

Die
alternative Obligation
des
römischen Rechts.

Eine zur Erlangung
der
Würde eines Magisters der Rechte
verfaßte
und
mit Genehmigung einer Hochverordneten
Juristen-Facultät
der
Kaiserlichen Universität Dorpat
zur öffentlichen Vertheidigung bestimmte
Abhandlung
von
Wilhelm Greiffenhagen,
Candidaten d. r. Rechte.

Reval, 1856.
Druck von Lindfors' Erben.

I. Abschnitt.

Wesen und leitende Grundsätze. — Entstehungsgründe. — Unächte Fälle. — Stellung im System der Obligationen *).

§ 1.

Wir nennen eine Obligation dann *alternativ*¹⁾, wenn sie auf die eine oder andere mehrerer²⁾, einzeln bestimmter Leistungen gerichtet ist. In welcher derselben die Obligation zur Erfüllung kommen werde, ist von den Parteien absichtlich ungewiß gelassen. Darüber soll, so ist ihre Intention, erst

*) Leider ist es mir nicht gelungen, von nachstehenden Schriften Einsicht zu nehmen: Kurrer de obligatione alternativa. Tüb. 1686. Schröder (praes. Fromman) de jure variandi. Tüb. 1681. Reinhardt de jure eligendi ex obligatione alter. Erfurt 1774.

1) So nennen wir sie im Gegensatz zu den römischen Juristen, denen das Wort *alternativus* gänzlich fremd war. Wo in unsern Quellen der damit bezeichnete Begriff ausgedrückt werden soll, wird meistens *disjunctivus* gebraucht; so in L. 78. § 1. de cond. (35, 1.) und L. 63. de V. O. (45, 1.). Uebrigens ist unser Ausdruck schon seit den Zeiten der Glossatoren adoptirt. Vgl. z. B. gloss. ad § 33. I. de act. (4, 6).

2) Daß in keiner Stelle des Corp. juris mehr als zwei Gegenstände genannt werden, hat seinen Grund darin, daß dies der gewöhnliche Fall ist: die Möglichkeit mehrerer wird dadurch natürlich nicht ausgeschlossen. Auch wir werden uns hierin dem Beispiele der Quellen der bequemern Ausdruckweise wegen anschließen, da die Uebertragung auf andere Fälle keine Schwierigkeiten bietet.

Der Druck dieser Abhandlung wird gestattet, unter der Bedingung, daß gleich nach Beendigung desselben die vorschriftmäßige Anzahl von Exemplaren an die Censur-Behörde abgeliefert werde.

Dorpat, d. 17. December 1855.

(L. S.)

E. v. Nummel,
d. 3. Decan der Juristen-Facultät.

No. 176.

die Wahl des dazu berechtigten Theils entscheiden. Daß aber eine solche Entscheidung überhaupt einmal erfolge, ist für die Wirksamkeit der Obligation wesentlich, denn ohne sie fehlt es an einer Feststellung des Inhalts. In der Richtung unserer Obligation auf einen mehrerer Gegenstände liegt aber in der That eine doppelte: eine potentielle, in der die Obligation ausgehend mehrere Objecte umfaßt, und eine actuelle, mit der sie abschließend bei einem der letztern stehen bleibt. Von der einen in die andere leitet die Wahl hinüber. Sie ist also der Mittelpunkt des Ganzen. Durch sie scheidet der wahre und eigentliche Gegenstand der Obligation aus dem Kreise der übrigen, (von denen die Römer sagen, daß sie in obligatione sind), aus, wodurch die Obligation ins Stadium der Solution (in solutione esse nennen es die Quellen) tritt und erst dadurch zum Abschluß kommt.

In der Wahl liegt aber nicht allein der Uebergangspunkt von einem Stadium ins andere, sondern es vollzieht sich in ihr auch gleichzeitig die Verwandlung der Obligation in eine einfache. So lange noch nicht entschieden ist, welcher Gegenstand zur Leistung kommen wird — und das ist es bis zu geschעהener Auswahl — tritt der einfache Character der Obligation hinter den alternativen zurück. Mit geschעהener Wahl giebt sie diesen auf, und die schließliche Gestaltung der Obligation ist also nichts weiter als ihre Fortführung zur Einfachheit. In der Folge werden wir die tiefeingreifende Bedeutung dieser Verwandlung genauer kennen lernen. Hier mag aber schon darauf hingewiesen werden, daß ohne Zweifel die römischen Juristen deshalb nirgends von der alternativen als einer besondern Art von Obligationen sprechen,

weil sie das alternative als ein nur vorübergehendes Moment derselben ansehen.

In drei Stücken also — zweiseitiges Stadium und sie vermittelnde Wahl — sind uns die wesentlichsten Theile der alternativen Obligation gegeben. Ihnen sind noch zwei leitende Grundsätze anzureihen, die schon vorläufig die Stellung der Obligationsobjecte innerhalb der verschiedenen Stadien charakterisiren. Sie lauten: beide ³⁾ Gegenstände sind in obligatione, aber nur einer in solutione. Daraus folgt aber zweierlei:

1) Beide Gegenstände sind in obligatione. Freilich kann von keinem derselben vorzugsweise gesagt werden, daß gerade in ihm die Leistung vollzogen werden müsse, andererseits ist aber auch nicht zu läugnen, daß beide innerhalb des Obligationenexus stehen. Welche practische Folge hat diese Stellung nun? Julian geht in der L. 2 § 5 D. qui et a quibus manum. (40, 9) auf diese Frage ein. Titius schuldet seinem einzigen Gläubiger Maevius alternativ die Sklaven Stichus und Pamphilus, aus denen sein Vermögen besteht. Vor der Leistung manumittirt er einen von ihnen. Julian erklärt diese Freilassung für eine nichtige, weil sie in fraudem creditoris geschehen und als solche den Bestimmungen der L. Aelia Sentia unterliege. Wäre die Stipulation nicht alternativ abgeschlossen worden, so stände der Freilassung kein Hinderniß entgegen, wiewohl für den Gläubiger die Gefahr des Untergangs, welche den practischen Haltspunkt der Sache bildet, dieselbe bleiben müßte. Multum enim interest, si argumentum der Jurist, contineatur ipsa stipulatione is,

3) s. die vorhergehende N.

qui manumittitur, an extra obligationem sit. Wir haben keinen Grund Julian's Ausspruch auf das von ihm gewählte Beispiel zu beschränken, sondern abstrahiren vielmehr aus demselben die allgemeine Rechtsregel, daß — unter den in unserer Stelle gemachten Voraussetzungen — jede Disposition über die in obligatione stehenden Objecte die Folgen einer in fraudem creditoris gemachten nach sich ziehen muß.

2) Nur einer ist in solutione. Tritt daher eines der Obligationsobjecte aus irgend welchem Grunde einmal aus der Obligation heraus, bevor sich diese noch im Stadium der Solution befindet, so kann es, wenn auch später der Ausscheidungsgrund wieder wegfallen sollte, dennoch nicht mehr geleistet werden. Die L. 128 D. de V. O. macht folgende Anwendung von diesem Satze. Eine Stipulation ist alternativ auf Stichus oder Pamphilus abgeschlossen. Allein es stellt sich später heraus, daß Stichus schon dem Gläubiger gehört, wodurch sich nun die Obligation ipso jure in eine einfache, allein auf Pamphilus gerichtete verwandelt. Hört nun auch später das Eigentumsrecht des Gläubigers am Stichus auf, so daß mit Rücksicht auch dieses seine Leistung juristisch möglich wäre, so kann er doch nicht mehr Gegenstand derselben sein, weil eben nicht mehrere in solutione sein können. Wichtig wird dies besonders für den Fall des Untergangs. Träfe dieser nämlich Pamphilus noch vor der Leistung, so könnte der Gläubiger keine Ansprüche mehr auf Stichus erheben, wenngleich er ihm nicht mehr gehörte. Seine Leistungsunfähigkeit ließe sich aber nicht behaupten, wenn beide Sklaven in solutione wären. Da sie aber beide nur in obligatione waren, die Obligation

auf den einen wegen Eigenthums des Stipulanten ungültig wurde, so kann sich der Gläubiger darauf nicht mehr berufen. Anders wäre es, wie gesagt, wenn er behaupten könnte, beide seien in solutione.

§ 2.

Die Entstehungsgründe unserer Obligation sind wesentlich zwiefache, nämlich Vertrag und letzter Wille. Die meisten Fälle der ersten Art, die uns im Corp. juris begegnen, sind Stipulationen, der letztern Vermächtnisse, unter ihnen auch das antiquirte legatum optionis. Aus Delicten entspringt auf Grund des Gewohnheitsrechts eine einzige alternative Obligation, nämlich die zwischen stuprator und stupra, wodurch letztere zu einer Klage auf dotare aut ducere berechtigt wird.

Unrichtig scheint es mir zu sein, wenn man auch allgemeine Rechtsregeln zu den Entstehungsgründen zählt, wie Savigny⁴⁾ es thut.

Bei genauerer Betrachtung der von ihm genannten Fälle ergiebt sich nämlich, daß wir in ihnen weniger eigentliche alternative Obligationen vor uns haben, als vielmehr nur in die Form solcher gefaßte Erweiterungen ursprünglich einfacher Obligationen. Prüfen wir die einzelnen uns vorgelegten Fälle, um diese Ansicht zu rechtfertigen.

Der erste ist der, wenn ein Commodatar oder Miether die ihm anvertraute Sache durch Dolus oder Culpa verliert, darauf dem Geber Entschädigung zahlt, dann aber der Ge-

4) Savigny. Das Obligationenrecht. Berlin, 1851. Bd. I. S. 395.

ber die Sache zurückerhält, und sich gefallen lassen muß, entweder die Sache oder das gezahlte Geld zu restituiren. Daß wir es hier nicht mit einer neuen und zwar alternativen Obligation zwischen dem Zahlenden und dem Geber zu thun haben, sondern nur mit Commodat und Miethe als einzigem Schuldnerverhältniß zwischen beiden, geht daraus am deutlichsten hervor, daß dem Commodatar oder Miether vom Gesetz gestattet wird, ihre schließlichen Ansprüche auf Restitution der Sache oder des gezahlten Geldes mit dem *contrarium judicium*⁵⁾ geltend zu machen. Cassius räumt allerdings in der L. 2 D. de cond. sine causa dem Conductor eine *condictio* ein; Ulpian aber, aus dessen Commentar zum Edict diese Stelle entnommen ist, will sie nicht gelten lassen, da jener schon eine Klage *ex conducto* habe, wenn er auch nicht läugnen mag, daß im Uebrigen wohl die Bedingungen einer *cond. sine causa* da sind — *nisi forte, quasi sine causa datum, sic putamus condici posse*. In der That haben wir es also nur mit einer *Facultas alternativa* zu thun, durch welche die ursprüngliche Contractsklage modificirt ist.

Wo möglich noch weniger läßt sich von dem zweiten Falle, der die *laesio enormis* betrifft, sagen, daß er in das Bereich der alternativen Obligation gehöre. Der Verkäufer hat hier nicht einmal Veranlassung zu einer alternativen Fassung seiner Klage, da er einfach aus dem Contracte auf Auslösung desselben und Rückgabe der Sache dringen kann. Wenn der Käufer nun die Wahl hat, den vollen Werth der Sache als *Pretium* zu ergänzen, oder diese selbst zurückzugeben, so

5) L. 17. §. 5. D. commodati vel contra (13, 6) und L. 2. D. de cond. sine causa (12, 7.).

ist das eben wiederum nichts weiter als eine ihm speciell zugestandene Befugniß, nicht aber eine besondere alternative Obligation⁶⁾. Die Vorschrift des canonischen Rechts (C. 3 und 6 X. de emt. et vend. (3, 17), die Sentenz in diesem Falle alternativ auf *Rescission* oder Rückzahlung des vollen Kaufpreises zu richten, so wie die practisch übliche alternative Fassung des *Petitums* im Klaglibell berechtigen noch nicht zur Statuirung einer alternativen Obligation.

Ähnlich hat auch im dritten Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem eine fremde Leiche beerdigt worden, auf Wegnahme derselben dringen kann, jener eine einfache, darauf gerichtete *actio in factum* und nur der Beklagte die Befugniß, diese Klage durch Ersatz des Werths jenes Grundstücks abwendig zu machen. Die Wahl zwischen diesen Auswegen ist aber weder aus einer alternativen Obligation hervorgegangen, noch mit ihr identisch.

§ 3.

Eine bloße Verwandtschaft der Form bei großer Verschiedenheit des Wesens, und somit nur eine äußere Ähnlichkeit mit unserer Obligation, ist zweien Erscheinungen des Römischen Rechts eigen, die sich deshalb füglich als unächte Fälle der ersteren bezeichnen lassen. Wir meinen die *f. g. facultas alternativa* und die *solutionis causa adjectio*.

Wie leicht Verwechslungen dieser mit der ächten alternativen Obligation vorkommen können, haben wir schon im vorigen § gesehen. Wir werden aber auch im spätern Ver-

6) Vgl. auch Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen. Marburg u. Leipzig, 1847. Bd. III. S. 332.

lauf der Darstellung öfter Gelegenheit haben, besonders auf die erste der in Rede stehenden Erscheinungen zurückzukommen. Sowohl im Interesse jener als auch in dem einer genauern Gränzbestimmung unserer Obligation liegt es also, auch diese, wenn auch nur in aller Kürze, hier zu berühren.

Unter *facultas alternativa*⁷⁾ verstehen wir die Befugniß des Schuldners, sich von seiner ursprünglichen Leistung durch eine anderweitige frei machen zu können. Wie in der alternativen Obligation so hat auch hier der Schuldner die Wahl zwischen zwei Leistungen. Diese ist aber nicht mit der Obligation selbst gegeben, sondern ihm nur im speciellen Falle als besondere Rechtswohlthat vom Gesetze zugestanden. Sie tritt also auch nicht mit der Obligation selbst ins Leben, sondern erst dann als ein *Annerum* an dieselbe heran, wenn der Augenblick der Leistung da ist. Der Gang ist also hier gerade umgekehrt, wie bei unserer Obligation. Diese äußert sich ihres alternativen Charakters, sobald sie ins Stadium der *Solution* getreten ist, während die *facultas* erst mit diesem beginnt. Der Unterschied läßt sich aber auch kurz so ausdrücken: bei der alternativen Obligation sind beide Gegenstände in *obligatione*, bei der *facultas alt.* dagegen nur in *solutione*. Der Gläubiger hat also keinen Anspruch auf die Leistung, welche der Schuldner zu substituiren befugt ist, und muß letzterer daher auch von jeder Verbindlichkeit befreit sein, wenn etwa die ursprüngliche Leistung durch ihre casuelle Unmöglichkeit wegfällt. So hat z. B. bei der *laesio enormis* der Verkäufer, wenn die verkaufte Sache untergegangen

7) Der Name ist nicht quellenmäßig, sondern nach Analogie der L. 6. § 1. de re jud. (42, 1.) gebildet.

ist, nun nicht etwa das Recht auf Nachzahlung des *Pretiums* zu dringen, was wohl der Fall sein müßte, wenn eine eigentliche Obligation, gerichtet auf Rückgabe der Waare oder Verbollständigung des Kaufpreises vorläge.

Eine ähnliche Stellung, wie der Schuldner durch die *facultas alternativa* zur Leistung einnimmt, hat er sie durch die *solutionis causa adjectio* zum Gläubiger. Bei der ersten geht die Wahl auf zwei verschiedene Objecte der Obligation, bei der letzten auf zwei verschiedene Subjecte derselben, nämlich auf den Gläubiger und einen Dritten, der ihm der Leistung wegen beigefügt ist. *Mihi aut Titio dare spondes?* war die Form einer solchen Stipulation. Die Römischen Juristen sahen die Sache so an, als ob Titius hier nicht *obligationis*, sondern nur *solutionis causa* in die Stipulation mit aufgenommen sei. So schließt Gajus die L. 141 § 3 de V. O., die von einer solchen Stipulation handelt, mit den Worten: *quia constat, mihi soli acquiri obligationem, Titio autem duntaxat recte solvitur*⁸⁾. Scheinbar sind hier zwei Gläubiger, in der That aber nur einer, der Stipulant, neben ihm hat der *s. c. adjectus* eine ähnliche Aufgabe, wie bei der *facultas alternativa* neben der ursprünglichen die zu substituierende Leistung.

Schlimmer als die Verwechslung der ächten und unächtigen Fälle unserer Obligation ist aber das Hineinziehen aller möglichen Dinge in das Bereich jener bloß um des Grundes willen, weil bei ihnen allen das Entweder — oder eine Rolle spielt. Wir begegnen solchen Zu-

8) Vgl. auch L. 56. §. 2. de V. O. und L. 98. §. 5. D. de solut. (46, 3); außerdem Brandis im Rheinischen Museum V. S. 257 ff.

sammenstellungen besonders bei Schriftstellern einer Zeit, die auf einen möglichst weiten Bau künstlicher Schematismen viel gab. Zu diesen gehört z. B.: Hertius. Er behandelt in seiner Dissertation de electione alternativa debitori debita Prol. § 2^o), die Bürgschaft als alternativa ordinis, spricht darauf von einer alternativa remediorum (Klagenconcurrentz), einer alternativa poenarum (Wahlrecht des Richters zwischen verschiedenen Strafen), einer alternativa personarum (Correalobligation) u. s. w., obschon diese Dinge ganz verschiedenen Rechtsgebieten angehören und nichts weiter als das alternative Moment mit einander gemein haben. Da dies allein aber noch keinen innern Zusammenhang giebt, so muß man sich gegen eine solche Gemeinsamkeit als gegen eine rein willkürliche erklären.

§ 4.

Von einer Stellung der alternativen im System der Obligationen überhaupt kann in sofern gesprochen werden, als durch die verschiedenen Gegensätze in der Natur der Leistung Gruppenstellungen der gleichartigen Obligationen bedingt werden, deren Verhältniß zu einander der Gliederung eines Systems ganz nahe kommt. Unter diesen Gegensätzen sind die der Bestimmtheit und Unbestimmtheit, der Theil- und Untheilbarkeit für die Stellung unserer Obligation maßgebend.

Was das erstere dieser Momente betrifft, so erklärt Ulpian in der L. 75 § 8 de V. O. die Frage, ob die alternative Obligation eine certa oder eine incerta sei, für eine

9) *Johannis Nicolai Hertii commentationes atque opuscula*, ed. Francofurti ad Moenum 1787. Vol. I. T. 3.

quaestio non immerita und entscheidet sich dahin, daß hier alles darauf ankomme, ob die Wahl dem Gläubiger oder dem Schuldner zusteht; im ersten Falle sei sie certa, im letzten incerta. Allerdings war diese Frage zu Ulpian's Zeiten, als noch der alte Gegensatz von certum und incertum bestand, von hoher Bedeutung; allein heut zu Tage ist mit jenem auch diese geschwunden. Unter der Herrschaft des Formularprocesses fand ein enger Zusammenhang jenes Gegensatzes mit der Natur der Conditionen und Klagformeln statt und namentlich machte die Gefahr des Verlustes der Klage wegen pluspetitio ein genaues Eingehen auf den Unterschied von certum und incertum unerläßlich. Anders steht die Sache für uns, die wir den processualischen Einfluß des römischen Actionensystems nicht mehr kennen. Die ganze Eintheilung der Obligationen in bestimmte und unbestimmte hat nach Hinwegfall jenes Einflusses nur einen ganz untergeordneten Werth behalten und somit ist in Wahrheit die Frage Ulpian's jetzt eine immerita geworden. Wo sie aber noch zur Geltung kommt, ist auch nach wie vor eine Unterscheidung nach Maafgabe der Zuständigkeit des Wahlrechts zu machen.

Bei der Frage, ob unsere Obligation zu den theilbaren oder zu den untheilbaren gehöre, gehen die Meinungen der ältern und neuern Juristen in der That weniger auseinander, als es den Anschein hat. Denn wenn sich unter den letztern einige für die Theilbarkeit¹⁰⁾, andere gegen dieselbe¹¹⁾ erklären und endlich Dritte nur eine relative Un-

10) Savigny a. a. D. S. 346.

11) Bucher, das Recht der Forderungen. Leipzig, 1815. S. 81. Bangerow a. a. D. Bd. III. S. 13. Frig, Erläuterungen zum Bening-Jungenheim. Freiburg und Karlsruhe, 1839. Heft III. S. 171.

theilbarkeit zugeben ¹²⁾, so kommen sie doch alle im Wesentlichen auf folgende Hauptsätze hinaus.

1) Stehen von Hause aus mehrere Gläubiger einem Schuldner gegenüber, so kommt einem jeden derselben nur ein Theil der Forderung zu, so wie umgekehrt mehrere einem Gläubiger alternativ obligirte Schuldner diesem nur pro rata haften. Hinterläßt eine der Parteien mehrere Erben, so geht die Obligation ipso jure in eben so viele Theile auseinander als Erben da sind. Wird endlich über einen Theil der Obligation acceptosertirt, oder schließt einer der Gläubiger einen Nachlaßvertrag ab, so wird der Schuldner in beiden Fällen für den betreffenden Theil liberirt. Alles dies geht unzweifelhaft aus den L.L. 2 § 3, 85 § 4 de V. O. und L. 17 D. de accept. (46, 4) hervor.

2) Auf der andern Seite wird eben so wenig von Jedem bestritten, daß eine Theilung in der Weise unstatthaft ist, daß dem Gläubiger Theile verschiedener Sachen geleistet werden, z. B. wenn die Obligation alternativ auf ein Pferd oder einen Wagen gerichtet ist, nicht Hälften von beiden.

Unsere Quellen, in ihrer Weise wenig geneigt, die Natur der einzelnen Rechtsinstitute abstracten Kategorien anzupassen, lassen sich direct auf unsere Frage gar nicht ein. Paulus unterscheidet freilich in L. 2 § 1 de V. O. Stipulationen, quae partium praestationes recipiunt von solchen, quae non recipiunt; allein als ob in dieser Zweitheilung der Gegen-

12) Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig, 1840 Bd. I. S. 217.

stand nicht abgeschlossen wäre, fügt er noch eine dritte Klasse hinzu, von der er sagt: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit. Zu den letztern rechnet er nun auch die alternative Stipulation, ohne sich darüber auszulassen, ob er sie für eine theilbare oder untheilbare halte. Die Gegner der Theilbarkeit z. B. Vangerow a. a. O. stützen sich zur Begründung ihrer Ansicht auf die Restriction des Paulus „sed nisi tota dantur etc.“ Allein abgesehen von der practisch geringern Bedeutung dieser Beschränkung der Theilbarkeit im Vergleich zu der so wichtigen Anerkennung derselben beim activen und passiven Uebergang auf die Erben, kann sie richtiger Ansicht nach gar nicht als ein Argument gegen die Theilbarkeit gelten, da sie ganz außer dem Kreise unseres Gegenstandes liegt. Sie ist nämlich nicht als Folge der untheilbaren Natur der Obligationenrechte anzusehen, sondern hat in dem viel allgemeineren Rechtsfalle ihren Sitz, daß jede Leistung vollständig geschehen müsse, damit der Gläubiger wirklich zu dem komme, was ihm gebührt. Dieser Forderung ist aber erst dann ein Genüge geschehen, wenn die Summe der theilweise geleisteten Quoten die ganze zu leistende Sache darstellt und daher in unserm Fall das Verbot, seinen Gläubiger durch Theile verschiedener Sachen zu befriedigen.

Das Princip der Theilbarkeit ist hier also nur beschränkt, keinesweges aber aufgehoben, so wenig wie es eine Regel durch Statuirung von Ausnahmen wird.

Auf dasselbe Resultat führt, wie es mir scheint, der Gedankengang hinaus, der den eben citirten Worten des Paulus zu Grunde liegt. In dem ersten Theile derselben: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt liegt die

Anerkennung der Theilbarkeit als Princip, im Schlusse des Sapes: sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit ihre Beschränkung aus höhern, in den gerechten Ansprüchen des Gläubigers auf vollständige Leistung ruhenden Gründen.

§ 5.

Hier ist der Ort, im Anschlusse an die zuletzt erörterte Frage über Theil- oder Untheilbarkeit unserer Obligation noch die weitere zu erledigen, von welcher Wirksamkeit denn die theilweise Leistung eines der alternativ geschuldeten Gegenstände begleitet ist?

Daß der Schuldner durch eine solche Leistung nicht pro rata liberirt wird, ergiebt sich sowohl als unmittelbare Folge des unbestrittenen Sapes, nach welchem Niemand gezwungen werden kann, Theile verschiedener Sachen anzunehmen, als auch aus der formellen Anerkennung desselben in den Worten der L. 2 § 1 de V. O. si pars Stichi soluta sit, nondum in ulla parte obligationis liberatio nata est. Wie aber positiv seine Lage durch solch' partielle Leistung wird, sagt uns unzweifelhaft der Ausdruck derselben Gesetzesstelle: in pendenti est, donec alius datur. Gleicherweise heißt es in der L. 26 § 13 de cond. ind. von einem Schuldner, der sich alternativ auf 10 oder Stichus obligirt und nun 5 geleistet hat: in pendenti habendum, an liberabitur.

Es bleibt also zunächst noch ungewiß, ob eine solche Leistung überhaupt irgend welche Wirksamkeit haben werde, bis der Schuldner gezeigt hat, für welchen Gegenstand er sich entscheidet. Nur wenn er die begonnene Leistung durch Hinzufügung des fehlenden Theils vervollständigt, gelangen alle

Theile zu einer rechtlichen Geltung. Thut er dies aber nicht, sondern prästirt er statt dessen den zweiten Gegenstand, so kann er natürlich den geleisteten Theil nöthigenfalls mit der cond. indeb. zurückfordern. Ob nach der l. cit. nun gerade diese Klage pendens sein solle, oder ob die Klage aus der alternativen Obligation beziehungsweise diese selbst, wird bei den alten Commentatoren¹³⁾ sehr ausführlich behandelt. Unsere Quellen übergehen diese Frage mit Stillschweigen, ohne Zweifel, weil sich practisch, mag man sich für das eine oder andere entscheiden, kein verschiedenes Resultat herausstellt.

Schwierigkeit machen die Worte der angezogenen L. 2 § 1 de V. O. „sed aut statim repeti potest.“ Nach ihnen könnte der Schuldner die theilweise Leistung sogleich rückgängig machen. Allein es stände dies nicht nur mit dem eben dargelegten Grundsätze, nach welchem der Stand der Obligation als in so lange pendens anzusehen ist, bis der Schuldner einen entscheidenden Gebrauch von seinem Wahlrechte gemacht hat, sondern auch mit dem klaren Ausspruche der L. 26 § 13 de cond. ind.: sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solventur im Widerspruche. Will man sich zu einer Antinomie nicht verstehen, so bleibt nichts anderes übrig, als mit den meisten Auslegern¹⁴⁾ die Stelle so zu erklären, daß man den

13) So sagt Bartolus in seinem Commentar zum Dig. nov. (Lugd. 1556) ad h. l. im Anschlusse an Dynus und die Glosse: . . . quod dico in obligatione generis, dico quod non est in pendenti obligatio, quia potest exigi, sicut prius; sed obligatio illa, ex qua debet condici, quod est solutum, est in pendenti, utrum nascatur; valet igitur obligatio et conditio indebiti pendet.

14) Vgl. Bangerow a. a. D. S. 18 und die von ihm Citirten.

Worten sed aut statim repeli potest den Fall supponirt, der Schuldner habe gleich nach gescheneer Leistung des Theils an Stelle dieses dem Gläubiger eine ganz andere Sache angeboten. Allerdings kann diese Erklärungsweise nicht recht befriedigen; denn man muthet damit den Römischen Juristen zu, etwas besonders hervorgehoben zu haben, was sich von selbst versteht.

III. Abschnitt.

Das Recht der Wahl — Buzständigkeit derselben. —
Das s. g. Jus variandi. — Uebergang auf Andere. —
Angeblicher Einfluß der mora auf das Wahlrecht.

§ 6.

Es liegt in der Natur der Obligation überhaupt, daß dem Gläubiger eine mehr passive, dem Schuldner eine mehr active Rolle zugewiesen ist. Ersterer hat nur zu empfangen, letzterer aber den Inhalt der Obligation durch seine Thätigkeit darzustellen.

Von diesem Grundverhältnisse der Parteien muß auch die Entscheidung über das Wahlrecht ausgehen.

Ist es nämlich der Thätigkeit des Schuldners anheim gegeben, die Obligation zu verwirklichen, so muß auch ihm die Befugniß zustehen, den Inhalt derselben, wenn er absichtlich nicht ganz festgestellt ist, näher zu bestimmen. Denn man kann dies füglich nur als einen integrirenden Theil, als eine Vorstufe der Leistung selbst ansehen, und als solche liegt sie dem Schuldner näher als dem Gläubiger. Die Unbestimmtheit der alternativen Obligation hat in der Mehrheit der Objecte ihren Grund, unter denen erst gewählt werden muß. Die Wahl ist also das Mittel zur nähern Bestimmung der Obligation, und so kann sie der Schuldner beanspruchen.

Zu diesem Resultate gelangt man auf dem Wege einfacher Folgerung aus der begrifflich gefaßten Stellung der Parteien — zu keinem andern bekennt sich auch das römische Recht ¹⁾.

Die Regel ist also, daß an sich der Schuldner die Wahl hat. Sie gilt aber nur unter der wesentlichen Voraussetzung, daß die Wahl nicht schon durch die contrahirenden Theile selbst, was ihnen durchaus immer zustehen muß, anderweitig festgestellt, d. h. dem Gläubiger zugewiesen ist.

Eine wichtige Ausnahme von dieser Regel bilden die alternativen Legate. Bei ihnen steht nämlich in Zweifel nicht dem Erben, sondern dem Legatar die Wahl zu. Dies ist wenigstens das neueste Recht. Früher mußte man bei Vindications- und Damnationslegaten unterscheiden; bei jenen hatte der Honorirte, bei diesen der Dnerirte die Wahl ²⁾. Diese verschiedene Behandlung der alten Legate ist auf den-

1) § 33 J. de act. (4, 6) L. 25 pr. und L. 34 § 6 de contr. emt. (18, 1) L. 10 § 6 de jure dotium (23, 3) LL. 93, 106, 138 § 1 de V. O.

Auch das Französische und Preussische Gesetzbuch räumen dem Schuldner regelmäßig die Wahl ein. Vgl. Code Napoléon Livre III. titre 3 art. 1190 und Allg. Landrecht Th. I. Tit. 5, § 274. Das Preussische Landrecht führt diesen Satz aber nicht consequent durch. Es räumt nicht allein dem Käufer zwischen mehreren verkauften Sachen (N. L. R. Th. I. Tit. 11 § 38) sondern auch dem Gutsherrn, also dem Gläubiger, die Wahl ein, wenn das gutsherrliche Recht alternativ auf Dienste in natura oder Geld gerichtet ist (ibidem Th. II. Tit. 7 § 424).

2) Darüber befehrt uns am besten Ulpian Tit. XXIV § 14. Zwar ist der Text dieser Stelle sehr corruptirt — vgl. in der Böcking'schen Ausgabe von 1836 die Note 10 — allein für welche Lesart man sich auch entscheiden mag, im Resultat wird man darauf hinauskommen, daß Ulpian die Wahlbefugniß bei Vindications- und Damnationslegaten verschiedenen Personen zutheilt.

selben Grund zurückzuführen, der eben für unsere Regel geltend gemacht wurde. Die Wahl fiel dem zu, der die Initiative hatte: im ersten Falle dem Honorirten, von dessen Vindicatio die Geltendmachung des Legats abhing, im zweiten dem Erben, weil ihm zunächst die Erfüllung des letzten Willens anheimgegeben war. Dies bestätigen auch die Worte der L. 108 § 2 de leg. I.: respondi, verius esse, electionem esse, cui potestas sit, qua actione uti velit id est legatarii (diese Stelle ist auf das Vindicationslegat zu beziehen). Mit den alten Formen des Legats fiel auch der genannte Unterscheidungsgrund hinweg und es war eine Nothwendigkeit, daß nach Verschmelzung aller Legate in ein einziges, die Frage nach dem Wahlrecht neu geregelt werden mußte. Nach dem leitenden Princip, das Justinian in der L. 1 C. comm. de leg. (6, 43) und in dem § 2 J. de leg. (2, 20) ausspricht, daß nämlich vor Allem die Aufrechthaltung des letzten Willens maßgebend sein soll, kann die Entscheidung nicht zweifelhaft ausfallen. Das Vermächtniß ist eine Gunst des Erblassers; im Sinne einer solchen liegt eher ein zu viel als ein zu wenig; dem entspricht aber am besten die Wahl des Legatars. Und so hat auch Justinian im § 22 J. de leg. entschieden. Auf diese Weise ist das Recht der Vindicationslegate seitdem das allgemeine geworden.

Auffallend bleibt es, daß nach Verschmelzung aller Legatsformen in eine einzige und nach Aufstellung eines Wahlprincips sich in den Digesten Stellen erhalten haben, die offenbar nur vom Damnationslegat zu verstehen sind ³⁾. Will

3) L. 84 § 9 D. de leg. I. LL. 19 und 11 § 1. de leg. II.

man sie nicht mit Savigny auf den Ausnahmefall beziehen, in welchem der Erblasser dem Erben die Wahl überlassen hat was misslich ist, weil weder in diesen Stellen noch anderswo irgend eine Andeutung dazu berechtigt, so bleibt nur der fatale Ausweg übrig, sie zu Fragmenten von bloß historischem Werthe herabzusetzen.

Schließlich mag hier noch darauf hingewiesen werden, wie die gegenwärtig geltenden Bestimmungen des röm. Rechts über die Wahl ganz der sprachlichen Fassung entsprechen, auf die Verträge und Legate mehr oder weniger hinauskommen müssen. Bei der ersteren ist es der Schuldner, welcher sagt: „Ich verspreche Dir A oder B“; nichts liegt näher, als daß hier die Sprechende auch als die wählende Person gedacht wird. Bei letztwilligen Verfügungen ist eine solche Coincidenz nicht möglich. Denn vom Testator kann das „Ich“ nicht gelten, wenn er auch gesagt hat: „Ich vermache dem Titius A oder B“, da er nicht mehr am Leben ist. Der Dnerirte ist meist nicht genannt, der nächste ist also der Legatar. Wie aber, wenn jener wirklich genannt ist, ohne daß damit eine ausdrückliche Reservirung des Wahlrechts angenommen werden kann? Nach dem Princip der L. 22 J. de leg. muß ohne Zweifel dennoch dem Legatar der Vorzug eingeräumt werden.

§ 7.

Der Schuldner hat aber nicht allein bei der Zahlung die Wahl, sondern auch bei der Rückforderung des irrig zu viel Gezahlten; wir meinen hier den Fall, wenn nach der

4) Savigny, a. a. D. S. 394.

Leistung des einen auch noch der andere Gegenstand hingegeben wurde.

In der vorjustinianeischen Zeit bestand unter den römischen Juristen eine Controverse⁵⁾ über diesen Punkt. Ulpian, sich an Marcellus und Celsus anschließend war für das Wahlrecht des Gläubigers, Papinian und Julian gaben es dem Schuldner. Justinian machte diesem Streite ein Ende, indem er sich für die Meinung der letzteren entschied⁶⁾.

Für Correalobligationen ist jedoch diese Entscheidung zu modificiren. Haben nämlich beide Correal Schuldner jeder einen andern Gegenstand geleistet, so kann vor allem dann von einem Wahlrecht bei der Rückforderung nicht die Rede sein, wenn die Leistungen zu verschiedener Zeit geschehen sind. Denn nach den Grundsätzen dieser Obligation befreit die Leistung eines Schuldners sofort die übrigen. Wäre also von den correaliter und gleichzeitig alternativ auf 10 oder einen Sklaven verbundenen Schuldnern A und B zuerst vom A 10 und demnächst erst von B in der Meinung, es sei noch nichts gezahlt worden, der Sklave hingegeben worden, so hat nur B ein indebitum geleistet, da schon mit der ersten Leistung die Obligation selbst erloschen war. Es kann also auch nur B die *condictio ind.* natürlich nur auf die von ihm gegebene Sache richten. Dagegen ist

5) Wir kennen diese Controverse am vollständigsten aus der L. 10 C. de cond. ind. (4, 3), Ulpian's Ansicht aber auch aus der L. 26 § 13 D de cond. ind. Die letztere dieser Stellen giebt nur dann einen richtigen Sinn, wenn man den Worten *et maxime ego* den Gläubiger als Subject supponirt. Darauf weist auch die Glosse *ad. h. l. hinc; verb. ego sc. creditor, nam mutat personas.*

6) L. 10 C. de cond. ind. (4, 5).

die Frage nach dem Wahlrecht am Platz, wenn die Leistungen gleichzeitig geschehen sind. Wollte man es hier dem Schuldner einräumen, so wäre noch zu bestimmen, welchem von ihnen. Ein Vorzug des einen vor dem andern ist hier durch nichts motivirt. Aus diesem Grunde wohl giebt das Gesetz dem Gläubiger die Wahl. Daß dieser nach der L. 21 D. de cond. ind. unter den Obligationsobjecten wählen könne, unterliegt meines Erachtens keinem Zweifel. Denn, wenn die L. cit. es auch nicht direct ausspricht, sondern nur bestimmt, daß der Gläubiger den Schuldner bezeichnen könne, dem er prästiren wolle, so versteht sich doch wohl von selbst, daß mit dem Subject auch das von ihm geleistete Object gemeint ist⁷⁾.

§ 8.

Bei der bisherigen Erörterung über das Wahlrecht haben wir nur den Fall im Auge gehabt, wo die Ausübung desselben in der Hand eines einzigen lag. Wie gestaltet sich aber die Sache, wenn Mehrere zu wählen haben?

Wir müssen zur Beantwortung dieser Frage auf diejenigen Sätze zurückgehen, die sich uns oben (§ 4) bei der Erörterung über die Theilbarkeit ergeben haben. Dort kamen wir zu dem Resultate, daß die alternative Obligation ihrem Wesen nach allerdings theilbar ist, daß aber der Theilbarkeit derselben in den Ansprüchen des Gläubigers auf ungeschmä-

7) Dennoch ist Thibaut in Braun's Erörterungen S. 109 a. M. nach ihm soll der vom Gläubiger designirte Schuldner unter den beiden Objecten wählen können. — Vgl. auch de Brassier, diss. in. de causis alternativis. Heidelbergae 1821. S. 46.

lerte und ganze Leistung eine Schranke gesetzt ist. Hiernach bestimmt sich auch das Wahlrecht Mehrerer. Wollte man dieses nämlich jedem einzelnen Schuldner für seinen Theil einräumen, so ließe der Gläubiger Gefahr, Theile verschiedener Dinge empfangen zu müssen, wozu er eben nicht gezwungen werden kann. Es bleibt also nichts anderes übrig, als daß sich die mehreren Schuldner über eine Species vereinigen. So bestimmt es auch das Gesetz für Vermächtnisse⁸⁾, was eine analoge Anwendung auf Verträge finden muß. — Bleiben die Vereinigungsversuche fruchtlos, so entscheidet das Loos⁹⁾. Bei Vermächtnissen steht es den Wahlberechtigten, die sich über ein Species vereinigt haben, demjenigen gegenüber, der sich ihrer Wahl widersetzt und dadurch die Auszahlung des Legats verhindert hat, zu, mit der act. fam. ercisc. auf das Interesse zu klagen¹⁰⁾.

Eigenthümlich ist der Fall, wenn einer der Wahlberechtigten principaliter, der andere nur accessorisch obligirt ist. Nach dem Grundsatz der Bürgschaft nämlich, daß sie sich niemals auf ein von der Hauptschuld verschiedenes Object beziehen kann, darf die Wahl nur in dem Falle sowohl in den Händen des Bürgen, als auch in denen eines der Parteien der principalen Obligation

8) L. 8 § 2 de opt. leg. (33, 5).

9) Sc. Gentilis (Op. om. Neapoli 1763) spricht sich in seinem Tract. de div. et indiv. Obl. T. I. Cap. VIII. S. 115 ff. gegen die Entscheidung durch das Loos aus, nach ihm soll der Richter wählen. Er empfiehlt dieses remedium ut aequissimum et expeditissimum im Gegensatz zu dem des Looses als eines valde lubricum et periculosum. Zweckmäßigkeitsgründe können aber dann am wenigsten zur Sprache kommen, wenn, wie hier, eine unzweifelhafte positive Vorschrift vorliegt.

10) L. 25 §. 17 D. fam. ercisc. (10, 2).

ruhen, wenn der Gläubiger die Wahl hat. Denn hat sie der Schuldner, so ist eine auf verschiedene Objecte auslaufende Wahl möglich, was die Verbürgung nichtig machen müßte. L. 38 pr. de fidej. et mandat. (46, 1). Ein solcher Ausgang steht bei dem Gläubiger nicht zu befürchten, da er seine Wahl gleich so treffen kann, daß er sich mit dem zufrieden giebt, was der Bürge wählen werde.

§ 9.

Nachdem die Frage beantwortet worden, wem die Wahl zusteht, werden wir noch zu bestimmen haben, ob die einmal getroffene und ausgesprochene Wahl bindend, oder ob der Wahlberechtigte seinen Willen zu ändern befugt ist, und, wenn letzteres, bis zu welchem Zeitpunkt er dies thun könne.

Vor Allem entscheidet auch hier wieder der Wille der Parteien. Haben sie in ihre Vereinbarung oder lektwillige Verfügung Bestimmungen aufgenommen, die für oder gegen das jus variandi — um den für das Recht der Wahländerung adoptirten Ausdruck gleich einzuführen — sprechen, so muß es bei diesen eben sein Bewenden haben. Den Römern genügte für diesen Zweck der bloße Gebrauch verschleener Zeiten. Wollte man das jus variandi zugestehen, so that man dies durch das fut. simplex: „quem volet“, beim fut. exactum: „quem voluerit“, galt es für ausgeschlossen¹¹⁾.

11) L. 112 pr. de V. O. an autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire. quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit: quem voluero, an: quem volam; nam si talis sit: quem voluero, quum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit; si vero tractum habeat sermo illius et sit talis: quem volam, donec iudicium dicitur, mutandi potestatem habebit.

Nach dem Geiste der lateinischen Sprache bedurfte es keines weiteren Zusatzes. In der Dauer des fut. simplex — die unsere Quellen durch sermo habet tractum (L. 112 cit.) oder durch das Wort extensivum bezeichnen — tritt das Factische im Willensmoment zurück, und daran knüpfen die römischen Juristen die Zulässigkeit der Willensänderung. So heißt es in der L. 6 § 1 D. ad S. C. Tert. von dem Ausdruck si volet: quia extensiva sunt (sc. verba), et quum extensiva sunt, poenitentia admittenda est.

Eine ähnliche Kürze des Ausdrucks, wie sie den Römern eigen war, ist heut zu Tage unthunlich, damit aber die Möglichkeit der Unterscheidung ein- und mehrmaliger Wahl gewiß nicht aufgehoben oder auch nur beschränkt¹²⁾. Sache der Interpretation ist es natürlich, zu bestimmen, ob die Parteien im einzelnen Falle für oder gegen eine Wahländerung sind. Der häufigste Fall wird die einfache Bestimmung, Gläubiger oder Schuldner könne wählen, sein, und dem entspricht ohne Zweifel das lateinische fut. simplex.

§ 10.

Enthalten aber Vertrag oder letzter Wille keine Bestimmungen über das jus variandi, so ist Regel, daß die wörtliche Erklärung des Wahlberechtigten für den einen oder andern Gegenstand nicht bindet. So bestimmt es die

L. 138 § 1 de V. O.

quum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod

12) Letzteres bezweifelt Mühlentbruch, Lehrbuch der Pandecten (Galle 1844) Bd. II. § 325 N. 8.

praestiturus sis; quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus, quae inest¹³⁾.

womit noch zu vergleichen ist L. 106 D. eodem.

In dieser Regel liegt nichts willkürliches. Wir müssen vielmehr anerkennen, daß sie schon in den Grundbegriffen der Obligation angelegt ist. Und zwar haben wir ihren eigentlichen Sitz genauer in denselben Sätzen zu suchen, von denen wir oben (§ 6) auf das Wahlrecht des Schuldners als das regelmäßige hinauskamen. Dort fanden wir, daß ihm vorzugsweise die Darstellung der Obligation, von der bei der alternativen die Wahl den einleitenden Act bildet, zufalle. Nun liberirt die Wahl den Schuldner noch nicht, sondern erst die Leistung selbst. Es wäre aber unbillig, wenn dieser mangelhaften Wirkung der bloß wörtlichen Entscheidung für den einen oder den andern Gegenstand nicht auch eine entsprechende Beurtheilung zu Gunsten des Schuldners correspondirte. Das bloße Wort soll ihn nicht lösen können, es darf ihn daher auch nicht binden. Das ist eine Forderung der Gerech-

13) Schwierigkeit machen die Schlussworte quia diversa est causa etc. Es bleibt wohl kaum etwas anderes übrig, als sie mit Savigny a. a. D. S. 362 N. p. so zu erklären, daß die expressa voluntas auf den Fall bezogen wird, wo durch Vertrag die Ausübung des Wahlrechts an den ausgesprochenen Willen gebunden werden kann, was besonders bei dem Gläubiger vorkommen wird, wogegen beim Schuldner, dessen Wahlrecht sich auf eine allgemeine Rechtsregel gründet, jenes nicht ausdrücklich hervorgehoben zu werden braucht. So scheint auch Unterholzner a. a. D. S. 219 diese Worte zu verstehen. Nicht zu übersehen ist aber dabei, daß voluntas expressa und ea, quae inest auf diese Weise aufhören, vollständig correlat zu sein, denn im ersten Falle ist die voluntas auf die ausgesprochene Wahl, im zweiten auf die Stellung der Rechtsregel zu derselben zu beziehen.

tigkeit, gegen die sich auch das römische Recht nicht verschließen konnte¹⁴⁾.

Bis zu welchem Zeitpunkte der Schuldner variiren könne, ergibt sich darnach eigentlich von selbst. Erst die vollständige Leistung befreit ihn: folglich muß er auch bis dahin seine Wahl ändern können. So will es das logische nicht weniger als das positive Gesetz. L. 106 de V. O.: tamdiu autem promissoris voluntas in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur¹⁵⁾.

14) In Obigem ist das jus variandi ausführlicher erörtert worden, als es bei dem klaren Ausspruche der cit. Gesetze eigentlich nöthig wäre, weil — freilich gegenüber einer großen Majorität, die für die genannte Regel ist — wir nennen unter den Aeltern Donellus (opp. Lucae 1767) ad leg. 106 de V. O. (T. XI. p. 1480 seqq.) Chesius interp. juris I. c. 50 n. 82 seqq. (in Heineccii Ant. Rom. et Att. Lugd. Bat. 1739 T. II.) und unter den Neuern Savigny a. a. D. Bd. I. S. 391, Puchta Vorlesungen (Leipzig 1849) Bd. II. S. 9 und Vangerow a. a. D. Bd. III. S. 19 — zwei namhafte Gegner, nämlich Thibaut System (Jena 1834) Bd. I. S. 66 und Mühlenthal a. a. D. Bd. II. S. 254 sie verwerfen. Eine Widerlegung ihrer Gründe war nicht möglich, weil es bei ihnen an solchen gänzlich fehlt und statt dessen merkwürdigerweise nur auf dieselben Gesetzesstellen Bezug genommen worden ist, auf die wir unsere Ansicht gestützt haben.

15) Die alten Commentatoren — vgl. Bartolus ad L. 138 § 1 de V. O. und die von ihm Genannten — warfen hierbei die Frage auf, wie es zu halten sei, wenn der Schuldner durch steten Wechsel in der Wahl die Forderung illusorisch zu machen unternähme, durch welche Mittel namentlich die Execution zu ermöglichen sei. Es werden verschiedene remedia in Vorschlag gebracht: Verpflichtung des Schuldners, vor dem Urtheil zu wählen, Anberaumung einer Frist, nur zweimalige Wahl (nach Analogie der L. 22 C. ad S. C. Vell.!) u. a. m. Das Richtige möchte hier sein, die Bestimmung der LL. 6 und 8 de opt. leg. auch auf diesen Fall analog anzuwenden. Nach ihnen hat der Richter eine Frist zu bestimmen. Läßt der Gläubiger sie unbewußt vorübergehen, so büßt er seine Ansprüche völlig ein; thut es der Schuldner, so gilt ein ähnliches d. h. er verliert das Wahlrecht.

Dem Gläubiger versagen zu wollen, was wir dem Schuldner einräumen mußten, liegt kein vernünftiger Grund vor. Das ist auch die Meinung des römischen Rechts, wie aus der L. 112 pr. eodem deutlich erhellt: donec iudicium dicitur, mutandi potestatem habebit. Also bis zum Augenblicke der angestellten Klage — donec iudicium dicitur — hat er das jus var. Ueber sie hinaus kann er es nicht haben, weil die obligatio eine certa ist, auf ein certum also geklagt werden muß.

Das Wahlrecht wird übrigens auch dann nicht aufgehoben, wenn die Leistung schon theilweise geschehen ist. Der Schuldner hat aber dann nicht mehr das Recht, (vgl. § 5) durch bloße wörtliche Erklärung seine Willensänderung zu betheiligen; es gehört dazu die vollständige Leistung einer andern Sache. L. 26 § 13 und L. 14 de cond. ind.

Eine eigenthümliche Gestalt nimmt die Ausübung des Wahlrechts in dem Falle an, wenn sich auch nur eine der Leistungen in jährliche Prästationen auflösen läßt. Hier kann sich der Wahlberechtigte Jahr um Jahr für eine andere Leistung entscheiden. Die L. 21 § 6 de act. emt. (19, 1) nennt folgendes Beispiel. Es verkauft Jemand sein Haus, bedingt sich aber eine Wohnung in demselben oder eine jährliche Zahlung von 10 aus. Es bleibt hier dem Käufer unbenommen, in dem einen Jahre die Wohnung einzuräumen, in dem andern die Zahlung von 10 zu leisten, und zwar kann er damit nach Gutdünken fortfahren.

Vom jus var. kann selbstverständlich dann nicht mehr die Rede sein, wenn nach geschehener Wahl ein Vertrag abgeschlossen worden ist, der einen Verzicht auf eine nochmalige Wahl enthält. Ein Verzicht auf die Wahl überhaupt liegt in

einem Constitutum, das sich auf eine der Leistungen bezieht. L. 25 pr. D. de pec. const. (13, 5). — Es mag hier noch bemerkt werden, daß ein pactum de non petendo oder stattgehabte Acceptilation die ganze Schuld tilgt (erstere natürlich nur ope excep.), wenn der Nachlaßvertrag auch nur einen Gegenstand betrifft. Als ein bloßer Verzicht auf die Wahl muß es angesehen werden, wenn der Nachlaßvertrag den ausdrücklichen Zusatz enthält, der zweite Gegenstand solle geleistet werden¹⁶⁾.

§ 11.

Auf alternative Vermächtnisse ist unsere Regel jedoch nicht auszudehnen. Gewiß wäre es consequent gewesen, wenn Justinian bei seiner Reform der Legate mit dem Wahlrecht, das er den Legataren zugestanden, auch das jus var. eingeräumt hätte. Allein es ist nicht geschehen. Keine Stelle spricht dafür, während in mehreren ein ausdrückliches Verbot des jus var. enthalten ist. In der L. 84 § 9 de leg. I. heißt es nämlich: quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. Diesem Ausspruch Julians schließt sich Pomponius in der L. 11 § 1 de leg. II. völlig an. Damit sind noch zu ver-

16) L. 27 § 6 D. de pactis. Sed si stipulatus decem aut Stichum, de decem pactus sim, et petam Stichum aut decem, exceptionem pacti conventi in totum obstaturam Sed si actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichum praestetur, possum efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda.

gleichem die L. 20 de opt. leg. und L. 19 de leg. II. Da aber in diesen Stellen alle Legatsformen zur Sprache kommen, so kann auch nach dem Princip der Ausgleichung nach Maßgabe der für den Legatar günstigsten Form das Resultat kein anderes sein¹⁷⁾.

Schließlich sind noch einige besondere Bestimmungen hinzuzufügen, die von der Ausübung des Wahlrechts bei alt. Legaten handeln.

Zögert der Legatar mit der Wahl, so muß ihm vom Richter auf Antrag der Erben eine Frist dazu anberaumt werden. Verstreicht auch diese unbenutzt, so verliert er das Legat¹⁸⁾.

Ist Jemandem aus einer altern. Forderung nur ein Gegenstand derselben als leg. nominis vermacht worden, und hat bei dieser Forderung der Schuldner die Wahl, so kann der Legatar den Erben zur Anstellung der Klage nöthigen. Die Wahl des Schuldners entscheidet dann erst, ob das Vermächtniß überhaupt wirksam war oder nicht. Erklärt sich nämlich der Schuldner für die nicht legitime Sache, so muß der Bedachte leer ausgehen. Auf diese Weise kann die L. 75 § 4 de leg. I. sagen: *secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius. . . .* Vgl. auch L. 50 § 1 eodem.

17) U. M. ist Puchta in seinen Vorlesungen Bd. II. S. 9. Nach ihm kann auch der Legatar seinen Willen ändern. Leider steht diese Ansicht ohne weitere Begründung da, obgleich entgegenstehende Ausprüche des geschriebenen Rechts anerkannt werden.

18) L. 8 pr. L. 13 § 1 L. 17 D. de opt. leg.

§ 12.

Bestritten ist von jeher die Frage gewesen, ob das Wahlrecht mittelst Erbgangs oder Cession auf Andere übertragen werden könne oder nicht. Die ältere Doctrin bis über Donnell hinaus war solchem Uebergange im ganzen wenig hold. In der neuern Zeit giebt es dagegen nur wenig Juristen, die seine Zulässigkeit leugnen. Und dies gewiß mit Recht.

Schon aus allgemeinen Gründen erscheint der Uebergang des Wahlrechts nicht allein möglich, sondern auch nothwendig. Ist die Obligation nämlich ein Ganzes, Zusammengehöriges, so müssen auch ihre einzelnen Seiten das Schicksal des Ganzen theilen. Daß in der alternativen Obligation die Wahl hinzutritt und dadurch der Umfang der Obligation erweitert wird, ist noch kein Grund, diese Gemeinsamkeit aufzuheben, was doch geschieht, wenn man die Wahl an den ursprünglichen Erwerber fesselt, die Obligation selbst aber auf Andere übergehen läßt. Diejenigen Bedenken aber, die vor Allem von jeher im Schwange waren, daß die Wahl nämlich etwas Persönliches, Factisches und deshalb von der Person des ursprünglich Berechtigten Untrennbares sei, erweisen sich als unhaltbar. Denn führte man das Persönliche auf seinen wahren Grund, nämlich Wünsche und Neigungen einer Person zurück, so müßte man zugeben, daß die meisten Rechte unübertragbar sind, weil sich kaum eins finden läßt, bei dem jene nicht eine Rolle spielen. Ein Gleiches gilt vom Factischen. Alle Forderungen, die durch das Medium der Besitzergreifung hindurchgehen, das Eigenthumsrecht an der Spitze, wären des Uebergangs auf Andere unfähig.

An sich erscheint also — wir wiederholen es — das Wahlrecht der alt. Obligation als durchaus übergangsfähig. Und in der That wäre es gewiß niemals zu einer Anfechtung dieses Satzes gekommen — wie es denn auch für den Fall nicht geschieht, wenn der Schuldner die Wahl hat — wenn nicht besonders eine Stelle des Corp. juris, die man hier deshalb als die Wurzel alles Uebels bezeichnen kann, den Streit heraufbeschworen hätte. Diese Stelle ist aber folgende.

§ 13.

L. 76 de V. O. Paulus (libro XIII ad Edictum).

Si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret¹⁹⁾, in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore.

Dreierlei haben wir in obigem Gesetze zu unterscheiden. Zuerst den Ausspruch: electio personalis est; dann die Folgerung daraus: et ideo servo vel filio talis electio cohaeret und endlich den Schluß: in heredes tamen ect. Anfang und Schluß stehen, so scheint es, im directesten Widerspruch zu einander; denn während ersterer die Wahl für persönlich erklärt, läßt letzterer die Obligation, ehe die Wahl noch vollzogen ist, also doch wohl mit dem Wahlrecht auf die Erben

19) Die Hal. hat non cohaeret, was ein radicales Mittel zu sein scheint, im Grunde aber doch nicht viel hilft, denn die Folgerung mit ideo wird dann sinnlos, und ohne diese ist auch der Gegensatz mit tamen ohne Bedeutung. Die Flor. liest daher auch wie oben und ebenso auch die meisten Ausgaben.

übergehen. Die in der Mitte stehende Folgerung et ideo verstärkt offenbar den Gedanken, von dem Paulus ausgegangen ist und läßt namentlich den Sinn von personalis recht evident als Untrennbarkeit von der Person hervortreten. Anfang und Mitte stehen also zusammen wider die Schlußworte, jedoch — ohne ihrer Herr werden, ohne über das unzweideutige tamen und seinen Anhang hinwegkommen zu können.

Die mancherlei Vereinigungsversuche, die seit der Glosse gemacht worden sind, stehen meist in einem gewissen quantitativen Verhältnisse zu dem Umfange, den die Ansicht für oder gegen die Uebergangsfähigkeit in unserer Stelle einzunehmen scheint. Den Uebergang auf die Erben ganz zu leugnen, war unmöglich. Und so blieb nichts anderes übrig, als dies in Bezug auf den Cessionar zu thun, während man sich ersteren durch ganz besondere Präsumtionen zu erklären suchte.

Wir wollen hier einige der wichtigsten dieser Erklärungsversuche unserer Stelle folgen lassen.

1) Die Glosse sagt ad l. c.: personalis est electio servo vel filio stipulante vivente, sed non est personalis, quin ad legatarium transeat et heredem. Da von einer Beerbung von Sklaven und Hausböhen keine Rede sein kann, so ist von dieser besondern Qualität der Stipulanten hier wohl abzusehen und auf das vivente der Nachdruck zu legen, und damit wäre denn nur der Uebergang durch Cession gelehnet.

2) Auch Bartolus ad h. l. verwirft den Uebergang durch Cession, und giebt den auf die Erben zu. Mit dem Tode werde die Wahl realis, bis dahin sei sie personalis gewesen. Auch an Gründen für beide Fälle fehlt es nicht.

Bei der Cession ist der Uebergang ausgeschlossen, meint er, weil die Lage des Schuldners dadurch schlechter werden könne; der Uebergang auf die Erben lasse sich so erklären, daß der Erbe den Willen des Erblassers in Bezug auf die Wahl gekannt habe²⁰⁾.

3) Eine ganz abweichende Theorie stellt Donellus auf. Er erblickt in unserer alternativen eine duplex stipulatio; die eine sei die principale, die andere auf die Wahl gerichtet; die erste sei unbedingt, die zweite unter der Bedingung abgeschlossen, wenn der Gläubiger wählen werde. Geschehe letzteres nicht, so deficiere die Bedingung und die Stipulation über das Wahlrecht erlösche. Deshalb aber nicht auch die principale; diese gehe daher auch auf die Erben über und von ihr allein seien die Schlußworte in heredes etc. zu verstehen²¹⁾.

4) Dieser Theorie tritt besonders Cujaz entgegen²²⁾. Er behauptet mit Recht, daß von einer Bedingung hier nicht

20) Bartolus a. a. D. ad h. l. Ratio, quare est personale stipulatore vivo, est, quia si alii posset cedi, vel in alium transferri, fieret conditio promissoris deterior, quia ille forte aliter, quam primus eligeret. Sed post mortem desit esse personalis. Ratio quia hoc videtur actum. Ut sicut obligatio ipsa principalis est transmissibilis ita et ista; alias mortuo eo stipulatio inutilis esset, quod eo vivo non potest contingi. Item illud transit ad heredem, quia praesumitur scire voluntatem defuncti.

21) Donellus ad h. l. (T. XI. p. 1272 seqq.) quippe hac stipulatione: Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dabis, duo continentur; Stichi et Pamphili et praeterea harum rerum electio. Ipsa obligatio pura est . . . et electio, quae stipulatori datur, conditionalis est, hanc enim conditionem, ut dixi, si stipulator volet.

22) Vgl. Jacobus Cujacius (Op. om. ed. Neapoli 1722) ad h. l. T. V. p. 239.

die Rede sein könne. Wer Obligation und Wahl scheidet, bringe Dinge auseinander, die untrennbar seien. Die personalitas der Wahl in unserer Stelle sei auf Sklaven und Hausknechte zu beschränken und zwar bei ihnen, weil Factisches auf die Gewalthaber nicht übergehe.

In der That ist damit der Hauptsache nach die Lösung des scheinbaren Widerspruchs unserer Stelle gegeben. Der Ausspruch des Juristen: Die Wahl ist persönlich, muß nämlich auf Personen alieni juris beschränkt werden. So erklärt sich auch die Folgerung mit ideo vollkommen. Der Grund aber, warum die Wahl an die Person unterwürfiger Individuen geknüpft ist, im Gegensatz zu Personen sui juris, liegt in der factischen Natur der Wahl und in dem Rechtsfalle, daß Erwerbungen der Art gar nicht einmal als Erwerbungen für den Herrn resp. Hausvater gelten können, viel weniger also auf diese überzugehen vermögen. Dies erhellt aus den Worten der L. 44 de cond. ind.: ea, quae facti sunt, non transeunt ad dominum und dem § 2 de J. stip. serv.: Sed quum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur. . . . Vgl. auch L. 141 pr. de V. O. Es ist also die Bezeichnung der electio als personalis nicht auf Personen sui juris auszudehnen, und somit ist der Schluß der Stelle gegen eine solche Ausdehnung gerichtet während sie den Uebergang auf die Erben als Beweis der Uebertragbarkeit des Wahlrechts besonders hervorhebt.

Wir haben oben bemerkt und in einigen der mitgetheilten Erklärungsversuche gesehen, daß bei den unzweideutigen Schlußworten unserer L. cit. ein directes Pängnen des Uebergangs der Wahl auf die Erben unmöglich war, und daß daher die für die Untrennbarkeit der Wahl streitende Doctrin diese um so

entschiedener bei der Cession festbielt. Forschen wir nach den Gründen der verschiedenen Behandlung von Erbgang und Cession, so vermiffen wir überall ein Princip, von dem sie ausgeht. Und daher hat noch Niemand der Gegner eine befriedigende Erklärung gegeben, warum der Uebergang in dem einen Falle thunlich, im andern unthunlich sei.

Für uns, die wir die Nichtexistenz eines Widerspruchs in der L. cit. nachgewiesen, indem wir die angebliche Untrennbarkeit des Wahlrechts auf eine gegenwärtig unpractische Ausnahme reducirten, liegt somit auch kein fernerer Grund vor, der Uebertragbarkeit den vollständigsten Umfang zu vindiciren, d. h. sie unbedenklich auch auf den Fall der Cession auszudehnen. Daß sich unsere Quellen zu derselben Ansicht bekennen, geht unzweifelhaft aus folgender Stelle hervor.

L. 75 § 3 de leg. I.

Si quis ita stipulatus: Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur heres ejus, ut praestet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum, an decem persequi malit.

Wie schon im Eingange dieses § bemerkt worden, ist dies auch die Meinung der neuern Schriftsteller²³⁾; unter den namhaften Gegnern ist nur Thibaut zu nennen²⁴⁾.

§ 14.

Es ist von Vielen fälschlicher Weise behauptet worden, daß der Schuldner durch mora sein Wahlrecht verliere, und

23) Vor Allem zu vgl. Mühlensbruch, die Lehre von der Cession der Forderungen, 2te Auflage. Greifswald 1826. S. 264 ff. Ferner Savigny a. a. D. 2. 395. — Puchta a. a. D. S. 16 und Bangerow a. a. D. S. 20.

24) Thibaut a. a. D. § 80 — vgl. auch Brassier l. c. § 2.

zwar von Einigen für alle Fälle der alternativen Obligation²⁵⁾, von Andern nur für den einer altern. Ortsbestimmung²⁶⁾.

Die Einen wie die Andern berufen sich dabei auf die L. 2 § 3 de eo quod certo loco (13, 4).

Scävola geht hier von dem Gedanken aus, daß das Recht der Wahl in der alternativen Obligation sich niemals in Permanenz — *venia sit verbo!* — erklären und dadurch die Leistung vereiteln dürfe. Dies Resultat könne aber bei einer alternativen Ortsbestimmung herauskommen, wenn man das Wahlrecht ohne irgend welche Einschränkung zur Anwendung bringen wolle. Denn wenn der Schuldner sich z. B. ausbedungen hätte, in Capua oder Ephesus nach seinem Gutdünken zu leisten, so könnte, er in Capua vom Gläubiger belangt, sich für Ephesus entscheiden und umgekehrt, und auf diese Weise sich der Leistung überhaupt entziehen... *sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat.* Um diesem Uebelstande zu begegnen, entscheidet der Jurist, sei der Fall so zu verstehen, daß der Schuldner nur bis zur erhobenen Klage das Wahlrecht habe, da es dem Gläubiger gestattet sein müsse, durch eingeleiteten Proceß den Schuldner an den Ort dieses letzteren zu binden. Dieselbe Regel soll auch für den Fall gelten, wenn für verschiedene Orte verschiedene Gegenstände wieder nach der Wahl des Schuldners versprochen sind, z. B. Ephesi Stichum aut Capuae Pamphilum. Bei einer solchen *mixta rerum alternatio locorum alternationi* soll der Ort der Klage auch den zu leistenden Gegenstand

25) Glück Commentar. Bd. IV. S. 417. Jümmern im civ. Archiv Bd. 1. S. 325 ff.

26) v. Wening-Rugenheim. Lehrbuch des gemeinen Civil-Rechts. München 1831, Bd. II. S. 146. — Thibaut System § 654.

bestimmen. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem, und so sei diese ganze Regel ex necessitate hervorgegangen.

Das Wahlrecht geht also in der That nach diesem Gesetze von einem bestimmten Augenblicke an auf den Gläubiger über. Allein von einem Verzuge ist hier auch nicht im Entferntesten die Rede. Daher wollen ihn auch einige Juristen subintelligiren. Es ist aber nicht einzusehen, wozu, da es ja auch ohne mora nicht an Gründen für den Uebergang des Wahlrechts fehlt. Wie würde auch die Bezeichnung ex necessitate zu einer normalen Wirkung der mora passen?

Zimmern begnügt sich daher auch nicht, den angeblichen Einfluß der mora auf die Wahl allein aus der L. cit. herzuleiten, sondern beruft sich außerdem noch auf die LL. 54 und 55 D. ad leg. Aq. Dabei argumentirt er so. In der L. 55 sei von dem Falle die Rede, wo der Gläubiger einen der Gegenstände, ohne daß sich der Debitor eine mora zu Schulden kommen lasse, vernichte. Hier könne letzterer entweder die Aestimatio des vernichteten mit Zurückbehaltung des existirenden Gegenstandes oder diesen selbst offeriren, und wegen des erstern ex leg. Aq. klagen. Wie nun aber im Falle der mora solvendi? Nach der L. 54 ziehe diese den Verlust der Aquilischen Klage nach sich, d. h. den Verlust des Zeitinteresses. Im Falle der L. 55 bestehe das Interesse des Schuldners in der Möglichkeit, zwischen Oblation der Aestimatio und dem noch übrigen Gegenstände zu wählen. Diese Möglichkeit könne aber nicht ohne einen Uebergang der Wahl auf den Gläubiger als aufgehoben gedacht werden. Folglich involvire jeder Verzug einen solchen Uebergang.

In dieser Kette von Schlüssen kommen manche Unrich-

tigkeiten vor. Vor Allem ist die Verbindung von L. 54 mit L. 55 unstatthaft. Die erstere behandelt gar nicht einen Fall der alternativen Obligation, wie die zweite es thut. Dann ist es in der L. 54 die factische Veranlassung, aber nicht legislativer Grund, warum der Schuldner die Aquilische Klage verliert; denn nicht deshalb, weil er deb. morosus ist, kann er sie nicht anstellen, sondern weil die Voraussetzung der injuria fehlt. In jedem andern Falle, ob nun mora oder irgend etwas anderes die injuria aufhebt, müßte gleicherweise die actio ex leg. Aq. cessiren. Man darf dies also auch nicht als ratio leg. auf den Fall der L. 55 übertragen.

Wenn aber Zimmern fragt, worin anders in letzterem Falle der Nachtheil, der den säumigen Schuldner treffen müsse, bestehen könne, als im Verluste der Wahl zwischen Aestimatio und dem noch existirenden Gegenstände, so ist darauf Folgendes zu antworten. Bei der Leistung des übrig gebliebenen Gegenstandes hat der Schuldner dem Gläubiger das Zeitinteresse zu prästiren und bei der Berechnung des Wertes des nicht vernichteten Objectes nach den Grundsätzen der L. Aq. kann der übriggebliebene nicht mit hineingezogen werden, weil, hätte der Schuldner rechtzeitig geleistet, von einem aus der Wahl zwischen beiden Gegenständen entspringenden Interesse nicht die Rede sein könnte.

So beurtheilt auch Mommsen²⁷⁾ den vorliegenden Fall.

27) Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. III. Abtheilung. Braunschweig 1855. § 26. Note 7. Vgl. auch Cujacius l. c. ad. L. 95 de soc. T. IV. S. 179 ff.

III. Abschnitt.

Von dem Einflusse verschuldeten und unverschuldeten Untergangs auf den Bestand der alternativen Obligation.

§ 15.

Erst mit dem Untergange aller Objecte erlischt die alternative Obligation; denn so lange nur noch eines vorhanden ist, ist es ja auch die Möglichkeit vollständiger Erfüllung. Andererseits ist der Untergang auch eines Objectes nicht ohne Einfluß auf den Bestand der Obligation. Denn die mehreren Obligationsobjecte stehen nicht so unabhängig von einander da, daß das Schicksal des einen nicht auch das des andern mit bedingen sollte. Dazu kommt aber noch, daß die Natur des Untergangs bei den verschiedenen Gegenständen eine eben so verschiedene sein kann; bei dem einen casuell, bei dem andern verschuldet.

Von allem dem kommt bei der einfachen Obligation nichts vor, und dies ist der Grund, warum die gewöhnliche Lehre vom casus für die altern. Obligation nicht ausreicht. Namentlich ist es aber der modificirende Einfluß der mit casus concurrirenden culpa, der eine Reihe von eigenthümlichen Fällen erzeugt, die eben so viele Sonderbestimmungen nöthig machen. Allerdings lassen sie sich zuletzt auf wenige allgemeinere Principien und

Rechtsätze zurückführen, allein es liegen diese häufig so versteckt, daß die Entscheidung im einzelnen Falle nicht ohne Schwierigkeiten ist. Und wenn auch diese in dem einen weniger groß als in dem andern, ja in manchem gar nicht vorhanden sind, so daß Fälle der Art füglich mit Stillschweigen übergangen werden könnten, so ist dies doch nur dann thunlich, wenn es nicht im Interesse des bessern Verständnisses liegt, auch solche Fälle, durch welche Gegensätze erst recht hervortreten, mit aufzunehmen. Dieser Gesichtspunkt bestimmt auch die Form der Darstellung. So unerquicklich es ist, sich in lästigen Schematismen zu bewegen; hier lassen sie sich nicht vermeiden, wo es darauf ankommt, den ermüdenden Gang durch eine lange Reihe oft unmerklicher Unterschiede von außen her zu unterstützen.

Was endlich die leitenden Gesichtspunkte betrifft, von denen man hierbei ausgehen kann, so läßt sich fürs Verständniß gleich zweckmäßig die Beschaffenheit des Untergangs — ob verschuldet, zufällig oder beides zugleich — oder die Zuständigkeit des Wahlrechts — je nachdem es der Gläubiger oder Schuldner hat — als Eintheilungsgrund brauchen. Mehr im Sinne des Ganzen liegt es aber, die einzelnen Fälle an die verschiedene Beschaffenheit des Unterganges anzulehnen; denn um diesen handelt sich's ja eben. Und so soll es auch in der folgenden Darstellung gehalten werden.

§ 16.

I. Der Untergang ist ein rein casueller und zwar trifft derselbe

1) beide Gegenstände der Obligation. Dies ist der einfachste Fall — die Obligation muß natürlich erlöschen, mag das Wahlrecht zustehen, wem es wolle.

2) Es geht nur ein Object unter. Je nachdem die Wahl der Schuldner oder der Gläubiger hat, sind folgende Unterscheidungen zu machen:

A. Der Schuldner kann wählen. Zunächst ist hier so viel gewiß, daß die alternative Obligation sich mit dem Wegfalle eines Objectes in eine obligatio simplex verwandelt, wo von einer Wahl nicht mehr die Rede sein kann. Ob es aber dem Schuldner freisteht, statt des existirenden auch den Werth des untergegangenen Objectes zu prästiren — wir werden es in Zukunft der Kürze wegen oblatio aestimationis nennen — ist streitig.

Nach demjenigen unserer leitenden Grundsätze, der die Leistung eines, aus der Obligation ausgeschiedenen Gegenstandes für unzulässig erklärt (vgl. § 1), müßte man eigentlich das Recht der oblatio aestimationis verwerfen. Denn der Werth repräsentirt hier nur die Sache. Auch finden wir in einer Reihe von Stellen¹⁾ ausgesprochen, daß es dem Schuldner obliegt, denjenigen Gegenstand zu leisten, den er noch leisten könne; von Surrogaten ist aber nirgends die Rede.

Dennoch werden wir nach dem klaren Ausdruck der Quellen nicht umhin können, die oblatio aestimationis für zulässig zu halten. Es heißt nämlich in der

L. 47, § 3 de leg. I Ulpian. lib. XXII.
ad Sabinum.

1) L. 2 § 3 D. de eo, quod certo loco (13, 4) L. 34 § 6 D. de contr. emt. (18, 1) L. 10 § 6 de jure dot. (23, 3). L. 16 pr. de V. O.

Sed si Stichus, aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit, praesentem praestari, aut absentis aestimationem; toties enim heredi electio est committenda, quoties moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, etsi alter decesserit, alterum omni modo praestandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut si in potestatem ambo redirent, sed si vel alter, et vel ipsum, vel absentis aestimationem praestandam

Unzweideutiger kann das Recht des Dnerirten, seine Wahl auch auf den Werth des untergegangenen Gegenstandes richten zu dürfen, nicht anerkannt werden, als es in obigen drei unterstrichenen Entscheidungen Ulpian's geschehen ist. Trotzdem haben Manche die ganze Stelle hauptsächlich um des Wortes „fortassis“ willen für sehr zweifelhaft gehalten. So z. B. Sc. Gentilis in seiner Abhandlung de div. et indiv.²⁾ Er meint, Ulpian habe selbst seiner eigenen Entscheidung nicht recht getraut und sie durch das hinzugefügte fortassis als seine bloß subjective Meinung hinstellen wollen. Allein abgesehen davon, daß für den Fall der Flucht und Gefangenschaft, die hier ganz dieselbe Bedeutung haben müssen, wie der Tod des einen Sklaven, gleiche Aussprüche vorliegen, die an posi-

2) Sc. Gentilis. Op. om. Neapoli 1763. T. I. p. 121. Dort heißt es nämlich: satis significari illa particula fortassis, haesitauer et trepide hoc dici, utputa contra generalem et certam juris definitionem. — Auffallender Weise ist neuerdings auch Fr. Mommsen, Beiträge Bd. I. S. 311 der Ansicht, daß sich Ulpian nicht mit völliger Bestimmtheit ausgesprochen habe.

tiver Gewißheit nichts zu wünschen übrig lassen, ist Gentiis Bedenken an und für sich kaum einer ernstlichen Widerlegung werth. Es hieße meines Erachtens den Geist der alten Juristen und ihre Stellung im Corp. juris als geschlossenem Gesetzbuche völlig verkennen, wollte man in ihren Aussprüchen, und träten sie uns auch in solcher Form entgegen, bloße subjective Meinungen derselben erblicken. Auch drängt uns nichts zu einer so abnormen Erklärung, da es sachlich und sprachlich so nahe liegt, fortassis auf den wahlberechtigten Erben zu beziehen, wo es dann mit *Mendoza*³⁾ einfach so zu paraphrasiren ist: *si fortassis heres malit id praestare, quam ipsum servum superstitem*

§ 17.

Was wir so eben für alternative Vermächtnisse gültig gefunden haben, ist es nicht weniger für solche Obligationen aus Verträgen. Um den Beweis dafür zu liefern, schicken wir erst die entscheidende Gesetzesstelle voraus.

L 95 § 1 D. de sol. — Papinianus lib. XXVIII Quaestionum.

Quodsi promissoris fuerit electio, defuncte altero, qui superest, aequae peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, quum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promisso-

ris constitutum est, tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, quum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem...

Papinian behandelt hier eigentlich zwei, von dem unfrühen verschiedene Fälle. In beiden geht eins der Obligationsobjecte durch Schuld des Debtors unter, im zweiten Falle kommt aber zu dem culposen des ersten auch noch der casuelle Untergang des zweiten Gegenstandes. Der erste Fall bildet den Vorderatz und beginnt eigentlich erst mit *quamvis*, woran sich im Nachsatz mit dem Worte *tamen* als Gegensatz der zweite Fall anreicht. Für beide Fälle soll der Umfang der *actio ex stipulatu* beziehungsweise das Klagerrecht des Gläubigers festgestellt werden. In soweit liegt also das Ganze außer dem Bereiche unserer Frage, und es hat den Anschein, als wenn es fast mehr beiläufig ist, wenn bei dieser Gelegenheit auch die Stellung des Schuldners zur Sprache kommt. Von ihm heißt es nämlich, er solle, wenn durch seine Schuld einer der Gegenstände untergegangen ist, nicht mehr das Recht haben, den Werth desselben seinem Gläubiger zu offeriren. In dieser bedingungsweisen Verwerfung der *oblatio aestimationis* liegt aber grade das Zugeständniß derselben sub *contraria conditione*. Quoniam id in poenam promissoris constitutum est, sagt der Jurist. Es ist also nur eine Strafe, die den Schuldner für sein fahrlässiges Verhalten trifft. Wo also die Prämisse der culpa fehlt, muß auch die Strafe wegfallen. In dieser Schlüssigkeit per argumentum a contrario liegt die Beweiskraft unserer Stelle für die *oblatio aestimationis* in dem in Rede stehenden Falle. Dieses Recht des Schuldners hat übrigens nicht in der alternativen

3) Meermani novus Thesaurus. Hagae-Comitum 1751. T. II. p. 50 No. 23.

Obligation seinen Sitz; denn nach den Grundsätzen dieser verliert ja, wie schon bemerkt, der ex nexu getretene Gegenstand, oder sei es auch sein Werth, ein für allemal seine Leistungsfähigkeit; sondern es ist dieses Recht vielmehr ein Fall der *s. g. facultas alternativa*, ein aus Billigkeitsgründen dem Schuldner für diesen besonderen Fall eingeräumtes *beneficium*. Der Idee einer Wohlthat *correspondirt* auch die der Strafe für den Fall der *culpa*.

Die allgemeine Zulässigkeit der *oblatio aestimationis* wird von den meisten Schriftstellern⁴⁾ behauptet; doch hat sie auch ihre Gegner, wie wir schon früher bemerkten. Unter ihnen ist besonders Puchta zu nennen. Er erklärt sie für eine Singularität, die nur bei Legaten vorkomme. Bei Vermächtnissen nämlich werde der zufällig untergegangene Gegenstand der Wahl nicht entzogen; dies sei aber nur „eine Ausnahme, die Manche mit Unrecht zur Regel machen“. Den Nachweis dieser Ausnahmestellung ist uns Puchta jedoch schuldig geblieben⁵⁾.

§ 18.

II. Ist der Untergang verschuldet und zwar

1) vom Debitor, welchem

A. das Wahlrecht zusteht, so kommt es hier vor Allem darauf an, ob nur einer oder ob beide Gegenstände untergingen.

4) Unterholzner, Schuldverhältnisse. Bd. I. § 243. — Wangerow a. a. D. Bd. II. S. 22. — Zimmern a. a. D. S. 312. — Fr. Mommsen a. a. D. Bd. I. § 26. — Fuchs im Archiv f. civ. Pr. XXXIV. S. 286 ff.

5) Puchta, Vorlesungen. Bd. II. S. 461.

Im ersten Falle ist der Schuldner verpflichtet, den noch vorhandenen Gegenstand zu leisten, ohne auf das *Beneficium* der *oblatio aest.* Anspruch machen zu können. Letzteres wird von Zimmern und Wangerow⁷⁾ für den Fall behauptet, wenn der Werth der untergegangenen dem der vorhandenen Sache nicht zu sehr nachsteht. Und zwar wird diese Meinung auf den Ausspruch Papinian's in der *L. 95 § 1 de sol.* „*si forte longe fuit vilior*“ gegründet. Dagegen ist aber folgendes zu bemerken. Der Grund, warum in der *L. cit.* die Befugniß der Oblation ausgeschlossen wird, bezieht sich vorwiegend auf die Person des Debtors. Seine Verschuldung soll hier hauptsächlich gestraft werden (*in poenam promissoris constitutum est*). Der Grad dieser Verschuldung steht aber nicht im umgekehrten Verhältnisse zu dem Werthe des vernichteten Gegenstandes, was doch der Fall sein müßte, wenn erst bei der Vernichtung eines viel schlechteren die Strafe zur Anwendung kommen sollte. Außerdem ist die Differenz des Werths so vage bezeichnet — *longe vilior* —, daß eine Auscheidung der bezüglichen Fälle nach diesem Maßstabe äußerst schwierig sein müßte. Endlich ist das *forte* in dieser Wortverbindung völlig überflüssig; nirgends finden wir es sonst als Zusatz einer Bedingung. Alle diese Gründe sprechen gegen die Zulässigkeit der Oblation. Richtiger ist nach dem Vorgange Anderer⁸⁾ der Zwischensatz

6) So will es auch der Code art. 1193.

7) Zimmern a. a. D. S. 325 ff. — Wangerow a. a. D. Bd. III. S. 23.

8) Fuchs a. a. D. S. 236 ff. — Mommsen a. a. D. Bd. I. S. 313.

„si forte ect.“ als eine Erklärung der darauf folgenden Worte pro petitore zu verstehen, so daß sie nun folgenden Sinn bekommen: die Strafe des Ausschlusses der Oblation wirkt auch in sofern zugleich im Interesse des Gläubigers (pro petitore), als der vernichtete Gegenstand möglicherweise (forte) einen viel geringeren Werth gehabt hat, als der übriggebliebene und er sich mit diesem Werthe nun nicht mehr abfinden zu lassen braucht.

Wir wenden uns jetzt dem Falle zu, wo beide Objecte zu verschiedenen Zeiten und zwar nur das erste durch Verschulden des Debitors, das andere casuell untergeht. Nach dem Untergange des ersten verwandelt sich, wie wir wissen, die alternative in eine einfache, auf den vorhandenen Gegenstand gerichtete Obligation. Die Lage des Gläubigers wird also durch die culpa des Schuldners unmittelbar keine schlechtere. Denn da dieser die Wahl hat, so muß sich der Gläubiger die Leistung der vorhandenen Sache ganz so gefallen lassen, als ob sie aus der Wahl des Schuldners hervorgegangen wäre. Wird aber die Leistung auch dieser Sache casuell unmöglich, so müßte der Schuldner eigentlich liberirt werden, da die Obligation in ihrem einzigen Gegenstande erloschen ist. Dies ist aber nicht der Fall; denn die frühere culpa wird für den Gläubiger jetzt von Bedeutung. Wäre nämlich durch sie der erste Gegenstand nicht untergegangen, so könnte der Gläubiger noch immer befriedigt werden. Daher giebt die L. 95 § 1 de sol. dem Stipulations = Gläubiger die *doli actio*; bei b. f. contractus muß also die Klage aus dem Contracte erhoben werden. Worauf wird diese aber nun gerichtet sein können? Ohne Zweifel auf den ersten Gegen-

stand⁹⁾; denn dieser hätte geleistet werden können, wenn nicht der Debitor seinen Untergang verschuldet hätte¹⁰⁾.

Daß der Debitor nicht befreit wird, wenn nur der zweite Gegenstand durch seine Schuld untergegangen war, ist selbstverständlich. Daß er sich aber hier auch durch Zahlung des Werthes des casuell untergegangenen Objects abfinden könne, wie Vangerow und Zimmern behaupten, kann ich nicht für richtig halten. Meines Erachtens steht dies mit der Straftendenz der L. 95 § 1 cit. im Widerspruch.

Erfolgte der Untergang beider Objecte durch die Schuld des Debitors, so ist, wenn derselbe gleichzeitig stattfand bei der Bestimmung des Interesses das Wahlrecht des Schuldners ohne Einfluß, im entgegengesetzten Falle aber das später untergegangene Object zu prästiren, weil sich auf dieses die Obligation reducirt hatte.

B. Hat der Gläubiger die Wahl, so sind natürlich wieder eben so viele verschiedene Fälle denkbar, je nachdem der Untergang ganz oder theilweise verschuldet war, wie sie eben beim Wahlrecht des Schuldners unterschieden worden sind. Eine specielle Erörterung derselben ist aber unnöthig, da durchweg eine analoge Anwendung der früher entwickelten Sätze statthaben muß.

9) Nach dem Code art. 1193 ist der Werth des letzten Gegenstandes zu prästiren. Si toutes deux sont périées, et que le debiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle, qui a péri la dernière.

10) U. M. ist Vangerow a. a. O. S. 23 ff. Nach ihm kann mit der Entschädigungsklage nur die aestimatio desjenigen Objectes gefordert werden, welches den geringsten Werth hatte, weil der Schuldner nach der ihm zustehenden *fac. alt.* noch immer die schlechteste Sache offeriren konnte. Nach unserer Ansicht — vgl. oben den Text — hat er jedoch diese Befugniß zur Strafe seiner culpa verloren; mit der Voraussetzung fällt aber die Folge weg.

§ 19.

- 2) Der Gläubiger hat den Untergang verschuldet, während
A. der Schuldner zu wählen hatte.

Zuerst haben wir es mit dem Falle zu thun, wo nur ein Object vom Untergange betroffen wird. Unzweifelhaft ist jetzt das übriggebliebene in obligatione und in solutione, wogegen der Werth des untergegangenen vom Schuldner eingefordert werden kann. Doch muß demselben nach § 16 auch gestattet sein, dem Gläubiger auch den Werth des letzteren in Anrechnung zu bringen, den vorhandenen Gegenstand aber selbst zu behalten. Und zwar geschieht die Berechnung des Werths nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes, für deren Anwendung auf alternative Obligationen folgende Stelle von Wichtigkeit ist.

L. 55 ad Leg. Aquil. (9, 3) Paulus lib. XXII. Quaest.

Stichum aut Pamphilum promisi Titio, quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti; stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi, quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est

promissor?¹¹⁾ Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.

Diese Stelle behandelt zwei verschiedene Fälle. Im ersteren derselben verspricht Titius den Stichus im Werthe von 10(000) oder den Pamphilus im Werthe von 20(000). Vor dem Zahlungstage (ante moram) tödtet der Gläubiger Stichus. Wie berechnet man nun, fragt Paulus, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes das Interesse des Schuldners? Geht dieses auf den Werth des getödteten Stichus, also auf 10 oder ist auch der Umstand mit zu berücksichtigen, daß der Schuldner nun im Widerspruche zu seinem Wahlrechte den Pamphilus hingeben muß, an quanti est, quem necesse habeo dare? Statt diese Frage zu beantworten, verweist Paulus auf den weiteren Fall, wenn nach der Vernichtung des Stichus auch eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung des Pamphilus hinzutrate. Durch diesen Untergang wird der Schuldner vollständig liberirt und die Obligation ist als erfüllt anzusehen. Wird dadurch aber der

11) Die Pal. Lesart num statt jam macht keinen großen Unterschied, wohl aber die falsche Interpunction, hinter liberatus est promissor ein Comma statt eines Fragezeichens zu setzen (die Beckische und Krieglische Ausgabe interpungiren namentlich so). Vangerow a. a. D. S. 25 macht mit Recht als Beleg dafür auf die mißlungene Uebersetzung im Deutschen Corp. juris Bd. I. S. 791 aufmerksam. Die falsche Interpunction hat hier zu dem eben so falschen Sinne geführt, daß der Werth des Stichus abgezogen werde, während hier vielmehr die Frage aufgeworfen wird, ob der casuelle Untergang des Pamphilus den Werth des Stichus dadurch verringere, daß er mit Pamphilus bei der Berechnung nicht in Beziehung gesetzt werden könne.

Werth des Stichus, der vor dem Untergange des Pamphilus mit Bezugnahme auf diesen zu berechnen war, jetzt als Sachwerth, d. h. niedriger zu veranschlagen sein? In der Antwort auf diese Frage: *et sufficit etc.* liegt die Entscheidung für beide vorausgehenden Fälle. Es genügt, so lautet nämlich diese Antwort, daß Stichus, von dem Augenblicke seiner Tödtung an ein Jahr zurückberechnet, während dieser Zeit irgend einmal mehr werth gewesen sei, um die Ansprüche des Schuldners auf diesen höchsten Werth zu begründen. Worin dieser höchste Werth aber im vorliegenden Falle seinen Grund haben kann, hat Paulus schon vorher in den Worten *quantum est, quem necesse habeo dare* angedeutet. Titius hätte nämlich innerhalb dieses Jahres kraft seines Wahlrechts den Stichus hingeben, den um 10 werthvolleren Pamphilus also behalten können. Durch die Schuld des Gläubigers ist er um diesen Vortheil gekommen, den er also jetzt mit der *actio leg. Aq.* einzuklagen berechtigt ist.

Wenden wir uns jetzt dem zweiten Falle zu, wo beide Objecte untergehen, und zwar der erste casuell, der zweite durch Schuld des Gläubigers. Gewiß ist hier das Erlöschen der Obligation mit dem Untergange dieses zweiten Gegenstandes; ob aber der Schuldner mit der Aquilischen Klage auftreten könne, hängt davon ab, ob das erforderliche Interesse von ihm nachgewiesen werden kann, also ganz wie bei einer einfachen Obligation. Ist ein solches Interesse erwiesen und damit die Aquilische Klage begründet, so lassen sich folgende verschiedene Fälle denken. A hat die Sklaven Stichus und Pamphilus versprochen, welche am Tage der abgeschlossenen Obligation beide den gleichen Werth von 100 hatten. Die Leistung soll am 1. Mai stattfinden. Im Januar stirbt

aber Pamphilus und der Werth des Stichus sinkt darauf noch vor dem Leistungstermine auf 75. Darauf tödtet ihn der Gläubiger vor dem 1. Mai. Wengleich nun Stichus als *res debita* immerhin dem A hätte geleistet werden müssen, durch seine Tödtung also gewissermaßen eine Compensation seiner Ansprüche stattgefunden hat, so ist dem Schuldner doch dadurch ein *damnum* erwachsen, daß nun die Leistung durch die culpa des Gläubigers *anticipirt* ist. Dieses Zeitinteresse führt zur Aquilischen Klage und mit ihr ist die eigenthümliche Berechnungsweise derselben gegeben. Nach dieser muß aber der Zeitpunkt im verfloßenen Jahre als der des höchsten Werthes angenommen werden, wo Stichus 100 galt. Von diesem Werthe kommen 75 als Sachwerth desselben im Augenblicke der Tödtung in Abzug, weil auf so viel A *liberirt* wird. Nithin geht die Aquilische Klage auf 25.

Bei dieser Berechnungsweise kann die Eigenthümlichkeit vorkommen, daß Stichus höher berechnet werden muß, als sein Sachwerth innerhalb des letzten Jahres jemals betragen hat. Hatte nämlich Pamphilus den Werth von 120, während Stichus den von 100 und starb ersterer eines natürlichen Todes, während letzterer darauf (aber immer vor Ablauf eines Jahres) vom Gläubiger getödtet wurde, so scheint es fast so, als ob der Schuldner gar keinen Schadenersatz fordern könne. Allein ist einmal die Aquilische Klage durch das im Zeitinteresse liegende *Damnum* begründet, so muß nach ihrer Berechnungsweise ein Jahr zurückgegriffen werden, und wir begegnen dann einer Zeit, wo neben dem Stichus zu 100 auch noch der Pamphilus zu 120 dem Wahlrecht des Schuldners vorlag. Damals hätte A durch die Hingabe des Stichus den Mehrwerth des Pamphilus lucriren können. Seine Klage

kann daher jetzt auf 120 — 100 also auf 20 gerichtet sein. Darauf beziehen sich die Schlußworte des Paulus: *hac quidem ratione pluris videbitur fuisse.*

Nach dieser, an obigen Beispielen erläuterten Berechnungsweise kann es weiter keine Schwierigkeit haben, auch diejenigen Fälle zu bestimmen, wenn beide Objecte vom Gläubiger vernichtet werden, so daß eine besondere Ausführung derselben unnöthig ist.

§ 20.

B. Der Gläubiger hat die Wahl und zwar wird nur ein Object von ihm vernichtet.

Dieser Fall wird verschieden beurtheilt. Einige Schriftsteller — unter den Neuern Thibaut System § 81 a. E. — sind der Ansicht, daß der Gläubiger hier alle weiteren Ansprüche verloren habe, da gleichzeitig mit Vernichtung des einen Gegenstandes sein Wahlrecht als zur Ausübung gebracht und das *culpos* von ihm vernichtete Object als von ihm empfangen angesehen werden müsse. Diese Ansicht beruht auf einer gänzlichen Verkennung der LL. 105 de V. O. und 72 pr. de sol. In der ersteren derselben sagt:

Javolenus (lib. II. epitomarum).

Stipulatus sum, Damam aut Erotem servum dari; quum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama; an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Masurii Sabini opinionem, puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari.

Es ist nicht recht einzusehen, wie Thibaut aus dieser Entscheidung des Javolen obige Ansicht hat herleiten können. Der Jurist sagt hier: Ich habe mir den Dama oder Eros von Dir versprechen lassen; während du mir den Dama zu leisten bereit bist, verzögere ich seinen Empfang; darüber stirbt er hinweg. Masurius Sabinus erklärt die Ansprüche des Gläubigers damit für erloschen und Javolen ist derselben Meinung. Offenbar also handelt sich's in diesem Falle um eine *mora accipiendi*. Daß der in solcher sich befindende Gläubiger den *Casus* zu tragen habe, ist nur eine Folge des Verzuges, und in der That liegt nichts anderes in der Entscheidung unserer Juristen. Von einer *culpa* ist hier so wenig die Rede, wie sich der Grundsatz von der Befreiung des Schuldners durch *mora accipiendi* auf den Fall der *culpa* übertragen läßt. Endlich fällt auch die für unsern Fall wesentliche Voraussetzung, daß der Gläubiger die Wahl habe, hier weg, denn in dem Anerbieten des Schuldners liegt gewiß auch die Voraussetzung seiner Wahl. Nicht anders steht es mit der L. 72 cit.; auch sie geht von der *mora* des Gläubigers aus, an die sie dieselbe Forderung knüpft: *quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.*

Anderer — unter ihnen besonders Zimmermann a. a. D. S. 333 ff. — behaupten, der Gläubiger könne sein Wahlrecht durch *culpose* Handlungsweise unmöglich einbüßen; für seine Schuld werde er durch die höher berechnete *aestimatio* hinreichend gestraft.

Meines Erachtens ist auch diese Ansicht zu verwerfen. Denn wenn auch die *culpose* Handlung des Gläubigers sein Wahlrecht nicht zu beeinträchtigen vermag, so ist dieses doch nach dem Grundsatz, daß beim Ausschneiden eines Objects die

alternative Obligation sich in eine einfache verwandelt, eben durch diese Verwandlung als ausgeschlossen anzusehen.

Die richtige Entscheidung ist also: der Gläubiger hat nur auf die noch existirende Sache ein Recht; wegen der von ihm vernichteten haftet er aber dem Schuldner ex lege Aq. Vgl. auch Bangerow a. a. D. S. 29.

§ 21.

Gehen beide Objecte unter, das erste durch Schuld des Creditors, das zweite casuell, so ist natürlich die Obligation erloschen, damit aber nicht die Erfasspflicht des Erstern. Diejenigen, welche nach Obigem in dem verschuldeten Untergange des ersten Objectes eine stattgehabte Ausübung des Wahlrechts erblicken, wie Thibaut es thut, oder die dem Gläubiger noch immer das Wahlrecht vorbehalten, wie Zimmermann, leugnen die Erfasspflicht desselben ganz consequent. Nach unserer Ansicht, die den Schwerpunkt der Entscheidung in die Verwandlung der alternativen in eine obligatio simplex verlegt, muß dem Schuldner das Recht auf Schadenersatz unverkürzt bleiben. Dieses Recht ist nämlich durch die Verwandlung der Obligation ein ganz selbstständiges, von dem weitem Schicksale der Obligation ganz unabhängiges geworden und kann durch ihr schließliches Erlöschen — weil sich dieses nur auf das zweite Object bezieht — keine Veränderung erleiden. Bei der Berechnung des Schadens kann aber aus demselben Grunde auf den später casuell untergegangenen Gegenstand keine Rücksicht genommen werden, wie es in dem Falle geschehen muß, wenn der Schuldner die Wahl hat.

War dagegen das erste Object durch Zufall, und nur das zweite durch die Schuld des Gläubigers untergegangen,

so ist nicht allein die Obligation erloschen, sondern auch jeder Anspruch auf Schadenersatz. Traf die culpose Vernichtung beide Gegenstände und zwar nacheinander, so ist nach Thibaut's Ansicht der Gläubiger zur Bezahlung des zuletzt untergegangenen Objectes verpflichtet, während es ihm nach Zimmermann's Annahme, daß er noch immer wählen könne, freisteht, das Object der Entschädigung auszusuchen. Für uns muß sich die Erfasspflicht auf das erste Object beschränken; ohne Zweifel kann aber auch hier die eigenthümliche Berechnung der L. 55 cit. in Anwendung kommen, wenn nämlich der zweite Gegenstand einen größern Werth hatte.

Erfolgt aber der durch den Gläubiger verschuldete Untergang beider Objecte gleichzeitig, so ist ihm wohl die Wahl zu lassen, für welchen derselben er Ersatz leisten will. Denn, da in diesem Falle keine Verwandlung der Obligation stattgefunden hat, so muß das Wahlrecht sich unverletzt erhalten haben.

Noch lassen sich eine Reihe von complicirten Fällen denken, wenn der Untergang beiderseits verschuldet war. Die Principien, nach denen sie zu beurtheilen sind, bleiben aber dieselben, und ihre Anwendung im Einzelnen unterliegt keinerlei Zweifel. Dasselbe gilt von denjenigen Fällen wo die Obligation auf mehr als zwei Gegenstände gerichtet ist.



T h e s e n.

- 1) Es darf nicht den Beredungen der Parteien anheimgegeben sein, den einzelnen Rechtsbegriff willkürlich zu modificiren.
- 2) Die neuere Jurisprudenz ist in der Rehabilitirung des Gewohnheitsrechts darin zu weit gegangen, daß sie letzteres dem geschriebenen Recht gleichgestellt hat.
- 3) Auch das Rechtsgefühl kennt eine Verweichlichung und eine Abhärtung.
- 4) Bei der Negatorienklage ist nicht die Freiheit des Eigenthums, sondern das Eigenthum selbst der Klagegrund.
- 5) Die Haftungspflicht des Cedenten läßt sich nicht auf den Gegensatz von veritas und bonitas nominis zurückführen, sie hängt vielmehr allein von der causa cessionis ab.
- 6) Der Satz: Casum sentit dominus ist für die Lehre vom Tragen der Gefahr durchaus unzureichend.
- 7) Der briefliche Wiederruf eines eben so gethanen Versprechens muß, um Wirkung zu haben, nur vor der Acceptation geschehen sein; ob der Adressat ihn von der Acceptation kannte, ist gleichgültig.

