandecten.“ § 291. Anm. 2.

²⁾ „Das *mandatum tua gratia* und die kaufmännische Empfehlung. Inaugur. Dissert. Kiel 1878.

³⁾ a. a. O. S. 8. 21. ff. 33.

Quellen nicht geschöpft ist, sich vielmehr als recipirtes römisches Recht darstellt.

Jedenfalls aber ist es missverstandenes römisches Recht, welches hier zum Ausdruck gelangt, und daher de lege ferenda zu verwerfen. Uebrigens muss auch darauf hingewiesen werden, dass durch Aufnahme dieses Satzes unter die Verpflichtungsgründe der kaufmännischen Empfehlung der Verfasser in Widerspruch tritt zu allen von ihm in § 8. a. a. O. gegen eine übertriebene Ausdehnung der verpflichtenden Empfehlung geäußerten Bedenken.

Sehr verschieden wird die rechtliche Wirkung des Rathes in den neueren Gesetzgebungen behandelt.

Einig ist man im Allgemeinen darin, dass dolose oder von einem Sachverständigen in Ausübung einer Amts- oder Vertragspflicht ertheilter Rath unbedingt haftbar mache.

Dagegen hat der Satz, dass der „consilium dans“ gebunden sei, wenn sein Rath das einzige Motiv zur Vornahme der fraglichen Handlung war, keine übereinstimmende Beurtheilung gefunden.

Für Beibehaltung dieses Verpflichtungsgrundes hat sich im Princip ausgesprochen: Das Badische Landrecht Art. 1381. a. e., indem es „denjenigen, welcher unaufgefordert Rath giebt und dessen Befolgung durch Zuspruch betreibt als Bürgen und Urheber der Handlung haften lässt“.

Hiermit stellt sich das Badische Landrecht auf den in der Litteratur von Lauterbach, Frantzke, Berger und Struve vertretenen Standpunkt¹⁾.

Es erblickt in dem mit Zuspruch verbundenen Rath eine Art Anstiftung zum Contrahiren, eine unwiderstehliche Beeinflussung, die sich dem psychologischen Zwang zu nähern scheint.

Das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht lässt sich dagegen ganz ausschliesslich von L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. leiten, da es in Art. 4416. statuiert:

„Ausnahmsweise haftet der Rathgeber für den in Folge seines Rathes entstandenen Schaden, wenn er entweder in arglistiger Absicht einen schädlichen Rath

¹⁾ Siehe oben S. 47. 48.

ertheilte, oder wenn der Berathene nachweist, dass er ohne den ihm gegebenen Rath die in Frage kommende Handlung nicht vorgenommen haben würde.“

Diese Fassung erscheint um so bedenklicher, als sie zu Consequenzen führen kann, die von dem Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollt sind. Nach Art. 515. derselben Codification haftet der Geschlechtscurator, da er keine Vermögensverwaltung hat und zu keiner Rechenschaftsablegung verpflichtet ist, bloß als Rathgeber.

Die ratio legis ist hier augenscheinlich, den Curator zu entlasten, ihn vor der strengeren Verantwortung des Vormundes zu sichern. Gerade aber dieser Zweck wird durch Beobachtung des Art. 4416. vereitelt. Hat sich die Jungfrau einmal unter Geschlechtscuratel begeben, so wird sie regelmässig ohne die Unterstützung ihres Rathsfreundes Rechtsgeschäfte auch nicht abschliessen. Es ist ihr somit in jedem einzelnen Falle die Möglichkeit gewährt, darauf hinzuweisen, „dass sie ohne den gegebenen Rath die in Frage kommende Handlung nicht vorgenommen haben würde“. Dadurch ist denn das ganze Risiko der Geschäftsführung im Gegensatz zu Art. 515. auf den Curator abgewälzt.

Eine vermittelnde Stellung nimmt der Code civil ein. Art. 1382. daselbst lautet:

„Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.“

Die weitere Ausdehnung des Begriffes „la faute“ lässt jedenfalls die Annahme einer Haftung auch da zu, wo ein eigentlicher dolus mangelt. Es kann daher nicht weiter auffallen, wenn die gerichtliche Praxis Verpflichtungen nicht nur aus dem dolos ertheilten Rath entstehen lässt, sondern auch dann, „wenn die Auskunft der Art war, dass sie nothwendig den Anfragenden in einen Irrthum versetzen musste, und dass dieselbe in der That bestimmend für die den Kläger beschädigende Handlungsweise war“¹⁾. Diese Motivirung weicht durchaus

¹⁾ Urtheil des Appellhofes zu Brüssel vom 12. April 1869. Pasieris belge 1870. II. 134. „Zeitschrift für franz. Civilrecht“, herausgegeben von Sigismund Puchelt. Mannheim und Strassburg 1875. Bd. 5. S. 16.

nicht vom strikten Wortlaut der L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. ab.

Vollkommen übergangen haben diesen Verpflichtungsgrund des Rathes: das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch. Letzteres lässt in § 1300. eine Haftung nur aus dem dolos oder durch Sachverständige ertheilten Rath hervorgehen. Auch im deutschen Handelsgesetzbuch ist dieser Haftung keine Erwähnung gethan und das Reichs-Oberhandelsgericht hat ausdrücklich dahin entschieden, dass § 6. Inst. de mandato. III. 26. und L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. nur auf das Creditmandat zu beziehen seien¹⁾.

Es ist daher m. E. nur zu billigen, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich § 604. bloss dann eine Verpflichtung aus Rath oder Empfehlung anerkennt, wenn sie arglistig ertheilt waren, „sofern nicht aus einem Vertragsverhältnisse oder aus einer Amtspflicht eine weiter gehende Haftung sich ergibt“.

II.

In enger Verwandtschaft zum Rath steht die Empfehlung oder commendatio.

Letztere hat im Vergleich zum consilium ein specielleres Anwendungsgebiet.

Sie will nicht nur, den Empfänger zu einem gewissen Verhalten bewegen, seine Absicht soll hier vielmehr auf eine näher bezeichnete Person oder Sache gerichtet werden. Das Ziel der commendatio ist Annahme einer bestimmten Person als Contrahenten, der Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinsichtlich einer gewissen Sache.

Die Empfehlung erhält somit zweifellos eine concretere Gestalt, als das consilium. Dagegen stehen sich in ihren Rechtswirkungen Rath und commendatio wieder gleich.

An sich unverbindlich²⁾ kann auch die Empfehlung gleich

¹⁾ Entsch. des R. O. H. G. Band 19. S. 198.

²⁾ Dieser Grundsatz hat im modernen Recht unbestritten Anerkennung gefunden. Die Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts

dem consilium durch Hinzutritt verpflichtender Momente von aussen her ein klagbares Rechtsverhältniss erzeugen.

Ebenso stimmen auch hinsichtlich dieser Verpflichtungsgründe beide Institute vollkommen überein.

Auch die Empfehlung erzeugt eine Haftung:

1. Wenn sie arglistig ertheilt wird, wobei den eigentlichen Klagegrund der dolus bildet:

L. 8. Dig. de dolo malo. 4. 3. Gajus: „Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est“. Desgl. L. 2. in fin. Dig. de proxeneticeis. 50. 14.

Das gleiche Princip ist auch für das heutige Recht ganz allgemein anerkannt¹⁾.

2. Ebenso wird aus Empfehlungen eine Haftung überall da entstehen, wo sie auf Grund einer amtlichen oder vertragsmässigen Verpflichtung erfolgen²⁾.

3. Wenn Schadloshaltung bezüglich aller Nachtheile zugesagt ist, welche sich aus der Befolgung der Empfehlung ergeben würden, mithin also ein Garantieverprechen vorliegt. Letzteres kann auch hier in gleicher Weise, wie beim consilium formal — durch stipulatio — oder formlos ertheilt werden.

Die bereits früher erwähnte Richtung der commendatio auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, auf einen genau bezeichneten Contrahenten, der Mangel jedes eignen Interesses auf Seiten des Empfehlenden lässt sogleich eine Aehnlichkeit dieses Institutes mit dem mandatum aliena tantum gratia erkennen. Daraus ergibt sich dann zwischen Letzterem und der Empfehlung

stellen den Satz auf „dass aus der Empfehlung nicht einmal ein Vertrag entstehe“ Bd. 19. S. 198. u. Bd. 22. S. 121. Zugleich wird bestimmt, dass die Empfehlung unter Kaufleuten keine andere Wirkung habe, als unter anderen Personen. Vgl. die citirten Entscheidungen.

¹⁾ cf. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 9. S. 152. Bd. 10. S. 403. Bd. 11. S. 411. Bd. 13. S. 176. Bd. 23. S. 155. Bd. 25. S. 347. Ja sogar die Haftung für culpa lata soll bei Ertheilung einer Empfehlung ausgeschlossen sein.

²⁾ Eine solche Amtspflicht zur sorgsam und umsichtigen Ertheilung von Empfehlungen statuirt das Reichs-Oberhandelsgericht für den Platzagenten: Entsch. des R. O. H. G. Bd. 22. S. 121. ff.

das gleiche Verhältniss, wie zwischen dem mandatum tua tantum gratia und dem Rathe.

Gegen obige Analogie könnte der Einwand erhoben werden, dass die Quellen das mandatum aliena gratia anstandslos für ein klagbares Rechtsinstitut erklären.

Cf. § 3. Inst. de mandato. III. 26. L. 2. § 2. Dig. mandati 17. 1.

während der nuda commendatio jener Character abgesprochen wird.

Cf. L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3. L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. L. 2. Dig. de proxeneticiis. 50. 14. L. 43. § 2. Cod. quod eum eo 4. 26.

Diese in den Quellen hervortretende Unterscheidung ist jedoch eine bloss scheinbare, nicht im Wesen der Sache begründete.

Zunächst stimmt das mandatum aliena gratia darin mit dem mandatum tua gratia überein, dass der Mandant keine actio mandati directa auf Ausführung des Mandats hat, da es sich hier um einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten handelt und ihm jedes eigene Interesse an der Erfüllung mangelt.

Tritt also zum mandatum aliena gratia kein Garantieverprechen hinzu, gelangt der animus obligandi nicht darin zum Ausdruck, dass der Mandant die Haftung für einen guten Erfolg übernimmt, so wüsste ich nicht, wodurch sich ein solches mandatum aliena gratia von einer nuda commendatio unterscheidet. Dieser Gesichtspunkt tritt auf's Bestimmteste hervor in L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. Die Erklärung „commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum“ ist zu Gunsten eines Dritten abgegeben. Wollte man darin ein Mandat erblicken, so könnte es sich nur um ein mandatum aliena gratia handeln. Gleichwohl erklärt Ulpian:

„Cum quidam talem epistulam scripsisset — — — non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est.“

Weshalb nun, so könnte man fragen, tritt hier keine Verpflichtung aus einem klagbaren Mandat ein? Ich glaube, der Grund ist einzig und allein darin zu suchen, dass der Schreiber des fraglichen Briefes keineswegs gewillt ist, für den Ausgang aller mit dem Sextilius Crescens abzuschliessen-

den Rechtsgeschäfte zu haften, und weder ausdrücklich noch concludent sich in dieser Richtung gebunden hat. Durch diesen Mangel eines Garantieversprechens bleibt dann jenes *mandatum aliena gratia* klaglos d. h. eine *nuda commendatio*.

Man könnte darauf hinweisen, und das ist auch geschehen¹⁾, dass in dem erwähnten Falle eine Verpflichtung schon um dessentwillen nicht Platz greifen könne, weil ja keineswegs die Eingehung einer bestimmten Rechtsverbindlichkeit in's Auge gefasst wurde.

Hierbei übersieht man indessen, dass auch ein generell und ganz unbestimmt abgegebenes Garantieversprechen Verpflichtungen erzeugte, wofern nur darüber kein Zweifel vorlag, dass der Garant für den Ausgang aller etwa abzuschliessenden Rechtsgeschäfte wirklich haften wollte.

Cf. L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4. Ulpian: — — — „Jussum autem accipiendum est, — — — sive specialiter in uno contractu jusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: „Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo“, videtur ad omnia jussisse, nisi certa lex aliquid prohibet“.

Lag dagegen ein Rath oder eine Empfehlung, ein unverbindliches *mandatum tua tantum gratia* oder *aliena tantum gratia* vor, so konnte das rekommandirte Geschäft in allen seinen Einzelheiten noch so genau bestimmt sein, und erzeugte doch keine Verpflichtung, wenn weder ausdrücklich, noch auch concludent eine Garantie zugesagt worden war. Das spricht aus:

L. 2. Dig. de proxeneticiis. 50. 14. Ulpian: „Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen.“

Es kann also der Makler noch so speciell auf die Einzelheiten des angepriesenen Rechtsgeschäfts eingehen, so haftet

¹⁾ Lauterbach: Bd. I. Disputatio. LVII. „De consiliis eorumque jure“. Cap. IV. th. I. Lynker: „Disputatio inauguralis juridica de commendatione speciali.“ Cap. I. tit. IV. Besonders aber Nic. de Passeribus: „De scriptura privata“. lib. III. quaest. 5. „de litteris commendatiis“.

er, selbst wenn ein solches nur in Folge seiner Bemühungen zu Stande kam, doch nicht für einen günstigen Ausgang, vorausgesetzt, dass er keine Garantie ausdrücklich übernommen hat. Vor der Annahme eines concludenten Garantieversprechens schützt ihn der gewerbsmässige Character seiner Anpreisungen.

Ohne den Hinzutritt eines äusseren verpflichtenden Moments ist demnach das mandatum aliena tantum gratia ganz ebenso wenig im Stande, eine Haftung zu erzeugen, wie das mandatum tua tantum gratia.

Eine grundsätzliche Gleichstellung beider Institute ist schon um dessentwillen unumgänglich, weil sie in unzähligen Fällen völlig zusammenfliessen, und jedenfalls dadurch, dass der Mandant an ihrer Ausführung kein Interesse hat, aus der Reihe der regelmässigen Mandatsformen ausscheiden.

Auch die Quellen haben sich unserer Beobachtung keineswegs verschliessen können, und mehrfach sehen wir, dass zur Erläuterung des mandatum tua gratia Garantieversprechen angeführt werden, welche sich eigentlich als mandata tertii gratia darstellen.

Cf. Gajus III. 156.¹⁾ § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Man beachte doch, wie wenig scharf die in den Quellen für diese Arten des Mandats hervorgehobenen Beispiele einen specifischen Character beider Institute erkennen lassen. Ertheile ich dem Darlehnsgeber die Weisung, dem Titius das Geld verzinslich vorzustrecken, so soll das ein mandatum tua gratia sein, während es doch keineswegs ausgeschlossen ist, dass Titius am Zustandekommen selbst eines verzinslichen Darlehns weit mehr interessirt sein kann, als der Darlehnsgeber²⁾.

Was die Verpflichtung in beiden Fällen erzeugt, ist das Garantieversprechen des Mandanten. Letzteres allein ist für den obligatorischen Character in allen erwähnten Fällen mass-

¹⁾ So wenigstens fasst Donellus den citirten § 6. Inst. III. 26. auf. Donellus: „De jure civili“ Lib. XIII. Cap. X. in fin.

²⁾ cf. § 5. Inst. de mandato. III. 26. L. 2. § 5. Dig. mandati 17. 1. wo das oben angeführte Rechtsgeschäft gewiss mit viel besserem Grunde als ein mandatum tua et aliena gratia bezeichnet wird. Aber auch der Fall wäre durchaus denkbar, dass es sich als ein mandatum aliena tantum gratia darstellte.

gebend, und jede weitere Scheidung ist, wie aus den angeführten Beispielen zur Genüge erhellt, eine Schulfrage ohne practische Bedeutung.

§ 4. Das Garantiemandat und die *actio quod jussu*.

Es ist bereits früher darauf hingewiesen worden, dass die Grundlage des formlosen Garantieversprechens *per mandatum im jussus* zu suchen sei.

In der That setzt die *actio quod jussu*, wie wir gesehen haben, die Uebernahme einer Garantieverpflichtung begrifflich voraus.

Aber auch in seinen anderen Bedeutungen nähert sich der *jussus* mehrfach dem Mandat. Mag er die Function eines Befehls haben, mag er uns wie beim Erbschaftsantritte des Gewaltunterworfenen im Gewande einer Ermächtigung erscheinen¹⁾, überall erweckt und gestattet er den Vergleich mit dem Mandat und in gewissen Richtungen, wie bei der Delegation, führt seine Entwicklung zur engsten Berührung mit der *actio mandati*.

Es ist andererseits doch sicher auch kein Zufall, dass wir dem Ausdruck *jussus* gerade dort in den Quellen begegnen, wo zweifellos nur ein Mandat gemeint sein konnte.

L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. L. 6. § 6. Dig. mandati 17. 1. L. 6. Dig. quod vi aut clam. 43. 24. L. 108. Dig. de solut. 46. 3.

Kann es unter diesen Umständen auffallen, dass man sich schlechthin des bildsamen und gefügigen Mandats bediente, um die Vorzüge des formlosen Garantievertrages auch auf andere, als mit Gewaltunterworfenen abgeschlossene Rechtsgeschäfte auszudehnen?

Ohnehin war beiden Instituten, dem *jussus* wie dem Mandat, vieles gemeinsam. — Beide wurden formlos ertheilt.

¹⁾ Vergleiche in diesem Zusammenhange insbesondere L. 25. §§ 5.—14. Dig. de acquir. vel omitt. hered. 29. 2., wo *mandare* und *jubere* in derselben Bedeutung *promiscue* gebraucht werden.

— Beide waren auf den Abschluss eines anderen Rechtsgeschäfts gerichtet.

Mandant und Jubent standen sich ferner darin gleich, dass sie vor Ausführung der Handlung, welche sie bezweckten, ihre Willenserklärung einseitig ohne jede Rechtswirkung zurückziehen durften¹⁾.

Sowohl Jubent als auch Mandant konnten verlangen, dass der dritte Contrahent resp. der Mandatar streng die ihm durch den *jussus* oder das Mandat gezogenen Gränzen einhalte. — L. 3. Dig. quod jussu. 15. 4., desgl. L. 5. § 1. Dig. mandati 17. 1.

Beide Institute, *jussus* wie Mandat, stimmen überein hinsichtlich der Wirkungen einer nachträglichen *Ratihabition*²⁾.

Unter Abweichung vom Mandat im gewöhnlichen Sinne hat dann insbesondere das Garantiemandat mit dem *jussus* noch folgende Gleichheiten aufzuweisen:

Beide Institute setzen begrifflich ein ausdrücklich oder *concludent* abgegebenes Versprechen voraus, für den Ausgang des mit einer anderen Person abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oder eines sonstigen selbständigen Unternehmens zu haften.

Bei beiden bildet die *causa* der Verpflichtung eine einseitige Zusage, ohne dass zugleich für den Garanten ein *correspondirender* Anspruch auf Ausführung desjenigen Rechtsgeschäfts begründet würde, auf welches sich seine Verpflichtung erstreckt. — Denn gleichwie der Jubent den dritten Contrahenten zur Eingehung des ihm anempfohlenen Vertrages nicht nöthigen kann, so ist auch dem Mandanten jede Möglichkeit benommen, auf Ausführung eines *tua* oder *aliena gratia* ertheilten Mandats zu klagen³⁾.

Aber auch eine Haftung des Jubenten wie des Mandanten entsteht erst dann, wenn das von ihnen garantierte Unternehmen *thatsächlich* in Angriff genommen ist.

Bis dahin erzeugen ihre Versprechen keinerlei Verpflichtung,

¹⁾ L. 1. § 2. Dig. quod jussu. 15. 4. (vergl. damit auch die Wirkung der *revocatio* des *jussus* auf den Erbschaftsantritt des Gewaltunterworfenen L. 25. § 14. Dig. de *adquir. vel omitt. hered.* 29. 2.)

²⁾ L. 1. § 6. Dig. quod jussu. 15. 4. Ueber die *Ratihabition* beim Antritt einer Erbschaft durch den Gewaltunterworfenen vgl. L. 6. § 1. Dig. de *adquir. vel omitt. hered.* 29. 2.

³⁾ Siehe die näheren Ausführungen auf S. 72. ff.

was sich ja auch ganz unzweideutig im freien, einseitigen Widerrufsrecht ausspricht.

Hierzu kommt dann noch die äussere Uebereinstimmung, dass Jument und Mandant ihren Verpflichtungswillen mit den gleichen Ausdrücken und Wendungen erklären wie „periculo meo crede“ etc.

Vgl. L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4., desgl. L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. L. 12. § 13. Dig. mandati 17. 1. u. a. m.

Dieses Verhältniss gelangt in den Quellen dadurch zum Ausdruck, das wir mehrfach die Bezeichnung *mandatum* antreffen, wo ganz zweifellos ein *jussus* gemeint ist:

cf. L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5.¹⁾ und wohl auch umgekehrt L. 6. § 6. Dig. mandati 17. 1.

Es ist somit durchaus folgerecht, wenn andererseits zwischen beiden Instituten kein weiterer Unterschied anerkannt wird, als dass der *jussus* nur bei Verträgen Gewaltunterworfenen zur Anwendung gelange, während das Garantiemandat diese Beschränkung nicht kenne. So die Kaiser Diocletian und Maximian:

L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26: „Si mandator pro filio tuo extitisti vel jussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est²⁾ — — — — — denselben Gedanken spricht aus L. 1. § 3. Dig. quod jussu. 15. 4.

Dass mit dem Garantiemandat ein fremdes, von der bisherigen Entwicklung und Bedeutung des Mandatsbegriffes abweichendes Element in das System dieses *bonae fidei* Vertrages eindrang, war bereits von den älteren Juristen der klassischen Rechtsperiode richtig gewürdigt worden.

¹⁾ L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5. Scaevola: „Pater filio permisit mutuum pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet: Vgl. meine Besprechung dieser Stelle oben S. 17. 18.

²⁾ Das heisst doch wohl: Derselbe Garantie- resp. Bürgschaftsvertrag, welcher in Beziehung auf Deinen emancipirten Sohn als ein Mandat gilt, erscheint als auf *jussus* beruhend, wenn der Hauptschuldner zur Zeit des Geschäftsabschlusses — tunc — sich noch in Deiner Gewalt befand.

Man legte sich die Frage vor, ob dieser neuen Erscheinung im Rechtsleben, sofern sie eine Verbindung mit dem Mandat erstrebte, überhaupt eine juristische Bedeutung beizumessen sei.

Diesen Standpunkt nahm, wie uns Gajus III. 156. berichtet, Servius Sulpicius ein, indem er dem Mandat: „ut Titio pecuniam faenerares“ jeden obligirenden Character schlechtweg absprach.

Wie es scheint, trat als Erster mit einer entschiedenen Ansicht zu Gunsten des Garantiemandats Sabinus hervor:

Gajus III. 156: — — — „*quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. (Sed) Servius negavit; nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. (Sed) sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio creditisses, quam si tibi mandatum esset.*“ Vgl. damit § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Die Begründung freilich, auf welche sich diese fortgeschrittenere Auffassung stützt, ist sehr wenig befriedigend. Ihre Mängel sind indessen von mir bereits früher eingehend erörtert worden¹⁾.

Dass aber diese Stellungnahme des Sabinus eine ausschlaggebende geworden ist, kann nicht bezweifelt werden.

Der Proculianer Celsus, welcher im siebenten Buch seiner Digesten das Mandat eingehender behandelte, spricht sich mit Bestimmtheit für die Giltigkeit des Mandats „*ut Titio credas*“ oder „*ut pro Sejo intervenias*“ aus²⁾. Gleichwohl verursacht doch auch ihm das *mandatum tua tantum gratia*, selbst mit Hinzufügung eines Garantieversprechens noch Schwierigkeiten. An einer anderen Stelle desselben Digestenbuches, die uns L. 48. § 2. Dig. mandati 17. 1. überliefert, sagt er:

„*Ceterum, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, jam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem ut mihi quemvis fundum emas.*“

¹⁾ Siehe oben S. 53. 54.

²⁾ L. 6. §. 4. Dig. mandati 17. 1.

Eine Haftung für das übernommene *periculum* erkennt Celsus offenbar an, zögert aber trotzdem, dieses Rechtsverhältniss äusserlich als ein Mandat gelten zu lassen — *jam extra mandati formam est*.

Die Schlussworte der citirten Stelle „*quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas*“ zeigen an, dass jene Unbestimmtheit und mangelnde Begränztheit des Mandats bei Celsus die gleichen Bedenken erregte, die wir bereits bei Servius Sulpicius wahrnahmen. Später dürfte man beim ganz unzweifelhaften Vorhandensein eines Garantiemandats diese Erwägungen schwerlich getheilt haben.

Ueberhaupt bin ich der Meinung, dass die volle Anerkennung des *mandatum aliena gratia* und seine Einordnung in das Mandatssystem weit weniger Schwierigkeiten verursachte, als solches mit dem *mandatum tua tantum gratia* der Fall war.

Das erklärt sich einmal durch die bereits früher erwähnte concretere Fassung des Ersteren, worauf in den Quellen unterschiedenes Gewicht gelegt wird, und sodann durch seine häufige und später ganz allgemeine Verwerthung zu Bürgschaftszwecken. Hierauf wird jedoch in einem anderen Zusammenhang nochmals zurückzukommen sein.

Es ist daher ganz begreiflich, wenn Gajus dieses Institut ohne Bedenken den übrigen klagbaren Mandaten beiordnet und eine äussere Scheidung hier gar nicht mehr hervortreten lässt.

L. 2. § 2. Dig. mandati 17. 1. Gajus III. 155. § 3. Inst. de mandato. III. 26.

Einen weiteren Fortschritt in der angegebenen Richtung bahnt Ulpian an.

Die wesentliche Abweichung des Garantiemandats von den regelmässigen Mandatsformen erkennt er darin, dass der Mandant bei dem Ersteren kein eigenes Interesse an der Ausführung habe. Indem er sich in der Beurtheilung des Mandats: „*ut Titio credas*“¹⁾ auf die bereits erwähnte Autorität des Celsus stützt, gelangt er hinsichtlich des *mandatum tua gratia* zu einer bestimmteren Stellung, welche über derjenigen seines Gewährsmannes hinausliegt.

¹⁾ cf. L. 6. §§ 4. 5. Dig. mandati 17. 1.

Ulpian ist der Ansicht, dass wenn zu einem *mandatum tua tantum gratia* ein Garantieverprechen hinzutrete, daraus nicht nur, wie ja auch Celsus anerkennt, ein obligirendes Rechtsverhältniss hervorgehe, sondern dass dieses Letztere auch eine *actio mandati* erzeuge, mithin sich äusserlich als Mandat darstelle:

L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. — — — — — „*si vero suaseris mihi, ut magis apud eum (sc. libertum tuum) deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video.*“

Dasselbe besagt auch die bereits früher eingehend besprochene L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. u. a. m.

Mit dieser von Ulpian vertretenen Lehre ist dann der im ganzen späteren Recht eingenommene Standpunkt gewonnen.

Hier endlich haben wir auch die Frage zu beantworten, weshalb die Quellen nicht, anstatt sich an das Mandat zu halten, das ältere Institut des *jussus* aus seiner Beschränkung auf Geschäfte der Gewaltunterworfenen hervorzogen und ihm eine allgemeine Anwendung gaben. Diese Frage liegt um so näher, als der *jussus*, wie wir gesehen haben, alle Erfordernisse eines formlosen Garantievertrages in sich barg. In der That ist auch von den Gegnern¹⁾ unserer Theorie auf diesen Punkt mehrfach hingewiesen worden.

Es genügt ein Blick auf die Entwicklung des Bürgschaftsvertrages beim Aufkommen des Garantiemandats, um die geltend gemachten Zweifel alsbald zu zerstreuen.

Die *fidejussio* hatte dem Princip der *bona fides* zuerst Raum gegeben, indem sie die Regressklage des Bürgen nach den formlosen Regeln des Mandats gestaltete.

¹⁾ So statt anderer Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht.“ Bd. II. S. 578. „Dagegen könnte sich immerhin fragen, warum nicht die römische Jurisprudenz statt für die Fälle des Creditauftrages die *actio mandati* zuzulassen, dem Bedürfnisse durch erweiterte Zulassung der *actio quod jussu* entsprochen habe? Eine ausreichende Erklärung dieses Umstandes aber ist kaum zu geben, wenn der *jussus* Verpflichtungs-erklärung dem dritten Contrahenten gegenüber ist.“

Gleichwohl haftete an dieser Bürgschaftsart noch immer eine lästige Beschränkung des strengen Rechts, welche ihren Grund in der engen Verbindung der Obligation des Hauptschuldners mit derjenigen des Bürgen hatte.

Es ergab sich nämlich hieraus, dass durch die *litis contestatio* mit dem einen der beiden verpflichteten Subjecte die Klage gegen das andere konsumirt wurde. Hatte der Gläubiger daher den *fidejussor* belangt, ohne von ihm volle Befriedigung zu erzielen, so konnte er den Rest nicht mehr vom Hauptschuldner nachfordern, selbst wenn Letzterer späterhin in die besten Vermögensverhältnisse gelangte. Die Obligation war eben klaglos geworden.

Um die Beseitigung oder doch Milderung dieser für den Gläubiger wie *fidejussor* gleich lästigen Wirkung der Klagenconsumtion haben sich schon vor Justinian die Juristen eifrig bemüht, und Justinians Gesetzgebung lässt ein solches Bestreben in noch erhöhtem Maasse erkennen. Wir dürfen daher wohl mit Sicherheit annehmen, dass eben der Wunsch, jenen Beschränkungen zu entgehen, neben anderen Gründen, zur Aufnahme und Verbreitung des *Intercessionsmandats* führte. Wollte man aber als formlosen Bürgschaftsvertrag den *jussus* verwerthen, so war gerade für die Beseitigung des soeben hervorgehobenen Mangels gar nichts gewonnen. Denn es ist bereits wiederholt erwähnt worden, dass beim *jussus* der enge Zusammenhang zwischen der Hauptverpflichtung und der accessorischen Verbindlichkeit des Jubenten wesentlich darauf zurückzuführen war, dass beiden Verpflichtungen nur eine Obligation zu Grunde lag. Hieraus ergaben sich dann mit Nothwendigkeit die gleichen lästigen Folgen, welche wir bereits bei der *fidejussio* rügten: Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses für alle Betheiligten durch einmalige Erfüllung und Beseitigung jeder weiteren Klage durch *litis contestatio* mit einem der Verpflichteten.

Es liegt auf der Hand, dass der *jussus*, wie er einmal war, im Verhältniss zur *fidejussio* keine wesentliche Erleichterung oder Vereinfachung des geschäftlichen Verkehrs herbeigeführt hätte, jedenfalls aber weit hinter dem zurückblieb, was man in dieser Richtung von dem ihm verwandten Mandat

erwarten durfte. So erklärt es sich, dass man den ursprünglich im *jussus* zur Entfaltung gelangten formlosen Garantievertrag später dem Mandat einverleibte, um seine weitere Verbreitung und Entwicklung zu ermöglichen.

Nachdem jetzt, wie wir gesehen haben, der formlose Garantievertrag endgiltig dem Mandatssystem eingegliedert worden war, verstand es sich ganz von selbst, dass sämtliche Grundsätze des Mandats, soweit sie mit der besonderen Natur jenes Vertrages nicht im Widerspruch standen, auch auf ihn angewandt wurden.

Ebenso natürlich ist es, dass sich aus diesem Verhältniss dann eine Reihe von Eigenthümlichkeiten ergab, die dem Garantieverprechen, solange es die Grundlage der *actio quod jussu* bildete, gefehlt hatten.

Dahin gehört vor Allem die vollkommene Unabhängigkeit des Mandatsverhältnisses und der sich hieraus ergebenden Verpflichtungen von dem mandirten Rechtsgeschäft.

Diese Verschiedenheit in den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger, Garanten und Hauptschuldner bildet die Grundlage von practisch überaus wichtigen Consequenzen. Denn während hiernach der *jussus* eine selbständige Obligation nicht erzeugt, die durch ihn begründete Klage sich vielmehr an dasjenige Rechtsgeschäft anlehnt, welches zwischen dem dritten Contrahenten und dem Gewaltunterworfenen abgeschlossen wurde, entspringt aus dem Garantiemandat, sobald das mandirte Rechtsgeschäft zu Stande gekommen ist, auf beiden Seiten d. h. für jeden Contrahenten eine selbständige Klage, deren Inhalt sich lediglich nach den Grenzen des Mandats bestimmt.

L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1. Ulpian: „Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus“.

Diese viel umstrittene Stelle kann nur dann richtig verstanden werden, wenn wir nicht vergessen, dass es sich hier um ein Garantiemandat handelt, aus welchem eine Verpflichtung gleichviel in welcher Richtung überhaupt erst nach Aus-

führung des unter Garantie gestellten Rechtsgeschäftes hervorzugehen vermag.

Behalten wir aber dieses im Auge, so lässt sich nach dem Inhalt der citirten lex auch in der Behandlung der Klage eine fortschreitende Verschmelzung des formlosen Indemnitätsversprechens mit dem Mandatssystem nicht verkennen.

Sabinus erwähnt beim *mandatum*: „ut Titio pecuniam faenerares“ einer dem Mandanten zustehenden Klage noch mit keinem Worte.

Ihm kommt es zunächst nur darauf an, festzustellen, dass der Mandatar dem Mandanten gegenüber einen Anspruch auf Schadloshaltung habe. Gajus III. 156. § 6. *Inst. de mandato*. III. 26.

Weiter geht hierin Celsus. Er berücksichtigt, dass ja auch der Garant nach der Ausführung desjenigen Rechtsgeschäftes, welches er unter seine Garantie genommen hatte, gegen den Mandatar *ex fide bona* Ansprüche — z. B. auf Cession von Klagen und Rechten gegen den Hauptschuldner — haben könne, und dass diese durch eine *actio* zu sichern angemessen sei.

Es würde dem ganzen römischen Klagenprincip und der gesammten bisher dargestellten Entwicklung des Garantiemandats durchaus widersprechen, wollte man, wie das unbegreiflicher Weise geschehen ist, in der von Celsus erwähnten Klage eine auf Ausführung des Mandats gerichtete *actio mandati directa* erblicken, obwohl ausdrücklich erklärt ist, der Mandant habe daran kein Interesse¹⁾.

¹⁾ In erster Linie hat Ihering — „Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn“, *Jahrb. für Dogmatik*. Bd. 18. S. 64. ff. — das citirte Fragment in dem hier angefochtenen Sinne verwerthen wollen, um damit seine abweichende Interessenlehre zu stützen. Es liegt aber durchaus keine Veranlassung vor, die eventuelle Klage des Mandanten mit dem Satze: „*quia mandato non est obtemperatum*“ zu motiviren, während er an der Klagecession seitens des Mandatars doch zweifellos ein Vermögensinteresse hat.

Ebensowenig dürfte es Ihering gelingen, L. 8. § 4. *Dig. eod. tit.* seinen Zwecken dienlich zu machen.

Mehrere Tutoren haben dem einen Contutor den Auftrag ertheilt, dem Pupillen einen Sklaven zu kaufen. Dieses Mandat ist unerfüllt ge-

Damit ist ja auch keineswegs gesagt, dass unmittelbar nach Abschluss des Mandats nothwendig beiderseits Ver-

blieben. — Nun fragt es sich, welcher Anspruch aus jener Versäumniss gegen den Contutor erwächst. Ob nur eine actio mandati directa seitens der Mandanten oder auch eine actio tutelae directa des Pupillen. Hier entscheidet Julian: „*referre enim cujus generis servum tutores uni tutorum mandaverint ut emeret. Nam si supervacuum servum vel etiam onerosum, mandati actione tantum eum teneri, (d. h. seitens der Tutoren, wenn diese ein selbständiges Interesse an der Ausführung des Auftrages hatten) tutelae non teneri: si vero necessarium servum, tunc et tutelae eum teneri non solum, sed et ceteros: nam et si mandassent, tenerentur tutelae, cur servum pupillo necessarium non comparaverunt: non sunt igitur excusati, quod contutori mandaverunt, quia emere debuerunt. Plane habebunt nihilo minus mandati actionem, quia mandato non est obtemperatum.*“ Zunächst steht fest, dass die zuletzt erwähnte actio mandati sich als eine Regressklage der mit der actio tutelae directa belangten Tutoren gegen den Contutor darstellt. Eben daraus, dass Letzterer das ihm ertheilte Mandat nicht ausführte, erwuchs der Nachtheil für den Pupillen und die Haftung der Vormünder. Durch seine Versäumniss sind sie vermögensrechtlich geschädigt, und hierauf bezieht sich das von Ihering als selbständiger Klagegrund hervorgehobene „*quia mandato non est obtemperatum*“. Aber wäre es denn andererseits so ganz undenkbar, dass die Vormünder selbst ein Interesse am Ankauf des Slaven hätten, ohne dass zugleich für den Pupillen darin ein Vortheil läge? Setzen wir den Fall, dass der Mündel Eigenthümer einer taberna ist, welche einstweilen von den Tutoren in eigener Person verwaltet wird. Um sich von dieser Last zu befreien, beschliessen sie auf Kosten des Pupillen einen Slaven zu erwerben, welcher als institor dem Geschäftsbetriebe vorstehen könnte. Mit dem Ankauf des hierzu geeigneten Individuums wird der Contutor A. betraut, welcher indessen jenem Auftrage nicht nachkommt. Da nun auch in der Zwischenzeit die taberna des Pupillen ordnungsmässig verwaltet wurde, so hat Letzterer gewiss keinerlei Ansprüche gegen seine Vormünder, wohl aber können diese den A. mit der actio mandati belangen, da er durch jene Versäumniss erhebliche Zeit- und Kraftopfer seitens seiner Collegen veranlasst hat.

Neuerdings hat dann auch Stammler — „Der Garantievertrag.“ Archiv für civil. Praxis. Bd. 69. S. 69. — sich gegen] die von mir hier vertretene Auffassung der L. 6. §4. Dig. mandati 17. 1. gewandt. Da er es aber unterlassen hat, seinen Standpunkt genauer zu begründen, so bin ich ausser Stande,] hierauf näher einzugehen.

Sicher ist es falsch, nach der Lesart einzelner Handschriften das „non“ vor „intererat“ zu streichen, da gerade] hierdurch] d. h. durch das „non intererat“ einer der wesentlichsten Unterschiede zwischen dem Garantie-mandat und dem gewöhnlichen Mandatsvertrage] hervorgehoben werden soll.

pflichtungen erwachsen müssen. So lange noch von keiner Seite zur Erfüllung geschritten ist, wird solches kaum zutreffen. Nichts desto weniger entsteht unmittelbar nach Abschluss des Vertrages „*ultra citroque*“ eine „*actio*“, jedoch zunächst rein potentiell, und erst im Falle einer Rechtsverletzung tritt der Anspruch in ein actualles Stadium.

Von diesem Standpunct aus haben wir die in L. 6. § 4. Dig. *mandati* 17. 1. cit. erwähnte *actio* des Mandators zu beurtheilen.

Dass aber Celsus die *actio mandati contraria* des Gläubigers entsprechend dem rechtlichen Character des *Intercessionsmandats* in den Vordergrund stellte¹⁾, unterliegt keinem Zweifel und ergiebt sich mit Sicherheit aus der Anwendung der *tempora*: „*ego tibi sum (sc. statim) obligatus*“ und im Gegensatz hierzu: „*erit mihi tecum mandati actio*“ (sc. eventuell, d. h. im Falle einer Verletzung meines Rechts)²⁾.

Aus diesem selbständigen Wesen des Garantiemandats als *Obligation* im Vergleich zu der Gebundenheit des *jussus* an die Hauptverpflichtung folgt auch naturgemäss eine ganz abweichende rechtliche Stellung der beteiligten *Subjecte*.

Der Mandator ist Gläubiger in zwei von einander ganz unabhängigen Verpflichtungsverhältnissen mit dem Hauptschuldner und dem Garanten. An diese beiden *Obligationen* schliessen sich zwei ebenso selbständige *Actionen*, die der Gläubiger bis zu seiner völligen Befriedigung nach Belieben hinter einander oder gleichzeitig anstellen kann. Es steht ihm demnach frei, mit der einen stets nachzufordern, was er mit der anderen nicht erreichte, bis die Tilgung seines Anspruches aus einer Klage oder aus beiden zusammen erfolgt ist:

¹⁾ Auch darauf wäre zu verweisen, dass Ulpian das Garantiemandat im Anschluss an die *actio mand. contr.* behandelt cf. L. 12. § 7. Dig. *mandati* 17. 1. „*Contrario iudicio experiuntur, qui mandatum susceperunt*“, und nachdem bis § 11. nur Fälle des *contr. iudic.* behandelt sind, kommt in §§ 11. 12. 13. 14. 15. das Garantiemandat an die Reihe.

²⁾ Vgl. hiermit die näheren Ausführungen über Verträge und Verpflichtungen bei Pernice: „*Parerga*“. III. Weimar. 1888. S. 250., ebenso Pernice: „*Labeo*.“ II. S. 315. und endlich auch Brinz: „*Lehrbuch der Pandecten*.“ 2. Aufl. Bd. II. S. 57., der indessen mir etwas zu weit geht.

L. 60. pr. Dig. mandati 17. 1. Scaevola: „Creditor mandatore[m] convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. Respondi posse.

Dasselbe spricht aus Julian:

L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.: „Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debeo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Hiermit stimmt fast wörtlich überein die von Gajus herührende L. 27. § 5. Dig. mandati 17. 1., vgl. ferner L. 28. Dig. eod. tit. L. 41. § 1. und L. 52. § 3. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 23. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Dagegen wird, wie wir gesehen haben, beim jussus eine besondere Obligation zwischen dem dritten Contrahenten und Jubenten nicht begründet. Die Klage gegen Letzteren schliesst sich an die mit dem Gewaltunterworfenen eingegangene Obligation.

Diese kann somit electiv durch zwei Klagen geltend gemacht werden, wobei indessen durch die Anstellung der einen die andere consumirt wird.

Noch grösser sind die Vorzüge, welche das Garantiemandat dem Mandanten im Vergleich zum Jubenten gewährt.

Der Mandant kann verlangen, dass der Mandatar bei der Ausführung des garantirten Unternehmens mit aller Sorgfalt und gemäss den an ihn ergangenen Weisungen verfare. L. 95. § 11. Dig. de solut. 46. 3. L. 7. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Hat aber der Mandatar von der ihm durch den Garanten gebotenen Sicherheit Gebrauch gemacht und ihn nachher in Anspruch genommen, so kann dieser verlangen, dass ihm dafür sämtliche Vortheile und Ansprüche aus dem garantirten Unternehmen abgetreten werden, insbesondere alle Klagen, welche dem Mandatar aus dem mandirten Rechtsgeschäft gegen den Hauptschuldner zustehen.

Cf. L. 27. § 5. L. 28. Dig. mandati 17. 1. L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 95. § 10. Dig. de solut. 46. 3.

Die hier erwähnten Vorzüge stehen dem Jubenten nicht zu; einmal weil der jussus überhaupt keine selbständigen, von der Obligation des Gewaltunterworfenen abweichenden rechtlichen Beziehungen zum dritten Contrahenten erzeugt, sodann weil durch Anstellung der actio quod jussu die Klage gegen den Gewaltunterworfenen consumirt wird und endlich weil bei der Unmöglichkeit einer civilis obligatio zwischen dem Jubenten und dem Hauptschuldner eine Cession irgend welcher Klagen unwirksam wäre.

II. Abschnitt. Die Mandatsbürgschaft.

§ 5. Das Garantiemandat im engeren Sinn und das Intercessionsmandat.

Im vorigen Abschnitte ist die Entwicklung des Garantiemandats dargestellt worden, wie sie sich im Anschluss an die formstrenge *indemnitas promissio* und den formfreien *jussus vollzog*.

Dieser dem Mandatssystem eingeordnete formlose *bonae fidei* Vertrag findet nun eine zwiefache Anwendung.

Er tritt uns einmal als Garantiemandat im engeren Sinn entgegen, d. h. als Versprechen für den Ausgang irgend eines fremden Unternehmens schlechtweg zu haften — und sodann als Intercessions- oder Bürgschaftsmandat, wofür später der neulateinische Ausdruck „*mandatum qualificatum*“ üblich geworden ist.

Die Grundlage der zuerst genannten Abart bildet das *consilium* oder das *mandatum tua tantum gratia*, während die zweite sich hauptsächlich auf die *commendatio* oder das *mandatum aliena tantum gratia* stützt.

Weitere Consequenzen sollen indessen aus dieser getrennten Herleitung jener beiden Unterarten des Garantiemandats im weiteren Sinn keineswegs gezogen werden, zumal überdies das *mandatum tua* und *aliena gratia* vielfach zusammenfließen und dann nicht immer streng von einander geschieden werden können¹⁾.

¹⁾ Neuerdings ist dieser Entwicklungsgang gerade in seiner Einheitlichkeit viel zu wenig gewürdigt worden von Stammler: „Der Garantievertrag.“ *Archiv für civil. Praxis.* Bd. 69. S. 67. ff. — Da er nämlich das Bürgschaftsmandat d. h. den bei weitem häufigsten Fall des Garantiemandats im weiteren Sinn fast ganz aus dem Kreise

Dieser Scheidung zwischen dem Garantieversprechen im engeren Sinn und dem Intercessionsmandat sind sich die Quellen sehr wohl bewusst. Sie finden den Unterschied beider darin, dass bei Ersterem der Garant nicht accessorisch für eine fremde Verbindlichkeit einstehe, sondern eine selbständige Haftung für sich begründe. Den Inhalt dieser Obligation bilde alsdann derjenige Nachtheil, welchen der Promissar¹⁾ oder Mandatar aus dem unter Garantie unternommenen Rechtsgeschäft erleiden würde. Den Gegenstand der Haftung macht hier also das ungünstige Facit des anempfohlenen und garantirten Gesamtunternehmens — etwa des Antrittes einer suspecten Erbschaft — aus, während die Verbindlichkeit des Bürgschaftsmandanten aus einer accessorischen und subsidiarischen Haftung für eine fremde Schuld entspringt²⁾. — Cf. L. 8. § 1. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1.

seiner Betrachtungen ausschliesst, scheinen ihm die in den Quellen freilich weit selteneren Fälle des Garantimandats im engeren Sinn keine genügende Veranlassung geboten zu haben, die selbständige juristische Natur dieses Instituts und seine Stellung im Mandatssystem zu prüfen.

Die verbindliche Kraft des *mandatum tua tantum gratia* ist ihm bloss eine *quaestio facti*, also keinerlei bestimmten Gesetzen unterworfen. — „Aber selbst wenn dasselbe klagbar sei, so könne es die Zwecke des Garantievertrages nur annähernd erfüllen; denn auch bei dieser Anwendung des Mandatsbegriffes würde doch in erster Linie eine Verpflichtung des Mandatars entsprungen und nur ein etwaiger bei der Ausführung von demselben erlittener Schaden ihm dann zu vergüten gewesen sein. — Für eine Abweichung von diesen regelmässigen Mandatsgrundsätzen sei aber um so weniger Anlass, als die Anwendung derselben auf das *mandatum aliena tantum gratia* seitens der römischen Juristen ausdrücklich bezeugt werde.“

Diese letzte Behauptung begründet Stammer durch den Hinweis auf die L. 6. § 4. Dig. *mandati* 17. 1. — a. a. O. S. 69. Anm. 148. — welche einer auf Ausführung des Mandats gerichteten *actio mandati directa* erwähne. Das Unstatthafte dieser Auffassung glaube ich indessen schon in einem anderen Zusammenhange früher nachgewiesen zu haben. Wie wir aus Obigem entnehmen, hat also auch Stammer — in seinem sonst sehr beachtenswerthen Aufsatz — die selbständige juristische Natur des Garantimandats im römischen Recht gänzlich verkannt.

¹⁾ Ein solcher kommt natürlich nur bei der *indemnitas promissio* in Frage.

²⁾ Sehr zutreffend ist dieses neuerdings wieder hervorgehoben worden von Stammer, a. a. O. S. 36. ff.

Unter den klassischen Juristen bringt diesen Gedanken zuerst zum Ausdruck Africanus:

L. 19. § 4. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1.: „Quid ergo si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius, quod *parum idonea nomina debitorum viderentur*, mulier hoc ipsum repromisit, ut, *quanto minus a quoquo eorum servari posset, ipsa praestaret? prope est, ut sit intercessio.*“

Hiermit vergleiche man

L. 19. § 2. Dig. eod. tit. „In proposita specie et illud tractandum est, an is, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, senatus consulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. — Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam senatus consultum locum habeat, *quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet*, sed tutoris adversus pupillum et ceteros forte creditores *indemnem heredem praestaret.*“

Obgleich sich hier Bürgschaft und Garantiemandat in dem gleichen Thatbestande eng berühren, weiss Africanus sie dennoch wohl von einander zu scheiden und jedem sein besonderes Geltungsgebiet zuzuweisen.

Hat demnach beim Antritt einer suspecten Erbschaft der Mandant für die Zahlungsfähigkeit der einzelnen Erbschaftsschuldner gut gesagt, so haftet er dem Erben als dem Gläubiger accessorisch für eine bereits bestehende Obligation, mithin ist er Bürge.

Anders hingegen verhält es sich, wenn der Mandant dem Erben verspricht, dass aus dem anempfohlenen Unternehmen — dem Erbschaftsantritt — für ihn keine Verpflichtungen entstehen würden. Diese Sicherheit kann aber nicht anders geboten werden, als dadurch, dass der Garant die fraglichen Verbindlichkeiten, falls sie thatsächlich entstehen sollten, wie eigene Schulden auf sich nimmt. Zum eventuellen Gläubiger tritt er also durch diesen Sicherungsvertrag in gar keine rechtliche Beziehung, sondern er verspricht nur demjenigen, der möglicherweise Schuldner werden könnte, Befreiung von Schaden und Nachtheil,

Freilich giebt es Fälle, in welchen Intercession und Garantievertrag sich sehr eng berühren, ja so in einander fließen, dass es kaum möglich ist, sie zu scheiden.

Schon das klassische Recht kannte solche Erscheinungen ¹⁾, und das moderne Geschäftsleben hat im Delcredere-Vertrage oder der Creditversicherung ein Institut erzeugt, dessen rechtlicher Character sich nicht ohne Schwierigkeit feststellen lässt. Allerdings weisen hier die meisten Symptome auf eine Garantie hin. Der Delcredere-Versicherer wird erst dann angegriffen, wenn ein wirklicher Creditunfall sich einstellt, er haftet somit nur bedingungsweise, während andererseits wieder die accessorische Haftung für eine fremde Schuld an die Bürgschaft erinnert. Obgleich nun in der Regel dieser Vertrag als Versicherungsgeschäft beurtheilt wird, so können sich im einzelnen practischen Falle doch manche Zweifel ergeben, namentlich da, wo auch eine Schadlosbürgschaft in Frage kommen könnte ²⁾.

Es ist eine sehr befremdende Thatsache, dass während Africanus eine scharfe Trennung jener beiden Unterarten des Garantimandats im weiteren Sinne betont, seinem älteren Zeitgenossen Julian solches entgangen zu sein scheint. Dieser Umstand stellt sich als um so auffälliger dar, da Africanus gerade hier aus Julian geschöpft hat ³⁾. Und dennoch wäre dem stricte Wortlaut der L. 32. Dig. mandati 17. 1. eine solche abweichende Meinung des Letzteren zu entnehmen:

„Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. Si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum nunquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est.“

Der in diesem Satze vorausgeschickte Thatbestand stimmt völlig überein mit dem von Africanus in L. 19. §§ 1. u. 2. Dig.

¹⁾ Siehe die näheren Ausführungen oben S. 6. ff.

²⁾ Vgl. Entsch. des R. O. H. G. vom 26. März 1872. bei Seuffert Bd. 27. N. 64.

³⁾ In § 1. der lex 19. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. braucht Africanus die Wendung: „ubi similiter se respondisse Julianus ait.“ ...

ad sen. cons. Vellej. 16. 1. cit. referirten. Hier wie dort zögert der berufene Erbe mit dem Antritt der Erbschaft, weil er fürchtet, dadurch Vermögensnachtheile zu erleiden. In beiden Fällen tritt dann ein Dritter dazwischen, welcher dem Erben die Weisung ertheilt, er möge unter seiner Garantie antreten, er wolle für den etwaigen Schaden einstehen: — *indemnem heredem praestare* bezw. *cavere damnum praestari*. —

Trotz dieser Uebereinstimmung des Thatbestandes spricht sich Africanus direct dahin aus, dass eine Intercession hier nicht vorliege, während L. 32. cit. fortfährt:

„Et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine *fidejussor* obligari posset, et *mandati obligationem* consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fidejubeat an absens vel praesens mandet.“

Man sehe indessen doch nur näher zu, ob denn überhaupt im Thatbestande der L. 32. cit. die Voraussetzungen einer Bürgschaft gefunden werden können, und ob dieses gerade die zutreffende und erschöpfende Bezeichnung für die seitens des Mandanten hier übernommene Verpflichtung ist?

Ein an den Erben gerichtetes Bürgschaftsversprechen setzt voraus, dass Letzterer durch den Erbschaftsantritt Gläubiger werde. Es wird hier mithin nur derjenige Nachtheil berücksichtigt, welcher dem Erben aus einer Insolvenz der Erbschaftschuldner erwachsen könnte. — Cf. L. 19. § 4. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. —

Nun leistet aber der Mandant nach L. 32. cit. gerade für die Eventualität Garantie, dass die hereditas eine „*damnosa*“ sein sollte. Es fragt sich daher zuvörderst, wann dieser Fall eintrete? Zunächst wohl, wenn die Erbschaft keine Activa dagegen nur Schulden hat, — und alsdann wird der Mandant dafür einzustehen haben, dass die Erbschaftsgläubiger befriedigt werden. Solchen Falls kommt hier also nur ein Garantieverprechen im engeren Sinn in Frage, und von einer Bürgschaft kann überhaupt nicht die Rede sein.

Ganz ebenso verhält es sich, wenn die Erbschaft ausser den Schulden zwar Activa hat, zu denen aber keine Forderungen gehören.

Umfasst dagegen die Erbschaft unter ihren Activis auch Forderungen gegen Dritte, oder bestehen die Erbschaftsactiva gar nur aus solchen, so steht der Mandant dafür ein, dass die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger jedenfalls nicht mehr erfordern werde, als die Erbschaftsschuldner leisten würden. Die Verpflichtung des Mandanten beruht in einem solchen Falle auf einem Garantiemandat im weiteren Sinn, welches sowohl ein Garantieverprechen für die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger, als auch eine Bürgschaft für die Erbschaftsschuldner umfasst. Da es sich hier aber nur um die Verhütung eines *damnum* aus dem Erbschaftsantritte handelt, so reicht die Bürgschaft eben nur so weit, als die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger eine Beitreibung der Erbschaftsforderungen als nothwendig erscheinen lässt. Für den Bestand des Rechtsverhältnisses ist die Bürgschaft durchaus nicht massgebend, da einmal der Mandant mit vollkommener Umgehung derselben seiner Verpflichtung durch unmittelbare Zahlung an die Erbschaftsgläubiger genügen kann, und andererseits eine Verbindlichkeit des Mandanten trotz Einlösung des Bürgschaftsverprechens fortbesteht, wenn nämlich die Erbschaftsactiva mit Einschluss der Forderungen den Betrag der Erbschaftsschulden nicht erreichen. Die Bürgschaft erscheint hiernach nur als ein Mittel, zu welchem der Mandant nach eigenem freien Ermessen greifen kann, um seiner Verpflichtung je nach dem Umfange der Erbschaftsforderungen ganz oder theilweise zu genügen; dem gesammten Rechtsverhältnisse kann im Zweifel diese Bezeichnung nimmermehr beigelegt werden.

Ganz etwas anderes ist es dagegen, wenn eine Bürgschaft für die Erbschaftsschuldner übernommen wurde. Hier haftet der Mandant dann nur für die Beitreibung der Ausstände; ob aber der Erbschaftsantritt dem Erben ein *damnum* verursacht, erscheint bezüglich seiner Haftung als völlig gleichgiltig. Es ist in einem solchen Falle sehr wohl denkbar, dass der Mandant seiner Verpflichtung nachkommt und der Erbe dennoch ein *damnum* erfährt, wenn nämlich die Passiva der Erbschaft grösser sind, als die Gesammtheit ihrer Activa, und dass andererseits dem Erben ein *lucrum* zufällt,

wenn nämlich die Dank der Bürgschaft des Mandanten vollständig beigetriebenen Forderungen mehr ergeben, als die Erbschaft selbst schuldete.

Nur für den einen Fall, dass die Activa der Erbschaft mit Einschluss der Forderungen genau ihre Schulden decken, erscheint die Haftung des Bürgen zufällig auch als eine Haftung für das *damnum* aus dem Erbschaftsantritte.

Der Unterschied zwischen diesem Bürgschaftsverhältniss und der in L. 32. cit. erörterten Garantie für das *damnum* eines gewissen Unternehmens ist offensichtlich; wir müssen daher Africanus durchaus beipflichten, wenn er verlangt, dass der Wille zu bürgen bestimmt ausgedrückt werde:

L. 19. § 4. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. cit.: „— — — mulier hoc ipsum repromisit, ut quanto minus a quoquo eorum (sc. debitorum) servari posset, ipsa praestaret? — — —.“

Aus L. 19. §§ 2. u. 4. Dig. 16. 1. cit. können wir also mit Sicherheit entnehmen, dass dem Africanus jene Vermengung des in L. 32. cit. erwähnten Thatbestandes mit einer Intercession ganz unmöglich gewesen wäre. Um so mehr muss uns diese Unklarheit bei der klassischen Schärfe Julians auffallen.

Indessen weist ausser dieser Ungereimtheit im Inhalt auch noch ein fernerer Umstand darauf hin, dass aller Wahrscheinlichkeit nach der oben citirte Nachsatz zur L. 32. Dig. *mandati* 17. 1. gar nicht von Julian herstamme, sondern auf einer später ohne rechten Bedacht vorgenommenen Einschaltung beruhe.

In der That dürfen wir kaum annehmen, dass, während der nur wenig ältere Celsus nach dem Vorgange des Sabinus noch die Frage erörtert, ob das Garantiemandat überhaupt als ein klagbares Institut anzusehen sei, und während der jüngere Gajus sich nur darauf beschränkt, die bekannte Controverse zwischen Servius Sulpicius und Sabinus in seine Institutionen aufzunehmen, dem Julian bereits das Garantiemandat im weiteren Sinn als eine der *fidejussio* coordinirte Bürgschaftsform erscheinen konnte¹⁾.

¹⁾ Die hier besprochenen materiellen Gründe werden wohl jeden Zweifel an der Unechtheit jenes Satzes beseitigen. Gleichwohl scheint mir, dass als weiteres Argument für meine Ansicht auch die fehlerhafte

Wäre diese Stufe des Fortschrittes schon zu Julians Zeit erreicht worden, so müsste in den Institutionen des Gajus nothwendig etwas davon hervortreten. Nun wird hier des Garantiemandats als einer besonderen Bürgschaftsform noch mit keinem Worte Erwähnung gethan, dagegen bezeichnet es Gajus schlechthin als ein Institut, dessen Rechtsbeständigkeit keineswegs unbestritten sei. — Gajus III. 156. —

§ 6. Das Intercessionsmandat und seine Annäherung an die fidejussio.

I.

Nachdem, wie wir gesehen haben, Africanus eine scharfe Trennung zwischen dem Garantiemandat im engeren Sinn und dem Intercessionsmandat vorgenommen hatte, trat dann eine bewusste Annäherung des Letzteren an die fidejussio erst bei Scaevola ganz unzweideutig hervor:

L. 62. § 1. Dig. mandati 17. 1.: „Mandavi in haec verba: ‚Lucius Titius Gajo suo salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio.‘ Quaero, *si non fidejussisset, sed mandasset creditori et alias egisset quam quod ei mandatum esset*¹⁾, *an actione mandati teneretur.* — Respondit teneri.“

Fidejussio und Intercessionsmandat werden hier zwar nicht völlig identificirt, aber in ihren Wirkungen doch schon als ganz gleichwerthig bezeichnet.

Construction, das doppelte „quicumque“ sowie das „multo referre“ Beachtung verdienen. Hierauf weiter einzugehen, ist mir in diesem Zusammenhange unmöglich. Hoffentlich bringen die in unseren Tagen so hoch entwickelten Interpolationsforschungen volles Licht in diese Frage.

¹⁾ Die Worte: „et alias egisset quam quod ei mandatum esset“ enthalten eine ganz überflüssige Notiz. Das sehr schlechte Latein legt mir den Gedanken nahe, dass es sich auch hier um eine Einschaltung der Compileren handele.

Der Auftraggeber haftet, wenn der Mandatar die ihm mandirte Bürgschaft nicht, wie es der dominus negotii vielleicht erwarten mochte, in Gestalt einer fidejussio auf sich nahm, sondern von sich aus als Mandator intercedirte.

Dieses Bestreben des Scaevola, Intercessionsmandat und fidejussio einander zu nähern, kommt noch stärker zum Ausdruck in seinem liber primus responsorum:

L. 60. § 1. Dig. mandati 17. 1.: Ad eum qui uxorem ducturus erat litteras feci tales: „Titius Sejo salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti: ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit, velim certus sis secundum dignitatem tuam contrahere te matrimonium. — Et quamvis idonee repromissuram tibi Titiam matrem puellae dotem sciam, tamen et ipse, quo magis conciliem animum tuum domui meae, fidem meam interponere non dubito: quare scias, quodecunque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, *id me mea fide esse jussisse salvum te habiturum.*“ — Atque ita Titia, quae neque Titio mandaverat neque ratum habuerat quod scripserat, dotem Sejo promisit. — Quaero, si heres Titii *ex causa mandati* praestiterit, an actione mandati heredem Titiae convenire potest. — Respondi secundum ea, quae proponuntur, non posse. — Item quaesitum est, an nec negotiorum gestorum. — Respondi nec hoc nomine jure agere posse: palam enim facere Titium non tam Titiae nomine, quam quod consultum vellet, *mandasse.* — Item si maritus adversus *mandatorem* ageret, an aliqua exceptione summoveatur? Respondi nihil proponi, cur summovendus sit.“

Titius hat im Voraus jede Bürgschaft für die dos, welche die Titia ihrem Schwiegersohne versprechen sollte, übernommen. Da diese Zusage in einem Briefe, mithin *inter absentes*, erfolgte und ohne dass auf eine vorausgegangene stipulatio Bezug genommen wurde, so ist die Annahme, dass es sich hier um eine fidejussio handeln könnte, von vornherein ausgeschlossen. Damit stimmt dann ferner überein, dass der Bürge selbst als Mandator bezeichnet wird und dass es von seinem Erben heisst, er habe aus jener Bürgschaft „*ex causa mandati*“ geleistet.

Obwohl wir es im gegebenen Falle mit einem Intercessionsmandat zu thun haben, tritt der Mandator in sein Verpflichtungsverhältniss mit den bei der fidejussio üblichen verba solemnia ein: „id me fide mea esse jussisse.“

So auffallend diese Fassung den Vorgängern des Scaevola erscheinen mochte, angefochten kann sie nicht werden.

Das Intercessionsmandat ist ein formloser Vertrag und an den Gebrauch bestimmter Worte nicht gebunden, wofern nur der Verpflichtungswille bestimmt zum Ausdruck gelangt.

Möglich ist es, dass die Parteien zunächst eine fidejussio beabsichtigten, dann aber, weil die gesetzliche Stipulationsform inter praesentes nicht beobachtet war, das Rechtsgeschäft als Intercessionsmandat aufrecht erhielten.

Ein solcher Ausweg war durchaus zulässig, um so mehr als sämtliche Erfordernisse dieser formlosen Intercessionsart vorlagen¹⁾.

Dagegen muss es entschieden beanstandet werden, dass Scaevola, indem er die Voraussetzungen der Regressklage des Bürgen gegen den Hauptschuldner bespricht, sich ganz und gar von den Grundsätzen der fidejussio leiten lässt. Dem Intercedenten wird im vorliegenden Falle jedes Rückgriffsrecht abgesprochen, und zwar, weil er den Auftrag zum Intercediren nicht erhalten habe, eine Ratihabition seitens des Hauptschuldners nicht vorliege, die Voraussetzungen der negotiorum gestio aber in sofern nicht zuträfen, als die Bürgschaft nicht contemplatione alterius, sondern im eigenen Interesse des Bürgen übernommen worden sei.

¹⁾ Diese Conversion eines formalen Rechtsgeschäfts, welches wegen äusserer Mängel nicht zur Existenz gelangen kann, in ein gleichartiges formloses ist in den Quellen z. B. für die acceptilatio ausdrücklich als zulässig anerkannt: L. 5. pr. Dig. de rescindenda vend. 18. 5. Julian: „Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, *acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*“ Vgl. hiermit auch L. 19. pr. Dig. de acceptilatione. 46. 4. Ulpian: „Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.“

Indem Scaevola, wie hier geschieht, auch hinsichtlich der Regressklage das Intercessionsmandat unter die für die fidejussio geltenden Normen bringt, fördert er zwar sehr erheblich eine Annäherung, ja Verschmelzung beider Institute, indessen zum entschiedenen Nachtheil des Mandatsbürgen.

Schon bei der Betrachtung des Garantiemandats im weiteren Sinn habe ich auf den selbständigen Character der zwischen dem Garanten und dem Empfänger des Garantieversprechens begründeten Obligation hingewiesen. Ganz das Gleiche gilt selbstverständlich auch für das Intercessionsmandat. Dadurch, dass der Mandatsbürge dem Gläubiger leistet, hebt er eben nur seine Verpflichtung auf, — die Obligation des Hauptschuldners wird hiervon nicht berührt. Der Mandator kann die Cession dieser letztgenannten Forderung bei Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit vom Gläubiger verlangen und sich dergestalt eine Regressklage sichern ganz unabhängig davon, ob zwischen ihm und dem Hauptschuldner eine unmittelbare rechtliche Beziehung bestand oder nicht.

Wie wir sehen, ist Scaevola in der Anwendung seines in L. 62. § 1. Dig. mandati 17. 1. aufgestellten Principis sogar zu weit gegangen. Die Thatsache aber, dass er jene Auffassung von der Gleichartigkeit des Intercessionsmandats und der fidejussio sowohl in seinen Digesten — cf. L. 62. § 1. Dig. mandati 17. 1. — als auch in seinen Responsen — cf. L. 60. § 1. Dig. eod. tit. — vertritt, scheint mir auf einen neuen, bisher noch nicht geltend gemachten Standpunkt hinzuweisen. Die Kürze der in L. 62. § 1. Dig. mandati cit. ausgesprochenen Setenz kann bei dem dogmatischen Erörterungen abholden, vorwiegend practischen Sinn des Scaevola Niemanden befremden.

In dieser hiermit eingeschlagenen Richtung geht dann Papinian noch einen bedeutsamen Schritt weiter, indem er die epistula divi Hadriani auch auf den Fall der Haftung mehrerer Mandatsbürgen ausdehnt:

L. 7. in fin. Dig. de fidejussor. et nom. 27. 7. „— — — nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit.“

In der That liess sich gegen die Anwendung jenes bedeutsamsten aller für die fidejussio bis dahin erlassenen Specialgesetze auf das Intercessionsmandat durchaus nichts einwenden. Eine Theilung des Anspruches unter die mehreren zur Zeit der *litis contestatio* zahlungsfähigen Mandatoren stand in keinem Widerspruch zur Eigenart dieses Instituts¹⁾.

II.

Noch enger wurden fidejussio und Intercessionsmandat dadurch mit einander verbunden, dass die Regressklage des Fidejussors gegen den Hauptschuldner — die *actio mandati contraria* — ohne jede Modificirung auch dem Mandator zugestanden wurde.

Schon Scaevola²⁾ stellte, wie wir gesehen haben, in dieser Hinsicht beide Rechtsverhältnisse einander gleich, ging aber fraglos darin zu weit, dass er den in der Natur des Intercessionsmandats begründeten Rückgriff durch Klagecession einfach ignorirte.

Die Vorgänger des Scaevola, Julian und in wörtlicher Uebereinstimmung mit diesem Gajus³⁾, scheinen noch den Standpunkt vertreten zu haben, dass die ganz oder zum Theil cedirte Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner dem Mandator unter allen Umständen das sicherste Regressmittel biete — schon deshalb, weil sie dem Bürgen ganz unabhängig von seinem Verhältniss zum Hauptschuldner den entsprechenden Ersatz für seine Auslagen gewährte.

Die gleiche Ansicht vertritt dann nach Scaevola wieder Papinian. In L. 95. § 10. Dig. de solut. 46. 3. heisst es:

„Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, ejusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo

¹⁾ Das Nähere in meinem Aufsatz: „Zur sog. *exceptio divisionis*“ in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. Bd. 11. S. 278. ff.

²⁾ L. 60. § 1. Dig. mandati 17. 1.

³⁾ Cf. L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. und L. 27. § 5. Dig. mandati 17. 1. Die erstgenannte Stelle rührt von Julian her, die zweite von Gajus.

mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat.“

Denselben Gedanken spricht aus L. 95. § 11. Dig. eod. tit.: „Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.“

Dagegen finden wir weder bei Papinian noch bei seinen oben erwähnten Vorgängern Julian und Gajus einen Hinweis darauf, dass sie neben der actio cessa dem Mandator noch einen Rückgriff durch actio mandati contraria gegen den Hauptschuldner eingeräumt hätten.

Im Gegensatz hierzu haben dann Ulpian und Paulus den Regress des Mandators wiederum nach den für die fidejussio geltenden Grundsätzen geregelt. Ersterer berücksichtigt zwar gleichzeitig auch die actio cessa, jedoch nur in der Weise, dass er als Gewährsmann den Papinian anführt:

L. 28. Dig. mandati 17. 1.: „Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere“¹⁾.

Ganz wie bei der fidejussio, so wird nun auch beim Intercessionsmandat, soweit es irgend thunlich erscheint, ein Mandat des Hauptschuldners an den Bürgen, die Bürgschaft zu übernehmen, construiert und, wo dieses nicht möglich ist, eine negotiorum gestio supponirt:

Cf. L. 18. Dig. mandati 17. 1.: Ulpianus libro quadragensimo ad Sabinum. „Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intellegitur.“ Vgl. damit L. 6. § 2. Dig. eod. tit., welche gleichfalls Ulpians Meinung wiedergibt und L. 6. Cod. mandati 4. 35.

¹⁾ Die von Papinian herstammende L. 95. §§ 10. 11. Dig. de solut. 46. 3. cit. stand gleichfalls in den „quaestionen“, wenschon im achten Buche derselben.

endlich auch L. 20. § 1. Dig. mandati 17. 1. und L. 60. Dig. de reg. jur. 50. 17.

Ganz besonders auffallend erscheint es, dass gerade Paulus für die Einräumung des Regresses durch *actio mandati contraria* an den Mandatsbürgen eingetreten ist¹⁾, während doch andererseits gerade er in richtiger Erkenntniss der Unzulänglichkeit dieses Rückgriffes durch eine scharfsinnige Fiction auch dem fidejussor die *actio cessa* gegen den Hauptschuldner zugänglich machte²⁾.

In der That könnte man hier fragen, welcher Vorzug dem Mandator durch Gewährung jenes Rechtsmittels denn eigentlich zu Theil wurde? Der Anspruch auf Cession der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner bot dem Mandatsbürgen ein so sicheres Schutzmittel, wie es ihm jene neue Klage ihren rechtlichen Voraussetzungen nach doch nicht immer verschaffen konnte³⁾.

Letztere musste nothwendig überall da versagen, wo sich ein Mandat des Hauptschuldners oder eine *negotiorum gestio* zu seinen Gunsten nicht feststellen liess.

Wenn nun ungeachtet dieser fraglosen Vorzüge der *actio cessa* der Rückgriff durch die *actio mandati contraria* dennoch auch beim Intercessionsmandat in Aufnahme kam, so liegt der Grund hierfür vorzugsweise darin, dass diese Klage durch ihren infamirenden Character ein ganz besonders schneidiges Schutzmittel bot.

¹⁾ L. 58. § 1. in fin. Dig. mandati 17. 1. — — — — „*nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est.*“ Ueber den Standpunkt Ulpian's vgl. L. 9. § 3. Dig. de sen. cons. Maced. 14. 6.

²⁾ L. 36. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.

³⁾ Einen solchen Fall, wo die *actio mandati* oder *negotiorum gestio* als Regressklage versagt, erwähnt Paulus: L. 40. Dig. mandati 17. 1. „*Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.*“

Einen anderen Fall führt an: Scaevola L. 60. § 1. Dig. mandati 17. 1., wo ein Mandat nicht in Frage kommt, und die *actio neg. gest.* fortfällt, weil die Bürgschaft im eigenen Interesse des Bürgen und nicht *alterius contemplatione* übernommen war. Siehe oben S. 86. 87.

Von jeher galt es für schmähhch, den Bürgen für sich zahlen zu lassen. Schon Cicero spricht dieses in einem Brief an den Atticus mit aller Bestimmtheit aus:

Epistolarum ad Atticum lib. XVI. epist. 15. § 2.: „Etsi sponsores appellare videtur habere quamdam *δυσωπλιαν*,
— — —“

Aus der gleichen Auffassung erklären sich wohl auch die schwerwiegenden Wirkungen der *actio depensi*¹⁾ nach der *lex Publilia*¹⁾).

Festere Gestaltung gewinnt diese Frage bei Gajus:

L. 19. Dig. de injuriis et fam. libellis. 47. 10.: „Si creditor meus, cui paratus sum solvere, *in injuriam meam* fidejussores meos interpellaverit, injuriarum tenetur.“

Der Gläubiger hat durch frivole Mahnung der Fidejussoren den Schuldner unverdienter Weise in eine schimpfliche Lage gebracht, dafür muss er ihm Genugthuung gewähren.

Da das citirte Fragment des Gajus sich auf das edictum provinciale bezieht, so ist es sehr möglich, dass bereits zu seiner Zeit die infamirende Wirkung der Regressklage gegen den Bürgen gesetzlich fixirt war. Jedenfalls aber hatte zu Ulpians Zeit die *actio mandati* des fidejussors gegen den Hauptschuldner im Edict über die Infamie Aufnahme gefunden²⁾.

Diese Bedeutung jener Mandatsklage hat Unterholzner³⁾ zur Annahme verleitet, dass es sich hier um eine *actio mandati directa* gehandelt habe, da nur mit einer solchen im Edict die infamia verbunden werden konnte, während das bei der *actio contraria* durchaus unzulässig war:

L. 1. Dig. de his qui notantur infam. 3. 2. Julianus libro primo ad edictum. Praetoris verba dicunt: „Infamia notatur qui — — mandati — — — suo nomine non contrario judicio damnatus erit.

1) Gajus IV. 22.: „Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum pro quo sponsor dependisset.“

2) Siehe L. 6. § 5. Dig. de his qui notantur infam. 3. 2. cit. auf S. 94.

3) Unterholzner: „Schuldverhältnisse.“ Bd. II. S. 809. Note d.

Vergleiche damit:

L. 6. § 7. Dig. eod. tit. Ulpianus libro sexto ad edictum. *Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.*

Dessenungeachtet sprechen schwerwiegende Gründe dafür, dass von den Quellen die Regressklage des Fidejussors dennoch als eine *actio mandati contraria* aufgefasst wurde.

Die Mandatsklage konnte dem Fidejussor nur dann gewährt werden, wenn ein ausdrückliches oder stillschweigendes Mandat, die Bürgschaft zu übernehmen, seitens des Hauptschuldners vorausgegangen war. Fehlte dieses, so kam dann nur noch eine *actio negotiorum gestorum* in Frage, wofern ihre Voraussetzungen zuträfen.

L. 20. § 1. Dig. mandati 17. 1. Paulus: „Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit: *nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.*“ Cf. L. 21. L. 22. § 1., ferner L. 33. und L. 53. Dig. eod. tit.

Nach der Structur jenes Mandatsvertrages fällt dem Fidejussor die Rolle des Mandatars zu. Die ihm in solcher Eigenschaft zustehende Klage kann aber nur eine *actio contraria* sein.

Noch bestimmter tritt dieses hervor, wenn wir berücksichtigen, dass auch der Hauptschuldner als Mandant eine Klage gegen den fidejussor hat auf Herausgabe alles desjenigen, was in Folge des dem Fidejussor erteilten Auftrages zu bürgen aus dem Vermögen des Hauptschuldners an ihn gelangt sein sollte.

L. 59. § 1. Dig. mandati 17. 1. „Paulus respondit fidejussorem, qui rem pignoris jure obligatam a creditore emit, *mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.*“

Dass die hiernach dem Hauptschuldner als dem Mandanten beziehungsweise seinen Erben zustehende Klage nur eine *actio*

mandati directa sein konnte, wird gewiss nicht bestritten werden. Damit ist aber von selbst jede Möglichkeit ausgeschlossen, dass dem Bürgen gleichfalls eine actio directa zustand.

Schon früher ist die Vermuthung ausgesprochen worden, „dass für die Ersatzansprüche des Bürgen eine besondere Klageformel im Edict aufgestellt gewesen sei“¹⁾. — In der That wird man ganz von selbst zu dieser Annahme gedrängt, da es gar nicht möglich wäre, nach dem Wortlaute des Edicts die infamirende Wirkung einer actio mandati contraria beizulegen.

Diese Vermuthung wird nun durch das Zeugniß der Quellen zur unumstösslichen Gewissheit erhoben. Es unterliegt keinem Zweifel, dass im prätorischen Edict neben der actio mandati directa und contraria im gewöhnlichen Sinn noch eine dritte actio mandati gestanden habe. Wir dürfen annehmen, dass diese Klage aufgestellt wurde zum Schutze gewisser Treuverhältnisse, deren Kreis wohl nicht bestimmt abgegränzt war.

Wie beim Intercessionsmandat, so handelt es sich auch hier um die Einkleidung eines selbständigen, fremden Rechtsinhalts in die äussere Form des Mandatsvertrages. Im hohen Grade wahrscheinlich ist es, dass die Aufnahme jener Klage in's Edict sich vorzugsweise auf das Bestreben zurückführen lässt, dem Bürgen, also zunächst wohl dem fidepromissor und fidejussor²⁾, eine Regressklage gegen den Hauptschuldner zu gewähren. Hierin wird wohl auch die Hauptanwendung unserer actio mandati gelegen haben, aber der einzige Fall scheint es doch nicht gewesen zu sein.

Ob diese actio mandati sich äusserlich als actio directa oder contraria darstellte, war gleichgiltig, sie infamirte stets. Ihre Veranlassung war eben ein Treubruch, der sich unter

¹⁾ Unterholzner a. a. O. S. 809. Note d. hat neben der Meinung, dass es sich hier um eine actio directa handeln könnte, auch obigen Gedanken angeregt.

Siehe ferner Lenel: „Edictum perpetuum“. S. 236: „Wahrscheinlich ist mir eine speziell auf den Rückgriff des Bürgen berechnete formula in factum concepta der actio contraria.“

²⁾ Gajus III 127. Der sponsor hatte bereits die actio depensi.

allen Umständen als „perfidia“ darstellte. Dem entsprechend ist es möglich, dass dem Edict nach die Klage auf „fidem praestare“ lautete.

L. 6. § 5. Dig. de his qui notantur infam. 3. 2.: „Mandati condemnatus“: verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui *fidem*, quam adversarius secutus est, *non praestat*. *Ut puta fidejussi pro te et solvi: mandati te si condemnvero, famosum facio.*“

Besonderes Gewicht lege ich auf das „ut puta“. Es weist darauf hin, dass es sich hier bloss um die Erwähnung eines bestimmten Falles handele, der neben anderen als Beispiel Beachtung verdient.

Das gleiche Treuverhältniss zwischen Hauptschuldner und Bürgen lässt Julian hervortreten:

L. 33. in fin. Dig. mandati 17. 1.: „nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, *fidem ejus spectasse* (sc. der Bürge) videtur qui rogavit.“

Auch der von Lenel¹⁾ gemachte Hinweis auf die abgeordnete Stellung der Bürgenregressklage im titulus mandati Dig. 17. 1. dient gewiss als weiterer gewichtiger Beleg für die selbständige Behandlung unserer actio mandati im prätorischen Edict.

Gerade im Hinblick auf diese Klage begreift man, wie ungerechtfertigt der von allzu einseitigen Germanisten wider das römische Vertragsrecht erhobene Vorwurf ist, als sei hier der leitende Gedanke überall nur brutalster Geschäftsgeizismus ohne jede Berücksichtigung der Treue und des Glaubens gewesen.

Der so mannigfach entwickelte und angewandte Begriff der bona fides wird entweder dem vollen Umfange seiner Wirkungen nach verkannt, oder mit Stillschweigen übergangen.

Sehr bezeichnend ist in dieser Richtung eine vergleichende Bemerkung, die uns in einer Schrift Platners²⁾ entgegentritt.

¹⁾ a. a. O. S. 236. L. 10. §§ 11.—13. L. 12. pr. — § 6. Dig. mandati 17. 1.

²⁾ „Die Bürgschaft. Eine germanistische Abhandlung“ von Dr. Victor Platner. Leipzig. 1857.

Indem er das gegenseitige Verhältniss zwischen Bürgen und Hauptschuldner beleuchtet, äussert er sich folgendermassen:

„Die ganze historische Entwicklung der Bürgschaft im älteren Deutschen Recht streitet gegen die Römische Ansicht, dass das zwischen Bürgen und Verbürgten bestehende Verhältniss nur nach den Grundsätzen des Mandats oder der negotiorum gestio zu beurtheilen ist. — Denn da der Bürge sich vollständig dem Bürgensteller anvertraut — — — — indem er von ihm zuversichtlich hofft, er werde als Auctor der Schuld ihn nicht zur Leistung derselben durch sein unzuverlässiges Benehmen zwingen, so wird ein solches inniges Vertrauensverhältniss nicht blos nach dem vermögensrechtlichen Verlust und Gewinn beurtheilt. — Der Verbürgte, welcher das auf ihn gesetzte Vertrauen missbraucht — — — — — ist daher ursprünglich verpflichtet, dem Bürgen nicht allein den Schaden zu ersetzen, sondern ihm auch Strafe zu zahlen. Denn der Verbürgte hat durch seine Nichtleistung dem Bürgen nicht allein einen Vermögensverlust verursacht, sondern auch eine unsittliche, strafwürdige Handlung begangen!

Diese vermögensrechtlichen und strafwürdigen Folgen der Bürgschaft für den Verbürgten haben vorzugsweise die ältesten Rechtsquellen hervorgehoben. Denn nach ihnen muss der Verbürgte das Zweifache, Dreifache von dem leisten, was der Letztere dem Gläubiger geleistet hat.“

Hierfür citirt Platner dann die Lex Burg. tit. 19. c. 8. und Pertz Mon. Germ. III. Capit. Paderborn. 785. c. 27.

Wir haben gesehen, dass gerade nach römischer Auffassung jenes „innige Vertrauensverhältniss“ zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner bestand, welches Platner für eine Specialität der altgermanischen Rechtsquellen erklärt. Die Platner offenbar unbekanntenen „Grundsätze des Mandats“ sind es eben, die den Vertrauensbruch empfindlich ahnden.

Ich meine, dass die auf „fidem praestare“ gerichtete Klage mit ihrer infamirenden Wirkung sogar ein feineres Verständniss für das zwischen dem Bürgen und Gläubiger bestehende Treu-

verhältniss an den Tag legt, als die Lex Burgundionum und andere germanische Rechtsquellen mit ihren Vorschriften über die Verurtheilung des Hauptschuldners in das Doppelte und Dreifache desjenigen, was der Bürge dem Gläubiger hatte leisten müssen¹⁾.

Wir haben in Vorstehendem die *actio mandati* und deren Wirkungen als Bürgenregressklage besprochen. Ihre Ausdehnung auf das *Intercessionsmandat* musste dem Mandator auch neben der *actio cessa* manchen Vortheil gewähren.

Aus jener erweiterten Anwendung der *Edictsklage* lässt sich mit Sicherheit entnehmen, dass Mandat und *fidejussio* dem *Scaevola*, *Ulpian* und *Paulus* als coordinirte Bürgschaftsformen erschienen.

Ebenso zweifellos ist es, dass die erwähnten Schriftsteller gerade aus diesem Grunde die Erstreckung der *actio*²⁾ bestehenden Bürgschaftsarten gemeinsamen Regressklage auf jene neuere Bildung für selbstverständlich erachteten. Eine solche Reform liess sich um so eher vertreten, als sie lediglich eine Verbesserung der rechtlichen Stellung des Mandators mit sich brachte und durchaus nichts enthielt, was mit der juristischen Gestaltung des *Intercessionsmandats* im Widerspruch stand. Hier tritt also mit voller Bestimmtheit das Bestreben hervor, den Bürgschaftscharacter des Instituts noch stärker zur Geltung zu bringen. Diese Tendenz ist indessen nicht immer richtig gewürdigt worden.

Es war eine nothwendige Folge des Rückgriffes durch *actio mandati* und *negotiorum gestorum*, dass man, wo es nur irgend anging, ein Mandat des Hauptschuldners an den Mandatar oder eine *negotiorum gestio* des Letzteren zu des Hauptschuldners Gunsten *supponirte*. Alsdann büsste das *Intercessions-*

¹⁾ Es ist nicht ohne Interesse, hier darauf hinzuweisen, dass auch im römischen Recht, da wo ursprünglich eine *actio in duplum* bestand, späterhin eine infamirende Klage an die Stelle trat; als Beispiel diene die *actio depositi*. Man könnte hiernach sagen, das römische Recht habe im Vergleich zum germanischen hinsichtlich des Bürgenregresses einen fortgeschritteneren Standpunkt eingenommen.

²⁾ *Gajus* III. 127. „In eo quoque par *omnium* causa est, quod si quid pro reo solverint ejus recipiendi causa habent cum eo *mandati* iudicium.“ *omnium* d. h. *sponsorum*, *fidepromissorum* et *fidejussorum*.

mandat den ihm grundsätzlich innewohnenden Character eines *mandatum tua* oder *aliena tantum gratia* ein. Der Mandator hatte dann freilich auch ein eigenes Interesse daran, dass der Gläubiger dem Creditauftrage nachkomme. Da nämlich der Mandator selbst verpflichtet ist, so bemisst sich sein Interesse nach der Höhe desjenigen Anspruches, welchen der Hauptschuldner wegen des ihm ertheilten und nicht zur Ausführung gelangten Auftrages zu intercediren gegen ihn hat. Ebenso verhält es sich dann, wenn zwar kein Mandat, wohl aber eine *negotiorum gestio* für den Hauptschuldner und daraus entstandene Ansprüche des Letzteren vorliegen¹⁾).

Mit einem Schein von Recht könnte man nunmehr darauf hinweisen, dass ja unter den gegebenen Voraussetzungen das Intercessionsmandat auch zu einem *mandatum mea gratia* werde und mithin durchaus kein Grund vorliege, das ganze Institut als etwas anderes anzusehen, denn als ein gewöhnliches Mandat, welches in seiner Entwicklung keineswegs nach besonderen Grundsätzen zu beurtheilen sei²⁾).

¹⁾ Vergl. L. 27. (28.) Dig. de neg. gest. III. 5. Javolenus: „Si quis mandatu Titii negotia Seji gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: *Titii autem interest quantum is Sejo praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est.* — Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia *id ei abesse videtur in quo obligatus est.*“

²⁾ Diesen Anschauungen begegnen wir in der Litteratur mehrfach, so z. B. unter den Aelteren bei Lynker: „Disputatio inauguralis juridica de commendatione speciali.“ Cap. I. tit. VII. — ferner bei Zimmern: „Römisch-Rechtliche Abhandlungen“ Band I. S. 264. u. 255.: „Ueber Intercession durch *mandatum* und *constitutum*.“ — bei Goswin a Michels: „De intercessione per *mandatum*.“ Inaugur. Dissert. Halle. 1867. S. 24.: „Propterea, ut jam dictum, *mandato intercessorio* jam semper usos fuisse procul dubio, sed nisi *mandator mandatarium Titii* (d. h. des Hauptschuldners) erat, eo uti non poterat.“ Diese Auffassung hat dann auf der anderen Seite einen übertriebenen Widerspruch hervorgerufen. Vgl. Gesterding: „Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten.“ „Beitrag zur Lehre vom Mandat.“ Greifswald. 1818. S. 186. u. 190. Ihm scheint der Rückgriff durch *actio mandati* nicht mit der Regel übereinzustimmen, dass der Mandator durch Zahlung an den Gläubiger stets nur eine eigene Verbindlichkeit erfülle, mithin grundsätzlich sein eigenes Geschäft besorge. L. 28. D. de mandati 17. 1. Er sieht sich daher veranlasst, die Regressklage in Gestalt der *actio mandati* unter den Gesichtspunkt einer ver-

Wir haben indessen gesehen, dass die römischen Juristen bei der Zulassung jener Regressklage von einer ganz anderen Auffassung ausgingen und gerade die selbständige Bürgschaftsnatur des Intercessionsmandats in den Vordergrund stellten. In der oben erwähnten Erscheinung werden wir daher nichts weiter erblicken dürfen, als eine zufällige Consequenz, welche auf die gesammte Natur des Intercessionsmandats keine Rückschlüsse gestattet.

III.

Die juristischen Schriftsteller haben seit den Zeiten der Glossatoren in ihrem Bestreben fidejussio und Intercessionsmandat möglichst von einander zu trennen, übereinstimmend darauf hingewiesen, dass die Intercession per mandatum dem Hauptvertrage vorausgehen müsse, während dieses bei der fidejussio nicht erforderlich sei, hier vielmehr der Bürge seine Verpflichtung in der Regel erst nach Abschluss des Hauptvertrages zu übernehmen pflege¹⁾.

einzelten Ausnahme zu bringen. Wir haben gesehen, dass eine so durchlöcherete Systematik hier sehr wohl entbehrt werden kann.

¹⁾ Vgl. die Glosse zu L. 12. § 14. Dig. mandati 17. 1: „quia mandator accipitur tantum *ante* obligationem — — — fidejussor autem accipitur *et ante* ut promitto, quod isti credes *et post*. Die gleiche Anschauung vertreten ferner:

Azo: Summa domini Azonis Lugd. 1546 ad Cod. 8. 41.: „mandator — — — praecedit principalis debitoris obligationem nisi in casu, quum tibi mandaverit ne urgeres debitorem.“

Angelus ab Aretio: Commentar. ad Institut. Justin. ad Inst. III. 20. „Quaero quae sit differentia inter istos fidejussores et mandatores? Fidejussor *praeteritae* et *futurae* obligationi accipi potest; mandator vero tantum *ante*, nisi in casu „puta cum mando creditori ne urgeat debitorem.“

Ludovicus Vitalis: Thesaur. jur. Romani ed. Otto Tom. IV. p. 680.

Hugo Donellus: Opera omnia jurisc. et antecess. Commentar. de jure civ. Tom. IV. p. 555. „Tantumque inter mandatorem et fidejussorem hoc interest, quod mandator quia mandat ut contrahatur postea, semper obligationem principalem *praecedit*: fidejussor *et praecedere* obligationem *et sequi* potest.“

Valentinus Francus: „Tractatus de fidejussoribus“ Lipsiae. 1594. Cap. I.

Hippolytos de Marsiliis Bononiensis: „Tractatus de fidejussoribus.“ Colon. Agrip. 1607. § 3.

Anton Hering: „Tractatus de fidejussoribus“ Francofurt. 1614. Cap. XVIII. § 3.

Der ganzen Frage wird zunächst jede practische Bedeutung schon dadurch entzogen, dass wie beim jussus, so auch beim Mandat eine Ratihabition den Mangel einer vorgängigen Willenserklärung ersetzen kann¹⁾.

Aber auch ganz abgesehen hiervon gestattet die einzige Quellenstelle, auf welche sich obige Darstellung stützt, keineswegs eine solche Beschränkung des Intercessionsmandats:

L. 12. § 14. Dig. mandati 17. 1. Ulpian. „Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait.

Plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.“

Die Worte Papinians enthalten eine allgemeine Regel. Ein Mandat, welches erst nach Ausführung des vom Mandanten ins Auge gefassten Rechtsgeschäfts ertheilt wurde, ist gegenstandslos und somit nichtig. Es ist das derselbe Gedanke,

Heineccius: „Antiquitatum Romanorum Syntagma“ lib. III. tit. XXI. No. VI.

Lynker: „Disputatio inauguralis juridica de commendatione speciali“ Cap. IV. tit. XX.

Schilter: „Praxis jur. Romani“ Jenae 1698. Excurs. XXVIII.

Just. Henning Boehmer: „Consultationes et decisiones juris.“ Halae 1734. Tom. II. Decisio 1038.

Jacobus Voorda: „Electorum liber singularis“. Trajecti ad Rhenum 1749. Cap. VII. Ut differant inter se fidejussores et mandatores. p. 79.

In neuerer Zeit hat diese schematische Trennung keinen Beifall gefunden. Meist hat man auf ein solches äusserliches Unterscheidungsmerkmal zwischen fidejussio und Intercessionsmandat einfach verzichtet; wo seiner indessen noch Erwähnung geschieht, da wird jede schroffe Gegenüberstellung beider Bürgschaftsarten vermieden und nur von einer Eigenthümlichkeit des Mandatsvertrages gesprochen, so Girtanner: „Die Bürgschaft“. Jena 1850. S. 69.

¹⁾ L. 1. § 6. Dig. quod jussu. 15. 4. L. 1. § 13. Dig. de vi et de vi armata. 43. 16. L. 12. Dig. de solut. 46. 3. L. 152. § 1. Dig. de reg. jur. 50. 17. auch Justus Henning Boehmer a. a. O. hebt diese Bedeutung der Ratihabition beim sogenannten mandatum qualificatum hervor: „Mandatum etiam ex post facto post finitum jam negotium constitui potest per ratihabitionem.“

welcher auch in L. 8. § 6. Dig. eod. tit. von Ulpian ausgesprochen wird.

Das genannte Princip, meint Ulpian dann weiter, werde jedoch keineswegs dadurch verletzt, dass der Intercedent nachträglich das *periculum* einer bereits vorhandenen Obligation übernehme, dass also auch ein Intercessionsmandat dem Abschluss der Hauptschuld folge. Das Wesen dieses Vertrages ist eben darin zu suchen, dass die Obligation fortan *periculo mandatoris* bestehe.

Freilich giebt Ulpian als weiteren Zweck dieser Vereinbarung an: „*ut (debitori) des intervallum*“. Ein solcher Zusatz beruht jedoch auf der vorwiegend practischen Erwägung, dass der Hinzutritt eines Intercedenten zu einem bereits früher abgeschlossenen Darlehnsvertrage ohne jede Modificirung desselben doch kaum vorkommen dürfte. Denn was sollte wohl den Schuldner, dem der erwünschte Credit bereits ohne jeden Vorbehalt gewährt worden ist, dazu veranlassen, dem Gläubiger nachträglich noch aus freien Stücken Bürgen zu stellen? Eine Intercession könnte im vorliegenden Fall nur durch das Bestreben des Schuldners erklärt werden, sich von lästigen Modalitäten zu befreien oder vom Gläubiger ein gewisses Entgegenkommen zu erwirken hinsichtlich einer Stundung und dergl. Diese Erwägungen treffen aber durchaus nicht nur beim Intercessionsmandat zu, sondern gelten genau so gut für die *fidejussio* wie für jede Intercession überhaupt. Es wird daher auf Grund der L. 12. § 14. Dig. cit. ein Unterschied zwischen beiden Bürgschaftsarten jedenfalls nicht anerkannt werden können.

IV.

Endlich bedarf hier noch ein Punkt der Erklärung, in welchem Intercessionsmandat und *fidejussio* gleichfalls übereinstimmen.

Bei beiden hat nämlich der Gläubiger das Recht, nach seinem Belieben den Bürgen vor dem Hauptschuldner zu belangen. Soweit die *fidejussio* in Frage kommt, kann uns das nicht weiter wundern. Der Bürge haftete hier dem Gläubiger für „*idem*“ und stellte sich damit zu freier Auswahl des Letzteren als völlig coordinirt neben den Hauptschuldner hin.

Anders war dem Anscheine nach die Obligation des Mandators gestaltet. Den Inhalt seiner Verpflichtung bildete das periculum der Hauptschuld, d. h. derjenige Schade, welchen der Gläubiger ungeachtet seiner Sorgfalt und Umsicht durch die fragliche Creditgewährung erleiden würde. Liegt nicht da die Annahme sehr nahe, dass der Bürge nur dann in Anspruch genommen werden durfte, wenn ein solches periculum sich als unabweisbar herausstellte, d. h., wenn es feststand, dass vom Hauptschuldner volle Befriedigung nicht zu erlangen sein werde?

In der That scheint zur Zeit der klassischen Jurisprudenz wenigstens in Laienkreisen die Auffassung bestanden zu haben, dass im Intercessionsmandat eine Indemnitätsbürgschaft liege. Es ist uns ein responsum Papinians erhalten, in welchem er sich gegen diese Ansicht wendet.

L. 56. pr. Dig. mandati 17. 1. Papinianus libro tertio responsorum: „Qui mutuam pecuniam dari mandavit, omisso reo promittendi et pignoribus non distractis eligi potest: quod uti liceat si litteris exprimatur, distractis quoque pignoribus ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt.“

Der Fragesteller ist hier offenbar der Meinung, dass der Mandator nur in so weit unmittelbar belangt werden dürfe, als solches beim Abschluss des Vertrages ausdrücklich verabredet wurde. Dem tritt Papinian entgegen, indem er darauf hinweist, dass nach den Grundsätzen des Intercessionsmandats der Gläubiger nach freiem Ermessen bis zu seiner völligen Befriedigung gegen den Hauptschuldner und Mandator vorgehen könne und dass er hierin auch nicht einmal durch das Vorhandensein etwaiger Pfänder beschränkt werde.

Papinian betont in seinem responsum, dass diese rechtliche Beschaffenheit des Intercessionsmandats durch besondere Verabredungen der Contrahenten nicht alterirt oder in Frage gestellt werden könne.

Für uns, die wir das Vorbild des Intercessionsmandats im jussus gefunden haben, bedarf die Darstellung Papinians keiner weiteren Erklärung. Denn obgleich auch der Jubent nur das periculum der abgeschlossenen Verbindlichkeit über-

nahm, durfte er doch mit Umgehung des Hauptschuldners unmittelbar auf das Ganze belangt werden. Ich bezweifle es nicht, dass dieser Gesichtspunkt auch für das Intercessionsmandat massgebend wurde, zumal er durchaus mit der Auffassung harmonirte, die man in der klassischen Periode von der Haftung des Bürgen hatte.

V.

Als eine hervorragende Eigenthümlichkeit der Mandatsbürgschaft hat man in älterer und neuerer Zeit das einseitige Rücktrittsrecht des Mandators betont¹⁾, welches dem fidejussor, der sich einmal verpflichtet hatte, mangelte. Man erblickte in dieser Befugniss einen deutlichen Beweis dafür, dass die Mandatsbürgschaft eben doch nichts weiter sei, als ein gewöhnliches Mandat, welchem ein besonderer rechtlicher Character nicht innewohne. Gleichwohl möchte ich davor warnen, dass jener Erscheinung allzu grosses Gewicht beigelegt werde.

Nach altem Recht erfolgte der Abschluss des Bürgschaftsvertrages stets nur durch sich ergänzende Erklärungen beider Contrahenten. Eine Bürgenverpflichtung ohne ausdrückliche Annahme seitens des Gläubigers konnten sich die Römer überhaupt nicht vorstellen. Dieser Modus mit seinen strengen Formen erwies sich indessen in der Folgezeit für den entfernten Handelsverkehr als überaus beschwerlich, ja als undurchführbar. Dem hierdurch hervorgerufenen Missstande abzuhelpen, dazu war das dem jussus nachgebildete Intercessionsmandat ins Leben gerufen. Wie aber von Alters her die Verpflichtung aus dem jussus regelmässig erst dadurch entstand, dass der dritte Contrahent auch die ihm zugegangene Empfehlung und Garantie thatsächlich berücksichtigte, so erschien beim Intercessionsmandat gleichfalls eine Annahme der Verpflichtungserklärung durch concludente Handlung als ausreichend.

Es darf nicht übersehen werden, dass der Abschluss des Vertrages mit dem Hauptschuldner von Seiten des Gläubigers,

¹⁾ Statt aller anderen führe ich hier nur Brinz an: „Lehrbuch der Pandecten.“ 2. Auflage. Band II. S. 195. Vgl. auch Horatius Schultz: „De mandato qualificato.“ Dissert. inaug. Vratislaviae. 1867. S. 7. 8.

insofern er den Mandator berührt, doch weit eher als stillschweigende Annahme des Bürgenversprechens sich darstellt, denn als Befolgung eines Auftrages; Letzteres in den Vordergrund stellen, heisst doch ganz offenbar über dem äusseren Schein das Wesen der Sache verkennen.

Vordem die Acceptation erfolgt war, konnte natürlich wie der Jubent, so auch der Mandator seine Erklärung, die ja vorläufig nur die Bedeutung einer Offerte hatte, einseitig zurückziehen.

Ueber dieses Rücktrittsrecht des Mandators enthalten die Quellen gar keine Angaben. Sämmtliche Stellen, welche diese Frage erörtern, beziehen sich auf das Mandat im gewöhnlichen Sinne. Da indessen das Intercessionsmandat grundsätzlich wie ein Bürgenvertrag beurtheilt wird, so liegt die Vermuthung wohl sehr nahe, dass der Mandator auch dann gebunden blieb, wenn auf seine Erklärung „periculo meo crede“ von Seiten des Gläubigers eine ausdrückliche Annahme ohne sofortigen Abschluss des Vertrages mit dem Hauptschuldner erfolgte. Wie dem nun sein mag, jedenfalls ist es ganz verkehrt für das heutige Recht die einseitige Rücktrittsbefugniß unter allen Umständen aufrecht zu erhalten. Das Intercessionsmandat enthält eben keine Bitte um eine Gefälligkeit, es ist eine Verpflichtungserklärung, die haftbar macht, sobald die andere Vertragspartei die ihr dargebotene Hand gleichviel in welcher Weise ergriffen hat.

VI.

Schon die klassischen Juristen arbeiteten zielbewusst an dem Ausgleich zwischen fidejussio und Intercessionsmandat. Dieses Bestreben äusserte sich in der Anwendung einiger gleicher Grundsätze bei beiden Instituten.

Hier wie dort konnte der Intercedent seine Verpflichtung vor und nach Abschluss des Hauptvertrages übernehmen. In beiden Fällen hatte der Gläubiger freie Auswahl bei der Einklagung des Hauptschuldners und Bürgen. Für beide Institute galt das beneficium divisionis. Bei beiden kam die infamirende Regressklage gegen den Hauptschuldner nach übereinstimmenden Principien zur Anwendung.

Auf diesem vorgezeichneten Wege ist dann Justinian noch erheblich weiter gegangen.

Er beseitigte die Wirkungen der Klagenconsumtion bei der fidejussio, wie er ausdrücklich sagt, nach dem Vorbilde des Intercessionsmandats¹⁾.

Er schuf durch ein und dasselbe Gesetz die Rechtswohlthat der Vorausklage für beide Institute zugleich. In der justinianischen Gesetzgebung treten fidejussio und Intercessionsmandat als zwei völlig coordinirte Bürgschaftsverträge hervor.

Kann es uns da wohl wundern, wenn der Kaiser die Titel der Digesten und des Codex, welche die Bürgschaft behandeln, „de fidejussoribus et mandatoribus“ überschreibt, und dass jedes neue Gesetz Justinians, welches Reformen auf dem Gebiete der Bürgschaft anbahnt, mandatum und fidejussio neben einander nennt²⁾.

Wie man die fidejussio bei ihrer Einführung in Stipulationsform kleidete, so erkor man sich unter den vorhandenen bonae fidei Verträgen das Mandat, um dem formlosen Bürgenversprechen obligatorische Gestalt und Klagbarkeit zu verleihen.

Wir schliessen daher unsere Darstellung damit, dass wir im Geiste der justinianischen Gesetzgebung statt wie bisher von einem Intercessionsmandat fortan von einer Mandatsbürgschaft reden wollen, die ergänzend neben die fidejussio oder Stipulationsbürgschaft³⁾ trat.

¹⁾ L. 28. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

²⁾ Cf. L. 28. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.) Novelle 4. Cap. 1. ebenso vergl. Novelle 99.

³⁾ Diesen treffenden Ausdruck finden wir bei *Dernburg*: „Pandecten“ Band II. Seite 204 und an anderen Orten.

An dieser Stelle wäre dann noch mit einigen Worten auf die Beziehungen der fidejussio zum jussus zurückzukommen.

Wohl mancher hat sich die Frage vorgelegt, wie die Wendung: „id te fide tua esse jubes?“ zu erklären sei? Ein bestimmter Nachweis wird sich freilich hierüber kaum erbringen lassen, indessen glaube ich, dass der Garantiecharacter des jussus auch die Entstehung der fidejussio in ähnlicher Weise beeinflusst hat, wie solches bei der Mandatsbürgschaft zweifellos der Fall war. Ich bin geneigt anzunehmen, dass, als sich ein starkes Bedürfniss nach einer neuen Bürgschaftsform neben der durch Ausnahmegesetze durchlöchernten sponsio und fidepromissio herausstellte, man zunächst an den jussus dachte und den neuen Bürgen sich „fide sua“ genau so ver-

Im Folgenden sollen die wesentlichen Abweichungen beider Bürgschaftsarten besprochen werden, wie sie vorzugsweise in der Form der Eingehung und in den rechtlichen Beziehungen des Gläubigers zum Bürgen hervortreten. Hieran wird sich zum Schluss eine Betrachtung über den Einfluss schliessen, welchen die Mandatsbürgschaft auf unsere heutige Rechtsbildung äussert.

§ 7. Die Abweichungen zwischen fidejussio und Mandatsbürgschaft.

I.

Die Form des Abschlusses.

Wir haben gesehen, wie die Entwicklung der Mandatsbürgschaft und der fidejussio zu einer allmählichen Annäherung und Ausgleichung beider Institute führte.

Die freiere Mandatsbürgschaft ordnete sich, soweit es ihre Eigenart gestattete, den für die älteren Bürgschaftsformen bestehenden speciellen Regeln unter, bei der fidejussio fiel manche Schranke des alten strengen Civilrechts. Auch hier kam mehr und mehr die bona fides zur Geltung.

Gleichwohl blieb noch mancher Unterschied zwischen beiden Bürgschaftsarten bestehen und hat sich — vorzugsweise durch eine irrthümliche Entwicklung der gesammten Intercessionslehre — bis auf den heutigen Tag erhalten.

pflichten liess, wie solches bisher beim Jubenten der Fall gewesen war. Zum Abschluss des Vertrages wählte man die für civilrechtliche Contracte übliche Verbalform, ganz wie man in späterer Zeit unter der zunehmenden Herrschaft der Consensualverträge und der bona fides sich bei Begründung der Mandatsbürgschaft dem Mandatsystem zuwandte. Diesen Vorgang bei der fidejussio genau zu verfolgen, sind wir heute leider ausser Stande; auf einen solchen Process weisen m. E. aber die noch später häufig vorkommenden Nebeneinanderstellungen des jussus mit der fidejussio hin: Vgl. L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. L. 2. pr. Dig. de donat. 39. 5. L. 91. § 4. Dig. de verb. obl. 45. 1. u. a. m.

Auch Pernice ist der Meinung, „dass die fidejussio den zu vermuthenden formellen Character des jussus bewahrt habe.“ Labeo I. Seite 510.

Zu diesen Abweichungen gehört vor Allem die Form des Abschlusses.

Als die fidejussio aufkam, war der Einfluss des jus gentium mit seinen formlosen Consensualverträgen noch ein sehr geringer.

Man construirte sie daher als streng civilrechtlichen Verbalcontract mit der Formel: „fidejubes?“ „fidejubeo“. Irrthümlich ist es, wenn selbst römische Juristen¹⁾ die Form dieses Bürgenvertrages schlechtweg als stipulatio bezeichnen, vielmehr steht die fidejussio als selbständige Verbalobligation neben den anderen gebräuchlichen Wortformen, zu denen freilich auch die stipulatio gehörte²⁾.

Wir haben untrügliche Nachrichten, dass es wie bei der stipulatio so auch bei der fidejussio verhältnissmässig früh Brauch wurde, die gesprochenen sollennen Worte durch ein Protokoll zu fixiren, welches in eventuellen Rechtsstreitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten ein sicheres Beweismittel bot.

Es ist bekannt, welche Bedeutung dieser Urkunde bei der stipulatio zukam, keine geringere Rolle spielte sie bei der fidejussio.

Scaevola freilich sah sich noch veranlasst, ein schriftlich ertheiltes Versprechen des fidejussors in eine Mandatsbürgschaft zu convertiren³⁾. Vermuthlich hielt er die Anwesenheit beider Parteien bei der Eingehung des Vertrages durch Urkunde nicht für genügend erhärtet, aber schon Ulpian erklärt ein solches Schriftstück auch bezüglich des Abschlusses der fidejussio für unbedingt beweiskräftig:

L. 30. Dig. de verb. obl. 45. 1.: „Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia sollempniter acta.“

Das Vorhandensein der Urkunde bildet einen untrüglichen Beleg für den ordnungsmässigen Abschluss der Verbalobligation; auf Grund der Ersteren allein kann mithin der fragliche Anspruch ohne weiteres geltend gemacht werden.

¹⁾ Pauli sentent. II. tit. III. und Justinian spricht in § 8. Inst. de fidej. III. 20. schlechtweg von „stipulationes fidejussorum“.

²⁾ Gajus III. 92. cf. auch Pernice „Labeo“. Bd. I. S. 511. Note 35.

³⁾ L. 60. § 1. Dig. mandati 17. 1. vgl. die Besprechung dieser Stelle oben S. 85, 86.

Von diesem Standpunkte aus ist Justinian nicht gerade weiter fortgeschritten, aber er hat die Regel des Ulpian ihrem Wortlaute nach in seine Institutionen aufgenommen und mit einer Erläuterung versehen, die jeden Zweifel über die Bedeutung jenes Satzes beseitigen muss:

§ 8. Inst. de fidej. III. 20.: „In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fidejussisse, videri *omnia sollemniter acta*.“

Es ist bemerkenswerth, dass diese generelle Bedeutung der Stipulationsurkunde keineswegs so bald zuerkannt wurde. Paulus, welcher hier — vielleicht gleichzeitig mit Ulpian — den ersten Schritt gethan zu haben scheint, betont doch zunächst, dass die Stipulation sich immerhin inter praesentes zu vollziehen habe; liege aber ein schriftliches Versprechen vor, so müsse man annehmen, dass die obligate Anfrage ordnungsmässig vorhergegangen sei. Auch diesen Satz¹⁾ hat Justinian ohne wesentliche Veränderung in seine Institutionen aufgenommen:

§ 17. Inst. de inutil. stipul. III. 19.: „Si scriptum fuerit in instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si *interrogatione praecedente* responsum sit.“

Es lässt sich nicht verkennen, dass während bei der fidejussio die Urkunde den rechtmässigen Abschluss des Rechtsgeschäfts im Ganzen — *videri omnia sollemniter acta* — beweist, solches bei der Stipulation doch nicht so bestimmt zum Ausdruck gelangt. Hier erscheint nur die *promissio* als unbedingt bewiesen, für die *interrogatio* spricht dagegen bloss eine aus dem vorhandenen Schriftstück abgeleitete Präsumtion. Gleichwohl wird in beiden Fällen daran festgehalten, dass die Urkunde einen selbständigen Litteralcontract nicht repräsentire, vielmehr nur die Bedeutung eines authentischen Protocolls über den sollennen Akt habe — „*videatur etiam actum*“.

Dass die Bürgschaftsurkunde gewissermassen selbständiger

¹⁾ Pauli sentent. V. tit. VII. § 2. „Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si *interrogatione praecedente* responsum sit.“

dahingestellt wurde, erklärt sich aus den besonderen Aufgaben, welche die spätere Zeit der Intercession zugewiesen hat.

Je mehr Rom Weltstadt, der römische Handel aber Welt-handel wurde, desto häufiger sah sich der grosse Geschäftsmann veranlasst, Verbindungen mit entfernten, ihm vielleicht völlig fremden Plätzen anzuknüpfen.

Von da an musste die Bürgschaft nothwendig ein wichtiges Handelsgeschäft werden, da es sich von selbst verstand, dass bei solchen Verträgen mit überseeischen, fremden Contrahenten die Intercession eines an jenem entfernten Orte ansässigen. sicheren Mannes von grösster Bedeutung war.

In allen diesen Fällen liess sich aber die alte sollenne Verbalobligation unmöglich aufrecht erhalten, ein Zusammentreffen beider Parteien an einem Ort war ganz ausgeschlossen, das Geschäft musste briefliche Erledigung finden. Unter solchen Umständen bot Ulpians Neuerung wenigstens in den zahlreichen Fällen eine fühlbare Erleichterung, wo es zwischen den Vertragsparteien zu keinem Rechtsstreite kam. Mit beiderseitigem guten Willen liess sich von nun an eine fidejussio ohne erhebliches Risiko schriftlich inter absentes abschliessen.

Kam es zwischen dem Gläubiger und Bürgen zum Process, dann freilich konnte der Beweis geführt werden, dass eigentlich eine ordentliche fidejussio nicht vorliege, da der sollenne Act, über welchen die Urkunde Zeugniß abzulegen bestimmt sei, niemals stattgefunden habe.

Gleichwohl war es immerhin für den fidejussor misslich, eine Urkunde anzufechten, die in der Regel er allein unterzeichnet hatte ¹⁾, um so mehr, als der practische Erfolg jenes Rechtsstreites jedenfalls ein sehr zweifelhafter sein musste, da es der Gegenpartei immer freistand, die Conversion der fehlerhaften fidejussio in eine Mandatsbürgschaft zu beantragen ²⁾.

¹⁾ Brunner: „Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde.“ Berlin. 1880. S. 57.

²⁾ Ganz in der gleichen Weise konnte, wenn die stipulatio nachweislich fehlte, das chirographum als ihr Surrogat anerkannt werden. Letzteres erhielt dann den Character einer selbständigen Litteralobligation Tit. Inst. de litter. oblig. III. 21., siehe auch Bähr: „Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt.“ Jahrb. für Dogmatik. Bd. 2. S. 339, ff.

Ich glaube daher mit der Annahme nicht fehlzugehen, dass man sich über die alte Verbalform regelmässig ohne Bedenken hinwegsetzte, und dass es dem entsprechend späterhin auch nicht mehr Brauch war, eine Bürgschaftsurkunde deshalb anzufechten, weil ihr der sollenne Act nicht vorangegangen sei.

Eine richtige Vorstellung von dem Verhältniss der fidejussio zur schriftlichen Form im justinianischen Recht wird gewonnen, wenn wir uns die allmähliche Entwicklung des testamentum scriptum aus dem alten Mancipationstestament vergegenwärtigen. Auch hier hatte das Schriftstück ursprünglich keine weitere Bedeutung, als diejenige eines über den sollennen Act aufgenommenen Beweisprotocolls. Nachdem aber der Prätor allein auf Grund dieser Urkunde die bonorum possessio secundum tabulas zu gewähren pflegte, stieg ihr Ansehen bedeutend und damit ihre thatsächliche Selbständigkeit. Diese Position wurde noch verstärkt durch eine exceptio doli, welche der Kaiser Antoninus dem bonorum possessor gegen die Anfechtung des Testaments seitens der Intestaterben gewährte¹⁾. In der That glaube ich, dass noch lange bevor Theodosius II. die letzte Spur des Mancipationstestamentes verwischte, die Anfechtung solcher „tabulae non jure factae“ unter Hinweis auf den Mangel einer Mancipation kaum mehr vorgekommen sein dürfte.

Um die fidejussio von dem Stadium, in welchem sie sich zu Justinians Zeit befand, zu einem Litteralcontract zu erheben, bedurfte es eigentlich nur noch einer ähnlichen Massnahme, wie sie Theodosius II. hinsichtlich des schriftlichen Testaments traf, welche doch wesentlich nur in der rechtlichen Anerkennung eines thatsächlich bereits vorhandenen Zustandes gipfelte.

Dieses ist dann auch der Punkt, in dem sich die im Grunde so verschiedenen Formen der fidejussio und der Mandatsbürgschaft vereinigen. Letztere verdankte ihre Entstehung und Entwicklung dem im Handelsverkehr unabweisbaren Bedürfniss, Bürgschaften unter Abwesenden zu begründen. Es ist selbstverständlich, dass man sich hierbei regelmässig der Brief-

¹⁾ Gajus II. 120.

form bediente. Da mithin die Mandatsbürgschaft gerade unter Abwesenden ihre grossen Vorzüge entfaltete, so musste bei diesem Verträge die Schriftlichkeit nothwendig ein sehr weites Anwendungsgebiet erlangen. Zudem wurde hierdurch der einfache Consensualvertrag jedenfalls erheblich gestützt. Ich möchte daher glauben, dass die Fälle, wo eine Mandatsbürgschaft inter praesentes auf Grund mündlicher Vereinbarung zu Stande kam, verhältnissmässig selten waren. Konnten beide Parteien persönlich dem Contractabschluss beiwohnen, so mochte man wohl in der Regel der fidejussio den Vorzug geben.

Zahlreiche Beispiele der Quellen bestätigen diese Annahme. Fast überall, wo uns concrete Thatbestände referirt werden, stossen wir auf die Schriftform. Schon beim jussus hatten wir Gelegenheit, die Anwendung des brieflichen Versprechens zu beobachten:

L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4. Ulpian: „Jussum autem accipiendum est, sive testato quis sive *per epistulam* — — — jusserit — — — et ideo et si sic *contestatus* sit: „Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo.“

Dieses „*contestatus sit*“ bezieht sich zweifellos auf einen Brief oder ein anderweitiges Schriftstück.

Auf den Abschluss einer Mandatsbürgschaft in urkundlicher Form weist besonders deutlich hin:

L. 7. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.) Imp. Antoninus: „Si creditor condicioni *mandato adscriptae*, cum pecuniam mutnam daret, in accipiendis hypothecis non paruit, frustra te iudicio mandati convenit, — — —

Fernere Hinweise auf schriftliche Bürgenversprechen finden wir:

bei Scaevola: L. 60. § 1. L. 62. § 1. Dig. mandati 17. 1. bei Papinian: L. 56. pr. Dig. eod. tit. Paulus: L. 59. § 5. Dig. eod. tit. vergleiche damit L. 7. Cod. mandati. 4. 35. L. 22. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.) Auch L. 12. § 12. und L. 27. pr. Dig. mandati 17. 1. enthalten Hinweise nach dieser Richtung.

Die obige Schriftform stiess bei der Mandatsbürgschaft um so weniger auf Hindernisse, als hier eine ausdrückliche An-

nahmeerklärung des Mitcontrahenten weder erforderlich, noch üblich war, vielmehr in der Regel der Abschluss wie beim jussus durch concludente Handlung erfolgte.

Auf Grund folgerechter Fortentwicklung des justinianischen Rechts kommen wir zum unbestreitbaren Resultat, dass für die gemeinrechtliche Bürgschaft die Schriftform — so weit die fidejussio in Frage kommt — ausreichend — bei der Mandatsbürgschaft aber — vorwiegend üblich und empfehlenswerth ist¹⁾.

Auch was sich de lege ferenda zu Gunsten der Schriftform sagen lässt, ist seiner Zeit schon von Suarez bei der Zusammenstellung des Allg. Landrechts für die preussischen Staaten hervorgehoben worden. Als mehrere Monenten die Meinung äusserten, dass, wo sonst scriptura nicht erforderlich, solche auch bei der Bürgschaft nicht vorzuschreiben sei, bemerkte er mit Recht: „dass hier ganz besondere Gründe für die Schriftlichkeit sprechen, weil von leichtsinnigen Leuten eher eine Bürgschaft, als eine Principalverpflichtung übernommen werde“²⁾.

Es kann daher durchaus nicht gebilligt werden, wenn in zahlreichen neueren Gesetzbüchern von jeder Form bei Eingehung des Bürgenvertrages Abstand genommen und einfacher Consens der Parteien für genügend erklärt wird³⁾. Durch

¹⁾ Von älteren Schriftstellern haben das bereits anerkannt: Anton Hering „Tractatus de fidejussoribus“ Cap. XI: „Germaniae practica et stylo receptum est, ut non minus valeant fidejussiones per epistolam contractae, quam si legitimo jure celebratae essent, stipulationibus solemnibus quasi usu demotis.“ Für anrätlich erklärt die Schriftform Christ. Wolff: „Inst. juris naturalis et gentium.“ Halae. 1750.

²⁾ Bornemann: „Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts.“ Berlin. 1843. Bd. III. S. 275. N. 3. Den gleichen Grundsatz vertreten die Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Bayern z. Th. II. Art. 868.: „Die Schriftlichkeit bewirkt reiflichere Ueberlegung und die Erwägung der nachtheiligen Lage, in welche der Bürge durch die eingegangene Verpflichtung kommen kann.“ Vgl. auch Privatrechl. Gesetzbuch für den Canton Zürich § 1781.

³⁾ So das Deutsche Handelsgesetzbuch, Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht, Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Forderungen des Verkehrs scheint mir dieses keineswegs geboten, und in der That befindet man sich im Gebiete des Allg. Landrechts unter der Herrschaft der Schriftform recht wohl.

II.

Das rechtliche Verhältniss des Gläubigers zum Bürgen.

Das Eindringen der bona fides in den Bürgenvertrag haben wir zuerst bei der auf „fidem praestare“ gerichteten Regressklage beobachtet, welche der alten actio depensi gegenüber doch einen ganz gewaltigen Fortschritt bedeutete und dem Mandator und fidejussor ohne die geringsten Abweichungen gleichmässig zustand.

Parallel hiermit wurde bereits in der klassischen Rechtsperiode die Cession der Hauptklage an den Bürgen auch für die fidejussio anerkannt. Indessen haben gerade in der Behandlung dieses Rückgriffes beide Bürgschaftsarten ihre Eigenlichkeiten besonders hervortreten lassen.

Was zunächst die Mandatsbürgschaft betrifft, so ist das Rechtsverhältniss zwischen dem Gläubiger und dem Mandator durchaus kein streng einseitiges. Vielmehr besteht eine Verpflichtung auf beiden Seiten, woraus, wie wir gesehen haben, *ultra citroque* eine Klage erwachsen kann. L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1.¹⁾ — Die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner bildet eine obligatorische Verpflichtung des Gläubigers²⁾, welche der Mandator durch Zurückhaltung seiner Leistung, oder durch die infamirende actio mandati directa unter allen Umständen erzwingen kann. Die Erfüllung der Bürgenschuld und die Klagecession waren eng verbunden, sie standen zu einander im Verhältniss von Leistung und Gegenleistung.

Ist daher der Gläubiger durch eigenes Verschulden ausser Stande, dem Mandator sein Klagerecht gegen den Hauptschuldner abzutreten, so wird ihm damit auch die Möglichkeit abgeschnitten, sich an den Bürgen zu halten.

¹⁾ Siehe oben S. 73. 74.

²⁾ L. 27. § 5. L. 28. Dig. mandati 17. 1. L. 13. L. 41. § 1. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 95. § 10. Dig. de solut. 46. 3.

L. 95. § 11. Dig. de solut. 46. 3. Papinianus: „Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum *ipsius vitio* acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.“

In diesem Ausspruch Papinians tritt die Gegenseitigkeit der Haftung des Gläubigers und des Mandators mit voller Bestimmtheit hervor. Zwar ist hier nur vom Untergang der Hauptklage durch einen Processfehler die Rede, indessen werden wir nach obiger Analogie eine Befreiung des Mandators auch überall da statuiren dürfen, wo die Klagecession durch irgend ein Verschulden — *vitium* — des Gläubigers vereitelt wurde. Hiernach muss eine *acceptilatio* oder ein *pactum de non petendo* des Gläubigers mit dem Hauptschuldner auch die Befreiung des Mandators herbeiführen.

Die beiderseitigen Verpflichtungen des Gläubigers und Mandators werden zusammengehalten durch das Band der *bona fides* des Mandatsvertrages. Es ist daher diesem Verhältnisse keineswegs Genüge gethan, wenn der Gläubiger sich einer dolosen oder fahrlässigen Vernichtung der Hauptobligation enthalten hat, er darf durch sein Verschulden auch keine Verschlechterung oder Entwerthung derselben herbeiführen. Es wäre *contra bonam fidem*, wenn der creditor eine zwar rechtlich noch bestehende, aber durch sein Verhalten wirkungslos gewordene Klage dem Bürgen als Gegenleistung abtreten wollte. Der Gläubiger haftet als Mandatar dem Bürgen oder Mandator für allen Schaden, welchen er durch *culpa levis* verursacht hat. Von dieser allgemeinen Regel bei der Mandatsbürgschaft abzuweichen, liegt gar keine Veranlassung vor, um so weniger, als auch hier dem Mandator zum Schutz seiner vertragsmässigen Rechte gegen den Creditor eine *actio mandati* eingeräumt wird. L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1.

War daher der Hauptschuldner zur Zeit der Begründung der Bürgschaft zahlungsfähig und hatte der Gläubiger geflissentlich oder fahrlässig mit der Geltendmachung seines Anspruches so lange gezögert, bis der debitor in Vermögensverfall gerieth, so wird der Mandator ohne Zweifel die Bezahlung der Bürgen-

schuld ablehnen dürfen, weil die Hauptklage „creditoris vitio“ entwerthet worden ist.

Der Mandator übernimmt das *periculum* der Hauptobligation. Hierunter ist indessen nur dasjenige Risiko zu verstehen, welches kasuell und ohne Verschulden des Berechtigten eintreten sollte. Der Begriff des *periculum* schliesst den der *culpa* aus¹⁾. Die Klageabtretung an den Mandator erfolgt nach den für die Cession im Allgemeinen geltenden Regeln. Der Gläubiger ist daher verpflichtet, gleich dem Verkäufer einer Forderung, auch alle zur Sicherung der Hauptschuld bestellten accessorischen Rechte z. B. Pfandrechte, sofern sie zur Zeit der Klagecession noch vorhanden sein sollten, dem Mandator zu überlassen:

L. 6. Dig. de hered. vel act. vend. 18. 4. Paulus: „Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet ejus quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.“

L. 23. pr. Dig. eod. tit. Hermogenianus: „Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores hujus debiti, cedere debet, nisi aliud actum est.“

Der Mandator hat versprochen das *periculum* der Hauptschuld, wie sie bei Uebernahme der Bürgschaft vorlag, zu tragen. Dieses Risiko darf der Gläubiger durch sein Verschulden nicht vergrössern. Er steht daher auch für diejenigen accessorischen Rechte ein, im Hinblick auf welche sich der Mandator verbürgte. L. 59. § 6. Dig. mandati 17. 1. L. 7. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Eine Verpflichtung des Gläubigers, für die Erhaltung auch solcher accessorischer Rechte zu haften, welche er sich vom

¹⁾ Cf. L. 46. pr. Dig. de jure dotium. 23. 3. Julian: „Quemadmodum invito domino servus stipulatus acquirit, ita, si dotem domini nomine sibi promitti patiatur, obligatio domino acquiritur. Sed neque *periculum* dominus praestare debet neque *culpam*. Traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filii familias facta dos constituitur ita, ut neque *periculum* nec *culpam* dominus aut pater praestet. Julian begreift hier unter „*periculum*“ offenbar diejenigen Ereignisse, welche unabhängig von jeder *culpa* eintreten.

Schuldner nach Begründung der Bürgschaft durch selbständige Vereinbarung zu seiner Sicherheit und ohne Wissen und Willen des Mandators hat einräumen lassen, wird dagegen nicht anerkannt werden können¹⁾.

Es ist offensichtlich, dass durch die Grundsätze der Mandatsbürgschaft die bona fides einen hervorragenden Einfluss auf den Bürgschaftsvertrag gewann. Insbesondere wurden die rechtliche Stellung des Gläubigers einer durchgreifenden Veränderung unterzogen und ihm Verpflichtungen zu Gunsten des Bürgen auferlegt.

Solche Beziehungen zwischen den beteiligten Subjecten waren der Stipulationsbürgschaft fremd. Hier erwarb der Gläubiger einseitig nur Befugnisse, mit denen er rechenschaftslos und nach seinem Belieben schalten und walten durfte. Da andererseits wieder der fidejussor dem Gläubiger ganz schutzlos gegenüberstand, so gab es auch kein Mittel, durch welches er die Uebertragung irgend welcher Rechte auf seine Person hätte erzwingen können.

Schon vor Justinian ist indessen diese vielfach zwecklose Beschränkung des Bürgen als unbillig erkaunt worden. Es offenbarte sich das Bestreben, hier mildernd einzugreifen.

Die enge Verbindung der Hauptschuld mit der Obligation des Bürgen, welche in den Stipulationsworten „*idem fide tua esse jubes*“ beredt zum Ausdruck gelangte, bewirkte, dass jede materielle Beseitigung der Bürgenobligatio auch die Aufhebung der Hauptschuld herbeiführte, und dass jede Litiscontestatio mit dem Bürgen auch die Consumtion der Klage gegen den Hauptschuldner zur Folge hatte. Schon oft ist auf die schwerwiegenden Consequenzen hingewiesen worden, welche sich aus diesem Verhältniss sowohl für den fidejussor, als auch für den Gläubiger ergaben. Es hat auch nicht an mancherlei Vermuthungen darüber gefehlt, wie wohl diese zwecklose Härte in der Praxis gehoben oder doch gemildert werden mochte²⁾.

¹⁾ Knorr: „Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte.“ Im Archiv für civil. Praxis, Band 28. Seite 170 ff.

²⁾ Als Hauptmittel, den Wirkungen der Litiscontestatio aus dem Wege zu gehen, führt Keller — „Ueber Litiscontestatio und Urtheil nach classischem römischem Recht“, Seite 563. — die Stipulation an: „Quanto

Der Gläubiger, welcher den Bürgen ohne Befriedigung zu erlangen vor dem Hauptschuldner ausgeklagt hatte, besass nun keinerlei Rechtsmittel mehr, um von dem Letzteren den Rest beizutreiben. Andererseits verlor er, wenn er den Hauptschuldner zuerst belangt hatte, jeden Anspruch gegen den Bürgen.

Von einer Cession der Hauptklage an den in erster Linie angegriffenen fidejussor, nach dem Vorbilde der Mandatsbürgschaft, konnte hier vollends nicht die Rede sein. Denn ganz abgesehen davon, dass der fidejussor kein einziges Rechtsmittel besass, um den Gläubiger zu irgend etwas zu veranlassen, stand diesem, nachdem er vom Bürgen befriedigt worden war, oder ihn auch nur ausgeklagt hatte, kein weiterer Anspruch gegen den Hauptschuldner zu, den er hätte abtreten können. Die weitere Folge davon war, dass — wie bereits mehrfach erwähnt wurde — der fidejussor, sobald die Erfordernisse einer *actio mandati* auf „*fidem praestare*“ resp. einer *actio negotiorum gestorum* mangelten, überhaupt keine Regressklage gegen den Hauptschuldner hatte.

minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?“ Vgl. die oben auf S. 6 von mir citirten Stellen. — Indessen hatten diese „*promissiones indemnitis*“ einen eigenartigen juristischen Character. Sie begründeten jedenfalls keine *fidejussio* und wichen während der klassischen Periode, die gerade hier in Frage kommt, erheblich vom Bürgschaftsvertrage ab. Siehe oben S. 6. 7. Falls also eine *fidejussio* thatsächlich abgeschlossen war, so konnten durch dieses Mittel ihre rechtlichen Wirkungen doch gewiss nicht beseitigt werden. Dagegen liess sich der von Keller angestrebte Zweck bei jeder *fidejussio* ganz einfach dadurch erreichen, dass der Gläubiger vom fidejussor ein Mandat zur vorläufigen Ausklagung des Hauptschuldners empfing. Das geschah in der Weise, dass der fidejussor zugleich die Garantie für die völlige Befriedigung des Gläubigers aus jenem Prozesse übernahm. Hierdurch erlangte dann Letzterer — ganz unabhängig von der consumirten Klage aus dem Bürgenverhältniss — gegen den fidejussor einen Anspruch *ex mandato* auf Ersatz desjenigen, was er durch Ausklagung des Hauptschuldners nicht hatte beitreiben können.

L. 22. § 2. Dig. *mandati* 17. 1. Paulus: „*Interdum evenit, ut meum negotium geram et tamen utilem habeam mandati actionem: veluti — — — cum rogatu fidejussoris cum reo experior: nam quamvis debitum meum persequar, nihilo minus et ejus negotium gero: igitur quod minus servavero, consequar mandati actione.*“

Diese Kette strenger Consequenzen wurde zuerst von Papinian durchbrochen. Er erkennt an, dass der fidejussor, welcher die Bürgenschuld bezahlt hat, einen Anspruch auf Abtretung der beim Gläubiger für die Hauptschuld bestellten Pfänder haben solle. Indessen stiess schon dieses Zugeständniss bei der Auffassung des klassischen Rechts auf Hindernisse. Durch die Leistung des Fidejussors wurde nämlich auch die Obligation zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner, für die das in Frage kommende Pfand bestellt war, getilgt und zwar ohne Hinterlassung irgend eines Residuums, etwa in Gestalt einer Naturalobligation. Als Folge hiervon ergab sich natürlich auch Untergang des Pfandrechts, dessen Uebertragung damit ausgeschlossen wurde. Dieses Ergebniss war ohne Zweifel übermässig hart und unbillig. Offenbar hatte eine Erfüllung der Hauptobligation in dem Sinne, wie man solches bei Bestellung des Pfandes und im Hinblick auf seine Einlösung im Auge gehabt hatte, d. h. durch den Schuldner selbst, nicht stattgefunden. Ihr „obligatorischer Zweck war noch nicht dahin gefallen“¹⁾, solange der fidejussor sich in Auslage befand.

Der Anspruch gegen den Hauptschuldner bestand materiell fort, wenn auch von anderer Seite und mit anderer causa.

Aus dieser durch das strenge Recht auferlegten, offensichtlich unbilligen Beschränkung findet Papinian einen Ausweg:

Die Zahlung des Bürgen liess sich sehr wohl mit der Ausübung des *jus distrahendi* durch den Gläubiger zu einem Rechtsgeschäft verbinden²⁾. Da nämlich nach Fälligkeit der

¹⁾ Schott: „Ueber die accessorische Natur des Pfandrechts“. Jahrb. für Dogmatik Band 15. Seite 33.

²⁾ Diese Denkform, auf Grund welcher die zur Beseitigung einer bestimmten Verpflichtung erfolgte Leistung formell wie die Erfüllung einer anderen Obligation beurtheilt wurde, ist in den Quellen keineswegs einzelt. Papinian spricht diesen Gedanken aus in L. 21. Dig. de tutelae et rationibus distr. 27. 3.: „Cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum tutori, quem judex in solidum condemnavit, cessit, quamvis postea judicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.“ Vergleiche hiermit L. 19. Dig. de obl. et act. 44. 7. und L. 5. pr. Dig. de censibus. 50. 15. Papinianus: „Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur, adversus ceteros, quorum aequae

Hauptschuld der Pfandbesteller sich jedenfalls den Verkauf des Pfandes gefallen lassen musste, so stand rechtlich dem nichts entgegen, dass die Leistung des Bürgen unter den Gesichtspunkt eines für das Pfand hingegebenen Kaufpreises gebracht wurde.

Dieser Auffassung giebt Papinian Ausdruck:

L. 2. Dig. de distract. pignor. 20. 5.: Fidejussor conventus officio judicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susceperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam *hujusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate juris fieri solet.*“

Der fidejussor ist vom Gläubiger auf Erfüllung der Bürgenschuld belangt worden. Hierbei hat er es durchgesetzt, dass ihm gestattet wurde ¹⁾, ein für die Hauptschuld verpfändetes Grundstück zu übernehmen. Dieser Pfandabtretung wurde ein titulus emptionis zu Grunde gelegt. Nun erfolgt aber die Leistung des Bürgen aus einem selbständigen, vom Ankaufe des Pfandes unabhängigen Verpflichtungsverhältniss. Von Papinian wird daher der titulus emptionis nur „*necessitate juris*“ angenommen, um eine Uebertragung des Pfandes auf den fidejussor zu ermöglichen. Es handelt sich hier somit um eine Fiction, welche nicht weiter gehen darf, als zur Erreichung des angestrebten Zweckes erforderlich ist. Die Wirkungen dieses besonderen Kauffitels — *hujusmodi venditio* — sind keineswegs die gewöhnlichen. Sie werden vielmehr von vorn herein beschränkt: Der Fidejussor ist überhaupt nicht als Eigentümer der Pfandsache anzusehen. Bezweckt wird hier nur, ihm den Ersatz seiner Auslagen, so weit als möglich, zu sichern. Daher hat er dem Hauptschuldner oder dem zweiten Pfandgläubiger

praedia tenentur, ei qui conventus est actiones a fisco praestantur, scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant. Nec inutiliter actiones praestantur, tametsi fiscus pecuniam suam recipaverit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.

¹⁾ Vgl. „Das corpus juris civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter“ herausgegeben von Otto, Schilling und Sintenis. Band II. Leipzig. 1831. Seite 504. Hier wird „adsecutus est“ mit „hatte durch richterliche Amtspflicht erlangt“ wiedergegeben.

gegenüber an der Pfandsache nur ein Retentionsrecht, bis ihm die für seine Bürgenschuld geleistete Zahlung nebst Zinsen ersetzt wird. Derselbe Gedanke findet sich wieder in

L. 59. § 1. Dig. mandati 17. 1.: „Paulus respondit fidejussorem, qui rem pignoris jure obligatam a creditore emit, mandati judicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.“

Vgl. damit L. 5. § 1. Dig. de distract. pignor. 20. 5. und L. 1. Cod. de dolo malo. 2. 20.

Wir wollen nicht bestreiten, dass jene Begränzung des titulus emptionis auch um dessentwillen Platz greifen musste, weil in einem definitiven Erwerb des Pfandes durch den fidejussor oftmals eine Bereicherung auf Kosten des Hauptschuldners und damit eine Verletzung der zwischen beiden bestehenden fides liegen konnte. Darauf weisen auch hin: L. 59. § 1. Dig. mandati 17. 1 und L. 1. Cod. de dolo malo. 2. 20.

Indessen bietet dieser Gesichtspunkt doch keine erschöpfende Erklärung für die erwähnte Beschränkung, da er zwar den Anspruch des Hauptschuldners auf Einlösung des Pfandes — für gewisse Fälle — begründet, nicht aber das Einlösungsrecht des zweiten Pfandgläubigers betrifft. Der wahre Grund für jene Erscheinung ist eben in der Fiction zu Gunsten des Bürgen zu suchen, welche ihrem ganzen Wesen nach nur die zur Erreichung des vorgesteckten Zieles erforderlichen Consequenzen zulässt.

Was aber nach der Auffassung der klassischen Schriftsteller auf den fidejussor übergeht, ist keineswegs das Pfandrecht, er erhält vielmehr nur den Besitz der Pfandsache. Nachdem später dem Uebergang der Hauptforderung selbst die Wege geebnet waren, sprechen freilich die Kaisergesetze von einer translatio des „*jus pignoris*“, welche der fidejussor offenbar mit der Cession der jener Pfandbestellung zu Grunde liegenden Forderung beanspruchen darf.

L. 2. pr. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.) Impp. Severus et Antoninus: „Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit,

fidejussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. Quod cum facit, debet *jus pignorum in eum transferre*. Ganz dasselbe besagen: L. 11. und 21. Cod. eod. tit.

Diese Abtretung des Pfandbesitzes innerhalb gewisser Gränzen lässt bereits erkennen, dass man schon während der klassischen Rechtsperiode darauf bedacht war, dem ausschliesslichen und einseitigen Forderungsrecht des Gläubigers gegenüber auch gewisse auf Billigkeit beruhende Ansprüche des Stipulationsbürgen zur Geltung zu bringen. Von einer Anerkennung wechselseitiger Verpflichtungen, wie sie die Mandatsbürgschaft unter allen Umständen mit sich brachte, war man hier freilich noch weit entfernt. Einstweilen wird vom Gläubiger weiter nichts verlangt, als dass er ein Recht, welches für ihn völlig bedeutungslos geworden war, dem fidejussor überlasse. Hatte daher das fragliche Pfandobject für den Gläubiger auch nur den geringsten Werth, indem es z. B. behufs Sicherung noch eines andern Anspruches bestellt war, so konnte er zur Abtretung desselben in keinem Falle gezwungen werden. L. 2. § 1. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Der fidejussor erwirbt aber durch das ihm an der Pfandsache zustehende Retentionsrecht ein weiteres selbständiges Sicherungsmittel gegen den Hauptschuldner, welches namentlich neben der auf „fidem praestare“ gerichteten actio mandati sich als überaus wirksam erwies und auch dann zulässig war, wenn die Voraussetzungen jener Regressklage mangelten.

Es ist kein neuer Gedanke, sondern nur die Verwerthung bereits gewonnener Resultate, wenn Paulus und Modestinus diesen fingirten titulus emptionis auch bei der Uebertragung der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner zur Anwendung bringen. Papinian, nicht Paulus ist der Schöpfer des hierbei in Frage kommenden Princip¹⁾, welches dann freilich von Paulus und seinem jüngeren Zeitgenossen Mo-

¹⁾ Dass schon Papinian mit dieser Fiction operirte, dafür bietet uns einen weiteren Beleg L. 5. pr. Dig. de censibus. 50. 15. cit. auf S. 117. Bisher ist das gar nicht beachtet worden. Auch Keil — „Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum.“ Halle. 1880. S. 14. — nennt nur Paulus und Modestinus als Autoren jenes angeblich neuen Gedankens.

destinus weiter ausgebaut wurde. Die Richtigkeit dieser Annahme wird insbesondere noch dadurch bestätigt, dass Paulus auch die Frage von der Uebertragung des Pfandes auf den fidejussor ganz im Sinne Papinians erörtert. L. 59. § 1. Dig. mandati 17. 1. cit.

Aber auch in diesem Falle war der Gläubiger dem fidejussor zu gar keiner Diligenz verbunden. Wie es ihm freistand, die vom Hauptschuldner bestellten Pfänder ohne jede Rücksicht darauf, dass sie vielleicht dem fidejussor von Nutzen sein könnten, rechenschaftslos zu verschleudern, so konnte er auch nach freier Willkür die Klage gegen den Hauptschuldner vereiteln oder entwerthen, ohne hierdurch eine Rechtspflicht gegen den fidejussor zu verletzen. Zahlen musste der Stipulationsbürge in jedem Falle, sobald er belangt wurde. Von einer Verweigerung der Erfüllung wegen mangelnder Gegenleistung, wie sie in jedem Falle dem Mandator zustand, konnte hier gar nicht die Rede sein, und nur der Vorbehalt war zulässig, dass die Zahlung für die Bürgenschuld als Kaufpreis der Klage gegen den Hauptschuldner gelten sollte, vorausgesetzt, dass diese noch vorhanden war. Auch hier wurde dem Gläubiger nur die Abtretung einer solchen Befugniss auferlegt, die er selbst ganz unmöglich mehr verwerthen konnte ¹⁾.

Eine Vernichtung der Hauptklage durch Acceptilation oder Litiscontestation mit dem Schuldner konnte dem fidejussor — nach klassischem Recht wenigstens — gleichgiltig sein, da er alsdann selbst nicht mehr belangt werden durfte. Dieses Verhältniss änderte sich aber zum Nachtheil des fidejussors dadurch, dass Justinian in L. 28. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.) die Klagenconsumtion als Folge der Litiscontestation mit einem von mehreren Mitschuldnern aufhob. Fortan konnte der Gläubiger vorbehaltlos seine Ansprüche bis zu völliger Befriedigung nach allen Seiten hin geltend machen und brauchte niemals zu befürchten, dass eine gegen den Hauptschuldner, sei

¹⁾ Es ist daher unzutreffend wenn Hasenbalg — „Die Bürgschaft des gemeinen Rechts“ Düsseldorf 1870. S. 404. — schlechthin von einer gesetzlichen Verpflichtung zur Klageabtretung an den fidejussor spricht. Eine solche müsste sich unter allen Umständen geltend machen und nicht nur dann, wenn gerade noch eine Klage vorliegt.

es auch durch eigenes Verschulden, erlittene Niederlage seine Rechte gegenüber dem fidejussor schmälere oder aufhebe.

Endlich haftet der Gläubiger dem fidejussor auch nicht dafür, dass die möglicherweise noch vorhandene Forderung gegen den Hauptschuldner einen thatsächlichen Werth habe. Nach den Regeln der fidejussio giebt es kein Princip, welches dem Bürgen gestattet, vom Gläubiger irgendwelche Sorgfalt in der Geltendmachung resp. Erhaltung der Hauptforderung zu beanspruchen. Das ist ausdrücklich anerkannt von Scaevola:

L. 62. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. „Si fidejussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? respondit non posse.“

Wir können uns hiernach leicht davon überzeugen, dass die Klagencession sich bei der Mandats- und Stipulationsbürgschaft nach ganz verschiedenen Rechtsgrundsätzen vollzog, in beiden Fällen getrennte Ausgangspunkte hatte und dem entsprechend auch abweichende Wirkungen erzeugte. Ich kann es daher auch nicht billigen, wenn Keil das beneficium cedendarum actionum des Fidejussors wie eine Ausdehnung des dem Mandator zustehenden Anspruches auf Abtretung der Hauptklage behandelt¹⁾. Solange man diese Reform als eine durch nichts vorbereitete und vermittelte Erfindung des Paulus ansah, mochte eine solche Anlehnung an vorhandene Institute als wahrscheinlich vertreten werden. Wir haben indessen gesehen, dass die Urheberschaft der hierbei in Frage kommenden Fiction Papinian zugeschrieben werden muss. Die Cession der Hauptklage wird von ihm noch gar nicht berührt, an das Vorbild der Mandatsbürgschaft kann er schwerlich gedacht haben.

Der Zustand des klassischen Rechts, an dem durch die L. 28. Cod. de mand. et fidej. 8. 40. (41.) auch nichts geändert wurde, gestaltete sich in der uns hier beschäftigenden Frage folgendermassen:

¹⁾ a. a. O. S. 13. 14.

Der Mandatsbürge hat einen gesetzlichen Anspruch auf die Cession der Hauptklage, welcher aus der rechtlichen Natur seines Vertrages mit dem Gläubiger entspringt. Letzterer haftet daher ex fide bona für die Existenz und jede durch das geringste eigene Verschulden herbeigeführte Entwerthung der abzutretenden Forderung.

Der Stipulationsbürge kann eine Cession der Klage gegen den Hauptschuldner nur in so fern beanspruchen, als eine solche noch vorhanden ist. Leisten muss er jedenfalls, selbst wenn die Hauptforderung durch Verschulden des Gläubigers vernichtet oder ihres Werthes entkleidet sein sollte. Diese Klagenabtretung hat mit dem rechtlichen Character der fidejussio nicht das Geringste zu thun. Sie beruht auf einem singulären Zugeständniss und ist daher eine von Aussen her hinzugetretene Rechtswohlthat, ein *beneficium cedendarum actionum*.

Diese grundsätzlich einseitige Haftung der Fidejussoren wurde gemildert durch die Novelle 4. Cap. 1. Der Gläubiger ist fortan in seinen Schritten gegen den Bürgen durch dieses zweite *beneficium* beschränkt und gebunden. Bei jeder Massnahme wider den fidejussor ist er dem ausgesetzt, dass Letzterer ihn zur Anstellung der Vorausklage dränge.

Ja selbst im Falle der Abwesenheit des Hauptschuldners kann es dem Bürgen gelingen, ihn innerhalb der vom Richter festgesetzten Frist zur Stelle zu schaffen¹⁾.

Der Gläubiger wird daher von vornherein auf diese Eventualität Bedacht nehmen müssen und demgemäss sein eigenes Klagerecht gegen den Schuldner zu hüten haben, da selbst ein *pactum de non petendo in personam* ihn ausser Stande setzen würde; die Vorausklage anzustellen.

Ist die Vorausklage dann aber angestrengt, so wird sie ohne Zweifel nicht nur im Falle einer Mandatsbürgschaft, sondern auch wenn eine fidejussio vorliegt, nach den Regeln der L. 95. § 11. Dig. de solut. 46. 3. cit. mit aller Sorgfalt durch-

¹⁾ Nov. 4. Cap. 1. — — — et iudex, qui causae praeest — — — principalem debitorem adducere volentibus tempus det, ut ille primus actionem sustineat, atque ita hi in ultimum serventur subsidium“.

geführt werden müssen. Ganz abgesehen davon, dass nach Justinians Willen die Vorausklage bei der Mandatsbürgschaft und fidejussio nach den gleichen Grundsätzen gehandhabt werden sollte, war eine sorgfältige Processführung gegen den Hauptschuldner — im Sinne der Mandatsbürgschaft — hier um so mehr am Platz, als im entgegengesetzten Falle rechen schaftslosen Verfahrens die Vorausklage nicht bloss zu einer leeren Formalität herabgesunken wäre, sondern sich sogar zu einem schweren Nachtheil für den Bürgen hätte gestalten können. In vielen Fällen müsste es für ihn weit vortheilhafter sein, sich die Klage gegen den Hauptschuldner abtreten zu lassen, als dass der Gläubiger ihn durch seine Fahrlässigkeit, ohne selbst Befriedigung zu erlangen, auch dieses Regresses beraube.

Weitere Consequenzen werden wir in dieser Richtung aus den justinianischen Reformen für die fidejussio kaum ziehen dürfen. Insbesondere wird es nach wie vor dem Gläubiger überlassen bleiben, den Zeitpunkt der Ausklagung des Hauptschuldners oder Bürgen zu bestimmen. Gemäss den auch nach Justinian für die fidejussio geltenden Regeln kann der Gläubiger dem Hauptschuldner auf Grund freien Ermessens Stundungen gewähren und beliebig die Anstellung der Klage hinausschieben bis der Hauptschuldner in Vermögensverfall geräth, ohne dass der fidejussor deshalb seine Zahlung verweigern dürfte. In dieser Frage bleiben die Vorschriften der L. 62. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. cit. in unabgeschwächter Geltung. Es ist auch später kein Princip geschaffen worden, welches dieser Regel widerspräche.

Wir haben in Vorstehenden den Standpunkt characterisirt, welchen das reine römische Recht hinsichtlich der Klagen cession an die Bürgen einnahm und hierbei zwei verschiedene Richtungen, je nachdem es sich um eine Mandatsbürgschaft oder um eine fidejussio handelte, festgestellt.

Hiermit treten wir an die practische Seite unserer Frage heran, nach welchen Grundsätzen nämlich die heutige Bürgschaft das rechtliche Verhältniss des Gläubigers zum Bürgen regelt? Da neue Gedanken deutschen Rechtsquellen nicht entnommen sind und auch seit der Reception des römischen Rechts

auf diesem Gebiet keinen Eingang gefunden haben, so sind es wesentlich die justinianischen Principien, auf welche unsere modernen Anschauungen zurückgeführt werden müssen. Sehr bedauerlich ist es, dass unter dem Einflusse der neueren Litteratur unserer Wissenschaft das richtige Verständniss für Justinians Bestrebungen in dieser Richtung verloren gegangen ist.

§ 8. Die Mandatsbürgschaft im heutigen Recht.

Nachdem aus der Wurzel des *jussus* die Bürgschaftsform der *fidejussio* erwachsen war, erwies sich das ganze Institut bald als zu straff. Die Erkenntniss dieses Mangels erzeugte ein doppeltes Bestreben: Einmal liess man aus demselben Keim ein formloses Concurrenzinstitut — die Mandatsbürgschaft — entstehen, sodann suchte man durch eine Reihe von Ausnahmebestimmungen und Rechtswohlthaten, die zumeist dem Gebiet der Mandatsbürgschaft entlehnt waren, jene der Stipulationsbürgschaft eigenthümlichen Härten abzuschleifen.

Es ist offensichtlich, dass die also durchlöcherzte und in Folge fremdartiger Einflüsse umgestaltete *fidejussio* den Wettkampf mit der einheitlich und harmonisch gebildeten Mandatsbürgschaft nicht aufnehmen konnte. Wie die *sponsio* und *fidepromissio*, so musste auch sie an abschwächenden Ausnahmeregeln schliesslich zu Grunde gehen.

Aus der justinianischen Auffassung können wir mit Sicherheit entnehmen, dass das Endziel des hier berührten Entwicklungsganges in der Schaffung eines einheitlichen, formlosen Bürgschaftsvertrages zu suchen ist, welcher jedenfalls ein *bonae fidei contractus* sein musste und dessen wesentliche Elemente bereits die Mandatsbürgschaft umschloss.

Dass dieser Prozess zu Justinians Zeit noch nicht zum Abschluss gelangt war, haben wir bereits gesehen. Indessen lassen sich hier wie auch in der Ausgestaltung anderer Institute¹⁾ die einzelnen Etappen des Weges sehr wohl er-

¹⁾ Ich verweise hier z. B. auf die Klagbarkeit der *nuda pacta*, die gleichfalls im späteren römischen Recht fast zielbewusst angestrebt wurde, gleichwohl aber erst viel später zum vollen Durchbruch gelangte.

kennen und damit auch die heute von uns zu verfolgende Richtung.

Diese Tendenz der römischen Rechtslehre konnte unmöglich erkannt werden, so lange man an der irrigen Voraussetzung festhielt, dass nach der Beseitigung der sponsio und fidepromissio die fidejussio die einzige wahre Bürgschaftsform des justinianischen Rechts gewesen sei.

Von diesem Standpunkte aus galt dann für den orthodoxen Romanisten die Regel, dass auch unsere heutige Bürgschaft sich in der Hauptsache nach der fidejussio zu richten habe, und dass auch die Beziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen nach den Principien der Letzteren zu ordnen seien.

Der practische Kernpunkt unserer Frage lässt sich dahin zusammenfassen: Bestehen nach den Grundsätzen des heutigen Bürgschaftsvertrages Verpflichtungen des Gläubigers dem Bürgen gegenüber? Insbesondere ist Ersterer verbunden, in seinem Verhalten gegen den Hauptschuldner alle Sorgfalt aufzubieten, damit entweder eine Erfüllung der Obligation durch den Bürgen vermieden werde, oder ihm, für den Fall einer Leistung, in der Klage gegen den Hauptschuldner ein möglichst gutes Aequivalent abgetreten werden könne?

Diese Frage ist auf Grund der Vorschriften des klassischen Rechts über die fidejussio strict verneint worden von Jaeger²⁾. Nach seiner Auffassung kann der Bürge vom Gläubiger weiter nichts fordern, als Cession der Hauptklage, wobei Letzterer, wie jeder andere Cedent, nur für Verität der Forderung einsteht, also lediglich für ihr Dasein. Jaeger ist von seinem Standpunkt aus zu weit gegangen. Eine Verbindlichkeit des Gläubigers zur Abtretung der Hauptklage an den fidejussor ist in den Quellen als absolute Pflicht niemals anerkannt worden, vielmehr kam sie überall da in Wegfall, wo mit oder ohne Verschulden des Gläubigers der Anspruch erloschen war.

¹⁾ „Hat der Gläubiger eine Klage gegen den Bürgen, wenn er durch eigenes Verschulden von der Concursmasse des Hauptschuldners ausgeschlossen worden ist?“ Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. 5. S. 231—38.

Die gleiche Auffassung wie Jaeger hat auch Girtanner vertreten¹⁾.

Einen Fortschritt documentirt die Darstellung Vangerows²⁾, in so fern er wenigstens den Reformen der Novelle 4. Cap. 1. gerecht wird, indessen führen seine hieraus abgeleiteten Consequenzen viel zu weit.

Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass aus dem beneficium excussionis höchstens eine Ausdehnung der L. 95. § 11. Dig. de solut. 46. 3. auf die fidejussio gefolgert werden darf³⁾.

Vangerow hat sich hierauf nicht beschränkt.

Er glaubte aus Novelle 4. Cap. 1. die Regel ableiten zu können, dass der Gläubiger vom Bürgen keine Leistung verlangen dürfe, wenn er durch irgend welche eigene Nachlässigkeit vom principalen Schuldner keine Befriedigung erlangt habe. Dem muss entschieden entgegengetreten werden. Ueberhaupt werden solche Sätze sich auf ein festes Princip nicht zurückführen lassen, so lange man der herrschenden Lehre folgt und an der fidejussio als an der alleinigen Grundlage unserer heutigen Bürgschaft festhält⁴⁾.

Trotz Novelle 4. steht der fidejussor dem Gläubiger ohnmächtig gegenüber, falls dieser durch leichtfertige Stundung die Geltendmachung seiner Forderung bis zu einem Zeitpunkt hinauschiebt, wo der Hauptschuldner aufgehört hat, solvent zu sein.

1) „Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht.“ S. 471. ff.

2) „Lehrbuch der Pandecten.“ III. § 578. Anm. 4. In Uebereinstimmung hiermit steht Sintenis „Civilrecht.“ II. § 219. N. 60.

3) Siehe oben S. 123. 124.

4) Im Gegensatz zu den oben erwähnten Schriftstellern hat mit vortrefflichem Tacte das Richtige getroffen: Arndts „Lehrbuch der Pandecten“ § 357. Anm. 2. Mit Recht betont er, dass heute jede Bürgschaft ex fide bona zu beurtheilen sei, und dass der Gläubiger diese entschieden verletzen würde, wenn er durch sein Zuthun und durch seine Nachlässigkeit dem Bürgen die ihm gesetzlich zukommenden Hilfsmittel vereitelte. Für diese bona fides erklärt Arndts dann die Regeln des mandatum qualificatum als massgebend. Hierzu konnte er eben auch nur gelangen, indem er, wie allein zutreffend, die Mandatsbürgschaft für einen der fidejussio gleichstehenden Bürgschaftsvertrag erklärte. Vgl. auch daselbst § 353. Anm. 3.

Nach wie vor ist der fidejussor wehrlos, wenn der Hauptschuldner in Concurs geräth und der Gläubiger es verabsäumt, seine Forderung rechtzeitig bei der Masse anzumelden. Der fidejussor kann es nicht verhindern, wenn der Gläubiger böswillig oder leichtfertig den Hauptschuldner während einer wirthschaftlichen Krisis in Anspruch nimmt und, ohne selbst Befriedigung zu erlangen, dessen ökonomische Existenz vernichtet.

Eine solche Schutzlosigkeit des Bürgen widerstreitet entschieden unserem heutigen Rechtsgefühl.

Unmöglich können wir es zugeben, dass es dem Gläubiger frei stehen solle, Vermögenswerthe zu verschleudern, die nicht nur ihn, sondern in zweiter Linie ja auch den Bürgen sicher zu stellen bestimmt sind.

Die Bürgschaft verfolgt den Zweck, den Gläubiger vor den nachtheiligen Consequenzen einer Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen; diese Insolvenz darf aber seitens des Gläubigers weder absichtlich noch fahrlässig herbeigeführt werden. Dem entspricht die im Geschäftsverkehr durchweg vertretene Auffassung. Wenn heute Jemand eine Bürgschaft übernimmt, so geht er zweifellos von der Annahme aus, dass der Gläubiger alles daran setzen müsse, vom Hauptschuldner volle Befriedigung zu erlangen. Mit gutem Grunde wird er darauf rechnen dürfen, dass Treue und Glauben hier nicht verletzt, und die gegen den Hauptschuldner verfügbaren Waffen nicht zwecklos ihrer Schärfe beraubt werden.

In gewissem Sinne wird in unseren Tagen wohl jede Bürgschaft für eine Schadlosbürgschaft gehalten, da gewiss jeder Intercedent voraussetzen darf, dass seine Haftung erst dann beginne, wenn nachweislich alle redlichen Bemühungen des Gläubigers gegen den principalen Schuldner erfolglos gewesen sind.

Aus dem Bestreben, diese an sich richtigen Anschauungen mit den Grundlagen der fidejussio zu vereinigen, stammt die These Vangerows: seit Novelle 4. sei jede Bürgschaft eine fidejussio indemnitatis.

Sehen wir von den heute besonders zahlreichen Fällen ab, wo eine Vorausklage überhaupt nicht angestellt zu werden

braucht, so wird auf Grund des *beneficium excussionis* vom Gläubiger doch höchstens *diligentia in exigendo* gefordert werden dürfen¹⁾. Novelle 4. berechtigt uns durchaus nicht, ihn in seinem Verhalten gegen den Hauptschuldner und Bürgen noch weiter zu beschränken und ihm mit Vangerow in jeder Richtung — also auch bei Anmeldungen im Concourse, Stundungen etc. — Sorgfalt vorzuschreiben. Nichtsdestoweniger ist der hier angegriffene Standpunkt von der gerichtlichen Praxis sehr häufig vertreten worden, hat aber, da er doch kein eigentliches Prinzip schafft²⁾, die absolute Herrschaft nicht erringen können³⁾. In der That lässt sich nicht leugnen,

¹⁾ Seufferts Archiv. Bd. 12. N. 240.

²⁾ Das Reichs-Oberhandelsgericht hat diesen Mangel dadurch ersetzen wollen, dass es die Diligenzpflicht des Gläubigers auf die Treue und den Glauben des Handelsverkehrs zurückführt. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 18. S. 307.

³⁾ Direct auf Novelle 4. stützen sich die Entscheidungen des O. A. G. in Jena vom 20. Juni 1841. (bei Seuffert. Bd. 16. N. 112.) des Obertribunals in Berlin vom 23. März 1853. (bei Seuffert. Bd. 12. N. 240.), sowie mit einer eingehenden Erörterung des Obertribunals in Stuttgart vom 4. Nov. 1853 (bei Seuffert. Bd. 7. N. 312.) u. a. m.

Ganz abgesehen von Novelle 4. wird eine Diligenzpflicht auf Grund allgemeinsten Billigkeit anerkannt: wenigstens bei Stundung der Hauptschuld vom O. L. G. in Kiel am 18. Mai 1883. (bei Seuffert. Bd. 39. N. 43.), ferner vom R. O. H. G. am 11. Sept. 1875. und 11. März 1879. (bei Seuffert. Bd. 35. N. 243. 244.), vom R. O. H. G. am 2. April 1872 (bei Seuffert. Bd. 27. N. 230.) und namentlich durch das Reichsgericht vom 6. Febr. 1883. (bei Seuffert. Bd. 39. N. 12.). Im Falle der Nichtanmeldung der Forderungen im Conkurs des Hauptschuldners: bei Seuffert. Bd. 4. N. 42. Bd. 7. N. 34. 311. 312. Bd. 21. N. 111. Bd. 27. N. 130. u. a. m.

Den Uebergang zu einem strengeren Standpunkt bahnt an das Reichsgericht, Entscheidung vom 20. Febr. 1880. (bei Seuffert. Bd. 36. N. 40.). Es räumt zwar ein, dass „eine unverkennbare Nachlässigkeit des Gläubigers in der Beitreibung der Forderung vom Hauptschuldner den Bürgen berechtige, seine Zahlungspflicht abzulehnen“, fordert aber zugleich, dass der Bürge über der Vermögenslage des Hauptschuldners wache, und den Gläubiger zu einem rechtzeitigen Einschreiten veranlasse. Man sieht, dass diese Entscheidung sich ebensowenig auf eine bestimmte rechtliche Grundlage zurückführen lässt, wie alle vorigen. Es mangelt eben das feste Princip. Wir dürfen uns daher durchaus nicht wundern, wenn eine Reihe von Entscheidungen diese ganze Auffassung schlechthin ignorirt und eine Diligenzpflicht des Gläubigers leugnet. Das

dass, wenn man die fidejussio als einziges Fundament unserer heutigen Bürgschaftslehre beibehält, die vorhin erwähnte Anschauung Jaegers und Girtanners als die consequentere erscheint.

Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich hat jede Diligenzverpflichtung des Gläubigers dem Bürgen gegenüber strict abgelehnt, indem er, nach seinen eigenen Worten, zur Doctrin des älteren römischen Rechts zurückkehrt¹⁾.

Die practischen Consequenzen jener weitherzigen Interpretation der Novelle 4. treten sofort deutlich zu Tage in der rechtlichen Beurtheilung der selbstschuldnerischen Bürgschaft und zwar in überaus unbilliger Weise. Man ist ja darin einig, dass dem selbstschuldnerischen Bürgen das beneficium excussionis nicht zustehe, hält aber doch zugleich daran fest, dass seine Haftung im übrigen keine schärfere sei, als diejenige des gewöhnlichen Bürgen²⁾. Bauen wir aber die ganze Diligenzpflicht des Gläubigers auf das Fundament der Vorausklage, so steht und fällt sie mit der Letzteren. Es er-

O. A. G. zu Celle (Entscheid. vom 18. Dez. 1829. bei Seuffert. Bd. 11. N. 243.) erklärt: „Nach der rechtlichen Natur des Bürgschaftsvertrages lässt sich nicht annehmen, dass der Gläubiger gegen den Bürgen zu irgend einer Diligenz in Bezug auf den Hauptschuldner gesetzlich verpflichtet sei.“ Denselben Gedanken spricht aus das Reichsgericht (Entscheidung vom 9. Nov. 1886. bei Seuffert. Bd. 42. N. 208.): „Bei der fidejussio besteht kein zweiseitiges Rechtsverhältniss. Der Gläubiger ist nur berechtigt, nicht verpflichtet, umgekehrt der Bürge nur verpflichtet, nicht berechtigt. . . . Einen dolus kann man nun wohl dem Gläubiger vorwerfen, welcher sich weigert, die Ansprüche gegen den Hauptschuldner abzutreten, die er zur Zeit seiner Befriedigung durch den Bürgen noch besitzt. Daraus folgt aber nicht, dass auch der Gläubiger zu einer Diligenz rücksichtlich der ungeschmälerten Erhaltung der Klage verbunden sei.“ Cf. auch Seuffert. Bd. 7. N. 33. 177. 311.

¹⁾ Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Art. 679. Vgl. Motive zu dem Entwurf. Bd. II. S. 679. Dasselbe Princip vertritt das österreichische bürgerl. Gesetzbuch § 1300. das schweizer Bundes-Gesetzbuch. Art. 508. der hessische Entwurf. Art. 611. der bayrische Entwurf. Art. 802.

²⁾ Dernburg: „Pandecten.“ II. § 79. e. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Art. 675. Motive zu dem Entwurf Bd. II. S. 670.

giebt sich alsdann das Resultat, dass, während der gewöhnliche Bürge vor der Willkür des Gläubigers gesichert erscheint, der selbstschuldnerische Bürge ihr schrankenlos ausgeliefert ist, und in der That wird diese Consequenz auch von der Praxis ohne Bedenken gezogen¹⁾.

Alle hier erwähnten Zweifel und Widersprüche lösen sich leicht und zwanglos, sobald wir uns dessen erinnern, dass die fidejussio keineswegs die einzige Bürgschaftsform des justinianischen Rechts war, dass vielmehr mit überwiegendem Einfluss auf die Entwicklung des gesammten Intercessionswesens neben ihr die Mandatsbürgschaft bestand.

Es liegt somit selbst für den orthodoxen Romanisten keine Veranlassung vor, sich nur von den Regeln der fidejussio leiten zu lassen, um so weniger, als gerade die Mandatsbürgschaft unserem heutigen Streben nach Beförderung der bona fides in Verträgen in hohem Grade entspricht.

Gehen wir aber hiervon aus, so gewinnen wir ein festes Princip auch für die Beurtheilung der rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen. Ihre beiderseitigen Verpflichtungen werden durch das Band der bona fides zusammengehalten. Der Creditor haftet dem Mandator für allen innerhalb des Contractsverhältnisses durch culpa levis zugefügten Schaden. Er steht nicht nur für jeden durch seine Nachlässigkeit herbeigeführten Verlust der Hauptklage, sondern auch für jede tatsächliche Entwerthung der Obligation ein. Die gleiche Diligenzpflicht hat er zu beobachten bei der Anmeldung seiner Forderung im Concourse des Hauptschuldners, bei allen Stundungen, die er dem Letzteren etwa gewähren sollte und endlich auch bei der Ausklagung des Debitors.

Ich würde nicht zögern, zu verlangen, dass der Gläubiger nicht wissentlich oder fahrlässig seine Klage in einem Zeitpunkt anstelle, wo der Schuldner sich gerade in einer vorübergehenden wirthschaftlichen Krisis befindet. Er soll auch hier durch umsichtiges Vorgehen nicht nur seine, sondern auch des Bürgen Interessen wahren. Die gleichen Regeln gelten

¹⁾ Entscheidung des Obertrib. in Stuttgart v. 4. November 1853. (be Seuffert 7. N. 312.).

auch für die selbstschuldnerische Bürgschaft. Nur dadurch können wir die unbilligen Consequenzen, welche aus dem Verzicht auf die Vorausklage gezogen werden, beseitigen, dass wir dieser Beschränkung eine von ihr ganz unabhängige Verpflichtung des Gläubigers gegenüberstellen.

Von grösster Tragweite aber erweist sich der Einfluss der Mandatsbürgschaft auf die Beurtheilung der sogenannten Amtscationen. Kann, so lautet hier die Frage, der Bürge eines Kassenbeamten Befreiung von seiner Haftung verlangen, wenn der Kassenherr jede Aufsicht und Controle unterlassen hat, und dadurch die Veruntreuung überhaupt oder doch bis zu einer gewissen Höhe ermöglicht wurde? Diese Frage ist neuerdings mehrfach verneint worden¹⁾. Man pflegte darauf hinzuweisen, dass hier der Bürge ja gerade für Vergehen des Beamten einstehen solle, und dass es in Rücksicht hierauf gleichgiltig sei, ob eben diese Vergehen leicht oder schwer, wahrscheinlich oder unwahrscheinlich waren. Andererseits biete ja auch die Controle kein unbedingtes Schutzmittel gegen Veruntreuung. Trotz aller Aufsicht könnten Uebergrieffe in beliebiger Höhe vorkommen. Nur in einem Falle, wo sich nämlich die Amtscation als ein Versprechen der Schadloshaltung darstelle, d. h. dann, wenn der Bürge nur für den wirklichen Schaden einstehen wolle, welchen der Gläubiger ohne eigenes Verschulden erleiden sollte, erscheine der Anspruch auf Diligenz des Gläubigers als berechtigt und begründet. Indessen sei gerade dieser Fall niemals zu präsumiren.

Hiergegen ist darauf zu verweisen, dass eben die zuletzt erwähnte Haftung den Grundsätzen der Mandatsbürgschaft entspricht.

Nach ihren Regeln kann der Gläubiger vom Mandator keinen Ersatz für solche Ausfälle beanspruchen, die er durch sein eigenes Verschulden sich zugezogen hat. Der Bürge steht

¹⁾ Girtanner a. a. O. Seite 390—93. 485. 486.

Gruchot: „Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts“. Bd. XVI. (N. F. I.). Glossen z. allg. Landrecht von Gruchot. 3. Abschnitt. Von Cationen und Bürgschaften. S. 669., anders hat freilich entschieden das Ober-Appell.-Gericht zu Wolfenbüttel am 24. März und 19. Nov. 1832. bei Seuffert Band 12. N. 159.

eben nur für dasjenige *periculum* ein, welches trotz gehöriger Sorgfalt des Creditors eingetreten ist. Da aber die Controle der Kassenbeamten zu den Obliegenheiten jedes sorgsamem Kassenherrn gehört, so darf sie auch hier nicht unterbleiben, wenn der eingetretene Schade sich als reines *periculum* characterisiren soll. Mit Recht könnte gerade bei der Amtscapution der Bürge darauf hinweisen, dass bei einem umsichtigen Verhalten des Gläubigers seine Verpflichtung entweder gar nicht oder doch in geringerem Umfange zu practischer Bedeutung gelangt wäre. Nach den Grundsätzen der *bona fides* soll der Gläubiger sich gewissermassen als Vertreter des Bürgen fühlen und demgemäss handeln, zumal Letzterem jede Möglichkeit mangelt, den Kassenbeamten zu beaufsichtigen.

Haben wir der Mandatsbürgschaft zu Gunsten des allgemeinen Bürgenvertrages alle diejenigen Grundsätze entlehnt, welche sich unserem heutigen Rechtsgefühl entsprechend in der angegebenen Richtung verwerthen lassen, so fragt es sich nunmehr, ob ferner noch ein Grund vorliegt, die bisherige, uns aus dem justinianischen Recht überkommene Zersplitterung im Bürgschaftsvertrage aufrecht zu erhalten, und ob wir noch immer ausser Stande sind, ein einheitliches Bürgschaftsinstitut auch legislatorisch zu gestalten?

Ich glaube dieses verneinen zu müssen.

In der That liegt für das gemeine Civilrecht heute nicht die geringste Veranlassung mehr vor, neben dem ordentlichen Bürgenvertrage noch das besondere Institut einer Mandatsbürgschaft fortbestehen zu lassen. Letzteres könnte nur zu bedenklichen Umgehungen des Gesetzes insbesondere da führen, wo der Abschluss der Bürgschaft an bestimmte Formen gebunden ist. Zudem muss es dem Richter oftmals schwierig sein, festzustellen, mit welcher Bürgschaftsart er es zu thun hat, da heute bei der Eingehung einer gewöhnlichen Bürgenverpflichtung nicht mehr *verba solemnia* gesprochen werden.

Gleichwohl hat sich die neueste legislatorische Arbeit, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, zu diesem Schritte nicht entschliessen können. Er er-

klärt in Art. 680 die Mandatsbürgschaft in ihrer Eigenart beibehalten zu wollen. Indessen soll dieses Institut, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschliessenden erhellt, nach den Vorschriften über die Bürgschaft beurtheilt werden. Der Entwurf vertritt somit gleichfalls die Auffassung, dass es sich hier rechtlich um einen Bürgschaftsvertrag handele. Da er aber besondere Regeln hierfür nicht aufstellt, vielmehr ganz und gar auf die von ihm für die gemeine Bürgschaft angenommenen Grundsätze verweist, so muss vor allem die Frage aufgeworfen werden, ob diese Principien sich mit dem besonderen Wesen der Mandatsbürgschaft vereinigen lassen? Wir haben gesehen, dass die vornehmste Wirkung und Eigenthümlichkeit der Mandatsbürgschaft darin besteht, dass sie das rechtliche Verhältniss zwischen Bürgen und Gläubiger nach den Grundsätzen der bona fides regelt und insbesondere dem Gläubiger weitgehende Diligenzverpflichtungen auferlegt. Diese Besonderheit gehört so sehr zum Wesen der Mandatsbürgschaft, dass sie ohne jene Wirkung gar nicht bestehen kann. Da indessen der Entwurf consequente Anwendung der von ihm für die Bürgschaft in den vorhergehenden Artikeln aufgestellten Regeln ohne jede Modification auch auf dieses Institut fordert, so wird, jenen Grundsätzen entsprechend, doch wohl auch das Verhältniss zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Mandatsbürgschaft geordnet werden müssen.

Nun lässt sich ein bestimmtes Princip aus den Art. 337. al. 2. 3. und 676., 679. wegen ihrer unpräcisen Fassung nicht entnehmen. Eine Lösung der Frage finden wir in den Motiven¹⁾ zum Art. 679. Hier wird „in Uebereinstimmung mit dem älteren römischen Recht“ jede Diligenzpflicht des Gläubigers dem Bürgen gegenüber geleugnet. Es wird darauf hingewiesen, „dass der Werth der Bürgschaft durch die Imputirung solcher Diligenzpflicht beträchtlich herabgedrückt und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen würden. Eine bestimmte Abgränzung der allgemeinen Diligenzpflicht wäre doch nicht angänglich, weil stets solche practische Bedenken damit verknüpft blieben.“

¹⁾ Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. S. 679.

Aus dieser Erläuterung entnehmen wir, dass der Entwurf zum vorjustinianischen, wie er sagt, „älteren römischen Recht“ zurückgehen und den Gläubiger nur zur Abtretung solcher Rechte an den Bürgen verpflichtet will, welche, ganz abgesehen vom Verhalten des Gläubigers, zur Zeit noch bei ihm vorhanden sind.

Beurtheilen wir gemäss dem Art. 680 auch die Mandatsbürgschaft nach jenen Grundsätzen, so scheidet damit ihr wesentliches Merkmal aus, und es lässt sich jetzt allerdings schwer sagen, worin die besonderen Wirkungen dieses Vertrages bestehen.

Wollte also der Entwurf das ganze Institut nicht seinen Eigenthümlichkeiten entsprechend ausgestalten, so hätte er es einfach mit Stillschweigen übergehen sollen. Durch die von ihm eingeschlagene Behandlung der Frage hat er lediglich den Keim zu Zweifeln und Unsicherheit in der Praxis gelegt, da er den Richter veranlasst, ein Rechtsinstitut entgegengesetzt seinem juristischen Character zu behandeln.

Dagegen wäre es überaus wünschenswerth gewesen, dass der Mandatsbürgschaft eine Einwirkung auf die Gestaltung des Bürgenvertrages im Allgemeinen eingeräumt worden wäre. Der Entwurf hätte alsdann den verhängnissvollen Fehler vermieden, im Gegensatz zur ganzen modernen Rechtsentwicklung und unserer heutigen Rechtsüberzeugung eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen zu leugnen. Er wurde hierzu offenbar dadurch gedrängt, dass er in Uebereinstimmung mit der älteren orthodoxen Schule in der fidejussio die einzige Bürgschaftsart des justinianischen Rechts erblickte¹⁾. Die Bedenken practischer

¹⁾ Der Entwurf beruft sich hier auf andere Codificationen, welche eine Diligenzpflicht des Gläubigers leugnen, so das österreichische bürgerl. Gesetzbuch § 1300, das züricher Gesetzbuch § 1802, das schweizer Bundes-Gesetz Art. 508., der hess. Entwurf Art. 611., der bayr. Entwurf Art. 802.

Eine verhältnissmässig glückliche Lösung dieser Frage hat dagegen das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht gefunden. Art. 4549 daselbst lautet: „Der Bürge wird von seiner Haftung befreit, wenn der Gläubiger dem Schuldner gegenüber nachlässig verfuhr und sich eine Zögerung zu Schulden kommen liess, die unter den besonderen Verhältnissen als unverzeihlich erscheint.“ Freilich ist es unrichtig, wenn obige Bestimmung sich auf L. 41. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. sowie auf Nov. 4. Cap. 1. stützt

Natur, welche in den Motiven zu dem Entwurf gegen die Diligenzpflicht des Gläubigers vorgebracht sind, vermag ich durchaus nicht zu theilen. Weshalb hier „eine Abgrenzung der allgemeinen Diligenzpflicht“ weniger „angänglich“ sein sollte, wie in jedem beliebigen anderen bonae fidei Vertrag, ist ganz unerfindlich. Mich dünkt, dass der Begriff der levis culpa beim Bürgschaftsvertrage sich in jedem einzelnen Falle genau so gut abgränzen liesse, wie bei den übrigen Verträgen, dem Kauf, der Miethe u. s. w.

Zweifelten aber die Motive zum Entwurf daran, welchen Grad der Sorgfalt sie vom Gläubiger verlangen sollten, nun so hätte ein Blick auf die Mandatsbürgschaft genügt, um sie über diese Frage völlig aufzuklären.

Sehr zutreffend ist auch die Entscheidung des Landvogteigerichts in Riga vom 29. Nov. 1867 bei Zwingmann: „Civilrechtliche Entscheidungen der rigaschen Stadtgerichte“. Band I. Seite 331 ff., vergl. auch Arndts a. a. O. § 353. Note 3.

Register

der citirten und besprochenen Quellenstellen.

I. Justinianische Quellen.

1. Institutionen.

		Seite
Lib. 3. Tit. 19. de inutil. stipul.	§ 17.	107.
Lib. 3. Tit. 20. de fidejussoribus.	§ 8.	107.
Lib. 3. Tit. 26. de mandato.	§ 2.	68.
	§ 3.	61.
	§ 5.	63.
	§ 6.	45. 53. 63.

2. Pandekten.

Lib. 3. Tit. 2. de his qui notantur infam.	L. 1. pr.	91.
	L. 6. § 5.	94.
	L. 6. § 7.	92.
	L. 11. § 4.	10.
Lib. 3. Tit. 5. de neg. gest.	L. 27. (28.)	97.
	L. 30. pr.	27.
Lib. 4. Tit. 3. de dolo malo.	L. 7. § 10.	5. 61.
	L. 8.	60.
Lib. 9. Tit. 2. ad leg. Aquil.	L. 37.	49.
Lib. 12. Tit. 1. de reb. cred.	L. 42.	6.
Lib. 14. Tit. 3. de institoria actione.	L. 19. § 2.	20.
Lib. 14. Tit. 5. quod cum eo	L. 1.	33.
	L. 7.	17. 66.
Lib. 14. Tit. 6. de sen. cons. Maced.	L. 9. § 3.	90.
Lib. 15. Tit. 4. quod jussu.	L. 1. § 1.	40. 62. 66. 110.
	L. 1. § 2.	65. 66.
	L. 1. § 3.	19. 39.
	L. 1. § 5.	28. 105.
	L. 1. § 6.	65. 99.
	L. 3.	40. 65.
Lib. 16. Tit. 1. ad sen. cons. Vellej.	L. 8. § 1.	5. 78.
	L. 19. pr.	9.
	L. 19. § 1.	5. 9.
	L. 19. § 2.	79.
	L. 19. § 4.	79. 83.
	L. 25.	22. 105.

		Seite
Lib. 16. Tit. 3. depositi	L. 1. § 14.	45. 64. 66. 69.
	L. 26. § 2.	37.
Lib. 17. Tit. 1. mandati	L. 2. § 2.	61. 65.
	L. 2. § 5.	63.
	L. 5. § 1.	65.
	L. 6. § 2.	89.
	L. 6. § 4.	67. 71.
	L. 6. § 5.	50. 69.
	L. 6. § 6.	64. 66.
	L. 8. § 4.	72.
	L. 8. § 6.	100.
	L. 10. § 7.	50.
	L. 12. § 12.	38. 61. 110.
	L. 12. § 13.	52. 66.
	L. 12. § 14.	99.
	L. 18.	89.
	L. 20. § 1.	90. 92.
	L. 21.	92.
	L. 22. § 1.	92.
	L. 22. § 2.	116.
	L. 27. pr.	110.
	L. 27. § 5.	75. 76. 112.
L. 28.	75. 76. 89. 112.	
L. 32.	8. 80.	
L. 33.	92. 94.	
L. 40.	90.	
L. 48. § 2.	67.	
L. 53.	92.	
L. 56. pr.	101. 110.	
L. 58. § 1. in fin.	90.	
L. 59. § 1.	92. 119.	
L. 59. § 5.	9. 110.	
L. 59. § 6.	114.	
L. 60. pr.	75.	
L. 60. § 1.	85. 110.	
L. 62. § 1.	84. 110.	
Lib. 18. Tit. 4. de hered. vel act. vend.	L. 6.	114.
	L. 23.	114.
Lib. 20. Tit. 5. de distract. pignor.	L. 2.	118.
	L. 5. § 1.	119.
Lib. 23. Tit. 3. de jure dotium.	L. 46. pr.	114.
Lib. 26. Tit. 7. de administr. et periculo	L. 21.	32. 33.
Lib. 27. Tit. 3. de tutelae et rationibus distr.	L. 21.	117.
	L. 4. in fin.	5. 6.

		Seite
Lib. 27. Tit. 7. de fidejussor. et nom.	L. 7. in fin.	87.
Lib. 29. Tit. 2. de adquir. vel omitt. hered.	L. 6. § 1.	65.
	L. 25. § 14.	65.
Lib. 39. Tit. 5. de donationibus.	L. 2. pr.	21. 105.
Lib. 43. Tit. 16. de vi et de vi armata.	L. 1. § 13.	99.
Lib. 43. Tit. 24. quod vi aut clam.	L. 6.	64.
Lib. 44. Tit. 7. de obl. et act.	L. 19.	117.
	L. 20.	11.
Lib. 45. Tit. 1. de verb. obl.	L. 30.	106.
	L. 91. §§ 4. 5.	21. 105.
	L. 116.	6. 7.
Lib. 46. Tit. 1. de fidej. et mand.	L. 13.	75. 76. 112.
	L. 36.	90.
	L. 41. § 1.	75. 112.
	L. 52. § 3.	75.
	L. 62.	122.
Lib. 46. Tit. 3. de solut.	L. 12. § 4.	99.
	L. 21.	6. 7.
	L. 95. § 10.	76. 88. 112.
	L. 95. § 11.	75. 113. 123. 127.
	L. 108.	64.
Lib. 47. Tit. 10. de injuriis et fam. libellis.	L. 17. § 7.	11.
	L. 19.	91.
Lib. 50. Tit. 1. ad munic. et de incolis.	L. 2. pr.	31. 37.
	L. 11. § 1.	6.
	L. 15. § 1.	6.
	L. 17. § 15.	6.
Lib. 50. Tit. 14. de proxenetis.	L. 2.	60. 61. 62.
Lib. 50. Tit. 15. de censibus.	L. 5.	117.
Lib. 50. Tit. 16. de verb. sign.	L. 150.	6.
Lib. 50. Tit. 17. de reg. jur.	L. 60.	90.
	L. 152. § 1.	99.

3. Codex.

Lib. 2. Tit. 20. de dolo malo.	L. 1.	119.
Lib. 4. Tit. 26. quod cum eo	L. 1.	35.
	L. 9. (8.)	19. 38. 66.
	L. 13.	38. 40. 61.
Lib. 4. Tit. 29. ad sen. cons. Velej.	L. 6. pr.	5.
Lib. 4. Tit. 35. mandati	L. 6.	89.
	L. 7.	110.
Lib. 5. Tit. 46. si mater	L. 2.	5.
	L. 3.	6.
Lib. 6. Tit. 61. de bonis quae liberis	L. 8. § 2.	11. 24.

	Seite
Lib. 8. Tit. 40. (41.) de fidej. et mand.	L. 2. pr. 119.
	L. 7. 75. 110. 114.
	L. 11. 120.
	L. 19. 75.
	L. 21. 120.
	L. 22. 110.
	L. 28. 121. 122.
Lib. 10. Tit. 32. de decur.	L. 1. 32.
Lib. 10. Tit. 62. de fil. fam.	L. 1. 35.
	L. 4. § 1. 32.

4. Novellen.

Nov. 4. Cap. 1.	123.
-------------------------	------

II. Vorjustinianische Quellen.

1. Gaji Institutiones.

Lib. 2. § 120.	109.
Lib. 3. § 92.	106.
Lib. 3. § 127.	93. 96.
Lib. 3. § 156.	63. 67. 68.

2. Pauli sententiae receptae.

Lib. 2. Tit. 3.	106.
Lib. 2. Tit. 11. § 2.	5.
Lib. 5. Tit. 7. § 2.	107.

3. Cicero.

ad Attic. Lib. 16. epist. 15. § 2.	91.
--	-----

III. Nachjustinianische Quellen.

1. Theophili Paraphr. Instit.

Lib. III. Tit. 26. § 6.	53.
Lib. IV. Tit. 7. § 1.	17.
§ 2.	26.
§ 5.	17.
§ 8.	17. 25.



- Brünneck, W. von,** Siciliens mittelalterliche Stadtrechte nach alten Drucken und Handschriften mit einer Einleitung herausgegeben und dem Inhalte nach systematisch dargestellt. 1881. gr. 8. *M* 20,00
- Codex juris municipalis Siciliae.** Die mittelalterlichen Stadtrechte Siciliens mit historischen Einleitungen herausgegeben von O. Hartwig.
Heft I. Die Stadtrechte von Messina. 8. *M* 1,00
- Culturbilder aus dem Zeitalter der Aufklärung.** Von W. Kawerau. Bd. 1. 2. 1886—88. 8. *M* 12,00
I. Aus Magdeburgs Vergangenheit. 1886. *M* 6,00
II. Aus Halle's Litteraturleben. 1888. *M* 6,00
- Gildenpenning, A.,** Geschichte des oströmischen Reiches unter den Kaisern Arcadius und Theodosius II. 1885. gr. 8. *M* 10,00
- Gildenpenning, A., u. J. Hland,** Der Kaiser Theodosius der Grosse. Ein Beitrag zur römischen Kaisergeschichte. 1878. gr. 8. *M* 7,00
- Hartwig, Otto,** Quellen und Forschungen zur ältesten Geschichte der Stadt Florenz. 2 Bde. 1880. 4. *M* 23,20
- Lastig, Dr. G.,** Markenrecht und Zeichenregister. Ein Beitrag zur Handelsrechtsgeschichte. Festschrift. 1890. gr. 8. *M* 6,50
- Löning, Ed.,** Die Gemeindeverfassung des Urchristenthums. Eine kirchenrechtliche Untersuchung. 1889. gr. 8. *M* 4,00
- Haupt, Erich,** Plus ultra. Zur Universitätsfrage. 1887. kl. 8. *M* 0,50
- Maué, H. C.,** Der Praefectus fabrum. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Beamtenthums und des Collegialwesens während der Kaiserzeit. Mit einem Anhang, enthaltend die Inschriften. 1887. 8. *M* 5,00
- Merkel, Joh.,** Ueber den Konkurs der Actionen nach römischem Privatrecht. 1877. gr. 8. *M* 3,60
- Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden deutschen Prozessrecht. 1880. 8. *M* 6,00
- Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts. Heft 1. Ueber die Begnadigungscompetenz im röm. Strafprocesse. 1881. 8. *M* 1,60
- — Heft 2. Ueber die Gesch. der klassischen Appellation. 1883. 8. *M* 4,50
- — Heft 3. Ueber die Entstehung des römischen Beamtengehaltes und über römische Gerichtsgebühren. 1888. 8. *M* 4,00
- Niemeyer, Th.,** Depositum Irregulare. 1889. 8. *M* 4,00
- Rindfleisch, G. H.,** Eine biographische Skizze. Mit 1 Photographie. 1884. kl. 8. *M* 1,60
- Rindfleisch, G. H.,** Feldbriefe herausg. von Eduard Ornd. 1888. 8. *M* 6,00
- Roodenbeck,** Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. 1883. 8. *M* 1,20
- Seeler, Wilh. von,** Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischem Recht. 1891. 8. *M* 3,60
- Stammler, Rud. u. Th. Kipp,** Festgabe zu Bernh. Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum. Zwei Abhandlungen. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie. — Kipp, Erörterungen zur Geschichte des Römischen Civilprozesses und des Interdictum quorum bonorum. 1889. 8. *M* 3,00
- Voss, Dr. M. von,** Zur Geschichte der Autonomie d. Stadt Halle. 8. 1873. *M* 1,50

