





1034

DIE  
RECHTLICHE NATUR  
DER  
UEBEREIGNUNGSART DURCH TRADITION  
IM RÖMISCHEN RECHT  
VON  
DR. MARCELL CHLAMTACZ.



LEIPZIG.  
FRANZ WAGNER.  
1897.



44898 II

44898

~~6344~~

## VORREDE.

---

Die vorliegende Schrift beschäftigt sich hauptsächlich mit der Frage über die juristische Natur des Uebereignungsaktes durch Tradition im römischen Recht. Ich konnte mich nicht überzeugen, dass die heutzutage noch herrschende Theorie, welche den Uebereignungsakt durch Besitzübertragung als einen „Vertrag“ konstruirt wissen will, in den Aussprüchen der römischen Rechtsquellen feste und ebenso sichere Anhaltspunkte hat. Sämmtliche Einzelheiten, die unter Zugrundelegung des einschlägigen Quellenmaterials in dieser Abhandlung vorgebracht sind, verfolgen daher den Zweck, den Mangel einer positivrechtlichen Grundlage für die Annahme „des dinglichen Uebereignungsvertrags durch Tradition“ im römischen Recht nachzuweisen, zugleich aber die eigene Auffassung der juristischen Natur des Sachübergabeaktes zu Eigenthum positiv zu rechtfertigen.

Die Aufgabe, die ich mir gestellt habe, die Spuren der geschichtlichen Entwicklung des Traditionsbegriffs wenigstens theilweise zu berücksichtigen, setzt auch den Vorsichtigen der Gefahr der Hypothesensucht aus. Wenn es mir nicht überall gelingen sollte, zwischen der begründeten Schlussfolgerung und der unzulässigen Hypothese eine richtige Grenze einzuhalten, so muss ich diesbezüglich bei der bekannten Schwierigkeit der Materie, an deren Verarbeitung sich eine noch ungeübte Hand versuchte, die Nachsicht des Lesers nachdrücklich in Anspruch nehmen; nur möchte ich noch hinzufügen, dass ich redlich bestrebt war „aus den Quellen heraus nicht in sie hinein“ zu arbeiten.

Während der Ausarbeitung dieser Abhandlung, die vorwiegend in die Zeit meines Aufenthaltes in Berlin fällt, hatte ich die Ehre von dem stets opferwilligen Lehrer der dortigen Universität dem Geheimen Justizrath Professor Dr. Alfred Pernice in der mannigfachsten Weise mit Rath und That unterstützt zu werden. Ich sage ihm hiemit meinen wärmsten und verbindlichsten Dank.

*M. Ch.*

# INHALTSÜBERSICHT.

## EINLEITUNG.

	Seite
Dogmengeschichtliches, Stand der Frage, Aufgabe und Plan der Untersuchung . . . . .	1

## ERSTES KAPITEL.

**Der Uebereignungsakt durch Sachübergabe wird in den röm. Rechtsquellen nicht als Vertrag aufgefasst; er erscheint vielmehr als ein zusammengesetzter Akt, als dessen Elemente der Uebereignungswille des Tradenten und der Besitzerwerb des Empfängers zu betrachten sind.**

§. 1. Exegese der Belegstellen, aus denen die herrschende Lehre die Vertragsnatur der Tradition ableitet . . . . .	22
§. 2. Quellenfragmente, welche ausschliesslich den Uebereignungswillen des Tradenten betonen und ihr Sprachgebrauch . . . . .	38
§. 3. Die Zulässigkeit der Tradition zu Eigenthum an einen Stellvertreter und der Satz „per liberam personam adquiri non potest“ . . . . .	56
§. 4. Die materielle Tradition als Form des Uebereignungsvertrags und die Zulässigkeit der Sachübergabe zu Eigenthum an eine Mittelsperson . . . . .	60
§. 5. Mit der Vertragsnatur des Uebereignungsaktes ist die Entscheidung Ulpian's l. 13. D. de donat 39. 5. nicht in Einklang zu bringen — die widersprechende Entscheidung Julian's l. 37. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1. spricht nicht unbedingt für die Vertragsnatur des Uebereignungsaktes durch materielle Tradition . . . . .	62
§. 6. Irrthum in der Person bei dem Uebereignungsakte durch Tradition . . . . .	73
§. 7. Traditio in incertam personam . . . . .	77
§. 8. Der Vertragsbegriff der modernen Rechtssystematik und seine Anwendung auf den Akt der Uebergabe zu Eigenthum . . . . .	81

**Z W E I T E S   K A P I T E L.****Das Verhältniss des Uebereignungswillens zu der s. g. iusta causa traditionis.**

§. 9. Die s. g. iusta causa traditionis (Sprachgebrauch der Quellen und Fragestellung) . . . . .	88
§. 10. Der Dissens über die causa traditionis . . . . .	93
§. 11. Die Zahlung und das Darlehen an einen Unmündigen . . . . .	102
§. 12. Schenkung durch Sachübergabe an die Kinder unter 7. Jahren . . . . .	104
§. 13. Die wissentliche Annahme sine causa (Abgrenzung der Frage) . . . . .	112

**D R I T T E S   K A P I T E L.****Die Sachübergabe bzw. der Besitzerwerb darf nicht als „Form“ des Uebereignungsaktes bezeichnet werden.**

§. 14. Das Faktum des tradere und seine angebliche Funktion als „Form“ des Uebereignungsaktes . . . . .	156
§. 15. Der formelle dingliche Vertrag durch die Thatsache des Besitzwechsels hat keine Analogien im römischen Rechte . . . . .	163
§. 16. Die s. g. brevi manu traditio und das tradere als Form des Uebereignungsaktes . . . . .	164
§. 17. Die s. g. symbolische Tradition und die materielle Besitzübertragung als „Form“ des Uebereignungsaktes . . . . .	165
§. 18. Kohlers „Einheit“ des materiellen Traditionsaktes . . . . .	167
§. 19. Die materielle Tradition als Form des Uebereignungsaktes gewährt nicht jene Vortheile, welche mit den echt formellen Willensäusserungen normalerweise verbunden sind . . . . .	172

**V I E R T E S   K A P I T E L.****Das Veräusserungsgeschäft durch Tradition im Stadium seines Werdeprocesses.**

§. 20. Einwilligung in die Besitzapprehension zwecks Uebereignung als Anfang der Veräusserungsbewegung . . . . .	176
§. 21. Besitzerwerb des Destinatärs als Vollendungsakt der Veräusserung durch Tradition . . . . .	189



# VERZEICHNISS

## der Quellenstellen von tradere und traditio <sup>1)</sup>.

---

<p style="text-align: center;"><i>1. tradere.</i></p> <p>I. 3 (27), 4 (24), 7 (30, 31),        8 (4), 9 (9), 10 (20), 26 (17), 28        (12), 37 (32, 33), 51 (21), 60 (23),        61 (19, 20, 20), 71 (2, 3, 4),        114 (22), 115 (5, 9), 116 (25),        118 (34), 120 (36, 37), 123 (2, 8),        124 (9), 131 (4), 157 (26), 189</p>	<p>(21), 198 (21, 22), 203 (27), 204        (15), 208 (3, 4, 5, 26), 209 (1,        31, 34, 35), 211 (15, 16, 38), 212        (15, 24, 25), 213 (13, 23, 25, 27,        29, 31, 34, 35, 40, 41), 214 (23,        38), 215 (1, 7), 222 (21), 225        (12), 228 (7), 232 (16, 18), 233        (1), 234 (32) 241 (20), 248 (36,</p>
--	---

---

<sup>1)</sup> Das Verzeichniss beruht auf dem in der Berliner königlichen Bibliothek im Manuskript befindlichen Index aller in den Digesten Justinians, den Institutionen des Gaius, den Regeln des Ulpianus, Sentenzen des Paulus und den vatikanischen Fragmenten vorkommenden Wörter. Diesem Index sind zu Grunde gelegt: für die Digesten, die grosse Mommsensche Ausgabe mit dem kritischen Apparat (2 Bände, Berlin 1870), für die Institutionen des Gaius die Ausgabe von Krüger und Studemund, Berlin 1884, für die Regeln des Ulpianus und Sentenzen des Paulus die Ausgabe von Krüger, Berlin 1878, für die vatikanischen Fragmente die Ausgabe von Mommsen. Berlin 1861. Wo sich ein Excerpt aus Ulpian oder Paulus in der Collatio legum Mosaicarum et Romanarum oder in der Consulatio veteris iuris consulti befindet, ist dies durch den der betreffenden Stelle vorangesetzten Zusatz coll. bzw. cons. angedeutet. Im obigen Verzeichniss bezeichnet die röm. Ziffer I. bzw. II. den ersten bzw. zweiten Band der Digesten, die daran sich anschliessenden arabischen Zahlen bezeichnen die Seite, die eingeklammerten folgenden Zahlen die Zeile auf der betreffenden Seite. Die Institutionen des Gaius sind durch ein G., die Regeln des Ulpianus durch ein U., die Sentenzen des Paulus durch ein P., die Fragmenta Vaticana durch ein V. bezeichnet. Die darauf folgenden arabischen Zahlen weisen dann wieder auf die Seiten der entsprechenden Schriften hin, die in Klammern befindlichen Zahlen auf die Zeilen der betreffenden Seite. Wo das Wort in einer Zeile einige Male vorkommt, wird die Zahl der Zeile ebensovielfach angegeben.

## VIII

37), 249 (31, 32, 32), 251 (11),  
 257 (1, 5, 30), 262 (40), 263 (3,  
 3), 264 (29, 29, 30, 32, 32, 34,  
 36, 39, 41), 265 (4, 7, 14, 20,  
 25, 27), 272 (29), 277 (4), 282  
 (5), 299 (26), 300 (9), 302 (39),  
 303 (31), 310 (15, 16, 29, 29),  
 314 (24, 28), 317 (11), 321 (17),  
 324 (9), 325 (25), 327 (20), 329  
 (5), 337 (32), 344 (32), 345 (10),  
 347 (28), 351 (20, 21), 355 (8),  
 362 (12), 367 (25), 375 (16, 17),  
 376 (20), 377 (18, 29), 380 (22),  
 381 (21), 382 (32), 384 (24), 385  
 (36), 386 (4, 8), 396 (1), 400 (1),  
 406 (9, 34), 407 (1), 410 (23, 25),  
 411 (41), 413 (8), 414 (2, 4), 423  
 (7), 438 (37, 37), 443 (8), 445  
 (10), 450 (42), 451 (2), 466 (29,  
 30, 33), 472 (5, 9), 473 (27) 478  
 (11), 482 (29), 484 (12), 487 (15,  
 16, 17), 488 (29), 494 (10), 495  
 (17), 505 (1, 33), 516 (9, 11, 21),  
 520 (4), 523 (35, 36), 524 (28,  
 29, 29), 525 (11, 13), 534 (13),  
 535 (8, 9, 19), 536 (35), 538 (15,  
 16, 25), 540 (4, 15, 30, 31,  
 35, 36, 37), 541 (8), 542 (7,  
 8), 544 (4, 18, 23, 24, 26, 30,  
 34, 35, 36, 37), 545 (19, 35), 546  
 (1, 2, 4, 22, 33, 40, 40), 547 (7,  
 8), 549 (4, 23, 26, 31), 550 (1),  
 552 (3, 6, 32, 41), 553 (7, 19,  
 22, 39, 41, 43), 554 (14, 15,  
 24), 555 (6, 15), 557 (13, 13, 14,  
 15), 567 (29, 35), 568 (2, 12, 18,  
 19), 574 (19, 26, 26, 30, 30), 575  
 (8), 576 (19), 583 (33), 587 (26),  
 590 (35, 35), 593 (32), 597 (9,  
 32), 599 (33), 600 (30), 606 (8),  
 612 (9), 614 (28), 617 (5), 624  
 (15), 625 (12, 21, 27, 28, 29),  
 626 (10, 21, 27), 627 (27, 33),  
 628 (35), 629 (4, 5, 7, 25, 29, 31,  
 33, 34, 40), 630 (1, 2, 38, 40,  
 43), 631 (9, 11, 21), 632 (24, 28,  
 30, 33, 38), 633 (4, 6, 9, 10, 14,  
 14, 15), 635 (15, 19, 21, 22), 637  
 (18), 638 (16), 641 (30), 655 (7),  
 662 (12), 670 (29), 671 (12, 13),  
 672 (32), 677 (27), 678 (5, 27,  
 28), 681 (11), 682 (19, 21), 683  
 (22), 687 (23), 695 (5, 6, 23), 698  
 (2, 2, 7, 7, 10), 701 (38), 702  
 (4, 6, 10, 15, 17, 19, 22, 22),  
 704 (21, 30, 32), 711 (15, 22),  
 714 (25), 715 (28), 717 (28,  
 30, 32, 34), 727 (8), 729 (32),  
 774 (18), 798 (22), 808 (34), 813  
 (9, 27, 27, 28), 814 (14), 834  
 (24), 841 (35), 864 (35), 905  
 (19, 43).

II. 3 (24, 24), 5 (29), 9 (24,  
 24, 27, 28, 30, 32), 17 (11), 19  
 (2, 9), 23 (31), 24 (1), 31 (18),  
 43 (7), 60 (12, 30), 77 (43), 78  
 (19), 79 (19), 80 (37, 38), 81 (17),  
 86 (34), 87 (17, 22, 24, 27), 94  
 (18, 39), 112 (13), 113 (22), 118  
 (28), 131 (13), 134 (33), 138 (35),  
 157 (4), 174 (31), 190 (12),  
 224 (21, 21, 25, 26), 230 (39),  
 251 (40, 42), 262 (12), 272 (30),  
 298 (9), 344 (18), 388 (1), 392  
 (20, 23), 407 (1, 9), 410 (25, 28),  
 411 (12, 13, 16) 413 (16, 17, 18),  
 418 (27), 423 (27, 38), 424 (20,  
 23), 433 (10), 435 (30), 436 (7),  
 439 (36), 440 (14, 26), 445 (1,  
 18), 449 (2), 454 (6, 7), 455 (9,  
 23, 28, 33), 456 (35), 457 (1),  
 459 (9), 460 (17, 34) 461 (19),  
 466 (5), 472 (37, 37), 481 (1),  
 482 (31), 490 (29, 32, 34, 36), 492  
 (30), 493 (8, 9, 11, 12, 15, 19),  
 496 (6, 9, 11, 12, 36, 37), 497  
 (29), 498 (25), 500 (22, 41), 501  
 (25), 503 (25, 26, 27, 27, 30, 31,  
 32), 505 (7), 506 (23, 24), 509  
 (19, 26, 32), 510 (12, 12, 17),  
 511 (20, 20, 21), 512 (33), 513  
 (7, 18, 23, 29, 30, 31, 31), 514  
 (1, 18), 516 (14, 30, 33, 34), 518  
 (13), 519 (38), 520 (18, 19, 31),  
 522 (6, 8), 523 (10), 524 (1, 3,  
 12, 41), 525 (16, 25, 34), 526

(18, 20, 36, 36, 38), 527 (9, 10, 18), 529 (1, 2, 13), 530 (16, 42), 531 (21), 532 (31, 35), 533 (9, 19, 32, 41), 534 (2, 15), 551 (22), 564 (1, 16), 572 (23), 587 (2, 30, 33), 588 (15), 591 (22), 593 (24), 596 (40), 597 (14), 607 (8, 11), 622 (22), 624 (26, 28), 627 (36), 629 (11), 630 (39), 632 (35), 634 (29), 635 (14, 16, 39, 39, 40), 638 (8), 639 (34), 643 (11), 644 (16), 646 (34, 35), 651 (39), 653 (25), 658 (4), 660 (32), 661 (36), 664 (16), 672 (6, 8), 673 (14, 19), 674 (39), 675 (30), 681 (8), 705 (42, 44), 706 (34), 714 (14, 24), 715 (9), 741 (13), 747 (25), 750 (19), 752 (30, 33), 754 (36), 756 (9, 9), 757 (7), 786 (10), 800 (11), 802 (42), 803 (4), 807 (3, 6), 814 (41), 818 (30), 820 (26), 821 (8, 9), 833 (5), 841 (37, 38), 842 (6), 849 (3), 860 (3), 862 (22), 863 (26), 898 (39, 44), 899 (12), 926 (22), 927 (25), 941 (10), 955 (10), 957 (1).

G. 5 (9), 49 (5, 17), 52 (27), 53 (4, 16), 54 (3, 4), 57 (9), 83 (14), 87 (8, 9, 10), 88 (24, 30), 109 (27), 135 (9), 165 (1, 6), 177 (11), 188 (16, 18, 20), 189 (22, 22, 27).

U. 6 (8), 7 (4), 20 (32), 21 (33), 31 (17).

P. 52 (21), 56 (3, 4), 59 (13, 18), 67 (23), 68 (11, 26), 79 (10, 10), 119 (18, 19, 19, 24).

V. 1 (15, 16), 3 (1), 18 (23), 26 (24), 41 (2), 44 (11), 83 (18), 86 (4, 9, 26), 87 (10, 11, 14), 88 (20), 91 (3, 12), 97 (19), 102

(17), 104 (10, 22), 106 (14), 108 (13, 19), 111 (14, 17), 113 (8).  
Coll. 174 (12).

## 2. *traditio*.

I. 72 (5, 29), 204 (26), 212 (17, 22), 213 (14, 15, 17, 26, 42, 43), 218 (33), 219 (25), 223 (7), 224 (14), 245 (31, 33), 247 (2), 252 (14, 15), 254 (35), 257 (32), 258 (25), 264 (28, 41), 265 (1, 5, 12, 26, 28), 358 (25), 406 (34), 487 (12, 14), 498 (15), 542 (8), 544 (29), 546 (3), 549 (32, 34, 37), 550 (5), 552 (42), 574 (29), 602 (13), 610 (13), 635 (18), 672 (29), 677 (23), 697 (14), 702, (1, 2, 2, 15, 16, 22, 24), 711 (18), 712 (10), 714 (25), 775 (24, 45), 813 (7), 814 (16), 841 (27), 882 (7).

II. 22 (33), 25 (13), 174 (32), 208 (11), 237 (42, 44), 387 (41, 42), 388 (5, 8), 401 (29), 409 (15, 18), 414 (20), 420 (17), 462 (21), 490 (27, 32), 491 (11), 493 (7), 495 (27, 29, 44), 496 (10, 15, 31, 32, 34), 497 (9, 27), 501 (3), 516 (32), 519 (24, 24), 525 (26, 28), 526 (37), 529 (29), 534 (1), 606 (39), 607 (12, 15), 627 (33, 34), 630 (38), 643 (12), 673 (16), 681 (12), 739 (6, 6), 887 (29), 898 (42), 899 (7), 948 (6).

G. 49 (2, 4), 50 (26), 56 (12, 15), 61 (22).

U. 20 (20, 30, 31).

P. 67 (25), 79 (8).

V. 18 (22, 25), 83 (10, 14), 92 (8, 24), 106 (3, 6), 112 (6, 7).



# EINLEITUNG.

---

Obgleich eine der wichtigsten Uebereignungsarten, wird die Tradition in den justinianischen Rechtsquellen nirgends ex professo behandelt. Zwar wird zur Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung durch Tradition der Wille der Partheien, die causa und die Besitzübertragung gefordert, aber man findet in den Quellen keine genaue Auskunft über die Wechselbeziehungen zwischen dem Uebereignungswillen und der s. g. iusta causa traditionis und was die juristische Konstruktion des Traditionsaktes anbelangt, gewinnt man beinahe den Eindruck, als ob die klassischen römischen Juristen, vielleicht mit Ausnahme von Julian, dieser Frage überhaupt nicht näher getreten seien. Nur vereinzelt findet sich hie und da die Erwähnung der Tradition im Bezug auf ihre bei den res nec mancipii das quiritarische Eigenthum erzeugende Wirkung, oder hie und da eine Bemerkung rechtsvergleichenden Inhalts in Bezug auf die Provenienz der Tradition <sup>1)</sup>. Die Art und Weise, wie sich die römischen Juristen über das in Rede stehende Rechtsinstitut äussern, erweckt vielmehr den Anschein, als erschiene ihnen die Tradition als eine in ihrer Struktur so einfache, ihrer Wirkung nach so allgemein anerkannte Uebereignungsart, dass sie nicht das Bedürfniss gefühlt hatten, dieselbe zu erklären und theoretisch zu erfassen. Deshalb darf es nicht Wunder nehmen, dass in den späteren Perioden der Bearbeitung des römischen Rechts bis auf die neueste Zeit auf dem Gebiete der Traditionslehre mehrere Streitfragen ent-

---

<sup>1)</sup> Vgl. Czychlarz die Eigenthumserwerbsarten des Pandektentitels de adquirendo rerum dominio (Fortsetzung des Glück'schen Commentars Buch 41. Bd. 1. S. 6. fg., dort auch die Quellencitate und Litteraturangaben.

standen sind und dass die Ansichten über den rechtlichen Charakter des Traditionsaktes als Eigenthumserwerbart im Laufe der Zeit sich mehrmals geändert haben.

Im Nachstehenden wird versucht einen möglichst kurzen<sup>1)</sup> Abriss zu geben der seit Jahrhunderten hin und herschwankenden Lehrmeinungen: *a)* über die Funktion des Willens beim Traditionsakte, *b)* über den rechtlichen Charakter der *causa traditionis* und ihr Verhältniss zu dem Uebereignungs- bzw. Empfangswillen, *c)* über die Nothwendigkeit der Besitzübertragung und ihre rechtliche Qualifikation dem Willen der Partheien gegenüber. Die Epoche der Glossatoren wird dieser kurzen Skizze als Ausgangspunkt dienen<sup>2)</sup> *a)* Charakteristisch für die Theorie der Glossatoren ist die scharfe Differenzirung zwischen *causa remota* und *causa proxima*: *Gl. ad leg. 3. §. 4. D. de a. v. a. p. 41. 2. responde proximam causam inspicere i. e. traditionem sive acquisitionem possessionis; non remotam sc. ex qua fit traditio*. Nach der Meinung der Glossatoren ist die *causa remota* ein wenigstens subjektiv existirender Verpflichtungsgrund<sup>3)</sup> der Eigenthumsübertragung, *causa proxima* der Uebereignung ist die Besitzübertragung<sup>4)</sup>. Der Gefahr, mit den Konditionen in Widerspruch zu gerathen, wurde durch den Zusatz (*Gl. Justa causa ad leg. 31. pr. D. de a. r. d. 41. 1.*) „*vera vel putativa*“ vorgebeugt, da sonst „*totus titulus de conditione indebiti repugnet, qui titulus habet locum, quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa*“. Aus der Nebeneinanderstellung der Redewendungen *causa remota* und *causa proxima* erhellt, dass die Glossatoren das „Warum“ des Eigenthumserwerbs und das „Wie“ durch denselben Ausdruck bezeichneten, aber sie haben

<sup>1)</sup> Eine Dogmengeschichte der Traditionslehre liegt nicht im Plane dieser Untersuchung.

<sup>2)</sup> Zum folgenden vgl. Landsberg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthumsrecht S. 102. fg. und Perozzi della tradizione. S. V. fg.

<sup>3)</sup> Anders, aber ohne genügenden Anhalt Landsberg a. a. O., welcher die *causa remota* der Glossatoren in den *animus transferendi et accipiendi dominii* aufgelöst wissen will, und dadurch die Entstehung des Uebereignungs-Vertrags bereits in die Epoche der Glossatoren verlegt, dagegen auch Perozzi a. a. O. vgl. vor allem *Gl. Non fieri ad leg. 18. D. de r. cr. 12. 1.* und *Gl. Dissentiamus ad leg. 36 D. de a. r. d. 41. 1.*

<sup>4)</sup> Im folgenden wird die den Besitzübergang begründende Tradition „materielle Tradition“ genannt, während durch das Wort „Tradition“ die Tradition als Uebereignungsart bezeichnet wird.

wahrscheinlich nur der *causa proxima* grössere Aufmerksamkeit zugewendet, da die *causa remota* durch die beispielsweise angeführten Verpflichtungsgründe der Uebereignung ihnen als ausreichend charakterisirt erscheinen mochte.

Die Postglossatoren haben die Frage nach dem Uebereignungswillen und seinem Verhältniss zur *causa traditionis* wohl berührt, aber aus den diesbezüglichen Aeusserungen ist schwer zu entnehmen, welche Grundauffassung des Traditionsaktes bei ihnen vorherrschend war. Bartolus <sup>1)</sup> meint: *In dubio praesumitur tradi causa transferendi dominium, si praecedat contractus habilis ad transferendum dominium; secus si aliqua causa inhabilis ad transferendum dominium praecedat*. Diese Aeusserung erinnert an die erst in unserem Jahrhundert überwundene Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* <sup>2)</sup>. An einer anderen Stelle seines Commentars <sup>3)</sup> wird *contractus habilis ad transferendum dominium* ganz allgemein *causa vel titulus* genannt, und das Wort *causa* wird durch den Zusatz „*legitima re vel spe ad transferendum dominium*“ erläutert. Dieselbe Identificirung der *causa* mit dem *titulus* findet sich bei Jaso: *traditio realis facta cum titulo transfert dominium* <sup>4)</sup>, wobei der Putativtitel für die Wirksamkeit der Tradition als ausreichend anerkannt wird: *confirmo, quod in traditione requiritur causa vera vel putativa* <sup>5)</sup>.

Die Selbstständigkeit und die Eigenthum schaffende Kraft des Uebereignungswillens werden sehr scharf betont von Baldus: „*Et nota quod glossa vult hic, quod ubi dominium transfertur immediate a domino traditio sit immediata causa transferendi dominium. Tu dic quod est voluntas domini traditione subnisca — ad quod (sc dominium) transferendum sufficit causa intrinseca, id est consensus tradentis*“ — *Nota, patientiam haberi pro consensu et consensum haberi pro conditione . . . . Nota, per illam patientiam*

<sup>1)</sup> Comm. Augustae Taurinorum 1573 ad lib. 41. Dig. pro dote titulus n. 4. fol. 112. [nach dem Citat bei Perozzi a. a. O. S. X.].

<sup>2)</sup> Vgl. darüber Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition Beilage I. S. 318. fg. und Franz Hofmann die Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* und von der *iusta causa traditionis* S. 65. fg.

<sup>3)</sup> In l. sub condicionem D. de solut. n. 9. fol. 91.

<sup>4)</sup> Comm. Augustae Taurinorum 1573 in l. si ita quis D. de Verb. obl. n. 1. fol. 193. [nach dem Citat bei Perozzi a. a. O. S. XI.].

<sup>5)</sup> In l. quominus D. de flum. n. 167—169. fol. 169.

*dominium transferri* <sup>1)</sup>). An einer anderen Stelle <sup>2)</sup> seines Commentars bemerkt Baldus: „*aut in errando uterque consentit in eodem errore concurrente et tunc transferri dominium communi consensu, quia consensus est causa immediata domini transferendi*“<sup>3)</sup>. Die causa traditionis wird von Baldus als Motiv des Uebereignungswillens bezeichnet: „*hic praecedat causa, per quam cogitur ad volendum*“ <sup>3)</sup> zugleich aber als Rechtfertigungsgrund des in concreto gefassten Uebereignungsentschlusses aufgefasst: „*sed quare requiritur probatio tituli. Respondes, quia per titulum iustificatur intentio*“ <sup>4)</sup>).

Auf einen ganz anderen Standpunkt stellt sich Cuiacius. Die Tradition ist nach ihm nur ein Anhängsel eines juristisch selbstständigen Veräußerungsaktes — sie ist nichts mehr als das, was ihr Name bezeichnet: die Uebergabe der Sache, sie ist nur eine faktische Ausführung des Veräußerungsgeschäftes und schöpft ihre Eigenthum begründende Kraft aus dem Kausalgeschäfte, in welchem die beiderseitige Willensübereinstimmung in Bezug auf den Eigenthumsübergang zum Ausdruck gebracht wird. Dieser bereits in der Causalgeschäftserklärung mitenthaltene Uebereignungsconsens ist der einzige Grund des Eigenthumsübergangs durch Sachübergabe. Cuiacius sagt nämlich <sup>5)</sup>): *Et rectissime Theophilus noster in §. seq. Inst. de interd. ait: Τίτλον εἶναι τὴν τῆς διακατοχῆς αἰτίαν. Titulum esse causam possessionis: veluti emptionem; donationem, legatum, dotem, hereditatem, quam glossa hic vocat causam remotam, causam scilicet possessionis, causam traditionis, quod idem est. Traditionem vero ipsam causam esse proximam et de utraque causa verbose conscribit quae neque sunt in iure neque ex iure*“ und an einer anderen Stelle <sup>6)</sup>): „*Falsum est enim quod tentat Accursius ex inutili contractu dominium acquiri per traditionem; nam si inutilis est contractus ergo et nuda traditio*“<sup>6)</sup>. Den genauesten Aufschluss über die Grundanschauung von Cuiacius ertheilen folgende

---

<sup>1)</sup> Comm. Bd. VIII. p. 18–20. und Bd. VI. p. 11. [nach dem Citat bei Perozzi a. a. O. S. XI.].

<sup>2)</sup> Bd. II. p. 22.

<sup>3)</sup> Bd. VIII. p. 20.

<sup>4)</sup> Bd. VI. p. 39.

<sup>5)</sup> Op. Omn. Bd. V. p. 708. [ed. Neapoli 1722].

<sup>6)</sup> Bd. X. c. 1018.



Aussprüche von ihm <sup>1)</sup>: „*Et hoc loco proponitur, ita demum ex his causis dominium transfertur, si ex utraque parte concurrat affectus concurrat animus ex parte tradentis, transferendi, ex parte accipientis, accipiendi dominii, alioqui nulla rei, quae traditur alienatio fit. In his igitur negotiis contrahendis hi tantum possunt intervenire, qui intellegunt, quid agatur: non furiosi, non pupilli, qui ignorant omnia; non errantes in proprietate. At si ex utraque parte fuerit animus mutandi dominii, hoc satis est, ut consistat alienatio et ad effectum perducatur, etiamsi in causa traditionis dissentiant, modo in utraque causa sit iusta causa acquirendi dominii . . . . Nam etsi dissentiant in causa mutandi dominii, tamen in summa mutandi dominii non dissentiunt: mutare enim dominium voluit uterque et ab eo qui tradit transferri in accipientem.* Die verschiedenen obligatorischen Verträge, welche die Vermögensverschiebung von einer Person auf die andere bezwecken, erscheinen nur als Species des Gattungsbegriffes, als welcher nach Cuiacius der Veräußerungsvertrag auftritt, und in diesen Veräußerungsvertrag wird von Cuiacius das Schwergewicht des Uebereignungsaktes verlegt, während die materielle Tradition sich als faktischer Vollzug des Veräußerungsgeschäfts darstellt. „*Traditio autem exequitur obligationem, quia rei venditae dominium aut usucapionis occasionem praebet emptori: haec est suprema perfectio et contractus consummatio*“ <sup>2)</sup>). Durch die Vergleichung, welche Cuiacius zwischen der Realisirung des Kaufs und der Erfüllung der Ehe anstellt, wird die faktische, naturale Eigenschaft der Tradition drastisch gekennzeichnet: „*Perfici (sc. venditionem) puro consensu, impleri autem traditione et numeratione, ut nuptiae perfici nuda voluntate, implentur concubitu*“ <sup>3)</sup>).

Im Gegensatz zu Cuiacius verlegt Donellus das Schwergewicht des Uebereignungsaktes in den Moment der Besitzübergabe, sofern sie mit dem Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen, vollzogen wurde. Nach Donellus ist in der

<sup>1)</sup> Bd. VIII. c. 388—89. Vgl. noch V. 241. C. Et hodie ex constitutione Justiniani, quoquo modo fuerit relictum legatum, dominium rei legatae acquiritur ipso iure, sine facto, sine traditione, sine praestatione heredis a quo testator legatum reliquit vgl. V. 353. C. und IV. 1427. D.

<sup>2)</sup> Op. omn. Bd. V. p. 649. A.

<sup>3)</sup> Ibid. vgl. noch IV. 1272. D., wo auch der Unterschied zwischen „*perfici consensu*“ „*impleri traditione*“.

Causalgeschäftserklärung der beiderseitige Uebereignungskonsens nicht ohne weiters enthalten: „*domini voluntate uno modo per traditionem, cum dominus rem ita tradit, ut velit transferre: is cui traditur, sic accipit, ut velit dominium nancisci. Sunt enim haec in dante ad dominium traditione transferendum. In eo, cui traditur, duo concurrere oportet ad nanciscendum — primum ut consentiat in hoc ipsum, ut suum fiat, quod animo traditur; alterum ut traditum hoc animo accipiat, ut sint haec in accipiente duo summa ad translationem necessaria, consensum acquirentis et rei traditae acceptio*“<sup>1)</sup>. Die causa traditionis sei eine psychologische Voraussetzung des beiderseitigen Übereignungskonsenses: „*Sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas transferendi — requiritur solum, ut hinc declaretur voluntas transferentis*“<sup>2)</sup>. Weil nach der Verkehrsübung der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nur in Verbindung mit einem Zweckgeschäfte erklärt wird, so wird nach Donellus die Existenz des Zweckgeschäfts in jedem konkreten Falle gefordert werden müssen, weil nur aus dem Vorhandensein des materiellen Zweckes der animus transferendi et accipiendi domini gefolgert werden könne, vorausgesetzt, dass dieser Zweck auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet ist (*iusta causa*). „*ut enim intelligitur velle transferre, qui iustam causam habet cur velit, id est eam, ex qua dominium solet transferri: sic dominus fieri is, qui iustam causam habet, ex qua haec domini traditio sequatur. Et sane quod dicitur nunquam nudam traditionem transferre dominium sed cum iusta aliqua causa praecedat ex qua traditio sequatur . . . . ad utrumque pertinet, tam accipientem quam dantem; quoniam traditio utriusque factum continet*“<sup>3)</sup>.

Es braucht kaum hinzugefügt zu werden, dass bei der praktischen Durchführung der Theorie von Cuiacius und der des Donellus erhebliche Differenzen sich ergeben. Dem ersten ist die Tradition nichts mehr als ein Faktum, dem Donellus ein Uebereignungsvertrag. Man denke z. B. an den Fall, dass der Abschluss des Kausalgeschäfts und die materielle Tradition zeitlich auseinanderfallen und eine der Partheien oder beide vor der Vornahme der materiellen Tradition handlungsunfähig geworden sind.

<sup>1)</sup> Comm de iur. civ. lib. IV. cap. XV., eod. cap. 12.

<sup>2)</sup> Ibid. cap. XVI.

<sup>3)</sup> Ibid. cap. XVIII.

Die Mehrzahl der späteren Juristen hat sich allem Anschein nach der Theorie des Donellus angeschlossen. So wurde sie z. B. akzeptirt von Vinnius: *Ceterum ut quis velle rem suam transferre intelligatur duo haec concurrere debent, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut iustam causam habeat, cur velit* <sup>1)</sup>. *Et sic regulariter in translatione dominii non minus persona accipientis quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, l. in omnibus 55. D. de obl. et act.* <sup>2)</sup>. Auch die Aeusserung von Heineccius ist im Grunde genommen eine knappe Zusammenfassung der Donell'schen Grundidee, nur wird hier mit besonderer Schärfe die Sachübergabe zu Eigenthum als ein Rechtsakt charakterisirt: „*Traditio est modus acquirendi derivativus, quo dominus, qui ius et animum alienandi habet, rem corporalem ex iusta causa in accipientem transfert*“ <sup>3)</sup>. Auf den ersten Blick erscheint auffallend die Betonung des einseitigen Uebereignungswillens des Tradenten, wodurch mit einem Mal die Vertragsnatur des Traditionsaktes geläugnet wäre. Dasselbe könnte auch von der Aeusserung des Huberus gesagt werden: „*Translatio rei corporalis facta idoneo titulo per eum qui ius et animum alienandi habet*“ <sup>4)</sup>. Bedenkt man aber, dass die Donell'sche Vertragstheorie auch von den Praktikern <sup>5)</sup> des 17. und 18. Jhr. beinahe wörtlich angenommen wurde, so muss man die vorher citirten Aeusserungen von Heineccius-Huberus eher für eine ungenaue Ausdrucksweise, denn für eine prinzipiell gegensätzliche Konstruktion des Traditionsaktes ansehen.

Wie sonst, so auch für die Belebung und tiefere Erfassung der Traditionslehre war die Wirksamkeit der historischen Schule von entscheidender Bedeutung. Zu einer Einigung der Meinungsverschiedenheiten, welche nicht selten bis auf die Schriften der klassischen römischen Juristen hinaufreichen, ist man zwar nicht gelangt, doch in einigen, nicht unbedeutenden Materien der Traditionslehre herrscht beinahe ein einhelliges Einverständniss:

---

<sup>1)</sup> In quatuor lib. Jnst. comm. p. 101. lib. II. tit. 2. §. 40.

<sup>2)</sup> Ibid. §. 45.

<sup>3)</sup> Elementa iur. civ. cap. 380.

<sup>4)</sup> Praelect. I. p. 138.

<sup>5)</sup> Vgl. z. B. Voet. comm. 41. 1. 35. u. 39. 5. 571.

Mit Ausnahme nur einiger Schriftsteller wird heutzutage der Uebereignungsakt durch materielle Tradition als ein „dinglicher Vertrag“ aufgefasst. Die namhaftesten Vertreter der Vertragstheorie sind: Savigny <sup>1)</sup>, Keller <sup>2)</sup>, Puchta <sup>3)</sup>, Mackeldey <sup>4)</sup>, Kuntze <sup>5)</sup>, Wächter <sup>6)</sup>, Arndts <sup>7)</sup>, Baron <sup>8)</sup>, Windscheid <sup>9)</sup>, Dernburg <sup>10)</sup>, Brinz <sup>11)</sup>, Exner <sup>12)</sup>, Hofmann <sup>13)</sup>, Leist <sup>14)</sup>, Sohm <sup>15)</sup>, Eisele <sup>16)</sup>, Kohler <sup>17)</sup>, Unger <sup>18)</sup>, Randa <sup>19)</sup>, Till <sup>20)</sup>, Stempel <sup>21)</sup>, Vangerow <sup>22)</sup>, Wendt <sup>23)</sup>. Der Vertragscharakter des Traditionsaktes wird im allgemeinen geläugnet von Gesterding <sup>24)</sup>, Förster Eccius <sup>25)</sup>, Gruchot <sup>26)</sup> und Bremer <sup>27)</sup>. Die zuletzt genannten

---

<sup>1)</sup> System des heut. röm. Rechts III. S. 312. und Obligationenrecht II. S. 254. fg.

<sup>2)</sup> Pandekten §§. 126—7.

<sup>3)</sup> Vorlesungen §. 148., Pandekten §. 148., Institutionen II. §. 241. d.

<sup>4)</sup> Lehrbuch des heutigen röm. Rechts II. §. 255. (S. 36.).

<sup>5)</sup> Kursus §. 506. S. 391.

<sup>6)</sup> Pandekten II. §. 131.

<sup>7)</sup> Pandekten §. 145. S. 264.

<sup>8)</sup> Pandekten §. 131.

<sup>9)</sup> Pandekten §§. 171., 172.

<sup>10)</sup> Pandekten §. 213.

<sup>11)</sup> Pandekten I. §. 137. Anm. 9—12. §. 138. Anm. 26. fg. 57. §. 141. Anm. 4—8. §. 150. nach Anm. 4., III. §. 482. Anm. 3. IV. §. 561. Anm. 32. 33., §. 570. III. und Anm. 25.

<sup>12)</sup> l. c. S. 8. fg.

<sup>13)</sup> l. c. S. 65. und 138.

<sup>14)</sup> Mancipation und Eigenthumstradition S. 206., 227., 256., 277.

<sup>15)</sup> Über Vertragsschluss unter Abwesenden Z. f. Handelsrecht Bd. XVII. S. 17. fg.

<sup>16)</sup> Jahrbücher f. Dogmatik Bd. 23. S. 1. fg.

<sup>17)</sup> Gesammelte Abhandlungen I. S. 1. fg.

<sup>18)</sup> System des österr. R. II. 171.

<sup>19)</sup> Eigenthum S. 269. fg.

<sup>20)</sup> Prawo pryw. austr. t. II. str. 207. i nast.

<sup>21)</sup> Die iusta causa bei der Tradition S. 22. fg. 138. fg.

<sup>22)</sup> Pandekten I. §. 311. n. 4., §. 350. n. 1. obgleich er die Ausdehnung des Begriffs des Vertrags über das Gebiet der obligatorischen Verträge hinaus als unzulässig erachtet.

<sup>23)</sup> Pandekten §. 119. vgl. 39.

<sup>24)</sup> Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 125.

<sup>25)</sup> Preuss. Privatrecht I. S. 151. fg. III. S. 259. Anm. 33. S. 252. Anm. 4.

<sup>26)</sup> Beiträge VII. S. 410.

<sup>27)</sup> Zeitschrift für Civ. und Proz. N. F. Bd. 20. S. 57. fg. 67. Anm. 24.

Autoren erblicken in der Empfangnahme der Sache einen bloss einseitigen Willensakt des Apprehendenten der Sache gegenüber.

Die Vertragsnatur des Traditionsaktes überhaupt hat Schlossmann<sup>1)</sup> in Abrede gestellt—später aber seine diesbezügliche Meinung insofern modificirt, als nach ihm<sup>2)</sup> bei der Tradition die beiderseitigen Handlungen der Partheien nur „in einer gewissen Harmonie stehen“. Für die Zeit der klassischen römischen Juristen läugnet die Vertragsnatur der Tradition Pernice<sup>3)</sup>. Nach ihm haben die römischen Juristen die Tradition als einen „naturalen Akt“ aufgefasst<sup>4)</sup>. Auch Scheuerl<sup>5)</sup> schreibt dem Uebereignungswillen des Tradenten die überwiegende Bedeutung für die Eigenthum übertragende Kraft der materiellen Tradition zu. Grundsätzlich dieselbe Anschauung vertritt auch Perozzi<sup>6)</sup>. Nach ihm beruht der Uebereignungsakt durch Tradition ausschliesslich auf dem Willen des Tradenten, — in der Thatsache des Besitzererwerbs des Empfängers vollzieht sich nach ihm nicht der zweite Theil des Uebereignungsvertrags, die Besitzerwerbshandlung des Empfängers ist nach der Ansicht Perozzi's nicht die Annahme der Uebereignungserklärung, sondern nur eine selbstständige Voraussetzung des Eigenthumserwerbs. Die normalerweise stattfindende Besitzübergabe, nach welcher die in Rede stehende Uebereignungsart auch den Namen erhalten hat, ist nach Perozzi für die Wirkung der Eigenthumsübertragung nicht wesentlich — einzig und allein kommt es nur darauf an, dass der Empfänger im Momente der Uebereignungserklärung im Besitze der Sache gewesen sei.

Für das ältere römische Recht wird die abstrakt-formelle Natur des Traditionsaktes schlechweg geläugnet von Bech-

---

<sup>1)</sup> Vertrag S. 94. fg.

<sup>2)</sup> Besitzerwerb d. Stellvertreter S. 32.

<sup>3)</sup> Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 25. S. 109. fg. Parerga II. S. 200. fg. (Zeitschrift der Sav.-Stift. N. F. Bd. IX. rom. Abth.) vgl. auch Labeo III. I. Th. S. 244. und 96.

<sup>4)</sup> Die „Hinneigung“ der klassischen Juristen zur Ausgestaltung der Tradition als eines Vertrags wird auch von Pernice angenommen (vgl. Labeo II. S. 181. fg. und den Aufsatz in der Zschr. für Handelsrecht a. a. O.).

<sup>5)</sup> Beiträge I. 205—215.

<sup>6)</sup> A. a. O. S. 18. fg., 183. fg.

mann<sup>1)</sup>, nach welchem die Tradition nur als ein faktisches Moment erscheint, das das Zustandekommen eines konkreten Geschäfts bedingt. Diese Auffassung wird von Bechmann an der Verkaufstradition des näheren beleuchtet indem er zugleich nachzuweisen versucht, dass die Tradition in ihrer normalen Wirkung durch ihre Abhängigkeit von der Kaufcausa gehemmt wird. Für die ältere Periode der Entwicklung des römischen Rechts wird die Tradition als eine selbstständige, typische, mit bestimmten rechtlichen Folgen ausgestaltete Uebereignungsart von Bechmann nicht anerkannt.

Obgleich vom dogmatisch-praktischen Standpunkt aus betrachtet, so doch im Endresultate der oben angegebenen Ansicht von Bechmann ähnlich, sind die Aufstellungen von Bernhöft<sup>2)</sup> und Wendt<sup>3)</sup>. Bernhöft nämlich konstruiert sämtliche Zweckgeschäfte, welche auf die Eigenthumsübertragung abzielen, als Realverträge mit dem präsenten animus transferendi et accipiendi dominii, welche durch die faktische, materielle Tradition vollendet werden<sup>4)</sup>. Auch Wendt betont nachdrücklichst, dass die auf Uebereignung abzielenden obligatorischen Verträge „wahre Veräußerungsgeschäfte“ sind und den beiderseitigen Uebereignungskonsens als einen „präsenten“ enthalten, dass der Lebenssitte die Anschauung ganz fremd sei, als ob bei der nachfolgenden Uebergabe der Sache wiederum ein Vertrag geschlossen werde<sup>5)</sup>. Das gemeinsame der

<sup>1)</sup> Kauf. I. 293. fg., 314. fg., 547. fg., 558. fg., 582. fg. 614. fg.

<sup>2)</sup> Beitrag zur Lehre vom Kauf (Jahrbücher für Dogm. Bd. XIV. S. 24. 65. 88. vgl. auch desselben Verfassers Besitztitel im röm. Recht S. 66. fg. 97. fg.

<sup>3)</sup> Rechtssatz und Dogma (Jahrb. f. Dogm. Bd. XXIX. 46. fg.

<sup>4)</sup> „In der Erklärung zu verkaufen wird auch der Wille zu übertragen ausgesprochen“. Diese Ansicht erinnert an den bereits oben gekennzeichneten Standpunkt von Cuiacius. — Vgl. darüber die Gegenbemerkungen von Karlowa Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 217 fg., Bechmann a. a. O. S. 614., Randa a. a. O. S. 287. Anm. 7. und Windscheid II. §. 418. Anm. 3.

<sup>5)</sup> Vgl. desselben Verfassers: „das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung (Jahrbücher f. Dogm. Bd. XXI. S. 282. bes. S. 292. — Freilich wird hier der Ton auf die Fortdauer des Uebereignungswillens im Momente der Besitzapprehension gelegt, Wendts Pandekten §. 119. „und was hier (vgl. §. 118.) in der Eigenthumslehre als der Uebertragungsvertrag bezeichnet ist, sehen wir konkret als Verkauf, Schenkung, Darlehen, Schuldzahlung, Dotalbestellung u. s. w. sich verwirklichen“.

Auffassungsweise von Bernhöft-Wendt dürfte darin gipfeln, dass der Uebereignungsvertrag bereits in der Causalgeschäftserklärung normalerweise seinen juristischen Ausdruck findet — dass demnach die nachfolgende materielle Tradition bzw. Besitzapprehension sich als faktischer Vollzug des bereits zustande gekommenen Uebereignungsgeschäftes darstellt.

b) Die Frage über die s. g. *iusta causa traditionis* weist in der neueren Zeit eine stattliche Litteratur auf<sup>1)</sup>. Die Meinungsdivergenzen zwischen den einzelnen Autoren sind aber auch noch heutzutage ziemlich stark und nicht selten von erheblichen praktischen Konsequenzen.

Nach der älteren, noch von Glück<sup>2)</sup> vorgetragenen Lehre erscheint die *causa traditionis* als ein vorausgehender, die Alienation bezweckender und als ein vollgültiges Rechtsgeschäft auftretender Verpflichtungsgrund. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung wurde zu Anfang unseres Jahrhunderts erkannt und man behauptete nunmehr, die *causa* in dem oben angegebenen Sinne sei nicht eine positive Voraussetzung der Uebereignung. Da aber die römischen Rechtsquellen in einer grossen Anzahl von Fragmenten die Wirkung der Uebereignung von dem Bestande einer *iusta causa traditionis* im allgemeinen abhängig machen, so entstand damit selbstverständlich die Nothwendigkeit, sich mit diesen Fragmenten abzufinden. Mit dem Bestreben, die *causa traditionis* los zu werden, wächst auch das Bedürfniss, den Uebereignungsvertrag in seiner Reinheit als Grundlage der Uebereignung immer schärfer zu betonen. Savigny<sup>3)</sup>, der Neubegründer der Donell'schen Lehre von der Vertragsnatur der Tradition, sieht in der *causa* im Grunde genommen nichts mehr als eine Thatsache, aus welcher, da im Verkehr nicht üblich ist den beiderseitigen *animus transferendi* und *accipiendi dominii* ausdrücklich zu erklären, der Uebereignungs- bzw. Empfangswille auf konkludente Art und Weise erkannt wird. Nach Exner<sup>4)</sup>, wesentlich auch nach Hofmann<sup>5)</sup> ist die *iusta causa traditionis* „die Summe aller objektiven

---

<sup>1)</sup> Siehe bei Windscheid I. §. 171. Anm. 5. vgl. noch Randa a. a. O. S. 289. Anm. 53.

<sup>2)</sup> Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. VIII. S. 83. und 118.

<sup>3)</sup> Obligationenrecht Bd. II. S. 258.

<sup>4)</sup> A. a. O. S. 318 fg.

<sup>5)</sup> A. a. O. S. 72. fg. 102. (etwas anders S. 103.).

und subjektiven Thatsachen, welche zusammenwirkend die Veranlassung eines konkreten Traditionsgeschäftes gewesen sind“. Mit einer gewissen Einschränkung wird die *causa* wiederum von anderen<sup>1)</sup> als jene einzelne Thatsache hingestellt, aus welcher der beiderseitige Uebereignungskonsens als aus einer einzigen konkludenten Thatsache entnommen werden darf; zugleich aber wird durch das Erforderniss der objektiven Gültigkeit des Zweckgeschäftes zur älteren Lehre von dem *titulus* und *modus adquirendi* zurückgekehrt.

Von der Mehrzahl der neueren Schriftsteller wird gegen die Theorie Savigny-Exner der Vorwurf erhoben, dass sie den einheitlichen Geschäftswillen der Partheien zerstückele und einen Theil dieses einheitlichen Partheiwillens Eigenthum begründend wirken lasse auch dann, wenn der übriggebliebene Theil jenes Willens für das gültige Zustandekommen des intendirten Zweckgeschäftes sich als unwirksam erwiesen hätte<sup>2)</sup>.

Nur einige Schriftsteller haben sich wiederum zu der Ansicht bekannt, das der *animus transferendi et accipiendi dominii*, der beiderseitige Uebereignungskonsens im Sinne der Quellen als *causa traditionis* bezeichnet werden müsse<sup>3)</sup>. Diese Identificirung der *causa traditionis* mit dem Uebereignungskonsens widerspricht, wie mit Recht hervorgehoben wurde, offenbar dem Sprachgebrauch der Quellen; vom rein logischen aber Standpunkt aus betrachtet, ist sie u. E. nur die Konsequenz der Idee von der abstrakt formellen Natur des Traditionsaktes. Wenn nämlich die s. g. *causa traditionis* nach der Theorie Savigny-Exner nichts mehr ist als „Erkenntnissmittel“ des Uebereignungswillens, so dürfte, vorausgesetzt, dass man das Wort *causa* im Sinne von Rechtsgrund, Rechtsursache (*ratio*) gebraucht, nicht jenes Erkenntnissmittel *causa traditionis* genannt werden, es dürfte den Namen *causa* eher jenes Moment bean-

<sup>1)</sup> Tibeaut, System §. 592. Gesterding a. a. O. S. 121. Voigt *Conditiones ob causam* §. 20. Rudorff *Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft* Bd. XIII. S. 189.

<sup>2)</sup> Siehe Karlowa a. a. O. S. 169. fg. Bernhöft a. a. O. S. 95. fg. Pfersche, *Bereicherungsklagen* S. 94. Strohal, *Rechtsübertragung und Kaufgeschäft* (Jahrb. f. Dogm. Bd. 27.)

<sup>3)</sup> Puchta *Pandekten* §. 148., Puchta *Institutionen* II. S. 216., Warnkönig *Institutionen* §. 341. Allem Anschein nach auch Gneist, *formelle Verträge* S. 123. „ebendeshalb wird auch der *animus transferendi dominii* abwechselnd mit *causa traditionis* gebraucht“.



sprechen, welches thatsächlich den juristischen Grund der Ueber-eignung bildet und als solcher Grund wird ja auch von Savigny-Exner der *animus transferendi et accipiendi dominii* anerkannt.

Gegen die im vorstehenden gekennzeichnete Herabsetzung des Kausalmomentes der Tradition wurde in der jüngsten Zeit ein, wie es scheint, erfolgreicher Angriff unternommen. Das, was nur als etwas Aeusserliches, als Veranlassung zur Vor-nahme des Uebereignungsaktes, als Erkenntnissmittel der Wil-lenserklärung hingestellt wurde, wird nunmehr als positive Voraussetzung des Uebereignungsaktes erfordert; wer nämlich den Erwerb des Eigenthums behauptet, muss die *causa*, den rechtlichen Bestimmungsgrund, nachweisen. Nur wird zugege-ben, dass das intendirte Kausalgeschäft um den Eigenthums-übergang zu bewirken, nach allen Seiten hin als giltiges Zweck-geschäft nicht zu erscheinen braucht; mag das Zweckgeschäft immerhin irgend welcher Hindernisse wegen im Stadium des Zwecks, des unerreichten Zwecks geblieben sein, mag es auch nur in der Vorstellung der Partheien existiren, so wird dem ungeachtet das Eigenthum übergehen müssen, wenn nur beide Partheien im Hinblick auf jenen Zweck die Tradition vorge-nommen haben (s. g. *causa traditionis* in subjektiven Sinne <sup>1)</sup>). Zugleich wird im Sinne der jetzt referirten Meinung der juri-stische Bestimmungsgrund als eine „Einheit“ aufgefasst dh., dass die Uebergabe und Uebernahme der Sache um des einen und desselben Zweckes willen erfolgen müssen. Der Dissens über den juristischen Zweck schliesst demnach den Eigen-thumsübergang aus <sup>2)</sup>.

Obwohl das Erforderniss der *justa causa traditionis* (im subjektiven Sinne) — verhältnissmässig viele Anhänger zählt,

---

<sup>1)</sup> Vor allem Brinz Pandekten I. S. 582. fg. bes. Bd. IV. S. 242. „Die Tradition ist ohne *causa* auch rechtlich unmöglich, es gibt kein Geschäft, das bloss Tradition wäre — erst in Verbindung mit einer *causa* wird die Tradition zum Geschäft, in welchem sowohl sie als die *causa* blosser Bestandtheil ist, das von der *causa* zwar seinen Namen (Schenkung, Zahlung, Darlehen . . .) aber nur von beiden zusammen sein konkretes Dasein hat. Vgl. noch Bd. IV. §. 534. Anm. 13. und §. 559. Anm. 18. — Randa, Eigen-thum §. 11. die *causa trad.*, Lotmar über die *causa* im r. Rechte S. 171. fg. Karlowa a. a. O. S. 208. fg., Kohler gesammelte Abhandlungen §. 2. S. 20. fg. und Zusatz ex 1883. Eisele a. a. O.

<sup>2)</sup> Am schärfsten betont von Randa, Eigenthum S. 298 fg. Eisele a. a. O. S. 4. vgl. Dernburg a. a. O. §. 213. und Anm. 5.

so ist doch in der jüngsten Zeit für die *justa causa traditionis* im objektiven Sinne energisch Parthei ergriffen worden <sup>1)</sup>. Es wird nämlich davon ausgegangen, dass die Uebereignung normalerweise ein gültig zustandegekommenes Zweckgeschäft zur Grundlage hat. Demnach wird der Regel nach zur Rechtswirksamkeit der Uebereignung die Tradition in Verbindung mit einer sie objektiv rechtfertigenden Causa erfordert (objektive causa oder Titel) und die causa im subjektiven Sinne, obgleich sie normalerweise, wenn auch nicht immer, die causa auch im objektiven Sinne ergibt, wird gewissermassen als Surrogat der causa im objektiven Sinne für ausreichend zur Rechtswirksamkeit der Tradition anerkannt <sup>2)</sup>. Die erheblichste Konsequenz dieser Auffassung scheint die zu sein, dass das Uebereignungsgeschäft, welches von der herrschenden Lehre als ein selbstständig organisirtes Rechtsgebilde konstruirt wurde, dessen rechtliche Existenz nach dem Momente der Besitzübergabe bzw. des Besitzerwerbs beurtheilt werden soll, möglicherweise zu einem aus zwei Rechtsakten zusammengesetzten Alienationsgeschäft wird, dessen rechtliche Wirksamkeit nach dem Momente des Abschlusses des Zweckgeschäfts und nach dem Momente der stattgefundenen Besitzübergabe beurtheilt werden könne. [Beispiel: „Der Erbe verkauft irrthümlich dem Legatar die diesem vermachte Sache“. Die Anhänger der Theorie von der *causa traditionis* im subjektiven Sinne läugnen den Eigenthumsübergang, Strohal und seine Anhänger wären geneigt, den Eigenthumsübergang anzunehmen] <sup>3)</sup> <sup>4)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Vgl. vor allem den oben cit. Aufsatz von Strohal und die dort S. 437. Anm. 91. angeführte Litteratur, ferner Dernburg I. S. 501. fg. und Pfersche Irrthumslehre S. 291. fg. vgl. 287.

<sup>2)</sup> Dadurch wird die perhorrescirte Lehre vom *titulus* und *modus adquirendi*, freilich unter gleichzeitiger Vermeidung der irrthümlichen Konsequenzen, zu denen sie führen k a n n , wieder zur Geltung gebracht.

<sup>3)</sup> Vgl. einerseits Randa Eigenthum S. 290. und Anm. 54.—andererseits Strohal a. a. O. S. 356. und das dort angeführte Beispiel. [Nebenbei: Wenn man die Entscheidung des von Strohal konstruirten Falles billigt, so geräth man u. E. in den Konflikt mit dem Satze: *nemo errans rem suam amittit*, denn in dem Strohal'schen Beispiele nimmt der Tradent irrthümlich an, dass es sich um faktische Herausgabe eines Depositums handelt].

<sup>4)</sup> Leist a. a. O. S. 208. fg., 246. fg. 277. fg. huldigt im Grunde der Ansicht Savigny-Exner; nur für die Kaufcausa statuirt er eine Ausnahme zu Gunsten der causa im objektiven Sinne und spricht der Kauftradition

Zu allerletzt muss noch die Grundanschauung von Perozzi über die *causa traditionis* in Kürze angegeben werden, weil die in seiner Monographie über das Wesen der *causa* dargelegte Meinung sich entweder gar nicht oder nur theilweise unter die oben aufgestellten Begriffsbestimmungen der *causa traditionis* bringen lässt. Perozzi erachtet nämlich die *causa traditionis* als eine positive Voraussetzung des Traditionsaktes, aber mit der in praktischer Hinsicht nicht unbedeutenden Abweichung, dass nach ihm die *causa* nur auf Seiten des Tradenten als positives Erforderniss der Tradition erscheint. Diese Charakteristik der *causa traditionis* lässt demnach den Eigentumsübergang auch da annehmen, wo die Partheien über die *causa traditionis* dissentiren, sofern der Empfänger der Sache den Beweis erbringt, dass der Tradent ihm aus einem vom objektiven Rechte nicht gemissbilligten juristischen Bestimmungsgrund mit dem Uebereignungswillen die Sache übergeben hat <sup>1)</sup>.

c) Als typische Art der materiellen Tradition erschien den Glossatoren die leibhaftige Uebergabe der Sache von Hand zu Hand (*traditio propria seu vera*). Die materielle Tradition haben die Glossatoren nicht als Mittel zur Hervorbringung des Effekts des Besitzübergangs aufgefasst, im Gegentheil die Tradition in jenem engeren Sinne war ihnen ein Zweck für sich und infolge dessen erschienen ihnen z. B. die Arten des Besitzerwerbs *animo solo* als Anomalien (*traditiones fictae*) <sup>2)</sup>.

---

die Eigenschaft eines selbstständigen Rechtsaktes ab. Vgl. die Kritik bei Exner a. a. O. S. 329., Karlowa a. a. O. S. 207. fg. siehe Windscheid I. S. 172. Anm. 19. a) und Dernburg I. §. 215. Anm. 1. und 2.—vgl. noch Fitting (Arch. f. civ. Praxis Bd. 52. S. 406. und 418.) nach welchem die Tradition im älteren röm. Recht ein materielles, im späteren aber ein von der Realität der *causa* unabhängiges Geschäft war.

<sup>1)</sup> Perozzi a. a. O. S. 70. „*iusta causa traditionis* é il motivo giuridico prossimo ben determinato et non dichiarato nullo della lege pel quale alcuno vuole spogliarsi con *traditione* della sua proprietá vgl. S. 210. Anklänge an diese Auffassung finden sich bereits bei Cuiacius Opera omn. VIII. a. 389. B. Zufälligerweise ist die Monographie von Perozzi, obgleich bereits im Jahre 1886 erschienen, in der deutschen Litteratur beinahe gänzlich übergangen worden; sie ist nur von Pernice in seinen Parerga (Zschr. d. Sav. Stift. n. F. Bd. IX. r. Abth. S. 204. Anm. 2.) berücksichtigt worden.

<sup>2)</sup> Darüber Exner a. a. O. S. 154. fg. 301. fg. Landsberg a. a. O. S. 102. fg.

Über die Zweckmässigkeit und Praktikabilität der materiellen Tradition ist bis zur Epoche der s. g. Naturrechtslehrer keine Meinungsverschiedenheit zu verzeichnen. Nach der Ansicht der Postglossatoren, der Humanisten, der s. g. deutschen Praktiker, ist die Uebergabe der Sache zu Eigenthumsübertragung eine selbstverständliche, im Weltrecht anerkannte Eigenthums-erwerbart. Als positiver Grund wird für diese Meinung in den verschiedensten Redewendungen die l. 1. §. 1. D. de a. v. a. p. 41. 2. angeführt <sup>1)</sup>. Es blieb erst der Schule des Naturrechts vorbehalten, den Glauben an die angeblich in der Natur der Sache wurzelnde Nothwendigkeit der Sachübergabe zwecks Eigenthumsübertragung vollständig zu zerstreuen. Die Vertreter der erwähnten Schule mit dem Philosophen Hugo Grotius <sup>2)</sup> an der Spitze erblicken in der materiellen Tradition nur eine rein zufällige, in dem positiven römischen Rechte anerkannte Voraussetzung des Uebereignungsaktes. Dies ist auch die heutzutage vorherrschende Grundanschauung. Das Requisite der materiellen Tradition wird im grossen und ganzen vom praktisch-legislatorischen Standpunkt aus als eine zweckmässige Voraussetzung des Uebereignungsaktes in Bezug auf Mobilien bezeichnet <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Z. B. von Baldus (Comm. 8. 18.): „voluntas enim sola non sufficit, quia dominia rerum a possessione coeperunt non a nuda voluntate“, von Vinus (In IV. Ad. Jnst. lib. II. tit. 2. §. 40): „quia nemo ex ratione iurisdictionum facta suo rem (sive ea nullius sit sive alterius) acquirit, nisi cuius potestati et manui subiecta sit: quod ita quisque consequitur, si eam apprehendit, si possessionem eius nanciscatur“. Arg. L. 1. D., von Cuiacius: „cur non pactis sed traditionibus dominia rerum transferuntur? An quia dominia rerum a naturali possessione coeperunt“ (Op. omn. III. 553., IV. 1427—9., V. 479. D., VII. 363., IX. 84. E., 1172. D., X. 295. E., 299. D. Boehmer (Jntrod. in jus Dig. p. 352. al. 6.): „In primis in dominio requiritur legitima adquisitio, quae duo postulat: . . . modum seu modium mediante quo immediate dominium acquiritur et transfertur“ vgl. Voet Comm. p. 488., 571.

<sup>2)</sup> De J. belli ac pacis lib. 2. cap. 6. 8. vgl. die bei Exner S. 302. Anm. 49. angeführten.

<sup>3)</sup> Einschlägige Litteratur siehe bei Windscheid I. S. 171. Anm. 2. a. E. vgl. Randa Eigenthum S. 266. Anm. 4. ausserdem Brunner zur Rechtsgeschichte der röm. und germanischen Urkunde. S. 112. fg. 128. fg. Piniński, Thatbestand des Sachbesitzererwerbs Bd. II. S. 115. fg. auch Bd. I. S. 230. fg. Nur Puchta und Bremer scheinen der älteren Doktrin stark zuzuneigen, indem sie in der materiellen Tradition „ein naturales Prinzip des Güterverkehrs“ erblicken.

Die Kennzeichnung der materiellen Tradition bzw. des Besitzererwerbs als einer Form des Uebereignungsaktes ist ganz neuen Datums. Sie wurde u. W. zuerst von Puchta<sup>1)</sup> versucht, von Exner<sup>2)</sup> näher ausgeführt und von Windscheid<sup>3)</sup> und Randa<sup>4)</sup> u. A. m. angenommen. Diese Auffassung, als wäre die materielle Tradition die Form des Uebereignungsaktes, ist gleich von Anfang an nicht ohne Widerspruch geblieben. Als Gegner haben sich bekannt: Bruns-Eck<sup>5)</sup>, Leist<sup>6)</sup>, Karlowa<sup>7)</sup>, Zitelmann<sup>8)</sup>, Brinz<sup>9)</sup>, Bekker<sup>10)</sup>, Bechmann<sup>11)</sup>, Regelsberger<sup>12)</sup>, Bremer<sup>13)</sup>, Perozzi<sup>14)</sup> 15).

Das Resultat der bisherigen wissenschaftlichen Bestrebungen auf dem Gebiete der Traditionslehre liesse sich u. E. in folgenden Sätzen zusammenfassen: Ausgestaltung des Uebereignungsaktes vermittelt Besitzererwerbs zu einem selbständig organisirten Uebereignungsvertrag — scharfe Abgrenzung der s. g. causa traditionis von dem Uebereignungsvertrage — sichere Unterscheidung zwischen der causa traditionis im subjektiven und der causa traditionis im objektiven Sinne (titulus) unter gleichzeitiger Betonung, dass nur die erstere ein unerlässliches Element des Uebereignungsaktes sei, während die letztere zum Uebereignungsakte sich nur als „Voraus-

<sup>1)</sup> Vorlesungen I. §. 148. vgl. noch Institutionen II. S. 216.

<sup>2)</sup> A. a. O., 8., 78., 80. fg.

<sup>3)</sup> Pandekten I. S. 171. Anm. 3.

<sup>4)</sup> Eigenthum 269., 304., vgl. Dernburg Pandekten I. §. 211. und Anm. 2. Sohn a. a. O. S. 17., Stempel a. a. O. 22.

<sup>5)</sup> In Holtzendorfs Encyklopedie (1873) S. 365.

<sup>6)</sup> Civ. Studien III. S. 189. fg. auch in der Monographie „Mancipation und Eigenthumstradition“ 230. fg. 265.

<sup>7)</sup> A. a. O. S. 217. (181) siehe auch desselben Verfassers röm. Rechtsgeschichte II. 1. Abth. S. 416.

<sup>8)</sup> Irrthum S. 273.

<sup>9)</sup> Pandekten I. §. 150. Anm. 40.

<sup>10)</sup> Das Recht des Besitzes S. 80. fg.

<sup>11)</sup> Kauf. I. S. 314. 319.

<sup>12)</sup> Pandekten I. §. 137. S. 494.

<sup>13)</sup> A. a. O. S. 57. fg.

<sup>14)</sup> A. a. O. S. 139. fg. vgl. noch Strohal a. a. O. S. 341. fg. Schlossmann Besitzerwerb durch dritte S. 25.

<sup>15)</sup> Als entschiedener Gegner des Traditionsprinzips hat sich de lege ferenda u. A. auch Kohler (gesammelte Abhandl. S. 13. fg.) bekannt: „Es muss daher nicht nur das Traditions — es muss jedes Formprinzip geopfert werden“.

setzung“ verhalte—die Anerkennung der materiellen Tradition bzw. des Besitzererwerbs als einer sachgemässen den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechenden Voraussetzung des Uebereignungsaktes an Mobilien—die Bezeichnung der materiellen Tradition als einer Form des dinglichen Uebereignungsvertrags.

---

Die vorliegende Schrift beschäftigt sich hauptsächlich mit der Frage, ob der Uebereignungsakt durch Vermittlung des Besitzererwerbs, nach dem rein-römischen Rechte als ein dinglicher Uebereignungsvertrag konstruiert werden darf. Zwar wird als Grundlage dieser Untersuchung das Corpus iuris als ein einheitliches gesetzgeberisches Werk Justinians betrachtet, demungeachtet aber, bei jeder Einzelfrage das grösste Gewicht darauf gelegt über den Stand der betreffenden Einzelfrage zur Zeit der klassischen römischen Juristen sich zu orientiren; denn es kann u. E. nie der wichtige Umstand aus dem Auge gelassen werden, dass das römische Recht sich bis auf Justinian stetig entwickelt hat und nur unter gleichzeitiger Berücksichtigung seines Werdeprocesses verstanden und erklärt werden sollte. Nach Thunlichkeit verfolgt daher die Schrift auch den Zweck, die Spuren der vorjustinianischen Anschauungen und Rechtszustände aufzudecken und die sich oftmals widersprechenden Meinungen der klassischen römischen Juristen vom geschichtlichen Standpunkt aus zu beleuchten.

Die Frage, deren Beantwortung im Nachstehenden versucht wird, geht insbesondere dahin, ob der Akt der Sachübergabe zu Eigenthum in seiner praktischen Ausgestaltung nach den Regeln des Vertrags im römischen Rechte behandelt wurde. Es wird dabei als feststehend vorausgesetzt, dass den römischen Juristen der theoretisch von der modernen Rechtssystematik durchgebildete Begriff des dinglichen Vertrags nicht bekannt war. <sup>1)</sup> Wenn also demungeachtet die Sach-

---

<sup>1)</sup> Dies wird vielfach — auch von den Anhängern des Uebereignungsvertrags anerkannt; vgl. Savigny System III. S. 340. fg. Vangerow Pandekten I. §. 150. Anm. 1. Exner a. a. O. S. 5. Anm. 8. Dernburg Pandekten I. §. 92. Anm. 6. — Pernice, Labeo I. S. 403. und Parerga a. a. O. S. 201. fg. Perozzi a. a. O. S. XXVI. fg.

übergabe zu Eigenthum von der herrschenden Lehre als Vertrag behandelt wird und wenn die herrschende Lehre in römischen Rechtsquellen die Grundlage dafür zu finden vermeint, so kann unsere Frage nur so formulirt werden, ob in den römischen Rechtsquellen die Sachübergabe zwecks Uebereignung nach der Art der Verträge behandelt wurde.<sup>1)</sup> Diese Frage wird in der vorliegenden Schrift im verneinenden Sinne beantwortet, und wir schliessen uns denjenigen an, welche die Sachübergabe zu Eigenthum zwar als ein gegenseitiges, zusammengesetztes Geschäft erachten, aber doch nicht als einen Vertrag — wir leugnen die Vertragsnatur des Uebereignungsaktes durch materielle Tradition ebensogut für das klassische wie auch für das Justinianische Recht. Daraus entstand für uns die Nothwendigkeit, die Funktion der materiellen Tradition in dem Gesamttakte der Uebereignung anders zu charakterisiren als dies die herrschende Lehre thut, derzufolge die materielle Tradition als Form des Uebereignungsvertrags erscheint. Wir behaupten nämlich, dass die materielle Tradition, wo sie den Eigenthumsübergang zur Folge hat, den Besitzerwerb vermittelt, welchen wir als zweites Element des Uebereignungsaktes neben den Kausalübereignungswillen als das erste Element stellen. Unerlässliche Voraussetzung des Eigenthumserwerbs ist nicht die Besitzübergabe, wohl aber die Thatsache des Besitzerwerbs des zu übereignenden Objektes auf Seiten des Destinatärs — denn es kann oft die Besitzübergabe fehlen, das Eigenthum aber wird demungeachtet erworben und nach dem Typus der Uebereignung durch Vermittelung der Besitzübergabe beurtheilt werden müssen. Der überwiegende Theil der vorliegenden Abhandlung beschäftigt sich aber vorzugsweise mit der Kritik des Uebereignungsvertrags unter Zugrundelegung der römischen Rechtsquellen. Es wird immer versucht unter Beobachtung der Elemente, aus denen der Vertrag im Allgemeinen sich zusammensetzt, den s. g. Uebereignungsvertrag zu prüfen und zu analysiren. Im Resultate glauben wir annehmen zu dürfen, dass im positiven röm. Rechte sämmtliche wesentliche Elemente

---

<sup>1)</sup> Der Begriff des dinglichen Vertrags hat nicht einmal zur Zeit der Entstehung des preuss. Landrechts und des österr. bürg. Gesetzbuches seine wissenschaftliche Begründung erfahren.

des Uebereignungsvertrags nicht zu finden seien. Die Prüfung des einschlägigen Quellenmaterials erweckt u. E. mindestens den Eindruck, als wäre nach dem röm. Recht der Uebereignungsakt durch Sachübergabe ein zusammengesetztes Geschäft, als dessen Hauptelemente: der Uebereignungswille, die Causa und Besitzapprehension auf Seiten des Destinatärs hervorzuheben seien. Es mag noch hinzugefügt werden, dass wir die Lehre von der s. g. *iusta causa traditionis* nur insofern behandeln, inwiefern sie als geeignetes Mittel erscheint, um an der rechtlichen Gestaltung derselben die Nichtvertragsmässigkeit des Uebereignungsaktes zu veranschaulichen.

Es ist von vornherein klar, dass das Dogma von der Vertragsnatur der Sachübergabe zu Eigenthum von verschiedenen Gesichtspunkten aus angegriffen werden kann; wir haben uns auf diejenigen Gesichtspunkte beschränkt, welche uns am geeignetsten erschienen, den Vertragscharakter des Uebereignungsaktes im röm. Rechte mindestens als zweifelhaft erscheinen zu lassen. Massgebend für uns war auch der Umstand, ob für einen gegen die herrschende Auffassung erhobenen Zweifelsgrund eine Stütze in den Quellen gefunden werden kann. Es lag übrigens nicht in unserer Absicht die Traditionslehre in ihren Einzelheiten zu verfolgen. Infolge des einmal eingenommenen Standpunkts, welcher gegen die übliche Formulirung des Sachübergabeaktes zu Eigenthum sich wendet, waren wir zu oft genöthigt, in diese Untersuchung die mit dem Hauptthema nur verwandte Rechtsmaterien heranzuziehen, aber wir meinen, dass diese Bezugnahme auf die dem Hauptthema scheinbar fremdartige Rechtsmaterien deshalb gerechtfertigt erscheint, weil daran unsere prinzipielle Meinung, dass die Tradition im römischen Recht nicht als Vertrag aufgefasst werden dürfte, erprobt werden konnte.

Ueberblickt man die Fülle der Streitfragen, welche in der Traditionslehre ihren Sitz haben und für die praktische Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts von ausserordentlicher Bedeutung sind, jenachdem man sich entschlossen hat, dieser oder jener Meinung beizutreten, so erscheint sogar fraglich, ob die Bezeichnung der Donellus-Savigny-Exner'schen abstrakten Vertragstheorie des Uebereignungsaktes als „herrschende Theorie“ gerechtfertigt ist. Zwar wird diese Theorie noch in vielen Pandekten-Lehrbüchern, Windscheid an der Spitze, in



ihrer Reinheit vorgetragen, anderseits aber wird in anderen sehr gangbaren Lehrbüchern die Lehre Savigny-Exner mit einem gewissen Vorbehalt und mit, in praktischer Beziehung nicht unwichtigen Modifikationen aufrecht erhalten. Der Gesamteindruck aber, den man bei der Lektüre der speciellen Litteratur der neuesten Zeit gewinnt, könnte u. E. dahin angegeben werden, dass eine ebenso der Vertragskonstruktion <sup>1)</sup> wie auch der abstrakten Natur des Uebereignungsaktes durch Sachübergabe stark abgeneigte Unterströmung sich bemerkbar macht. Wenn wir nun trotz alledem die Theorie Savigny-Exner als „herrschende“ bezeichnen, so findet dieser Umstand seinen Grund nicht einzig und allein darin, dass diese Theorie in der Mehrzahl der Pandektenlehrbücher vorgetragen wird, sondern hauptsächlich darin, dass sie in das bürg. Gesetzbuch f. d. d. Reich aufgenommen worden ist. Es wurde ja, und wir glauben nicht ohne Grund, oftmals hervorgehoben, dass in den Satzungen des bürgerl. Gesetzbuches der Kern der gemeinrechtlichen Doktrin enthalten sei, und ebendeshalb meinen wir angesichts jenes Umstands die Theorie Savigny-Exner mit vollem Rechte als „herrschende“ bezeichnen zu dürfen; denn es muss trotz des gewaltigen Angriffs, welcher gegen die abstrakt formelle Natur des Uebereignungsaktes an Mobilien, wie sie noch in dem ersten Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches verwerthet worden war, von eminenter Seite <sup>2)</sup> gerichtet wurde, in Anbetracht der Thatsache, dass im §. 929. b. G. B. zu lesen ist: „zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigenthum übergehe“, doch angenommen werden, dass die Mehrheit des deutschen Juristenstandes der Theorie Savigny-Exner huldigt.

---

<sup>1)</sup> Affolter Lehre vom Vertrag im Archiv f. bürg. Recht Bd. VIII. S. 1. fg. S. 25. fg. Pfersche Irrthumslehre l. c.

<sup>2)</sup> Strohal a. a. O.

---

## I.

Der Uebereignungsakt durch Sachübergabe wird in den röm. Rechtsquellen nicht als Vertrag aufgefasst; er erscheint vielmehr als ein zusammengesetzter Akt, als dessen Elemente der Uebereignungswille des Tradenten und der Besitzerwerb des Empfängers zu betrachten sind.

### § 1.

#### Exegese der Belegstellen, aus denen die herrschende Lehre die Vertragsnatur der Tradition ableitet.

l. 10. D. de donat. 39. 5. Paulus libro quinto decimo ad Sabinum.

Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.

Dies Fragment wird von den Anhängern der Vertragsnatur der Tradition als die hauptsächlichste Belegstelle betrachtet. <sup>1)</sup> Da der Wille, die Sache zu übertragen und dieselbe zu erwerben, dem Begriff des Vertrags entsprechend sich zu einer „Willenseinigung“ zusammenschliessen müsse, so wird die von Paulus geforderte Kenntniss des Adressaten von

---

<sup>1)</sup> Vgl. Windscheid I. 171. Anm. 1. Exner a. a. O. S. 53. Anm. 10. Dernbutg I. §. 213. Anm. 2.

Neuerdings haben sich mit der Stelle beschäftigt Perozzi a. a. O. S. 1. fg. Eisele Sav. Zeitschrift n. F. Bd. XIII. rom. Abth. S. 155. fg. Salkowski, zur Lehre vom Sklavenerwerb S. 35.

der Schenkungsabsicht bzw. die Annahme der schenkungshalber eingesendeten Sache von der herrschenden Lehre damit gerechtfertigt, dass beim Mangel der obengenannten Momente die nothwendige Voraussetzung des Uebereignungsvertrags d. h. der *animus accipiendi dominii* fehlen würde.

Es darf allerdings nicht in Abrede gestellt werden, dass in der angeführten Stelle die von der herrschenden Lehre für den Uebereignungsvertrag aufgestellten Erfordernisse gefunden werden können. Ob aber auch der Verfasser des Fragments, nämlich Paulus, an dieselben gedacht hatte, ist mindestens zweifelhaft, wenn man erwägt, dass die in Rede stehende Stelle auch in einem anderen der Vertragsidee der Tradition ganz fern stehenden Sinne aufgefasst und erläutert werden kann.

Eingangs der Stelle wird die Regel vorgetragen, dass zu Gunsten eines Abwesenden eine Schenkung gültig zu Stande kommen kann, entweder so, dass man durch Vermittelung eines Boten dem Geschenknehmer die Sache übersendet, oder so, dass man den bisherigen Detentor unserer Sache beauftragt, dieselbe für sich zu behalten. Im ersteren Falle erwirkt der Geschenknehmer das Eigenthum an der Sache, sobald er sie angenommen hat, im zweiten Falle, sobald er von der an ihn gerichteten Schenkungsofferte Kenntniss erhalten hat. Hat er aber von der Schenkungsofferte gar keine Kenntniss erlangt oder hat er die ihm schenkungsweise angebotene Sache abgelehnt, so kann er weder in dem ersten noch in dem zweiten Falle den Besitz und folgeweise auch das Eigenthum an der Sache erwerben. Der Jurist fügt dann noch hinzu, dass seine Entscheidung auch in dem Falle zutreffen würde, wenn die Sache sogar dem eigenen Sklaven des Geschenknehmers ausgehändigt wäre.

Aus dem von Paulus angegebenen Thatbestand deduciren nun die Anhänger der herrschenden Lehre folgendermassen: Hat der Destinatär von der Schenkungsofferte nicht gewusst, oder die eingesendete Sache nicht angenommen, so fehlt es ebenso an dem *animus accipiendi dominii*, wie auch an der Annahmeerklärung des Schenkungsangebots, folglich kommt weder der eine noch der andere Vertrag zu Stande. Da aber im weiteren Verlauf der Stelle vom eigenen Sklaven des Destinatärs die Rede ist, welcher bekanntlich ohne wei-

teres dem Gewalthaber erwirbt, so versuchten die anderen aus der Stelle den Satz abzuleiten, dass die Tradition ein Kausalvertrag sei und nur deshalb bis zur Akceptation des Schenkungsangebots seitens des Herrn die an seinen Sklaven vorgenommene Tradition in ihrer Eigenthum begründenden Wirkung gehemmt sei. Und so kommt es, dass unsere Stelle als Beweisstütze für drei Rechtssätze angeführt zu werden pflegt, dass nämlich der Uebereignungsakt ein dinglicher Vertrag sei, dass auch die Schenkung ein Vertrag sei,<sup>1)</sup> dass der Uebereignungsakt durch Sachübergabe ein kausaler und nicht ein abstrakter Vertrag sei.<sup>2)</sup>

Ein bedeutend näher liegender Grund aber, weshalb in unserer Stelle die Kenntniss von der Schenkungsofferte bzw. die Annahme der eingesendeten Sache erfordert werden, ist der, dass im Falle, wenn die von Paulus geforderten Momente sich nicht verwirklichen, kein Besitzerwerb und infolge dessen auch kein Eigenthümerwerb durch Tradition stattfindet. Das Faktum der Ubersendung der Sache führt nur dann zum Besitzerwerb des Adressaten, wenn er die Sache mit dem animus rem sibi habendi in Empfang genommen hat; ebenso im Falle der beabsichtigten brevi manu traditio muss der Destinatar die Schenkungsofferte akceptiren, um animum rem sibi habendi fassen und infolge dessen Eigenbesitzer werden zu können. Hat also der Adresat die eingesendete Sache zurückgewiesen oder von der Schenkungsofferte nicht erfahren, so ist der am nächsten liegende Grund des Nichtübergangs des Eigenthums der Mangel des Besitzerwerbes auf Seiten des Destinatars. Hätte Paulus in seinem Fragment an den *animus accipiendi domini* als das zweite Glied des Traditionsvertrags gedacht, so wäre sein Beispiel nicht ganz zutreffend gewählt; denn es könnte sehr wohl geschehen, dass die Sache in Empfang genommen wäre und doch die Schlussfolgerung, dass sie animo accipiendi domini angenommen wurde, nicht ohne weiteres zutreffend wäre; denn die Annahme der Sache an und für sich involvirt keineswegs die Gewissheit, dass die Sache mit der Absicht des Beschenkt - Sein - Wollens angenommen worden ist. Hätte es dem Paulus daran gelegen, den animus accipiendi domini bzw.

1) Statt aller vgl. Brinz Pandekten IV. §. 560. Anm. 39. 40.

2) Eisele a. a. O.

das Beschenkt - Sein - Wollen des Adressaten hervorzuheben, dann müsste er den Fall etwa so konstruieren, dass zwar die Sache angenommen, aber nicht mit dem der Offerte entsprechenden Willen angenommen wurde; erst dann könnte Paulus auf die Prüfung der Umstände, unter denen die Annahme stattgefunden hat, eingehen, um zu zeigen, dass trotz der Annahme an und für sich, der Uebereignungsvertrag nicht zu Stande gekommen ist <sup>1)</sup>.

Wenn also die Anhänger der herrschenden Lehre die Stelle von Paulus auf die Tradition beziehen wollen, so dürften sie sich auf Grund eben dieser Stelle nur auf die Konstatirung der ziemlich einfachen Wahrheit beschränken, dass zur Wirksamkeit der Besitzaufgabe zwecks Uebereignung der Besitzerwerb auf Seiten des Destinatärs unerlässliche Voraussetzung sei. Die Frage aber, ob diese zweite Voraussetzung des Eigenthumserwerbs durch Tradition sich als Annahmeerklärung der Uebereignungsofferte ihrem juristischen Gehalt nach darstellen muss, wurde u. E. von Paulus in seinem Fragmente nicht einmal aufgeworfen, geschweige denn im Sinne der herrschenden Meinung beantwortet.

Wir gehen aber noch einen Schritt weiter und glauben behaupten zu dürfen, dass das Schwergewicht unseres Fragments allem Anscheine nach ganz und gar ausserhalb der oben verhandelten Frage nach der juristischen Natur der Tradition liegt. Um die zuletzt aufgestellte Behauptung wahrscheinlich zu machen, wenden wir uns jetzt dem Schluss der Stelle zu. Der Schlusssatz der Stelle „nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat“ legt die Vermuthung nahe, dass die Absicht des Geschenkgebers bei der Uebergabe der Sache an den eigenen Sklaven des Destinatärs von doppelter Beschaffenheit sein konnte. Der Geschenkgeber konnte nämlich die Absicht haben, die Sache **dem Herrn** unter Mitwirkung des Sklaven in seiner Eigenschaft als eines einfachen Verkehrswerkzeuges zuzuwenden. In diesem Falle vollzog sich der Eigenthumserwerb des Herrn den allgemeinen Regeln über den Besitzerwerb zufolge erst mit dem Moment der Annahme der Sache seitens des Herrn, und darauf deuten eben hin die Worte des Paulus „etiamsi per servum eius, cui dona-

<sup>1)</sup> Vgl. über diesen letzten Punkt Perozzi a. a. O.

batur, missa fuerit.“ Aber der Geschenkgeber konnte auch die Absicht haben, durch die Uebergabe an den Sklaven **dem Sklaven selbst** das Geschenk zuzuwenden. **Faktisch** war doch eine Schenkung an den fremden Sklaven möglich, aber juristisch unzulässig. Und nun meint Paulus, dass in diesem letzten Falle das Eigenthum der dem Sklaven faktisch geschenkten Sache seinem Gewalthaber sofort im Momente der Uebergabe der Sache an den Sklaven zufalle. Dieses Resultat entspricht denn auch vollkommen dem Grundsatz, dass der Erwerb der Gewaltunterworfenen kraft Rechtsnothwendigkeit dem Herrn bzw. dem Gewalthaber zukommt und dass in dieser Beziehung der etwa gegentheilige Wille der gewaltunterworfenen Personen nichts zu ändern vermag <sup>1)</sup>. Sobald man sich einmal entschlossen hat den oben angedeuteten Sinn dem Schlussatze der Stelle beizulegen, dann widerspricht sie der herrschenden Konstruktion des Uebereignungsaktes geradezu; denn in dem Schlussatz der Stelle wird der Erwerb zu Gunsten des Gewalthabers einzig und allein auf den Willen des Tradenten gestützt und auf die Willensrichtung des Sklaven kommt es überhaupt nicht an. Mag der Sklave für sich oder für den Herrn die Sache erwerben wollen, jedenfalls erwirbt er, da es feststeht, dass der Tradent ihm die Sache faktisch zuwenden wollte, kraft Rechtsnothwendigkeit dem Gewalthaber. Wir fassen das Resultat unserer Exegese des Fragments zusammen: Als direkter, sicherer Beweis der Vertragsnatur der Tradition kann unser Fragment nicht angesehen werden, wenn man aber näher zusieht, so scheint es der Vertragsnatur der Tradition sogar zu widersprechen <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Utp. XIX. 1. 8. Gai. II. 87. 89. 1. 32. D. de a. r. d. 41. 1. (Gaius) l. 10. pr. D. eod. = §. 3. inf. J. per qu. per. n. acq. 2. 9. 1. 1. §. 1. C. p. qu. pers. 4. 27. (Diocl.)

<sup>2)</sup> Die Nichtbeachtung des Unterschiedes zwischen der Eigenschaft des Sklaven als eines einfachen Verkehrswerkzeuges und die Nichtberücksichtigung der oben als möglich vorausgesetzten Absicht des Tradenten, dem Herrn oder aber dem Sklaven als Sklaven zu schenken, hat Eisele (a. a. O. Anm. 1.) veranlasst, den Nisi-Satz der Stelle als die Zuthat der Kompilatoren zu bezeichnen. Gegen diese Annahme sprechen u. E. folgende Umstände: 1) In der sprachlichen Hinsicht verräth die Stelle gar nichts, was auf die Hand der Kompilatoren hinzuweisen im Stande wäre. 2) Eisele hat nicht einmal versucht plausibel zu machen, welche äussere und juristische Erwägungen die Kompilatoren veranlasst haben mochten den Nisi-Satz umzu-

Die zweite Belegstelle, welche die herrschende Lehre als eine feste Stütze der Vertragsnatur des Uebereignungsaktes erachtet ist die:

l. 55. D. de O. et A. 44. 7. Javolenus libro duodecimo epistolarum.

„In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest“<sup>1)</sup>.

Das vorstehende Fragment ist den Briefen Javolens entlehnt. Bekanntlich sind solche Briefe ihrem Inhalte nach Gutachten über einen dem Juristen zur Entscheidung vorgelegten Fall. Von diesem Gesichtspunkt aus erregt aber der Wortlaut des Fragments die schwerwiegendsten Bedenken, denn man weiss nicht, welcher praktische, konkrete Fall dem Juristen zur Begutachtung vorgelegt wurde.

Die Anfangsworte der Stelle könnten nun allerdings als die Antwort auf die an Javolenus gestellte konkrete Frage, die aber die Kompilatoren weggelassen haben, erachtet werden — dann aber ergeben sie einen Sinn, der in vielfacher Beziehung Anstoss zu erregen scheint. Nimmt man nämlich den Satz „in omnibus rebus, quae dominium transferunt concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium“ in der Bedeutung, die ihm herkömmlich<sup>2)</sup> beigelegt wird, so enthält er im Anschluss an die nächstfolgende mit nam anfangende Aeusserung die Ansicht, die man doch dem Javolenus nicht ohne weiteres zumuthen dürfte. Denn was könnte es eigentlich bedeuten, wenn der grosse Jurist gesagt haben

---

modeln. Wenn es sich den Kompilatoren nur darum gehandelt hätte, die Mancipation, von der in dem Nisi-Satz nach Eiseles Annahme die Rede war, los zu werden, dann wäre es ganz einfach gewesen, den ganzen Nisi-Satz lieber zu streichen und nicht durch die, wie Eisele meint „unbedachte Betonung der subjektiven Absicht des Gebers“ den Anschein zu erwecken als wäre die Tradition ein abstrakter Vertrag, für den die Kompilatoren die Tradition in Wirklichkeit nicht erachtet haben.

<sup>1)</sup> Aus der neuesten Litteratur vgl. die ausführliche Exegese bei Peruzzi a. a. O. S. 5. fg.

<sup>2)</sup> Vgl. Einleitung.

sollte, dass in allen Angelegenheiten, welche die Uebereignung zur Folge haben, der beiderseitige Willenskonsens der Partheien vorhanden sein müsse! An und für sich lässt ein derartiger Ausspruch sehr verschiedenartige Deutung zu, und die Annahme, dass dieser Ausspruch nicht von Javolen herrühre <sup>1)</sup>, gewinnt desto mehr an Wahrscheinlichkeit, wenn man bedenkt, dass Javolen als Rechtskonsulent an einen Rechtsunkundigen geschrieben haben sollte, in welchem Falle eine unzweideutige, klare und präzise Ausdrucksweise umso eher zu erwarten war. Fasst man aber die Wendung „in omnibus rebus“ als Synonym mit der Wendung „in omnibus rebus contractis“, <sup>2)</sup> welch' letztere Benennung nur auf die obligatorischen „Verkehrsgeschäfte“ passt, so müsste man den Anfangssatz auf die obligatorischen Verkehrsgeschäfte einschränken und konsequenterweise behaupten, dass Javolen den beinahe selbstverständlichen Grundsatz, dass die Erklärungen der Partheien beim Abschluss der oben genannten Verträge übereinstimmen müssen, dem Anfragenden mittheilen wollte. Dadurch wäre ein, wenn auch leidlicher, Zusammenhang zwischen dem Anfangssatze und dem „nam.....“ hergestellt. Das „nam“ ist nur dann am Platze, wenn man das Wort „res“ des Anfangssatzes im Sinne der „res contracta“ gebraucht. Dann wäre: im ersten Satze die allgemeine Rechtsregel aufgestellt, welche mit dem Nam-Satze durch Beispiele veranschaulicht werden sollte. Entschliesst man sich also, diesen Sinn, dem mysteriösen Anfangssatze zuzuschreiben, dann verliert er jedwede Bedeutung für die Frage nach der juristischen Natur des Uebereignungsaktes.

Es verlohnt sich, die Art und Weise, wie die bisherigen Interpreten die l. 55 cit. für die Vertragsnatur der Tradition zu verwerthen versuchten, des näheren zu verfolgen. Die Aelteren stützten sich auf die Anfangsworte der Stelle, in denen sie die grundsätzliche Anerkennung des dinglichen Uebereignungsaktes gefunden zu haben vermeinten. Zu diesem Zwecke wurde das Fragment in zwei Stücke zerhackt — dabei wurde das erste Stück als specielle Anwendung des im zweiten Stücke enthaltenen allgemeinen Grundsatzes betrachtet. Man hat un-

<sup>1)</sup> Dafür Pernice Parorga II. S. 204. Anm. 2.

<sup>2)</sup> Pernice a. a. O. S. 196. Anm. 5.



ter den Worten „in omnibus rebus“ sämtliche Uebereignungsarten verstanden und dem Fragment wesentlich folgenden Inhalt beigelegt: Bei sämtlichen Uebereignungsarten oder bei sämtlichen Arten der Uebereignung durch Sachbesitzerwerb müsse der beiderseitige Konsens vorhanden sein, weil (Namensatz) auch bei den anderen Verträgen die Willensübereinstimmung unerlässlich sei. Durch diese Art der Interpretation wurde zwar die Verlegenheit vermieden, welche die als Beispiel herangezogene *Conductio* bereitet, wenn man, wie dies die anderen thun, die aufgezählten *causae contrahendi* als *causae traditionis* betrachtet; aber demungeachtet kann dieser Auslegung der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass sie die Phrase „in omnibus rebus quae dominium transferunt“ doch ganz willkürlich auf die Uebereignungsart durch Tradition beziehe<sup>1)</sup>.

Deshalb wählen die Neueren eine andere Methode zur Erklärung des Fragments. Sie legen den ganzen Ton auf die Worte: „nisi animus utriusque consentit perduci ad effectum id, quod inchoatur non potest“<sup>2)</sup>. Damit stösst man aber auf eine andere Schwierigkeit. Bezieht man nämlich jene Phrase auf das Uebereignungsgeschäft durch Sachübergabe, dann muss man als feststehend voraussetzen, dass *venditio* und die übrigen in der Stelle genannten Geschäfte als *causae traditionis* zu betrachten seien. Dem widerspricht aber erstens die Thatsache, dass in dem Texte selbst *venditio* etc. „*causae contrahendi*“ genannt werden, zweitens aber der Umstand, dass die *conductio*<sup>3)</sup>, welche in dem Texte steht, als *causa traditionis* doch nicht gelten kann<sup>4)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Schon völlig abgesehen davon, dass es im Munde Javolens, falls er der Verfasser des Satzes war, ganz eigenthümlich lauten müsste, dass sämtliche Uebereignungsakte Verträge seien. Dass die *Mancipatio* und *In Iure Cessio* nicht als Verträge behandelt wurden darüber Pernice a. a. O. S. 203.

<sup>2)</sup> Dernburg I. §. 213. Anm. 2. „es ist klar, dass hier nicht vom Konsens bei dem zu Grunde liegenden Geschäft sondern bei der Tradition, welche dasselbe verwirklicht die Rede ist.“

<sup>3)</sup> Vgl. Seel Ueber Mieth und Pachtvertrag S. 333 fg. im Arch. f. civ. Proxis Bd. XIX, der das Auskunftsmittel mancher älteren Handschriften, die Worte „sive *conductio*“ wegzulassen, billigt und die Vermuthung aufstellt, dass diese Worte von einem „unwissenden Abschreiber“ (!) ganz gedankenlos eingeschoben wären. Vgl. aber Lenel Paling. 1. No. 133.

<sup>4)</sup> Uebrigens muss man mit der Phrase „perduci ad affectum“ sehr vorsichtig vorgehen, weil die Phrase nach den Nachweisungen von Gra-

Uns scheint grosse Wahrscheinlichkeit dafür zu sprechen, dass die Kompilatoren in ihrem Bestreben, allgemein und abstrakt lautende Rechtssätze aufzustellen, an Stelle des Javolenischen konkreten Falles in dem Anfangssatze eine allgemeine Regel ausgesprochen und den den Briefen Javolens entlehnten „Nam-Satz“ an ihre Regel angeschlossen haben. Das Wörtchen „ea“ verräth u. E. das diesbezügliche Verfahren der Byzantiner. Man sieht nicht recht ein, worauf sich das Demonstrativum „ea“ beziehen soll, und aller Wahrscheinlichkeit nach haben die Byzantiner, nachdem sie die Javolenische konkrete Vorlage weggelassen hatten, aus purem redaktionellen Versehen das Wörtchen „ea“, welches unter Bezugnahme auf die Javolenische Vorlage ganz guten Sinn haben konnte, stehen lassen. Wir glauben deshalb behaupten zu dürfen, dass man bei unbefangener Interpretation, aus der korrumpirten l. 55. cit. nichts mehr als etwa folgenden Satz herauslesen könnte: „Bei Geschäften, welche im Endresultate den Eigenthumserwerb bezwecken, muss der beiderseitige Konsens vorhanden sein, weil bei sämtlichen Geschäften, mögen sie auf Sachübereignung oder nur Genussbewilligung gerichtet sein, dieser Zweck nur dann erreicht werden könne, wenn die beiderseitige Willensübereinstimmung erzielt wurde.“ So paraphrasirt, verliert aber die Stelle jedwede Bedeutung für die Traditionslehre und gehört in das Gebiet der obligatorischen Verträge, entsprechend dem Titel, in welchem sie sich in der Ueberlieferung vorfindet.

Irren wir nicht, so vermag auch Exner aus der Stelle nichts mehr herauszulesen als den Satz, dass die Willensübereinstimmung der Partheien eine unerlässliche Voraussetzung eines Vertrags sei <sup>1)</sup>. An einem anderen Orte seines Werkes <sup>2)</sup> behauptet er aber unter direkter Bezugnahme auf l. 55. cit., dass die Tradition als ein Vertrag den Uebereignungskonsens der Kontrahenten erfordert. Diese Umstände lassen u. E. nicht den mindesten Zweifel aufkommen, dass Exner das Dogma von der Vertragsnatur der Tradition als ein feststehendes

---

denwitz (Ztschr. d. Sav-Stift. N. F. 8. S. 300. rom. Abt.) und Pernice a. a. O. S. 204. Anm. 2. von den Kompilatoren her stammt (εἰς ἕργον ἄγειν).

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 324.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 53. und Anm. 10.

eher vorausgesetzt hatte und der Pflicht enthoben zu sein glaubte, dieses Dogma aus dem positiven röm. Rechte nachzuweisen. Wir meinen aber im Gegentheil, dass erst dann, wenn es nach vorgenommener Prüfung anderer Quellenaussprüche sich herausgestellt hätte, dass die Tradition ein Vertrag sei, dass es erst dann auch zulässig gewesen wäre, dieselbe nach den für obligatorische Verträge geltenden Grundregeln zu behandeln und demzufolge auch auf die Tradition per analogiam die l. 55. cit. zu beziehen.

Als eine ganz allgemeine Charakteristik des Vertrags gilt bekanntlich die Aeusserung von Pedius <sup>1)</sup>. Es wird aber in dieser Stelle nur auf die s. g. Real- und Verbalverträge hingewiesen. In einem anderen Fragment <sup>2)</sup> werden wieder die klagbaren pacta genannt — die angeführten Beispiele sind reichlich genug; von der Tradition aber findet sich keine Spur. Ist es nun möglich, dass, wenn die Idee des Uebereignungsvertrags ein Gemeingut der röm. Jurisprudenz gewesen wäre, die Juristen es nicht für angemessen erachtet hätten, dies hervorzuheben?

Aber man könnte auch vermuthen, dass die Tradition irgendwo in den Quellen „pactum“ genannt wird. Das Wort pactum wird angewendet für das pactum de non petendo, pactum dotale, pactum adiectum, contrarius consensus und für das pactum legis commissoriae<sup>3)</sup>; es heisst in den Quellen contrahere pignus oder hypothecam; die Tradition aber wird u. W. nirgends in den Quellen pactum oder contractus genannt, und doch sollen nach herrschender Meinung die Worte „contrahentium, contrahendi“ der l. 55. cit. auf die Tradition bezogen werden. Dem gegenüber heisst es immer in den Quellen „traditionem facere“ und niemals „traditionem contrahere“ (vgl. ll. 8. D. de reb. cred. 12. 1. (Pomp.), 1. §. 4. D. de r. perm. 19. 4. Paulus), 46. pr. D. de iur. dot. 23. 3. (Julianus) (interpol) <sup>4)</sup> 7. §. 3. D. de cur. fur. 27. 10. (Julian) 6. D. de don. 39. 5. (Ulpian), 11. §. 9. und 12. D. quod vi aut clam 43. 24. (Ulp.),

<sup>1)</sup> l. 1. §. 3. D. de pact. 2. 14. (Ulp.) und dazu Pernice a. a. O. S. 198. und Anm. 5.

<sup>2)</sup> l. 7. §. 1. D. eod. (Ulp.)

<sup>3)</sup> Pernice a. a. O. S. 203. Anm. 4.

<sup>4)</sup> Pernice Labeo III. S. 206. Anm. 1.

30. §. 1. D. de exc. r. iud. 44. 2. (Paulus), vgl. l. 14. pr. D. de rel. et sump. 11. 7. (Ulpian) R. S. II. XVII. 3.).

Auf Grund der vorstehenden Auseinandersetzungen über die l. 55. cit. sind wir der Ansicht, dass man wirklich darauf verzichten sollte, die erwähnte lex als Belegstelle für die juristische Natur des Uebereignungsaktes zu gebrauchen.

Wir wenden uns dem §. 40. J. de rer. div. 2. 1. = l. 9. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1. (Gaius) zu. Die Stelle lautet:

„Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res tradi potest et a domino tradita alienatur. itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur. vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione (Vgl. c. l. C. de usuc. trans. 7. 31.) nulla differentia est.“

Die Einleitung der Stelle scheint von den Kompilatoren herzurühren. Darauf weist vor allem die Wendung „per traditionem“ hin — eine beliebte Redewendung der Kompilatoren, so oft sie die Mancipation durch die Tradition ersetzen mussten<sup>1)</sup>; dann aber enthält die Institutionenstelle manche Abweichungen im Vergleich mit l. 9. §. 3. cit. — dort heisst es „iure naturali“ hier „iure gentium“. In l. 9. §. 3. cit. handelt es sich um den Gegensatz zwischen ius gentium und dem nationalen ius civile, welches nur ganz allmählig die Institute des ius gentium in seinen Organismus aufgenommen hatte<sup>2)</sup>. Den Kompilatoren, denen das Verständniss für das alte ius civile der Römer abhanden gekommen sein mochte, schien es zweckmässig, den Eigenthumsübergang durch Tradition auf das ius naturale zu stützen<sup>3)</sup>. Für die hier interessirende Frage nach

<sup>1)</sup> Gradenwitz Per traditionem accipere in der Zeitschr. d. Sav. Stift. n. F. Bd. 6. rom. Abth. S. 57. fg. c. un. C. de nudo. ex iur. Quir. toll. 7. 25. (a. 530—1.) c. l. §. ult. C. de usuc. transf. 7. 31. (a. 531).

<sup>2)</sup> Dieser Gedanke wurde neuerdings von Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II. Abth. 1. S. 417. im Anschluss an die Tradition aufgeworfen.

<sup>3)</sup> Nach Dernburg, Pandekten I. S. 46. Anm. 8. kannte Gaius die „Trichotomie: ius civile, ius gentium, ius naturale“ überhaupt nicht.

der juristischen Natur des Traditionsaktes kommt der Nihil-Satz hauptsächlich in Betracht, und erfreulicherweise ist er in beiden Stellen gleichlautend.

In jenem Satze aber wird klar und deutlich ausgesprochen, dass der Wille des Tradenten einzig und allein auf die Eigenthumsübertragung gerichtet sein solle, und nichts deutet darauf hin, als hätte der Jurist durch seinen Ausspruch auch den s. g. *animus domini accipiendi* bezeichnen wollen. Diese Betonung des einseitigen Uebereignungswillens des Tradenten fällt umsomehr ins Gewicht, als die Stelle allem Anschein nach den Zweck verfolgt, die charakteristischen Merkmale des Uebereignungsaktes durch Sachübergabe erschöpfend anzugeben. Wir meinen deshalb, dass man aus den hier in Betracht kommenden Worten der Institutionenstelle nur etwa folgenden Satz ableiten dürfte: Wer sich unter Zustimmung des Eigenthümers einer Sache bemächtigt, wird deren Eigenthümer, weil ein solches Resultat die *naturalis ratio* des Rechtsinstituts der Tradition erheischt.

Es wird noch namentlich von Exner, die l. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. (Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum) als Beweis für die Vertragsnatur der Tradition verwendet. Die Stelle lautet:

„Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci *παράφερνα* dicunt quaeque Galli *peculium* appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videamus, (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam earum

maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat aut ad exhibendum, si non amovere eas conmissus est<sup>1)</sup>.

Werden die Sachen seitens der Frau dem Ehemanne als Paraphernalgüter in der Weise gegeben, dass sie ihm tradirt oder mit seinem Einverständniss in sein Haus gebracht werden, so geht nach der Ansicht Ulpians das Eigenthum der Sachen an den Mann über nur unter der Voraussetzung „si sic dentur ut fiant“ dh. wenn die Sachen mit der von der Frau ausdrücklich oder stillschweigend kundgegebenen Absicht, das Eigenthum dem Manne zu verschaffen, ihm übergeben oder in seiner Wohnung hinterlegt worden sind. Und was den letzten Punkt anbetrifft, dass nämlich der Mann mit der Illation der Sachen einverstanden sein müsse, so ist das eine Sache für sich mag es sich im konkreten Falle um die Uebereignung oder nur um die Detentionsübertragung gehandelt haben, weshalb auch das „volente eo“ der Stelle nicht ohne weiteres mit dem animus dominii accipiendi des Uebereignungsvertrags verwechselt werden darf; denn wenn es sich der Frau um Uebereignung der Illata gehandelt hatte, dann galt das Erforderniss des Einverständnisses seitens des Mannes als unerlässliche Voraussetzung des Besitzerwerbs, welcher den Eigenthumserwerb vermittelt; wollte aber die Frau nur die Detention der Sachen übertragen, dann war das Einverständniss des Mannes mit der Illation als konkludente Uebernahme des Mandats bzw. der Verpflichtung aus dem Depositum ein rechtlich ebenso relevantes Moment. Ulpian meint: die Thatsache der Illation ist an und für sich kein Hinderniss, den Eigenthumserwerb des Mannes anzunehmen, denn die Illation mit Einverständniss des Mannes wiegt gleich schwer, wie die leibhaftige Uebergabe zu Hand — für die Beurtheilung der Eigenthum erzeugenden Wirkung der Illation komme es einzig und allein darauf an, ob die Frau dem Manne die Sachen übereignen oder

---

<sup>1)</sup> Vgl. Über die Stelle: Piniński a. a. O. Bd. I. S. 245. fg. und Pernice Labeo III. S. 222. und Anm. 3. auf S. 221. Perozzi a. a. O. S. 12. fg.

nur deren Detention ihm anvertrauen wollte, und selbst die schriftliche Bestätigung des Mannes, dass er die Paraphernen in Empfang genommen habe, darf nach Ulpian mangels ausdrücklich kundgegebenen Absicht der Frau nicht dahin gedeutet werden, als wären die Sachen dem Manne zu Eigenthum übergeben, denn das von dem Manne unterfertigte Verzeichniss der Paraphernen sichert an und für sich nur den Beweis, dass die Sachen dem Manne übergeben worden sind.

Das Fragment beschäftigt sich demnach überhaupt nicht mit der Aufstellung der konstituierenden Momente des s. g. Uebereignungsvertrags, es bietet vielmehr nach der Richtung der geschichtlichen Entwicklung des Besitzbegriffs bzw. der materiellen Tradition hin einen recht deutlichen Fingerzeig für materialistische Auffassung der Tradition in der älteren Entwicklungsstufe des röm. Rechts <sup>1)</sup>. Es weist darauf hin, dass die Ausbildung des Begriffs der materiellen Tradition zum Ausgangspunkt die leibhaftige Sachübergabe von Hand zu Hand hatte. In Bezug auf die hier verhandelte Frage spricht es zwar nicht gegen die Vertragsnatur des Uebereignungsaktes — aber es hat auch einen ganz guten Sinn, wenn man es ohne Heranziehen des Begriffs des Traditionsvertrags interpretirt.

Als positive Belege für die Vertragsnatur der Tradition werden schliesslich, namentlich von Dernburg <sup>2)</sup>, noch zwei Quellenstellen angeführt:

l. 36. D. de a. r. d. 41. 1. <sup>3)</sup> (Julianus libro tertio decimo digestorum) und l. 37. §. 1. D. eod. (Julianus libro quadragesimo quarto digestorum).

Allem Anschein nach ist die erwähnte Stelle nicht diejenige, auf Grund welcher Julian als Anhänger der Theorie des Uebereignungsvertrags genannt werden dürfte <sup>4)</sup>. In beiden von

<sup>1)</sup> Vgl. Karlowa Röm. Rechtsgeschichte Bd. II. S. 335.

<sup>2)</sup> Pandekten I. §. 213. Anm. 2.

<sup>3)</sup> Der Text der l. 36. cit. ist unten angegeben.

<sup>4)</sup> In der neueren Litteratur hat Strohal a. a. O. S. 363. fg. die Stelle am gründlichsten behandelt — bei ihm siehe auch die neuere Litteratur des Fragments — ausser den dort S. 363. Citirten vgl. Pernice Parerga III. S. 217. Anm. 1. Piniński a. a. O. II. S. 242. Anm. 2. — Perozzi a. a. O. S. 13. fg. — Ausführlich wird die Stelle noch unten behandelt; dort wird versucht das Verhältniss der l. 36. cit. zur l. 18. D. de reb. cr. 12. 1. (Ulpian) klarzustellen.

Julian vorausgesetzten Fällen ist ein Missverständniss der Partheien über den Rechtsgrund der Uebergabe untergelaufen. Die Entscheidung Julians, dass die Tradition gültig sei, umfasst beide Fälle. Sicher ist nur das eine negative Moment, dass nämlich der Dissens über den Rechtsgrund der Uebergabe die Tradition nicht unwirksam mache. Nun fragt es sich vor allem: Hat Julian durch das Wort „traditio“ an die Eigenthum-übertragende Uebergabe gedacht, oder hat er nur die Besitz-übertragende Sachübergabe im Sinne gehabt? Die erste Alternative hat das zweite Beispiel für sich, die zweite das erste (ist doch in dem ersten Falle von dem Fundus, also einer *res mancipii* die Rede). Als positiver Grund des Besitz- und des Eigenthumsübergangs gilt aber der an die Spitze des Fragmentes gesetzte Ausspruch: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio.* Bei so gearteten Fällen also, wie sie dem Juristen vorgeschwebt hatten, wird mindestens die erste unerlässliche Voraussetzung des Eigenthumserwerbs, nämlich der Besitzerwerb des Empfängers, konstatiert, weil der Empfänger den für ihn bestimmten Gegenstand wirklich in Besitz genommen hat. Aber über das „Weil“ auch des Eigenthumserwerbs im zweiten Beispiele lässt uns Julian im Stich. Die herrschende Meinung erblickt nun das „Weil“ eben in dem Uebereignungsvertrage. Aus dem Inhalt der divergerenden Kausalgeschäftserklärungen nimmt sie den Kern des Uebereignungsvertrags (den *animus transferendi et accipiendi dominii*) heraus, involviert den Partheien trotz ihrer dissentirenden Kausalgeschäftserklärungen den übereinstimmenden Willen, das Eigenthum zu geben und zu nehmen, und glaubt, mit der Annahme des Uebereignungsvertrags die Entscheidung Julians rechtfertigen zu dürfen<sup>1)</sup>. Ist das aber der einzig zulässige Weg, der auf die Spur des uns von Julian vorenthaltenen „Warum“ führen kann? Uns scheint, dass die Gegner des Uebereignungsvertrags gestützt auf diese Stelle mit Fug und Recht behaupten können, dass Julian den Uebereignungsakt nicht für

---

<sup>1)</sup> Windscheid I. §. 172. Anm. 15. und bes. Exner S. 76. fg. Gegen die Zulässigkeit der Zerlegung der einzelnen Kausalgeschäftserklärungen in zwei Stücke vgl. bes. Eisele Jahrb. f. Dogm. Bd. 23. S. 15. fg., ähnlich bereits Jacobi in den Jahrb. f. Dogm. Bd. IV. Nr. 177.



einen Vertrag gehalten habe, dass er die doch ein wenig sonderbare Analyse der Kausalgeschäftserklärungen nicht vorgenommen<sup>1)</sup> — er habe sich für den Eigenthumsübergang im zweiten Falle auf Grund der Beobachtung der in dieser Beziehung konstanten Praxis entschieden, weil auch ihm der Umstand nicht entgangen ist, dass der Tradent die Sache übereignen wollte und der Destinatär trotz des Dissenses über die *causa traditionis* den Besitz erworben hatte. Wir sind der Ansicht, dass das zuletzt versuchte Raisonement, das im Sinne der nichtkontraklichen Natur der Tradition gehalten ist, auch mit vollem Rechte sich auf l. 36. cit. berufen dürfte. Wir scheiden vorläufig von dem berühmten Fragment und meinen, dass es weder für noch gegen die Theorie des dinglichen Uebereignungsvertrags als Argument gebraucht werden dürfte.

Das zweite von Dernburg angerufene Julianische Fragment lautet:

„Si unus ex dominis servo communi pecuniam donavit, in potestate domini est, quemadmodum servo communi pecuniam donet. nam si hoc solum egerit, ut ea separetur a suis rationibus et in peculio servi sit, manebit eiusdem domini proprietas: si vero eo modo pecuniam servo communi donaverit, quomodo alienis servis donare solemus, fiet sociorum communis pro portione, quam in servo habebunt.

Diese Entscheidung Julians ist ein ganz normaler Anwendungsfall der Regel über den Erwerb der Gewaltunterworfenen für den Gewalthaber, insbesondere aber der Regel, dass der gemeinschaftliche Sklave seinen Herren nach dem Verhältniss ihrer Eigenthumsantheile erwirbt<sup>1) 2)</sup>. Handelt es sich namentlich um die Schenkung, so kommt es hauptsächlich auf die Absicht des Herrn an; gieng seine Absicht nur dahin,

---

<sup>1)</sup> Vgl. Eisele a. a. O. „Die Differenz der beiden Juristen dreht sich keineswegs um die Frage, ob die Eigenthumstradition ein abstrakt dinglicher Vertrag sei oder aber nicht....“ Piniński a. a. O. Bd. II. S. 242. Anm. 2. „Die Entscheidung Julians ist.... gar nicht der Ausfluss der Auffassung, als wäre jede Eigenthumstradition ein abstrakter Vertrag“.

<sup>1)</sup> Gai III. 167. (§. 3. J. p. qu. pers. obl. 3. 28. l. 45. inf. D. de a. r. d. 41. 1.

<sup>2)</sup> Vgl. Pernice *Labeo* I. S. 127., 128. und Anm. 63. bezüglich der ganzen Stelle vgl. Perozzi a. a. O. S. 16. und Salkowski a. a. O. S. 26. fg.

dem Sklaven die Geldsumme zuzuwenden und ihn infolge dessen von der Rechnungslegung in Bezug auf diese Summe zu befreien, so hatte dieser Vorgang, obwohl für den Sklaven wichtig, doch wesentlich nur faktische Bedeutung; juristisch wurde und musste der Herr als Eigenthümer des Geldes angesehen werden. Hat aber der Herr durch die schenkungsweise angebotene Sache dem Sklaven in seiner Eigenschaft als „gemeinschaftlichem Sklaven“ die Sache zuzuwenden beabsichtigt, dann wird die Sache von dem gemeinschaftlichen Sklaven als dem Erwerbswerkzeuge der Miteigenthümer auf Grund der Rechtsnothwendigkeit nach Massgabe ihrer Eigenthumsantheile an dem Sklaven den Herrn zu Eigenthum erworben. Dies ist u. E. der wesentliche Inhalt der Stelle; wie aus ihr der Uebereignungsvertrag abgeleitet werden kann, ist u. E. unerfindlich <sup>1)</sup>).

## § 2.

### **Quellenfragmente, welche ausschliesslich den Uebereignungswillen des Tradenten betonen und ihr Sprachgebrauch.**

Nachdem die Belegstellen für die Vertragsnatur der Tradition gewissermassen beseitigt worden sind, lassen wir im folgenden Revue der Fragmente passiren, in denen der volle und ausschliessliche Nachdruck auf den Willen des Tradenten gelegt wird.

---

<sup>1)</sup> Perozzi (a. a. O. S. 16. Anm. 1.), der wahrscheinlich noch die dritte Auflage des Dernburg'schen Pandektenlehrbuchs gebrauchte, hat die wohlbegründete Vermuthung ausgesprochen, dass die l. 37. §. 1. cit. durch Versehen des Verfassers oder des Setzers an Stelle der bekannten l. 37. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1. (ebenso von Julian) citirt wurde. Die Anlehnung an die l. 37. §. 6. cit. in der Frage über die Vertragsnatur der Tradition erscheint auch uns an und für sich wohlbegründet (vgl. vorläufig über die Stelle, mit der wir uns im folgenden noch ausführlich beschäftigen werden, Windscheid I. §. 172. Anm. 13. und §. 155. Anm. 7.). Angesichts der Thatsache aber, dass in der vierten und ebenso in der jüngst (1896) erschienenen fünften Auflage des Dernburg'schen Pandektenlehrbuchs die l. 37. §. 1. cit. beibehalten worden ist, muss angenommen werden, dass es doch nicht durch blossen Zufall geschehen ist, und so bleibt uns nichts anderes übrig, als offen zu bekennen, dass wir ausser Stande sind, uns diesfalls in den Dernburg'schen Ideenkreis hinein zudenken, zumal Dernburg versäumt hat wenigstens anzudeuten, wie er die Stelle versteht.

Schon Schlossmann <sup>1)</sup> hat darauf hingewiesen, dass es viele Thatbestände gibt, denen eine juristische Wirkung nur mit Rücksicht auf den Willen der Parthei beigelegt wird. In der Reihe jener Thatbestände findet sich auch die Tradition, deren Wirkung, wie es Schlossmann betont, auf dem autonomen Willen des Eigenthümers beruht; die materielle Tradition an den Empfänger hat nur dann die Wirkung der Rechtsübertragung, wenn der Wille des Eigenthümers auf die Uebereignung der übergebenen Sache gerichtet war. Dieser Wille kann vor, bei, oder nach der realen Tradition erklärt werden; entscheidend aber ist, dass der Uebereignungswille im Momente, wo die reale Tradition vor sich geht, fortduere und es wird nur erfordert, dass die Willensänderung äusserlich hervorgetreten ist, nicht aber, wie es bei den obligatorischen Verträgen der Fall ist, dass sie auch dem anderen Kontrahenten bekannt geworden sei <sup>2)</sup>. Als direkt auf die Tradition bezugnehmend hat Schlossmann folgende Quellenfragmente angeführt: l. 9. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1. (= §. 40. J. de r. d. 2. 1.), §§. 44—46. J. de r. d. 2. 1., l. 16. pr. D. praes. verb. 19. 5. l. 6. D. de donat 39. 5. und 2. §. 6. D. eod. l. 41. D. de reb. cred. 12. 1. und c. 8. C. de O. et A. 4. 10. (ex 294). Perozzi <sup>3)</sup>, der mit Schlossmann im Wesentlichen einverstanden ist, hat noch folgende Stellen als hierher gehörend hinzugefügt: Gai II. 20., ll. 1. §. 1. D. de off. pr. 1. 19., 8. D. de pec. 15. 1., 9. §. 4. D. de iur et fac. ig. 22. 6. 1. D. 39. 5., 9. §. 4. D. de a. r. d. 41. 1., 9. §. 6. D. eod., 25. D. eod., 21. §. 1. D. eod.

Da wir auf diese Fragmente im weiteren Verlaufe unserer Untersuchung öfters uns berufen werden müssen, so scheint es angezeigt, dieselben hier ihrem Wortlaute nach anzuführen:

„l. 9. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1. Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum (vgl. = §. 40. J. de r. d. 2. 1.).

Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre

<sup>1)</sup> Der Vertrag S. 92. fg.

<sup>2)</sup> Als Gegenstück dessen werden von Schlossmann die obligatorischen Verhältnisse angeführt im Anschluss an l. 12. §. 2., 34. §. 3., 38. §. 1., 51. pr. D. de solut. 46. 3.

<sup>3)</sup> A. a. O. S. 19 fg.

ratam haberi et ideo cuiuscunque generis sit corporalis res tradi potest et a domino tradita alienatur.

§. 44. J. eod:

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis comodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim acquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tradita fuisset.

§. 45. J. eod. Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

§. 46. J. eod. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce praetores vel consules, qui missilia iactant in vulgus, ignorant, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia volunt quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominium efficiunt.

l. 16. pr. D. praes. verb. 19. 5. Pomponius libro vicesimo secundo ad Sabinum.

Quia mea facta est (sc. creta) cum voluntate tua exempta sit.

l. 6. D. de donat. 39. 5. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum.

Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est.... quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate....

l. 2. §. 6. D. eod. (Julianus libro sexagesimo digestorum).

Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat (atur) non fieri pecuniam domini mei constat.

l. 41. D. de ret. cred. 12. 1. Africanus libro octavo quaestionum.

...nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me, ignorans dederis, accipientis non facies.

c. 8. C. de O. et A. 4. 10. Impp. Diocletianus et Maximianus (a. 294.).

Si quidem donationis causa ei, quem adfectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti, et hanc tuam liberalitatem remunerans te a procuratore suo aliam pecuniam sumere praecepit, rebusque humanis ante perceptionem fuit exemptus, nec quod dederas recuperare, cum perfectam habuit donationem, nec quod tibi dari mandaverat, necdum tibi traditum petere potes a procuratore....

Gai II. 20.

Itaque si tibi vestem, vel aurum vel argentum tradidero siue ex venditionis causa siue ex donationis siue quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

l. 1. §. 1. D. de off. proc. 1. 19. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum.

Si rem Caesaris procurator eius quasi rem propriam tradat, non puto eum dominium transferre: tunc enim transfert, cum negotium Caesaris gerens consensu ipsius tradit...

l. 8. D. de pec. 15. 1. Paulus libro quarto ad Sabinum.

Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem donationem, contra autem simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse.

l. 9. §. 4. D. de iur. et fact. ign. 22. 6. Paulus libro singulari de iuris et facti ignorantia.

Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

l. 1. pr. D. de donat. 39. 5. Julianus libro septimo decimo digestorum.

Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri... dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit... item cum quis ea mente dat ut statim quidem faciat accipientis... §. 1. qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis....

l. 9. §. 4. D. de a. r. d. 41. 1. Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum.

....Qua ratione si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

l. 9. §. 6. D. eod. (=§. 45. J. de r. d. 2. 1.)

l. 25. D. eod. Callistratus libro secundo institutionum.

Nisi voluntate domini alterius nomine id factum sit: propter consensum enim domini tota res eius fit, cuius nomine facta est.

l. 21. §. 1. D. eod. Pomponius libro undecimo ad Sabinum.

Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit“.

Ausser den oben angeführten Fragmenten, die bereits von Schlossmann und Perozzi berücksichtigt worden sind, scheinen uns noch folgende Fragmente für die hier behandelte Frage nicht ohne Bedeutung zu sein.

l. 41. §. 1. de R. V. 6. 1. Ulpianus libro septimo decimo ad edictum.

....sed et si domini voluntate domini rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit et tradidit, in rem actionem mihi praestabit.

l. 11. pr. D. de Publ. in r. a. 6. 2. Ulpianus libro sexto decimo ad edictum.

Si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita, imperator Severus rescripsit Publicianam illi dandam.

l. 14. D. eod. (Ulpianus libro sexto decimo ad edictum).

Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denunciavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur praetor sive possideat sive petat rem. sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti: „si non auctor meus ex voluntate tua vendidit“<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Die Parallelstellen bei Windscheid I. §. 197. Anm. 6. a E. vgl. Leonhard in Jhb. f. Dogm. Bd. 17. S. 203. und Piniński a. a. O. Bd. II. S. 30. Anm.

l. 9. §. 1. D. de iur. dot. 23. 3. (Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum) vgl. Lenel Paling. 2757.

Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est....<sup>1)</sup>.

l. 5. D. de a. v. a. p. 41. 2. Paulus libro sexagesimo tertio ad edictum<sup>2)</sup>.

Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem praedo es: aequae si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es.

l. 15. D. de manum. vind. 40. 1. Marcellus libro vicen-  
simo sexto digestorum.

...quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permansit voluntate.

l. 33. D. de a. v. a. p. 41. 2. Pomponius libro trigesimo secundo ad Sabinum<sup>3)</sup>.

Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui ut emptorem in vacuum possessionem induceret, priusquam id fieret non recte emptor per se in possessionem veniet. item si amicus venditoris mortuo eo priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id faceret, recte possessio tradita erit, sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum aut cum sciret heredes id facere nolle contra erit.

l. 12. D. usuf. quemad. cav. 7. 9. Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum.

<sup>1)</sup> Über die Stelle vgl. Windscheid I. §. 89. Anm. 6. — dort auch weitere Litteraturangaben, ausserdem noch Pernice Labeo III. S. 268. fg.

<sup>2)</sup> Über die Stelle vgl. Pernice Labeo II. S. 183. und Anm. 15. dort auch Parallelstellen.

<sup>3)</sup> Ausführlich erklärt von Pińiński Bd. II. S. 53. fg.

...si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius, qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo, qui tradit...

l. 34. D. de dolo malo 4. 3. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum.

Si, cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia, quam de dolo malo actio locum habebit <sup>1)</sup>.

l. 14. D. de donat. 39. 5. Julianus libro septimo decimo digestorum.

Qui alienum fundum donationis causa excolit, nullam retentionem propter impensas faciet, quia domini res ab eo iniectas continuo efficit <sup>2)</sup>.

l. 62. (61.) §. 8. D. de furt. 47. 2. Africanus libro octavo quaestionum (Julian — aiebat).

...et enim fructus quamdiu solo cohaereant fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere...

l. 1. §. 14. D. quod leg. 43. 3. Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum.

Prodest autem possedisse, quotiens voluntate eius, ad quem ea res pertinet, possideri coeptum est: sed et si postea voluntas accessit eius, ad quem ea res pertinebat, tamen prodesse possessori debere. unde si quis coepit quidem ex voluntate eius, ad quem ea res pertinet, possidere, postea vero voluntas non perseverat, nihil nocet, quia semel possideri coepit ex voluntate. (vgl. l. 4. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Ulp.).

Gai II. 84. Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est.... <sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Vgl. l. 25. D. de a. e. v. 19. 1. (Julian) und dazu Ihering Jahrb. f. Dogm. Bd. 23. S. 201. fg.

<sup>2)</sup> Vgl. die ausführliche Exegere dieser Stelle bei Piniński a. a. O. Bd. I. S. 248. fg.

<sup>3)</sup> Vgl. l. 15. D. de solut. 46. 3. (Paulus).



l. 9. C. si quis alt. vel sibi 4. 50. Impp. Diocletianus et Maximianus (a. 294.).

Nihil prohibet altero pecuniam numerante in alium vel utriusque contrahentis consensu vel certe venditore tantum volente dominium transferri....

l. 12. pr. C. de contr. emp. 4. 38. Impp. Diocletianus et Maximianus.

Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor fideiussorem non accepit vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet <sup>1)</sup>.

Der Sprachgebrauch einer grösseren Anzahl der zuletzt angeführten Fragmente lässt u. E. den Willen des Tradenten als für den Eigenthumsübergang entscheidend erkennen. Der animus domini accipiendi wird nirgends hervorgehoben; der Ausdruck animus domini accipiendi selbst aber findet sich u. W. in den Quellen überhaupt nicht. Redewendungen wie z. B. voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, nuda voluntas sufficit domini, pati alicuius esse, voluntas domini transfert rei proprietatem, voluntate tua exempta est, si a domino ei tradatur, velit accipientis fieri, facit eam accipientis, si rem meam possideas et eam velim tuam esse, qui voluntate domini . . . . percipere videatur, si non ex voluntate domini percepti sunt, facit quidem pecuniam pupilli — lassen den Uebereignungswillen des Tradenten als den alleinigen Träger des Rechtsübertragungsaktes durch Tradition ganz deutlich erkennbar werden; er allein bildet die Grundlage des Rechtserwerbs durch die reale Tradition bzw. durch den Besitzerwerb schlechthin. Einmal erklärt, muss er solange als fortbestehend erachtet werden, als er nicht zurückgenommen ist, was ausdrücklich oder auch stillschweigend geschehen kann, oder als nicht der Uebereignungswille des dominus vor der stattgefundenen Sachapprehension durch Tod oder Handlungsunfähigkeit erloschen ist. Der Uebereignungswille muss im Momente der Besitzapprehension objektiv fortbestehen; ob er aber vor der Inbesitznahme des Objectes, gleichzeitig mit der Inbesitznahme oder etwa nachträglich nach der Inbesitznahme erklärt wurde, ist völlig gleichgiltig — nicht

---

<sup>1)</sup> Über die Stelle vgl. Brinz I. S. 503. Anm. 12.

einmal das wird erfordert, dass der Uebereignungswille dem Empfänger gegenüber erklärt werde. Ist die Sache bereits in der Detention des zukünftigen Erwerbers, so wird sie sein Eigenthum von dem Augenblicke an, in welchem der Tradent den diesbezüglichen Uebereignungswillen kundgegeben hat, es wird nicht erfordert, dass dem Detentor der Uebereignungswille mitgetheilt werde, es reicht aus, wenn er von der diesbezüglichen Willensäußerung des Tradenten irgendwie Kenntnis erlangt hat.

Der einseitigen Natur der Tradition entspricht vollkommen der Umstand, dass in den Quellen die Person des Tradenten als des handelnden Subjektes genannt wird, offenbar deshalb, weil der Wille des Tradenten die Grundlage des Eigenthumserwerbs bildet.

Die Kausalgeschäftserklärung und die Uebereignungserklärung werden in den diesbezüglichen Quellenstellen nicht von einander getrennt gehalten — ja es lässt sich vermuthen, dass die Meinung, als sei in der Kausalgeschäftserklärung bereits die Uebereignungserklärung enthalten, von der älteren Jurisprudenz — wie Pernice meint <sup>1)</sup>, gebilligt wurde.

Steht es objektiv fest, dass der bisherige Eigenthümer in die Uebereignung einwilligt, so wird der Destinatär Eigenthümer und braucht nicht die Annahme der Uebereignungsofferte zu erklären, es genügt, wenn er sich im Besitze der Sache befindet.

Der Uebereignungswille, wenn er einmal erklärt wurde, wird bis zum Momente der Sachapprehension als ein Zustand aufgefasst und nicht nur als eine in einem Momente abgegebene, in sich abgeschlossene Willensregung. Dieser zuständige Charakter des Uebereignungswillens wahrt die Eigenschaft des Uebereignungsaktes als einer selbständigen Uebereignungsart. Es ist zwar richtig, dass nicht bei jeder materiellen Tradition (Uebergabe) der Uebereignungswille erklärt wird; denn er kann auch vor der materiellen Tradition erklärt werden, aber er muss nach Ausweis der Quellen im Momente der materiellen Tradition fortbestehen, und das eben kennzeichnet seinen zuständigen Charakter und unterscheidet ihn von der Willenserklärung an und für sich.

---

<sup>1)</sup> Labeo II. S. 183. fg.

Die Auffassung der Uebereignungserklärung nur als einer Willenserklärung hätte in den Fällen, wo die Uebereignungserklärung vor der thatsächlichen Sachübergabe stattgefunden hat, zur Folge, dass die Uebergabe als ein rein faktisches zu dem Veräußerungsgeschäfte hinzutretendes Moment erscheinen müsste und der Beurtheilung nach den rechtlichen Voraussetzungen vollständig entzogen wäre. Dogmatisch, vielleicht auch praktisch wäre eine solche Ausgestaltung nicht unmöglich, aber die positiven Aussprüche der Quellen scheinen ihr zu widersprechen <sup>1)</sup>. Ja es lässt sich vermuthen, dass es Juristen gab, welche den Traditionsbegriff sehr eng fassten, und sogar dann den Eigenthumserwerb zuzulassen nicht geneigt waren, wenn der Erwerber zwar fehlerfrei, aber einseitig, nicht aus der Hand des Veräußerers den Besitz ergriffen hat <sup>2)</sup>, wenn also die Uebereignungserklärung durch die gleichzeitige That der Uebergabe nicht realisirt wurde.

Die Uebereignungserklärung und *naturalis datio* können sehr wohl zeitlich auseinanderfallen; aber in dem Augenblicke, wo das zweite Element der Uebereignungsart durch Tradition namentlich der Besitzerwerb sich verwirklicht, muss der Uebereignungswille objektiv bestehen, und er muss seiner juristischen Beschaffenheit nach alle Merkmale eines vollgiltigen Alienationswillens enthalten; sein Träger muss in dem Momente des Besitzerwerbs handlungs- und veräußerungsfähig sein <sup>3)</sup>.

Die im vorhergehenden Abschnitt besprochenen Quellenstellen, in denen nach der herrschenden Lehre die Anerkennung der Tradition als eines dinglichen Vertrags zum Ausdruck gebracht wurde, rühren von Javolen, Julian, Gaius und Paulus her. In der Reihe der in diesem Abschnitt angeführ-

---

<sup>1)</sup> Dies für, theilweise auch gegen Wendt Rechtssatz und Dogma (Jahrb. f. Dogm. Bd. 29. S. 46. fg.

<sup>2)</sup> l. 1. §. 5. D. de exc. r. v. et tr. 21. 3. (Ulp. lib. 76. ad ed.) l. 33. D. de poss. 41. 2. (Ponsp. lib. 32. ad Sab.) l. 5. D. eod. (Paulus lib. 63. ad ed.) Der allein zutreffende Grund der in dieser Gestaltung der Sache steckenden „Halbheit“ (Piniński a. a. O. Bd. II. S. 31.) ist der geschichtliche Gang der Entwicklung des Traditionsbegriffs, dessen Ausgangspunkt die leibhaftige Uebergabe von Hand zu Hand war. Darüber noch unten. Vgl. noch Dernburg I. §. 216. II. 1. a) und Anm. 4.

<sup>3)</sup> Vgl. aber Bekker das Recht des Besitzes S. 89.

ten Fragmente kommen auch die Aeusserungen der genannten Juristen vor, und es fehlt nur Javolen. Manche dieser Juristen gehören der spätclassischen Zeit an, manche wiederum sind Nachfolger Javolens, des vermeintlichen Schöpfers der Theorie von der Vertragsnatur der Tradition. Angesichts dieser Thatsachen erscheint daher die Behauptung von Dernburg<sup>1)</sup>, dass die Tradition „ursprünglich als ein einseitiges, auf dem Willen des Tradenten beruhendes Geschäft galt“, nicht einwandfrei. Nach der Ansicht Dernburgs sollte diese grundsätzliche Umwälzung in der Auffassung der juristischen Natur des Traditionsaktes sich an die Namen Javolen-Julian knüpfen. Dem muss entgegengehalten werden, dass die Aeusserungen der späteren Juristen zu deutlich den einseitigen Willen des Tradenten zum Ausdruck bringen, als dass angenommen werden könnte, dass die Idee der Vertragsnatur der Tradition als *communis opinio* der späteren classischen Jurisprudenz galt. In Anbetracht des Umstands aber, dass die zahlreichen obenangeführten Quellenstellen in die Justinianische Ueberlieferung aufgenommen worden sind, dass sie denjenigen Quellenstellen, aus denen mit einem Schein der Berechtigung die Vertragsnatur der Tradition abgeleitet werden könnte, an der Zahl nachstehen, glauben wir behaupten zu dürfen, dass auch für die Zeit der spätclassischen Jurisprudenz und für die Zeit der Kompilatoren die Tradition als ein auf dem Uebereignungswillen des Tradenten beruhendes Geschäft aufzufassen sei.

Freilich soll damit nicht geläugnet werden, dass die Konstruktion des Traditionsvertrags an und für sich den römischen Juristen nicht fremd war, dass auf Grund der Analyse mancher Entscheidungen die Tendenz, die Tradition zum dinglichen Vertrag zu stempeln, vorhanden zu sein scheint<sup>2)</sup>; aber aus diesen, man möchte sagen, Keimen der Vertragskonstruktion darf nicht angesichts der oben angeführten, nur den tradentischen Willen betonenden Fragmente gefolgert werden, dass die Tradition als ein dinglicher Uebereignungsvertrag von den Nachfolgern Javolens einhellig anerkannt worden sei.

---

<sup>1)</sup> Pandekten §. 213.

<sup>2)</sup> Beispiele folgen unten — vgl. Pernice in der Ztschr. f. Handelsrecht. Bd. 25.

Die materielle Tradition stellt sich im Verhältniss zu der Uebereignungserklärung wesentlich als Realisirung des Uebereignungswillens dar. Die Voraussetzung, dass der Uebereignungswille im Momente der Besitzapprehension objektiv bestehen muss, ist nicht identisch mit dem, was nach der Vertragstheorie als Uebereignungserklärung hingestellt wird, nicht die Erklärung, sondern die Fortdauer des irgendwann erklärten Uebereignungswillens im Momente der Besitzapprehension muss feststehen<sup>1)</sup>. Man denke an den Fall, dass jemand auf Grund einer schriftlichen Ermächtigung, welche ihrem Inhalte nach sich als eine Schenkungsofferte darstellt, sich in den Besitz der betreffenden Sache gesetzt hat. Zweifelsohne wird er im Falle, wenn der Geschenkegeber gegen ihn die rei vindicatio anstrengt, durch die schriftliche Ermächtigung den Beweis erbringen können, dass er ex voluntate domini rem suam transferre volentis den Besitz der Sache erlangt habe — die Zurücknahme des Uebereignungswillens vor dem Momente der Besitzapprehension müsste der Kläger behaupten und beweisen. Nach der herrschenden Lehre, welche in dem Faktum der Besitzübertragung die Verkörperung der tradentischen Uebereignungserklärung erblickt, hätte u. E. der oben erwähnte Beweis vermittelt der schriftlichen Ermächtigung nicht ausreichen können; der Erwerber müsste behaupten und beweisen, dass im Augenblicke der Besitzapprehension der Uebereignungswille objektiv und rechtsgiltig bestanden habe<sup>2)</sup>.

In seiner Polemik gegen die Auffassung von Bremer<sup>3)</sup>, welcher die Tradition als „Bemächtigung unter Zustimmung des bisherigen Eigenthümers“ charakterisirt, gibt auch Wind-

---

<sup>1)</sup> Nach der herrschenden Lehre wird die Uebereignungserklärung durch und in dem Akte des Besitzerwerbs zum Ausdruck gebracht oder wiederholt vgl. Exner a. a. O. S. 59. bes. aber Windscheid I. §. 171. Anm. 2.

<sup>2)</sup> Wahrscheinlich deshalb formuliert Brinz den Traditionsvertrag u. E. anders als die Theorie Savigny-Exner. vgl. dessen Pandekten I. §. 141. „Es ist der Veräusserungswille aber als Willenserklärung neben, vor oder nach der Uebertragungshandlung und in Verbindung mit dem Animus des Erwerbers als Konsens zu denken. Vgl. die Stellen in §. 137. Anm. 22. — ausserdem Band IV. S. 264 und 302.

<sup>3)</sup> Ztschr. f. Civ. und Proz. Bd. XX. §. 57. fg.

scheid <sup>1)</sup> zu, dass der Ausdruck „Traditio“ = Eigenthumsübertragung „einseitig die Thätigkeit des bisherigen Eigenthümers“ betont, meint aber, dass für die rechtliche Betrachtung beide Thätigkeiten des Erwerbers und des bisherigen Eigenthümers auf gleicher Linie stehen, obgleich in einem gegebenen Falle bald die Thätigkeit des Eigenthümers, bald die des Erwerbers vorwiegend ist — diese Thätigkeiten sind nach Windscheid doch nur ein äusserer Ausdruck des auf die Rechtsübertragung gerichteten beiderseitigen Willens. Da aber in den Quellen ein Anklang an diese Auffassung nicht zu finden ist, im Gegentheil die Rechtswirkung der Tradition auf den Willen des bisherigen Eigenthümers allein zurückgeführt wird, so sieht sich Windscheid veranlasst, die Ausdrucksweise des §. 40. J. de rer. div. 2. 1. als eine ungenaue zu bezeichnen und im Allgemeinen in den Fällen, wo die Tradition als Eigenthums-erwerbsart bezeichnet wird, soll nach Windscheid das Vorhandensein des beiderseitigen Uebereignungskonsenses hinzuge-  
gedacht werden.

Das Ungenaue des §. 40. J. cit. will Windscheid durch l. 31. D. de a. r. d. 41. 1. suppliren, indem er in der der materiellen Tradition vorhergehenden Kausalberedung den Uebereignungswillen und worum es sich hier handelt, auch den Empfangswillen als ausser Zweifel gestellt wissen will. Diese Ausführung von Windscheid ist u. E. nur die folgerichtige Durchführung des Begriffs des Uebereignungsvertrags, dessen sämtliche Elemente in dem Faktum der Sachübergabe bzw. des Besitzererwerbs sich konzentriren müssen — daraus erklärt sich eben die Behauptung, dass in einem konkreten Falle bald die Thätigkeit des Tradenten, bald die des Erwerbers in den Vordergrund trete — daraus erklärt sich weiter die Behandlung der beiden Thätigkeiten als ganz homogener Elemente, welche das Abstraktum des Gebens und Nehmens des Rechtes versinnbildlichen.

Vom Standpunkt der in dieser Schrift grundsätzlich vertretenen Meinung, dass die Tradition ein zusammengesetztes Geschäft ist, muss behauptet werden, dass die Windscheidsche Formulierung, schon an und für sich ohne quellenmässige Anhaltspunkte, auch der Natur der Tradition nicht entspricht;

---

<sup>1)</sup> Pandekten I. §. 171. Anm. 3.

denn sie verwechselt zwei nach eigenen Voraussetzungen zu beurtheilende Momente: den Uebereignungswillen und den Besitzerwerb — sie stellt diese Elemente als ebenbürtig nebeneinander, während sie ganz heterogene Begriffe sind. Das zweite Element nämlich kann vorhanden sein nicht nur dann, wenn die Thätigkeit des Tradenten in den Hintergrund tritt, sondern auch dann, wenn der Tradent zur Bewirkung des Besitzerwerbs gar nichts beigetragen hat, sofern nur der Destinatar seinem Willen gemäss die Sache selbst apprehendirt hat. In einem solchen Falle versagt das Bild der Thätigkeit des Tradenten und des Empfängers, durch welche der Rechtsübergang veranschaulicht werden soll, vollständig; aber die Wirkung der Uebereignung erfolgt demungeachtet. Die Argumentation Windscheids aus der Kausalberedung auf das Vorhandensein des betreffenden animus domini transferendi im Momente der Sachübergabe bzw. des Besitzerwerbs scheint uns sogar vom Standpunkt der Theorie des Uebereignungsvertrags aus, nicht ganz schlüssig zu sein. Denn, wenn man sich einmal entschlossen hat die Kausalberedung als Motiv zum Abschluss des dinglichen Vertrags hinzustellen — und jene Funktion wird ja von der herrschenden Lehre der s. g. causa traditionis beigemessen — dann erscheint es u. E. unzulässig, aus den Elementen, aus denen die Kausalberedung entsteht, das, was man gerade braucht, in den Traditionsakt zu verlegen und auf diese Weise das blosses Faktum der Sachübergabe bzw. der Sachapprehension im Gewande eines Vertrags auftreten zu lassen. Wenn ich einen Holzhaufen verkauft und in die sofortige Fortschaffung desselben eingewilligt habe — der Käufer aber erst nach einigen Tagen den Holzhaufen fortgeschafft hat, so würde nach Windscheid erst bei der Fortschaffung der Abschluss des Uebereignungsvertrags in Angriff genommen, oder der Uebereignungswille des Verkäufers würde im Momente der Fortschaffung als wiederholt betrachtet werden müssen. Wir möchten aber eher annehmen: Der Traditionsakt wurde eben deshalb, weil er ein zusammengesetzter Akt und eine Veräusserungsart ist, mit der gegebenen Einwilligung in die Fortschaffung des Holzhaufens bereits in diesem Augenblicke in Bewegung gesetzt (Uebereignungserklärung) und erst durch die faktische Inbesitznahme (zweites Element des Uebereignungsaktes) vollendet.

Die Uebereignungserklärung wurde in der Inbesitznahme weder verkörpert noch bei ihr wiederholt, denn eine derartige Supposition läuft doch in eine pure Fiktion hinaus, sondern die Uebereignungserklärung wurde durch die Einwilligung zum Ausdruck gebracht und musste, weil nicht widerrufen und weil der Verkäufer zur Zeit der Apprehension nicht handlungsunfähig geworden ist, als fortbestehend erachtet werden.

Wir kehren zum §. 40. J. cit. zurück. Nach seiner Ausdrucksweise zu schliessen, stellt er sich als ein theoretischer Versuch dar, die Wirkung der Tradition als Uebereignungsart zu begründen. Es müsste also Gaius und den Kompilatoren eine grobe Nachlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie in einer, so zu sagen, grundlegenden Aeusserung sich eine ungenaue Ausdrucksweise hätten zu Schulden kommen lassen, dass sie nämlich das zweite nach der herrschenden Lehre ganz ebenbürtige Glied des Uebereignungsvertrags — den *animus domini accipiendi* völlig ausser Acht gelassen haben.

Es ist allerdings richtig, dass in einem konkreten Fall die Handlungen der beiden Partheien mehr oder weniger physisch ineinandergreifen. Das bezieht sich aber ausschliesslich auf das zweite Glied des Eigenthumserwerbs durch Tradition, auf den Besitzerwerb. Das Mass dieses Ineingreifens ist sehr verschieden, und es hängt hauptsächlich von der Natur des zu übereignenden Gegenstandes ab, aber jenes Ineingreifen ist nur ein Mittel zur Verschaffung des Besitzes, kein Abbild der Rechtsübergabe und der Rechtsübernahme. Es kann in diesem Ineingreifen gegebenenfalls auch der Uebereignungswille kundgegeben werden (Handgeschenk, Barverkauf Zug um Zug), nicht darf aber auch diese Handlung allein, auch nicht das Resultat, das sie herbeiführt, als der einzig zulässige juristische Ausdruck des Uebereignungswillens hingestellt werden. Man nehme nur folgende Fälle: Uebergabe von Hand zu Hand, die Uebergabe durch das s. g. abgeschwächte *corpus*, die Uebergabe durch das *constitutum possessorium*, durch *brevi manu traditio*, durch die Gestattung der einseitigen Apprehension, so sieht man, dass „die Thätigkeit“ des bisherigen Eigenthümers, obgleich dem Resultate nach die Uebereignung bewirkt wird, verschiedenartig beschaffen ist, und doch werden in jedem Falle die u. E. für die Wirkung der Uebereignung juristisch relevanten



Momente: der Uebereignungswille einerseits und der Besitzerwerb andererseits, erfordert werden müssen. Aber die Idee, welche jene Bestandtheile des Uebereignungsaktes als konkludente Ausdrucksmittel des *animus transferendi et accipiendi domini* erachtet und auf diese Art jene heterogenen Bestandtheile zu einem Uebereignungsvertrag zusammenschliessen will, ist u. E. unannehmbar. Ja wir sind der Meinung, dass die hier versuchte Charakteristik des Traditionsaktes als eines aus heterogenen Elementen zusammengesetzten Geschäfts direkt in den Quellen anerkannt wird. Wir beschränken uns vorläufig auf das Citat l. 47. D. de r. v. 6. 1. (Paulus libro septimo decimo ad Plautium). *Haec si praesens sit: si absens, tunc cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris....* (vg. l. 46. eod.).

Die selbstständige, von der Frage des Besitzererwerbs auf Seiten des Destinätärs ganz besonders zu betrachtende Funktion der Uebereignungserklärung in dem Gesamttakte der Uebereignung durch materielle Tradition, tritt in denjenigen Fällen klar zu Tage, in denen der Eigenthumsberechtigte den Besitz der Sache nicht innehat entweder deshalb nicht, weil der künftige Erwerber oder eine dritte Person die Sache besitzt, oder weil die Sache zur Zeit der Abgabe der Uebereignungserklärung überhaupt nicht existirt (Abschluss eines Pachtvertrags auf mehrere Jahre). In diesen Fällen bewirkt die Uebereignungserklärung doch den Eigenthumserwerb, und ebenso in den Quellen wie in der modernen Litteratur wird dieser Eigenthumserwerb als Surrogat der Tradition betrachtet oder mit dem Eigenthumserwerb durch materielle Tradition verglichen<sup>1)</sup>. Es fragt sich nun, da die s. g. Surrogate der Tradition mit ihr verglichen werden, worin eigentlich das *tertium comparationis* besteht? Dies wird besonders anschaulich an dem Falle des Fruchterwerbs des Pächters<sup>2)</sup>. Wie soll man sich den Fruchterwerb des Pächters unter Zugrundelegung des Traditionsgedankens des Näheren erklären? Czyhlarz ist

---

<sup>1)</sup> 6. D. de don. 39. 5. 25. D. de a. e. v. 19. 1.; l. 16. pr. D. de a. pr. v. 19. 5. Fruchterwerb des Pächters nennt Vangerow „eine Parallele mit der Tradition“ vgl. Exner S. 19. Czyhlarz a. a. O. S. 463. fg.

<sup>2)</sup> Die hier in Betracht kommenden Quellenstellen siehe bei Windscheid I. §. 186. Anm. 6.

der Ansicht, dass die Früchte durch die Perceptionsthätigkeit des Pächters zunächst — freilich nur ideell — Eigenthum des Verpächters werden, sofort aber, da die Perception unter Zustimmung des Verpächters geschehen war, ins Eigenthum des Pächters übergehen. „Dadurch, dass der Pächter voluntate fructuarii, m. a. W. anstatt dessen erntet, erlangt zunächst dieser das Fruchteigenthum, welches, da seine voluntas ja auch auf Ueberlassung der Früchte gerichtet ist, durch traditio b. m. sofort auf den Pächter übergeht“<sup>1)</sup>. Man sieht in dieser an und für sich ansprechenden Deduktion das Bestreben, den Rechtsübergang durch das Bild der Sachübertragung zu kennzeichnen — da aber das Bild als etwas Aeusserliches in unserem Falle völlig verschwindet, so wird versucht, unter Zuhilfenahme einer Denkkoperation es wiederherzustellen. Von dem ideell interimistischen Besitz des Verpächters wissen die Quellen nichts, und der Annahme eines solchen interimistischen Besitzes widerspricht die im alltäglichen Leben hervortretende Sachgestaltung. Gibt ja auch Czychlarz zu, dass das interimistische Eigenthum des Verpächters in den Quellen nicht erwähnt wird und dass an das Eigenthum der Früchte, die vor der Ernte als pars fundi bestanden, sich das Eigenthum des Pächters an der abgetrennten Frucht unmittelbar anschliesse. Die Behauptung aber dass der Pächter zunächst namens des Verpächters den Besitz an den Früchten erwirbt, wird u. E. der Anschauung der Lebenssitte nicht gerecht, weil der Pächter nicht einen Augenblick den animus hegt, die Früchte nomine des Verpächters zu besitzen, und wie die Dinge im alltäglichen Leben stehen, darf ihm u. E. der Wille nomine des Verpächters die Früchte in Besitz nehmen zu wollen, überhaupt nicht zugemuthet werden. Man stelle eine Probe an und halte bei einer Anzahl von Pächtern Umfrage, in wessen Namen und zu wessen Gunsten sie die Früchte sammeln und in wessen Namen sie das zum Zwecke des Fruchtbezugs nöthige Geld und Arbeitskapital verwendet haben, und man wird hoffentlich nicht die Antwort bekommen, dass dies alles nomine des Verpächters geschehen sei. Wenn also der Zwischen — Besitzerwerb des Verpächters theoretisch auf eine willkürliche Fiktion hinausläuft und in Wirklichkeit nicht

---

<sup>1)</sup> Czychlarz a. a. O 467.

existirt, so fällt damit auch die Konstruktion der *brevi m. traditio* von selbst weg. Wir haben hier u. E. eben einen Fall, der keine Tradition ist, aber die konstitutiven Elemente der Tradition enthält, und zwar: den Uebereignungswillen und den Besitzerwerb, welche ganz selbständig und von einander getrennt hervortreten können. Eben deshalb kann unser Fall mit Fug und Recht mit dem Typus der Tradition von Hand zu Hand verglichen werden, weil bei der letzten Art der Uebereignung und beim Fruchterwerb die rechtsbegründenden Elemente dieselben sind.

Im Uebrigen wollen wir zugeben, dass bei der hier versuchten Zurechtlegung des Eigenthumserwerbs des Pächters, der Begriff des s. g. derivativ-konstitutiven Erwerbs <sup>1)</sup> sich nicht bewährt; aber warum sollte nicht angenommen werden, dass die Früchte sich als ein ganz neuer Produkt darstellen und dass der Pächter an diesem gleich von Anfang an neuen Produkte unmittelbar Eigenthümer wird, sofern die Zustimmung des Verpächters zur Zeit der Ernte als fortbestehend betrachtet werden muss? Warum könnte, wenn man schon um jeden Preis an der modernen Begriffsbestimmung des translativen und originären Erwerbs festhalten will, beim Fruchterwerb des Pächters eine Kombination des derivativ-originären Erwerbs nicht angenommen werden? Vom reinrömischen Standpunkt aber ist dieser Umstand von untergeordneter Bedeutung; denn die Begriffe des translativen, translativ-konstitutiven und originären Erwerbs wurden nicht so streng auseinandergehalten und waren den römischen Juristen nicht ganz bekannt <sup>2)</sup>.

Auf Grund der obigen Ausführungen möchten wir folgende Definition der Tradition als Eigenthumserwerbsart vorschlagen: „Tradition als Uebereignungsakt ist der reale Vollzug des Veräußerungswillens“ <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Darüber Dernburg Pandekten I. §. 81. Anm. 6. Regelsberger Pandekten §. 120. Anm. 5. aber auch Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II. 1. Abth. S. 420.

<sup>2)</sup> Darüber Czyhlarz a. a. O. S. 19. fg. und Pernice in den Parerga II. S. 205. „die röm. Lehre hat bekanntlich den Unterschied von translativer und constitutiver Rechtsübertragung nicht — er ist sehr junger Herkunft“.

<sup>3)</sup> Nichts auszusetzen wäre auch an der Definition von Piniński a. a. O. Bd. II. S. 171. Anm. „Das mit Zustimmung des Eigenthümers durch reale Willensbethätigung Ansichbringen der Sache“. Die Definition Exners

## §. 3.

**Die Zulässigkeit der Tradition zu Eigenthum an einen Stellvertreter und der Satz: „per liberam personam adquiri non potest“.**

Es hat bereits Perozzi<sup>1)</sup> den im röm. Recht anerkannten Grundsatz über die Zulässigkeit der Tradition an einen Stellvertreter mit dem althergebrachten Satze: „per liberam personam adquiri non potest“ in Zusammenhang gebracht. Schon einerseits der Umstand selbst, dass die hervorgehobene Regel mit grosser Zähigkeit<sup>2)</sup> von den römischen Juristen behandelt wurde und die Zulässigkeit des Eigenthumserwerbs durch Stellvertretung andererseits, spricht nach Perozzi gegen die Annahme der Vertragsnatur des Traditionsaktes; denn in diesem Falle, meint Perozzi, wäre der Satz „per liberam....“ thatsächlich durchbrochen und für einen verhältnissmässig grossen Umfang des Verkehrs ohne praktische Anwendung. Diese prima facie beinahe unumstösslich scheinende Behauptung erweist sich aber bei näherer Prüfung der Art und Weise, wie die römischen Juristen den Satz: per liberam personam.... praktisch gehandhabt haben, doch nicht ohne weiteres als sichergestellt. Beobachtet man nämlich den Zusammenhang, in welchem unser Satz in den einschlägigen Quellenstellen vorkommt<sup>1)</sup>, so bemerkt man, dass manche Stellen ganz allgemein aussagen „per extraneam personam nobis adquiri non posse, während andere aber, — und wir betrachten sie als viel erheblicher im Verhältniss zu den ersteren — ganz konkret aussagen „was“ durch Vermittlung einer libera persona nicht erworben werden kann, endlich werden einige Fälle vorgeführt, auf welche die Anwendbarkeit der Regel per liberam.... ge-  
leugnet wird. Als solche Fälle, deren juristische Beurtheilung

---

a. a. O. S. 11. „Tradition ist vertragsmässiger Erwerb eines dinglichen Rechts in der Form der Besitzergreifung, welche der Erwerber mit Zustimmung des Auktors vollzieht“ müssen wir aus Gründen prinzipieller Auffassung des Traditionsaktes für unannehmbar bezeichnen.

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 70. fg.

<sup>2)</sup> Darüber ausführlich Schlossmann Besitzerwerb durch Stellvertreter §. 6. und 7.

<sup>3)</sup> Gai II. 95. (§. 5. J. per quas pers. 2. 9.) Pauli R. S. V. 2. §. 2., 1. pr. C. per quas pers. 4. 27. l. 11. §. 6. D. de pign. act. 13. 7. l. 126. §. 6. D. de V. O. 45. 1. l. 43. §. 1. D. de iure dot. 23. 3.

nicht unter den Gesichtspunkt des Satzes *per liberam personam*.... fallen soll, werden genannt: *Constitutum debiti* zu Gunsten des Gläubigers seitens einer seiner Gewalt nicht unterstehenden Person ist zulässig: *quia ministerium tantummodo praestare videtur*<sup>1)</sup>; die *Exceptio des pactum de non petendo* kommt auch dem Bürgen zu gute, weil das nur eine Reflexwirkung des vom Schuldner mit dem Gläubiger abgeschlossenen *p. de non pet. ist: non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi qui pactus est, consuli videmur*<sup>2)</sup>.... die Erwirkung des Dekrets zur *Missio in bona* seitens eines Gläubigers hat auch für die anderen Gläubiger juristische Wirkung: *nec videbitur libera persona adquiri alii, quia nec sibi quidquam acquirit cui praetor permittit*<sup>3)</sup>.... Durch die seitens eines anderen vorgenommene Mahnung, geräth der Schuldner dem Gläubiger gegenüber in Verzug: *nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur sed officium impleri*<sup>4)</sup> Die *Prohibition* seitens eines Anderen begründet für mich das *interdictum unde vi: ergo facto magis tuo delinquentis quam alieno acquiritur mihi actio*<sup>5)</sup>. Die *Acceptilatio dotis constituendae causa* bei nicht zu Stande gekommener Ehe begründet eine *condictio* für die Frau gegen den Bräutigam: *tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum*<sup>6)</sup>. Erwägt man nun einerseits, dass die Quellen die Nichtzuständigkeit der *obligatio, actio, condictio* als die konkreten Befugnisse, die unter den Satz *per liberam personam*.... fallen, anführen, andererseits aber viele juristisch erhebliche Thatsachen aus dem Bereich des Satzes *per liberam personam*.... ausschliessen, da diese Thatsachen als reine Dienstleistung faktischer Natur aufgefasst werden, so entsteht die Frage, ob denn die Thatsachen, an welche der *Eigentums-erwerb* mittelst *Tradition* an *Stellvertreter* geknüpft wird, unter das Anwendungsgebiet des Satzes *per liberam personam*.... fallen oder nicht? Wir möchten aus folgenden Gründen das letztere, wenn auch nicht mit voller Sicherheit, behaupten:

<sup>1)</sup> l. 15. D. de pec. const. 13. 5. (Paul. l. 29. ad ed.).

<sup>2)</sup> l. 27. §. 1. D. de pact. 2. 14. (Paul. l. 3. ad ed.).

<sup>3)</sup> l. 12. D. de reb. auct. iud. 42. 5. (Paul. l. 59. ad ed.).

<sup>4)</sup> l. 24. §. 2. D. de usur. et fruct. 22. 1. (Paul. l. 37. ad ed.).

<sup>5)</sup> l. 3. pr. D. quod vi aut dam. 43. 24. (Ulp. l. 61. ad ed.).

<sup>6)</sup> l. 43. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. (Ulp. l. 3. disput.).

Unerlässliche Voraussetzung der Uebergabe zu Eigenthum ist der Besitzerwerb — die Zulässigkeit des Besitzerwerbs durch dritte, nicht gewaltunterworfenen Personen ist im röm. Recht ausnahmsweise anerkannt <sup>1)</sup>. Hier aber ist zugleich der Punkt, bei welchem an einen Konflikt mit dem Satze *per liberam personam...* gedacht werden könnte. Denn lässt man den Besitzerwerb durch Dritte zu, dann ist eben mit Rücksicht auf die Sachübergabe zu Eigenthum an eine dritte nicht gewaltunterworfenen Person auch das Hinterpförtchen geschaffen, um auch den *Rechtserwerb* durch Dritte zu ermöglichen. Nun fragt es sich: Hat die römische Jurisprudenz an diesen Punkt angelangt, wirklich anerkannt, dass dadurch der alt-hergebrachte Satz *per liberam personam....* der Gefahr ausgesetzt sei, durchbrochen zu werden? Wir möchten nur eine Vermuthung aufstellen, dass es manche Juristen gab, welche wahrscheinlich so gedacht haben und folgeweise die Zulässigkeit des Besitzerwerbs durch Dritte thatsächlich nur einzig und allein auf den Besitz einschränkten. Eine Stütze für diese Vermuthung verneinen wir in folgenden Fragmenten gefunden zu haben:

„l. 20. §. 2. D. de a. r. d. 41. 1. (Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum.)

Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

l. 8. C. de a. e. r. p. 7. 32. (Impp. Diocletianus et Maximianus a. 294.)

Per procuratorem utilitatis causa possessionem et, si proprietatis ab hanc separari non possit, dominium etiam quaeri placuit.

l. 23. (24.) D. neg. gest. 3. 5. (Paulus libro vicensimo quarto ad edictum).

---

<sup>1)</sup> Vgl. Pernice *Labeo* I. 488. fg.

ll. 20. §. 2. D. de a. r. d. 41. 1; 11. §. 6. D. de pign. act. 13. 7; 1. C. de a. et ret. poss. 7. 32; 1. C. per qu. pers. 4. 27; 53. D. a. r. d. 41. 1; 41. D. de usur. et usuc. 41. 3; 1. §. 20. D. de a. v. a. p. 41. 2. R. S. V. 2. §. 2. Gai. II. 95; 13. D. a. r. d. 41. 1; 34. §. 1. D. a. v. a. p. 41. 2; 8. C. de a. et ret. p. 7. 32. Vgl. noch Piniński a. a. O. II. S. 216. Anm. 1.

Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor.“

Ulpian, der die Zulässigkeit des Besitzererwerbs durch Dritte gewiss anerkennt <sup>1)</sup>, spricht sich nur zögernd für den *Eigenthumserwerb* durch den *Procurator* aus. — Die Kaiser Diocletian und Maximian legen noch am Ausgang des III. Jahrhunderts einen Werth darauf, besonders zu betonen, dass der Dritte auch das *Eigenthum* für den *Principal* erwerbe.

Paulus, der im 54. Buche seines Ediktskommentars (l. 1. §. 20. D. de a. v. a. p. 41. 2.) den *Besitzerwerb* durch den *Procurator* ohne alle Unterscheidung der *Prokuratoreneigenschaft* als *utilitatis causa* zulässigen hinstellt, behauptet ganz ausdrücklich: *proprietas quidem per procuratorem non adquiritur.*

Erwägt man nun noch, dass die Mehrzahl der Stellen, in deren *Thatbeständen* sehr sorgfältig die Möglichkeit des *Verstosses* gegen den Satz *per liberam personam...* erwogen wird, von Paulus herrührt, so erscheint die Vermuthung, dass Paulus, mindestens für den Fall der Zahlung an einen *Procurator*, den unmittelbaren *Eigenthumserwerb* zu Gunsten des *Prinzipals* nicht zulassen wollte — als naheliegend. Die Ausdruckweise also der oben citirten Stellen gibt u. E. zu erkennen, dass der Satz von dem *Erwerb des Eigenthums*, wo es von dem *Besitz* sich nicht trennen lässt, wie die *Konstitution 8. cit.* sagt, obgleich zur Zeit der klassischen römischen Juristen bereits anerkannt, nicht ohne *Gegenströmung* sich ausgebildet hatte. Im Resultate aber wird der *Eigenthumserwerb* durch Dritte im Grossen und Ganzen nur als *Konsequenz* der Zulässigkeit des *Besitzererwerbs* durch Dritte aufgefasst und auf diese Art wird der allerdings naheliegende *Einwand*, dass mit der Zulassung des *Besitzes* und durch seine *Vermittelung* des *Eigenthumserwerbs* der Satz *per liberam personam...* durchbrochen ist, vermieden oder seine *Relevanz* wenigstens abgeschwächt.

<sup>1)</sup> Vgl. die in der vorigen Note angeführten Quellenstellen.

Und eben diese Art und Weise, auf welche man sich den Eigenthumserwerb bei der Sachübergabe an den Vertreter des Destinatars zurechtgelegt hatte, scheint uns gegen die Annahme zu sprechen, als hätten die römischen Juristen die Uebergabe zu Eigenthum an den Vertreter als einen dinglichen Vertrag aufgefasst. Die Stellen, welche die Zulässigkeit der Uebergabe zu Eigenthum an einen Stellvertreter aussprechen, betonen nur das Moment der Zulässigkeit des Besitzerwerbs durch Stellvertreter — die Voraussetzung aber des Uebereignungsvertrags, dass der Vertreter auch den *animus dominii accipiendi* namens des Prinzipals erklären oder wenigstens innerlich haben müsse <sup>1)</sup>, wird nirgends hervorgehoben und es wird nicht zugegeben, dass der Eigenthumserwerb durch Uebergabe an den Vertreter mit dem Satze *per liberam personam...* in Kollision gerathe, was doch beinahe unverständlich wäre, wenn es feststünde, dass die Willensrichtung des Vertreters auch auf den Rechtserwerb, auf Abschluss eines Vertrags im Namen des Prinzipals gerichtet sein müsse.

#### § 4.

#### **Die materielle Tradition als „Form“ des Uebereignungsvertrags und die Zulässigkeit der Sachübergabe zu Eigenthum an eine Mittelperson.**

Die mit dem Begriff einer formellen Willenserklärung nicht zu vereinbarende Trennung zwischen Form — als welche bei Sachübergabe zu Eigenthum die materielle Tradition betrachtet wird — und Willensäußerung (*animus accipiendi dominii*) kommt u. E. zum Vorschein im Falle der Sachübergabe zu Eigenthum an eine Mittelperson. Ist nämlich das Kausal-

---

<sup>1)</sup> Darüber neuerdings Lenel, *Stellvertretung und Vollmacht* (Jahrb. f. Dogm. Bd. 36. S. 42. fg.) der das Erforderniss des inneren Willens auf seiten des Vertreters durch die objektiven Thatfachen ersetzt und für die Beurtheilung des Besitz bzw. Eigenthumserwerbs als entscheidend erachtet, andererseits aber anerkennt, dass das Erforderniss „des inneren Willens“ heutzutage von der herrschenden Lehre gebilligt wird — vgl. *Bremer Ztschr. f. Civ. und Proz. n. F.* Bd. 20. S. 45. fg. Bd. 11. S. 249. fg. und die von Lenel S. 42. Anm. 3. und S. 43. Anm. 1. angeführte Litteratur, bes. aber *Randa Besitz* (1895) S. 566. fg. und die Bemerkungen in den Anm. 21—23. incl.



geschäft zwischen den Hauptpartheien selbst zu Stande gekommen, wie in jenem von Exner <sup>1)</sup> angeführten Beispiele, wo jemand seinen Diener schickt, um eine von ihm bereits gekaufte Sache abzuholen, so erwirbt der Diener allerdings für den Prinzipal. Die Vertretungsbefugniß des Dieners muss auf den Besitzakt beschränkt werden; seine Thätigkeit ist bloss faktischer Natur — der Diener ist wesentlich ein „lebendiges Werkzeug“, durch welches die Sachapprehension, die faktische Herrschaft des Herrn vermittelt wird — der Besitzdiener hat aber nicht die Befugniß dazu, um den animus dominii accipiendi dem Tradenten gegenüber zu erklären; und der aus der Kausalgeschäftserklärung zu entnehmende von dem Prinzipal selbst geäußerte animus accipiendi dominii kann nicht in Betracht kommen, wenn es richtig ist, dass die Besitzübertragung eine „Form“ des Uebereignungsaktes sei. Denn Form und Inhalt einer Willenserklärung sind eine „Einheit“; in unserem Falle aber wären Form und Inhalt zeitlich von einander getrennt. Noch auffallender zeigt sich aber die Spaltung zwischen dem Willen und der angeblichen Form (Besitzübernahme) in dem Falle, wo die Mittelsperson von dem Kausalverhältniss, auf Grund dessen die Sache übergeben wird, nichts weiss, wo sie z. B. meint, die Sache als Depositum für den Prinzipal anzunehmen, während es sich in Wirklichkeit um eine Schenkung handelt. Den animus dominii accipiendi kann die Mittelsperson nicht haben, und der animus dominii accipiendi des Herrn wäre bei konsequenter Festhaltung an dem Begriffe des formellen Uebereignungsvertrags rechtlich belanglos. Die Schwierigkeit den Grundsatz von der materiellen Tradition als Form des Uebereignungsvertrags mit den Grundsätzen über den Besitzerwerb durch dritte in Einklang zu bringen, wird u. E. dadurch nicht beseitigt, dass in den Fällen, wo die Hauptpartheien das Kausalgeschäft selbst abgeschlossen haben, der „Besitzmittler“ wesentlich als „Bote“<sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 128. Anm. 13.

<sup>2)</sup> Randa Besitz S. 572. fg. Anm. 31. 32. und S. 537. Anm. 3. und die von Randa angeführten — Scheuerl Beiträge II. S. 134. aber auch Exner a. a. O. S. 128. Anm. Windscheid I. §. 73. Anm. 11. „Ebenso lässt sich sagen, dass auch bei dem an den Besitz angeknüpften Eigenthumserwerb der Vertreter, welcher zu dem, was er thut, speciell beauftragt worden ist, nicht seinen eigenen Willen im Namen des Anderen erklärt, sondern nur

betrachtet wird. Denn in dem Fall, wo der Bote den Auftrag erhalten hat, die Sache abzuholen, ohne überhaupt etwas näheres von dem Kausalverhältniss zwischen dem Prinzipal und dem Tradenten zu wissen, kann er natürlich den animus domini accipiendi bei der an ihn erfolgten Sachübergabe nicht erklären. Das Resultat wäre: Der Annahmewille des Herrn wäre formlos, weil nicht im Besitzerwerb verkörpert; der Annahmewille wurde zuvor erklärt: der Besitzerwerb erfolgte erst später: die Konzentration der Willenserklärung und der Form der Erklärung geht aus den Fugen, und dadurch verschwindet vollständig der formelle Charakter des Uebereignungsvertrags. Wenn nun in dem Faktum des Besitzerwerbs durch eine Mittelsperson nicht nothwendig, nicht immer ein konkludenter Ausdruck des animus domini accipiendi der für den Prinzipal zu Eigenthum übergebenen Sache gefunden oder angenommen werden kann, dann muss folgerichtig behauptet werden, dass die causa efficiens der Rechtsübertragung der Uebereignungswille des Tradenten allein ist, dass er sich nicht zu einem Vertrag zusammenschliessen braucht, dass also der Tradent die intendirte Absicht, sein Recht an der Sache zu übertragen, erreicht, sofern nur auf der anderen Seite vom Destinatar oder von seinem Vertreter der Besitz der Sache für den Destinatar ergriffen wurde.

§. 5.

**Mit der Vertragsnatur des Uebereignungsaktes ist die Entscheidung Ulpian's l. 13. D. de donat. 39. 5. nicht in Einklang zu bringen — die widersprechende Entscheidung Julian's l. 37. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1. spricht nicht unbedingt für die Vertragsnatur des Uebereignungsaktes durch materielle Tradition.**

l. 13. D. de donat. 39. 5.	l. 37. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1.
Qui mihi donatum volebat servo	Si cum mihi donare velles iusse-

Träger und Ueberbringer des fremden Willens ist.“ Diese Begriffsbestimmung der Botenqualität ist im Allgemeinen richtig, erweist sich aber in Anwendung auf den Besitzdiener als trügerisch, denn der Besitzdiener realisirt zwar den Aneignungswillen des Herrn, braucht aber nicht den diesbezüglichen Willen des Herrn zu erklären. Die Beschränkung der Thätigkeit des Besitzdieners auf das „Realisiren“ der Aneignungsabsicht des Herrn tritt klar hervor bei der Occupation in fremdem Auftrag. Hier wird durch die Thätigkeit des Beauftragten nicht der Wille des Herrn erklärt — der Wille wird aber realisirt,

<p>communi meo et Titii rem tradidit; servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur, quid ageret. Et placet, quamvis servus hac mente accepit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus accepit, nihil agit in sua persona sed mihi acquirit (Ulpianus libro septimo disputationum).</p>	<p>rim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente accepit, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente accepit, ut suam faceret, nihil agetur. Quod si servus communis hac mente accepit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. (Julianus libro quadragesimo quarto digestorum.)</p>
--	--

Die beiden Fragmente sind schon seit der Glossatorenzeit unendlich oft erörtert worden — auf die vielfachen Auslegungen und Vereinigungsversuche wird hier nicht näher eingegangen, und es werden die Fragmente nur im Anschluss an den Begriff des Traditionsvertrags ins Auge gefasst. <sup>1)</sup>

a) Primus hat in Schenkungsabsicht dem gemeinschaftlichen Sklaven des Geschenknehmers (Secundus) und des Titius

---

<sup>1)</sup> Der meisten Anhänger erfreut sich gegenwärtig die von Bremer (Zschr. f. Civ. und Proz. N. f. XI. S. 249—266 und XX. S. 53 fg., ausführlich vertheidigte Vereinigung, nach welcher in beiden Fragmenten ganz verschiedene Thatbestände (voluntas obscura — voluntas aperta) anzunehmen seien — dagegen Exner a. a. O. S. 136, Anm. 39, vgl. Windscheid I. §. 155 Anm. 7. Mitteis, Stellvertretung S. 140 fg. Für den Widerspruch Dernburg Pandekten I. S. 426 Anm. 13, Salkowski Sklavenerwerb S. 64. Schlossmann in der Grünhuts Zschr. Bd. VIII. S. 437 fg., vgl. auch Piniński a. a. O. II. S. 544. Gegen die Ergänzung der Julianischen Stelle durch die Worte „in sua persona oder ex mente procuratoris“ (so Zoll, Grünhuts Zschr. 9. S. 37 fg.) vgl. Schlossmann ebenda S. 329 und Piniński a. a. O. Das nihil agetur Julians wird auf Eigenthumsübergang beschränkt von: Arndts Pandekten §. 140. Anm. 4. vgl. Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 276, Scheuerl Beiträge II. S. 128 fg. Bekker Besitz S. 213, Schlossmann (Grünhuts Zschr. VIII. S. 439 und S. 445. Randa Besitz S. 570. Anm. 27. Randa erblickt in der Entscheidung Ulpians „eine Singularität, welche einen bedenklichen (auch unnöthigen) Bruch in die Konsequenz des Rechtes bringt“, — vgl. aber betreffend diesen letzten Punkt Lenel a. a. O. (Jahrb. f. Dogm. Bd. 36.) S. 63 fg. Für die Antinomie auch Eck, Pandektenvorlesung, Sommersemester 1894, wobei er bemerkt, dass Julian subtilius, wogegen Ulpian „utilius“ entschieden hatte. Vgl. ausserdem Kohler (Arch. für bürgerl. Recht). Bd. VIII. S. 54 fg.

tradirt. Der Sklave hat angenommen entweder mit der Absicht, ausschliesslich dem Titius, oder mit der Absicht, dem Titius und dem Secundus zu erwerben. Ulpian entscheidet: *et placet mihi (Secundo) tamen adquiri*. Diese Entscheidung wird motivirt durch Heranziehung eines Falles, wo statt der Gewalt unterworfenen eine *persona non subjecta*, ein prokurator, auftritt, und es wird wiederum entschieden: *nihil agit in sua persona, sed mihi adquiri*. Julian, dessen Digesten Ulpian bei Abfassung seines Falles vor sich allem Anschein nach gehabt haben musste <sup>1)</sup> entscheidet, dass eine wirksame Tradition in beiden Fällen nicht zu Stande kommt.

Es fragt sich vor allem: wie sollen wir uns den den Entscheidungen zu Grunde liegenden Thatbestand, welcher nach der beinahe gänzlichen Uebereinstimmung des Ausdrucks zu urtheilen, für beide Entscheidungen als identisch angenommen werden darf, näher vorstellen? Nach Donellus-Bremer, dem die neueren Schriftsteller meistentheils zustimmen <sup>2)</sup>, liegt der Entscheidung Ulpian's folgender Thatbestand zu Grunde: Der Tradent will erklärermassen Besitz und Eigenthumserwerb für den Prinzipal, während der Vertreter im Stillen den Willen hat, für sich zu erwerben. Auf Grund des so konstruirten Thatbestandes wird nun behauptet, dass dem geäusserten Willen des Tradenten der nichtgeäusserte Wille des Empfängers gegenüber überhaupt nicht in Betracht komme und dass das Schweigen des Empfängers als Konsens mit dem tradentischen Willen aufzufassen sei. So hofft man zuversichtlich, durch jene Supposition „den Inhalt der Stelle mit anerkannten Grundsätzen in Einklang“ gebracht zu haben <sup>3)</sup>. Was zunächst die „*voluntas obscura*“ des prokurators anbelangt, so ist es mindestens zweifelhaft, ob der von Donellus so gebrauchte Ausdruck ganz getreu dem entspricht, was Bremer und seine Anhänger darunter verstehen wollen, d. h. ob die „stille, dem tradentischen Willen entgegengesetzte Absicht“ sich mit der Wendung „*voluntas obscura*“ deckt. Donellus sagt nämlich: *Juliani sententiae locum esse.... in voluntate aperta procura-*

<sup>1)</sup> Lenel a. a. O. S. 65. Anm. 1.

<sup>2)</sup> Windscheid I. § 155. und die in der Anmerkung 7. Angeführten.

<sup>3)</sup> Windscheid I. §. 155. Anm 7.

toris.... Ulpiani autem in voluntate obscura.<sup>1)</sup> Wenn man obscura voluntas — vom sprachlateinischen Standpunkt gewiss richtiger — mit „ein unklar, undeutlich geäußertes Wille“ übersetzt, dann fällt auch von selbst die Möglichkeit weg, die voluntas aperta des Donellus mit dem „ein äusserlich erkennbarer, dem tradentischen Willen entgegengesetzter Wille“ zu übersetzen; vielmehr hätte voluntas aperta zu bedeuten „ein klar ausgedrückter Wille“ oder „ein unzweideutig ausgedrückter Wille“. Dann aber müsste man in beiden Fragmenten andere Thatbestände voraussetzen als dies Bremer thut, und müsste der Donell'sche Ausspruch etwa so gedeutet werden: Die Entscheidung Julians kommt dann in Anwendung, wenn der Prokurator unzweideutig seinen Willen, für den Prinzipal oder für sich selbst erwerben zu wollen, kundgegeben hat. Hat der Prokurator seinen Willen, für den Herrn erwerben zu wollen, kundgegeben, so erwirbt er selbstverständlich für ihn (dies brauchte Julian kaum besonders hervorzuheben); hat aber der Prokurator seinen Willen, für sich erwerben zu wollen, irgendwie kundgegeben, dann bleibt der Tradent Eigenthümer der Sache, und der Prokurator begehrt je nach den Umständen ein furtum. Die Entscheidung aber Ulpian's sollte dann Platz greifen, wenn der diesbezügliche Wille des Prokurators auch bei der peinlichsten Würdigung sämtlicher Begleitumstände nicht ermittelt werden kann; dann soll man an dem übrigen, klarliegenden Thatbestand festhalten, und wenn es nun einmal feststeht, dass der Tradent dem Prinzipal schenken wollte, so soll seine Absicht trotz der unklaren Willensäußerung des Vertreters den rechtlichen Erfolg erreichen, dem Prinzipal soll dann die Sache erworben werden. Durch jene Deutung der Donell'schen Aeußerung gelangt man auch zu der Annahme, dass zwischen beiden Fragmenten, da sie verschiedenartig gestaltete Thatbestände zum Ausgangspunkt haben, kein Widerspruch obwaltet. Verallgemeinert man den Gedanken von Donellus, so könnte er etwa so ausgedrückt werden: Regelmässig werde zur Uebereignung die Willensübereinstimmung der

<sup>1)</sup> Com. de iure civ. V. 10. §. 6.

Vgl. Exner a. a. O. S. 136. Anm. 39., Piniński a. a. O. II. S. 544 fg. Perozzi a. a. O. 91. „Die übliche Erklärung dessen, was unter „obscura“ und was unter „aperta voluntas“ zu verstehen sei (ist) theils nicht präcis genug, theils unrichtig“ Piniński l. c.

Partheien erfordert werden müssen — aber es kann auch dann der Tradition die Wirkung nicht versagt werden, wenn nur der in Bewegung gesetzte Uebereignungswille des Tradenten ausser Zweifel steht; denn dann erwirbt trotz Mangels des Konsenses derjenige, für welchen der Tradent die Sache bestimmt habe. Nimmt man also die Wendungen *voluntas aperta* und *obscura* in dem Sinne, denn wir oben an diese Wendungen geknüpft haben, so müsste man zwischen Donellus und dem, was Bremer als seine Ansicht hinstellt eine erhebliche Differenz statuiren. Nach der herrschenden Lehre wird die objektiv wahrnehmbare, entgegengesetzte und nur dem Tradenten verborgen gebliebene Absicht des Prokurators völlig ignorirt, während nach Donell in diesem Falle u. E. die Entscheidung Julians zur Anwendung käme, weil dann auch der „für Andere wahrnehmbare“, wenngleich dem Tradenten verborgen gebliebene Wille des Prokurators *voluntas aperta* genannt werden kann; für den Fall des „zweideutig“ erklärten Willens des Prokurators enthalten nach der herrschenden Lehre die in Rede stehenden Fragmente keinen Anhaltspunkt; nach Donell wäre aber in dem zuletzt genannten Falle die Entscheidung Ulpian's am Platze. Im Grossen und Ganzen hat demnach Savigny<sup>1)</sup> u. E. den Gedanken Donellus richtiger wiedergegeben, wenn er im Allgemeinen behauptet, dass bei der Tradition der Wille des Tradenten in Betreff der Person des Erwerbers von entscheidender Bedeutung sei.

b) Es fragt sich aber, ob die Donell'sche Auffassung, mag sie nun so oder anders gedeutet werden, den Entscheidungen der beiden Juristen zu Grunde liegt und ob wirklich eine Antinomie zwischen beiden Fragmenten nicht anzunehmen sei. Wir möchten uns aus den bereits von Schlossmann, Piniński, Perozzi, Lenel<sup>2)</sup> angeführten Gründen eher zu Gunsten der Antinomie aussprechen; nur möchten wir noch folgendes hinzufügen. Die Divergenz zwischen den Meinungen von Julian

---

<sup>1)</sup> Besitz S. 353 (306) vgl. auch Brinz Pandekten I. S. 521. „Stehen wir aber vor einer Antinomie, so dürfte die Ulpian'sche l. 13. den Vorzug verdienen; denn billiger ist es, dem übereinstimmenden Willen der Hauptpersonen zu folgen, als durch den der Mittelsperson alles verderben zu lassen“

<sup>2)</sup> Schlossmann in Grünhuts Zschr. VIII. S. 429 fg., Piniński a. a. O. II. S. 544. Perozzi a. a. O. S. 91 und 174 fg. Lenel a. a. O. S. 65 fg. vgl. Exner a. a. O. Brinz Pandekten I. S. 521.

und Ulpian konnte auch darin ihren Grund gehabt haben, dass der Wille des Tradenten, obwohl er objektiv feststand, dem Prokurator gegenüber nicht oder nicht deutlich genug erklärt wurde, weshalb der Prokurator vollen Grund hatte anzunehmen, dass die Sache für ihn bestimmt war <sup>1)</sup>. Die Neueren beschränken die Entscheidung Ulpians auf den Fall, dass der Prokurator auf die Aeusserung des Tradenten schweigt und im Stillen die Sache für sich haben will — eine Einschränkung, die in dem Wortlaut der Stelle keine Stütze findet<sup>2)</sup>. Die Entscheidung gilt auch für den Fall, wo der Prokurator mangels der diesbezüglichen Erklärung des Tradenten vollen Grund hatte anzunehmen, dass ihm tradirt wurde, oder wo der Prokurator die diesbezügliche Erklärung des Tradenten missverstanden hatte und als eine auf ihn bezugnehmende sich vorstellte; das Fragment muss auch auf den von Lenel<sup>3)</sup> vorausgesetzten Thatbestand ausgedehnt werden, wo der Prokurator den Tradenten zwar ganz richtig verstanden hat, trotzdem aber das vom Tradenten als massgebend bezeichnete, auf den Prinzipal abzielende Kausalverhältniss nicht anerkennt, sondern an dessen Stelle eigenmächtig eine andere causa setzt, die ihn selbst zum Erwerber macht (er ist z. B. Gläubiger des Tradenten) die Entscheidung gilt ebenso für die Fälle, in denen der Prokurator durch seine entgegengesetzte Absicht redlich handelt, wie auch für die Fälle, wo er durch die entgegengesetzte Absicht gegen die Moral oder direkt gegen das Strafrecht verstösst. Natürlich muss man für jeden einzelnen Fall u. E. von der einzigen Voraussetzung ausgehen, dass die erwähnten Absichten und Intentionen des Prokurators, obgleich für Dritte wahrnehmbar, so doch für den Tradenten verborgen geblieben

---

<sup>1)</sup> Vergegenwärtigt man sich die sociale Stellung eines römischen Prokurators und sein Verhältniss zum Prinzipal, so wird man umsoeher geneigt sein, die oben im Texte vorausgesetzte Sachlage als wahrscheinlich zu erachten, vgl. Schlossmann *Besitzerwerb durch Stellvertreter* S. 89 fg. und 101. Dernburg I. S. 283, und Anm. 11, S. 424.

<sup>2)</sup> Vgl. Perozzi a. a. O. S. 91 fg.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 65, welcher aber die Anwendbarkeit der Entscheidung l. 13. cit. auf den Fall des Missverständnisses ausgeschlossen wissen will und auf diesen letzteren Fall eben die Entscheidung l. 37. S. 6 cit. anzuwenden geneigt wäre. Vgl. ebendâ Anm. 2; dort auch der Versuch die berüchtigte Antinomie zwischen beiden Fragmenten zu beseitigen.

sind — dass also der Prokurator „simpliciter“ die Sache in Empfang nimmt. Ulpian entscheidet für sämtliche Fälle, dass trotz der entgegenstehenden Absicht des Prokurators der Besitz und das Eigenthum der Sache dem objektiv feststehenden Willen des Tradenten gemäss, dem Prinzipal erworben sei. Nun kommt der springende Punkt. Warum entscheidet Julian im Gegensatz zu Ulpian? War für die Julian'sche Entscheidung ausschlaggebend der Mangel an Uebereignungskonsens oder aber der Umstand, dass der Prokurator beim Mangel des Willens für den Prinzipal zu erwerben, da der Besitz den Eigenthumserwerb vermittelt, auch Eigenthum an der geschenkten Sache für den Prinzipal nicht erwerben konnte? Der Grundsatz, dass der Besitz durch Vertreter dem Prinzipal nur dann erworben wird, wenn der Vertreter irgendwie durch sein Benehmen, durch seine Erklärungen, durch sein Verhältniss, in dem er zu dem Prinzipal steht, zu erkennen gegeben hat, dass er für den Prinzipal erwerben will, muss allerdings nach dem jetzigen Stande der Ueberlieferung als feststehend betrachtet werden, und angesichts dessen ist eher anzunehmen, dass Julian sich einfach an die Regel haltend aus Gründen, die in der Besitzlehre liegen, den Eigenthumserwerb leugnet. Positiv lässt sich besser der Mangel des Besitzerwerbs, als der Mangel des Uebereignungskonsenses nachweisen, denn für das Dogma, dass die Tradition ein Vertrag sei, kann u. E. kein positiver, unumstösslicher Beleg angeführt werden. Auf die Frage, ob Julian für den Einzelfall richtig entschieden hat, ob er auch praktisch entschieden hat, können wir nicht näher eingehen; wir meinen aber, dass alles, was gegen l. 1. §. 19. 20. D. de a. v. a. p. 41. 2.<sup>1)</sup> und ihren Verfasser Paulus oder dessen Gewährsmänner vorgebracht wurde, dass dies alles die Abweichung Ulpians von der Regel für den Einzelfall rechtfertigt — aber dies alles berechtigt nicht, den Bestand der Regel l. 1. §. 19. 20. cit. welche in l. 37. §. 6. cit. ihren praktischen Ausdruck gefunden hat für das röm. Recht zu bezweifeln und in Frage zu stellen. Ulpian geht allem Anscheine nach von der Anschauung aus, dass der von dem Prinzipal zum Erwerb beauftragte und bevollmächtigte Vertreter eben

---

<sup>1)</sup> Siehe Gradenwitz Interpolationen S. 221. Gradenwitz erachtet den Satz cum autem suo... für interpolirt, vgl. auch Lenel a. a. O. S. 45. Anm. 1.



auf Grund des Verhältnisses, in dem er zu dem Prinzipal steht, dem letzteren erwirbt, mag er in einem konkreten Falle zu erkennen gegeben haben, dass er nicht Willens sei für den Prinzipal zu erwerben. Ulpian fragt: 1. Auf wen bezieht sich das intendirte Kausalgeschäft? 2. Ist die Mittelsperson eine zum Erwerb für den Prinzipal beauftragte Person und ist sie als solche dem Tradenten bekannt? — Julian fragt aber noch ausserdem 3. will der Vertreter für den Prinzipal erwerben? und 4. hat er diese seine Absicht dem Tradenten kundgegeben? Die Divergenz der Ansichten zwischen Julian und Ulpian bewegt sich demnach ausschliesslich auf dem Gebiete der Besitzlehre<sup>1)</sup>, weder Julian noch Ulpian haben ihre Entscheidungen in konsequenter Anwendung des Dogmas von der Vertragsnatur der Tradition getroffen.

c) Der Entscheidung Ulpians wird von den Neueren Beifall gespendet, weil er praktisch entschieden hat. Dadurch wird vorausgesetzt, dass die Entscheidung ein eigenstes Geistesprodukt Ulpians sei. Wir können nicht einige Zweifel unterdrücken. Das „placuit“ Ulpians scheint dagegen zu sprechen, als ob Ulpian ganz selbständig auf Grund der genauesten Prüfung der verschiedenen konkreten Sachlagen, die man sich unter Annahme eines Dissenses in Gedanken ausmalen kann, seine Entscheidung getroffen hätte. Das placuit scheint darauf hinzuweisen, dass Ulpian die ältere Lehre befolgt, welche die Voraussetzungen des Besitzerwerbs durch Dritte, namentlich den Begriff des Stellvertreters noch nicht durchgebildet hatte, während Julian mit diesem durchgebildeten Begriff operirt. Die divergirenden Entscheidungen der beiden Juristen haben u. E. ihren Grund in der verschiedenen juristischen Auffassung der Stellung, welche dem Procurator beim Besitzerwerb zukommt. Es ist bekannt, dass eine Vertretung im corpus oder eine solche im corpus und animus rechtlich zulässig und faktisch möglich ist. Bei der ersten Art der Vertretung soll der Vertreter nur den Willen haben, den animus possidendi des Prinzipals faktisch in Ausführung zu bringen — auf seine sonstige Willensrichtung kommt es überhaupt nicht an<sup>2)</sup>. Nun

---

<sup>1)</sup> Ihering Besitzwille S. 379., Piniński II. 212. fg. bes. S. 233., Lenel a. a. O. S. 45. fg.

<sup>2)</sup> Vgl. Karlowa röm. Rechtsgeschichte II. 1. 337. fg.

ensteht die Frage: ist die Mittelsperson in diesem Falle wirklich ein Vertreter nur in Bezug auf das corpus, ist sie nur ein Gehilfe, ein Besitzdiener oder ist sie doch ein Stellvertreter s. str.? Ersterenfalls kommt auf ihre Willensrichtung nichts an, im zweiten Fall ist sie von einschneidender Bedeutung. Und doch ist der Unterschied, ob ein Vertreter, mag er in concreto Prokurator, Verwalter, Diener sein, im Falle eines Specialauftrags, wie dies in den beiden Fragmenten vorausgesetzt werden muss, ein Besitzgehilfe oder ein Stellvertreter sei, sehr flüssig; die beiden Begriffe lassen sich nach festen, sicheren Merkmalen nicht von einander abgrenzen<sup>1)</sup>. Diese subtile und zugleich sehr feine Frage konnte sehr wohl von beiden Juristen anders aufgefasst werden. Und so mochte Ulpian, der den älteren Anschauungen huldigte, den Prokurator für einen blossen Besitz-Diener, Julian, der die neue Richtung befolgt, mochte den Prokurator für einen echten Stellvertreter erachtet haben. Ein äusserliches Merkmal für diese letzte Vermuthung liesse sich aus dem Julianischen Fragment anführen. Julian erwähnt, dass der Geschenkgeber auf Grund eines „iussus“ des Geschenknehmers die Sache ausgefolgt hatte. Bekanntlich aber hat sich der Begriff der Vollmacht in direkter Anlehnung an das alte civile Institut des „iussus“ ausgebildet<sup>2)</sup>. Ulpian drückt sich anders aus und ohne Bezugnahme auf den iussus — auch ein Anzeichen dafür, dass er möglicherweise den Prokurator nur für einen Besitzdiener gehalten habe und deshalb seine Willensrichtung völlig ignorirte.

d) Stellt man sich auf den hier zurückgewiesenen Standpunkt, dass die beiden Juristen ihre Entscheidungen aus dem Prinzip des Uebereignungsvertrags getroffen haben, dann ist die Entscheidung Julians für die Anhänger des Traditionsvertrags allerdings sehr günstig<sup>3)</sup>, nur erwächst für sie die Noth-

---

<sup>1)</sup> Auch heutzutage herrscht viel Streit darüber vgl. statt aller Randa Besitz S. 572. und die in den Anm. 30 a. 31—32. angeführten Schriftsteller. — Piniński II. S. 234. fg. und Anm. — Hellmann, Stellvertretung S. 19. fg. Mitteis Stellvertretung §. 15. Ausserdem noch Pernice Labeo I. 513. fg.

<sup>2)</sup> Darüber Pernice Labeo I. S. 504. fg.

<sup>3)</sup> Auf Grund der Entscheidung l. 37. §. 6. cit. rechnet auch Pernice (Zschr. f. Hdr. Bd. 25.) Julian zu den Anhängern der Vertragskonstruktion der Tradition.

wendigkeit, sich mit dem Ulpianischen Fragment abzufinden. Dies geschieht unter Heranziehung des Begriffs der s. g. stillschweigenden Willenserklärung und des Satzes: qui tacet, consentire videtur<sup>1)</sup>. Nach Windscheid soll das Schweigen als Konsens gelten. Nun fragt es sich aber, ob dies für den Fall Ulpians zutrifft, wo doch aus den Umständen zu ersehen ist, dass der Prokurator für sich die Sache behalten will, schon abgesehen davon, dass, in der einfachen Empfangnahme der Sache die Erklärung, für den Prinzipal erwerben zu wollen, nicht ohne weiteres enthalten sei. Die Argumentation, dass in gewissen besonderen Fällen der dem tradentischen Willen zuwiderlaufende Wille des Stellvertreters nicht berücksichtigt wird, scheint u. E. besser begründet zu sein, als diejenige, dass der entgegengesetzte, aber dem Tradenten gegenüber nicht geäußerte Wille, dass also ein derartiges Benehmen als Annahme der tradentischen Erklärung aufzufassen sei, denn die letzte Argumentation läuft doch in eine Fiktion hinaus. Deshalb verwirft Dernburg<sup>2)</sup> die Argumentation von Windscheid und behauptet, dass die mentale Reservation vom Rechte als ohne irgendwelche Bedeutung behandelt wird. Gegen Windscheids Annahme der stillschweigenden Willenserklärung lässt sich hauptsächlich einwenden, dass die Frage, inwiefern das Schweigen als Konsens gilt, überhaupt sehr bestritten ist. Viele, mit Savigny<sup>3)</sup> an der Spitze, leugnen schlechthin, als ob das Schweigen als Konsens gelten könnte. Dernburg äußert sich darüber auch mit weitgehender Einschränkung „Stillschweigen gilt dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren“<sup>4)</sup>.

In den Fällen, in denen es zu einem Dissens deshalb gekommen ist, weil der Vertreter den Tradenten missverstanden

---

<sup>1)</sup> Windscheid §. 172. Anm. 13. vgl. Dernburg I. §. 98.

<sup>2)</sup> I. S. 426. „Diese Absicht ist anzunehmen, wenn der Stellvertreter eine ihm für seinen Prinzipal übergebene Sache vorbehaltlos annimmt, auch wenn er denkt aber nicht erklärt, dass er die Sache für sich oder einen Dritten erwerben wolle. Dergleichen innere Vorbehalte berücksichtigt das Recht nicht“.

<sup>3)</sup> System Bd. 3. S. 248.

<sup>4)</sup> §. 98. und Litteraturangaben in Anm. 15.

und vollen Grund hatte, die Sache für sich in Empfang zu nehmen, kann nicht gesagt werden, dass für ihn die Pflicht bestanden hat seinen Willen dem Gegenkontrahenten zu äussern.

Die Supposition der stillschweigenden Erklärung wäre nur dann am Platze, wenn das für Dritte erkennbare Benehmen des Vertreters derartig beschaffen wäre, dass daraus nach der Lebens und Verkehrsanschauung eine Schlussfolgerung „für den Prinzipal besitzen zu wollen“ gezogen werden könnte. (Der Vertreter hat das simpliciter vom Dritten angenommene Paquet mit der Aufschrift: Eigenthum des N. N. in seine Kasse gelegt). Dann, aber auch nur dann, könnte angenommen werden, dass obgleich der Vertreter beim Empfang gar nichts erklärt hat, aus seinem für Dritte erkennbaren Benehmen sich doch ergebe, dass er den Willen „für den Prinzipal besitzen zu wollen hatte. Die Fälle Julian-Ulpian sind aber so konstruirt, dass das Benehmen des Vertreters, seine Behandlung der im Empfang genommenen Sache eben zu erkennen geben, dass er die Sache für sich haben will. Und bei solcher Sachlage wäre doch die Annahme, dass der Vertreter durch sein Schweigen bei der Empfangnahme sich dem tradentischen Willen gefügt hätte etwas gekünstelt — während es einen ganz guten Sinn hat, wie dies auch Savigny annimmt, zu behaupten, dass die Willensrichtung des Vertreters überhaupt nicht in Betracht komme und nur der Wille des Tradenten von entscheidender Bedeutung sei. Das wichtigste aber, was u. E. direkt gegen Windscheid-Dernburg spricht, ist der Umstand, dass nach der Ansicht der genannten Autoren<sup>1)</sup> der Regel nach für den Besitzerwerb des Dritten (Prinzips) nicht gefordert wird, dass der Vertreter seinen animus alieno nomine possidendi dem Tradenten gegenüber äussere, dass der Vertreter jenen Willen ihm mittheile, sondern dass es vollständig genüge, wenn der Vertreter den animus, nomine des Prinzipals besitzen zu wollen, habe. Wenn also der innere Wille alieno nomine possidendi nach der herrschenden Lehre zum Erwerb für den Prinzipal genüge, dann verwickelt man sich in einen unlösbaren Widerspruch, wenn man andererseits behauptet, dass dieser innere Wille, insofern er dem tradenti-

---

<sup>1)</sup> Dernburg Pandekten I. S. 426. und Windscheid Pandekten I. §. 155. Anm. 7. 2.

schen Willen widerspricht, doch als Konsens, als Wille alieno nomine possidendi gelten soll; denn dann wird die Symetrie für beide Gestaltungen ganz zerstört; einmal wird der innere Wille, das andere Mal der Wille als Erklärung zum entscheidenden Moment erhoben.

Unser Resultat ist: Wenn der Tradent die Absicht, dem Prinzipal unmittelbar zu übereignen, irgendwie kundgegeben und zu diesem Zwecke die Sache dem Prokurator des Prinzipals ausgefolgt hat, so erwirbt der Letzte sofort Besitz und Eigenthum: die Willensrichtung des Prokurators kommt überhaupt nicht in Betracht, weil für die Wirkung der Rechtsübertragung durch Sachübergabe einzig und allein der Uebereignungswille des Tradenten entscheidet und weil — (eben betreffs dieses Punktes sind die Meinungen zwischen Ulpian und Julian getheilt) — trotz der entgegengesetzten Willensrichtung, der Prokurator für den Prinzipal Besitz erwirbt (so Ulpian). Diesen letzten Punkt bestreitet aber Julian <sup>1)</sup>, und infolge dessen musste er den Eigenthumserwerb für den Prinzipal leugnen. Die l. 13. cit. widerspricht der Vertragsnatur der Tradition unbedingt. Ulpian müsste der Vorwurf einer groben Zerstreuung nicht erspart bleiben, dass er, wenn er sonst die Tradition als Vertrag aufgefasst hatte, eine solche Entscheidung wie in l. 13. cit. gegeben hat. Julian widerspricht zwar Ulpian; aber dieser Widerspruch Julians hat seinen Grund nicht nothwendig in der Auffassung der Tradition als eines Vertrags, sondern vielmehr aller Wahrscheinlichkeit nach in der verschiedenen Auffassung des Begriffs des Prokurators.

#### §. 6.

#### **Irrthum in der Person bei dem Uebereignungsakte durch Tradition.**

Gegen die Vertragsnatur der Tradition sprechen auch die in Bezug auf den error in persona geltenden Grundsätze. Man wird unterscheiden müssen: a) der Empfänger irrt in der

<sup>1)</sup> Salkowski a. a. O. S. 64. meint, dass es Julian „inelegant“ erscheinen mochte einen lukrativen Erwerb durch den Vertreter zuzulassen, wenn dieser als Vertreter des Geschenknemers sich nicht geriert. Diese Argumentation steht u. E. im Widerspruch mit der anderen Anschauung Salkowski's S. 61. und Anm. 116., welcher im Falle, wenn es sich um die Tradition zum Zwecke der Erfüllung eines Kaufs, einer Stipulation, eines Vermächtnisses handelt, den Eigenthumserwerb zu Gunsten des Prinzipals ohne alle Rücksicht auf die Willensrichtung des Vertreters eintreten lässt.

Person des Tradenten — der Irrthum wird als irrelevant betrachtet, die Uebereignung kommt demungeachtet zu Stande.

b) Der Tradent irrt in der Person des Empfängers — der Irrthum wird unter Umständen als relevant betrachtet; wo er aber irrelevant ist, da tritt der Eigenthumsübergang ein, obwohl wegen des Irrthums der Konsens ausgeschlossen ist.

a) Ueber die Unerheblichkeit des Irrthums in der Person des Tradenten äussert sich Exner folgendermassen: „Ist der Empfänger im Irrthum über die Identität der Person des Tradenten, so ist dieser Irrthum stets ohne Einfluss auf die Gültigkeit der Tradition, da kein rechtliches Interesse den Empfangswillen des Ersteren von der (irrigen) Vorstellung eines individuell bestimmten Gebers abhängig macht<sup>1)</sup>“. Wir glauben, dass die Exnersche Motivirung eben nur dann zutrifft, wenn man die Tradition nicht als Vertrag auffasst — nur dann kann mit Fug und Recht behauptet werden; die Erklärung des Empfängers ist keine Willensmittheilung, keine Offertannahme, sein Benehmen ist eine auf die Sache gerichtete Thätigkeit; dem Empfänger handelt es sich darum, mit Zustimmung des Eigenthümers, mag er diese oder jene Person sein, den Besitz der Sache zu ergreifen; an der Individualität des Gebers liegt dem Empfänger gar nichts, da er dem Geber überhaupt keine Willensmittheilung zu machen hat. Aber noch einen Schritt weiter zu gehen und zu behaupten, wie dies Exner thut, dass es trotz des Irrthums des Empfängers zu einem Konsens, zu einem Vertrag zwischen den Partheien gekommen sei, scheint uns unzulässig. Als einen positiven Beleg für seine Meinung führt Exner die bekannte l. 32. D. de reb. cred. 12. 1. Celsus libro quinto digestorum) an. Die Stelle lautet<sup>2)</sup>.

„Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus

<sup>1)</sup> A. a. O. S. 278. vgl. aber Pfersche a. a. O. S. 315. fg.

<sup>2)</sup> Zur Interpretation der lex cit. vgl. Brinz Bd. IV. S. 56. und ausserdem Voigt. im Arch. für civ. Pr. Bd. 54. S. 73—76. Zitelmann Irrthum S. 559. fg. Leonhard Irrthum 408. und Lotmar Kr. V. Jschr. Bd. 26. S. 252. fg. Eneccerus Rechtsgeschäft S. 134. Savigny System III. S. 267. fg. Brinz II. §. 295. Anm. 8. und 296. Anm. 12. Scheuerl Beiträge I. S. 214., Perozzi a. a. O. S. 106., Piniński a. a. O. II. S. 499., Pfersche a. a. O. S. 315. Anm. 1.

sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Aus dem Inhalt dieser Stelle geht nun hervor, dass, wenn der Schuldner in betreff der Person des Darlehensgebers irrt, eben jener Irrthum den Konsens ausschliesst (si quidem nullum negotium me eum contraxisti). Die Zulässigkeit der *condictio* wird aber mit dem altüberlieferten Billigkeitssatz *eam mihi a te reddi bonum et aequum est* begründet. Nach dem ganzen Zusammenhang zu schliessen, betont Celsus die Zulässigkeit der *condictio* ungeachtet des Mangels des Konsenses über die *causa*. Die entschiedene Leugnung des Konsenses wäre u. E. doch zu überraschend, wenn Celsus die Tradition als Vertrag aufgefasst hätte — sein Raisonement müsste ganz anders beschaffen sein; er müsste behaupten: obgleich betreffs des Kausalgeschäfts kein Konsens erzielt wurde, so ist doch ein Uebereignungskonsens (*animus transferendi und accipiendi domini*) und durch ihn ein *negotium* (dinglicher Vertrag) zu Stande gekommen. Celsus aber hält an der Behauptung fest, dass der Irrthum in der Person des Tradenten den Konsens ausschliesse. Wenn er also demungeachtet den Eigenthumsübergang angenommen hat, so kann ihm unmöglich der Gedanke untergeschoben werden, als hätte er die Tradition als einen Vertrag aufgefasst.

Exner meint, dass der Empfänger kein rechtliches Interesse daran hat, seinen *animus domini accipiendi* je nach der Person des Tradenten einzurichten. Dies ist auch vollkommen richtig; aber es ergibt sich daraus u. E. nothwendig, dass wo objektiv der Empfänger in der Person des Tradenten irrt, wie im Falle der l. 32. cit., und wo das objektive Recht den Eigenthumsübergang demungeachtet statuirt, nicht mehr behauptet werden darf, dass der Eigenthumsübergang auf dem beiderseitigen Konsens beruht.

b) Der Irrthum des Tradenten über die Person des Erwerbers ist nach der herrschenden <sup>1)</sup> Lehre dann von rechtlicher

---

<sup>1)</sup> Exner a. a. O. S. 279. vgl. aber Pfersche a. a. O. S. 312. fg.

Bedeutung, wenn dem Tradenten an der Individualität des Empfängers vorzugsweise gelegen ist. Wann dies der Fall ist, muss nach den betreffenden Umständen insbesondere nach der Natur des Kausalgeschäfts, zu dessen Realisirung die Tradition vorgenommen wurde, beurtheilt werden. Beim Barverkauf z. B. kann es sehr wohl vorkommen, dass der Tradent in einem Irrthum über die Person des Empfängers befangen ist, und doch wird der Eigenthumsübergang des tradirten Gegenstandes angenommen werden müssen <sup>1)</sup>.

Diesen Satz wollen wir nicht im geringsten bestreiten. Wir meinen aber, dass jener Grundsatz über die Wirksamkeit der Tradition trotz des Irrthums des Tradenten über die Person des Empfängers der Vertragsnatur des Traditionsaktes entschieden widerspricht. Wenn die Annahme, dass man gewissermassen impersonaliter kontrahiren kann vom dogmatischen Standpunkt aus richtig sein sollte, so verwickelt man sich doch vom rein römischen Standpunkt in die Schwierigkeit, welche dadurch entsteht, dass nach dem römischen Recht der Geschäftsabschluss mit einer *persona incerta* unzulässig ist. Sieht man aber näher zu, wie in den Fällen des unerheblichen Irrthums über die Person des Empfängers der Konsens aus dem Gesamtinhalt der diesbezüglichen Partheiabsicht herausgeschält wird, so bemerkt man, dass um des Uebereignungskonsenses willen nur ein „Ausschnitt“ aus dem Geschäftswillen herausgenommen wird. Wenn nämlich der Tradent in Folge seines Irrthums die Sache dem A. zu tradiren wähnt, während sie thatsächlich der B. erwirbt, so meint man, dass in diesem Falle die Person kein integrierender Theil des Vertragswillens sei, wobei natürlich vorausgesetzt wird, dass als integrierender Theil des Vertragswillens die Absicht, irgendwem die Sache zu geben gelten soll. Auf diese Art und Weise wird der Uebereignungsvertrag gerettet. Uns erscheint dieses Verfahren, dass man den einheitlichen Geschäftswillen der Parthei in gewisse Bestandtheile aufgelöst wissen will und dass man dann eben mit jenem Bestandtheil operirt, den man gerade braucht, ganz unnatürlich — ja wir glauben, dass das Heranziehen nur eines

<sup>1)</sup> Perozzi a. a. O. S. 106 - 108. la legge presuppone che al tradente sia indifferente cui trade, salvo a lui di provare che a quella persona, cui ha fatto la tradizione per buoni motivi non voleva tradere; vgl. auch Lenel a. a. O. S. 73. fg.



Ausschnitts des betreffenden Willens eigentlich nichts anderes als das Operiren mit Fiktionen bedeutet. Wir haben oben gesehen, wie Celsus bei Vorhandensein eines Identitäts-Irrthums die Existenz eines Konsenses entschieden in Abrede gestellt hatte. Wenn nun in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Irrthum des Tradenten über die Person des Empfängers als irrelevant erscheint und den Eigenthumsübergang nicht hindert, so geschieht es nicht aus dem Grunde, weil der Tradent trotz des Irrthums in der Person des Empfängers mit irgendwem kontrahiren wollte, sondern es geschieht eben deshalb, weil die Tradition hauptsächlich auf dem einseitigen Willen des Tradenten beruht und dieser Wille des Tradenten entweder auf eine genau determinirte oder auf eine unbestimmte Person gerichtet werden kann.

#### §. 7.

#### **Traditio in incertam personam.**

Die Zulässigkeit der Tradition an eine unbestimmte Person ist im römischen Rechte anerkannt (§. 46. J. de r. div. 2. 1.)<sup>1)</sup>; sie wird nämlich dann anzunehmen sein, wenn die Absicht des Tradenten vorzugsweise und primär darauf gerichtet ist, die Sache dem Anderen zuzuwenden. Eigenthümer wird derjenige, der die Sache ergreift. Der vermeintliche Traditionsvertrag kommt demnach zu Stande, obgleich der Tradent normalerweise nie erfahren wird, wer die Sache in Besitz genommen hat, obgleich der Tradent von Anfang an durch die Art, wie er seinen Veräußerungswillen durch die reale Besitzaufgabe kundgegeben hat, ganz unzweideutig zu erkennen gegeben hatte, dass ihm die Person des Erwerbers völlig gleichgültig sei. Ein Vertrag mit einer unbestimmten Person widerspricht bekanntlich der römischen Anschauung<sup>2)</sup>. Aber auch vom Standpunkt der modernen Rechtsdogmatik, welche

<sup>1)</sup> Vgl. Exner a. a. O. S. 54. und 15. fg., Scheuerl Beiträge I. S. 205. fg., Perozzi a. a. O. S. 109. fg. — anders Pernice in der Zeitsch. f. Rechtsgsch. n. F. Bd. V. S. 108. fg. (rom. Abth.).

<sup>2)</sup> „Die Römer denken sich einen Vertrag nur zwischen einem bestimmten Gläubiger und einem bestimmten Schuldner als möglich“. Dernburg Pandekten II. §. 9. (S. 23.) und Anm. 2. — Sohm. Ztschr. f. Handr. 17. S. 96. Anm. 34. — Windscheid Pandekten II. §. 308. (S. 162.) und die dort Angeführten. Vgl. Brinz Pandekten IV. §. 569. (S. 296.) und die in der Anm. 4. angeführten Quellenstellen.

den Vertrag als ein Geschäft zwischen den Partheien (*conventio, contractus*) als eine Zusammenschliessung der betreffenden Willensäusserungen auffasst, darf die Zulässigkeit des Kontrahirens mit einer völlig unbestimmten und unbestimmbaren Person nicht ohne weiters als feststehend betrachtet werden. Wenn nun die Tradition im röm. Recht doch als Vertrag erschiene, so müsste sie eine Ausnahmestellung den anderen Vertragstypen gegenüber einnehmen, — hierüber aber, als hätten die röm. Juristen oder die Kompilatoren die Tradition ausnahmsweise als einen Vertrag aufgefasst, findet sich u. W. in den Quellen nicht die leiseste Andeutung.

Exner gibt auch zu, dass ein obligatorischer Vertrag mit einer *persona incerta* nach dem röm. Rechte unzulässig sei, meint aber, dass dieser Rechtssatz für das gemeine Recht nicht mehr gelte, wo die Auslobung als rechtsverbindlich und klagbar angesehen wird und fährt folgendermassen fort: „Bezüglich des dinglichen Vertrags aber lässt sich das Erforderniss der *persona certa* weder auf einen Quellenausspruch stützen noch lässt sich dafür ein einleuchtender innerer Grund angeben“<sup>1)</sup>. Diese letzte hier allein in Betracht kommende Behauptung ist u. E. nichts weniger als überzeugend. Wir sind der Ansicht, dass, wenn das Erforderniss der *persona certa* beim dinglichen Vertrag nicht auf einen Quellenbeleg gestützt werden kann, daraus noch nicht folgt, dass mit einer *persona incerta* im röm. Rechte kontrahirt werden darf. Aus dem Umstand, dass die Quellen über die Zulässigkeit des Kontrahirens mit einer *persona incerta* schweigen, könnte mit demselben Rechte gefolgert werden, dass auch für die Tradition falls man sie als einen Vertrag konstruirt, die Voraussetzungen, unter denen der obligatorische Vertrag zu Stande kommt, in Anwendung zu bringen seien — dann aber müsste man konsequenterweise die *traditio in incertam personam* als unzulässig und unwirksam erklären, was im grellen Widerspruch mit den positiven Quellenaussprüchen stände. Ist dem aber so, dann kann aus dem Schweigen unserer Quellen über die Zulässigkeit des Kontrahirens mit der *persona incerta* nur der einzige berechtigte Schluss gezogen werden, dass die Römer den Begriff des s. g. dinglichen Vertrags weder gekannt noch praktisch durchgeführt haben.

---

<sup>1)</sup> A. a. O. S. 15.

Es ist gewiss richtig, was Exner ferner sagt, dass kein innerer Grund vorhanden ist, die *persona certa* zu fordern — dieser Grund aber spricht nur für die Rechtswirksamkeit der *traditio in incertam personam*, aber unterstützt in keiner Weise die Vertragsnatur der Tradition. Denn es kommt darauf an, ob in der Ergreifung der Sache an und für sich ein genügender Ausdruck des Annahmewillens des tradentischen Angebots anerkannt werden kann. Und dies muss u. E. entschieden in Abrede gestellt werden. Gewiss ist die Sachapprehension eine Willensthat, aber eine Willensthat der Sache gegenüber und keine Willensmittheilung, welche sich an die Person des Gegenkontrahenten richten soll. Will man sich nicht in Fiktionen bewegen, dann darf nicht zugegeben werden, dass die Sachapprehension eine „Antwort“ auf das tradentische Anerbieten sei. Dass der Apprehendent gemäss dem Willen des bisherigen Eigenthümers die Sache ergreift, dass erst durch faktische Realisirung des tradentischen Anerbietens der Eigenthümsübergang vollzogen wird, so folgt daraus noch gar nicht, dass auch der Vertrag zu Stande gekommen ist. Der Erbe tritt ja auch die Erbschaft an gemäss dem Willen des Verstorbenen, kontrahirt aber dadurch gewiss nicht. Zur Vollwirksamkeit der Tradition ist allerdings die Willensbethätigung des Destinatärs erforderlich; diese Willensbethätigung aber ist nicht und braucht nicht als Erklärung, dass der Empfänger Eigenthümer sein wolle, aufgefasst zu werden, wie etwa die *pro herede gestio* als Ausdruck des Willens, Erbe sein zu wollen, aufgefasst werden muss<sup>1)</sup>. — Im Falle des *iacus missilium* ist die Person des Erwerbers völlig unbestimmt — sie ist auch von vornherein nicht bestimmbar, andererseits braucht der Apprehendent nicht zu wissen, dass die Sache für ihn bestimmt wurde, und doch wird er Eigenthümer derselben<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Brinz Pandekten III. §. 394.

<sup>2)</sup> Anders wird das Charakteristische der *traditio in incertam personam* gekennzeichnet von Sohm a. a. O. S. 47. „der besondere Wille, dass die Annahmehandlung den Oblaten bestimme, macht das Charakteristische des *Paciscirens* mit einer *persona incerta* aus“. Zugegeben, dass diese Charakteristik auch zutreffend sei, so wird doch an der Thatsache, dass der Tradent seine reale Offerte einer ganz unbestimmten Person gemacht hat, gar nichts geändert. Die fernere Behauptung Sohms (S. 48.), dass die

Die Unmöglichkeit, zahlreiche Fälle des Eigenthumserwerbs beim Zusammentreffen des Uebereignungswillens und des Besitzerwerbs unter den herkömmlichen Begriff des Vertrags zu bringen, hat auch Dernburg, der sonst ein Vertheidiger des Uebereignungsvertrags ist, veranlasst seine prinzipielle Auffassung der Tradition als eines Vertrags doch bis zu einem gewissen Grade abzuschwächen. Dernburg <sup>1)</sup> behauptet nämlich, dass der Traditionsvertrag „stets seine eigene Art“ behalten habe, und eben als eines jener Momente, in denen diese Eigenartigkeit zum Vorschein kommt, wird von Dernburg die Zulässigkeit der *traditio in incertam personam* genannt. Auf Grund jener Behauptung von Dernburg müsste gefolgert werden, dass die Tradition zwar die wesentlichen Elemente eines Vertrags in sich einschliesst, obgleich sie von dem Typus eines Vertrags in diesem oder jenem, nicht wesentlichen Momente abweicht. Wäre dem wirklich so, dann könnte die Tradition allerdings für eine Species des Vertrags erachtet werden, ebenso wie z. B. das *constitutum possessorium* neben der leibhaftigen Uebergabe als eine Besitzübertragungsart sich darstellt. Zu diesem Zwecke aber müsste ein Beweis vorliegen, dass jene Momente, durch welche die Tradition sich von anderen Verträgen unterscheidet, von solcher Beschaffenheit sind, dass sie die wesentlichen Elemente des Vertrags nicht unterdrücken. Die typische Voraussetzung eines Vertrags ist im röm. Rechte *persona certa*; bei der *traditio in incertam personam* obgleich sie rechtlich zulässig ist, fehlt jene Voraussetzung, und eben desshalb kann u. E. die Tradition nicht mehr für eine Unterart des Vertrags angesehen werden, sondern sie erscheint als ein ganz anderes, von dem Vertrag völlig verschiedenes Rechtsgebilde. Aber es lassen sich auch andere u. E. prinzipielle Unterschiede zwischen dem Werdeprocess eines Vertrags einerseits und dem Werdeprocess einer vollwirksamen Tradition andererseits aufweisen.

Sachapprehension eine vom Offerenten gesetzte „Form der Annahmehandlung“ sei, involviret der Absicht des Tradenten eben diese Richtung, die der Tradent in Wirklichkeit nicht hat, denn wer z. B. die Geldstücke unter die Menge hinauswirft, der will jenem Kreise der Personen die Geldstücke zuwenden, aber nicht durch sein Hinauswerfen zum Zustandekommen des vermeintlichen Vertrags das Mittel der Offertannahme dem Gegenkontrahenten bestimmen.

<sup>1)</sup> Pandekten I. §. 213. und Anm. 3.

## §. 8.

**Der Vertragsbegriff der modernen Rechtssystematik und seine Anwendung auf den Akt der Uebergabe zu Eigenthum.**

Im nachstehenden lassen wir vorerst einige der gangbarsten Definitionen des Vertrags aufeinanderfolgen:

Windscheid: der von dem einen erklärte Wille muss durch die Willenserklärung des anderen ergriffen und festgehalten werden.“

„Der Vertrag ist nicht blosse Willensübereinstimmung, er ist Willenvereinigung.“

„Der Vertrag kommt also nicht zu Stande durch die blosse Uebereinstimmung der Schuldner- und der Gläubigererklärung; es ist ferner erforderlich, dass jede dieser Erklärungen mit Beziehung auf die andere abgegeben worden sei“<sup>1)</sup>.

Derenburg: die Verträge fordern die zusammenstimmende Erklärung zweier Theile, die sich hiedurch gegenseitig zur Begründung, Veränderung, Bestärkung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses verbinden<sup>2)</sup>.

Regelsberger: „Der Vertrag ist die geäußerte Willenseinigung von zwei oder mehr Personen... Von Willenseinigung kann nur gesprochen werden, wo Mehrere bewusst dasselbe wollen, um durch ihr Zusammenwirken ein gemeinsames Ergebniss zu erzeugen — durch den Zusammenschluss der Willen entsteht ein neuer Wille. — Der Vertrag ist nicht die Summe von zwei oder mehr Willensäußerungen, er ist eine Einheit“<sup>3)</sup>.

Es gehört demnach zum Wesen des Vertrags, nicht nur die Willenkoincidenz, sondern die Willeneinigung und ferner ist erforderlich, dass die Erklärungen der Partheien nicht nur objektiv übereinstimmen, sondern, dass die eine Erklärung

<sup>1)</sup> Pandekten I. §. 69. — ebenda Anm. 2.

Pandekten II. §. 305. Anm. 2. vgl. aber die dort Angeführten.

<sup>2)</sup> Pandekten I. §. 92.

<sup>3)</sup> Pandekten §. 140. Anm. 3. vgl. noch desselben Civ. Erörterungen I. S. 12. fg.

Vgl. noch die Definitionen bei Brinz Pandekten IV. §. 572. (S. 315), Baron, Pandekten §. 48. Arndts, Pandekten §. 63. Vgl. noch Karlowa a. a. O. S. 161.

unter bewusster Bezugnahme auf die andere abgegeben sei. Jetzt werden wir an einer Entscheidung aus den Quellen die Probe anstellen, ob bei der Tradition jene oben hervorgehobenen Elemente des Vertrags auch thatsächlich vorhanden sind.

a) Es fragt sich nämlich, ob und wann der Eigenthumsübergang stattfindet, wenn die *traditio in incertam personam* vorgenommen wurde und der Apprehendent in diebischer Absicht den Besitz der Sache erlangte. Die Antwort lautet: Der Dritte wird mit dem Momente der Apprehension Eigenthümer:

„l. 43. §. 10. D. de furt. 47. 2. Ulpianus libro quadragésimo primo ad Sabinum.

Si quis sponte rem iecit vel iactavit, non quasi pro derelicto habiturus, tuque hanc rem tuleris, an furti teneris, Celsus libro duodecimo digestorum quaerit. et ait: si quidem putasti pro derelicto habitam, non teneris, quod si non putasti, hic dubitari posse ait: et tamen magis defendit non teneri, quia, inquit, res non intervertitur ei, qui eam sponte reiecit.“

Es muss zuerst die Vorfrage erledigt werden, ob in unserer lex ein Fall der *traditio in incertam personam* anzunehmen sei. Zu diesem Zwecke aber müssen die Fälle des *sponte rem reicere* näher ins Auge gefasst werden — a) die Sache wird weggeworfen, weil der Eigenthümer sie überhaupt nicht mehr haben will (*derelictio*) — b) die Sache wird zwar faktisch weggeworfen, aber nicht mit dem Willen, sie los zu werden; a) sie wird entweder *sponte* zu irgend welchem faktischen Zwecke hingeworfen (Spielball, Verwendung der Brieftauben zwecks Uebermittlung von Nachrichten u. dgl. m.) — β) oder *necessitate* wird sie hingeworfen (*iactus mercium* während der Seegefahr l. 43. §. 11. D. de furt. 47. 2. si iactum ex nave factum alias tulerit. 8. D. de leg. Rhod. 14. 2. 7. D. pro derel. 41. 7. §. 48. J. de rer. div. 2. 1. — Liegenlassen der Sache auf der Strasse, wegen allzugrossen Gewichts l. 8. D. cit.) — c) die Sache wird hingeworfen mit dem Willen, sie einem Dritten zukommen zu lassen (*traditio in incertam personam*). Es fragt sich, welchen Fall Ulpian — Celsus durch sein „*res non intervertitur ei, qui eam sponte reiecit*“ entschieden hatte. Selbstverständlich wird vorausgesetzt, dass der Apprehendent in diebischer Absicht die Sache aufgegrif-

fen hat. Für den Fall ad *a*) kann die Entscheidung nicht gelten; denn die Dereliktionsabsicht wird vom Juristen selbst, in dem Anfangssatz der Stelle ausgeschlossen — für die Fälle ad *b*) kann auch die mala fides des Apprehendenten vorausgesetzt, die Entscheidung nicht gelten; denn wer die, faktisch ohne Verzichtswillen hingeworfene Sache in diebischer Absicht aufgegriffen hat, begeht ohne Zweifel ein Furtum, während der Schlusssatz der Stelle den Thatbestand eines Furtum ausschliesst. — Nur seine bona fides schliesst den Thatbestand des Furtums aus. Arg. l. 43. §. 11. D. cit. Pauli R. S. II. 31. §. 27. l. 43. §. 6. 7. D. de furt. 47. 2. — Es bleibt nun nichts Anderes übrig, als die Entscheidung von Celsus auf den Fall ad *c*), auf die traditio in incertam personam zu beziehen <sup>1)</sup>.

Nun könnte aber allerdings behauptet werden: Im Falle der vom Eigenthümer intendirten traditio in incertam personam, verübt der mala fide — Apprehendent zwar kein Furtum, aber Eigenthümer wird er nicht. Da der Jurist direkt nicht sagt, dass der Apprehendent Eigenthümer wird, so muss auf die oben hervorgehobene Möglichkeit hier Rücksicht genommen werden. Dies aber führt zu der Frage nach den Gründen, welche Celsus für sein „res non intervertitur“ haben mochte. Er gesteht vor allem ganz unumwunden zu, dass die Frage ziemlich zweifelhaft sei, ob ein Furtum vorliege, wenn jemand die weggeworfene Sache, ohne von dem Uebereignungswillen des Eigenthümers zu wissen, sich aneignet. Woher der Zweifelsgrund? Darüber gibt uns Aufschluss die l. 46. §. 8. D. de furt. 47. 2. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum.

„Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit, et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut cum ego velim eum uti, licet ignoraret, ne furti sit obligatus.“

Dem Pomponius fällt also die diebische Absicht, die Unsittlichkeit, die in dem Benehmen des Apprehendenten sich manifestirt, mehr ins Gewicht als die Voraussetzung des Thatbestands des Furtum „invito domino contrectare“. Ulpian korri-

<sup>1)</sup> Das Wort „reicere“ deutet auch darauf hin. vgl. z. B. l. 36. D. de stipul. serv. 45. 3.

girt die Meinung von Pomponius, ohne aber die Gründe anzugeben; wesentlich stimmt er auch mit Celsus überein <sup>1)</sup>. Die Gründe, durch welche die Entscheidung von Celsus sich rechtfertigen liesse, wären etwa folgende: Man könnte die Entscheidung mit dem Satze „volenti non fit iniuria“ vertheidigen <sup>2)</sup>. Mit dem Satze operirt Celsus offenbar nicht; denn er leugnet das intervertere überhaupt; wogegen die Zugrundelegung des Satzes: „volenti non fit iniuria“ den objektiven Bestand eines Delikts voraussetzt und nur als ein Ausschließungsgrund des Delikts nach der subjektiven Richtung hin erscheint. Man könnte aber meinen, dass der Apprehendent zwar die Sache nicht als derelinquirtes Gut ansah, aber doch irrthümlich meinte<sup>3)</sup>, dass sie für ihn von dem Tradenten bestimmt sei und dass eben deshalb der Jurist das „intervertere“ ausgeschlossen hätte. Diese Supposition darf aber Ulpian nicht zugemuthet werden; denn es ist gewiss, dass in jenem letzteren Falle kein furtum vorliegt, und dazu brauchte Ulpian nicht erst die Auktorität von Celsus anzurufen. Das hat Ulpian übrigens schon im §. 7. der lex. 46. D. de furt. 47. 2. deutlich ausgesagt:

„l. 46. §. 7. D. de furt. 47. 2. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum.

Recte dictum est, qui putarit, se domini voluntate rem attingere non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive recte putet?“

(Vgl. §. 7. J. de oblig. qu. ex del. 4. 1. und l. 20. §. 1. C. de furt. et de ser. corr. 6. 2. (a. 530).

Gai III. l. 98. Sed et si credat aliquis inuito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur

<sup>1)</sup> Die Definition des röm. Diebstahls vgl. bei Brinz Pandekten II. S. 804. „das Bewusstsein des Unrechts und gewinnsichtige Absicht ohne Willen des Herrn“.

<sup>2)</sup> Ueber die unter den röm. Juristen bestrittene Frage, ob ein Verbrechen anzunehmen sei, wenn der Thäter eine rechtswidrige Gesinnung zwar an den Tag gelegt hat, aber ein anderes wesentliches Merkmal des konkreten Delikts fehlt vgl. die historischen Nachweisungen bei Pernice, Labeo II. S. 45. insb. S. 47.

<sup>3)</sup> Darüber, ob der faktische Irrthum den Bestand des dolus ausschliesst, vgl. die geschichtlichen Nachweisungen bei Pernice Labeo II. S. 53. und die in der Note 58. citirten Quellenstellen.



furtum non fieri... furti ideo, quod non inuito me res contractauerit.

Demnach bleibt nur der einzige Grund übrig, den Celsus für seine Entscheidung haben mochte, nämlich der: Der mala fide Apprehendent begeht kein furtum, weil in seiner Sachapprehension keine contractatio<sup>1)</sup> gefunden werden kann, da er im Momente der Apprehension Eigenthümer der Sache geworden ist.<sup>2)</sup> Die eben besprochene Entscheidung spricht entschieden nicht zu Gunsten der Vertragsidee der Tradition. Die Entscheidung ergibt im Gegentheil folgendes Resultat: Keine Willenseinigung, keine bewusste Bezugnahme auf die Willenserklärung des Tradenten, kein animus dominii accipiendi, weder innerlich noch äusserlich, keine Acceptation der tradentischen Offerte, folglich kein Uebereignungs-Vertrag und doch eine vollwirksame traditio in incertam personam.

b) Nach den allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen sollte die Sachapprehension bei dem Uebereignungsakte durch Tradition, falls dieser ein Vertrag ist, als Annahmemittheilung aufgefasst werden; also der Zeitpunkt des Zustandekommens des s. g. Uebereignungsvertrags sollte nach denjenigen Regeln bestimmt<sup>3)</sup> werden, welche für die Perfektion eines Vertrags überhaupt massgebend sind. Wie die Offerte, so sollte auch die Annahme der Offerte, welche durch das faktische Sich-Aneignen der Sache geschieht, vernommen sein, und bis zu diesem Punkte müsste der Uebereignungsvertrag noch nicht als volendet betrachtet werden. Da dem aber die positiven Aussprüche der Quellen geradezu widersprechen, so blieb für die Anhänger des Traditionsvertrags nichts anderes übrig als für die Tradition

---

<sup>1)</sup> Ueber die Bedeutung des intervertere vgl. l. 8. §. 1 D. quod met. caus. 4. 2., l. 9. D. de fugit 11. 4; 18. D. de solut. 46. 3; l. 20. D. de a. v. a. p. 41. 2. — wo durchweg dar intervertere als eine Handlung mit der diebischen bzw. Unterschlagungsabsicht hingestellt wird, was unsomehr bezeichnend zu sein scheint, als Celsus in unserer lex das „intervertere“ schlechthin leugnet.

<sup>2)</sup> Die oben versuchte Interpretation der l. 43. §. 10. cit. deckt sich im Wesentlichen mit jener von Perozzi, a. a. O. S. 113 fg.

<sup>3)</sup> Vgl. Windscheid II. §. 306. Dernburg II. §. 11. (S. 31.) Regelsberger Pandekten I. S. 548. und Anm. 5 a. Brinz Pandekten IV. S. 318 — dort auch die bis auf die beinahe jüngste Zeit zusammengestellten Litteraturangaben. Die einschlägigen Quellenstellen werden unten besprochen.

in dieser Hinsicht eine Ausnahmestellung den anderen Verträgen gegenüber zu vindiciren. Für die Fälle der Tradition auf Grund der Fruchtperception und Perception von Sacherzeugnissen — des Eigenthumserwerbs auf Grund der Zahlung der *litis aestimatio* — auf Grund der Tradition durch einen Boten — im Falle der brieflichen Tradition, im Falle der Tradition an eine unbestimmte Person — für diese sämtlichen Fälle wird die Kenntniss des Tradenten von der Offertannahme *ausnahmsweise* nicht erfordert. Theoretisch versucht man sich dies entweder unter Anwendung einer speciell für die Tradition zugerichteten s. g. Realisirungstheorie<sup>1)</sup> zurechtzulegen oder man begnügt sich mit der Annahme, dass der Tradent die Akception seines tradentischen Anerbietens von vornherein „voraussetzt“ und dass eben dieser letzte Umstand das Erforderniss der Kenntniss der geschehenen Annahme ersetzt<sup>2)</sup>.

Es ist nicht unsere Absicht in die vielfach umstrittene Materie näher einzugehen, denn für unseren Zweck genügt u. E. die Feststellung der Thatsache, dass, sobald man sich einmal auf den Standpunkt des „Traditionsvertrags“ gestellt hat, man in die Nothlage geräth, für die Tradition vielfach eine Ausnahmestellung den anderen Verträgen gegenüber zu vindiciren, und man läuft bei einer solchen Behandlungsweise der Tradition Gefahr, den Begriff des Vertrags und die Regeln, von denen sein gültiges Zustandekommen beherrscht wird, zu verflüchtigen und in Frage zu stellen. Denn, um nur bei dem oben gekennzeichneten Standpunkt von *Sohm* einerseits und von *Regelsberger* andererseits stehen zu bleiben, so stellen sich beide im Grunde genommen nur als Auskunftsmittel dar. Die hier in Betracht kommenden Ausführungen von *Regelsberger* sind im Resultate nur ein Nothbehelf, kraft dessen das in

---

<sup>1)</sup> *Sohm* in der *Zschr. f. Handr.* Bd. 17. Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden, vgl. insb. S. 18. 31. S. 36. „In jeder Fruchtziehungshandlung des Pächters ist juristisch ein Detentions- und damit ein Traditionsanerbieten seitens des Verpächters an den Pächter und Annahme seitens des Pächters zu erblicken“, vgl. S. 45. 48. 69. „die Bethätigung des Willens ist die Erklärung des Willens“ [aber keine Willensmittheilung], S. 89. gibt *Sohm* zu, dass „aus allgemeinen Prinzipien die s. g. Vernehmungstheorie als allein zutreffende sich ergeben würde“; nur meint er, dass „die positiven Sätze des gemeinen Rechts ein anderes Resultat für die Annahmeerklärung als für die Willenserklärung überhaupt“ ergeben.

<sup>2)</sup> *Regelsberger civ. Erörter.* I. S. 28 fg. 93 fg.

dem Werdeproceſſe des Vertrags unerläſſliche Glied hinzugeſagt werden ſoll; obgleich es reel und faktiſch nicht exiſtirt — die „Realisirungstheorie“ Sohms aber widerſpricht dem Weſen des Vertrags, da die Sachapprehenſion an und für ſich nicht als Handlung erſcheint, die zu dem Zwecke vorgenommen wurde, um als Willenserklärung, als Offertannahme überhaupt zu gelten. Und man wird u. E. mit einem Mal alle dieſe Schwierigkeiten vermieden haben, wenn man, wie hier geſchehen, die Tradition als etwas von dem Vertrage überhaupt grundverſchiedenes aufzufaſſen ſich entſchloſſen hat<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Beſondere Schwierigkeit für die Anhänger der Vertragstheorie bereitet der Fall, wenn die Frucht des Pachtobjektes von einem Diebe getrennt wurde. Nach Sohm l. c. S. 37. wird durch die Fruchtapprehenſion die Traditionsofferte, die eine Beſitzausübungshandlung iſt, wegen der verloren gegangenen Detention vernichtet. Mag der Pächter dem Dieb die Frucht ſofort abgenommen haben, ſo wird er nach Sohm doch nicht Eigenthümer, — dazu ſei ein neues Traditionsangebot erforderlich. Dieſe Behauptung von Sohm ſcheint nur eine ſtrenge Konſequenz ſeiner Auffaſſung der Tradition als eines echten Sukceſſions-Vertrags zu ſein, welch' letzterer erheischt, daß der Beſitz des Pächters wenigſtens „ideell“ durch den des Verpächters vermittelt werde. Dem Ergebniſſe, zu dem Sohm gelangt, ſcheint aber die l. 26. §. 1. D. de furt. 47. 2. (Paul ad Sab) zu widerſprechen.... ut primum decerptus eſſet, eius eſſe coepiſſet (dazu Windscheid I. §. 186. Anm. 6). Die Entſcheidung der ganzen Frage hängt u. E. davon ab, ob man annimmt, daß der Pächter durch Perception als ſolche (man beachte das paſſivum in der l. 26. §. 1. cit. und in der l. 78. D. de R. V. 6. 1.) oder aber nur durch eine in eigener Perſon oder in ſeinem Namen vorgenommene Perception Eigenthümer der Früchte wird (vgl. l. 12. §. 5. D. de uſu fr. 7. 1. l. 62. (61.) §. 8. D. de furt. 47. 2. l. 13. D. quibus mod. uſ. 7. 4. einerſeits und l. 26. §. 1. cit. l. 78. D. de R. V. 6. 1. (Paulus) anderſeits, welche auf eine Meinungsverſchiedenheit zwiſchen den römischen Juristen hinzuweiſen ſcheinen [l. 12. §. 5. cit. interpolirt vgl. Gradenwitz „per traditionem accipere a. a. O. S. 63]. Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffaſſung des Traditionsaktes, wonach es darauf nicht ankommt, daß der Deſtinatär den Beſitz der Sache vom Eigenthümer erlangt, würde ſich eine ganz einfache Löſung der Frage ergeben. Falls man ſich nämlich auf den Standpunkt des „ut primum“ der l. 26. §. 1. cit. ſtellt, ſo hat der Dieb die Frucht als ein bereits gewordenes Eigenthum des Pächters kontrektirt — ſtellt man ſich aber auf den Standpunkt, daß durch Abtrennung ſeitens des Diebes der Pächter das Eigenthum nicht erwirbt, ſo wird er mit der ſtattdgefundenen Abnahme aus der Hand des Diebes ſofort Eigenthümer. Die Annahme von Piniński a. a. O. Bd. I. S. 110. daß „die decerptio mit dem Willen des Pächters geſchah“ ſcheitert u. E. an der von Paulus ausdrücklich aufgeſtellten Vorausſetzung daß der „is“ „fructus ſtantes ſubripuerit“.

---

## II.

Das Verhältniss des Uebereignungswillens zu der s. g. *iusta causa traditionis*.

### §. 9.

#### Die s. g. *iusta causa traditionis*. (Sprachgebrauch der Quellen und Fragestellung).

Es wird in den Quellen zur Wirksamkeit des Uebereignungsaktes durch Sachübergabe die s. g. *iusta causa traditionis* erfordert. Was aber unter der *iusta causa* zu verstehen ist, darüber geben die Quellen keinen genügenden Aufschluss, und in der modernen gemeinrechtlichen Litteratur <sup>1)</sup> gehen die Ansichten über den Sinn der *iusta causa traditionis* sehr auseinander. Wie bereits in der Einleitung erwähnt wurde, liegt der Schwerpunkt dieser Untersuchung nicht in der Lehre von der *iusta causa traditionis*; doch erscheint für unsere prinzipielle Frage nach der juristischen Natur des Traditionsaktes die Anknüpfung an jene Materie insofern von Interesse, als in der Gestaltung der *iusta causa traditionis* einige Ge-

---

<sup>1)</sup> Zu dem folgenden vgl. die Einleitung S. 2. fg. Exner S. 318. fg. Randa *Eigenthum* S. 287. Anm. 52, wo auch die verschiedenen Ansichten einzelner Schriftsteller nach den wesentlichen Unterscheidungsmerkmalen in mehrere Gruppen getheilt werden: 1. *causa* als positives, objektiv existirendes Erforderniss der Tradition bei gleichzeitiger Zulässigkeit der s. g. *Putativcausa*. 2. *Causa* als Erkenntnismittel des Uebereignungswillens. 3. *Causa* identisch mit dem *animus transferendi et accipiendi dominii*. 4. *causa* als nur relatives Hinderniss der Wirksamkeit der Tradition in einem konkreten Falle. 4. Randa: *causa* = Einigung der Partheien über den rechtlichen Bestimmungsgrund der Uebergabe (s. g. *subjective causa*) Litteraturangaben bei Randa a. a. O. S. 284. Anm. 47. und Windscheid *Pandekten* I. S. 172. Anm. 16. Anm. 5. und 15. — dazu noch Perozii a. a. O. S. 27. fg.

sichtspunkte für die Auffassung der juristischen Natur des Traditionsaktes gefunden werden können. Zu diesem Zwecke wollen wir vorerst den Sprachgebrauch der Quellen über die *causa traditionis* in Erwägung ziehen.

I. Manche auf die Tradition sich beziehenden Quellenaussprüche erwähnen der *causa* überhaupt nicht: l. 9. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1. (Gaius), l. 21. §. 1. D. eod. (Pomp.)<sup>1)</sup>.

II. In anderen Fragmenten wird die *causa traditionis* als positives Erforderniss der Tradition hingestellt, ohne genauere Andeutung, wie die *causa* näher beschaffen sein soll.

l. 31. pr. D. de a. r. d. 41. 1. Paulus libro trigensimo primo ad edictum.

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

§. 41. J. de res. div. 2. 1.

Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa traduntur, sine dubio transferuntur — venditae vero et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit....

In diesen Fragmenten wird die *causa* zur Wirksamkeit der Tradition erfordert — als Beispiele der *causa* werden von Paulus *venditio*, von der Institutionenstelle *donatio*, *dos*, *venditio*, genannt. Darauf, dass die erwähnten *causae* nicht die einzig zulässigen Uebereignungscausae sind, wird aufmerksam gemacht: von Paulus mit der Redewendung „aut aliqua iusta causa — von der Institutionenstelle durch die Redewendung „aut qualibet alia ex causa“. Am allgemeinsten scheinen sich die Redaktoren der Institutionenstelle ausgedrückt zu haben. Befremdend aber wirkt die Auslassung des

---

<sup>1)</sup> Auf Grund jener Fragmente versuchte Mayer a. a. O. S. 15. fg. auszuführen, dass die *causa traditionis* als ein eigentliches Erforderniss der Tradition nicht angesehen werden darf. Mit Recht wendet aber Perozzi a. a. O. S. 28. dagegen ein, dass die angeführten Fragmente die Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit der Tradition nicht erschöpfend angeben und durch andere Fragmente, welche die *causa traditionis* als positives Erforderniss der Tradition ansehen, ergänzt werden müssen, umsomehr, als jene Fragmente von den Juristen herrühren, welche in anderen Fragmenten die Nothwendigkeit der *causa traditionis* mit grosser Schärfe betonen.

Adjectiv „iusta“ und die Versicherung der Redaktoren der Institutionenstelle „dass das Eigenthum zweifellos erworben werde“. Sollten diese Verschiedenheiten, die im Vergleich zu l. 31. cit. in die Augen springen, ganz zufällig sein?

III. Mit der Institutionenstelle deckt sich inhaltlich vollständig der Ausspruch von Gai II. 20. Auf *venditio* und *donatio* folgt die allgemeine Wendung „*sive alia ex causa*“.

IV. Endlich kommt noch die Aeusserung Ulpians in Betracht, welcher die „*iusta causa*“ zur Uebereignung durch Tradition fordert.

Ulp. XIX. 7. *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipii: harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.*

Man könnte meinen, dass der Unterschied zwischen Paulus-Ulpian einerseits und Gaius und der Institutionenstelle andererseits, welch' letztere des Adjectiv „*iusta*“ nicht erwähnen, nur ein zufälliger sei, dass aber im Prinzip alle oben genannten Juristen und die Redaktoren der Institutionenstelle in dem Erforderniss der „*iusta causa*“ sich einig wissen. Zieht man aber in Erwägung, dass z. B. in §. 4. J. de act. 4. 6. (*Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit . . . nec dum eius rei dominus effectus esset*), wo von der Zulässigkeit der *actio Publiciana* die Rede ist, die Uebergabe aus einer „*iusta causa*“ erfordert wird, dass in der c. 3. C. de rei vind. 3. 32. (a. 294.) zur Ersitzung „*iustus titulus*“ erfordert wird, (*Nullo iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet dominium...*) (vgl. noch Pauli R. S. V. 2. §. 4.), so dürfte man jene Abweichungen nicht ohne weiteres für nur zufällige, redaktionelle Abänderungen erachten umso mehr, als es sehr fraglich ist, ob das oben aufgestellte Erforderniss der *iusta causa* von der röm. Jurisprudenz auch praktisch überall durchgeführt wurde (Dissens über die *causa traditionis*, verbotene *causa* z. B. im Falle der Bestechung).

Es ist natürlich, dass von Denjenigen, welche der *causa traditionis* die Funktion eines „Erkenntnissmittels“ des s. g. *animus transferendi et accipiendi dominii* beimessen, die *causa* als etwas auf die beiden bei der Tradition mitwirkenden Partheien sich Beziehendes aufgefasst wird, denn nur so kann aus der *causa* der Wille, das Eigenthum zu geben und zu nehmen, erkannt werden. Ebenso für Diejenigen, welche die

s. g. causa traditionis mit dem animus domini transferendi et accipiendi identificiren, versteht sich die Zweiseitigkeit der causa von selbst. Wenn man aber die causa traditionis als einen selbstständigen Faktor des Uebereignungsaktes betrachtet, wie es in der jüngsten Zeit auch meistentheils geschieht, so entsteht sofort die Frage, ob es denn nothwendig sei, die causa als etwas auf beide Partheien Bezugnehmendes zu charakterisiren; es kann ja auch die Meinung, dass die causa als etwas Einseitiges zur Rechtswirksamkeit der Tradition ausreicht, nicht als von vornherein unbegründet bezeichnet werden<sup>1)</sup>, wenn man berücksichtigt, dass manche causae, welche in ganz selbstständigen Rechtsgeschäften sich verkörpern (Testament, Vermächtniss), eben um der Einseitigkeit jener Rechtsgeschäfte willen auch einseitig aufgefasst werden können.

Die Uebergabe zu Eigenthum geschieht, wie nicht anders möglich, zu einem Zwecke — der Zweck kann entweder rein faktischer Natur sein oder aber auf die Hervorbringung eines juristischen Effektes gerichtet sein<sup>2)</sup>. (Hingabe um der gegenseitigen faktischen Leistung willen einerseits — Hingabe um der Schenkung, des Darlehens u. dgl. willen andererseits). Stellt man sich nun auf den Standpunkt der einseitigen Auffassung der causa, so wird man sich die Frage nach der Bedeutung der causa traditionis etwa so stellen müssen: Ist zur Wirkung der Tradition nöthig, dass die faktische causa erreicht oder die rechtliche causa in einem gültigen Rechtsgeschäfte verkörpert werde? Dass die Nichterreicherung des faktischen Zweckes die Wirksamkeit der Tradition nicht alterirt, dafür sprechen sämtliche Kondiktionentitel in den Digesten und dem Codex. Nun aber kommt der zweite Punkt, zugleich der

---

<sup>1)</sup> Dies betont Perozzi a. a. O. S. 28. fg. Perozzi verweist noch auf folgende Fragmente: l. 52. D. de cond. iud. 12. 6. l. 54. eod. l. 65. §. 4. eod. l. 66. eod. l. 23. eod. 65. §. 2. §. 3. eod. l. 14. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. l. 4. D. de cond. s. c. 12. 7. l. 1. pr. §. 3. eod. vgl. auch Cuiacius „Opera omnia 82. C. ....forte quia sive mea sive tua opinio spectatur, causa traditionis, quam quisque animo praesumpsit iusta est causa transferendi domini.... ....Utrius vero opinio spectanda sit, utrave causa Julianus non dicit hoc loco: hanc tamen vel illam ut spectaverit necesse est: alioquin nuda est traditio et si nuda inefficax“ siehe auch Voigt (Ar. für Civ. Prax. Bd. 54. S. 54. vgl. S. 75.

<sup>2)</sup> Randa a. a. O. Anm. 44.

Sitz der seit Jahrhunderten verhandelten Kontroverse, ob der juristische Zweck im Gewande eines gültigen Rechtsgeschäfts auftreten müsse und weitherhin, ob, wenn zu dem objektiven Bestande des Zweckgeschäfts die Mitwirkung der beiden Partheien nöthig ist, dieselben sich über einen juristischen Zweck mindestens einigen müssen, oder aber, ob diese Einigung als ein auch nach allen Seiten hin giltiges Kausalgeschäft sich darstellen müsse. Wir nehmen das Resultat der nachstehenden Betrachtungen vorweg und behaupten: der juristische Zweck braucht nicht nothwendig ein objektiv giltiges Rechtsgeschäft zu sein (Zahlung an einen Unmündigen — Schenkung an das Kind unter 7 Jahren — Darlehen an einen Unmündigen); aus der Einigung der Partheien braucht nicht nothwendig ein Kausalvertrag als Grundlage der Tradition resultiren; wohl aber ist es zur Rechtswirksamkeit der Tradition nöthig, dass die Hingabe und Hinnahme der Sache mit der Absicht geschieht, dadurch den tradirten Gegenstand dem Vermögen des Erwerbers definitiv einzuverleiben und dass diese Absicht im konkreten Falle von dem objektiven Rechte nicht gemissbilligt werde, wie z. B. *donatio inter virum et uxorem*.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, muss noch bemerkt werden, dass die *causa* auf Seiten des Empfängers für die Beurtheilung der Wirksamkeit der Tradition in einem konkreten Falle von erheblicher Bedeutung sein kann, aber nicht allein in Beziehung auf den Konsens über die *causa*, sondern auch insofern, als aus der Kausalgeschäftserklärung des Empfängers der Mangel des Willens, Eigenbesitzer zu werden (*animus rem sibi habendi*) möglicherweise sich ergeben kann — dann wird die Tradition allerdings unwirksam sein, aber nicht wegen Mangels an Uebereignungskonsens, sondern deshalb, weil der Erwerber nicht Willens ist, die tradirte Sache seinem Vermögen definitiv einzuverleiben (l. 18. §. 1. D. de reb. cred. 12, 1. Ulpian — Primus erklärt schenken zu wollen, Secundus übernimmt die Sache infolge eines Dissenses zur Aufbewahrung).

Um die obigen Aufstellungen wenigstens theilweise zu rechtfertigen eröffnen wir die Betrachtung mit der Frage über die Bedeutung des Dissenses über die *causa traditionis*.



## §. 10.

**Der Dissens über die causa traditionis.**

Bekanntlich divergiren in dieser Beziehung die Entscheidungen von Julian einerseits und von Ulpian andererseits. Wir lassen die betreffenden Fragmente ihrem ganzen Wortlaut nach unten folgen:

l. 36. D. de a. r. d. 41. 1. (Julianus libro tertio decimo digestorum).

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

l. 18. pr. D. de reb. cred. 12. 1. (Ulpianus libro septimo disputationum).

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti<sup>1)</sup>.

In l. 36. cit. wird den beiden Partheien eine andere causa, aus der gegeben und aus der genommen wird von Julian zugeschrieben. Wenn er nun auf die „Einigung“ auf eine

<sup>1)</sup> Vereignungsversuche vgl. bei: Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum... II. S. 218. fg. Böcking Pandekten II. 162. fg. Herrman Zschr. f. Civ. und Proc. n. F. Bd. 7. S. 233. Dernburg, Arch. f. civ. Prax. Bd. 40. S. 1. fg. Schütze Jahrb. d. gem. R. III. S. 429. fg. Ihering Jahrb. f. Dog. Bd. XII. S. 389. fg. [Anklänge an Iherings Vereinigungsversuch findet man bei Donellus, Comm. lib. IV. cap. XVIII.] (gegen Ihering Kohler gesam. Abhandl. S. 28. fg.) — Eisele Kr. V. Jahrschr. Bd. 20. S. 4. fg. [anders und zwar für den Widerspruch in Jahrb. f. Dog. Bd. 23. S. 1. fg. Zitelmann Irrthum S. 531. und 498. Leonhard Irrthum S. 344. fg. Schwemann Arch. f. civ. Pr. Bd. 68. S. 257. — Sämmtliche Vereignungsversuche werden von Windscheid I. (§. 172. Anm. 15.) für nicht gelungen erklärt. Vgl. noch Huschke im Arch. f. civ. Prax. Bd. 62. S. 320. fg. Aus der neusten Litteratur und zwar für den

von diesen zwei *causae* keinen entscheidenden Werth legt, so thut er dies offenbar deshalb, weil er die Einigung über die *causa* nicht als Grundlage des Erwerbs durch Tradition erachtet. Es fragt sich nun, welche dieser *causae* als Element der Uebereignung zu betrachten sei — es fragt sich, ob beide Theile auf Grund einer und derselben *causa tradire* bzw. in Empfang nehmen sollen oder aber, ob bei der Beantwortung der Frage über den Uebergang des Eigenthums jede der sich entgegenstehenden *causae* in Betracht komme. Auf Grund der Entscheidung Julians in der l. 36. cit. entscheiden wir unbedenklich für die letzte Alternative.

a) Gegen die Ansicht Lenel-Strohal, dass Julian im ersten Theile der Stelle von der Mancipation gesprochen haben dürfte, sprechen u. E. ungeachtet der von beiden angeführten beachtenswerthen Gründe schwerwiegende Bedenken. Durch die Annahme einer Interpolation im ersten Theile (erstes Beispiel) wird u. E. der Zusammenhang zwischen dem Anfangssatze (*cum in corpus . . . . . inefficax traditio*) und den nachfolgenden, die Beispiele enthaltenden Sätzen vollständig zerrissen. Wer nämlich auf Grund des „*fundum tradam*“ eine Interpolation des ersten Falles anzunehmen geneigt ist, muss auch die Echtheit des Eingangssatzes in Frage stellen, wozu aber kein äusserer Anhaltspunkt vorliegt.

Der Einwand von Strohal, dass der quiritarische Eigenthümer, welcher trotz eines Mangels des Kausalgeschäfts die

---

Widerspruch. Exner a. a. O. Beilage I. S. 341. Anm. 8. Piniński a. a. O. Bd. II. S. 242. — Affolter, die Kausalreihe und ihre Auflösung S. 35. und 54. Perozzi a. a. O. S. 32. fg. Strohal a. a. O. Jahrb. f. Dog. Bd. 27. S. 369. Zu vgl. Hofmann a. a. O. S. 90. fg., Bernhöft der *Besitztitel im röm. Recht* S. 57. Voigt. *Ar. f. civ. Pr.* Bd. 54. S. 28. fg. Witte *Schletters Jahrb.* 10. S. 12. Lotmar, *Causa* S. 178. Wendt *Reuchrecht I.* S. 9. fg. Lenel *Zschr. der Sav. Stift.* III. N. F. rom. Abth. S. 179. Pernice in der *Zschr. der Sav. Stift. N. F.* Bd. IX. rom. Abth. S. 217. Anm. 1. a. E. — vgl. auch Vangerow *Pandekten I.* S. 574. Dernburg *Pandekten I.* §. 213. Anm. Brinz *Pandekten I.* §. 150. Anm. 34. und Bd. IV. S. 90. 91. Anm. 12. 14. und S. 250. Anm. 39. Randa *Eigenthum* S. 274.

Mit dem Gefühle einer gerechten Entrüstung über die Kompilatoren sagt Eck in seiner *Pandektenvorlesung* im Sommersemester 1894: „Wir stehen vor einer brutalen Antinomie“. Im Uebrigen spricht sich auch Eck für die Nothwendigkeit der Einigung der Partheien über den Rechtsgrund der Uebereignung aus. Auch er erachtet l. 36. cit. für interpolirt.

Sache aus der Hand gelassen hatte, gegen die *exceptio rei [venditae et] traditae* des Empfängers mit Erfolg die *replicatio doli* vorschützen und mit seiner ihm formell zustehenden *rei vindicatio* durchdringen würde, mithin auch die *traditio fundi* infolge des *Dissensus* als *inefficax* sich erwiesen hätte — dieser Einwand, obzwar an und für sich zutreffend, erledigt den Zweifel, ob der erste Fall wirklich interpolirt ist, u. E. noch keineswegs; denn Julian konnte demungeachtet doch mit gutem Grund behaupten: *non animadverto, cur inefficax sit traditio*. Julian setzt offenbar den Fall voraus, dass ein Grundstück *indebite tradit* wurde und die Partheien nicht einmal subjektiv über den Rechtsgrund der Tradition einig geworden sind. Es fragt sich nun: Ist der so gestaltete Sachverhalt als *solutio* gültig? Darüber äussert sich zwar Julian nicht, wir glauben aber nicht, dass ein gültiges Solutionsgeschäft zustande gekommen ist: der Zahlungsvertrag (*solutio*) setzt eben die Einigung der Partheien über die durch Zahlung aufzulösende Verbindlichkeit voraus, mag dieselbe objektiv bestanden haben oder nicht; in dem Falle jedoch, dass der eine auf Grund eines Vermächtnisses zur Uebergabe verpflichtet zu sein glaubt, der andere aber auf Grund einer Stipulation zur Uebernahme berechtigt zu sein wähnt, ist die Einigung der Partheien über die zu tilgende Schuld nicht vorhanden, und eben desshalb kann der Akt als Zahlungsvertrag nicht betrachtet werden<sup>2)</sup>, aber — und das war vielleicht die Meinung Julians, — der Vorgang gilt als „Besitzübertragung“. Der Besitzerwerb wurde zwar durch den Erwerbsgrund nicht charakterisirt, aber doch erworben, weil der Mangel der *causa* an der Thatsache des Besitzerwerbs nichts zu ändern vermag. Durch die letzte Behauptung wird der erste Theil des Fragments in den engsten Zusammenhang gebracht werden müssen, mit der im klassischen Rechte behandelten Frage, ob überhaupt ein Besitz

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 365.

<sup>2)</sup> Die *causa solvendi* und Solutionsgeschäft nimmt an Perozzi a. a. O. S. 31. — Vgl. aber Windscheid II. §. 343. S. 271. Erklärt... der Gläubiger bei der Annahme, das Geleistete auf ein anderes als das vom Schuldner bezeichnete Forderungsrecht annehmen zu wollen, so wird keines der beiden Forderungsrechte getilgt, weder das vom Schuldner noch vom Gläubiger bezeichnete, ebenda Anm. 2. b)... so gut ist Konsens darüber erforderlich, welches Forderungsrecht durch die Leistung des Schuldners getilgt werden soll. vgl. Anm. 2. a).

ohne causa bestehen könne. Die älteren Juristen haben den Besitz in Verbindung mit der Besitzerwerbs-Causa behandelt, und der Satz, welcher die Unabhängigkeit des Besitzerwerbs von der Causa ausspricht, ist eben auf die Auktorität Julians zurückzuführen<sup>1)</sup>.

Trotz des Dissenses über die Causa wird der Besitz durch Sachübergabe erworben. Eben diese am Eingang der Stelle ausgesprochene Behauptung wird durch das erste Beispiel erläutert. Dies ist u. E. der wesentliche Inhalt des ersten Theiles des Fragmentes.

b) An das erste Beispiel wird von Julian das zweite angeknüpft und der nachfolgende Satz mit dem „nam“ eröffnet. Dieses „nam“ gibt zu erkennen, dass durch den mit „nam“ anfangenden Satz, die Entscheidung des ersten Beispiels begründet und gerechtfertigt werden soll. Nun setzt Julian seine Auseinandersetzung fort: „weil ja auch dann, wenn der Primus in Schenkungsabsicht dem Secundus das Geld angeboten hat, Secundus an dem Gelde **sogar das Eigenthum** erwirbt obwohl er das Geld als Darlehen in Empfang zu nehmen wähnte. Die Schlussworte wiederholen dann nochmals den am Eingang ausgesprochenen allgemeinen Lehrsatz. Die hier vorgeschlagene Interpretation hat den Wortlaut der Stelle für sich und ergibt auch ohne Zuhilfenahme einer Interpolation einen u. E. erträglichen Sinn.

Unter Annahme der Interpolation erscheint der Gedankengang Julians doch recht schwerfällig. Er wäre nämlich: I. Der Dissens über die causa beeinträchtigt die Wirkung der Mancipation nicht im Geringsten; II. weil auch bei der Tradition Gestaltungen vorkommen können, bei deren Vorhandensein der Dissens über die Causa traditionis irrelevant sei<sup>2)</sup>. Hätte Julian wirklich zwei derartige Meinungen, eine nach der anderen aufgestellt, dann könnte er dem Vorwurfe der Trivialität und der „Ineleganz“ in der Gedankenausführung u. E. nicht entgehen. Vor allem ist u. E. beinahe unerfindlich, wieso Julian dazu käme, den Lehrsatz von der abstrakten Natur der Mancipation, der von Niemandem bezweifelt wurde, erst durch ein Beispiel zu illustriren. Dass bei der Mancipa-

<sup>1)</sup> Darüber Pernice Labeo II. S. 182. S. 187. n. und Anm. 33.

<sup>2)</sup> Zu diesem Resultat gelangt Strohal a. a. O. S. 369.

tion das Ritual die juristische Wirkung sicherte und den Eigentumsübergang bewirkte, das war, so zu sagen, ein Gemeinplatz — Julian brauchte ihn in seinen Digesten nicht erst in Erinnerung zu bringen. Auffallender aber erscheint, dass der Lehrsatz von der abstrakten Natur der Mancipation mit „nam“ mit der Tradition in Zusammenhang gebracht würde— a ffallend deshalb, weil die abstrakte Natur der Tradition, wenn nicht allgemein geleugnet, so doch zur Zeit Julians nicht allgemein anerkannt war; demnach müsste man Julian die Inkonsequenz zumuthen, dass er einen, nie angezweifelten Satz von der abstrakten Wirkung der Mancipation durch Vergleichung mit dem höchst zweifelhaften Satze<sup>1)</sup> von der abstrakten Natur der Tradition erläutern wollte.

Der fernere Beweisgrund, den Strohal für die Interpolation des ersten Theiles des Julianischen Fragmentes geltend macht, dass nämlich die Polemik Ulpian's in l. 18. cit. gegen Julian nicht gegen das Prinzip der Abstraktheit der Tradition gerichtet ist, dass sie sich also gegen das erste Beispiel und dessen Entscheidung nicht wendet, erledigt sich ganz von selbst, wenn man an dem hier angenommenen Sinn des ersten Theiles festhält, umsomehr als in Ansehung des Prinzips, dass der Mangel der Causa den Besitzerwerb nicht hindert, eben Ulpian derjenige ist, der Julian lebhaft zustimmt.

(fr. 13. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. Ulpianus libro quinto decimo ad edictum). fr. 16. D. de a. v. a. p. 41. 2. (Ulpianus libro septuagesimo tertio ad edictum). Vgl. fr. 1. §. 2. D. pro don. 41. 6. (Julian bei Paulus) fr. 26. pr. D. de don. int. v. et u. 24. 1. (Paulus libro septimo ad Sabinum).

---

<sup>1)</sup> Fitting a. a. O. S. 407. fg.: „Ursprünglich war die Tradition ein materieller Akt, ihre Eigentum übertragende Wirkung von dem Dasein einer iusta causa dominii acquirendi abhängig gewesen. Selbst das unzweifelhafte Dasein des a. d. tr. et adq. vorausgesetzt, bewirkte die Tradition die Eigentumsübertragung nur dann, wenn für diese spezifisch juristische Wirkung eine iusta causa vorhanden war.... Eine Parthei der klassischen Juristen hat die Tradition doch als einen abstrakten Vertrag betrachtet, als einen von der causa unabhängigen Akt. Das Erforderniss der iusta causa ward von alten röm. Juristen aufgestellt.“ — Gerade entgegengesetzt urtheilt darüber Klein (Sachbesitz und Ersitzung S. 312. 445. 447.) „causa in älterer Zeit für die Tradition nicht nöthig“.

fr. 1. §. 4. D. de a. v. a. p. 41. 2. (Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum).

c) Es dürfte nach den überzeugenden Ausführungen von Eisele und Strohal als ausgemacht betrachtet werden, dass die Differenz zwischen Julian und Ulpian gar nicht das Prinzip von der kausalen Natur der Tradition betrifft. Es entsteht aber die Frage, worüber die beiden Juristen verschiedener Meinung waren? In seiner Polemik gegen Julian fügt Ulpian hinzu: *et puto nec mutuam esse...* Er fordert nun die Einigung der Partheien über den wirtschaftlichen Grund der Uebereignung; in dem Julianischen Falle findet er diese Einigung nicht, und deshalb leugnet er den Eigenthumsübergang schlechthin. Wenn aber Julian trotz des Dissenses über die Causa sich für den Eigenthumsübergang ausgesprochen hat, dabei aber an der Causalgeschäftsnatur (*causa im subjektiven Sinne*) der Tradition festhält, so musste er über das Wesen der Causa anders gedacht haben als Ulpian. Für Ulpian war die Causa eine gegenseitige Einigung der Partheien über den juristischen Grund der Uebergabe — für Julian war die *causa* ein wirtschaftlicher Grund, welcher den Tradenten zur Uebergabe und den Empfänger zur Übernahme der Sache veranlasst hat <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Nach Eisele a. a. O. beschränkte sich die Meinungsverschiedenheit zwischen den beiden Juristen auf den Punkt, ob in dem zweiten Julianischen Falle ein *mutuum* vorliege oder nicht. Nach Eisele sollte Julian das Zustandekommen eines *mutuums* trotz des Dissenses angenommen haben. — Diese Meinung scheint sehr naheliegend zu sein. Aus der Art, wie Ulpian über die Meinung Julians berichtet, könnte allerdings gefolgert werden, dass, wenn Julian das Zustandekommen einer Schenkung leugnet, die Tradition aber als wirksam erachtet und an ihrer Kausalnatur festhält, er ein *mutuum* angenommen haben müsste. So meint offenbar Ulpian, Anhänger der Theorie der Einigung über die *causa*. Aber — nach I. 36. cit. zu schließen, äussert sich Julian gar nicht darüber, ob in seinem Falle ein *mutuum* zu Stande gekommen sei, sondern behauptet, dass die Tradition vollwirksam sei, also trotzdem, dass weder über Schenkung noch über *mutuum* die Partheien sich geeinigt haben. Die obige Behauptung von Eisele wurde mit gutem Grunde auch von Perozzi a. a. O. S. 34. fg. bekämpft, dass in dem Momente nämlich, wo Julian in der von ihm vorausgesetzten tatsächlichen Gestaltung der Umstände doch ein *mutuum* angenommen hätte, er nicht zugleich behaupten könnte: *nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*; — denn wenn man ein *mutuum* annimmt, so dürfte man doch nicht mehr sagen, dass ein Dissens zwischen den Partheien obgewaltet hat. — Perozzi selbst versucht den Streitpunkt

Gegen die von Strohal versuchte Interpretation der in Rede stehenden Fragmente kann u. E. geltend gemacht werden, dass, obwohl Strohal prinzipiell an dem Erforderniss der Einigung der Partheien über die *causa* festhält, er doch die Fälle, in denen die Partheien zwischen *causa donandi* und *causa mutui* dissentiren, im Sinne des Julianischen Fragmentes entscheidet. Freilich versucht Strohal die von ihm gebilligte Entscheidung Julians der Grundauffassung der *causa traditionis* als einer Einigung über den Grund der Uebergabe gegenüber damit zu rechtfertigen, dass er (Strohal) trotz der Worte Julians, welche entschieden die Existenz eines Dissenses konstatiren, doch annähernd an das Zustandekommen des Konsenses glaubt, was allerdings der thatsächlichen Gestaltung, die Julian vorgelegen hat, nicht zu entsprechen scheint, wenn man die Möglichkeit, die Hoffnung, „dass es innerhalb eines bereits abgesteckten Gebietes... jedenfalls zur Einigung kommen wird“<sup>1)</sup>, als etwas Aktuelles, bei dem Traditionsakte selbst bereits Existirendes zu betrachten nicht geneigt ist.

d) In Anbetracht der Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Ulpian entsteht die Frage, welcher Entscheidung der Vorzug zu geben sei. α) Vom Standpunkt des klassischen Rechtes entscheiden wir uns für Julian, weil: 1) seine Entscheidung für die sehr mannigfaltigen Gestaltungen der konkreten Sachlage besser zutrifft als die Entscheidung Ulpians<sup>2)</sup>; 2) weil Julian für seine Entscheidung sich auf die *communis opinio* beruft (constat): „wenn früher betreffs der angeregten Frage Meinungsverschiedenheiten bestanden haben mögen — so sind sie nunmehr geschlichtet worden“, „es ist bekannt, dass du Eigenthümer geworden bist“ — so etwa konnte Julian meinen. Julian motivirt nicht die Entscheidung des zweiten Falles, er wendet nur das anerkannte Prinzip von der Unerheblichkeit des Dissenses über die *causa* an. β) Ulpian vertritt, nach der Ausdrucksweise und dem Satzbau des Frag-

---

zwischen den beiden Juristen auf den Unterschied zwischen der s. g. subjektiven und objektiven *causa* zurückzuführen: „è evidente quello ch'io sostengo cioè che Giuliano e Ulpiano stanno nei frammenti rispetto alla causa in un punto di vista opposto: per l'uno è cosa subbietiva, per l'altro è una cosa obbietiva“. l. c.

<sup>1)</sup> Vgl. Strohal a. a. O. S. 371. fg.

<sup>2)</sup> Darüber vor allem Strohal l. c.

mentes zu schliessen, in seiner Polemik gegen Julian eine höchst persönliche Meinung, das Ulpianische „et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri“ gibt zu erkennen, dass er selbst seine Entscheidung nicht mit der vollen Wucht seiner juristischen Ueberzeugung zu vertheidigen geneigt wäre. 4) Die Entscheidung Julians lässt die konsequente Durchführung des einmal eingenommenen Standpunkts zu. Das Eigenthum geht trotz des Dissenses auf den Empfänger über — ist aber die Erreichung des gesetzten Bestimmungsgrundes nicht erzielt worden, so wird dem Tradenten eine *condictio sine causa* zur Verfügung gestellt. 5) Vom verkehrsrechtlichen Standpunkt ist die Entscheidung Julians unumstösslich zutreffend — weil sie die Eigenthumsfrage definitiv regelt und die Sicherheit der Sachgütercirculation fördert. 6) Die Entscheidung Ulpian's erweist sich in der praktischen Durchführung als widerspruchsvoll und inkonsequent; denn es fragt sich, warum die *exceptio doli* gegen die *condictio* zulässig sein soll, aber nur dann, wenn die Geldstücke vom Empfänger verbraucht worden sind, warum soll die *exceptio doli* auch gegen die *rei vindicatio* bei Vorhandensein der Geldstücke unzulässig sein? Wenn man sich einmal entschlossen hat, in der Anstrengung der Klage seitens des Tradenten ein nicht korrektes Vorgehen (*dolus*) zu erblicken, so ist nicht einzusehen, warum nur für den Fall der Anstrengung der *condictio* und nicht auch im Falle der *rei vindicatio* jene Inkorrektheit vorhanden sei.

Bei konsequenter Verfolgung des von Ulpian festgehaltenen principiellen Standpunkts über die *Causa*=Einigung müsste man zu folgendem Ergebnisse gelangen: kein Eigenthumsübergang wegen des Dissenses über die *causa traditio*nis, aber Zulässigkeit der *exceptio* gegen *rei vindicatio* beim Vorhandensein der Geldstücke und Zulässigkeit der *exceptio* gegen die *condictio* nach der stattgefundenen Konsumption der Geldstücke — also in beiden Fällen Vereitelung der tradentischen Klage. Ob solche Erledigung der Sache vom verkehrsrechtlichen Standpunkt zu billigen ist, ist sehr zweifelhaft, wenn man bedenkt, dass das röm. Recht den Satz: „Hand muss Hand wahren“ nicht kennt <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Anders fasst die konsequente Durchführung des in der Entscheidung Ulpian's ausgesprochenen Prinzips Strohal auf; er meint nämlich:



β) Vom Standpunkt der Justinianischen Kompilation entscheiden wir uns auch für Julian und zwar aus nachstehenden Gründen: 1) Das Julianische Fragment fand Aufnahme in dem Titel „de acquirendo rerum dominio“, wo also ex professo von den Eigenthumserwerbsarten die Rede ist. 2) Das Julianische Fragment behandelt die Eigenthumsfrage ausschliesslich, das Ulpianische dagegen nur nebenbei — der Schwerpunkt in der Entscheidung Ulpians liegt in der Frage, ob ein mutuum zustandegekommen sei oder nicht. Nachdem Ulpian mit gutem Grund konstatirt hatte, dass kein mutuum zustandegekommen sei, macht er auf einmal einen Gedankensprung und behauptet, dass auch das Eigenthum der Geldstücke auf den Empfänger nicht übergegangen sei. Nur deshalb erweckt seine Entscheidung den Anschein, als ob er die Einigung über die causa traditionis als prinzipielle Voraussetzung des Eigenthumsübergangs angesehen hätte. 3) Vom rein praktischen Standpunkt unterliegt wohl keinem Zweifel, dass, wenn der Tradent animo donandi die Sache gegeben hat, er normalerweise nicht so leicht sich veranlasst sehen werde, die Zurückerstattung der Sache vermittelt der Klagen, die ihm Ulpian in so reicher Auswahl zur Verfügung stellt, zu fordern, nachdem er zufälligerweise entdeckt hatte, dass ein Missverständniss im Moment der Übergabe vorgekommen sei, schon ganz abgesehen davon, dass der Laie ein so verfeinertes Gefühl für die Einigung über die causa traditionis nicht hat und sich nur dessen vollkommen bewusst ist, dass er zu Gunsten eines Anderen definitiv seine Sache bestimmt hat. Es darf also angenommen werden, dass es

---

„kein Eigenthumsübergang wegen des Dissenses über die causa — erfolgreiche Vindikation bei Vorhandensein der Geldstücke und erfolgreiche Kondiktion nach erfolgter Konsumption“. Wir zweifeln, ob eben dieses Resultat dem Gedankengang Ulpians gerecht wird. Man denke z. B. dass der Dissens nur dadurch entstanden ist, dass der Bote des Schenkgebers absichtlich oder zufälligerweise die Schenkungs-offerte mit der Darlehens-offerte verwechselt und das Geld als Darlehen dem Empfänger angeboten habe. Hier wäre doch die Situation des Empfängers, welcher seinerseits zur Entstehung des Dissenses gar nicht beigetragen hat, gar zu peinlich und die Bevormundung des Tradenten, dessen Bote den Dissens verursacht hat, beinahe unerfindlich, wenn es dem Empfänger nachdem er von der eigentlichen Absicht des Tradenten erfahren hat nicht gestattet wäre, gegen die Klage des Schenkgebers die exceptio vorzuschützen, dass er doch seinem Willen gemäss die Sache in Empfang genommen habe.

abgesehen von ganz seltenen Ausnahmen, zu einem Prozesse nicht kommen wird und demnach die Sache beim Empfänger verbleiben wird — aber, nach Ulpian's Meinung, nur faktisch verbleiben wird, — also ein Schwebezustand, bis sich die Partheien doch schon einmal geeinigt haben werden? Je mehr Einzelheiten man in Betracht zieht, desto mehr neigt sich die Wagschale zu Gunsten Julians.

### §. 11

#### Die Zahlung und das Darlehen an einen Unmündigen.

Die Zahlung an einen Unmündigen ist als Zahlung ungültig <sup>1)</sup> — das Eigenthum der Gelder geht aber bekanntlich doch auf den Unmündigen über, der Akt ist als Tradition vollgültig. Nach der herrschenden Lehre findet der Eigenthumsübergang seine Rechtfertigung eben darin, dass man aus den diesbezüglichen Erklärungen der Partheien einen Traditions-Vertrag (*animus domini transferendi et accipiendi*) konstruirt. Natürlich wird dabei aus der als Zahlungsannahmeerklärung ungültigen Willensäußerung des Unmündigen nur ein Theil, ein „Ausschnitt“ herausgegriffen <sup>2)</sup>. In Wirklichkeit wird die Sache vom Schuldner *animo solvendi* hingegeben, vom Gläubiger als Zahlungsvaluta angenommen. Die zweite Willenserklärung als eine vom Unmündigen herührende ist rechtlich belanglos, weil der Unmündige die angebotene Zahlung gültig nicht entgegennehmen darf. Ist aber die betreffende Willenserklärung des Unmündigen als Schuldannahme ungültig, so ist die Annahme, als wäre diese Erklärung als *animus domini accipiendi* gültig, doch eine Fiktion; denn ist die Erklärung einmal ungültig, so kann sie nicht im Handumdrehen wiederum als theilweise gültig erscheinen. Vom Standpunkte aber der „wirtschaftlichen“ beiderseitigen Absicht aus, kann nicht geläugnet werden, dass die Partheien eine Umgestaltung ihrer Vermögenslage bezwecken. Der Schuldner will aus einem, zur Uebereignung in abstracto tauglichen Rechtsgrunde die Sache veräußern, der Gläubiger, obgleich zum

<sup>1)</sup> Exner a. a. O. S. 52. Anm. 6 auf S. 51.

<sup>2)</sup> Jener Behandlung des konkreten Geschäftswillens wird mit gutem Grund vorgeworfen (Strohal S. 358), dass das Resultat, das man dadurch erlangt zu haben vermeint, eigentlich nur eine Fiktion sei.

Abschluss des Zahlungsvertrags unfähig — will Eigenbesitzer des Geldes werden. Die Einigung über die *causa traditionis*, mag sie immerhin äusserlich vorhanden gewesen sein, ist „rechtlich“ bedeutungslos; wenn also die Tradition demungeachtet das Eigenthum überträgt, so kann nicht behauptet werden, dass dies auf Grund der Einigung über die *causa* geschieht; es darf nicht behauptet werden, dass die Einigung über die *causa* den „juristischen“ Grund der Uebereignung ergibt. Und fernerhin fragt es sich, wozu die Wirkung der Tradition auf die Einigung der Partheien über die *causa* gegründet werden soll, wenn man so wie so, durch dieses Erforderniss das Vorkommen der materiell ungerechtfertigten Rechtsübertragungen nicht vermeidet? Ist aber auf Grund der positiven Quellenaussprüche zweifellos <sup>1)</sup>, dass trotz des scheinbaren Konsenses über die *causa traditionis* materiell ungerechtfertigte Eigenthumsübertragungen vorkommen, dann kann nicht behauptet werden, dass das röm. Recht den Eigenthumsübergang von dem Bestehen der Einigung über die *causa* abhängig macht.

Bei der Regelung des in Rede stehenden Punktes eröffnen sich der Gesetzgebung u. E. nur zwei Wege: Entweder die Uebereignung nur an den objektiv gültigen Bestand des Kausalgeschäfts anzuknüpfen, oder aber, wenn man den Sachgüterverkehr sicher ausgestalten will, die Uebereignung vom einseitigen Veräusserungswillen des Tradenten abhängig zu machen — der Mittelweg der lediglichen „Einigung“ über die *causa traditionis* erreicht im Endresultate weder den Zweck, allzuvielen materiell ungerechtfertigten Uebereignungen zu verhindern, noch die Sachgütercirculation zu erleichtern.

Unser zuletzt besprochener Fall scheint ein nicht unbedeutendes Argument gegen die Behauptung derjenigen zu sein, welche die Tradition als einen Kausalvertrag konstruirt wissen wollen. Es wird dabei an den Fall erinnert <sup>2)</sup>, wo der Tradent

---

<sup>1)</sup> §. 2. I. qu. al. lic. v. non 2. 8. fr. 15. 16. D. de solut. 46. 3. vgl. fr. 7. §. 2. fr. 32. D. de min. 4. 4. fr. 13. D. de auct. et cons. 26. 8. und zu diesem Fragmente Pernice *Labeo* III. S. 246. fr. 68. D. de solut. 46. 3. und dazu Pernice *Labeo* I. S. 221 fg. — dort auch die Ausführungen über das Prinzip, dass der Pupill ohne *auctoritatis interpositio* zum Abschluss der Rechtsgeschäfte unfähig ist.

<sup>2)</sup> Strohal a. a. O. S. 367 fg.

entgeltlich veräußern, der Empfänger aber unentgeltlich die Sache in Empfang zu nehmen wähnt. In unserem Falle haben wir, wenn auch nicht dieselbe, so doch eine der oben angegebenen ziemlich ähnliche Sachgestaltung. Der Schuldner bietet das Geld gegen und in Voraussetzung eines Entgelts an; als Entgelt gilt nämlich die durch Zahlungsanerbieten zu erstrebende Schuldliberation. Der Unmündige nimmt das Geld an, obwohl jene Annahme wegen Mangels der Veräußerungsbefugniß auf Seiten des Gläubigers als Schuldbefreiung nicht wirken kann, — das Eigenthum der Geldstücke geht dennoch auf den Empfänger über.

Ebenso kann es keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn der Darlehensnehmer handlungsunfähig ist, (unmündig) und trotzdem ein Darlehen aufnimmt, ungeachtet der äusserlich vorliegenden Uebereinstimmung über die *causa traditionis* zwar ein Darlehensvertrag nicht zu Stande <sup>1)</sup> kommt, aber die Tradition vollwirksam wird und das Hingegebene nur mittelst einer *condictio sine causa* zurückgefordert werden kann.

Wir haben für das charakteristische der *causa traditionis* bis jetzt zwei Sätze gewonnen: Der subjektive Dissens über die *causa traditionis* irrelevant für die Wirkung der Tradition (Julian), weil der Konsens über die *causa* nicht unumgänglich nöthig ist; ist aber der Konsens äusserlich erzielt worden, so bildet er nicht die juristische Grundlage des Eigenthumswechsels, er ist nicht ein wesentliches Moment der Tradition; denn der Konsens kann seiner objektiven Beschaffenheit nach rechtlich bedeutungslos sein (Konsens des Unmündigen bei der Zahlung oder der Darlehens-Annahme).

## §. 12.

### **Schenkung durch Sachübergabe an die Kinder unter 7 Jahren.**

Aus der strengen Qualificirung der Tradition als eines Rechtsgeschäfts ergibt sich, dass solche Personen, welche

---

<sup>1)</sup> Windscheid II. §. 370. Anm. 2. 13. 14. 15. und fr. 32. D. de reb. cred. 12. 1. 18. D. eod. (58/59. D. de O. et. A. 44. 7. fr. 13. D. de cond. ind. 12. 6. Gai. III. 91. — auch Windscheid II. §. 427. und Anm. 6. — Dernburg II. §. 85. Anm. 9. und 10.

willens- beziehungsweise gänzlich handlungsunfähig sind, dieselbe nicht rechtsgültig vornehmen können. Absolut unfähig sollten auch die Kinder sein ohne Unterschied, ob sie bei der Tradition als Geber oder aber nur als Nehmer auftreten. Im röm. Recht wird aber an diesem Grundsatz nicht streng festgehalten — im Gegentheil: die Kinder unter 7 Jahren können den Besitz und folgeweise auch das Eigenthum der ihnen (schenkungsweise) tradirten Sachen ohne Mitwirkung des Tutors erwerben. Es finden sich in der Ueberlieferung die Spuren einer lebhaften Kontroverse unter den römischen Juristen über diesen Punkt, doch es muss schon hier hervorgehoben werden, dass diese Kontroverse sich ausschliesslich auf dem Gebiete des Besitzes und der Zulässigkeit der *tutoris auctoritas* beim Besitzerwerbe durch Kinder bewegt; nirgends dagegen angedeutet wird, dass es den Kindern an dem *animus domini accipiendi* fehle, was vom Standpunkt der Theorie des Traditionsvertrags beinahe als selbstverständlich sich ergibt. Die hier in Betracht kommenden Fragmente lauten:

l. 32. §. 2. D. de a. v. a. p.  
41. 2. (Paulus libro quinto decimo ad Sabinum.)

Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest, item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

l. 3. C. de adq. et. ret. pos.  
7. 32. (Imp. Decius A. Rufo a. 250.)

Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Die beiden Fragmente sind schon seit der Glosse eine „vera crux interpretum“<sup>1)</sup>. Natürlich gingen alle Versuche

<sup>1)</sup> Aeltere Litteratur bei Vangerow I. S. 364 fg. und dazu noch Baron Pandekten §. 214. Dernburg Pandekten §. 179. Anm. 8. derselbe. Persönliche Rechtsstellung S. 11—16. Meischeider Besitz S. 201 fg. Perozzi a. a. O. S. 79 fg. Scheuerl, Beiträge II. S. 123—137.

dahin, die augenfällige Antinomie irgendwie zu beseitigen. Wir werden im Nachfolgenden die Resultate der diesbezüglichen Interpretationsversuche knapp zusammenstellen, um nachher einige Schlussfolgerungen in Betreff der juristischen Natur der Tradition daraus gewinnen zu können.

Zuerst wenden wir uns der l. 32. §. 2. cit. zu. Puchta's<sup>1)</sup> Meinung über diese lex geht hauptsächlich dahin, dass man in Betreff der Zulässigkeit des Besitzererwerbs der Kinder *tutore auctore* unterscheiden müsse, zwischen Kindern, denen noch gar kein Wille, und solchen Kindern, denen nicht ein Besitzerhaltungswille zugeschrieben werden könne. Eben bei den Letzteren werde diese Eigenschaft des gesteigerten Willens durch die *auctoritatis interpositio* seitens des Tutors erreicht. Jene Unterscheidung zwischen ganz unreifen und etwas gereiften Kindern wurde von Puchta auch in die l. 3. cit. mit dem Unterschiede aber hineingetragen, dass, wie in l. 32. §. 2. cit. der Tutor den Willen des Kindes durch seine Mitwirkung supplirt, so auch in l. 3. cit. nach der Ansicht Puchta's diese Vervollständigung des Willens durch den Tradenten vollbracht wird. Angesichts der von Vangerow vorgebrachten Einwände muss der Versuch Puchta's, die widersprechenden Fragmente bis zu einer gewissen Grenze mit einander in Einklang zu bringen, als gescheitert erachtet werden. Zweifel erregt aber auch die von Vangerow selbst gegebene Erklärung der Fragmente. Nach dem Vorbilde von Savigny<sup>2)</sup> fasst Vangerow die Mitwirkung des Tutors so auf, dass der Tutor im Namen des Kindes unter faktischer Innehabung des Kindes den Besitz der Sache ergreift. Diese Auffassung aber, erregt, wenn nicht vom dogmatischen, so doch vom geschichtlichen Standpunkt, manche Bedenken, da bekanntlich der Besitzerwerb *per tutorem* verhältnissmässig neuen Datums ist und zwar im Vergleich zu dem sonstigen Erwerb der Kinder *tutore auctore*; aber auch vom exegetischen Standpunkt scheint die Annahme Savigny-Vangerow, weil dem klaren Wortlaut der Stelle widersprechend, in welcher zweimal die Mitwirkung des Tutors als *tutoris auctoritas* genannt wird, viel gegen sich zu haben.

<sup>1)</sup> Rheinisches Museum Bd. 5. III. S. 36 fg. Vorlesungen I. Beilage XI. S. 480 fg. civ. Schriften S. 303. fg. ähnlich Meischeider S. 201 fg.

<sup>2)</sup> System III. 49 fg. Besitz. S. 284; ähnlich jetzt Dernburg a. a. O.

Die Behauptung aber, dass das *iudicium infantis* durch die *auctoritatis interpositio* ersetzt werde, scheint sogar der grundsätzlichen Auffassung der *tutoris auctoritas* zu widersprechen, weil bekanntlich <sup>1)</sup> ungeachtet der Intervention des Tutors der Pupill als die das Geschäft abschliessende Person wenigstens der äusseren Handlung nach erscheint. In der Stelle selbst wird auch durch den Ausdruck „*suppletur*“ das „Plus“, welches der Tutor der Willenserklärung des Kindes verleiht, recht deutlich gekennzeichnet. Fernere Schwierigkeit bereiten die Worte: *nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem*. Soll „*alioquin*“ so viel bedeuten als „*sine tutoris auctoritate*“, dann, meinen Savigny-Vangerow, passt es schlecht dazu die Thatsache, dass ja so wie so der Besitzwille des Kindes ohne rechtliche Bedeutung sei oder eigentlich, dass das Kind so wie so keinen Willen hat. Savigny versuchte deshalb die oben hervorgehobene vermeintliche Schwierigkeit durch die Lesart „*nam alioquin nullus (con)sensus infantis est accipienti (sc. tutori) possessionem*“ zu beseitigen. Damit fand er aber keinen Beifall; denn bereits von Vangerow wurde diese Lesart als ganz willkürlich bezeichnet, während Vangerow selbst den Sinn des *alioquin* folgendermassen sich zurechtgelegt hat: man habe aus Zweckmässigkeitsrücksichten die *tutoris auctoritas* zugelassen, weil ja sonst der *infans* „eigentlich“ keinen *animus accipiendi possessionem* habe.

U. E. hat vor allem Paulus selbst einige Unklarheit durch seine nicht ganz präzise Ausdrucksweise verursacht. Denn einmal wird gesagt: *iudicium infantis auctoritate tutoris suppletur*. Diese Ausdrucksweise scheint doch darauf hinzuweisen, dass Paulus das *iudicium infantis* bis zu einem gewissen Grade als etwas positiv Existirendes vorausgesetzt und damit den Begriff der *tutoris auctoritatis interpositio* treffend gekennzeichnet hatte; denn es ist wirklich so, dass der Willensentschluss des Pupillen durch die *interpositio auctoritatis* in rechtlicher Beziehung „voll“ gemacht wird <sup>2)</sup>. Trotz alledem wird von Paulus am Schluss der Stelle ausgesagt, dass sonst der Willensentschluss des *infans* rechtlich ganz belanglos sei, es

<sup>1)</sup> Pernice *Labeo* I. S. 188.— *Gai.* III. 107. 1. 8. *D. de auct. et. com. tut.* 26. 8. 1. 5. *C. de iure del.* 6. 30. (ex 257.)

<sup>2)</sup> Vgl. Meischeider a. a. O. Pernice *Labeo* I. S. 189 fg.

wird ferner behauptet, dass der infans keinen sensus.... accipiendi possessionem habe.

Um unsere Betrachtung über das Verhältniss der beiden Fragmente zu einander einen Schritt vorwärts zu bringen, müssen wir fragen: worin hat der Zweifelsgrund gelegen? Darin, ob man bei der faktischen Innehabung des Kindes interpositio auctoritatis oder aber, ob man überhaupt, abgesehen von der Beschaffenheit des animus des Kindes, die tutoris auctoritas bei diesem Akte zulassen solle? Es scheint, dass eben die letzte Alternative der eigentliche Streitpunkt war. Paulus' Argumentation scheint freilich eher für die erste Alternative zu sprechen, aber aus der Konstitution des Kaisers Decius und aus dessen Bericht über die Meinung Papinians „*ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri*“ scheint sich eher die letzte Alternative zu ergeben.

Ulpian (XI. 27.) zählt die Rechtsgeschäfte auf, bei denen die tutoris auctoritas bei Frauen und Unmündigen erforderlich war. Nur in einem Zusatz bemerkt er, dass auch bei Veräußerung der res nec mancipii der Tutor auktoriren soll. Daraus kann mindestens vermuthet werden, dass die tutoris auctoritas ursprünglich auf die civilen Geschäfte im engeren Sinne des Wortes beschränkt war und unter den Juristen sich Bedenken erhoben, ob die interpositio auctoritatis auch beim Erwerb durch Tradition, ein Institut des ius gentium, überhaupt zugelassen werden soll (vgl. fr. 22. §. 1. D. de prec. 43. 26.). Abgesehen nun von Paulus' Beweisgründen erfahren wir von ihm auf das Bestimmteste, dass beim Besitzerwerb des infans aus Utilitätsrücksichten, also gegen die Regel die tutoris auctoritas zugelassen wurde. Dies nöthigt aber zur Prüfung, ob durch jene Regelung der Sache auch thatsächlich dem Gebote der Zweckmässigkeit genüge gethan wurde. Diese letzte Frage eröffnet uns zugleich den Weg zum fr. 3. C. cit.

Hier wird mit dürren Worten ausgesagt, dass der infans den Besitz allein erwerben kann. Es hat nicht an Versuchen gefehlt, diese Konstitution mit fr. 32. §. 2. cit. zu vereinigen. Von Puchtas diesbezüglichem Vorschlag war bereits oben die Rede. Die Behauptung Donellus-Vangerow, man müsse in der Konstitution die auctoritatis interpositio hinzudenken, ist ganz willkürlich und in der jüngsten Zeit von Dern-



burg<sup>1)</sup> mit triftigem Grunde zurückgewiesen worden. Perozzi<sup>2)</sup> hält sich streng an den Wortlaut des Fragmentes, und indem er auf das „corpore“ einen besonderen Nachdruck legt, gelangt er zu dem Resultate, dass auf Grund der l. 3. cit. der Besitzerwerb seitens der Kinder *solo corpore* ausnahmsweise zugelassen wurde, dass man daher hier das Requisite des animus nachgelassen hat. Es muss zugegeben werden, dass der Sprachgebrauch des Fragments der Auslegung Perozzis sehr günstig ist.

Betreffs des Besitzererwerbs seitens der Kinder stehen sich nun zwei Lehrmeinungen gegenüber: Zulässigkeit des Besitzererwerbs *tutore auctore* und Zulässigkeit des Besitzererwerbs durch das Kind allein (*corpore*). Beide Lehrmeinungen sind ganz exceptioneller Natur — beide verdanken Zweckmässigkeitsgründen ihre Entstehung, wie das auch ausdrücklich in beiden Fragmenten hervorgehoben wurde (*utilitatis enim causa hoc receptum est — tamen consultius videtur*). Für die ältere Zeit, wo der Besitzerwerb durch Stellvertreter noch nicht anerkannt war, stellt sich die Zulassung der *interpositio auctoritatis* als ein Versuch dar, die streng formelle Mitwirkung des Tutors als ein Surrogat des *alieno nomine possidendi* für den Besitzerwerb der Kinder praktisch durchzuführen. Dies ist auch nicht ohne Widerstand geschehen (*receptum est*). Versetzt man sich aber in die Zeit der Erlassung der Konstitution, wo der Besitzerwerb *per tutorem* bereits längst anerkannt war, so erscheint die Heranziehung der *auctoritatis interpositio* und folgeweise auch die Verunstaltung des Begriffs der *tutoris auctoritas* als gar nicht geboten; denn der Tutor konnte ja *nomine* des Kindes als Besitzstellvertreter den Besitz erwerben. Wenn sich aber manche praktische Unzukömmlichkeiten auch nach der bereits anerkannten Zulässigkeit des Besitzererwerbs durch Repräsentanten ergeben haben mochten, so entstanden sie nunmehr nur deshalb, weil dem *infans* eine Sache möglicherweise angeboten wurde, während der Tutor inzwischen *abwesend* war oder überhaupt für

---

<sup>1)</sup> Dernburg a. a. O. S. 179. „es kaum denkbar ist, dass der Kaiser gerade das Moment nicht hervorheben sollte, auf welchem das entscheidende Gewicht läge.

<sup>2)</sup> Perozzi a. a. O. S. 88.

das Kind noch nicht bestellt wurde. Dem Dogma von animus und corpus zu Liebe konnte das Kind in einer solchen Sachlage den Erwerb nicht realisiren. Für diese Fälle also wurde der Besitzerwerb durch das Kind allein auf Grund der c. 3. cit. ausnahmsweise zugelassen. Stellt man sich auf den obenangedeuteten Standpunkt der geschichtlichen Entwicklung betreffs dieses Punktes, dann scheint l. 3. cit. vom praktischen Standpunkt vor l. 32. §. 2. cit. den Vorzug zu verdienen.

Viel Streit hat die Frage nach den zulässigen Grenzen der Anwendbarkeit der l. 3. cit. hervorgerufen. Erwirbt das Kind jeden Besitz allein, oder nur den Besitz an den tradirten Sachen, erwirbt es den Besitz auf Grund der leibhaftigen Tradition oder auch auf Grund der s. g. „abgeschwächten“ Tradition, erwirbt es auf Grund jeder causa oder nur auf Grund der Schenkung, erwirbt es den Besitz auf Immobilien oder nur auf Mobilien <sup>1)</sup>? Reichliche Nahrung erhielten jene Kontroversen durch die Konstitution selbst, welche sich betreffs jener Fragen nicht ausspricht. Wir müssten uns zu weit von unserem eigentlichen Thema entfernen, wenn wir jene Einzelheiten hier näher erörtern wollten. Doch auf einen Punkt, der u. W. bisher nicht beachtet wurde, möchten wir hinweisen. Wir fragen nämlich, ob die Tendenz, das Anwendungsgebiet unserer Konstitution möglichst einzuschränken, wie dies z. B. von den älteren Schriftstellern geschah, welche die Anwendbarkeit der Konstitution bis auf Erwerb der Spielzeuge, Süßigkeiten und dgl. beschränkten, dem Geiste der Konstitution wirklich gerecht wird? Wir möchten es bezweifeln. Schon der Umstand an und für sich, dass für den interessirenden Punkt eine genau motivirte kaiserliche Entscheidung erlassen wurde, weist darauf hin, dass in dem Falle, der den kaiserlichen Räthen zur Entscheidung vorgelegen hat, es sich doch um etwas Wichtigeres als um Spielsachen und dgl. gehandelt hatte. Dann aber — es findet sich in der Konstitution selbst ein Fingerzeig — *vacua possessio tradita est* „ein specieller Ausdruck für die Besitzübergabe bei Grundstücken“ <sup>2)</sup>. Natürlich, wenn man die beiden Elemente des Besitzerwerbs, animus und corpus ganz getrennt

<sup>1)</sup> Darüber Perozzi a. a. O. S. 84. Vgl. Brinz Pandekten I. §. 55. S. 187, vor allen Dernburg, Persönliche Rechtsstellung. Baron §. 214.

<sup>2)</sup> Windscheid I. §. 153. Anm. 9. und die dort Citirten.

behandelt, dann ergibt sich die Nothwendigkeit, die Zulässigkeit des Besitzerwerbs auf Sachen zu beschränken, die das Kind doch zu einem gewissen Grade auch psychisch und intellektuell innehaben kann. Das heisst aber wiederum nichts anderes als einen animus possidendi bei dem Kinde vorauszusetzen; während ihn Paulus leugnet und die Konstitution völlig ignoriert und corpore den Besitz zulässt. Aber demungeachtet erachten wir das Urgiren des „corpore“ nicht für gerechtfertigt; denn der Besitzerwerb animo et corpore ist einzig und allein zulässig, animus und corpus sind nur die Kehrseiten einer einheitlichen äusseren Erscheinung: der Besitzerwerbshandlung. Die Entscheidung des Kaisers Decius verfolgt, abgesehen von der Ausdrucksweise, den Zweck, dem Infans den Besitzerwerb ausnahmsweise zu ermöglichen, ihm den Interdiktschutz und den Usukapionsbesitz zu gewähren — der Besitz wird hier in Wahrheit auch nicht corpore erworben — der Besitz wird nach Art eines Rechtes für erworben angesehen, und der Erwerb soll als ein ipso iure eintretender Erwerb betrachtet werden. Ist dem so, dann steuern diejenigen, welche die praktische Anwendung der Konstitution einschränken, dem Geiste der Konstitution entgegen.

Sei dem aber, wie ihm wolle, für unseren Zweck genügt die Feststellung der Thatsache, dass es Fälle gibt, in denen die an ein Kind unter sieben Jahren vorgenommene Tradition den Besitz und den Eigenthumserwerb begründet. Daraus ergibt sich, dass es bei der Tradition als Eigenthumserwerb auf den animus domini accipiendi nicht ankommt, dass der Wille des Tradenten für die Wirkung der Rechtsübertragung sich als grundlegende Voraussetzung darstellt<sup>1)</sup>, dass die s. g.

---

<sup>1)</sup> Ganz eklatante Beispiele, zu welch' unerträglichen Konsequenzen die ausnahmslose Einschränkung der Zulässigkeit des Besitzerwerbs seitens der Kinder allein führt, nennt Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 12. und 14.

„Humane Geber statten arme Kinder mit dem aus, was ihnen Noth thut, mit Kleidern, Schuhen, Mützen... Die Geber werden sehr erstaunt sein, wenn sie hören, dass die Kleinen trotzdem weder Besitz noch Eigenthum am Geschenkten erhalten, so lange deren gesetzliche Vertreter das Geschenk nicht ihnen gegenüber annehmen“ — (Uebereignungsvertrag!)

„Die Grossmutter schenkt auf dem Krankenbette ihren Schmuck... ihrer sechsjährigen Enkelin in Gegenwart der Gouvernante derselben. Die

causa traditionis obwohl in den Quellen als positive Voraussetzung der Wirksamkeit der Tradition genannt, im Sinne der auch juristisch giltigen „Einigung“ über den Bestimmungsgrund der Uebergabe nicht aufgefasst werden darf.

§. 13.

**Die wissentliche Annahme sine causa.  
(Abgrenzung der Frage.)**

Im Folgenden wollen wir die Frage erörtern, ob das Wissen oder Nichtwissen des Empfängers von der Nichtexistenz der vom Tradenten vorausgesetzten causa traditionis für die Wirkung der Tradition in Betracht kommt oder nicht. In der Litteratur pflegt die obige Frage in einer engeren Fassung so gestellt zu werden, ob die wissentliche Annahme einer Nichtschuld das Eigenthum begründet oder nicht, ob nämlich die mala fide akzeptirte Zahlung seitens eines falsus creditor oder seitens eines falsus procurator den Eigenthumsübergang dennoch bewirkt <sup>1)</sup>. Zuerst handelt es sich darum aus dem reichlichen Quellenmaterial, welches im Anschluss an die aufgeworfene Frage angeführt zu werden pflegt, dasjenige auszuschneiden, was mit der obigen Frage nicht oder nur sehr entfernt im Zusammenhange steht. Die Exegese aber der nicht hierher angehörigen Quellenstellen wird für diese Untersuchung insofern einen positiven Werth haben, als wir an

---

Enkelin und für sie deren Gouvernante nehmen das Diamantkreuz mit Dank an... Keinesfalls erwirbt aber die Enkelin Besitz und Eigenthum des Geschenktken.“

Ein Knabe erbeutet in einer von ihm gestellten Falle ein nichtjagdbares Thier, er fängt durch Fischen einen tüchtigen Hecht. Ein vorübergehender Strolch lässt sich das Erbeutete zeigen und nimmt es trotz des Widerspruchs des Knaben mit sich. Ist der Strolch ein Dieb? Dies ist zur Zeit auch nach gemeinem... Rechte zu verneinen.“ Zu solchen Konsequenzen gelangt die Gesetzgebung, welche die Zulässigkeit des Besitzerwerbs seitens der Kinder schlechthin leugnet.

<sup>1)</sup> Vgl. über die ganze Frage Exner a. a. O. S. 334. und die in Anm. 14. angeführte ältere Litteratur. — Ueber die herrschende Lehre vgl. besonders Vangerow §. 625. Siehe aber auch Köstlin, Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloss civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge (in der *Linde's Ztschr. f. Civ. und Proz. n. F. Bd. XIV. S. 420. fg.*) Baron, *Pandekten* §. 131. Perozzi a. a. O. S. 39. fg. Bernhöft, *Besitztitel* S. 70. fg.

den zuletzt genannten Quellenstellen den Vertragscharakter der Tradition zu erproben gedenken.

Im Anschluss an die obige vorläufig ganz allgemein formulierte Frage, pflegen folgende Quellenfragmente angeführt zu werden:

l. 18. D. de cond. furt. 13. 1. (Scaevola libro IV. quaestionum).

l. 43. pr. §. 1. 3. D. de furt. 47. 2. (Ulpianus libro 41. ad Sabinum).

l. 81. (80.) §. 5. 6. D. eod. (Papinianus libro XII. quaestionum).

l. 67. (66.) §. 4. D. eod. (Paulus libro VII. ad Plautium).

l. 52. §. 21. D. eod. (Ulpianus libro XXXVII. ad edictum).

l. 52. §. 15. D. eod.

l. 18. D. de solut. 46. 3. (Ulpianus libro XLI. ad Sabinum).

l. 38. §. 1. D. eod. (Africanus libro VII. quaestionum).

Vangerow fügt noch als hierhergehörend folgende Fragmente hinzu: l. 3. D. pro suo 41. 10. (Pomponius libro XXII. ad Sabinum) und l. 48. D. de usurp. et usuc. 41. 3. (Paulus libro II. manualium).

Es muss vor allem hervorgehoben werden, dass die Fälle der indebite Zahlung an einen falsus creditor und der an einen falsus procurator unter einander in Bezug auf die Willensrichtung des Schuldners grundverschieden sind<sup>1)</sup>. Es dürfte u. E. kaum einem berechtigten Zweifel unterliegen, dass im Falle der Zahlung an einen falsus creditor, abgesehen natürlich von dem wesentlichen Irrthum des Schuldners, er (der Schuldner) dem falsus creditor das Geld zweifelsohne übereignen will; sein diesbezüglicher error erscheint im wesentlichen als ein Motivirrhum. Der Schuldner bietet nämlich dem falsus creditor die Zahlung an ohne von den Umständen zu wissen, die ipso iure oder ope exceptionis seine Schuld aufheben. Wenn dagegen an einen falsus procurator gezahlt wird, so ist die Willensrichtung des Schuldners nur in der Beziehung sicher, dass er durch die dem Prokurator angebotene Zahlung dem Gläubiger gegenüber von seiner Schuld

<sup>1)</sup> Dazu bes. Perozzi l. c.

liberirt werden will — er gibt die Sache auf Rechnung des Gläubigers hin. Betreffend das Eigenthum an dem hingegebenen Gelde unterwirft er sich normalerweise dem Willen des Gläubigers, auf dessen Rechnung er zahlt. Der Wille des Schuldners geht zwar normalerweise dahin, durch Vermittlung des Prokurators dem Gläubiger direkt die Sache zuzuwenden, aber dass der Schuldner immer und ausschliesslich diese Absicht habe, darf u. E. nicht angenommen werden <sup>1)</sup>. [Beispiel: Jemand beauftragt den Eigenthümer der ihm geschuldeten Sache das Eigenthum dieser Sache an eine dritte Person zu übertragen <sup>2)</sup>.]

Wenn nun eine Gesetzgebung den Standpunkt vertritt, dass die Zahlung an den falsus procurator den Eigenthumsübergang auf den vermeintlichen Prinzipal nicht bewirkt, so wäre der nächstliegende Grund jenes Standpunkts darin zu finden, dass der vermeintliche Prinzipal weder die Vermittlung des falsus procurator als eines Stellvertreters wollte noch geneigt war, dem Letzteren auf Grund irgendwelcher causa die vom Schuldner thatsächlich übergebene Sache zuzuwenden.

Wenn aber eine Gesetzgebung sich auf den Standpunkt stellt, dass die Zahlung an einen falsus creditor, der von der Nichtexistenz der Schuld Kenntniss hat, den Eigenthumsübergang nicht bewirkt, so muss dafür ein ganz anderer Grund angegeben werden. Nach der herrschenden Lehre ergibt die wissentliche Annahme der Nichtschuld den Thatbestand eines Furtums und eben wegen des Vorhandensein des Furtum wird

<sup>1)</sup> Perozzi, a. a. O. S. 41. involviret dem Schuldner normalerweise den Willen, durch den Prokurator dem Gläubiger direkt übereignen zu wollen „...si vuole normalmente che acquisti la proprietà il rappresentato“.

<sup>2)</sup> Man vergleiche folgende Stellen: l. 7. pr. D. de c. c. d. c. n. s. 1. 2. 4; l. 9. pr. eod.; l. 7. §. 1. D. de pec. const. 13. 5; l. 33. D. de pign. 20. 1; l. 3. §. 12, 13; l. 4; l. 56; l. 26; l. 39. D. do donat. int. v. et ux. 24. 1; 67. (65.) §. 4. D. ad S. C. Treb. 36. 1; 19. §. 3; l. 31. §. 1. D. de donat. 39. 5. (theilweise interpolirt vgl. c. 1. C. de donat. qu. 8. 54. (55); 38. §. 23. D. de V. O. 45. 1; 131. §. 1. D. eod. (interpol. vgl. l. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.); l. 12. §. 2. D. de solut. 46. 3; ll. 32. 34. §. 2. 7, 49, 64, 66, 79, 106—108. D. eod.; §. 4. J. de inut. stip. 3. 19. l. 9. C. si quis alteri vel sibi 4. 50. Vat. §. 254. §. 265. R. S. V. 11. §. 1. Ueber die gleich unten zu erörternde von Jhering (Jahrb. f. Dogm. Bd. II. S. 133. fg.) s. g. Durchgangstheorie vgl. vorläufig Windscheid I. §. 172. Anm. 16.

der Eigenthumsübergang ausgeschlossen. Natürlich geben die Anhänger der Theorie von dem abstrakten Uebereignungsvertrag bereitwillig zu <sup>1)</sup>, dass in dem Falle der Zahlung an einen falsus creditor sämtliche Voraussetzungen des Uebereignungsvertrags vorhanden sind, helfen sich aber mit der Statuirung einer „Ausnahme“ für den vorliegenden Fall, um durch die prinzipgemässe Anerkennung des Eigenthumsübergangs zu Gunsten des falsus creditor nicht allzustark mit der Moral in Konflikt zu gerathen <sup>2)</sup>. Andere erledigen die Sache viel einfacher, indem sie die wissentliche Annahme der Nichtschuld ohneweiters als einen rechtsverletzenden Willen, als furtum qualifiziren, welches den Bestand des animus domini accipiendi vermeintlich ausschliesst<sup>3)</sup>. Andere leugnen den faktischen Bestand des animus domini accipiendi zwar nicht, aber sie meinen, dass der durch die betreffende Willensrichtung zu erstrebende Zweck vom Rechte nicht anerkannt werde <sup>4)</sup>. Die Anhänger der Theorie von der Einigung der Partheien über die causa traditionis leugnen in unserem Falle den Eigenthumsübergang entweder desshalb, weil nach ihrer Ansicht der obige Thatbestand „den Konsens im Uebereignungswillen“ oder aber „den Konsens über die causa“ ausschliesst <sup>5)</sup>.

Wir unterstellen den Thatbestand dass in beiden Fällen der Zahlung an einen falsus creditor bzw. procurator der Tra-

---

<sup>1)</sup> Exner a. a. O. 335. Vangerow Pandekten III. §. 625. S. 399. „...aber es muss... die wichtige, freilich oft übersehene, Modifikation zugefügt werden, dass nämlich ungeachtet des Zusammentreffens von animus domini transferendi und acquirendi, doch dann kein Eigenthum übergeht, wenn der Empfänger die Nichtigkeit der causa, aus welcher die Tradition erfolgte, gekannt hat“ vgl. §. 605. Anm. 1. bei No. 3. S. 276. Hofmann a. a. O. S. 77. und 114, O. Mayer *Justa causa* S. 75.

<sup>2)</sup> Ueber diesen Punkt vgl. Perozzi l. c.

<sup>3)</sup> So schon Donellus (siehe das bei Exner a. a. O. S. 335. in der Anm. 16. angeführte Citat); so jetzt Bernhöft *Besitztitel* S. 74. „der Gläubiger, welcher von dem Nichtbestand der Schuld weiss, hat keinen Annahmewillen — er gibt ihn nur vor“ vgl. auch S. 75.

<sup>4)</sup> Karlowa, *Rechtsgeschäft* S. 210. fg.

<sup>5)</sup> Randa *Eigenthum* §. 11. Anm. 52. u. E. „...hier kein Konsens im Uebereignungswillen vorliegt; denn der dolose Empfänger nimmt die Sache nicht solvendi, sondern furandi causa“. (S. 288—9.) einerseits und Strohal a. a. O. S. 387. (vgl. S. 350. fg.) anderseits.

dent dem *falsus procurator* bzw. dem *falsus creditor* die Sache übereignen wollte, und für den so vorausgesetzten Thatbestand stellen wir die Frage, ob die wissentliche Annahme seitens des *falsus creditor* bzw. *falsus procurator* schon an und für sich den Eigenthumsübergang ausschliesst. Im engen Zusammenhang mit der Entscheidung des oben genannten Falles steht u. E. auch die Frage, welche Formulierung als eine sachgemässe erachtet werden darf — die Formel „in der wissentlichen Annahme eines *Indebitums* liegt ein *furtum*, folglich kein Eigenthumsübergang“ oder aber „bei wissentlicher Annahme eines *indebitum* findet kein Eigenthumsübergang statt, folglich ein *furtum*“? <sup>1)</sup> Wir fragen fernerhin, ob die wissentliche Annahme eines *Indebitum* deshalb den Eigenthumswechsel hindert, weil es bei solcher Sachlage an dem Uebereignungskonsens bzw. an der Einigung über die *causa* mangelt? Zugleich aber muss von vornherein hervorgehoben werden, dass für die Beurtheilung der in den Quellen besprochenen Fälle der Zahlung an einen *falsus procurator* oder an einen *falsus creditor* auch andere Gesichtspunkte ineinandergreifen (wesentlicher Irrthum in der Person des Gläubigers, der objektive Bestand eines *Furtums* in einem konkreten Falle, Mangel der Voraussetzungen des Besitzererwerbs durch Stellvertreter), welche die Entscheidungen beeinflussen. In Anbetracht des Umstands, dass das einschlägige Quellenmaterial für die Entscheidung des oben vorausgesetzten konkreten Falles und für dessen Begründung u. E. nicht ganz sichere Anhaltspunkte bietet, werden wir jede Entscheidung, die *prima facie* sich auf unsere Frage bezieht, einzeln besprechen.

Vor allem aber müssen aus der Reihe der oben angeführten Fragmente diejenigen beseitigt werden, welche, obgleich von Anderen citirt, mit der behandelten Frage nicht im Zusammenhange stehen. Als solche hat bereits Perozzi<sup>2)</sup> fr. 3. D. pro suo 41. 10. und fr. 48. D. de usup. 41. 3. bezeichnet.

---

<sup>1)</sup> Vgl. Exner a. a. O. einerseits und Bernhött a. a. O. andererseits und noch Karlowa a. a. O.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 42.



l. 3. D. pro suo 41. 10. (Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum.)

Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio verius est ut usu capiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam, et ita Neratius scripsit idque verum puto.

l. 48. D. de usurp. et usuc. 41. 3. (Paulus libro secundo manualium).

Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse....

Beide Fragmente erörtern die Voraussetzungen der Ersetzung und aus dem dort ausgesprochenen Grundsatz, dass die wissentliche Annahme eines Indebitums die Usucapion ausschliesse, darf nicht ohne weiteres gefolgert werden <sup>1)</sup>, dass die wissentliche Annahme einer Nichtschuld vom Eigenthümer die Möglichkeit des derivativen Erwerbs ausschliesst. Denn die Voraussetzungen des Erwerbs vom Eigenthümer und jene des Erwerbs durch Ersitzung sind grundverschieden; bei der Ersitzung kommt nämlich die bona fides in Betracht und eben wegen Mangels der bona fides wird die Möglichkeit der Ersitzung ausgeschlossen; weil das Wissen des Empfängers von der Nichtexistenz der Schuld der Annahme des gutgläubigen Erwerbs widerspricht <sup>2)</sup>

Wir wenden uns nun den anderen oben angeführten Quellenstellen zu. Es dürfte dabei im voraus festgestellt werden, dass einige Fragmente den ganz allge-

<sup>1)</sup> So Vangerow a. a. O. §. 625. III. S. 400.

<sup>2)</sup> Stintzing, Bona fides und titulus S. 124. Windscheid I. §. 176. Anm. 7, Dernburg I. §. 220. Anm. 3, Perozzi a. a. O. S. 43. „Nella tradizione la considerazione della causa deve determinare la volonta del tradente, su cui si fonda l'efficacia della tradizione; nell' usucapione, atto dell' acquirente, la causa va considerata rispetto all'intenzione e alla buona fede dell' acquirente stesso: perciò puo esse efficace la tradizione fatta cum causa a chi riceve sine causa, e puo correre l'usu capione di chi riceve cum causa anche se la tradizione fu fatta dal tradente sine causa o peggio ex iniusta causa com'è quella di chi dona la cosa di un terzo alla moglie“.

meinen Satz aufstellen, dass die wissentliche Annahme einer Nichtschuld ein Furtum begründet, während die anderen Fragmente konkrete Thatbestände entscheiden.

fr. 18. D. de cond. furt. 13. 1. (Scaevola libro quarto quaestionum). Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat....

fr. 43. pr. D. de furt. 47. 2. (Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum.) Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient. §. 1. Falsus procurator furtum quidem facere videtur, sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contractando sine dubio furtum facit. quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo.

Schon aus diesem letzten Fragmente ist ersichtlich, dass die wissentliche Annahme einer Nichtschuld nicht nothwendig ein Furtum begründet — hier sei nur bemerkt, dass in dieser Beziehung es in erster Linie auf den Willen des Schuldners ankommt, der entweder durch Hingabe an den falsus procurator dem Prinzipal die Sache direkt zuwenden wollte [Leistung an den Prokurator als „Vertreter“ desjenigen, dem der Erwerb direkt zufallen soll] oder aber die Sache dem Prokurator zu übereignen beabsichtigte, damit eventuell dieser sie dem Gläubiger übereigne [Leistung an den Prokurator als einen „Ersatzmann“ desjenigen, auf dessen Geheiss dem Prokurator geleistet wird], welchenfalls die Besitzübertragung als eine recte tradita possessio angesehen werden darf. Von dieser letzten Annahme scheint eben Paulus in fr. 14. D. de cond. caus. d. c. n. s. 12. 4. auszugehen.

Paulus libro tertio ad Sabinum: Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Julianus scribit. quod si dominus ratum non

habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit rati habitione non intercedente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse.

Nun folgen die Fragmente, welche auf ein anderes Unterscheidungsmerkmal hinzudeuten scheinen und so aussehen, als seien sie dazu bestimmt, den Satz, dass die wissentliche Annahme eines Indebitums ein Furtum begründe, einzuschränken.

fr. 18. D. de solut. 46. 3. Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum.... nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio *simulanti se procuratorem* solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.

l. 38. §. 1. D. eod. Africanus libro septimo quaestionum. Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit<sup>1)</sup>, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si *conditionem*, quam adversus mulierem habet, praestet.

fr. 81. (80.) §. 6. D. de furt. 47. 2. Papinianus libro duodecimo quaestionum. Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumvenierit quod aequè probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius.

fr. 67. (66.) §. 4. D. eod. Paulus libro septimo ad Plautium. Si tu Titium mihi commendaveris quasi ido-

---

<sup>1)</sup> Natürlich Julianus, darüber Karlowa Rechtsgeschichte Bd. I. S. 712.

neum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat non facies furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri, cum furtum factum non sit....

fr. 52. §. 21. D. eod. Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum.

Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subiecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti: furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum sit: sed et Titius furti tenebitur. (Vgl. l. 52. §. 15. l. 43. §. 3. D. eod.)

Wir eröffnen die Exegese der oben angeführten Fragmente mit l. 18. D. de solut. 46. 3. von Ulpian. Primus beauftragt seinen Schuldner, dem Titius zu zahlen, nachher aber verbietet er dem Titius, die Zahlung entgegenzunehmen. Von dieser Gegenordre des Primus weiss der Schuldner gar nichts, und nun zahlt er dem Titius. Der Jurist entscheidet: Der Schuldner wird liberirt, und der Titius haftet actione furti. Für die Annahme des Furtums spricht der Umstand, dass Titius gegen die Kontrordre des Gläubigers sich die Gelder angeeignet hat. Aber wem hat er sie kontrektirt? Offenbar wird als Eigentümer des Geldes von Ulpian der Gläubiger angesehen <sup>1)</sup>; denn sonst wäre unverständlich, wie so der Schuldner, welcher liberirt wurde, das Eigenthum an dem Gelde dennoch behalten sollte. Freilich ist noch eine andere Alternative nicht ausgeschlossen, nämlich die, dass der Schuldner nur ope exceptionis <sup>2)</sup> liberirt wird, das Eigenthum aber dennoch bei ihm vorläufig verbleibt und der Gläubiger, „cuius interfuit non subripi“ <sup>3)</sup>, vermittelt der actio furti genügende Deckung erhält und eventuell vom Schuldner die Cession der condictio furtiva beanspruchen kann. Dass aber Ulpian dem Gläubiger das Eigenthum zugeschrieben hatte, dafür spricht der Umstand, dass er es eben war, welcher die s. g. „Durchgangstheorie“ acceptirte. Er zerlegte sich nach dem Vorgang von Celsus die Tradition des Delegaten an den Delegatar in die Tradition

<sup>1)</sup> Vgl. Piniński II. a. a. O. S. 233. in der Anmerkung.

<sup>2)</sup> Vgl. über diesen Punkt Lenel a. a. O. S. 110, 105 und Anm. 1. ebendas.

<sup>3)</sup> Windscheid II. §. 453. Anm. 8. 14. dort auch die einschlägigen Quellenfragmente.

des Delegaten an den Gläubiger und von diesem an den Delegatar (l. 3. §. 12. D. de don. int. vir. et ux. 24. 1. Ulpian-Celsus<sup>1)</sup> Im Grunde genommen ist die s. g. „Durchgangstheorie“ nur eine Denkopoperation, die Zerlegung der Zahlungsanweisung in zwei Traditionsakte nur eine Denkform<sup>2)</sup>. In der That findet nur „eine“ Tradition statt vom Schuldner an den Prokurator. Aber aus der Entscheidung Ulpian's, wenn man vorläufig von der Denkform absieht, scheint das eine hervorzugehen, dass er auch ohne das Auskunftsmittel der „Durchgangstheorie“ dem Schuldner den Willen zuschreibt durch die Uebergabe an den Prokurator direkt dem Prinzipal die Sache zu übereignen und dass er diesen Willen für den Eigenthumswechsel ohne Rücksicht auf den widersprechenden Willen des Vertreters als entscheidendes Moment betrachtet. Da haben wir also wiederum denselben Ulpian, der in l. 13. D. de donat. 39. 5. den abweichenden Willen des Stellvertreters vollständig ignorirt und zur Rechtfertigung seiner Abweichung von dem Prinzip (fr. 1, §. 20. D. de a. v. a. p. 41. 2.) diesmal mit der „Durchgangstheorie“ operirt<sup>3)</sup>.

Den Anhängern der Theorie des Uebereignungsvertrags bereitet die eben erörterte Stelle fast eine unüberwindliche Schwierigkeit. Der in der Stelle angegebene Thatbestand leidet allzusehr an dem Mangel der Voraussetzungen des Uebereignungsvertrags: Titius steht zum Gläubiger nicht in dem Rechtsverhältniss, das ihn zum Erwerb für den Gläubiger ermächtigte. Titius selbst hat irgendwie seine Absicht, dem Gläubiger nicht erwerben zu wollen, kundgeben müssen —

---

<sup>1)</sup> l. 3. §. 12. D. de don. int. vir. et uxor. 24. 1.... nam etsi is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse. (Ulpian-Celsus.) vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. Bd. II. S. 183 fg.

<sup>2)</sup> Vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Verträge S. 225 fg. Perozzi a. a. O. S. 45 fg. Lenel Stellvertretung und Vollmacht (Jahrb. f. Dogm. Bd. 36.) S. 63. 107 fg.

<sup>3)</sup> Auf die enge Verwandtschaft zwischen l. 13. D. cit. und l. 18. D. de solut. 46. 3. l. 3. §. 12. in f. D. de don. int. vir. et ux. 24. 1; l. 44. pr. D. de furt. 47. 2. und c. 9. C. si quis alt. 4. 50. einerseits und der l. 37. §. 6. de a. r. d. 41. 1; l. 38. §. 1. de solut. D. 46. 3. anderseits hat u. W. zum ersten Male hingewiesen Piniński a. a. O. II. S. 545. Anm. 2. und S. 233. Anm.

an den *animus domini accipiendi* namens des Gläubigers ist deshalb nicht entfernt zu denken, und doch spricht alles dafür, dass das Eigenthum auf den Gläubiger übergegangen ist <sup>1)</sup>.

Wir haben also aus l. 18. cit. folgendes Resultat gewonnen: Die Zahlung an den Prokurator nach erfolgtem Widerruf des Incassoauftrags bewirkt den unmittelbaren Eigenthumsübergang des Geldes auf den Gläubiger; der Prokurator, der die Gelder ungeachtet der Kontroordre eincassirt, kontrektirt sie dem Gläubiger. Die unten versuchte Exegese der anderen Fragmente wird uns überzeugen, dass die aus der Entscheidung Ulpians gewonnenen Sätze theilweise eingeschränkt werden müssen, theilweise aber nur eine relative Bedeutung haben.

Gegen die Durchgangstheorie Celsus-Ulpian <sup>2)</sup> wendet sich die Aeusserung Julian-Afrikan (38. §. 1. D. de solut.

<sup>1)</sup> Gegen den Eigenthumsübergang auf den Gläubiger hat sich in der jüngsten Zeit in Anlehnung an l. 18. cit. Lenel a. a. O. S. 110. ausgesprochen. Wir wollen nicht im Geringsten die Richtigkeit der von Lenel vorgebrachten Einwände gegen die Anwendung der Durchgangstheorie für den Fall l. 18. cit. bestreiten, glauben aber doch annehmen zu dürfen, dass Ulpian auf Grund der Nachahmung der Celsinischen Durchgangstheorie seine Entscheidung getroffen hat. Dafür spricht seine Uebereinstimmung mit Celsus (fr. 3. §. 12. 13. D. cit.); dafür seine Gegnerschaft gegen Julian-Afrikan, dafür der Umstand, dass die Durchgangstheorie, wenn auch unter dem Gesichtspunkt des Besitzerwerbs durch Dritte und mit der Beschränkung auf den Fall der „Anwesenheit des Prinzipals“ bei der Uebergabe an den Dritten, auch von anderen Juristen gebilligt wurde (l. 31. §. 1. D. de donat. 39. 5. Papinianus libro duodecimo responsorum.), dafür spricht, auch der Inhalt des Vordersatzes im frag. 18. cit. — das „nam“ deutet darauf hin, dass der Fall der Zahlung an einen Incassobevollmächtigten *servus* nach stattgefundener Freilassung oder nach der *ademptio peculii* mit dem Fall des Widerrufs einer dem Freien erteilten Vollmacht gleicht. In der Freilassung oder in der *ademptio peculii* liegt der stillschweigende Widerruf des Inkassomandats, aber der in Unkenntniß dessen zahlende Schuldner wird nach dem Ausspruch Ulpians *liberirt*, und wenn der freigelassene Sklave in diebischer Absicht die Gelder eincassirt hat, so wird dadurch nach Ulpian ein „*furtum domini*“ verübt, eine Redewendung, aus der doch gefolgert werden darf, dass Ulpian im Momente der Einzahlung das Geld als dem *dominus* sofort erworben und folgeweise als ihm gestohlen, betrachtet hat.

<sup>2)</sup> Vielleicht Pomponius fr. 44. pr. D. de furt. 47. 2. Ihering nennt ihn einen „Kämpfer“ der Durchgangstheorie; aber angesichts des fr. 15. §. 2. D. de contr. empt. 18. 1. scheint die Sache doch zweifelhaft zu sein —

46. 3.). Hier wird derselbe Thatbestand erörtert, der Ulpian in l. 18. cit. vorgelegen hat. Der Jurist entscheidet: Hat Titius das Geld in diebischer Absicht in Empfang genommen, so ist er ein fur, das Eigenthum des Geldes bleibt beim Schuldner, zwar wird der Schuldner nicht liberirt, aber

eher könnte man schon Paulus auf Grund seines Ausspruchs in l. 26. pr. D. de don. int. vir. et ux. 24. I. hierher ziehen.

Nur die l. 15. D. de reb. cred. 12. 1. auch von Ulpian, scheint mit der Durchgangstheorie nicht im Einklang zu stehen [„quamvis meos nummos non acceperis“]. Aber in dem Schlusssatz der Stelle greift Ulpian doch wiederum auf die Durchgangstheorie zurück [videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta]. Die Entscheidung wird also doch mit der Heranziehung der oben genannten Denkform gerechtfertigt. Vgl. zu dieser Stelle Ihering Jahrb. f. Dogm. Bd. II. S. 139., 144. fg.

Merkwürdigerweise wird aber in der l. 3. §. 13. cit. Julian als Gewährsmann für die Durchgangstheorie citirt „Huic sententiae consequens est, quod Julianus libro septimo digestorum scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dare: ait enim Julianus nullius esse momenti, perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem: quae sententia vera est. Bereits bei Noodtius (op. omn. T. II. p. 516.) hat jener Satz Anstoss erregt. Noodtius hat denn auch folgende Umstellung der Worte des Fragments vorgeschlagen . . . nullius esse momenti: ait enim Julianus perinde habendum . . . Wir halten uns an die Worte „nullius esse momenti“. Wenn der Geschenkgeber von dem Geschenknehmer angewiesen wurde, die für ihn bestimmte Sache seiner Frau zu tradiren, die er eben beschenken wollte, so ist, könnte man meinen, die Schenkung des Dritten an den Mann nicht zustande gekommen, weil die blossе Annahme des Schenkungsangebotes ohne Uebergabe der Sache nicht ausreicht, und die Frau im eigenen Namen, also nicht als Stellvertreterin des Mannes die Sache in Empfang genommen hat, welcher letzterer Vorgang wegen des Verbots der Schenkungen zwischen Ehegatten das Eigenthum für die Frau nicht begründet. Juristisch würde also durch diesen Vorgang gar nichts erreicht. Für diesen Fall hätte das „nullius esse momenti“ einen ganz guten Sinn. Nun folgt aber der Schlusssatz des fr. 3. §. 13. cit., welcher zu dem „nullius esse momenti“ gar schlecht zu passen scheint, weshalb man sich wohl besinnen muss, ehe man auch den perinde Satz dem Julian zuschreibt. Wir sind deshalb der Ansicht, dass die Compileratoren, welche für die Durchgangstheorie offenbar eine besondere Vorliebe hatten, allem Anschein nach den perinde Satz dem Julian in den Mund gelegt haben: vgl. Bas. XXX. I. 3. Dass man Julian zu den Anhängern der Durchgangstheorie auf keinen Fall rechnen darf, das erhellt u. E. aus der nächstfolgenden, auch von Julian herrührenden l. 4. D. eod. Julianus libro septimo decimo digestorum (also aus demselben Buche seiner Digesten). Julian verwahrt sich entschieden gegen die Annahme, als wäre in dem angegebenen Thatbestand eine gültige Schenkung auf den Todesfall zu Gunsten des Mannes zu Stande gekommen; denn, meint Julian, auf jeden Fall, ob der

ihm steht ja die *condictio furtiva* zu, woraus mit Evidenz hervorgeht, dass er Eigenthümer des Geldes geblieben ist (l. 1. D., l. 4. §. 16. D. de furt. 47. 2.). Der Unterschied zwischen Ulpian und Julian macht sich in doppelter Richtung bemerkbar: Ulpian meint „die Gelder sind als Eigenthum<sup>1)</sup> des Gläubigers dem Titius übergeben worden; in dem Zahlungsauftrag und der Erfüllung desselben durch Uebergabe an Titius erblickt Ulpian eine doppelte Tradition. Julian meint dagegen: der Zahlungsauftrag an den Schuldner, dem Titius zu zahlen, hat nur obligatorische Wirkung; dadurch werde an der Thatsache nichts geändert, dass der Schuldner dem Titius sein eigenes Geld hingegeben hat. Der Gläubiger kann das Eigenthum der Geldstücke unter keiner Bedingung erwerben auch dann nicht, wenn der Vertreter zwar nicht in diebischer

---

Geschenkgeber genest oder vor dem Geschenknehmer stirbt, wäre der Mann eben durch die Anweisung der Frau zu tradiren, pauperior, weil für den Fall der Genesung des Geschenkgebers der Mann, vorausgesetzt, dass man die Durchgangstheorie billigt, mit der *condictio* haften würde; für den Fall aber, dass der Geschenkgeber vor dem Mann stirbt, wäre der Mann auf Grund der Durchgangstheorie als Eigenthümer zu betrachten, während das Geschenk doch in den Händen der Frau (in bonis) sich befand; eine Sachlage, aus welcher sich erst recht ergeben würde, dass er pauperior geworden und dass der Grundsatz von der Unzulässigkeit von Schenkungen zwischen Ehegatten doch umgegangen wurde (man beachte: in bonis meis desinam.... habere).

<sup>1)</sup> Lenel, der sich u. W. am eingehendsten mit der „Durchgangstheorie“ beschäftigte, hat den wohldurchdachten Satz aufgestellt: „Die Durchgangstheorie lässt sich vertheidigen, wo zwischen dem Gläubiger und dem Incassobevollmächtigten in beiderseitiger Uebereinstimmung ein Zuwendungsgeschäft beabsichtigt ist, aber nimmermehr da, wo der Incassobevollmächtigte gegen den erklärten Willen des Gläubigers empfangen hat“. Wir möchten hinzufügen: die Durchgangstheorie lässt sich auch da nicht vertheidigen, wo das Kausalverhältniss, auf Grund dessen die Incassovollmacht zu Gunsten des Incassobevollmächtigten erteilt wurde, vom objektiven Rechte gemissbilligt wird; denn dadurch wäre vom Gesetzgeber selbst ein Mittel statuirt, wie das Verbot umgegangen werden könnte. Dies sieht man recht deutlich im Falle der l. 4. cit. Man wende nicht ein, dass im Falle der Schenkung an die Frau auch die Durchgangstheorie dem Mann das Eigenthum der der Frau vom Dritten übergebenen Sache sichert; denn das Eigenthum des Mannes wäre nur eine Rechtsposition — thatsächlich hätte die Frau die Sache und bezöge eventuell die Früchte. Den Dritten gegenüber wird die Frau als Besitzerin geschützt, und die *rei vindicatio* des Mannes braucht sie kaum zu fürchten, da er mit dem Besitz der Frau, der er doch schenken wollte, völlig einverstanden ist.



Absicht, aber gegen die Ordre des Gläubigers die Gelder ein-  
cassirt hätte. In diesem Falle hätte nur die unbedingte Schuld-  
liberation stattgefunden<sup>1)</sup>, für den Besitz bzw. Eigenthums-  
wechsel zu Gunsten des Gläubigers fehlen nach der Ansicht  
Julians die Voraussetzungen des Besitzererwerbs durch Stell-  
vertreter (fr. 37. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1. Julian). Der Tradent  
will das Geld durch Vermittlung des Titius dem Gläubiger  
direkt zuwenden; Titius kann aber für ihn nicht erwerben,  
weil diese Möglichkeit einmal vom Gläubiger selbst durch die  
Zurücknahme des Incassoauftrags und zweitens wegen des  
entgegengesetzten Willens des Titius ausgeschlossen erscheint.  
Zweiter Differenzpunkt zwischen Ulpian und Julian: Ulpian  
meint: Die Annahme des Geldes seitens des Titius gegen die  
Kontroordre des Gläubigers begründet ein *furtum*; Julian sta-  
tuirt eine Einschränkung: nur dann könne *furtum* angenom-  
men werden, wenn „eine eigennützige Absicht“, eine Absicht,  
dadurch einen Vermögensvorteil zu erreichen, (*ut eos lucretur*)  
dem Titius unterstellt werden kann<sup>2)</sup>. Über das Schicksal  
des Eigenthums in dem Falle, wo der *falsus procurator* nicht  
in gewinnsüchtiger Absicht trotz der gegentheiligen Ordre des  
Gläubigers das Geld in Empfang genommen hat, äussert sich  
unsere Stelle nicht. Lenel<sup>3)</sup> ist der Ansicht, dass diesfalls der

<sup>1)</sup> l. 32. D. de solut. 46. 3. (Julianus libro 13. dig.); l. 34. §. 3. eod. (Julianus libro 54. dig.). Über den Analogen Fall der Zahlung an den manumittirten bzw. emancipirten Sklaven bez. Sohn vgl. folgende Quellenstellen: 18. D. de solut. 46. 3. (Ulpianus libro 41. ad Sabinum); l. 62. D. eod. (Ulpianus libro 8. ad Plautium); l. 35. D. eod. (Alfenus Varus libro 2. dig. a Paulo epit); l. 51. D. eod. (Paulus libro 9. ad ed.); l. 90. D. eod. (Scaevola libro 26. dig.); l. 26. §. 8. D. de cond. indeb. 12. 6. (Ulpianus libro 26. ad ed.); l. 11. D. depos. 16. 3. (Ulpianus libro 41. ad Sab.) Gai III. 160; Vat. §. 260. Es dürfte nicht überflüssig sein festzustellen, dass in sämtlichen hier angeführten Fragmenten die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung an den manumittirten bzw. an den emancipirten Sklaven bzw. Sohn von der Ignoranz des Schuldners über die Revokation bez. Erlöschung des Incassoauftrags abhängig ist. Über die Zahlung an den freien Mandatar nach der Revokation oder nach dem Tode des Vollmachtgebers siehe folgende Fragmente: l. 26. §. 1. mand. 17. 1. (Paulus libro 32. ad ed.); l. 12. §. 2. D. de solut. 46. 3. (Ulpianus libro 30. ad Sabinum); l. 41. D. de reb. cred. 12. 1. (Africanus libro 8. quaest.) §. 10. J. mand. 3. 26. = (Gai III. 160.); c. 3. C. de solut. 8. 42. (43.) [ex 238]. vgl. noch die Quellenstellen bei Piniński a. a. O. Bd. II. S. 30. Anm.

<sup>2)</sup> Perozzi a. a. O. S. 47. fg.

<sup>3)</sup> A. a. O. S. 101.

falsus procurator wesentlich ein Gestor ist und dass der Gläubiger durch Ratihabition den Besitz und das Eigenthum an dem Gelde erwerben kann. Diese Annahme beruht auf der wohlbegründeten Voraussetzung, dass der Schuldner in Folge seiner vollständigen Liberation das Eigenthum an den Geldstücken verliert. Man müsste noch beachten, dass die beiden Juristen Ulpian-Julian eben die Frage erörtern, ob bei Vorhandensein der Vollmacht einerseits (sie wird so lange als fortbestehend betrachtet werden müssen, bis der Schuldner von der Zurücknahme des Incassoauftrags Kenntniss erlangt hat) und Zurücknahme des Incassoauftrags andererseits die Zahlung als gültig zu betrachten sei. Dafür entscheiden sich im Prinzip beide Juristen, Julian mit der Einschränkung, dass der Akt der Zahlung nur dann rechtlich bedeutungslos sei, wenn der Incassobevollmächtigte ein furtum begangen hat. Dass aber die Thatsache der Liberation mit Nothwendigkeit auch die dinglichen Rechte ergreift, darüber äussert sich Julian-Afrikan nicht, und wir sind deshalb auf die allgemeinen Prinzipien der Lehre vom Besitz resp. Eigenthumserwerb durch Dritte angewiesen. Wie Ulpian sich den Eigenthumsübergang auf den Gläubiger juristisch zurechtgelegt hatte, dass wissen wir schon; wir wissen auch, dass Julian dem Ulpian-Celsus nicht folgte und die Durchgangstheorie verwarf. Vom Standpunkt Julians hängt der Besitz bzw. Eigenthumserwerb des Gläubigers davon ab, dass der Vertreter von dem Gläubiger beauftragt ist für ihn zu erwerben und dass er auch als solcher dem Schuldner gegenüber auftreten müsse. Das erste Moment besteht aber im Falle der Zurücknahme des Incassoauftrags nicht; deshalb erwirbt der Prinzipal das Eigenthum nicht, obgleich der Schuldner sein Eigenthum endgiltig verloren hat. Wir glauben, dass Julian aus sehr triftigem Grunde sich über die Eigenthumsfrage für den jetzt erörterten Fall nicht geäußert hatte; denn diese Frage konnte er nicht entscheiden; volle Ordnung wird erst durch Ratihabition geschaffen, diese erst kann auch die Eigenthumsfrage endgiltig regeln. Der Gläubiger kann ratihabiren 1. um die actio mandati gegen den Titius zu haben und ihm also auch nachträglich den Incassovoauftrag zu ertheilen, dann erwirbt der Gläubiger den Besitz und das Eigenthum; 2. es kann aber auch ratihabirt werden mit der

Absicht, das eincassirte dem Incassenten selbst zuzuwenden; dann erwirbt der Incassent das Eigenthum der Gelder <sup>1)</sup>).

Wennschon die oben besprochene l. 18. D. de solut. 46. 3. für die Vertragskonstruktion des Uebereignungsaktes ziemlich ungünstig ist, so könnte man allerdings meinen, dass die l. 38. §. 1. cit. der Vertragsidee der Tradition sich völlig anpasst. Man könnte, nicht ohne Grund, geltend machen, dass eben mangels des Empfangswillens „für den Prinzipal“ kein Uebereignungskonsens erzielt wurde und infolge dessen auch kein Eigenthumswechsel stattgefunden hat. Dem ersten Anschein nach wäre jene Argumentation so ziemlich zutreffend und so könnte man auf Grund der l. 38. §. 1. cit. die Juristen Afrikan bzw. Julian doch für Repräsentanten der Vertragstheorie des Uebereignungsaktes ansehen. Diese Annahme ist möglich, aber u. E. nicht wahrscheinlich. Hätte nämlich Julian wegen Defizienz des zweiten Gliedes des Uebereignungsvertrags [Annahmeerklärung namens des Prinzipals] der Hingabe die Wirkung versagt, dann müsste er sich auch dessen klar werden, dass wegen des nicht erreichten Konsenses die vom Schuldner durch die thatsächliche Hingabe in Angriff genommene Veräußerung überhaupt keine Wirkung haben soll, er müsste sich vergegenwärtigen, dass die Hingabe als reine Offerte zwecks Uebereignung mangels der Akzeptation keine Wirkung hervorbringen kann, dass die Offerte nur als ein misslungener Versuch, die Veräußerung herbeizuführen, sich darstellt. So scharf hat aber Julian die Sache doch nicht aufgefasst; seinem „debitor liberabitur“ muss entnommen werden, dass ungeachtet des Nichterwerbs auf seiten des Adressaten der Eigenthumsverlust auf Seiten des Tradenten stattgefunden hat — ein Resultat, welches der Auffassung der Ueber-

---

<sup>1)</sup> Wie ist zu entscheiden, wenn der Gläubiger die in redlicher Absicht angenommene Zahlung des Incassobevollmächtigten nicht ratihabirt? Lenel spricht sich für das Eigenthum zu Gunsten des Incassenten selbst aus. Wir sind jedoch der Ansicht, dass die Voraussetzungen des Eigenthumserwerbs für den Incassenten vollständig fehlen. Dem Incassenten fehlt der a. rem sibi habendi — wir setzen ja doch voraus, dass er ein redlicher Gestor sei. Aus der Thatsache, dass der Gläubiger sich weigert zu ratihabiren ist zwar der Schluss zulässig, dass er dadurch die Zuwendung für der Incassenten wünscht, aber des ganze Benehmen des Incassenten weist auf die Nichtannahme der gläubigerischen Offerte deutlich genug hin.

gabe als einer Traditionsofferte nicht entspricht und dem Begriff des Vertrags als einer „Einheit“ zuwiderläuft <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Im Falle der interessanten l. 34. §. 7. D. de solut. 46. 3. (Julianus libro 54. dig.) nimmt Lenel an, dass das Eigenthum beim Tradenten verbleibt. Uns aber scheint der Fall der Zahlung an einen redlichen Gestor und der der Zahlung an den Titius, der sich irrigerweise für einen Incassobevollmächtigten zu Gunsten des Gläubigers hält, während der Letztere den Willen hat, dem Titius selbst das Geld zuzuwenden, betreffs der Willensrichtung des Vertreters ganz gleich zu sein. „Das Bewusstsein“ (Lenel a. a. O. S. 105.) dass man ein Gestor ist, und dass immerhin irrige Bewusstsein, dass man ein Mandatar ist, beide schliessen den Willen, für sich zu erwerben, aus, beide bestimmen den Vertreter dem Schuldner gegenüber als Repräsentanten des Gläubigers erkennbar hervortreten, beide können die Möglichkeit, dass das in Empfang genommene vom Gläubiger ihnen zugewendet werden kann, in Erwägung ziehen. Ist dem aber so, dann kann u. E. weder der Eine noch der Andere für sich das Eigenthum erwerben (vgl. Schlossmann Besitzerwerb S. 81. Wendt Anweisungsrecht S. 36. Mittheilung Stellvertretung S. 58. Die zwei erst genannten Autoren schreiben das Eigenthum dem Titius zu, der zuletzt Genannte aber spricht sich bis zur Ratihabition seitens des Gläubigers für das Eigenthum des Schuldners aus). Wenn man die Sache vom praktischen Standpunkt ansieht, so möchte man sich eben in diesem Falle eher für den Besitz und Eigenthumserwerb des Gläubigers entscheiden. Man bedenke nur folgendes: In der Incassovollmacht an den Titius donandi causa ist enthalten: 1. die Vollmacht zur Lösung des Schuldverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, 2. die Schenkungsofferte an den Titius. Was den ersten Punkt anbelangt, so hat die Zahlung an den Titius die liberirende Wirkung für den Schuldner (nihilominus debitor liberabitur l. 34. §. 7. cit.). Falls aber die Schenkungsofferte des Gläubigers an den Titius nicht akzeptirt wurde, so wird dadurch natürlich die Schenkung des Gläubigers an den Titius nicht perficirt – die mit dem Incassoauftrag verbundene Schenkungsabsicht an den Titius wird demnach nicht erreicht (l. 10. D. de don. 39. 5.) Nun könnte man meinen, dass der Gläubiger eben darauf rechnen konnte, dass seine Schenkungsofferte möglicherweise nicht akzeptirt wird; wenn er also demungeachtet den Incassoauftrag nicht widerrufen hat, er darauf gefasst war, für den Fall der Ablehnung der Schenkungsofferte den Besitz und das Eigenthum der Sache selbst zu erwerben. — Julian entscheidet aber anders und lässt den Besitz bzw. den Eigenthumserwerb erst durch die Hingabe an den Gläubiger eintreten; offenbar deshalb, weil er den „eventuellen Willen“ des Gläubigers für sich haben zu wollen nicht annimmt. Wir sind deshalb der Ansicht, dass nach Julian die Sache in der Zwischenzeit dh. bis zur Hingabe an den Gläubiger, ebenso wie im Falle l. 38. §. 1. cit. bis zur Ratihabition herrenlos ist. Die Annahme des Erwerbs zu Gunsten des Gläubigers wäre u. E. vom Standpunkt der Durchgangstheorie sehr leicht zu vertheidigen und man müsste zugeben, dass das Resultat zu welchem man unter Zuhilfenahme der Durchgangstheorie für den hier interessirenden Fall gelangt

Die vorher hervorgehobene, von Julian ganz konsequent durchgeführte Scheidung zwischen Vollmacht zur Lösung des Schuldverhältnisses zwischen dem Dritten und dem Prinzipal einerseits und dem Auftrag zum dinglichen Erwerb andererseits, wurde u. E. von Ulpian nicht streng festgehalten — ihm ist der Eigenthumserwerb nur die Konsequenz des zustandekommenen Solutionsgeschäftes. Ist das Solutionsgeschäft mit der den Schuldner liberirenden Wirkung ordnungsmässig zu Stande gekommen, so folgt daraus nach der Ansicht Ulpians, dass auch dem Gläubiger als Entgelt für die verloren gegangene Forderung das Eigenthum an dem Gelde erworben wird — die Voraussetzungen des Besitzererwerbs durch Dritte werden dabei ganz einfach über den Bord geworfen.

Aus den bisher besprochenen Quellenstellen ergibt sich, dass betreffs der in diesem Abschnitt aufgeworfenen Frage, ob die wissentliche Annahme der Nichtschuld den Thatbestand eines Furtums ausmacht, die Ansichten Julians und Ulpians auseinandergehen. Den eigentlichen Streitpunkt aber unter beiden Juristen bildet die Frage, ob der Gläubiger beim Widerruf des Incassoauftrags dennoch Eigenthum an dem Gelde erwerbe oder nicht — ob der Schuldner immer liberirt werde oder nicht — und schliesslich ob jede Annahme gegen die Kontrordre ein Furtum begründe oder nicht. Ulpian entscheidet sich für den Eigenthumserwerb des Gläubigers schlechthin, ebenso wie er in Anwendung seiner bezw. der Celsinischen „Durchgangstheorie“ sich für den Eigenthumserwerb des Mannes, welcher in Schenkungsabsicht den Geschenkgeber angewiesen hat, der Frau zu tradiren, sich entschieden hatte <sup>1)</sup>, ebenso wie Pom-

---

hätte, auch in praktischer Beziehung annehmbar sei. Der Umstand aber, dass Julian anders entschieden hat, beweist abermals, dass man ihn zu den Anhängern der Durchgangstheorie nicht rechnen darf. — Zu einem ganz entgegengesetzten Ergebnisse gelangt Cuiacius Op. omn. T. VI. p. 378. A. B. [ed. Neap.]; er lässt nämlich den Titius unter Betonung des hier allein entscheidenden Willens des Tradenten das Eigenthum erwerben und tadelt die anderen Interpreten, die seine Ansicht nicht theilen: „Male igitur statuunt interpretes, vel in suspenso esse pecuniae solutae dominium, ante quam pecunia soluta tradatur creditori vel mansisse apud debitorem“ (p. 378. C. eod).

<sup>1)</sup> In l. 3. §. 12. in f. D. de don. int. v. e. ux. 24 1. gibt Ulpian durch das „constat“ zu erkennen, dass die von ihm vorgetragene Lehre, welche dem Traditionsvertrag schnurstracks widerspricht, allgemein gebilligt wurde.

ponius <sup>1)</sup> für den Fall, dass der falsus procurator meines Gläubigers das Geld von meinem Schuldner auf meine Anweisung entgegennimmt, sich auch für den Eigenthumserwerb zu meinen Gunsten ausgesprochen hatte. Es fragt sich nun, ob in den oben besprochenen Entscheidungen Celsus, Ulpian, Pomponius die Elemente des Uebereignungsvertrags enthalten sind? Erster Fall: Die Frau ist nicht bevollmächtigt namens des Ehemanns in Empfang zu nehmen, sie nimmt erkennbarerweise für sich, also ein Dissens zwischen dem Tradenten und dem Empfänger, aber doch, mag man denken über die Durchgangstheorie wie man will — der Eigenthumserwerb kommt zu Gunsten des Mannes zu Stande. Zweiter Fall: der falsus procurator meines Gläubigers nimmt die Sache von meinem Schuldner für sich, für meinen Gläubiger nehmen darf er überhaupt nicht, für mich nehmen will er nicht, und doch werde ich als Eigenthümer des Geldes betrachtet und wiederum kehrt der Ulpian'sche Grundsatz zurück, dessen Richtigkeit allerdings bezweifelt werden darf: dem gilt der Eigenthumserwerb, wer die Forderung an den Schuldner verloren hat. Julian verwirft die Durchgangstheorie und lässt in den oben hervorgehobenen Fällen den Eigenthumserwerb für den Gläubiger nicht ohne weiteres zu. Der Standpunkt Julians lässt sich u. E. am einfachsten damit rechtfertigen, dass in den hervorgehobenen Fällen die Voraussetzungen des Besitzerwerbs durch Dritte fehlen. Es fehlt nämlich ein Verhältniss, dass den Dritten zum Erwerbsorgan des Prinzipals stempelt (Mandat) und ein diesem Verhältniss nicht entgegengesetztes Auftreten des Dritten dem Schuldner gegenüber (37. §. 6. D. de a. r. d. 1. §. 19. 20. D. de a. v. a. p.). Dass aber die Kompilatoren für die subtile Auffassung der Sache, wie dies bei Julian der Fall war, nicht viel Verständniss hatten, dafür sprechen die in der Kompilation enthaltenen Fragmente, welche die Einseitigkeit des Traditionsaktes betonen, dafür spricht der Umstand, dass die Kompilatoren allem Anschein nach sich für die hier interessirende Frage dem Celsus - Ulpian angeschlossen und zu diesem Zwecke den Schlusssatz des [perinde....] fr. 3. §. 13. D. cit. umgemodelt haben. Dass aber die klassische Jurisprudenz sammt und sonders die Tradition als

---

<sup>1)</sup> l. 44. pr. D. de furt. 47. 2.

einen Vertrag aufgefasst haben sollte, muss entschieden in Abrede gestellt werden, denn sonst müssten die bedeutenden Koryphäen der römischen Jurisprudenz: Pomponius, Celsus, Ulpian ein Trifolium von Rechtsstümpfern gescholten werden, da sie ihre praktischen Entscheidungen unter vollständiger Vergewaltigung der den Traditionsvertrag beherrschenden Regeln getroffen haben <sup>1)</sup>.

Wir kehren nun zu unserer Frage, ob wissentliche Annahme einer Nichtschuld, vorausgesetzt, dass der Tradent dem falsus procurator oder dem falsus creditor die Sache übereignen will, den Eigenthumsübergang begründet. Aus dem fr. 38. §. 1. D. de solut. 46. 3. wissen wir bereits, dass nicht immer die Zahlungsannahme seitens des falsus procurator das Furtum begründet. Es kommt ferner fr. 81. (80.) §. 6. D. de furt. 47. 2. von Papinian hauptsächlich in Betracht. Hier wird der Eigenthumsübergang an den falsus procurator geleugnet, aber nicht einzig und allein wegen der wissentlichen Annahme sine causa, sondern weil der Tradent im wesentlichen Irrthum über die Person des Prokurators befangen ist und folglich dem Empfänger die Sache nicht übereignen will. Das ganze Benehmen des falsus procurator, wie es in der Stelle geschildert wird, ist derart beschaffen, um in dem Tradenten den Irrthum über die Person des Prokurators herbeizuführen. Um eben jenen Irrthum hervorzurufen, wurde zu diesem Zwecke seitens des falsus procurator fraus angewendet. Daraus, meint Papinian, dass jemand als ein falsus procurator für sich erwerben will, geht noch nicht hervor, dass er als fur behandelt werden darf, zu seinem Benehmen muss eine fraus hinzutreten <sup>2)</sup>; also es kann ein Furtum in

---

<sup>1)</sup> Noch ein Bedenken: In l. 38. §. 1. cit. in f. wird gesagt, dass wenn der Mann in Schenkungsabsicht an die Frau, seinen Schuldner, der Frau zu zahlen, angewiesen hat, das Geld der Frau nicht erworben werde; natürlich nicht auch dem Mann, da Julian hervorhebt, dass der Schuldner nicht liberirt wird. Der Gedanke an die Durchgangstheorie wird ganz fern gehalten. Nun aber folgt der neue mit „Sed“ anfangende Satz, in dem wir auf einmal mit der dem Schuldner gegen die Frau zustehenden *condictio* überrascht werden; an die *condictio furtiva* gegen die Frau wird man doch schwerlich denken können. Wie soll man sich also die Sache zurechtlegen? Wahrscheinlich ist der ganze Sed-Satz ein ziemlich ungelinktes Anhängsel der Kompilatoren.

<sup>2)</sup> Perozzi a. a. O. 49. fg.

dem Benehmen des falsus procurator enthalten sein, wenn er sich als solcher dem Schuldner gegenüber *a u s g e g e b e n* hat, z. B. auf Anfrage des Schuldners, ob er der Prokurator des N. N. sei, sich den Namen des Prokurators, den der Gläubiger auch wirklich zum Incasso bevollmächtigt hatte, beilegte und auf diese Weise den Schuldner irreführte; dann erwirbt er allerdings kein Eigenthum an dem Hingegebenen, erstens deshalb nicht, weil der Tradent über die Person des Empfängers im Irrthum befangen war, zweitens auch deshalb nicht, weil aus dem ganzen Benehmen des falsus procurator sich der Thatbestand eines Furtums ergibt. Die Worte Papinians „falsus autem procurator *ita demum* furtum pecuniae faciet.....“ sind allem Anschein nach dazu bestimmt, den allgemeinen Satz, dass der falsus procurator durch die Zahlungsannahme ohne weiteres ein Furtum begehe, in seiner Anwendung einzuschränken<sup>1)</sup>. Es muss zu dem Benehmen des falsus procurator eine *fraus* hinzukommen. Dies tritt recht deutlich in dem zweiten von Papinian angegebenen Beispiele hervor. Sempronius, der echte Erbe, hat eine Forderung an den Primus. Nun erscheint bei Primus der Secundus, giebt sich fälschlich für den Erben Sempronius aus, und daraufhin wird ihm die Zahlung angeboten. Die Zahlung ist ungültig, der Secundus ein *fur*, weil er den Primus irregeleitet hat; dem Primus war der Name des Erben, den er möglicherweise persönlich nicht kannte, ein wesentliches Individualisierungsmerkmal der Person des Erben<sup>2)</sup>.

Auch in der l. 52. §. 21. D. de furt. 47. 2. von Ulpian, wird das Requisit des Furtums, nämlich *contrectatio fraudulosa*, betont. Schon das Wort *subiecisti*<sup>3)</sup> deutet darauf hin, dass durch die betreffende Handlung in dem Tradenten ein Irrthum in der Person hervorgerufen wurde, der Thäter verstand es, durch seine betrügerische Handlung den Titius *egenus* als

<sup>1)</sup> Ueber diesen Punkt vgl. Pernice *Labeo* III. S. 289. Anm. 4. Man beachte noch das treffende Beispiel bei Cuiacius *Op. omn. T. IV. p. 338 D. E. ...hoc est, qui solvit pecuniam non obsignatam falso procuratori, videtur ea mente solvere, ut fiat accipientis, ut ea is, qui accepit utatur ac deinde eandem vel tantundem creditori reddat. Et hoc casu non potest videri furtum factum huius pecuniae cuius dominus fit.*“

<sup>2)</sup> Windscheid I. §. 76.

<sup>3)</sup> Heyman, *Handlexikon*, v. *subicere*, No. 3.



den Titius locuples, den der Gläubiger persönlich nicht kannte, hinzustellen. Das Eigenthum des als Darlehen angebotenen Geldes geht auf den Titius nicht über, weil der Tradent ihm nicht übereignen wollte, weil er im wesentlichen Irrthum befangen war, weil ein Furtum stattgefunden hat. Ebenso argumentirt Paulus in l. 67. (66.) §. 4. D. eod. Ueber den Titius, der bei mir ein Darlehen aufnehmen wollte, über seine Vermögensverhältnisse habe ich mich erkundigt und habe mich überzeugt, dass er zahlungsfähig ist. Beim Darlehensabschluss erscheint nun irgend jemand, gibt sich für den „Titius idoneus“ aus, und daraufhin wird ihm die Darlehensvaluta ausgehändigt. Das Eigenthum des Geldes geht nicht über und zwar aus denselben Gründen, die wir für l. 81. (80.) §. 6. cit. als entscheidend bezeichneten. (Vgl. fr. 52. §. 15. D. eod. fr. 76. (75.) eod.) Der Umstand, dass der falsus procurator bzw. der falsus creditor die Unkenntniss der Gegenparthei ausnützt, sie in ihrem Irrthum belässt, begründet wohl einen Betrug, aber nicht unbedingt ein Furtum <sup>1)</sup> — wo das Letztere anzunehmen sei, darüber entscheiden die Thatumstände des konkreten Falles; immer aber müssen diese Thatumstände derart beschaffen sein, dass sich aus ihnen der Thatbestand des Furtums (*furtum est contrectatio fraudulosa rei alienae lucri faciendi causa*) ergibt.

Vergleicht man fr. 18. D. de cond. furt. 13. 1. fr. 43. pr. D. de furt. 47. 2. und fr. 18. D. de solut. 46. 3. einerseits, mit dem fr. 38. §. 1. D. de solut., 46. 3., fr. 81. (80.) §. 6. D. de furt. 47. 2., andererseits, so springt der Gegensatz sofort in die Augen: Scaevola - Pomponius - Ulpian meinen: die wissentliche Annahme einer Nichtschuld, obgleich man weiss, dass man zum Incasso nicht berechtigt ist, bzw. obgleich man von der Nichtexistenz der Schuld überzeugt ist, ergeben den Thatbestand eines Furtums. Julian-Papinian meinen dagegen: In einer solchen Allgemeinheit ist der Satz nicht richtig, er

<sup>1)</sup> fr. 43. §. 3. D. de furt. 47. 2. Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit: ut puta si dixit se locupletem, si in mercem se collocaturum quod accepit, si fideiussores idoneos daturum vel pecuniam confestim se soluturum: nam ex his omnibus magis deceptus quam furtum fecit, et ideo furti non tenetur sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur. (Ulpianus libro 41. ad Sabinum.)

muss eingeschränkt werden: die Sache muss *invito domino* in Empfang genommen werden, sie muss in gewinnsüchtiger Absicht apprehendirt werden, die Hingabe muss durch betrügerische, positive Handlung verursacht werden (*contrectatio fraudulosa*).

Auf die hier interessirende Frage, ob der wissentliche Empfang *sine causa* an und für sich den Eigenthumserwerb ausschliesse, wie die herrschende Lehre annimmt, geben die bisher erörterten Fragmente keine Antwort. Wir haben gesehen, dass in einigen Fragmenten der Eigenthumserwerb des falsus *procurator* überhaupt nicht in Frage steht, da ihm der Tradent überhaupt nicht übereignen will — mag jener immerhin dabei ein Furtum begangen haben, so ist dies nicht in erster Linie für die Verneinung des Eigenthumsübergangs entscheidend; denn wenn er auch kein Furtum begangen hätte, so fehlen doch die Voraussetzungen des Erwerbs für diese Person, für welche der Tradent die Sache bestimmt hatte <sup>1)</sup>.

Wir haben aber auch gesehen, dass da, wo der Tradent dem falsus *creditor* übergeben hatte, der Eigenthumserwerb deshalb scheiterte, weil der falsus creditor eben durch seine fraudulosen Handlungen den wesentlichen Irrthum über die Person verursacht hatte; den Rechtsgrund des Nichterwerbs ergibt demnach nicht die wissentliche Annahme *sine causa*, sondern der wesentliche Irrthum auf Seiten des Tradenten — erst in letzter Linie kommt als Hinderniss des Eigenthumsübergangs das Vorhandensein eines Furtums im konkreten Falle in Betracht <sup>2)</sup>.

Nun kommt die l. 43. §. 1. D. de furt. 47. 2. Der erste Fall. Der Schuldner übergibt dem falsus procurator das Geld für seinen angeblichen Prinzipal. Ulpian entscheidet, obgleich nicht ohne Zurückhaltung (*videtur*): durch die Annahme an und für sich begeht der falsus procurator ein Furtum. Neratius scheint jene Meinung in ihrer Allgemeinheit nicht gebilligt zu haben, er meint nämlich: nur dann begeht der falsus procurator ein Furtum, wenn er gegen den erkennbaren Willen des Schuldners, die Gelder dem Gläubiger direkt zuzuwenden, dieselben für sich in Empfang nimmt. Dabei wird

---

<sup>1)</sup> Vgl. Perozzi l. c.

<sup>2)</sup> Brinz IV. S. 339.

der Begriff des Prokurators nicht so streng gehandhabt. Die Worte „ut eos creditori perferret“ (vgl. 2. §. 6. D. de don. 39. 5.) deuten darauf hin, dass er nur als Bote des Schuldners erscheint, dass er das Geld dem Gläubiger bringen soll; die Worte dagegen: „cum... eos non eius nomine accepit“ geben zu erkennen, dass Neratius an einen echten Stellvertreter gedacht habe. Aber das eine geht aus der Stelle klar hervor, dass nämlich Neratius bei dem Tradenten den Willen voraussetzt, durch Vermittlung des Prokurators dem Gläubiger direkt zuzuwenden (hac mente ei dederit... ut eos perferret — non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult). Wenn also der Prokurator ein Furtum begeht, so geht das Eigenthum auf den Prinzipal nicht über, aber nicht allein deshalb, weil ein Furtum untergelaufen ist, aber prinzipiell deshalb, weil der Gläubiger mangels der Voraussetzungen des Besitzerwerbs durch Dritte nicht erwerben konnte, was ja nicht nur dann der Fall ist, wenn der Prokurator ein Furtum begeht — sondern überall da, wo er nomine des Prinzipals nicht handelt (37. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1.) oder die Befugnis zur Vertretung nicht besitzt fr. 23. (24.) D. de neg. gest. 3. 5. (Paulus)<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Die Schwierigkeit, den Gedankengang der l. 43. §. 1. cit. zu erfassen, liegt wohl auch darin, dass hier die Meinungen von Ulpian und Neratius ineinandergreifen und man ausser Stande ist zu bestimmen, welche Worte vom Neratius herrühren. Auffallend ist auch, dass Ulpian ausdrücklich von einem falsus procurator spricht, während Neratius dreimal nur das Wort procurator ohne den Zusatz falsus gebraucht. Ulpian denkt an einen falsus procurator, also an den Simulanten oder an den Prokurator „ohne Auftrag“. — Neratius dagegen konnte auch den Fall des beauftragten Prokurators vor Augen haben, der aber dem Schuldner gegenüber eben wegen seines Benehmens als für, im eigenen Namen und in eigenem Interesse auftritt. Dann wäre die Entscheidung von Neratius ganz konform mit der von Julian (37. §. 6. de a. r. d. 41. 1.). Die Argumentation des Neratius cum eos non eius nomine accepit — der Umstand, dass eben Neratius die Zulässigkeit des Besitzerwerbs durch Stellvertreter (fr. 41. D. de usur, et 41. 3.) anerkennt, lassen diese Vermuthung zu. Dann aber müsste man betreffs der Eigenthumsfrage entscheiden: Der Gläubiger wird nicht Eigenthümer, weil der falsus procurator keine Vertretungsbefugnis hat oder weil der Prokurator, mag er immerhin die Befugnis gehabt haben, nicht nomine des Prinzipals aufgetreten ist.

Nach Savigny Besitz S. 311. Anm. 1. umfasst die Stelle beide Abarnten des Prokurators: den Simulanten und den unbeauftragten Prokurator —

Aus der Art, wie die Entscheidung des ersten Falles begründet wird, ersieht man, dass als Grund des Nichtübergangs des Eigenthums nicht das Furtum angegeben wird. Neratius erledigt die Eigenthumsfrage ganz unabhängig von der Frage des Furtums, er sieht von dem Furtum vorläufig ganz ab und argumentirt lediglich aus dem tradentischen Willen. Nachdem er die Eigenthumsfrage erledigt hat, fügt er hinzu: wenn in der dem Willen des Tradenten widersprechenden Annahme des Geldes eine *contrectatio* erblickt werden kann, so macht sich der Prokurator auch eines Furtums schuldig<sup>1)</sup>.

Zweiter Fall des Neratius: als Gegensatz zu dem „*ut eos creditori perferret*“, also als Gegensatz zu dem Willen, dem Gläubiger durch Vermittlung des Vertreters direkt zuzuwenden, wird von Neratius der Wille des Tradenten, dem Prokurator zu übereignen vorausgesetzt, um durch die Mitwirkung des Prokurators die Schuldliberation zu erlangen (*datio ob rem*) [*quodsi ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant*]<sup>2)</sup>. Steht ein derartiger Wille fest, so geht dann das Eigenthum des Geldes trotz der offensichtlichen *mala fides* des Prokurators auf ihn über. Dadurch wird freilich der Schuldner nicht liberirt, aber er kann die Zurückerstattung des Geldes vom *falsus procurator* fordern (*condictio causa d. c. n. s. — ev. condictio furtiva*).

Die Stelle von Neratius gibt zu erkennen, dass die Schwierigkeiten in der Beurtheilung der Eigenthumsfrage bei der Zahlung an eine Mittelsperson sich auch daraus ergeben können, dass es im konkreten Falle nicht mit voller Bestimmtheit festgestellt werden kann, ob der Tradent dem Prinzipal direkt oder zwar ihm, aber durch Erwerb des Prokurators die Sache zuwenden wollte. Wir meinen, dass im Zweifel in erster Linie es als normaler Wille gilt, dem Gläubiger direkt zuzuwenden; man sollte dem Schuldner nicht die Absicht zumuthen, sich auf den Kredit des Prokurators verlassen

---

nach Schlossman (Grünh. Ztschr. IX. S. 337. Anm. 12.) handelt es sich in der Stelle nur um einen Prokurator ohne Auftrag.

<sup>1)</sup> Vgl. noch Schlossman, Besitzerwerb S. 32. 33. und Grünh. Ztschr. Bd. VIII. 429. fg. Perozzi a. a. O. S. 50. fg. Windscheid I. §. 155. Anm. 7.

<sup>2)</sup> Vgl. das oben angeführte Beispiel von Cuiacius.

abwarten zu wollen bis es dem Prokurator beliebe, das Geld auf den Gläubiger zu übertragen.

Um seine Behauptung, dass, wenn jemand wissentlich nomine des Gläubigers die Zahlung annimmt, er ohne weiters ein fur sei, mit dem Schlussatz des fr. 43. §. 1. cit. in Einklang zu bringen, unterstellt Vangerow (Bd. III. S. 401.) im Schlussatz der Stelle ganz richtig eine *datio ob rem*, behauptet aber ferner, dass bei der *datio ob rem* die *mala fides* des Empfängers niemals den Eigenthumserwerb hindert. Während also bei der *datio ex causa* die *mala fides* den Thatbestand des Furtums bildet, so hat im Falle der *datio ob rem* die *mala fides* nach der Ansicht Vangerows nicht dieselbe Bedeutung. Daraus muss im Sinne der Vangerow'schen Anschauung gefolgert werden, dass bei ganz gleichem Willensinhalt des Tradenten die wissentliche Annahme seitens eines *falsus creditor* bzw. seitens eines *falsus procurator* bei der *datio ex causa* ein Furtum begründet und den Eigenthumsübergang hindert, während bei der *datio ob rem* die *mala fides* diese gesteigerte Wirkung nicht hat. Wir behaupten im Gegentheil: Wenn es feststeht, dass der Tradent Willens ist, dem Empfänger und nur ihm zu übereignen, dann hindert die *mala fides* des Empfängers den Eigenthumsübergang auf ihn nicht; ob sich dabei um *datio ex causa* oder *ob rem* handelt, ist ganz gleichgültig; wenn es aber feststeht, dass der Tradent dem Empfänger nicht übereignen wollte, dann erwirbt er überhaupt nicht, mag er nun *bona* oder *mala fide* gewesen sein.

Eine Stütze für seine Ansicht glaubt Vangerow in l. 14. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. und in c. 8. C. de cond. indeb. 4. 5. gefunden zu haben. Wir glauben aber, dass die beiden Fragmente gegen Vangerow sprechen. Was die citirte c. 8. anbelangt, so muss vor allem daran erinnert werden, dass sie sich im Titel *de cond. indebiti* befindet. Die Zahlung ist aber zugestandenermassen erst recht eine *datio ex causa*. Dies hat wahrscheinlich auch Vangerow bemerkt, und dies hat ihn veranlasst, die *indebiti repetitio*, von welcher in der Konstitution ausdrücklich die Rede ist, als gleichbedeutend mit *datio ob rem* zu bezeichnen<sup>1)</sup>. Diese Annahme scheint aber

<sup>1)</sup> „Demgemäss darf gewiss (?) auch in l. 8. C. h. t. der Ausdruck: *indebiti repetitio* nicht als identisch mit *indebiti conditio* angesehen werden, indem das Rechtsmittel zum Zweck jener *indebiti repetitio* vielmehr die

ganz willkürlich zu sein; denn der Ausdruck „*indebiti repetitio*“ bedeutet eben dasselbe Rechtsmittel, welches sonst *indebiti condictio* heisst. In der Konstitution wird offenbar auf die Frage Antwort gegeben, ob der Schuldner durch die Zahlung an den zum Incasso nicht beauftragten Prokurator liberirt werde. Die Kaiser antworten: von der Liberation ist wohl keine Rede, aber der Schuldner darf das dem Prokurator Gezahlte zurückfordern; vorausgesetzt wird dabei, dass der Schuldner unter solchen Umständen die Zahlung angeboten habe, welche seinen Willen, dem Prokurator als Ersatzman des Gläubigers zu übereignen, erkennbar hervortreten liessen.

In fr. 14. cit. können vor allem verschiedene Fälle vorausgesetzt werden. Erstens: der Schuldner zahlt mit dem erkennbar hervortretenden Willen, dem Prokurator zu übereignen in der Voraussetzung, dass die Zahlung von dem Gläubiger ratihabirt werde, zweitens: der Schuldner zahlt dem Prokurator mit dem erkennbar hervortretenden Willen durch den Prokurator direkt dem Gläubiger zuzuwenden, drittens: der diesbezügliche Wille des Schuldners kann aus den Beigleitumständen nicht mit voller Sicherheit ermittelt werden. Unsere lex bis zum Worte „*vel*“ passt u. E. auf den ersten Fall, vielleicht auch auf den dritten, aber nimmermehr auf den zweiten Fall. Wir meinen den Gedankengang Paulus' so auffassen zu dürfen. Wenn eine richtige Schuld an einen einfachen Prokurator gezahlt wird, so kommt ein Zahlungsgeschäft zu Gunsten des Gläubigers nicht zu Stande; der Schuldner übereignet vielmehr das Geld dem Prokurator in der Erwartung der Ratihabition dieses mit dem Prokurator abgemachten *Negotiums*<sup>1)</sup>. Bleibt die Ratihabition aus, dann haftet der Prokurator mit der *cond. causa data c. n. s.*, mag nun der Prokurator sich für einen Specialbevollmächtigten ausgegeben haben oder nicht. Dem Schuldner handelt es sich in erster Reihe um die Ratihabition. In der Voraussetzung, dass sie eintreten werde, übereignet er das Geld

---

*cond. causa data c. n. s. ist*“. *Solutum repetere* statt der *condictio indebiti* ist nach den Nachweisungen von Pernice, *Labo* III. S. 214. Anm. 2. geradezu ein „Kunstwort“ vgl. 22. pr. D. de *cond. ind.* 12. 6.

<sup>1)</sup> Das Verständniss der Stelle wird noch vorzugsweise dadurch erschwert, dass bekanntlich das Wort „*falsus procurator*“ den Prokurator ohne Auftrag und den Simulanten mitumfasst.

dem Prokurator. Die dem Schuldner gegen den Prokurator zustehende *condictio* leistet dasselbe, was im Falle der *cautio de rato* die entsprechende *actio ex stipulatu* leisten würde. (fr. 16. D. rat. rem. hab. 46. 8., fr. 22. pr. eod. fr. 25. §. 4. eod. fr. 14. pr. de solut. 46. 3.).

Dieselbe Willensrichtung als eine normale Willensrichtung nimmt Paulus an auch für den Fall der *indebite* Zahlung an einen *falsus procurator*; es kann das Gezahlte solange zurückgefordert werden, bis die *Ratihabition* seitens des *dominus negotii* eingetreten ist. Im Falle der Zahlung einer richtigen Schuld an den Prokurator steht dem Schuldner die *condictio causa d. c. n. s. zu*, im Falle der Zahlung eines *Indebitums* eine *indebiti repetitio* — die erfolgte *Ratihabition* macht der Zulässigkeit der Klagenanstrengung gegen den Prokurator ein Ende <sup>1)</sup>).

Hat aber der Schuldner dem Prokurator in der erkennbar hervortretenden Absicht, durch seine Mitwirkung dem Prinzipal direkt zu übereignen, die Gelder übergeben, dann erwirbt der Prokurator überhaupt nicht, seine *mala* oder *bona fides* kommt nicht in Betracht. Natürlich kann der *falsus procurator* durch die Erwirkung der *Ratihabition* seitens des Gläubigers die *rei vindicatio* gegen sich ausschliessen; unter Umständen — und damit schliesst Paulus seine Erörterung — kann sich der Prokurator eines *Furtums* schuldig machen <sup>2)</sup>).

---

<sup>1)</sup> Aller Wahrscheinlichkeit nach will Paulus in dem ersten Theile des Fragments seiner Meinung Ausdruck geben, dass die Uebereignung an den Prokurator unter der „Voraussetzung“ der *Ratihabition* die *condictio* gegen den Prokurator erst mit dem Momente der *Ratihabition* aufhebt (*actio durat*). Anders stand wahrscheinlich Julian der Sache gegenüber. fr. 58. D. de solut. 46. 3. Er legt mehr Gewicht auf den Willen des Schuldners — bezweckte der Schuldner die Liberation erst in dem Momente der *Ratihabition*, so ist erst von dem Zeitpunkt an, wo die *Ratihabition* stattfinden sollte, die *condictio* zulässig. Es ist überhaupt fraglich, ob die Konstruktion von Paulus zutreffend ist. Der Prokurator, welcher in Erwartung der *Ratihabition* die Sache innehat, behält sie doch nicht zu Unrecht dem Schuldner gegenüber.

<sup>2)</sup> Perozzi a. a. O. S. 59. setzt voraus, dass Paulus davon ausgegangen sei, als wäre die Absicht des Schuldners ausschliesslich darauf gerichtet, dem Gläubiger direkt zu übereignen — dass also die nachfolgende *Ratihabition* nur den Zweck hätte, dem Prokurator nachträglich die Eigenschaft eines beauftragten Prokurators zu verleihen und dadurch den

Der Schwerpunkt der Stelle liegt u. E. in den Worten: „ab ipso procuratore“. Paulus nimmt an, dass, wer einem Prokurator die Zahlung anbietet, normalerweise den Willen hat, dem Prokurator zu übereignen; die Liberation tritt also erst in dem Momente der Ratihabition ein; dies ist der Fall ebenso in Ansehung des falsus procurator wie auch des Prokurators überhaupt, ebenso in Ansehung der richtigen und existirenden, wie auch in Ansehung der nichtexistirenden Schuld. Ganz anders fasst die Sache Celsus auf.

fr. 6. §. 2. D. de cond. ind. 12. 6. (Paulus libro tertio ad Sabinum). Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo si ratum non habeatur, a procuratore repetendum <sup>1)</sup>).

Nach Celsus geht die Willensrichtung des Tradenten dahin, sofort liberirt zu werden, folglich auch die Absicht, direkt dem Gläubiger zu übereignen; wenn dem Prokurator gezahlt wird, so erwirbt der Prinzipal sofort Besitz und Eigenthum nach den allgemeinen Regeln über den Besitzerwerb durch Dritte, und als Prokurator ist er ohne weiteres zur

---

direkten Erwerb des Gläubigers zu ermöglichen (23. 24.) D. neg. gest. 3. 5. Pauli R. S. V. 2. §. 2.). Diese Annahme hat jedoch u. E. viel gegen sich: Die *condictio*, die dem Schuldner gegen den Prokurator gegeben wird, deutet auf den Eigenthumsübergang auf den Letzteren hin; die Ratihabition hat ganz sicher die Liberation des Schuldners zur Folge; sie ist aber kein sicheres Anzeichen für die Beantwortung des Eigenthumsfrage wie eben Perozzi annimmt — diese letztere hängt von dem Kausalverhältniss zwischen dem Gläubiger und dem Incassenten ab. Wir meinen, dass Paulus in der ganzen Stelle, abgesehen von den Worten „vel quod...“ davon ausgeht, dass das Geld dem Prokurator übereignet werde in der Erwartung der Ratihabition. Offenbar meint Paulus: das *negotium* zwischen dem Schuldner und dem Prokurator geht den Gläubiger nichts an — der Schuldner zahlt dem Prokurator auf die Gefahr hin, dass, wenn die Ratihabition ausgeblieben ist, er von seiner Schuld nicht liberirt wird, als Ersatz dafür hat er die *condictio* gegen den Prokurator. Anders denkt darüber Celsus l. 6. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6., wie dies Perozzi ausgeführt hat. Durch seine u. E. nicht zutreffende Charakterisirung der Grundrichtung des schuldnerischen Willens ist Perozzi gedrängt, die von Paulus erwähnte *condictio* nur als eine *condictio possessionis* zu bezeichnen, wozu in der Stelle kein Anhaltspunkt vorhanden ist.

<sup>1)</sup> Vgl. Über die ganze Stelle Perozzi l. c. Pernice Labeo I. S. 498.



Zahlungsannahme mit liberatorischer Wirkung befugt (59. D. de proc. et def. 3. 3.; 34. §. 3. D. de solut. 46. 3.; 26. §. 5. D. mand. 17. 1.). Paulus, der die Ratihabition als die erste Absicht des Schuldners voraussetzt und dem Letzteren den Willen, normalerweise dem Prokurator zu übereignen, zuschreibt, wendet sich gegen das Celsinische „continuo liberari“ und meint: *quod si dominus ratum non habuisset etiam si debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur.*

Wie ist im Sinne von Paulus zu entscheiden, wenn bei der Zahlung an den Prokurator die Willensrichtung des Schuldners auf die sofortige Liberation geht? U. E. ist eben dieser Fall in l. 23. (24.) D. de neg. gest. 3. 5.<sup>1)</sup> Paulus libro vicesimo quarto ad edictum entschieden worden.

Wir sind ferner der Meinung, dass zwischen *datio ex causa* und *datio ob rem* wohl ein Unterschied, aber nur vom Standpunkt des Tradenten aus besteht. Im Falle der *datio ex causa* gibt er die Sache hin, weil er glaubt, zur Veräußerung verpflichtet zu sein; im letzteren Falle thut er dies um eines künftigen, faktischen oder auch juristischen Erfolges willen. Es ist aber u. E. nicht einzusehen, wie so dieser Unterschied von so durchgreifender Bedeutung in Bezug auf die Erheblichkeit der *mala fides* des Empfängers sein sollte. Im Falle der *datio ex causa* weiss der Empfänger von der Nichtexistenz der Schuld und doch nimmt er die Zahlung an — er ist nach der Ansicht von Vangerow ein *fur* — im

---

<sup>1)</sup> Den Text der Stelle siehe oben. Freilich wird gewöhnlich behauptet, dass in l. 23, (24.) D. cit. an den unbeauftragten Prokurator zu denken sei, aber den Beweis hat noch Niemand erbracht; denn er ist bei der anerkannten Thatsache, dass Prokurator den Beauftragten und den Gestor mitumfasst, überhaupt unmöglich vgl. über die Stelle Windscheid I. §. 155. Anm. 9. Natürlich muss man in der *lex 14. cit.* den ganzen Ton legen auf „*procuratore*“ und nicht nur auf *ipso*. Uebrigens wäre es für einen Paulus gar zu trivial die Behauptung, dass auch die richtige Schuld, wenn sie an den falsus procurator gezahlt wurde, nach ausgebliebener Ratihabition von dem Letzteren zurückgefordert werden könne. Dies versteht sich ja von selbst. Schliesslich wäre dazu die sorgfältig für diesen Fall ausgewählte *cond. c. d. c. n. sec.* nicht nöthig, da das Geld als *indebite* geleistet zurückgefordert werden könnte, während Paulus im Gegentheil die Zulässigkeit der *ind. cond.* leugnet. Für die sorgfältige Ausdruckweise von Paulus spricht auch der Umstand, dass, wo er auf die Möglichkeit des *Furtums* zu sprechen kommt, er ganz ausdrücklich den *falsus procurator* nennt.

Falle der *datio ob rem* weiss der Empfänger, dass das vom Tradenten vorausgesetzte Ereigniss nicht eintreten wird, oder überhaupt nicht eintreten kann, und doch nimmt er das Hingegebene an — nach Vangerow wird er Eigenthümer, begeht kein *furtum* und haftet nur *cond. c. data c. n. sec.* <sup>1)</sup>.

Was insbesondere die Zahlung an einen *falsus procurator* anbelangt, so haben wir oben bei Besprechung der *l. 14. D. cit.* gesehen, dass es in einzelnen Fällen, als sehr zweifelhaft erscheinen kann, welche Absicht bei dem Tradenten in erster Linie bestand, ob er nämlich dem *falsus procurator* zahlt um der sofortigen Schuldliberation willen (*datio ex causa*) oder, ob er zahlt in der Erwartung der *Ratihabition* seitens des Gläubigers (*datio ob rem*). Und doch sollte nach der Ansicht von Vangerow diese Willensrichtung des Tradenten für die Erheblichkeit der *mala fides* des Empfängers von so weitgehender Bedeutung sein, dass je nach der Willensrichtung des Tradenten die Existenz des *Furtums* angenommen oder gelehnet werden müsste. Viel konsequenter erscheint uns daher der Standpunkt von Windscheid <sup>2)</sup>. Dieser vertritt nämlich die Ansicht, dass die *mala fides* des Empfängers auch bei der *datio ob rem* den Eigenthumsübergang auf den Empfänger wegen des Vorhandenseins des *Furtums* hindere. Windscheid beruft sich diesbezüglich auf die Quellenstellen, die bereits oben besprochen worden sind und in denen die Frage, ob das Eigenthum übergegangen ist oder nicht, ob es auf den Gläubiger oder auf den Prokurator übergegangen ist, u. E. ganz und gar nicht davon abhängt, ob der *falsus procurator mala* oder *bona fide* das Geld in Empfang genommen hat.

---

<sup>1)</sup> Auch vom Standpunkt der Justinianischen Kompilation ist nicht wahrscheinlich, dass zwischen den Voraussetzungen der Zuständigkeit der *condictio indebiti* einerseits und *cond. ob causam datorum* andererseits ein Unterschied bestanden habe. Im Titel *D. 12. 4.* finden sich zweifellos manche Fälle der *condictio*, die begrifflich zur Klagfigur der *condictio indebiti* gehören. Wären also die Kompilatoren sich dessen bewusst gewesen, dass die *mala fides* des Empfängers die *condictio indebiti* ausschliesst, die *cond. caus. d. c. n. s.* aber dennoch zulässt, so müsste ihnen als grobes Versehen angerechnet werden, dass sie in einem und demselben Titel zwei Klagfiguren, deren Anwendbarkeit von so grundverschiedenen Voraussetzungen abhängen sollte, zusammengeworfen haben.

<sup>2)</sup> Bd. II. §. 427. Anm. 4. vgl. Bd. I. §. 172. Anm. 16.

Die Meinung, dass für die Zuständigkeit der *condictio indebiti* die Unkenntniss des Annehmenden eine positive Voraussetzung sei, widrigenfalls der Empfänger ein Dieb und folglich der Eigenthumsübergang ausgeschlossen sei, hat u. E. keine feste und unumstössliche Stütze in der Quellenüberlieferung. Nirgends wird in den betreffenden Titeln *de cond. indeb.* der *Digesten* und des *Codex* die Voraussetzung der *bona fides* des Empfängers aufgestellt. Ja es lassen sich in dem *Digestentitel de cond. ind.* 12. 7. Fälle auffinden, bei denen die Voraussetzung, dass der Empfänger *bona fide* die Zahlung entgegengenommen habe, als völlig ausgeschlossen erscheint <sup>1)</sup>:

l. 19. §. 4., l. 20., l. 21., l. 25., l. 26. §. 7., l. 40. §. 2.  
D. de cond. ind. 12. 6.

l. 37. D. eod. Julianus libro tertio ad Urseium Ferocem: Servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi: eam me a te repetiturum et eo nomine conductionem mihi esse omnimodo puto sive scisses meum esse sive ignorasses (vgl. l. 41. §. 1. D, de contr. empt. 18. 1.)<sup>2)</sup>.

fr. 65. §. 1. eod.

fr. 29. §. 3. D. mand. 17. 1. Ulpianus libro septimo disputationum: Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit<sup>3)</sup> reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus *indebiti actione* fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.

---

<sup>1)</sup> Darauf hat u. W. zum ersten Male hingewiesen Perozzi a. a. O. S. 63. Wir haben nach dem „Berliner Index Digestorum“ sämmtliche Stellen, in denen das Wort „*condictio, condicere*“ vorkommt, durchgesehen und nicht in einer einzigen eine sichere Andeutung darüber gefunden, dass die *mala fides* an und für sich die Zulässigkeit der *cond. indebiti* ausschliesst oder dass die *condictio indeb.* nur gegen den *bona fide* — *Accipienten* zuständig sei.

<sup>2)</sup> Offenbar bestanden Zweifel darüber, ob trotz des nichtigen Kaufgeschäfts auch die *a. empti* zulässig sei — die *condictio* des Kaufpreisgeldes stand ausser Zweifel (*omnimodo*).

<sup>3)</sup> Tribonianismus, Gradenwitz, Interpolationen S. 162. fg.

Die Annahme, dass der Gläubiger wissentlich auch vom Schuldner selbst das Geld eincassierte, obwohl ihm bereits vom Bürgen gezahlt wurde, scheint uns unausweichlich, und doch wird von Ulpian die Klage, die dem Schuldner gegen den Gläubiger zusteht, ausdrücklich als *indebiti actio* bezeichnet.

fr. 65. §. 8. D. de cond. ind. 12. 6.

fr. 22. §. 9. D. mand. 17. 1.

Wir meinen deshalb, dass, wie die *condictio causa data c. n. sec.* trotz der *mala fides* des Empfängers gegen ihn zuständig ist, so auch die *condictio indebiti* wegen der *mala fides* des Empfängers allein nicht ausgeschlossen wird.

Die Irrelevanz der *mala fides* für die Zuständigkeit der *cond. ob causam datorum* wird auch ausdrücklich anerkannt:

l. 3. §. 5. D. de cond. 12. 4. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum:

....Neratius etiam libro membranarum refert Paridem pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetisse per iudicem nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset <sup>1)</sup>.

Wir fassen das Ergebniss der in diesem Paragraphen enthaltenen Erörterungen zusammen: fr. 18. D. de cond. furt. 13. 1. 43. pr. D. de furt. 47. 2. und fr. 18. D. de solut. 46. 3. behandeln die Frage, ob die wissentliche Annahme seitens des *falsus creditor* bzw. seitens des *falsus procurator* an und für sich ein *Furtum* begründet und folglich den Eigenthumsübergang ausschliesst, ganz allgemein — dies gilt insbesondere von den zwei erstgenannten Fragmenten. Es dürfte zugegeben werden, dass in den römischen Quellen sehr oft ganz allgemein lautende Rechtsätze vorgetragen werden, die den Anschein einer absoluten und überall geltenden Regel erwecken, während sie in Wirklichkeit nur eine relative und eingeschränkte Anwendung zulassen. Es dürfte auch zugegeben werden, dass, wo in den Quellen in Bezug auf dieselbe Materie den allgemein lautenden Entscheidungen jene, die konkreten Fälle erörternden Entscheidungen gegenüberstehen, das Resultat, welches aus der konkreten, speciellen Entscheidung sich ergibt, vor der allgemeinen Regel den Vorzug verdient. Gegen die allgemein lautenden oben

---

<sup>1)</sup> Über die eben gestreifte Frage siehe die sehr ins Einzelnde gehenden Ausführungen von Perozzi l. c.

angeführten Aussprüche der Quellen, stehen betreffs unserer Frage auch specielle Entscheidungen zur Verfügung. Wir sind deshalb weder verpflichtet noch berechtigt den oben citirten allgemeinen Sätzen absolute Geltung zuzuschreiben. Wir haben oben gesehen, dass Neratius, Julian, Afrikan, Paulus, den allgemeinen Satz, dass die wissentliche Annahme eines Indebitums bzw. die Annahme seitens eines falsus procurator an und für sich ein Furtum begründe, eingeschränkt und enger gefasst haben. Afrikan-Julian hebt das Requisite der „gewinnsüchtigen Absicht“ hervor; Neratius-Paulus das Requisite des „invito domino contrectari“, Papinian das Requisite der Fraus (fr. 43. §. 1. inf. D. 47. 2. fr. 14. D. de cond. c. d. c. n. sec. 12. 4., 38. §. 1. D. de solut. 46. 3. fr. 81. (80.) §. 6. D. de furt. 47. 2.)<sup>1)</sup>, woraus sich ergibt, dass die oben angeführten allgemein lautenden Sätze doch nur relativ wahr sind, umsomehr, als wir Fällen begegnet sind, in denen dieselben Juristen, die den allgemein lautenden Satz vortragen, denselben in speciellen, konkreten Fällen nicht folgerichtig durchführen (Ulpian fr. 29. §. 3. D. mand. 17. 1.).

Die Symmetrie mit den anderen Rechtsätzen des röm. Systems fordert u. E. gebieterisch, die allgemeinen, oben citirten Sätze einzuschränken. Es wurde von den Gegnern der herrschenden Lehre u. E. ganz passend auf den Umstand hingewiesen<sup>2)</sup>, dass der Betrug, und wir möchten hinzufügen auch der Zwang, also Handlungen, die in Bezug auf ihre verbrecherische Qualifikation die wissentliche Annahme eines Indebitums weit übertreffen, das zustandegekommene Rechtsgeschäft in seiner Gültigkeit nicht beeinträchtigen.

Die allgemein redenden Quellenstellen lassen sich mit den speciellen Entscheidungen ganz gut in Einklang bringen; aber jede Interpretation wird an dem Versuche scheitern, die speciellen Entscheidungen mit den allgemein redenden Quellenstellen

<sup>1)</sup> Einen Widerspruch zwischen fr. 43. §. 1. cit. und fr. 81. (80.) §. 6. cit. nimmt an Schlossman, Grünh. Zschr. Bd. 9. S. 339.

<sup>2)</sup> Vgl. Köstlin a. a. O. S. 420. „Ist aber nicht einmal ein die Tradition veranlassender Betrug im Stande den Eigenthumsübergang mittelst derselben aufzuhalten, so ist noch weniger ein plausibler Grund für den Nichtübergang des Eigenthums bei einer nicht einmal durch Betrug herbeigeführten Tradition, wo der Empfänger nur im bösen Glauben den Irrthum des indebite Leistenden benützt aufzufinden“.

zu vereinigen. Scaevola-Ulpian konnten bei Abfassung ihrer allgemeinen Sätze solche Fälle vor Augen gehabt haben, in denen wirklich sämtliche Requisite des Furtums vorhanden waren — sie konnten deshalb diese Sätze, aber nur als relativ wahre Sätze aufstellen.

In Bezug auf die hier vor allem interessirende Frage des Eigenthumserwerbs ergibt sich, dass darüber, ob der falsus creditor oder falsus procurator das Eigenthum erwerbe, ausschliesslich der Wille des Tradenten entscheidet. Steht es fest, dass der Tradent dem falsus creditor übereignen wollte, so geht das Eigenthum auf ihn über trotz der mala fides des Empfängers. Steht es wiederum fest, dass der Tradent dem Prinzipal übereignen wollte, so erwirbt nach der Ansicht Pomponius-Ulpian der Prinzipal, mag immerhin der falsus procurator mala oder auch bona fide gewesen sein. Als Träger des Rechtsübertragungsaktes erscheint demnach in erster Linie der Wille des Tradenten. Ist aber bei der Tradition ein Irrthum über die Person des Empfängers untergelaufen, dann erwirbt der Empfänger wegen Mangels des Ueberzeugungswillens das Eigenthum nicht — die mala oder auch bona fides des Empfängers beeinflussen dies Resultat keineswegs. Finden sich in einem konkreten Falle neben der Thatsache der wissentlichen Annahme auch die übrigen Requisite des Thatbestands eines Furtums, dann kommen allerdings die allgemein lautenden Aussprüche Scaevola-Ulpian zur Anwendung. Ging der Wille des Schuldners aber dahin dem Prokurator in der Erwartung der Ratihabition zu übereignen, so macht sich dieser keines Furtums schuldig, da er das Geld mit dem Willen des Tradenten empfangen hat. *Nulla modo eum furtum facere.... voluntate domini accipiendo* (l. 43. §. 1. cit.)

Wir sind ferner der Ansicht, dass die Antinomie zwischen den oben angeführten Aussprüchen mit dem Begriff des Furtums im engen Zusammenhange steht. Die hier in Betracht kommenden Aussprüche der röm. Juristen geben uns ein Beispiel, wie der ursprünglich weit gefasste Begriff des Furtums immer mehr eingeschränkt und durchgebildet wurde. Die Aussprüche Scaevola-Ulpian folgen noch der älteren Richtung — Neratius - Julian - Afrikan - Paulus - Papinian operiren mit dem bis auf seine einzelnen Elemente entwickelten Begriff des Furtums.

Was die Eigenthumsfrage anlangt, so bewährt sich die von uns versuchte Konstruktion der Tradition auch für die in diesem Abschnitt erörterten Fälle des Erwerbs durch Tradition: Für die Fälle der Uebergabe an einen falsus creditor bezw. an einen falsus procurator bewährt sie sich vollständig; für die Theorie des Uebereignungsvertrags aber bereiten diese Fälle derartige Schwierigkeit, dass für die Anhänger der Theorie des Uebereignungsvertrags nichts weiter übrig geblieben ist, als jene Fälle als „Ausnahmen“ zu bezeichnen oder eine „Modifikation“ des Vertragsprinzips der Tradition eintreten zu lassen. Der Eigenthumsübergang auf den Prinzipal im Falle der Zahlung an einen falsus procurator, der gegen die Kontrordre des Prinzipals die Zahlung angenommen hatte, lässt sich vom Standpunkt des Uebereignungsvertrags überhaupt nicht vertheidigen; denn es bleibt doch immer wahr, dass der falsus procurator den animus dominii accipiendi für den Prinzipal weder innerlich hat noch einen derartigen Willen ausdrücklich oder stillschweigend dem Tradenten gegenüber erklärt. Wenn aber demungeachtet manche oben genannten Juristen den Eigenthumserwerb zu Gunsten des Prinzipals statuiren, so bekämpfen sie dadurch die Vertragstheorie auf das Aeusserste.

Das in diesem Abschnitt besprochene Quellenmaterial ergibt u. E. betreffend das Verhältniss der causa traditionis zu dem Uebereignungswillen folgendes Resultat<sup>1)</sup>: Das von den Neueren für die Wirksamkeit der Tradition zu Eigenthum als unerlässliches Moment aufgestellte Erforderniss der Einigung über den Rechtsgrund der Uebergabe, ist im klassischen Rechte nicht allgemein durchgeführt worden. Von manchen Juristen ist zwar das Erforderniss der Einigung über eine iusta causa traditionis auf den Schild gehoben worden [Ulpian]; doch es darf nicht mit Recht behauptet werden, dass sie die zu ihrer Zeit bestehende Praxis und die damalige Rechtsanschauung für ihre Ansicht gewonnen haben, es darf auch nicht zugestanden werden, dass das positive röm. Recht sich jenem Erfordernisse der Einigung über die causa angepasst

---

<sup>1)</sup> Vgl. Strohal a. a. O. S. 340 fg. Regelsberger, Pandekten I. S. 554. Pfersche, Irrthumslehre S. 282 fg. Perozzi a. a. O. S. 39 fg. 66 fg.

und folglich auch dementsprechend verarbeitet wurde. In der Ueberlieferung findet man Fälle genug, in denen an die Existenz der *causa traditionis* weder im Sinne eines objektiv rechtsgiltigen Kausalvertrags noch im Sinne einer ordnungsmässigen Einigung gedacht werden kann. Die Anhänger der Theorie des s. g. abstrakten Uebereignungsvertrags haben darin vollkommen Recht, dass sie dem verschwommenen Begriff der *causa traditionis* in dem Gesamttakte der Veräusserung durch Tradition nur eine untergeordnete Bedeutung beimessen und die Uebereignungswirkung auf den Traditionsvertrag stützen. Wenn nun die Anderen unter Beobachtung der theilweise unerträglichen praktischen Konsequenzen, zu denen die folgerichtige und strikte Durchführung der Konstruktion des Uebereignungsvertrags führt, dem allzuhäufigen Vorkommen der materiell ungerechtfertigten Uebereignungen durch Aufstellung des Erfordernisses der Einigung der Partheien über den Bestimmungsgrund der Uebergabe entgegenzusteuern trachten, so dürften sie u. E. nicht behaupten, dass das obige Prinzip im röm. Recht praktisch durchgeführt wurde. Die Einigung der Partheien über die *causa traditionis* ist insofern für die Beurtheilung der Wirkung der Uebergabe von Bedeutung, inwiefern wegen der nichterreichten Einigung über die *causa* die Existenz des Uebereignungswillens (nicht aber auch des Empfangswillens) in einem konkreten Falle nicht angenommen werden kann. Zweifelsohne ist der Bestimmungsgrund der Uebergabe eine psychologische Nothwendigkeit — wenn also dieser Bestimmungsgrund nur nach stattgefunderer Einigung kraft der Lebens- und Verkehrsanschauung als existent erachtet werden kann und die Grundlage für den Uebereignungswillen bietet, so ist selbstverständlich, dass dann, aber auch nur dann, der Mangel an der Einigung über die *causa* den Mangel des Bestimmungsgrundes auf seiten des Tradenten herbeiführt, folglich auch die objektive Existenz des Uebereignungswillens ausschliesst. Wenn also der Eigenthumsübergang in Frage steht, so muss der Bestand des Uebereignungswillens konstatiert werden, man muss vor allem den entscheidenden Punkt erledigen, ob der bisherige Eigenthümer aus einem vom objektiven Rechte nicht gemissbilligten Grunde die Sache übereignen wollte; nicht aber, ob sich die Partheien betreffend die Eigenthumsübertragung [*animus domini trans-*



ferendi et accipiendi] oder betreffend die causa der Uebergabe geeinigt haben. Dem Requisite der subjektiven Einigung über die causa kann u. E. die absolute Bedeutung für die Wirksamkeit der Tradition im röm. Rechte nicht beigemessen werden; es kommt nur insofern in Betracht, inwiefern nach der Lebens- und Verkehrsanschauung der Mangel der Einigung über die causa die Annahme, als wäre auf Seiten des Tradenten der animus transferendi domini vorhanden, völlig ausschliesst. [Man beachte nur den Unterschied zwischen der Absicht entgeltlich oder unentgeltlich das Eigenthum veräussern zu wollen — zwischen der Tradition, welche zwecks Erfüllung einer in der Vergangenheit liegenden oder als solche vorausgesetzten Verbindlichkeit vorgenommen wurde und der zum Zwecke eines erst abzuschliessenden Geschäfts erfolgten Tradition (Kauf-, Darlehen-Zahlung, Erfüllung des irrthümlich vorausgesetzten Schenkungsversprechens). Es wird nun unten versucht werden, das Gesagte an den von Strohal<sup>1)</sup> konstruirten, die Theorie des abstrakten Uebereignungsvertrags gerade vernichtenden drei Beispielen zu erhärten:

1. A. übergibt dem B. einen Wechsel pr. 1000 M. mit der Erklärung, er wolle hiermit seine Schuld an B. begleichen (datio in solutum.) B. nimmt nun den Wechsel in Empfang mit der gleichzeitigen Erklärung, den Wechsel, wenngleich die vorausgesetzte Schuld bereits früher getilgt worden ist, zum Zwecke eines Vorschusses für die eventuell auf Rechnung des A. vorzunehmenden Auslagen behalten zu wollen.

Wir entscheiden: B. erwirbt das Eigenthum nicht, weil nach der Lebens- und Verkehrsanschauung nicht angenommen werden darf, dass angesichts des vom Empfänger gesetzten, der tradentischen causa widersprechenden Bestimmungsgrundes der Tradent im Momente der Besitzapprehension willens ist, dem Empfänger dennoch die Sache zu übereignen. — Der Besitz des B. stellt sich im Grunde genommen als ein Occupationsbesitz dar; er entbehrt der Grundlage, unter welcher er auch den Eigenthumserwerb herbeiführen könnte. Durch seine der Zahlungsofferte widersprechende Erklärung gab B. zu erkennen, dass er auf eigene Faust die Sache und deren Besitz erwerben wolle — wie könnte von B. dennoch

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 343.

behauptet werden, dass er *voluntate domini apprehendirt* hatte! Es kann höchstens angenommen werden, dass B. durch seine Erklärungen dem A. einen Vorschlag gemacht habe, der Letztere möge seine ursprüngliche Absicht ändern und in das Behalten des Wechsels als Vorschuss einwilligen. Von entscheidender Bedeutung für den Eigenthumsübergang ist deshalb nicht die Einigung über die *causa*, sondern der Umstand, ob nach der konkreten Sachlage der objektive Bestand des Uebereignungswillens als einer Zustimmung zur Besitzapprehension angenommen werden kann. — Wenn in unserem Falle der B., ohne ein Wort zu sagen, den Wechsel in die Brieftasche steckt, dann kann u. E. nicht unbedingt behauptet werden, dass er dadurch mit der Offerte des A. völlig einverstanden sei — dies hängt von der sehr feinen Vorfrage ab, ob in jenem Benehmen des B. eine konkludente Offertannahme vorliege. Vom Standpunkt unserer Auffassung kann aber in einer solchen Sachlage sicher behauptet werden, dass der Uebereignungswille, die Zustimmung zur Apprehension als im Momente der Besitzapprehension fortdauernd betrachtet werden darf, ebendeshalb, weil der B. durch sein Schweigen den A. in dem irrthümlichen Glauben an die Existenz der vorausgesetzten Schuld belassen hat.

2. A. offerirt dem B. den Verkauf seiner beim B. deponirten Uhr für 30 Mark. B. entgegnet darauf, er wolle die Uhr als Geschenk behalten.

Abgesehen davon, dass schon auf Grund des §. 41. I. d. r. d. 2. 1. bis zur Kaufpreiszahlung respective Kreditirung des Preises das Eigenthum der Uhr beim A. verbleiben müsste, sind wir der Meinung, dass hier ebenso wie in dem zuerst genannten Beispiel der Eigenthumsübergang mangels des Uebereignungswillens nicht stattfindet; der Uebereignungswille steht mit der Verkaufsofferte in untrennbarer Verbindung; mit der Ablehnung des Verkaufsangebots fällt auch die Uebereignungsofferte hinweg. Es ist klar, dass wenn B. im offenen Widerspruch mit der Offerte des A. ganz eigenmächtig und willkürlich aus einem für den Tradenten gar nicht existirenden, von ihm überhaupt nicht vorausgesetzten Grunde die Sache an sich bringt, nicht behauptet werden darf, als ob das Ansiehbringen der Sache mit Zustimmung des Eigenthümers geschehen sei. Man wende nicht ein, dass der Uebereignungs-

wille in und mit der Verkaufsofferte erklärt wurde und er als Produkt eines Moments auch fähig sein müsse, die Rechtswirkung zu erzeugen. In den im ersten Abschnitt dieser Schrift angeführten Quellen wird ja darauf der Nachdruck gelegt, dass der Uebereignungswille im Moment der Besitzapprehension fortbestehe. Ob dies aber der Fall sei, darüber entscheidet die Lebens- und Verkehrsanschauung als die letzte Instanz. Und eben was die beiden ersten Beispiele anbelangt, sträubt sich u. E. jede Vernunft, gegen die Annahme des Fortbestehens der tradentischen Zustimmung zur Besitzapprehension.

3) A. schickt dem B. durch seinen Knecht zwei Ochsen mit dem schriftlichen Ersuchen, dieselben gegen das Pferd X. austauschen zu wollen. B. erklärt dem Knecht, er wolle die Ochsen gegen 300 Mark behalten, das Pferd X. aber könne er nicht austauschen, da er es bereits einem Anderen verkauft habe. Wir meinen: Wer im offenen Widerspruch mit dem tradentischen Anerbieten die Ochsen behält, der ist ein eigenmächtiger Besitzer; von ihm kann nicht gesagt werden, dass er der Zustimmung des Auktors gemäss die Ochsen in Besitz genommen habe — welcher letzterer Umstand über den Eigenthumsübergang entscheidet.

Man setze nur in obigen Beispielen voraus, dass A. etwas vorsichtiger an das Werk gegangen ist und ehe er den Wechsel bzw. sein Knecht die Ochsen ausgefolgt hat, mit dem B. betreffs des Kausalgeschäfts Verhandlungen pflog; dann hätte B. auf seine Erklärungen hin, von A. die Antwort bekommen, dass es dem A. gar nicht einfalle, den Wechsel als Vorschuss, die Uhr als Geschenk, die Ochsen als Kaufobjekt dem B. auszufolgen bzw. ihm zu belassen. Nach der Lebenserfahrung und Lebenssitte wird jeder zugeben, dass A. seine Zustimmung zur Besitzapprehension unter jenen Modalitäten, wie sie von B. dem A. angetragen worden sind, überhaupt nicht gegeben haben würde.

Wir geben bereitwillig zu, dass in praktischer Beziehung mindestens für die oben vorausgesetzten Fälle zwischen der hier versuchten Formulierung und jener „der Einigung über die causa“ kein Unterschied besteht. Wenn wir aber die erstere Formulierung vorziehen, so geschieht es hauptsächlich

aus dem Grunde, weil „die Zustimmung“ als eine einseitige Willenserklärung gedacht werden kann und ihre rechtliche Gültigkeit nur aus der Person des Tradenten beurtheilt werden darf; weil die Formulierung „der Zustimmung zur Besitzapprehension“ die Anwendung des Vertragsbegriffs auf die Beurtheilung der Wirksamkeit der Tradition überflüssig macht; weil ferner jene Formulierung den heterogenen Charakter der beiden Elemente des Erwerbs durch Tradition (Uebereignungswille und Besitzerwerb) nicht verwischt, weil endlich auf Grund jener Formulierung der Eigenthumsübergang auch da zulässig ist, wo die Einigung der Partheien entweder völlig ausgeschlossen ist (*traditio in incertam personam* — *traditio an die Kinder unter 7 Jahren*), oder mindestens zweifelhaft erscheint (*Hingabe an den falsus creditor bzw. falsus procurator*<sup>1)</sup> — Zahlung an den Unmündigen).

Für jede Gesetzgebung können bei der Ausgestaltung des Uebereignungsaktes durch Tradition nur folgende zwei Rücksichten von entscheidender Bedeutung sein: den Tradenten vor dem allzuhäufigen Verlust seiner Sache trotz des materiell ungerechtfertigten oder überhaupt trotz Mangels des materiellen Bestimmungsgrundes zu schützen, und die zweite Rücksicht, welche mit der ersten nicht zu vereinigen ist und ihr geradezu zuwiderläuft — zwecks der Erleichterung des Sachgüterverkehrs den Eigenthumserwerb von dem juristischen Bestand der *Causa* als eines nach allen Seiten giltigen Rechtsgeschäfts und von der Erreichung des durch die *Causa* intendirten wirtschaftlichen Partheizweckes möglichst unabhängig auszugestalten — mit einem Worte: den Uebereignungsakt von der *Causa* völlig zu entlasten. Dem ersten Postulate entspricht u. E. nur das Erforderniss der s. g. *Causa* im objektiven Sinne — dem letzteren wird nur die Idee des abstrakten Vertrags gerecht. Weder die eine Idee, d. h. der objektiven *Causa*, noch die des abstrakten Uebereignungsvertrags, findet im röm. Rechte eine positive Grundlage. Nun wird aber in der jüngsten Zeit die Wirksamkeit der Sachübergabe zu Eigenthum von der Einigung der Partheien über den Bestimmungsgrund der

---

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. Bernhöft, *Besitztitel* S. 75., Schlossmann (*Grünh. Ztschr.* Bd. VIII. S. 341.)

Uebergabe abhängig gemacht (Causa im subjektiven Sinne). Zugleich wird aber ausdrücklich zugestanden, dass jene Einigung über die Causa, von der juristischen Seite betrachtet, als ein giltiges Rechtsgeschäft sich nicht darzustellen braucht. (Randa Eigenthum <sup>1)</sup>: „der durch den Endzweck näher bestimmte Uebertragungs-Wille vorliegen kann, während das Geschäft selbst ungültig ist“). Es entsteht nun die Frage, welchem von den beiden oben genannten Postulaten, die für die Organisation des Traditionsaktes massgebend sind, die Theorie „der Einigung über die Causa“ zu Gute kommt? Dem ersten, die materiell ungerechtfertigten Sachübertragungen zu vermeiden, erweist das Erforderniss der subjektiven Causa einen nur geringen Dienst<sup>2)</sup>. Aber durch das Erforderniss des geheimnissvollen „Zwei Seelen — ein Gedanke“, nämlich durch das Erforderniss der subjektiven Causa, wird die Sachgütercirculation eben dort gehemmt, wo dies der Partheiabsicht, dem Willen des bisherigen Eigenthümers zuwiderläuft. Strohal, der am energischsten für das Erforderniss der Einigung über die Causa eintritt, hat doch, nachdem er zu dem berühmten Fragment 36. D. de a. r. d. 41. 1. Julians gelangt ist, mit einem Seitenhieb gegen Ulpian, für dessen Meinung (Einigung über die Causa) Strohal sonst eingetreten ist, sich dem Julian angeschlossen, obgleich der Zweite Julianische Fall derart konstruirt ist, dass er die Supposition der Einigung über die Causa völlig ausschliesst.

Für das Erforderniss „der Einigung der Partheien über die causa traditionis“ sprechen die von Strohal angeführten Quellenstellen fr. 5. D. mand. 17. 1. fr. 1. §. 3. D. exc. rei vend. et trad. 21. 3. fr. 1. pr. D. de solut. 46. 3. nicht unbedingt. In den genannten Quellenstellen wie in jenen, die wir in dem Abschnitte I. §. 2. dieser Abhandlung genannt haben, wird u. E. ausschliesslich aus dem Willen des Tradenten argumentirt:

„Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit id erit solutum:

<sup>1)</sup> S. 290.

<sup>2)</sup> Ueber diesen Punkt vgl. Strohal a. a. O. S. 386. fg.

possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus.....  
(fr. 1. D. de solut. 46. 3. Ulpianus lib. 43. ad Sab.)

Aus den diesbezüglichen Ausführungen von Strohal <sup>1)</sup> geht ganz klar hervor, dass die Rechtsordnung bei der Festsetzung der Voraussetzungen, unter denen eine wirksame Tradition zu Stande kommen kann, sich entweder auf den Standpunkt des Vindikations- oder aber des Damnations-Legats stellen kann. Beim Festhalten an dem Standpunkt des Vindikationslegats erscheint die Tradition nur als Besitzübertragungsakt, als ein faktisches Moment, welches die Veräusserungsbewegung zum Abschluss bringt. Ist also das Kausalgeschäft aus irgend welchem Grunde ungültig, dann kann die Tradition — ein „Anhängsel“ des Kausalgeschäfts, die Eigenthum übertragende Wirkung nicht haben.

Beim Festhalten an dem Standpunkt des Damnationslegats verhält sich das Kausalgeschäft zur Tradition nur als „Voraussetzung“ — die Tradition erscheint als ein ganz selbständiger Uebereignungsakt, welcher als selbständige Eigenthumserwerbart auch organisirt werden muss. Existirt das Kausalgeschäft überhaupt nicht, oder ist es aus irgendwelchem Grunde ungültig, so wird dadurch die Wirkung der Tradition nicht beeinträchtigt.

Freilich kann man über den juristischen Aufbau des selbständigen Uebereignungsaktes durch Tradition verschiedener Meinung sein. Die herrschende gemeinrechtliche Doktrin konstruirt bekanntlich den Uebereignungsakt durch Tradition als einen dinglichen Vertrag (animus domini transferendi et accipiendi). Angesichts der im Verlaufe dieser Abhandlung besprochenen Entscheidungen, welche vom Gesichtspunkt des Uebereignungsvertrags sich nicht vertheidigen lassen, angesichts des Umstands ferner, dass das Requisite der Einigung der Partheien über die Causa in den röm. Quellen nicht unbedingt anerkannt ist, in Erwägung dessen, dass in den Quellen auf den Willen des Tradenten der überwiegende Nachdruck gelegt wird, auf Seiten des Empfängers aber nur die Thatsache des Besitzerwerbs gefordert wird, erachten wir folgende Charakteristik des Verhältnisses der s. g. causa tra-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 389. fg.

ditionis zum Uebereignungswillen als gerechtfertigt: Die causa traditionis ist irgendwelche, vom objektiven Rechte nicht verpönte wirtschaftliche Absicht, welche den Tradenten zur Veräußerung bestimmt hat. Die Einigung der Partheien über die Causa ist nur dann entscheidend, wenn mangels Einigung über die Causa der objektive Bestand des tradentischen Uebereignungswillens nicht angenommen werden kann. Wann die Einigung über die Causa die Existenz des Uebereignungswillens bedingt, darüber entscheidet die Lebenssitte und Verkehrsanschauung.

---

### III.

Die Sachübergabe bzw. der Besitzerwerb darf nicht als „Form“ des Uebereignungsaktes bezeichnet werden.

#### §. 14.

#### Das Faktum des tradere und seine angebliche Funktion als „Form“ des Uebereignungsaktes.

Die moderne Rechtssystematik unterscheidet formelle und formlose Rechtsgeschäfte in dem Sinne, dass die Willensäußerung entweder an eine vom objektiven Rechte festgesetzte Art der Willensmanifestation gebunden ist, oder dass sie in beliebiger Art und Weise abgegeben werden kann<sup>1)</sup>. Exner<sup>2)</sup> und nach ihm auch die herrschende Lehre erachtet das Element der Besitzübergabe in dem Gesamttakte des Eigenthums-erwerbs durch Tradition als „Form“ des Uebereignungsvertrags. Exner behauptet nämlich „durch tradere werde der dingliche Uebereignungsvertrag abgeschlossen“. Aber gleich nachher sieht sich Exner zu der Bemerkung veranlasst, dass das Hingeben und Hinnehmen der Sache als ein äusserer Vorgang verschiedenartige Deutung zulässt, dass für die Tradition das Hingeben und Hinnehmen nur dann als Form des Uebereignungsaktes bezeichnet werden kann, wenn es als Ausdruck der auf die Uebergabe zu Eigenthum gerichteten Absicht gilt „so, dass also die hingeebene Sache dann als Trägerin eines mit ihr und an ihr gegebenen Rechtes erscheint“.

Es muss vor allem daran erinnert werden, dass die Beschaffenheit der materiellen Tradition als „Form“ des Uebereignungsaktes wesentlich verschieden ist von den anderen „Formen“, die im römischen Recht vorkommen. Diese Letzteren

---

<sup>1)</sup> Vgl. Regelsberger, Pandekten I. S. 494.

<sup>2)</sup> A. a. O. S. 7. fg.



(Mancipatio, In iure cessio, Stipulatio) zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass sie den diesbezüglichen Willensinhalt sehr scharf und unzweideutig zum Ausdruck bringen. Die Besitzübergabe-Form lässt diese Plastik der Willensmanifestation recht sehr vermissen. Sie soll ihrer Bestimmung nach als „Form“, den auf Eigenthumsbegründung gerichteten beiderseitigen Willen zum Ausdruck bringen; dieser Anforderung kann sie aber u. E. überhaupt nicht genüge leisten, weil das äussere tradere an und für sich nicht einmal errathen lässt, dass es sich in einem konkreten Falle um die Uebereignung handelt. Aeusserlich ist das tradere nichts mehr als das faktische Hingeben und Hinnehmen. Der Begriff der Form bringt es aber mit sich, dass aus dem Vorhandensein der Form und nur aus ihr auf die Existenz der betreffenden Willensäusserung geschlossen werden darf, wogegen aus dem tradere der Uebereignungs bzw. Empfangswille nicht erkannt werden kann und der Sinn des tradere selbst erst aus den Umständen, unter denen die Kausalgeschäftserklärungen der Partheien eine hervorragende Bedeutung haben, erschlossen wird <sup>1)</sup>. Während also bei sonstigen echt formellen Geschäften die Existenz der Form einen sicheren Schluss auf die Existenz der Willensäusserung zulässt, wird hier aus den sonstigen Aeusserungen der Partheien die Existenz des tradere als Form in der oben angegebenen Exnerschen Formulierung ermittelt werden müssen — ein Umstand, der u. E. gegen die Auffassung des tradere als Form zu sprechen scheint.

Bei den echtformellen Rechtsgeschäften des röm. Rechtes ist das vorzunehmende Ritual äusserlich durchsichtig — die Rollen der Partheien sind von vornherein ganz bestimmt festgestellt. Dies ist der Fall bei der In iure cessio, dies bei der Mancipatio, dies auch bei der Stipulatio. Beim tradere als Form können die Rollen der Partheien nicht von vornherein und nicht ein für allemal bestimmt festgesetzt werden, da das äussere Aussehen des tradere sehr verschiedenartig sein

<sup>1)</sup> Brinz Pandekten IV. S. 301. fg.: „Bei dinglichen Verträgen wie der Eigenthumsübertragung, der Bestellung von Personal- und affirmativen Praedial-Servituten kommt die Willenserklärung oder das Wort, dass das jeweilige dingliche Recht übertragen, erworben, bestellt sein soll, nicht für sich sondern nur in Verbindung mit einem Werke d. i. mit dem Faktum der Tradition oder Quasitradition vor“. Also Wort und That, keineswegs aber Erklärung in und durch die That.

kann, und hängt vorzüglich von der Beschaffenheit und der faktischen Lage der Sache ab, die tradirt werden soll.

Es fragt sich ferner: Wessen Erklärung soll durch die Form des tradere ausgedrückt werden? Für den Normalfall des tradere als Uebergabe und Annahme der Sache kann, wenn auch nicht ohne Bedenken, zugegeben werden, dass durch das tradere der Uebereignungs- und der Empfangswille zum Ausdruck gebracht werden; zieht man aber die s. g. Surrogate des tradere, welche die Wirkung des Besitzwechsels zur Folge haben, in Betracht, dann scheint schon zweifelhaft zu sein, ob der Wille der beiden Partheien oder nur der einen Parthei und zwar welcher von Beiden durch den Besitzwechsel zum Ausdruck gebracht werde. Damit erklärt sich u. E. der Umstand, dass die Einen das tradere als Form des Uebereignungswillens (z. B. Randa)<sup>1)</sup> bezeichnen, während die Anderen (Exner)<sup>2)</sup> die Funktion des tradere als Form des Empfangswillens betonen<sup>3)</sup>.

Die Form ist ein positiv-rechtlich festgesetztes Mittel der Willensmanifestation, sie ist etwas, was der Willenserklärung den Charakter einer rechtlich relevanten Willenserklärung aufdrückt. Das tradere an und für sich ist ausser Stande, der Willenserklärung den oben angegebenen Charakter zu verleihen; denn das tradere selbst ist ein Faktum, welches erst auf Grund des ausserhalb des tradere liegenden Partheiwillens eine rechtliche Bedeutung haben kann. Eben deshalb, weil das tradere einen sehr verschiedenen Sinn haben kann, ist es völlig untauglich, den Uebereignungs- bzw. den Empfangswillen in concreto zu manifestiren. Wenn das Nehmen und Geben der Sache sogar sehr prägnant ausgeführt wurde, so wird doch etwa der Richter aus diesem faktischen Vorgang und nur ausschliesslich aus ihm nicht im Stande sein, den dem tradere unterliegenden Partheiwillen zu erkennen, er wird ausser Stande sein zu ermitteln, warum und wozu übergeben und übernommen wurde; er wird erst die anderen Thatum-

<sup>1)</sup> Eigenthum S. 269.

<sup>2)</sup> A. a. O. S. 10.

<sup>3)</sup> Auch die Formulierung von Windscheid §. 171. S. 510. „Der auf das Geben und Nehmen des Rechtes an der Sache gerichtete Wille muss seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache“ passt nur auf den Normalfall des Besitzerwerbs durch die Uebergabe von Hand zu Hand. Vgl. noch ebendas. Anm. 3. inf.

stände prüfen müssen, um zu erfahren, welcher Wille dem tradere zu Grunde liegt. Wenn die bekannte Charakteristik der Form, wie sie von dem Meister Ihering gegeben wurde: „die Form ist für die Rechtsgeschäfte, was das Gepräge für die Münzen“ richtig ist, dann darf u. E. das tradere als Form des Uebereignungsaktes durch Tradition absolut nicht bezeichnet werden. Mag auch der Dritte den äusseren Hergang des tradere sehr vorsichtig und sehr genau prüfen, er wird nie sicher urtheilen können, dass es sich um den Ausdruck des Uebereignungs bzw. Empfangswillens gehandelt habe.

Auch nach Windscheid<sup>1)</sup> wird das tradere als Form des Uebereignungsvertrags insofern erachtet, als in einem konkreten Falle „das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechts hinzugedacht“ werden kann. Diese an und für sich richtige Behauptung lässt sich u. E. mit der Auffassung des tradere als „Form“ nicht in Einklang bringen, weil bei den echt formellen Willensäusserungen der betreffende Partheiwille nicht erst hinzugedacht wird, er wird durch die Form und nur durch sie verlaublich und nach aussen hin dokumentirt<sup>2)</sup>. „Der gehörige Wille“, der das farblose tradere zu einem rechtlich relevanten tradere stempelt, wird normalerweise aus dem Inhalt der Kausalgeschäftserklärung erkannt<sup>3)</sup>. Wenn nun andererseits behauptet wird, dass demungeachtet das tradere „Form“ des betreffenden Partheiwillens ist, so ist diese Formulierung nicht einmal konsequent; denn es könnte höchstens behauptet werden, dass das tradere den bereits erklärten Willen reproducirt, vorausgesetzt natürlich, dass es auch im Stande ist jenen Dienst zu leisten, was u. E. nicht der Fall ist.

Die Form soll dem Richter die Möglichkeit bieten nach dem äusseren Bestande des Formapparats ermitteln zu können, in welchem Momente die Verhandlungen der Partheien faktischer Natur zur rechtlichen Existenz gelangt sind. Durch das Formerforderniss wird die rechtliche Sphäre von der faktischen streng abgesondert. Soll aber die Form jenen Dienst auch in Wirklichkeit leisten können, so muss sie als Produkt eines Momentes erscheinen. Beim tradere können

<sup>1)</sup> Pandekten I. §. 171. a. E.

<sup>2)</sup> Karlowa, Rechtsgeschäft S. 181.

<sup>3)</sup> Brinz, Pandekten IV. S. 301. fg. und die dort Angeführten.

aber derartige Gestaltungen vorkommen, dass es von vornherein unbestimmt und unbestimmbar ist, welche Zeitdauer das tradere in Anspruch nehmen wird; die Besitzverlusthandlung einerseits und Besitzerwerbshandlung andererseits können zeitlich mehr oder weniger weit auseinanderliegen<sup>1)</sup>. Inzwischen und lange vor dem stattgefundenen Besitzwechsel kann der beiderseitige Uebereignungswille bereits erklärt worden sein. Es wird ja auch behauptet, dass der Uebereignungswille schon durch die diesbezüglichen Kausalberedungen zur Existenz gelangt und nur im Zweifel als ein erst mit dem stattgefundenen Besitzwechsel „vollendeter“ Uebereignungswille betrachtet werden muss<sup>2)</sup>. Dies ist auch vollkommen richtig; aber dadurch wird die Kennzeichnung des tradere als Form des beiderseitigen Uebereignungswillens vollständig verkannt. Juristisch relevant bleibt dann nur die Frage, ob die irgendwann und irgendwie zum Ausdruck gebrachte Uebereignungserklärung im Momente des Besitzwechsels nicht zurückgenommen wurde, ob der irgendwann erklärte Wille im Momente des Besitzwechsels bestanden habe bzw. als bestehend betrachtet werden dürfte.

Die Form der Willenserklärung und deren Inhalt bilden ein einheitliches Ganzes. Wenn den röm. Juristen die Auffassung des tradere als Form nicht fremd gewesen wäre, dann hätten sie die zahlreichen Abweichungen von dem leibhaftigen tradere zu rechtfertigen versucht, was nicht der Fall ist. Im Gegentheil, die Juristen gestehen es zu, dass das leibhaftige tradere manchmal fehlt und die Uebereignung doch zu Stande kommt (§. 44. J. de r. d. 2. 1. (= 9. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1.).

Die Thatsache, dass das tradere, obgleich es seiner Wirkung nach wesentlich nur den Besitzwechsel zur Folge hat, sehr verschiedene äusserliche Erscheinungsformen haben kann, spricht gegen die Auffassung des tradere als einer Form, denn die Form ist ihrem Wesen nach unbeweglich und unveränderlich. Die Quellen weisen aber Beispiele der Beweglichkeit jener angeblichen Form auf<sup>3)</sup> „res quasi traditur, res quoddam modo tradita videtur, quasi traditio facta videtur (fr. 9. §. 1.

<sup>1)</sup> Vgl. Sohm a. a. O. S. 33. fg.

<sup>2)</sup> Bähr in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 26. S. 330. vgl. Gneist a. a. O. S. 124. Brinz, Pandekten I. §. 137. Bekker, Besitz S. 86.

<sup>3)</sup> Angesichts des Sprachgebrauchs der im Texte citirten Fragmente gibt Exner a. a. O. S. 303. Anm. 51. zu, dass den röm. Juristen das Bewusstsein,

D. de Publ. act. 6. 2., l. 8. D. de pec. 15. 1., l. 62. D. de aed. ed. 21. 1., l. 1. §. 21. D. de a. v. a. p. 41. 2., l. 32. pr. D. de usur. et usuc. 41. 3., l. 61. D. de evict. et dup. stip. 21. 2., l. 67. §. 5. D. ad Sen. cons. Trebell. 36. 1., l. 6. D. de donat. 39. 5., l. 9. §. 5. D. de a. r. d. 41. 1., l. 44. §. 1. D. de usur. et usuc. 41. 3., l. 15. (14.) §. 1. D. de per. et com. rei vend. 18. 6., l. 74. D. de contr. empt. 18. 1., l. 9. §. 6. D. de a. r. d. 41. 1. (= §. 45. J. de rer. div. 2. 1.).

Die Zulässigkeit der suspensiv bedingten Uebereignung ist im röm. Rechte anerkannt<sup>1)</sup>. (fr. 2. §. 5. D. de donat. 39. 5., fr. 38. §. 1. D. de a. v. a. p. 41. 2. vgl., fr. 11. §. 8. D. de don. int. vir. et ux. 24. 1., fr. 2. §. 2. D. pro empt. 41. 4.).

Im Momente der Erfüllung der Bedingung wird der bedingt berechnigte Inhaber der Sache Besitzer und Eigenthümer derselben, obwohl der Uebereignungswille bezw. der Empfangswille bereits bei der Ueberlassung der Detention im voraus erklärt wurde. Die Idee also, dass der Uebereignungs- bzw. Empfangswille in dem Besitzwechsel „verkörpert werden“, versagt u. E. bei dem bedingt suspensiven Uebereignungsakte vollständig.

Der Natur des Traditionsaktes als einer Eigenthums-erwerbart entspricht u. E. besser die Zerlegung des Aktes in zwei ganz selbstständige Glieder: Uebereignungserklärung und Besitzerwerb bei gleichzeitig vorhandenem Uebereignungswillen. Das erste Glied wird normalerweise in der Kausalberedung zum Ausdruck gebracht, das zweite ist seinem Wesen nach eine Besitzannexionshandlung. Ein ähnliches Verhältniss kann man bei den obligatorischen s. g. Realverträgen (quae re contrahuntur) beobachten; auch hier muss zu der obligatorischen Beredung das tradere mit der Wirkung des Eigenthums- bzw. des Detentionswechsels hinzukommen.

Um seine Ansicht, dass, wenn der Uebereignungs- bzw. Empfangswille bereits vorher erklärt worden ist, die Erklärung demungeachtet in dem Moment des Besitzwechsels „wiederholt“ werden müsse, auch quellenmässig zu begründen, beruft sich

---

als wäre die Besitzübergabe „Form“ des Uebereignungsvertrags völlig fremd war, und dass sie die Tradition im Gegensatz zur Mancipatio und In iure cessio als ein forloses Geschäft betrachten.

<sup>1)</sup> Vgl. Exner a. a. O. S. 57. und Anm. 27. Piniński II. S. 113. fg., Windscheid I. §. 172. S. 516. und Anm. 7., Randa Eigenthum S. 257. (ex 1884), desselben Besitz S. 458.

Windscheid <sup>1)</sup> diesbezüglich auf l. 6. D. de donat. 39. 5. Wir möchten aber der Ansicht sein, dass wer den Standpunkt vertritt, dass der Uebereignungswille durch den Besitzwechsel zum Ausdruck gebracht wird, die l. 6. cit. entschieden gegen sich hat. In l. 6. cit. werden eben die u. E. ganz selbstständigen Glieder des Uebereignungsaktes durch Tradition geradezu wörtlich genannt: *si antequam eximat me paenituerit meus lapis durat, si postea ipsius factum avocare non possum, quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate.* Da haben wir: 1. das Faktum des Besitzwechsels, 2. beim Vorhandensein des Uebereignungswillens — die beiden Glieder, aus denen der Uebereignungsakt sich zusammensetzt. Von der Uebereignungserklärung ist in l. 6. cit. nicht die Rede, sondern von dem Bestand des irgendwann erklärten Willens. Aus dem im röm. Rechte anerkannten Prinzip, dass die Uebereignung nur bei dem gleichzeitigen Besitzwechsel zu Stande kommen kann, folgt noch gar nicht, dass der Besitzwechsel den Uebereignungswillen manifestirt. Das Traditionsprinzip verfolgt u. E. den Zweck, den Inhalt des Eigenthums (das Recht und die Macht) in einer und derselben Hand durch die vorgeschriebene Art der Veräußerung zu konzentriren und dadurch die Spaltung zwischen Recht und Macht zu vermeiden. Die Rechtsübertragung bei der Sachübergabe zu Eigenthum nimmt mit der Uebereignungserklärung ihren Anfang, sie wird zur vollendeten Thatsache in dem Momente, wo der Destinatär sich der Sache bemächtigt; ob dies einseitig oder unter Mitwirkung, unter Beihilfe des bisherigen Eigenthümers geschehen ist, ist im Grunde genommen völlig gleichgiltig. Die Besitzapprehension, faktische Macht, wird ebendeshalb, weil unter Zustimmung des Berechtigten erfolgt, auch zur rechtlichen Macht. Irren wird nicht, so argumentirt ebenso Ulpian in l. 20. §. 2. D. de a. r. d. 41. 1.

„Si...rem emerimus eaque tradita sit.... quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse *et per hanc dominium*“ <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Pandekten I. §. 171. Anm. 3.

<sup>2)</sup> Vgl. Bekker a. a. O. S. 89. „dieser Besitzübergang ist die zweite erforderliche Thatsache neben der erst erforderlichen Erklärung des Eigenthumsübertragungswillens“ vgl. die von Bekker angeführten Quellenstellen.

## §. 15.

**Der formelle dingliche Vertrag durch die Thatsache  
des Besitzwechsels hat keine Analogien im römischen Rechte.**

Nach dem *ius civile* konnten die Servituten nur vermittelt der *In iure cessio* bzw. *Mancipatio* bestellt werden (Gai II. 29. 30.). Nach dem römischen Vulgarrechte aber war die Bestellung der Dienstbarkeiten durch *pactiones et stipulationes* zulässig (Gai II. 31.). Das *pactum* war ein auf Konstituierung der Servitut direkt gerichteter dinglicher Vertrag<sup>1)</sup>. Die *quasi-traditio* der Servituten, welche seit der Ausbildung des Begriffs der *quasi-possessio* in Rom üblich war, erzeugte kein Servitutenrecht, sondern verlieh einen Servitutenbesitz, welcher vom Prätor geschützt war. (fr. 11. §. 1. D. de Publ. 6. 2., fr. 1. pr. q. m. usus, 7. 4. fr. 9. §. 1. D. ususfr. quemad. 7. 9., fr. 3. D. si ususfr. 7. 6. fr. 1. §. 2. D. de serv. pr. rust. 8. 3., fr. 16. D. si serv. vind. 8. 5.). Der geschilderte Zustand ist auch im Justinianischen Recht aufrechterhalten worden. Das dingliche Recht der Servitut darf *pactionibus et stipulationibus* begründet werden; demnach haben wir einen dinglich konstitutiven formlosen Vertrag<sup>2)</sup>.

Auch für die Begründung der *Emphitheusis* und *Superficies* wird nach der herrschenden Lehre die Form der *traditio* nicht erfordert. (Windscheid I. §! 223. Anm. 12. 15. anders Dernburg I. §. 259. Anm. 8.).

Die Uebertragung der Detention an den Gläubiger, obgleich nach dem in Deutschland geltenden Rechte, nicht aber nach dem gemeinen Rechte, zur wirksamen Verpfändung der Mobilien erforderlich, ist u. W. niemals als „Form“ des Pfandvertrags bezeichnet worden. Und doch sollte, wenn es richtig wäre, dass der Besitzwechsel bzw. Sachübergabe bei der Uebereignung der Mobilien eine Form des Uebereignungsaktes sei mit Rücksicht auf die Symetrie des modernen Rechtssystems das *tradere* überall da, wo es bald mit der Wirkung

---

<sup>1)</sup> Lenel Jahrb. f. Dog. XIX. S. 185. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 224. Dernburg Pandekten I. §. 251. und Anm. 19.

<sup>2)</sup> Die Litteratur der Frage siehe bei Windscheid. Pandekten I. §. 212. Anm. 1.

der Uebereignung, bald mit der Wirkung der Besitz- bzw. der Detentionsübertragung, stattfindet, als „Form“ der diesbezüglichen Rechtsgeschäfte bezeichnet werden. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall. Bei den Realverträgen z. B. wird das Erforderniss des tradere nie als Form, sondern als unerlässliche Voraussetzung der Klagbarkeit der diesbezüglichen Beredung angesehen <sup>1)</sup>).

### §. 16.

#### **Die s. g. brevi manu traditio und das tradere als „Form“ des Uebereignungsaktes.**

Der Fall der s. g. brevi manu traditio widerspricht der Auffassung des tradere als Form des Uebereignungsaktes. Wäre das tradere eine Form, dann könnte es niemals nachgelassen werden. Es liegt ja auf der Hand, dass bei der b. m. traditio nicht einmal der Besitzwechsel durch das Bild der Sachübertragung veranschaulicht wird; wie kann er also als äusserlich nicht wahrnehmbare Thatsache den Uebergang des Rechtes sinnlich darstellen! Man wende nicht ein, dass bei der b. m. traditio das leibhaftige tradere schon vorher stattgefunden hat und dass auf diese Art die Form gewahrt wurde, denn auch nach der herrschenden Lehre darf das tradere als Form des Traditionsvertrags nur dann bezeichnet werden, wenn es zum Zwecke der Uebereignung geschieht, während das tradere bei der b. m. traditio zum Zwecke der Detentionsübertragung vorgenommen wurde. Windscheid beruft sich diesfalls auf l. 21. §. 1. D. de a. r. d. 41. 1. und l. 46. D. de R. V. 6. 1. Die l. 46. cit beschäftigt sich mit dem Eigenthums-erwerb des Beklagten, der zur Zahlung der litis aestimatio sich bereit erklärt hat. Nach der Ansicht des Paulus oder seines Gewährsmanns Sabinus, soll die Sache als eine ex causa venditionis zu Eigenthum erworbene angesehen werden und soll dem Beklagten nöthigenfalls die actio empti gegen den Kläger zustehen. Dies war aber wahrscheinlich nicht allgemein anerkannt. Aus der nächstfolgenden l. 47. D. de R. V. darf u. E. vermuthet werden, dass der Beklagte nur durch Kautio seinen

---

<sup>1)</sup> Vgl. bes. Dernburg, Pandekten II. S. 19. (§. 8.) und die bei Dernburg Angeführten.



Anspruch auf den unentziehbaren Besitz der Sache wahren konnte und folgerichtig der Richter nicht eher zur *Litis aestimatio* schreiten durfte, bis der Kläger dem Beklagten die Kautio, ihn in der Erlangung des Besitzes der Sache nicht zu stören, geleistet hatte (*quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri.*). Hatte aber der Beklagte den Besitz der Sache inne, dann erwarb er auf Grund der *litis aestimatio* das Eigenthum, welchenfalls die Getrenntheit der beiden Voraussetzungen des Eigenthumserwerbs durch Tradition sehr deutlich hervortritt. Zu dem möglicherweise schon lange vorher existirenden Besitz muss die Uebereignungserklärung hinzukommen, um dem Besitzer das Eigenthum der in Besitz genommenen Sache zu verschaffen (vgl. 1. 7. §. 1. D. de Publ. 6. 2., 1. 1., 1. 3. D. pro empt. 41. 4. 1. 22. pr. D. ad leg. Falcid. 25. 2., 1. 21. §. 2. D. de evic. et dupl. stipul. 21. 2. 1. 5. §. 1. D. com. v. cont. 13. 6; 1. 70. D. rei vind. 6. 1. 1. 35. §. 2. D. eod.). Wenn demnach im Falle der 1. 46. cit. und dasselbe gilt in Bezug auf die 1. 21. §. 1. D. de a. r. d. 41. 1.<sup>1)</sup>, der Besitz der Sache vor der Uebereignungserklärung ergriffen und erworben wurde, so ist die Behauptung, als wäre der Besitzwechsel oder die Besitzübertragung der äusserliche Ausdruck des auf die Eigenthumsübertragung gerichteten Willens, nicht gerechtfertigt.

### §. 17.

#### **Die s. g. symbolische Tradition und die materielle Besitzübertragung als „Form“ des Uebereignungsaktes.**

Das den Anschauungen des deutschen Rechts entsprechende Bedürfniss der Form bei Begründung der dinglichen Rechte an Sachen, gab die äussere Veranlassung dazu, die materielle Tradition als Form des Uebereignungsaktes hinzustellen. Die Rechtslehrer der älteren Richtung bis auf Savigny gingen allerdings von der vorgefassten Meinung aus, als wäre das römische Uebereignungsgeschäft durch die materielle Tradition ein formelles Geschäft. Als typische Form bezeichneten sie die Sachübergabe von Hand zu Hand (*traditio vera s.*

---

<sup>1)</sup> Bechman Kauf. I. S. 557, Windscheid Pandekten I. §. 193. Anm. 3. 12. und §. 337. Anm. 2.

propria<sup>1)</sup>; da sie aber im Corpus iuris auch anders geartete Besitzwechslerscheinungen nicht übersehen konnten, so waren sie genöthigt jene Besitzwechslerscheinungen als *Surrogate*, als *Abarten* der eigentlichen Form des Uebereignungsaktes durch Tradition zu bezeichnen. Indem nun die ältere Rechtswissenschaft an dem streng formellen Charakter des Uebereignungsaktes durch Tradition festhielt, gelangte sie nothgedrungen zur Aufstellung einer ganzen Reihe von Surrogaten der eigentlichen Form. An und für sich wäre gegen diese theoretisch falsch angelegte Konstruktion vom praktischen Standpunkt nichts einzuwenden, wenn nicht der Umstand, dass jene s. g. *traditiones impropriae* auf eine, von vornherein bestimmte Anzahl der Fälle nicht beschränkt waren<sup>2)</sup>, dass der Umfang der zulässigen Symbole nicht im voraus positivrechtlich festgestellt war, denn nur unter jener Voraussetzung konnte das *tradere* in seinen verschiedenartigen Erscheinungen als Form des Uebereignungsgeschäfts aufrechterhalten werden. Andererseits aber muss anerkannt werden, dass die Versuche der älteren Juristen, die zulässigen Symbole des Uebereignungsaktes aufzufinden, insofern gerechtfertigt waren, als man in ihnen der Lebenssitte gemäss den Ausdruck des auf Rechtsübertragung gerichteten Partheiwillens zu finden glaubte, ohne Unterschied, ob die im konkreten Falle angewandte Traditionsform auch den Besitzwechsel herbeizuführen im Stande war oder nicht. Die ältere gemeinrechtliche Doktrine gipfelt demnach in dem Satze, dass der Rechtsübertragungsakt streng formell ist, dass je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes, seiner faktischen Lage und je nach der Willkür der Partheien der Uebereignungswille in verschiedener Form (*vera traditio, impropriae traditiones*) geäußert werden darf. Die moderne Pandektentheorie gipfelt dagegen in dem Satze, dass die Uebertragung des Eigenthums an einer Mobilie nur durch den gleichzeitigen Besitzwechsel erreicht werden kann. Dies ist für das röm. Recht der allein zutreffende Standpunkt; aber es ist u. E. unmöglich unter Festhaltung an diesem Standpunkt, den Besitzwechsel bzw. die Besitzaufgabe- und Besitz-erwerbsthatsache als Form des Uebereignungsaktes zu kenn-

<sup>1)</sup> Vgl. Exner a. a. O. S. 163 fg. Randa, Besitz S. 428 fg.

<sup>2)</sup> Exner a. a. O. S. 160 fg. Piniński a. a. O. Bd. II. S. 131 fg.

zeichnen. Die Irrthümer der älteren Lehre sind seit dem Erscheinen des bahnbrechenden Werkes von Savigny über den Besitz völlig überwunden; aber die Formidee der älteren Schule ist, u. E. mit Unrecht, doch beibehalten worden. Wie die ältere Lehre darin irrte, als wäre nach dem röm. Recht der Eigenthumswechsel ohne gleichzeitigen Besitzwechsel zulässig <sup>1)</sup>, so irrt die moderne Theorie des gemeinen Rechts, wenn sie die Thatsache des Besitzwechsels grundsätzlich als ein Mittel zur Beurkundung des auf Uebereignung gerichteten Partheiwillens hinstellt. Während also die ältere Doktrin durch das Bestreben, den Uebereignungsakt durch Tradition als ein formelles Geschäft zu organisiren, dem Begriff und dem Wesen des Besitzes nicht gerecht wurde, so läuft die moderne gemeinrechtliche Theorie Gefahr, durch die Kennzeichnung des Besitzwechsels als eines Mittels der Willensmanifestation den Begriff der Form und der formellen Willensäusserungen im allgemeinen zu verwischen und zu verdunkeln <sup>2)</sup>.

#### §. 18.

#### **Kohlers „Einheit des materiellen Traditionsaktes“ <sup>3)</sup>.**

In dem Falle der materiellen Tradition von Hand zu Hand wird durch den äusseren Vorgang der Sachübergabe „die Rechtsübertragung“ bis zu einem gewissen Grade plastisch ausgedrückt; das tradere versinnbildlicht die Succession in das Eigenthumsrecht. Wäre nun jenes tradere von Hand zu Hand das einzige Mittel, welches den Besitzwechsel zwecks Uebereignung herbeiführt, dann könnte allerdings die Idee der Besitzübertragung als Form des Uebereignungsaktes prima facie gerechtfertigt erscheinen. Zieht man aber die anderen möglichen Fälle des Besitzerwerbs zwecks Eigenthumserwerbs in Betracht, bei denen der äussere Vorgang, obgleich von dem leibhaftigen tradere ganz verschieden, den Besitzwechsel herbeiführt z. B. Einwilligung zur einseitigen Besitzapprehension, Uebereig-

<sup>1)</sup> Vgl. Randa, Besitz S. 410. Anm. 13. auch S. 426. und Anm. 36.

<sup>2)</sup> Treffend äussert sich diesbezüglich Bruns in der Holtzendorfschen Encyklopedie S. 365 (1873): die Tradition ist eigentlich keine blosser Form, sondern die äussere Realisirung des inneren Uebereignungswillens“.

<sup>3)</sup> Arch. f. civ. Pr. Bd. 69.

nung der bereits früher in Besitz genommenen Sache, Ueber-  
 eignung der Sache, die der Rechtsurheber niemals im Besitze  
 hatte, — so verschwindet das Bild <sup>1)</sup> der „Rechtsübertragung  
 durch Sachübergabe“ vollständig, obgleich dennoch die Wir-  
 kung der Rechtsübertragung eintreten wird. Beispiel: Der Dieb  
 erlangt zweifelsohne durch seine verbrecherische Handlung  
 den Besitz der Sache. Wenn nun der Eigenthümer der Sache  
 sich bereit erklärt, jene Sache dem Dieb verkaufsweise zu  
 überlassen, so wird man sagen müssen: Ihrer Wirkung nach  
 ist die Tradition als Uebereignungsakt vollwirksam, dem  
 äusseren Vorgang nach entspricht aber die Besitzerwerbs-  
 handlung dem Bilde von der Rechtsübertragung nicht, äusserlich  
 fehlt es an der Uebernahme des Besitzes aus den Händen,  
 unter Mitwirkung, unter Zustimmung des bisherigen Besitzers,  
 das Abstractum dh. der Uebergang des Eigenthums wird durch  
 den Besitzwechsel nicht veranschaulicht.

An und für sich hat die Form dann keine juristische Wir-  
 kung, wenn es nämlich dem formellen Rechtsgeschäfte an einer  
 der sonstigen Voraussetzungen eines gültigen Rechtsgeschäfts  
 mangelt; dann ist auch die Form juristisch belanglos. Dies be-  
 zieht sich aber auf die materielle Tradition als Form des Ueber-  
 eignungsaktes nicht. Merkwürdigerweise kann jene vermeint-  
 liche Form trotz der Ungültigkeit des Uebereignungsaktes  
 die ihr eigenthümliche, juristische Wirkung haben, ein Um-  
 stand, der u. E. gegen die Auffassung der materiellen Tra-  
 dition als Form des Uebereignungsaktes spricht. Trotz der  
 neuerdings von Kohler vertheidigten „Einheit“ des Tra-  
 ditionsaktes wird doch nicht in Abrede gestellt werden können,  
 dass solche Gestaltungen möglich sind, welche zwar nicht den  
 beabsichtigten Eigenthumswechsel, aber doch den Besitz-  
 wechsel zur Folge haben. Die Eigenthumsaufgabeabsicht, welche  
 durch Besitzaufgabe versinnbildlicht wird, kann aus irgendwel-  
 chem Grunde den Eigenthumsübergang auf den Destinatär ver-  
 hindern, bewirkt aber den Besitzwechsel oder bewirkt min-  
 denstens den Besitzverlust auf seiten des bisherigen Besitzers.  
 Wäre aber die materielle Tradition in Wirklichkeit nichts mehr  
 als nur eine „Form“, dann wäre sie u. E. nicht im Stande,  
 weder die eine noch die andere Wirkung herbeizuführen. Auch

<sup>1)</sup> Vgl. fr. 32. pr. D. de usurp. 41. 3.; fr. 62. pr. D. de ev. 21. 2.; fr.  
 21. pr. D. de a. v. a. p. 41. 2.; fr. 35. §. 4. D. de contr. emp. 18. 1.

Kohler geht offenbar von der Anschauung aus, dass die materielle Tradition eine Form des Uebereignungsaktes sei, denn nur unter dieser Voraussetzung lässt sich die sehr feine Begriffsbestimmung der materiellen Tradition als einer „Einwilligung zur Besitzapprehension“ erklären. Kohler meint nämlich: Man müsse die materielle Tradition in zwei Elemente zerlegen: in das juristische — und als ein solches erscheint die materielle Tradition begrifflich als Zustimmung zum Besitzerwerb seitens eines Anderen, und in das faktische Element — und als solches erscheint die Tradition als eine Handlung, die sehr verschieden sein kann, je nach der konkreten Sachlage. Diese Tradition, von ihrer faktischen Seite betrachtet, hat nach Kohlers Ansicht hauptsächlich den Zweck, dem Destinatär den Besitzerwerb der Sache zu erleichtern. Die Konsequenz jener Formulierung des Traditionsbegriffs wäre nun die, dass das tradere, welches, von seiner juristischen Seite betrachtet, sich als „Einwilligung“ in die Besitzapprehension darstellt, nur dann den Besitzverlust zur Folge haben könnte, wenn der Besitzerwerb auf seiten des Destinatärs zu Stande gekommen wäre. Es mag zugegeben werden, dass die von Kohler angerufenen Quellenfragmente (c. 2. C. pro socio; c. 3. C. contr. empt.; c. 8. C. don. ante nup.; c. 13. C. de distr. pig. c. 18. §. 1. C. contr. empt.; fr. 35. §. 1. D. de donat.; fr. 5. D. de vi; fr. 33. D. de poss.; Gai. IV. 131. a) Vat 272. 293. 314. 316.) die von ihm aufgestellte spezifisch juristische Funktion der materiellen Tradition wirklich bestätigen; es folgt aber u. E. daraus noch keineswegs, dass jener Begriff der materiellen Tradition der allein zutreffende ist. Angesichts der anderen Quellenaussprüche gibt Kohler selbst zu, dass die materielle Tradition, obgleich sie juristisch nichts mehr als Zustimmung zur Besitzapprehension ist, demungeachtet bei gewissen thatsächlichen Gestaltungen den Besitzverlust bewirkt ohne Unterschied, ob der Destinatär den Besitz erworben hat oder nicht (fr. 56. §. 1. D. mand.; c. 9. C. de solut. S. 42 (43.<sup>1</sup>)). Diese zuletzt genannte Wirkung führt aber Kohler nicht auf den Willen des Tradenten zurück, denn der Eintritt jener Wirkung widerspricht natürlich der „Einheit“ des Traditionsaktes. Deshalb meint Kohler,

<sup>1</sup>) Vgl. Kohler, Annahme und Annahmeverzug in den Jahr. f. Dogm., Bd. 17. S. 311. Piniński a. a. O. I. S. 233.

dass in den Fällen, wo der Besitzverlust trotz des nicht erworbenen Besitzes auf der anderen Seite eintritt, dies nicht die Folge des Besitzaufgabewillens, sondern lediglich die Folge des s. g. „Localisationsaktes“ sei. Die Bedeutung des Localisationsaktes geht nach der Ansicht Kohlers dahin, dass eben deshalb, weil die materielle Tradition aus zwei obenerwähnten Elementen sich zusammensetzt, das tradere als das faktische Element soweit gehen kann, dass in einem konkreten Falle das corpus, die wirtschaftliche Verbindung der Sache mit der Person des Tradenten als aufgegeben betrachtet werden müsse und infolge dessen, nicht aber wegen des Besitzaufgabewillens der Tradent den Besitz verliert, obgleich der Destinatär ihn nicht erworben hat. Auf Grund jener „Localisationstheorie“ versuchte Kohler der berichtigten Streitfrage, zu welcher die fr. 18. pr. D. de vi; fr. 12. D. eod.; fr. 34. D. de poss. einerseits und fr. 18. §. 1. D. de poss.; fr. 1. §. 4. D. eod.; fr. 1. §. 20. D. eod. andererseits den Anlass bieten, die Spitze abzubrechen <sup>1)</sup>.

Es kann u. E. nicht geläugnet werden, dass der durch die Beschaffenheit des s. g. Localisationsaktes unter Umständen herbeigeführte Besitzverlust logisch und vielleicht auch praktisch ganz gerechtfertigt erscheint; aber — und darauf kommt es uns hauptsächlich an — die Erklärung des Besitzverlustes unter Bezugnahme auf den s. g. Localisationsakt ist nicht der Ausfluss der diesbezüglichen Anschauung der römischen Juristen. Diese argumentiren in den hier in Betracht kommenden Fragmenten nicht aus dem corpus, sondern einzig und allein aus dem animus <sup>2)</sup>; die Einen läugnen den Besitzaufgabewillen für den Fall, dass der Destinatär den Besitz nicht erworben hat, die Anderen dagegen behaupten, dass dieser letztere Umstand für die Beurtheilung der Existenz des Besitzaufgabewillens irrelevant sei (*quia nemo eo animo esset ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset — quia animo deponere et mutare nos*

<sup>1)</sup> Vgl. 1. §. 2. D. pro don.; fr. 16. D. de a. v. a. p.; fr. 1. §. 10. D. de vi; fr. 19. D. de don. int. vir. et ux.

<sup>2)</sup> Pernice in der Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 25.; in den Parerga in der Ztschr. der Sav. Stift. n. F. IX. rom. Abth. S. 205. und Anm. Peruzzi a. a. O. S. 156. — vgl. Randa, Besitz S. 586. fg. und Anm. 7 b, auch Anm. 9., dort auch die Litteraturangaben.

possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt... — ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione — illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre — cum maritus ubi noluit possidere, *protinus* amiserit possessionem). An und für sich ist erklärlich genug, dass in der erörterten Frage Meinungsverschiedenheiten entstanden sind. Ob in der Einwilligung zur Ingression in ein offenes Grundstück, ob in der Patifikation eines Landgutes, ob in der Hingabe an einen Anderen zum Zwecke der Uebereignung nur ein Versuch (*destinatio*) [fr. 38. §. 1. D. de a. v. a. p.; Dosith. 15.; fr. 5. D. pro don.] liege, dem Anderen den Besitzerwerb zu ermöglichen, oder aber, ob jene in der oben bezeichneten Absicht vorgenommenen Handlungen als Besitzaufgabe gelten sollen, ist schwer zu entscheiden. Allerdings aber wird jene Frage von dem Gesetzgeber nach dieser oder jener Richtung hin zur Entscheidung gebracht werden müssen <sup>1)</sup>. Die Behauptung aber, dass das tradere unter Umständen den Besitzverlust trotz des Nichterwerbs auf seiten des Destinatärs bewirke, nämlich dann, wenn das tradere als genügender Lokalisationsakt gilt, involviert dem Richter die ziemlich schwere Aufgabe, in jedem konkreten Falle zu prüfen, ob eine Lokalisation anzunehmen sei oder nicht <sup>2)</sup>.

Es muss angesichts der oben angeführten Entscheidungen von Celsus und Paulus jedenfalls anerkannt werden, dass das Prinzip der „Einheit“ des Traditionsaktes nicht, oder mindestens nicht von allen röm. Juristen anerkannt war. Die Auffassung der Tradition als Form des Uebereignungsaktes setzt aber nothwendig den Begriff der „Einheit“ voraus; während in

---

<sup>1)</sup> So hat z. B. das preuss. Landrecht sich für die Ansicht Ulpian's entschieden. §. 123. I. 7. vgl. Förster-Eccius, §. 161. N. 50.; das österr. Recht neigt der Ansicht des Celsus zu, arg. §. 309. 865. a. b. Gb., dazu Randa, Besitz S. 588. fg.

<sup>2)</sup> Dies ist auch u. E. das schwer wiegendste Bedenken gegen Kohler's Lokalisation. In dem Fall der l. 34. cit., wie ihn Kohler selbst sehr anschaulich darstellt, dass nämlich der Fundus Cornelianus ganz offen war, die casa nicht verschlossen, könnte sehr wohl ein genügender, das corpus vernichtender Lokalisationsakt erblickt werden, während Ulpian den Besitzverlust doch nicht zulässt.

manchen Quellenaussprüchen (Celsus-Paulus) die materielle Tradition als ein aus zwei ganz selbständigen Gliedern zusammengesetzter Akt: (Besitzaufgabebehandlung-Besitzerwerbsthatsache) behandelt wird, welch' letzterer Umstand der Kennzeichnung der materiellen Tradition als „Form“ des Eigenthumsübertragungsaktes u. E. im Wege steht.

### §. 19.

#### **Die materielle Tradition als Form des Uebereignungsaktes gewährt nicht jene Vortheile, welche mit den echt formellen Willensäußerungen normalerweise verbunden sind.**

Die Frage nach der Zweckmässigkeit des Formbegriffs der materiellen Tradition hängt eng zusammen mit der Frage, ob die materielle Tradition als Voraussetzung des Eigenthumswechsels vom praktisch legislatorischen Standpunkt sich vertheidigen lässt. Da aber das Erforderniss der materiellen Tradition im röm. Rechte positivrechtlich feststeht, so beschränken sich die nachstehenden Bemerkungen nur auf die Frage, ob die Auffassung der materiellen Tradition als „Form“ zweckmässig erscheint <sup>1)</sup>.

Die Gebundenheit der Willenserklärung an eine bestimmte Form bietet dem Verkehr im Allgemeinen folgende Vortheile: 1) die Form verleiht einem äusserlichen Geschehnisse die „Signatur“ eines Rechtsgeschäfts; 2) sie lässt erkennen, um was für ein Rechtsgeschäft im konkreten Falle es sich handelt; 3) durch die Form werden die faktischen Verhandlungen der Partheien von den juristisch relevanten, an die Form gebundenen Willensäußerungen äusserlich gesondert; 4) die Form sichert den Beweis; 5) sie verleiht dem Akte den Charakter der Publicität.

---

<sup>1)</sup> Vgl. Exner a. a. O. S. 301. fg.; Kohler, Gesamm. Abh. S. 1. fg. derselbe in der Recension über Randa's Eigenthum in der Ztschr. f. Handr. Bd. 32. S. 348.; Piniński a. a. O. Bd. II. S. 136. fg.; Verhandlungen des 14. deut. Juristentages I. 1. S. 113. I. 2. S. 56. fg. 163. fg.; des 15. Juristentages I. S. 16. fg.; 131. fg. Randa, Eigenthum S. 266. fg.; Perozzi a. a. O. S. 163. fg.



Es ist zum mindesten sehr zweifelhaft, ob die Form des tradere ihrer inneren Beschaffenheit nach überhaupt im Stande ist jenen an die Form im Allgemeinen gestellten Anforderungen, auch nur theilweise zu entsprechen.

ad 1) Als „Signatur“ eines Rechtsgeschäftes tritt die Form des tradere gewiss nicht hervor, und zwar aus dem einfachen Grunde nicht, weil das tradere sehr oft auch zur Herbeiführung nur einer faktischen Wirkung verwendet wird <sup>1)</sup>. Wenn man dagegen einwendet, dass nur „die Uebergabe der Sache zum Besitz“ als Form des Uebereignungsaktes gilt, dann ist erst recht ersichtlich, dass die materielle Tradition nicht als Form verwendet werden darf, denn die Besitzübergabe ist selbst ein juristischer Akt und kann nicht als „Signatur“ eines anderen juristischen Aktes — des Uebereignungsaktes, erscheinen.

ad 2) Aus dem äusserlichen tradere an und für sich kann nicht erkannt werden, dass es sich in einem konkreten Falle um die Tradition zu Eigenthum handelt, denn äusserlich lässt sich z. B. die Sachübergabe zwecks Uebereignung einerseits von der Sachübergabe zwecks Pfandbestellung andererseits nicht unterscheiden; wer sich Gewissheit darüber verschaffen will, ob es sich um Uebereignung oder um Pfandbestellung handle, der muss die näheren Umstände, unter denen die Sachübergabe stattgefunden hatte, prüfen. Ganz dasselbe gilt für die Besitzübergabe zu Eigenthum und zur Nutzniessung, dasselbe bei der Besitzübergabe zu Eigenthum und bei der Besitz- bzw. Detentionsübergabe zum Abschluss eines Realvertrags.

ad 3) Die Uebergabe zu Eigenthum geschieht immer auf Grund eines Bestimmungsgrundes; dieser kann als ein obligatorischer Vertrag äusserlich hervortreten, die Sachübergabe gilt dann wesentlich als „Ausführungshandlung“ der im obligatorischen Vertrag übernommenen Leistung. Der juristisch relevante Ausdruck der diesbezüglichen Partheiwillen wird be-

---

<sup>1)</sup> Schriftliche Mittheilungen bei Uebersendung von Briefen, Ueberreichung von Eingaben, Abgabe von Besuchskarten (bei Randa, Eigenthum S. 264. Anm. 44.) Uebergabe des Buches an einen Bibliographen, damit er das Alter und den Werth des Buches bestimme (bei Perozzi a. a. O. 164.) Uebersendung der Probemuster u. dgl. mehr.

reits beim Abschluss des Kausalvertrags vollendet <sup>1)</sup>. Bei der Tradition wird nichts mehr erklärt, es wird nur eine faktische Handlung vollzogen, die als eine mit dem obligatorischen Vertrag übernommene Præstatio sich darstellt. Andererseits findet bei manchen Arten der Uebereignung durch Tradition (br. m. traditio, constitutum possessorium) gleichzeitig mit der Einigung der Partheien über den Bestimmungsgrund der Besitzwechsel statt.

ad 4) Die Sachübergabe sichert keineswegs den Beweis des wirklich stattgefundenen Eigenthumswechsels, weil nach der jetzt vorherrschenden Ansicht jeder, der den Eigenthums-erwerb behauptet, nicht nur das Faktum der Uebergabe und den Uebereignungskonsens (animus dominii transferendi et accipiendi), sondern auch die causa darthun muss, aus welcher ihm die Sache übergeben worden ist <sup>2)</sup>.

ad 5) Die Sachübergabe ist nicht ein untrügliches Merkmal, nach dem der unbetheiligte Dritte erkennen könnte, dass die Uebergabe zum Zweck der Uebereignung geschieht. Solch' ein untrügliches Merkmal ist die Uebergabe nicht einmal dann, wenn sie am prägnantesten als Uebergabe von Hand zu Hand äusserlich hervortritt, weil auch die zu einem andern Zweck vorgenommene Uebergabe äusserlich dasselbe Aussehen hat. Die Aeusserlichkeit des Traditionsaktes verschwindet aber vollständig bei der traditio b. m., dem constitutum possessorium, bei der seitens des bisherigen Besitzers eingeräumten Einwilligung zur einseitigen Besitzapprehension. Die Beobachtung also der Thatsache, dass gewisse Besitzerwerbshandlungen vorgenommen werden, gewähren nicht im Geringsten einen „Fingerzeig“ dafür, dass jene Handlungen zwecks Herbeiführung des Eigenthumswechsels vorgenommen wurden. Wenn jemand in einem Walde Holz fällt, auf einem Grundstücke Früchte sammelt, aus dem Felsen Steine herausnimmt, an einem Flusse Fische fängt, so kann auf sein juristisches Verhältniss zur Sache und seine Befugniss zur Vornahme der obigen Besitzerwerbsakte aus obigen Handlungen von einem

<sup>1)</sup> Exner a. a. O. S. 306. Kohler, Ann. der bad. Ger. 30. S. 252. fg. Brinz, Pandekten IV. S. 302.

<sup>2)</sup> Dernburg, Pandekten I. §. 213. Randa, Eigenthum S. 287. fg. Karlowa a. a. O. S. 171. fg.

unbetheiligten Dritten noch kein Schluss gezogen werden. Der Apprehendent kann jene Handlungen ebenso gut als Dieb, wie als Besitzdiener, als Besitzstellvertreter, er kann sie endlich als Eigenthumsberechtigter zwecks Eigenthumserwerbs vornehmen. Die genannten Handlungen zeichnen sich freilich durch einen sehr starken Grad der Publicität aus; nur wird — worauf es eben ankommt — in diesen Handlungen der Eigenthumsverlust einerseits und der Eigenthumserwerb andererseits nicht zum Ausdruck gebracht — die Succession in das Recht durch die U e b e r t r a g u n g der Macht nicht versinnbildlicht <sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Sehr vorsichtig äussert sich Randa, Eigenthum S. 251. ex. 1884 „gewinnt der Eigenthumsübergang durch die Traditionsform mindestens bei Mobilien in der Regel auch einen gewissen Grad der Publicität — der Erkennbarkeit für Dritte“ — dann aber fügt Randa hinzu: „allerdings ist hierbei das Gewicht nicht so sehr auf den Traditionsakt als vielmehr auf die Wirkung desselben: den Besitzübergang zu legen und vor der Ueberschätzung der Bedeutung dieses Momentes zu warnen“ vgl. noch die bei Randa a. a. O. Anm. 13. Angeführten und Bremer a. a. O. S. 58. — siehe auch Einleitung.

---

#### IV.

Das Veräußerungsgeschäft durch Tradition im Stadium seines Werdeprocesses.

##### §. 20.

#### **Einwilligung in die Besitzapprehension zwecks Uebereignung als Anfang der Veräußerungsbewegung.**

Die herrschende Lehre fordert für das Zustandekommen des Uebereignungsvertrags auf seiten des Tradenten den animus transferendi und auf seiten des Empfängers den animus accipiendi dominii. In den Quellen dürfte aber nach dem animus accipiendi dominii umsonst gesucht werden; in der Ueberlieferung findet man im Gegentheil Fragmente, welcher Ansicht, als wäre der animus dominii accipiendi eine unerlässliche Voraussetzung des Eigenthumserwerbs durch Tradition, schnurstracks widersprechen. Angesichts dieser Thatsache wird neuerdings der Begriff des s. g. Uebereignungskonsenses etwas anders formuliert von Dernburg<sup>1)</sup>. Er fordert nämlich: Auf seiten des Tradenten den Willen, die Herrschaft über die Sache zu übertragen; auf seiten des Erwerbers den Willen, jene Herrschaft über die Sache zu erwerben. Fernerhin erläutert Dernburg den Begriff des Uebereignungskonsenses folgendermassen: „Wenn wir vom Uebereignungswillen reden, so soll damit nicht gesagt sein, dass der Wille nothwendig auf die Uebertragung des Eigenthums gehen muss, dass also der animus transferendi et accipiendi dominii schlechthin Voraussetzung der Tradition sei. Der Erwerber muss nur die Absicht haben, möglichst unumschränkt die Sache zu beherrschen, und der Veräußerer sie

---

<sup>1)</sup> Pandekten I. §. 213. und Anm. 1.

in diesem Sinne übertragen. Eigenthümer wird daher auch, wer glaubt, das gekaufte Haus stehe im superficiarischen Rechte des Veräußerers, und dies Recht zu erwerben gedachte, falls nur der Veräußerer in der That Eigenthümer des Hauses ist. Der Käufer ferner erwirbt Eigenthum auch, wenn er irrthümlich glaubt, der Tradent habe kein Recht an der verkauften Sache“. Die Begründung dieser abweichenden Formulierung des Inhalts des s. g. Uebereignungskonsenses wird von Dernburg durch den Hinweis auf den §. 194. Anm. 2. seiner Pandekten und im Uebrigen durch die Bezugnahme auf den in der Lehre vom Rechtsgeschäft oft genannten Aufsatz von Lenel „Partheiabsicht und Rechtsgeschäft“<sup>1)</sup> erledigt. Im §. 194. seines Pandektenlehrbuchs behandelt Dernburg die Lehre vom gutgläubigen Besitz. In der Anmerkung 2. des genannten Paragraphen wird vom Verfasser erläuternd hinzugefügt, dass der Erwerb, welcher den Anforderungen des positiven Rechts entspricht, dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass der Erwerber irrig glaubt, die gesetzlichen Erfordernisse des Erwerbs seien nicht vorhanden. Will man nun diesen Satz für die hier interessirende Frage als Argument verwenden, so kann nur behauptet werden, dass der Erwerber, wenn er mit Zustimmung des Eigenthümers den Besitz der Sache ergriffen hat, auch dann Eigenthümer wird, wenn er irrthümlich meint, dass der Tradent Eigenthümer der Sache nicht gewesen war. Dieses Resultat deckt sich aber vollkommen mit den in dieser Abhandlung aufgestellten Requisiten des Uebereignungsaktes durch Tradition. Was aber die inhaltliche Beschaffenheit des von Dernburg aufgestellten Uebereignungskonsenses anbelangt, so darf jener Satz als Beweisargument nicht verwendet werden; denn aus ihm ergibt sich nicht, dass auch auf Seiten des Tradenten der auf Ueberlassung der unumschränkten Herrschaft über die Sache gerichtete Wille zur Herbeiführung des Uebereignungseffektes ausreicht und dass jene Charakteristik des tradentischen Willens den röm. Rechtsquellen entspricht.

Aus der aber von Dernburg herangezogenen l. 9. §. 4. D. de iur. et fact. ign. 22. 6. von Paulus, ergibt sich auf das

---

<sup>1)</sup> Jahrb. für Dogm. Bd. 19. Gegen Lenel vgl. Dernburg, Pandekten I. S. 217. und Anm. 11.

bestimmteste nur das, dass der *animus domini accipiendi* auf seiten des Empfängers keine Voraussetzung des Eigenthums-erwerbs durch Tradition ist. Bekanntlich erwähnen auch die Quellen den s. g. *animus domini accipiendi* nicht. Der Wille des Empfängers ist grundsätzlich *animus rem sibi habendi*. Um nun die Willensrichtung des Empfängers mit dem, auch in den Quellen oftmals genannten tradentischen Willen, das Eigenthum zu übertragen in Einklang zu bringen, hat Dernburg jenen letzteren Willen, in den Willen, die Sache möglichst unumschränkt auf den Anderen zu übertragen aufgehen lassen. Dadurch wird natürlich die Willensrichtung des Tradenten jener des Empfängers angenähert und der beiderseitige Uebereignungskonsens, um den es sich bei dem s. g. Uebereignungsvertrag doch vorzüglich handelt, erzielt, auf diese Art und Weise werden also die beiden Glieder des Traditionsvertrags aufrechterhalten.

Beim genauen Festhalten an dem Sprachgebrauch der Quellen (*voluntas domini volentis rem suam in alium transferre — eo tamen ipso quod patior tuam esse, statim acquiritur tibi proprietas — quia volunt quod quisque exceperit eius esse — et eam velim tuam esse*), dürfte u. E. die Willensrichtung der Partheien beim Uebereignungsakte durch Tradition dahin bestimmt werden, dass einerseits der Tradent den Uebereignungswillen, also den auf Rechtsübertragung, der Empfänger andererseits nur den auf Besitzerwerb gerichteten Willen haben müssen. Diese Formulierung schliesst natürlich die Möglichkeit aus, die beiden inhaltlich heterogenen Willensrichtungen zu einem einheitlichen Uebereignungskonsens zusammenzufassen, ein Umstand, welcher den Unterschied des hier für die Tradition vertretenen Standpunkts von dem der herrschenden Lehre eben kennzeichnet. Die Anschauung, dass die beiden Willensmomente, aus denen die Tradition sich zusammensetzt, inhaltlich völlig verschieden sind, findet u. E. in der von Dernburg angeführten l. 9. §. 4. D. de iur et fact. ign. 22. 6. eine kräftige Unterstützung <sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Der Text der Stelle ist auf S. 41. dieser Abhandlung angegeben.

Der Jurist setzt eben den Fall voraus, dass der Empfänger nicht weiss, ob der Tradent Eigenthümer des Kaufobjekts sei, um zu zeigen, dass der Empfänger den *animus domini accipiendi* nicht zu hegen braucht. Der Empfänger hat die Sache gekauft, seine Absicht ist auf den unumschränkten und unbehinderten Gebrauch der Sache gerichtet, er wird aber auch Eigenthümer derselben, sofern nur der Tradent sie ihm übereignen wollte<sup>1) 2)</sup>. Man muss daher dabei stehen bleiben, dass der Empfänger auch dann Eigenthümer wird, wenn er irrthümlich glaubt, dass der Tradent nicht Eigenthümer der Sache gewesen sei, mag dieses Resultat immerhin für die Vertragsidee der Tradition noch so ungünstig sein.

Es fragt sich aber, ob die Unkenntniss des Eigenthumsrechts auf seiten des Tradenten den Eigenthumsübergang nicht ausschliesst. In dieser Beziehung pflichten wir der herrschenden Lehre<sup>3)</sup> bei, dass nämlich dieser Umstand den Eigenthumsübergang nicht hindert und zwar hauptsächlich aus dem Grunde nicht, weil u. E. die Nichtkenntniss oder der Zweifel über die Existenz des eigenen Rechtes den Uebereignungs-

---

<sup>1)</sup> Vgl. Zitelmann, Irrthum S. 546. und die von ihm angeführten Fragmente: 9. §. 2. D. de donat. 39. 5.; 10. §. 1. D. de cur. fur. et aliis 27. 10.; 5. §. 2. D. de reb. eor. qui sub. tut. 27. 9.; 43. §. 11. D. de furt. 47. 2. und dazu noch Czyhlarz beim Glück, Ser. d. Büch. 41. S. 163.

<sup>2)</sup> Praktische Einwände gegen Dernburgs Charakteristik des Uebereignungskonsenses bei Perozzi a. a. O. S. 187. und 189. Ueber Dernburgs Bestreben, dem Sprachgebrauch der Quellen gerecht zu werden und den Uebereignungsvertrag durch Tradition zu retten bemerkt Perozzi: „La soluzione del Dernburg, que vorrebbe salvar capra e cavoli, cioè l'idea di contratto e la corrispondenza alle fonti, non salva nulla“.

Beachtenswerth ist auch die Aeusserung von Scheuerl (Beiträge I. S. 214.): „wie wenig streng die röm. Jurisprudenz es mit der Vertragsnatur der Tradition und mit dem Erforderniss g e n a u e r Uebereinstimmung des Traditions und des Erwerbswillens nimmt, zeigt auf merkwürdige Weise l. 9. §. 4. D. de iur. et fac. ign. 22. 6.“ siehe aber Exner a. a. O. S. 283. Anm. 97., welcher u. E. nicht mit Recht den *animus domini accipiendi* mit dem *animus rem sibi habendi* identificirt. Der *animus domini accipiendi* schliesst den *animus rem sibi habendi* in sich ein, aber nicht umgekehrt, worauf es eben ankommt. Der Dieb hat den *a. rem sibi habendi*, aber den *a. domini accipiendi* kann er nicht haben, da er weiss, dass er das Eigenthum an der gestohlenen Sache nicht erwerben kann.

<sup>3)</sup> Windscheid Pandekten I. §. 172. und Anm. 9.

entschluss auf seiten des Tradenten nicht hemmt. Kennt der Tradent sein Eigenthumsrecht an der Sache nicht und übergibt er dieselbe auf Grund einer causa dem Anderen, so geht seine Willensrichtung ihrem äusserlichen Ausdruck nach doch dahin, das Eigenthum an der Sache auf den Anderen zu übertragen. Daraus, dass der Tradent sein Eigenthum nicht kennt, folgt noch keineswegs, dass er sich für einen Niechteigenthümer halten muss und den Uebereignungsentschluss nicht fassen kann. Von einem Geschäftsmann, der tagtäglich verschiedene Objekte zum Zwecke der Weiterveräusserung ankauft, kann gewiss nicht gesagt werden, dass er in jedem einzelnen Veräusserungsfalle sein Eigenthum kennt; es kann aber so viel behauptet werden, dass er die Objekte auf Grund solcher juristischen Thatsachen an sich gebracht hat, die ihm den rechtmässigen Besitz der Sache verleihen und die in abstracto fähig sind auch das Eigenthum zu begründen. Ob aber das Eigenthum in einem konkreten Falle auch erworben worden ist, darüber wird sich der Betreffende nur sehr schwer eine volle Gewissheit, wenn er überhaupt ein Interesse daran hätte, verschaffen können. Wenn er nun die Sache weiterveräussert, so überträgt er gewiss das Eigenthum auf den Erwerber, obgleich er in concreto über sein eigenes Recht in Unkenntniss befangen ist <sup>1)</sup>.

Es muss allerdings zugegeben werden, dass für die hier vertretene Meinung ein positiver Beweis aus den Quellen nicht zu erbringen ist. Auch die Analogie des Vermächtnisses und

---

<sup>1)</sup> Vgl. Ihering in den Jahrb. f. Dogm. Bd. II. S. 155.: „die Unbekanntschaft des Tradenten mit seinem Eigenthum schliesst nicht die Möglichkeit der Willensrichtung auf die abstrakte Eigenthumstradition aus“. S. 156. „der Wille richtet sich auf den abstrakten Akt, nicht auf die konkrete Wirkung“. Das Nichtkennen des eigenen Rechtes kann u. E. in der Seele des Tradenten den Zweifel erwecken, ob sein Akt auch wirksam sein wird (fr. 20. §. 1. D. de a. r. d.). Die Behauptung von Zitelmann, dass die Meinung, kein Eigenthümer zu sein „offenbar“ (?) die Absicht, das Eigenthum zu übertragen, ausschliesst, geht u. E. doch zu weit, wenn man noch bedenkt, dass es hier nicht so sehr auf den inneren Willen als vielmehr auf den äusseren, durch die Kausalgeschäftserklärung normalerweise genügend charakterisirten Uebereignungsausdruck ankommt. Uebrigens gibt ja Zitelmann zu, dass im Zustande des Zweifels über das Eigenthum an der Sache die Uebereignung wirksam sei. Wir glauben aber, dass zwischen dem Zweifel, ob man Eigenthümer ist, und der, allerdings irrthümlichen



der Freilassung, welche bekanntlich hier angewendet zu werden pflegt, ist nicht ohne weiteres evident <sup>1)</sup>).

Meinung, dass man Eigenthümer nicht ist, kein durchgreifender Unterschied besteht. Wer auf Grund einer zur Eigenthumsübertragung im allgemeinen tauglichen causa die Sache übergibt, von dem muss angenommen werden, dass er den Uebereignungswillen hat, mag er an die Rechtswirksamkeit seines Willensentschlusses im konkreten Falle geglaubt haben oder nicht, vgl. noch Piniński a. a. O. II. S. 492. fg.

Anders liegt die Sache in dem Falle, wenn der Tradent meint, das Eigenthum des A. zu übertragen, während er die eigene Sache übergibt, und umgekehrt, vgl. fr. 2. § 6. D. pro empt. 41. 4.; fr. 15. §. 2. D. de contr. empt. 18. 1.; fr. 35. D. de a. r. d. 41. 1.; fr. 49. D. mand. v. cont. 17. 1. Hier wird das Uebereignungsobjekt selbst verwechselt. Vgl. übrigens über diese Frage, Windscheid I. §. 172. S. 513. und Anm. 10, dort auch die Litteraturangaben.

Gegen die Ansicht, dass zur Wirksamkeit der Tradition nicht nöthig sei, dass der Tradent sein Eigenthumsrecht gekannt habe, spricht sich Perozzi a. a. O. S. 191. fg. aus infolge der, u. E. vorgefassten Meinung, als ob die irrthümliche Annahme, dass man Eigenthümer nicht sei, die potenzielle Möglichkeit des Uebereignungsentschlusses ausschliesse. Aus diesem Anlass erhebt Perozzi gegen Windscheid den, u. E. nicht gerechtfertigten, Vorwurf der Inkonsequenz, weil nach Perozzi's Ansicht in dem Falle, dass der Tradent sein Eigenthumsrecht nicht kennt, der von Windscheid sonst für die Wirkung der Tradition erforderliche Uebereignungskonsens angeblich nicht erzielt werde, da auf seiten des Tradenten nur der Besitzaufgabewille angenommen werden könne, während auf seiten des Empfängers nach der Grundanschauung von Windscheid animus domini accipiendi gefordert und vorausgesetzt werde. Ferner findet Perozzi die Lenelsche Formel des Partheiwillens tradere — accipere rem (statt tradere — accipere dominium) viel konsequenter, denn sie lässt nach der Ansicht von Perozzi den Traditionsvertrag auch da annehmen, wo der Tradent sein Eigenthumsrecht nicht gekannt hat. Uebrigens scheint Perozzi den Fall, wo A. seine eigene Sache dem B. tradirt im irrthümlichen Glauben, sie sei das Eigenthum des C., mit dem Fall, wo der Tradent sein Eigenthum „nicht kennt“, auf ganz gleiche Linie stellen zu wollen, was u. E. nicht zulässig ist. Perozzi meint nämlich: „Il principio nemo errans rem suam amittit ha un significato generale e come a me sembra nulla dice, ch'esso dovesse essere limitato al caso di chi trade alieno nomine errando nel proprio diritto e non di chi trade suo nomine“.

<sup>1)</sup> Gegen die Zulässigkeit der Ausdehnung der Entscheidungen, welche sich auf das Vermächtniss und auf die Freilassung beziehen, auch auf die Tradition vgl. vor allem Zitelmann a. a. O. S. 543. Perozzi a. a. O. S. 191. fg. Ueber fr. 4. §. 1. D. de manum. vind. 40. 2. und §. 11. J. de leg. 2. 20. vgl. Exner S. 282. fg. Leonhard, Irrthum 488. fg. Lenel in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 19. S. 181. fg., Bechmann Kauf II. S. 426. fg. Zitelmann und Perozzi sprechen sich in dem Falle, wenn der Tradent sein Eigenthum nicht

Die auf das Vermächtniss bezugnehmende Stelle §. 11. J. de leg. 2. 20. lautet:

„Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere“.

Aus der Art der Begründung der Entscheidung scheint doch so viel hervorzugehen, dass der Verfasser der Institutionenstelle vor allem mit dem ganz allgemein lautenden Satz seine Entscheidung zu begründen versucht, ein Umstand, welcher für die Zulässigkeit der analogen Anwendung des Satzes „nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione“ in Bezug auf die Tradition zu sprechen scheint. Aber wir möchten noch einen Schritt weiter gehen. Wir sind nämlich der Ansicht, dass durch die Heranziehung der cit. Institutionenstelle und der l. 4 §. 1. D. de manum. vind 40. 2. zu der kontroversen Frage, ob die Nichtkenntniss des eigenen Rechts die Wirksamkeit der Tradition beeinflusse, der falsche Schein entsteht, als ob jene Frage in Bezug auf die Tradition geläugnet werden müsste, einfach aus dem Grunde, weil die Nichtkenntniss des eigenen Rechts nur ausnahmsweise die Wirksamkeit des Vermächtnisses einer vermeintlich fremden Sache und die Wirksamkeit der Freilassung eines vermeintlich fremden Sklaven nicht afficirt. Wir meinen nämlich, dass aus dem Vorhandensein jener Fragmente, die specielle Rechtsgeschäfte behandeln, nicht gefolgert werden darf, dass der Satz, als ob die Nichtkenntniss des eigenen Rechts, die wirksame Veräusserungserklärung ausschliesse, mit Ausnahme jener exceptionellen Fälle allgemein anerkannt war. Wir meinen im Gegentheil: für die Tradition, ein eminent verkehrsrechtliches Geschäft, war die Unerheblichkeit jenes Irrthums niemals bezweifelt worden und nur in Bezug auf die Vermächtnisse und Freilassungen sind Zweifel entstanden. Das Wort „constat“ der Institutionenstelle legt die Vermuthung nahe, dass der in der Stelle vorgetragene Satz nicht von Anfang an anerkannt war und seine Anerkennung den Zweckmässigkeitsrücksichten, dem favor testamenti

---

kennt für die Unwirksamkeit der Tradition aus, Zitelman aber will den Empfänger gegen die rei vindicatio des Tradenten durch die exceptio rei venditae et traditae schützen.

hauptsächlich zu verdanken hat. Unsere Annahme gewinnt demostomehr an Wahrscheinlichkeit, wenn man bedenkt, dass an die älteste juristische Erscheinungsform des Vermächtnisses, an das *legatum per vindicationem*, die Voraussetzung geknüpft war, dass es nur betreffs solcher Sachen giltig zu Stande kommen könne, welche sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als auch zur Zeit des Todes des Erblassers im *quiritarischen* Eigenthum desselben standen. Uebrigens dürfte auch der Umstand berücksichtigt werden, dass das Vermächtniss und die Freilassung dem Gebiete des *ius civile* angehören, während die Tradition ihrer Provenienz nach aus dem *ius gentium* stammt. Wenn demnach betreffs der hier erörterten Frage in Ansehung der Geschäfte des *ius civile* bei den röm. Juristen möglicherweise Zweifel bestanden haben, so wäre u. E. die Schlussfolgerung, dass in Ansehung der Tradition dieselben Zweifel obwalteten, nicht gerechtfertigt.

Die l. 4. §. 1. D. cit. lautet:

*Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit. et ex contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse, nihilo minus libertatem contingere. plus enim in re est, quam in existimatione et utroque casu verum est Stichum voluntate domini manumissum esse. idemque iuris est et si dominus et servus in eo errore essent, ut neque ille se dominum nec hic se servum eius putaret.*“ (Julianus libro quadragesimo secundo digestorum.)

Wie in der Institutionenstelle, so wird auch hier die Entscheidung mit dem allgemeinen Satz „plus enim in re est quam in existimatione“ gerechtfertigt; im übrigen besteht der Jurist darauf, dass trotz der Unkenntniss des *quiritarischen* Eigenthums die Freilassung mit Zustimmung des Gewalthabers erfolgt sei, seine Unkenntniss des *quiritarischen* Eigenthums steht nach der Ansicht des Juristen nicht im Widerspruch mit seiner Freilassungsabsicht, es steht doch fest, dass er dem Sklaven die Freiheit schenken wollte. Vermeint der Gewalthaber nicht Eigenthümer des Sklaven zu sein, so wird dadurch an seiner Intention, dem Sklaven die Freiheit zu

schenken, doch nichts geändert; denn thatsächlich will er auf die Dienste des Sklaven und auf die potestas verzichten.

Die Freilassung wird bekanntlich von den röm. Juristen als eine Schenkung der Freiheit nach den für die Schenkungen überhaupt geltenden Regeln behandelt. Wenn also für den Fall der Freiheitsschenkungen der Jurist auf das bestimmteste behauptet, dass trotz der Unkenntniss des eigenen Rechtes der Freilassungswille vorhanden ist, so lässt sich u. E. kein plausibler Grund auffinden, warum im Falle z. B. der Schenkung einer Sache etwas anderes gelten sollte.<sup>1)</sup>

Lenel<sup>2)</sup> läugnet im Allgemeinen, als ob beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts die Absicht der Partheien auf die Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtet wäre, und gelangt auf Grund einer eingehenden Analyse der hauptsächlich typischen Rechtsgeschäfte zu dem Ergebniss, dass die Absicht der Partheien beim Abschluss eines konkreten Rechtsgeschäfts in Wirklichkeit auf die Erreichung der wirtschaftlichen Zwecke und nur auf diese allein gerichtet sei. Das objektive Recht, welches die Voraussetzungen für den Eintritt verschiedenartiger Rechtserfolge aufstellt, verleiht nach der Ansicht Lenels der in concreto geäußerten wirtschaftlichen Absicht der Partheien einen gewissen Rechtserfolg<sup>3)</sup>.

Was die Willensrichtung des Tradenten beim Uebereignungsgeschäfte anbelangt, so kann vom Standpunkte der röm. Quellen die Lenel'sche Formulierung der Partheiabsicht als zutreffend nicht anerkannt werden. Die Ausdrucksweise der Quellen ist auch Lenel aufgefallen, doch glaubt er den Leser damit beruhigen zu dürfen, dass die röm. Juristen in ihrer Ausdrucksweise die Folge einer Willensäußerung mit deren eigentlichem Ziel bezeichnet haben. Uebrigens meint Lenel, dass die Redewendungen: tradere dominium, traditio domini, transferre dominium, transferre proprietatem, translatio do-

---

<sup>1)</sup> Die subjektive, der thatsächlichen Lage nicht entsprechende Einbildung wird auch anderwärts z. B. bei der Usukapion, nicht berücksichtigt vgl. fr. 2. §. 2. D. pro empt. 41. 4.; fr. 2. §. 15 eod.; Vat. 260.

<sup>2)</sup> Jahrb. für Dogm. Bd. XIX. S. 173—183.

<sup>3)</sup> Ueber Lenels Aufstellungen im Allgemeinen und über dessen Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts vgl. Windscheid, Pandekten I. §. 69. Anmerkung 1. a.

minii, transferre ius dominii, dare dominium, dominii facere“<sup>1)</sup>, verhältnissmässig seltener in den Quellen vorkommen als das farblose tradere rem, traditio rei, obgleich er andererseits zugeht, dass die tradentische Willensrichtung nicht nur durch die oben genannten, sondern auch durch andere Wendungen bezeichnet wird, wie z. B. velle accipientis esse, ea mente, ut statim accipientis fiat und dgl. m.

Im weiteren Verlauf seiner diesbezüglichen Auseinandersetzungen betont aber Lenel ganz mit Recht, dass die Absicht, die Sache auf einen Anderen zu übertragen, in der Kausalgeschäftserklärung normalerweise enthalten ist und zum Ausdruck gebracht wird. Dieser Umstand scheint uns aber dafür zu sprechen, dass der Wille des Tradenten auch dem Sprachgebrauch der Quellen entsprechend als animus dominii transferendi charakterisirt werden müsse. Die causae traditionis (Kauf, Schenkung, Dosbestellung und dgl.) waren in ihrer ursprünglichen Gestalt Uebereignungen schenkungshalber, kaufshalber u. s. w. Erst später haben sich manche dieser Uebereignungscausae zu selbständigen obligatorischen Verträgen ausgebildet, zu denen die Tradition als reiner Vollzugsakt hinzutrat. Solange aber die erwähnten causae traditionis als selbständige Verträge nicht behandelt wurden, ging die konkrete Partheiabsicht nicht auf das tradere dominium, nicht auf das tradere rem, sondern sie war ein durch die causa charakterisirter Schenkungs-, Verkaufs-, Dosbestellungswille und s. w. Die Tradition war damals natürlich kein selbständiger Akt, sondern ein Moment, welches für die Erreichung des mit der Kausalerklärung verfolgten Zweckes unumgänglich nöthig war<sup>2)</sup>. Nachdem aber die ursprünglich im ius civile beschränkte Zahl der tauglichen Uebereignungszwecke auf

---

<sup>1)</sup> Vgl. l. 9. §. ult. D. de iure dot. 23. 3; 12. D. usufr. quem. 7. 9., §. 46. J. de r. d. 2. 1.; 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3.; 1. D. de don. 39. 5. 1. §. 2. D. de O. et. A. 44. 7.; 9. §. 7.; 21. §. 1. D. de a. r. d. 41. 1.; 5. §. 1. D. pro derel. 41. 7.; 1. §. 2. D. pro dote. 41. 9.

<sup>2)</sup> Ein anschauliches Beispiel liefert die Entwicklungsgeschichte des Kaufs: ursprünglich ein Realgeschäft, hat er sich zum konsensualen Vertrag ausgebildet, — die Tradition, vorher ein konstitutives Element des Kaufgeschäfts, steht nachher neben dem Kauf als selbstständiger Erfüllungsakt vgl. Pernice, Labeo I. S. 454 fg., — aber das Darlehen hat auch in der modernen Systematik seine Realnatur beibehalten.

sehr verschiedene *causae* ausgedehnt worden war<sup>1)</sup>, musste die vorher ganz unselbständige Tradition, die in dem konkreten Kauf, in der Schenkung u. s. w. voll und ganz aufging, auf eigene rechtliche Grundlage gestützt werden. Als solche gilt eben der Uebereignungswille: *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*“.

Einer der gewichtigsten Einwände Lenels gegen das Erforderniss des *animus domini transferendi*, nämlich die Behauptung, dass aus dem Kauf die Verpflichtung zum *rem habere licere praestare*, nicht aber die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums entsteht, und die Schlussfolgerung Lenels, dass demnach die Willensrichtung bei der Tradition auf Grund eines Kaufs nicht auf die Eigenthumsverschaffung, sondern auf die Verschaffung der Sache abzielt, wurde bereits von Perozzi<sup>2)</sup> mit dem triftigen Grunde beseitigt, dass Lenel die Partheiabsicht mit der durch das objective Recht festgesetzten Verbindlichkeit des Verkäufers dem Käufer gegenüber verwechselt habe. In den Quellen wird der Kauf unter den der Uebereignung dienenden *causae* an erster Stelle genannt, woraus sich eben ergeben dürfte, dass das Verkehrsleben die Partheiabsicht auch beim Kauf als eine auf die Uebereignung gerichtete Absicht auffasst, obwohl das objektive Recht offenbar aus verkehrspolitischen Zweckmässigkeitsgründen, hauptsächlich deshalb, um den Streitigkeiten betreffend die Eigenthumsfrage vorzubeugen und den Verkehr zu erleichtern, sich mit dem Effekt *rem habere licere* begnügt und den giltigen Kaufvöllzug auch in diesem Falle eintreten lässt.

Lenel behauptet ferner, dass das Erforderniss der Uebereignungsabsicht dem Partheiwillen nicht gerecht werde, dass nämlich dieses Erforderniss „eine ganz grundlose Durchbrechung des Prinzips der Herrschaft des subjektiven Willens ins Privatrecht“ involviere. Dieser Einwand wäre u. E. nur

<sup>1)</sup> Vgl. Karlowa, röm. Rechtsgeschichte II. 1. S. 417 fg.

<sup>2)</sup> S. 201. „egli (nämlich Lenel) muta l'obbligo che la legge impone al venditore in volontà del venditore. Codesto obbligo costituisce il minimum che il compratore può pretendere dal venditore: esso ha per conseguenza che anche quando le parti han voluto soltanto“ *ut emptori rem habere liceat*“ ci sia vendita.

dann gerechtfertigt, wenn es feststände, dass zwischen der Absicht, die Sache auf einen Anderen definitiv zu übertragen, und der Absicht, das Eigenthum an der Sache zu übertragen, ein innerer Gegensatz obwaltet. Dies ist aber nicht der Fall. Wer auf Grund einer vom objektiven Rechte anerkannten Uebereignungscausa die Sache dem Anderen übergibt, der muss als solcher betrachtet werden, welcher den Uebereignungswillen erklärt hat; sein eventueller Einwand, dass er nicht das Eigenthum, sondern die Sache übertragen wollte, wird als rechtlich belanglos betrachtet werden müssen. Lenel's Einwände gegen das Erforderniss des *animus domini transferendi* wären nur dann am Platze, wenn die Willensäußerung des Tradenten beim Uebereignungsakte an eine „Formel“ gebunden wäre und nicht in beliebiger Art abgegeben werden könnte; es ist nicht einzusehen, warum in einer Verkaufs-Schenkungs-offerte ein genügender Ausdruck des *animus transferendi domini* nicht erblickt werden dürfte.

Der Umstand, dass in den Quellen oftmals statt des Eigenthums an der Sache die Sache selbst als Gegenstand der Tradition bezeichnet wird, findet u. E. eine genügende Erklärung darin, dass der Uebereignungsakt durch Tradition ohne Sachübergabe nicht möglich ist. Der Rechtserfolg der Sachübergabe, d. h. der Eigenthumserwerb findet einzig und allein darin seine Erklärung, dass der bisherige Eigenthümer durch die faktische Uebergabe der Sache den Erwerber zugleich in die rechtlich geschützte Stellung eines Eigenthümers versetzen wollte (*a. transferendi domini*).

An einer anderen Stelle der Lenel'schen Abhandlung<sup>1)</sup> wird die Eigenthum übertragende Wirkung der Tradition auf „die dem Erwerber ertheilte Erlaubniss die Sache als wirtschaftliches Eigen für sich in Besitz zu nehmen“ zurückgeführt. Mit dieser Formulierung sind wir vollkommen einverstanden, wir denken aber, dass in dieser Formulierung die Anerkennung des *a. transferendi domini* mittelbar enthalten sei. Denn irren wir nicht, so ist die Willenserklärung, welche den von Lenel umschriebenen Inhalt hat, nichts Anderes als die Erklärung, das Eigenthum an der Sache übertragen zu wollen. Der Erklärung: „ich übergebe dir die Sache zum unentziehbaren Gebrauch“ bedient sich ein Laie; der Erklä-

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 211.

rung: „ich übertrage auf dich das Eigenthum an der Sache“ bedient sich ein geschulter Jurist, — beide wollen im Grunde genommen ein und dasselbe: zu Gunsten eines Anderen auf den rechtlich geschützten Gebrauch der Sache und auf die Verfügungsbefugniss endgiltig verzichten <sup>1)</sup>).

Was die Willensrichtung des Erwerbers aber anbelangt, so muss anerkannt werden, dass die Lenel'sche Bestimmung der Partheiabsicht, auch dem positiven römischen Rechte entspricht. Die Absicht des Empfängers braucht nicht nothwendig auf den Rechtserwerb gerichtet zu sein, es reicht vollkommen aus, wenn seine Absicht auf den wirtschaftlichen Gebrauch der Sache geht. Dieser Satz findet seine volle Bestätigung in der oben angeführten l. 9. §. 4. D. de iur. et fact. ign. 22. 6 <sup>2)</sup>

Die Uebereignungserklärung kann bei, vor oder nach dem Apprehensionsakte abgegeben werden; unerlässlich ist aber zur Herbeiführung der Eigenthumsübertragung, dass der Uebereignungswille im Momente der Besitzapprehension fort-dauere. Es kommt demnach im Momente des Besitzwechsels nicht darauf an, dass der Uebereignungswille ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werde, es kommt nur auf die Permanenz des Uebereignungswillens an (fr. 6. D. de

---

<sup>1)</sup> Vgl. Bruns, Kl. Schr. II. S. 454 fg.: „Der Laie denkt nicht juristisch, sondern praktisch, aber indem er bestimmte praktische Verhältnisse fest und sicher haben und begründen will, will er sie auch rechtlich“.

<sup>2)</sup> Betreffend den Eigenthumserwerb an den derelinqurten Gegenständen ist beinahe allgemein anerkannt, dass der Okkupant auch dann das Eigenthum an der herrenlosen Sache erwirbt, wenn er dieselbe irrtümlich als ein fremdes Eigenthum betrachtet. Die gegentheilige Behauptung von Gimmerthal (Arch. f. civ. Pr. Bd. 52. S. 539.), dass die mala fides des Okkupanten dem Eigenthumserwerb im Wege stehe, ist in der Litteratur ganz vereinzelt geblieben. (Ueber die für Gimmerthals Meinung günstige l. 2. pr. D. pro der. 41. 7., vgl. Windscheid, Pandekten I. §. 184. Anm. 1. Zitelmann, Irrthum S. 312., Czyhlaz bei Glück Bd. 41. S. 197. Anm. 38. und S. 161 fg., Dernburg, Pandekten I. S. 203. Anm. 3., rechtsgeschichtliche Nachweisungen bei Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. II. 1. S. 415.) — Die Tradition ist vom Standpunkt des Erwerbers aufgefasst wesentlich „eine Okkupation unter Zustimmung des Eigenthümers“. (Bremer a. a. O. S. 57. Randa, Besitz S. 566.) Wenn also bei der Okkupation der animus domini accipiendi für den Eigenthumserwerb nicht erfordert wird, so dürfte er auch bei der Tradition, wenn man sich einmal entschliesst, sie als einen Vertrag nicht zu konstruiren, ebenso nicht gefordert werden.



don. 39. 5.). Auf die Art und Weise, wie der Besitz auf seiten des Erwerbers entstanden sei, ob unter Mitwirkung seines Rechtsurhebers oder infolge der einseitigen Okkupation, kommt es im wesentlichen nicht an. Eigenthümer wird auch, wer auf Anweisung des Eigenthümers den Besitz der Sache von dem Detentor erlangt hat; er wird Eigenthümer, wenn er dem Detentor gegenüber sich sogar eigenmächtig in den Besitz der Sache gesetzt hat (arg. l. 18. D. de vi 43. 16. und l. 12. eod.), vorausgesetzt, dass der Auktor seine Uebereignungserklärung nicht dahin beschränkt hatte, dass der Destinatär nur im Falle eines tradirten Besitzes Eigenthümer der Sache werden solle (arg. fr. 33. D. de a. v. a. p. 41. 2.). Hat nämlich der Eigenthümer seinen Uebereignungswillen derart eingeschränkt, dann vollzieht sich der Eigenthumsübergang deshalb nicht, weil die Bedingung der Uebereignungserklärung nicht erfüllt worden ist.

Der Uebereignungserklärung ist die Besitzaufgabeerklärung immanent; wer den Uebereignungswillen hat, der muss auch den Besitzaufgabewillen haben; dies ergibt sich aus der Grundtendenz des röm. Sachgüterverkehrs, nach welcher die Rechtsübertragung durch den Uebergang der Sachherrschaft vermittelt werden muss. Wer demnach den Uebereignungswillen erklärt, demungeachtet aber die Sache behält oder die Apprehension der Sache dem Destinatär verbietet, von dem muss behauptet werden, dass er in Wirklichkeit nicht übereignen will, oder dass sein Wille als präsender Uebereignungswille sich nicht darstellt; sein Wille muss dahin gedeutet werden, dass er künftighin die Sache zu übereignen beabsichtigt <sup>1)</sup>.

## §. 21.

### **Besitzerwerb des Destinatärs als Vollendungsakt der Veräußerung durch Tradition.**

Abgesehen davon, unter welchen Voraussetzungen die Sachübergabe den Besitzerwerb auf seiten des Destinatärs begründet, kann mit dem tradere rem zugleich der Uebereignungswille verbunden werden; der Fall des tradere rem zwecks Uebereignung ist der Normalfall der Uebereignungsart durch

---

<sup>1)</sup> Vgl. Perozzi a. a. O. S. 202. fg.

Tradition. Durch das tradere wird von dem bisherigen Eigentümer selbst die Veräußerungsbewegung der Vollendung näher gebracht. Die aktivische Bedeutung des Wortes tradere umfasst eben die zuletzt erwähnte Thätigkeit des Tradenten: fr. 1. §. 1. D. de off. proc. Caes. 1. 19.; fr. 41. §. 1. de R. V. 6. 1.; fr. 12. D. usufr. quemadm. 7. 9.; fr. 16. D. de cond. c. d. c. non sec. 12. 4.; fr. 8. D. de pec. 15. 1.; fr. 11. §. 2. D. de A. E. V. 19. 1. „Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum..... fr. 31. D. eod.; fr. 9. §. 1. D. de iur. dot. 23. 3.; fr. 67. (65.) §. 4. D. ad S. Cons. Trebell 36. 1.; fr. 13. D. de leg. I.; fr. 70. §. 1. D. eod.; fr. 16. D. de a. e. aq. pl. arc. 39. 3.; fr. 15. D. de manum 40. 1. ....quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate; fr. 9. §. 3. D. de a. r. d. 41. 1.; fr. 6. D. de a. v. a. p. 41. 2.; fr. 1. §. 2. D. pro dote 41. 9.; Gai II. 313. Pauli R. S. I. 12. §. 5.; II. 31. §. 17.; V. 11. §. 2.

Seltener wird das Wort tradere in Anwendung auf Immobilien gebraucht, doch kommt es in den Quellen vor: Pauli R. S. II. 17. §. 15.; fr. 32. §. 16. D. de rec. qui arbitr. 4. 8.; fr. 7. §. 3. D. de dolo malo 4. 3. [interp.]; fr. 13. §. 1. D. de min. XXV. a. 4. 4.; fr. 32. D. de usufr. 7. 1. [interp.?]; fr. 30. §. 1. D. de serv. praed. urb. 8. 2.; fr. 35. D. fam. ercisc. 10. 2.; fr. 51. pr D. eod.; fr. 33. D. loc. cond. 19. 2. „nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto.... Häufiger kommen in Anwendung auf Immobilien die Redewendungen vor wie: fundi possessionem tradere (fr. 36. D. de pac. 2. 14.; fr. 21. §. 2. D. quod met. cau. 4. 2.) tradere vacuum possessionem (Gai IV. 131.; fr. 2. §. 1. D. de A. E. V. 19. 1.; fr. 3. pr. §. 1. eod.; 36. D. eod.; fr. 4. D. de usur. et fruct. 22. 1.; fr. 18. §. 2. D. de a. v. a. p. 41. 2.); inducere in possessionem oder inducere in vacuum possessionem, neben dem tradere possessionem (35. §. 1. D. de donat. 39. 5.; 13. C. de distr. pign. 8. 27. (28.); Vat. 316.; 2. C. pro socio 4. 37.; 8. C. de don. an. nup. 5. 3.; 8. pr. C. de act. em. et vend. 4. 49.; Vat. 314.; 1. pr. C. de revoc. don. 8. 55. (56.); 12. C. de probat. 4. 19.; fr. 77. D. de R. V. 6. 1.; fr. 3. 3. D. de a. v. a. p. 41. 2.; fr. 5. D. de vi. 43. 16.; Gai II. 204.; 18. §. 1. D. de contr. empt.

18. 1.; 78. §. 1. D. eod.; 16. §. 1. D. de usur. et fruct. 22. 1.; 5. D. solut. mat. 24. 3. (?); 37. pr. de leg. et fid. 33. (III.); 18. §. 8. D. de dam. inf. 39. 2., fr. 3. 8. pr. D. eod.)<sup>1)</sup>. Die Redewendungen tradere rem, tradere possessionem, inducere in possessionem bezeichnen nicht nur Uebereignungs- bzw. Besitzaufgabewillen, sondern es wird durch diese Wendungen auch die faktische Mitwirkung des Tradenten bei der Besitzerwerbshandlung des Destinatärs charakterisirt. Jene Mitwirkung erleichtert den Besitzerwerb auf seiten des Erwerbers, ist aber kein wesentliches Moment für die Herbeiführung der Uebereignungswirkung; der Destinatär kann den Besitz auch einseitig ergreifen, und wird demungeachtet Eigenthümer, sofern es nur feststeht, dass die Besitzapprehension ex voluntate des bisherigen Eigenthümers stattgefunden hat. Diese Erscheinungsform des Uebereignungsaktes wird in den Quellen durch die Redewendungen: pati apud alterum esse, mittere, ire iubere in possessionem, ex voluntate possessionem nancisci gekennzeichnet. (Gai II. 214. inf.; 21. §. 1. D. de a. r. d. 41. 1.; 6. D. de don 39. 5.; 16. pr. §. 1. D. praescr. verb. 19. 5.; 8. D. pro leg. 41. 8.; 5. §. 2. D. de dol. mal. et met. 44. 4.; 48. D. de a. v. a. p. 41. 2.; 34. pr. D. eod.; 18. D. de vi 43. 16.; 33. D. de a. v. a. p. 41. 2.. Donatio Flavii Syntrophii: in vacuum possessionem hortorum..... ire aut mittere iussit..... Donatio Fl. Artemidori: inque vacuum possessionem..... ire aut mittere ossaque inferre permisit..... Donatio Statiae Irenes: inque vacuum possessionem..... cessit<sup>2)</sup>. c. 2. C. de adq. et ut. poss. 7. 32.; c. 12. C. de contr. empt. 4. 38. „nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet; c. 11. C. 4. 21.; c. 4. C. de prob. 4. 19.; c. 2. C. si quid. alteri vel. 4. 50.; fr. 8. D. pro leg. 41. 8.; fr. 1. §. 5. D. de exc. rei vend et trad. 21. 3. Hier stellt sich die Handlung des Tradenten beim Uebereignungsakte

<sup>1)</sup> Es mag hier bemerkt werden, dass die Kompilatoren aller Wahrscheinlichkeit nach sehr oft das specielle Objekt, auf welches sich in den Schriften der klassischen röm. Juristen das tradere bezogen hatte, durch den farblosen Ausdruck „res“ ersetzt haben. Durch ihr schablonenmässiges Verfahren haben sie sich u. E. verrathen in fr. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6. Am Anfang der Stelle ist vom fundus die Rede, in der Fortsetzung der Stelle aber kommt auf einmal „res“ vor.

<sup>2)</sup> Bruns, fontes iuris rom. antiqui pag. 296., 295., 294. (ed. VI.).

wesentlich als eine „Ermächtigung“ zur einseitigen Okkupation der Sache dar, und die Existenz jener „Ermächtigung zur Besitzapprehension zwecks Uebereignung“ ist eben das Minimum dessen, was der Tradent seinerseits zwecks Herbeiführung der Uebereignung beitragen muss. In den zahlreichen oben angeführten Quellenstellen wird immer darnach gefragt, ob der Besitzerwerb unter Zustimmung des vorigen Eigenthümers erfolgte, ja es macht sich die Tendenz bemerkbar, das Moment der abgegebenen Uebereignungs- und Besitzaufgabeerklärung urkundlich festzustellen <sup>1)</sup>).

Von dem Gesichtspunkte aus, wie der Besitzerwerb vermittelt wird, war das Wort tradere in Anwendung auf Immobilien und für den Fall der lediglichen Ermächtigung zur einseitigen Besitzapprehension nicht ganz passend gewählt, was auch in den Quellen darin seinen Ausdruck gefunden hat, dass der Eigenthümerwerb auf Grund der „Ermächtigung zur einseitigen Inbesitznahme“ mit dem typischen Traditionsfall durch die Redewendungen quasi, quodammodo, pro tradita erit accipienda verglichen wird: (fr. 6. D. de don. 39. 5.; 79. D. de solut. 46. 3.; 9. §. 1. D. de Publ. 6. 2.; 62. D. de ev. et dup. stip. 21. 2.; 77. D. de R. V. 6. 1.; c. 28. C. de donat. 8. 53. (54.).

Von Standpunkt des Tradenten betrachtet, bewahrt die Tradition ihren Charakter „einer reinen Uebereignungserklärung nur in jenen Fällen, wo sie als „Einwilligung“, als „Ermächtigung zur Besitzapprehension zum Zwecke des Eigenthümerwerbs“ sich darstellt. Sehr deutlich tritt jene für den Eigenthumsübergang unerlässliche Funktion der tradentischen Handlung z. B. bei dem Fruchterwerb des Pächters hervor: fr. 62. §. 8. D. de furt. 47. 2., fr. 6. D. de don. 39. 5., fr. 16. §. 1. D. praescr. verb. 19. 5. c. 9. C. de loc. et cond. 4. 65., fr. 25. §. 1.; fr. 9. pr.; 24. §. 1., 3. 2.; 13. §. 11. D. locati 19. 2. Die Veräußerung der Früchte des gepachteten Grundstücks nimmt ihren Anfang mit der in dem Pachtvertrag enthaltenen Uebereignungserklärung; sie wird durch den einseitigen Be-

---

<sup>1)</sup> Vgl. Brunner a. a. O. S. 114. fg., Esmarch, Vacuae possessionis traditio S. 18. fg., Piniński a. a. O. Bd. I. S. 315. fg., Franken in der Recension des Brunnerschen oben cit. Werkes in der Ztschr. f. H. R. Bd. 28. S. 375. und 385.

sitzerwerb der Früchte seitens des Pächters vollendet. Der juristische Vorgang beim Fruchterwerb des Pächters wird als quasi traditio gekennzeichnet, womit zugleich angedeutet wird, dass hier dieselbe Wirkung eintritt wie bei der Uebergabe s. str. zwecks Uebereignung. Andererseits aber wird durch das „quasi“ hervorgehoben, dass in jenem Falle der äusserliche Vorgang, der die Uebereignung herbeiführt, von dem tradere s. str. verschieden ist, denn die Besitzübertragung fehlt hier vollständig; der Pächter erwirbt den Besitz an den Früchten ganz selbständig, demungeachtet aber sind hier jene beiden wesentlichen Voraussetzungen des Eigenthumserwerbs durch Tradition: Uebereignungswille auf der einen und Besitzerwerb auf der anderen Seite vorhanden.

Dasselbe gilt für den Fall, wo bei Anstrengung der rei vindicatio der Beklagte dem Restitutionsbefehl des Richters nicht Folge leistet und zur Zahlung der litis aestimatio verurtheilt wird. In dem iusiurandum in litem ist eine stillschweigende Uebereignungserklärung des Klägers enthalten; der Beklagte wird sofort Eigenthümer, wenn er die Sache zur Zeit der Zahlung der Aestimationssumme bereits in seinem Besitze hat, oder er wird es nachträglich, sobald er nur den Besitz der Sache erlangt hat (fr. 46. 47. D. de R. V. 6. 1.; 68. fr. D. eod. [interp. Windscheid I. §. 193. Anm. 2.] fr. 7. §. 6. D. de Publ. 6. 2., fr. 1., 3. D. pro empt. 41. 4.; fr. 2 2. D. rer. amot. 25. 2.)<sup>1)</sup>.

Nur in den zuletzt besprochenen Fällen erscheint die Tradition, immer vom Standpunkt der tradentischen Handlung betrachtet, als eine reine Uebereignungserklärung.

In den Fällen des tradere s. str. und inducere in possessionem bewirkt die Tradition zugleich den Besitzverlust auf seiten des Tradenten, sie ist also Uebereignungsofferte und Besitzverlusthandlung zugleich. Die Sache wird besitzlos um der Uebereignung willen. Diese Gestaltung kommt u. E. recht anschaulich zum Vorschein bei dem s. g. iactus missilium<sup>4)</sup>. Bekanntlich herrscht viel Streit darüber, ob der s. g. iactus missilium eine Traditionsofferte oder aber eine vollendete Dereliction oder endlich eine „modificirte Dereliction“ sei. Wir

<sup>1)</sup> Exner a. a. O. S. 21. fg., Windscheid 1. §. 193. Anm. 2. und 12.; Bechman, Kauf II. S. 567. fg.

sind der Ansicht, dass *iactus missilium* grundsätzlich eine Tradition sei <sup>1)</sup>, die Modifikation besteht eigentlich nur darin, dass hier der Besitzerwerb des Destinatärs durch den gleichzeitigen Besitzverlust des Tradenten nicht vermittelt wird, weil der Besitzverlust in dem Momente des Auswerfens unbedingt eintritt ohne Unterschied, ob die Sache von dem Dritten aufgegriffen wurde oder nicht. Dies wird geleugnet von den Anhängern der Theorie des Uebereignungsvertrags. Sie lassen den Besitzverlust erst in dem Momente der *Besitzapprehension* seitens des Dritten eintreten <sup>2)</sup> und erachten die Handlung des Jaktanten lediglich als eine „Uebereignungs- und Besitzübertragungs offerte“. Diese Auffassung des Sachverhalts ist vom Standpunkt des „Uebereignungsvertrags“ erklärlich genug. Denn, wie soll die Traditionsofferte dh. ein Theil des s. g. Uebereignungsvertrags, ganz abgesehen von dem Zustandekommen des vermeintlichen Traditionsvertrags irgendwelche Wirkung haben! Stellt man sich aber auf den Standpunkt, dass die Uebereignung durch Tradition aus zwei ganz selbständigen Elementen sich zusammensetzt, dann ist auch kein Grund vorhanden, den Besitzverlust auch dort zu leugnen, wo er nach den allgemeinen Regeln über den Besitzverlust angenommen werden muss. Wenn jemand Geldstücke unter die Menge auswirft, von dem muss gesagt werden, dass er den Besitz der Geldstücke verloren hat. Die Besitzaufgabe erscheint hier als das vom Jaktanten gewählte Mittel, durch welches sein Uebereignungswille unzweideutig an den Tag gelegt wird. Abgesehen also davon, ob der Uebereignungswille den Besitzerwerb herbeiführen wird, bewirkt das Mittel, durch welches der Wille kundgegeben wurde,

---

<sup>1)</sup> Vgl. darüber: Exner a. a. O. S. 12–17., 53. fg., Sohm a. a. O. S. 46. fg., Scheuerl, Beiträge I. S. 205–208., Pernice, Parerga II. S. 107. fg. (in der Zeitsch. der Savigny Stift. n. F. Bd. V.), Czyhlarz bei Glück Bd. 41. S. 106. fg., Bremer a. a. O. S. 65–67., Kohler, Annahme und Annahmeverzug (in den Jahrb. f. Dogm. Bd. XVII. S. 311. fg. 324–7., Perozzi a. a. O. S. 110. fg., Piniński a. a. O. Bd. I. S. 233. Anm. 1.

<sup>2)</sup> „Bis dahin bleibt also das Eigenthum des Jaktanten bestehen, aber eben behaftet mit der durch den *iactus* begründeten Traditionsofferte. Dasselbe gilt auch vom Besitz“. So Czyhlarz a. a. O. unter direkter Bezugnahme auf die Ausführungen von Sohm a. a. O. S. 55., so auch Exner S. 12. und Anm. 30.; vgl. dagegen Kohler, Piniński l. c.

den Besitzverlust. Wer die Sache ergreift, ist eigentlich ein Okkupant; da er aber *ex voluntate domini* okkupirt, so wird er deshalb Eigenthümer der aufgegriffenen Sache. Hier haben wir im Resultate einen Fall der *translatio dominii*, aber keinen der *Succession* durch das Bild der Besitzübertragung<sup>1)</sup>. Beim *iactus missilium* haben wir demnach: Uebereignungserklärung und „Besitzverlusthandlung“ zugleich, aber ohne gleichzeitige „Besitzbegründungshandlung“<sup>2)</sup>. Demungeachtet

---

<sup>1)</sup> Pernice, *Parerga* VI. a. a. O. S. 201. (*Ztschr. der Sav. Stift.* IX. n. F. rom. Abth.).

<sup>2)</sup> Vgl. Kohler a. a. O. S. 324. „die Traditionsofferte kann in der Weise abgelassen werden, dass der Besitzerwerb des Destinatärs, auch wenn er ohne jede Bezugnahme auf die Offerte erfolgt ist, den Vertrag perficirt und den Eigenthümerwerb bewirkt“. S. 325: „die Aussetzung hat alle Elemente der Eigenthumsübergabsofferte um in Verbindung mit eigeninteressirten Besitzergreifung zum Eigenthümerwerb zu führen mögen damit auch manche schöne Theorien von der Nothwendigkeit des Bewusstseins beider Theile, von der Zeugung des Vertrags durch beiderseitige Willenseinigung und dgl. verblassen. Vgl. noch insb. S. 327., 329. Piniński a. a. O. Bd. I. S. 233. Anm. „Bei der Aussetzung der Sache, ähnlich beim *iactus missilium* und in manchen anderen Fällen besteht die Traditionsofferte in der Besitzaufgabe, welche aber keine *Dereliction* der Sache ist“ vgl. insbes. das von Piniński treffend gewählte Beispiel der Traditionsofferte durch das Mittel der Besitzaufgabe. Das Beispiel von Exner (S. 16.) ist für die vorliegende Frage u. E. nicht ganz zutreffend gewählt. Die Art und Weise, wie die Kataloge einer Gemäldesammlung zum Ankauf angeboten werden, weist nur auf Verkaufs und reine Uebereignungsofferte hin; kein Zweifel kann darüber bestehen, dass in dem von Exner angeführten Beispiel der Besitz nicht verloren geht. Es ist auch nicht ganz der Lebensauffassung entsprechend wenn Exner seinen Fall der zum Verkauf ausliegenden Kataloge mit dem *iactus missilium* auf gleiche Linie stellt und nur die *causa* als Unterscheidungsmerkmal erachtet, zugleich aber auf diese Weise die gegnerische Ansicht, als wäre der *iactus missilium* eine modificirte *Dereliction*, als absurd hinzustellen trachtet. Die Art und Weise, wie der Jaktant die Sache behandelt, macht eben den Thatbestand der Besitzverlusthandlung aus, was bei den zum Verkauf ausgelegten Katalogen nicht der Fall ist. Man könnte sogar der Meinung sein, dass durch die Handlung des Jaktanten auch das rechtliche Band zwischen ihm und der Sache definitiv aufgelöst werden soll und dass dies Resultat dem präsumtiven Willen des Jaktanten entspreche (so wirklich Ulpian für den Fall des *iactus mercium* bei Seegefahr, fr. 43. §. 11. *D. de furt.* 47. 2.); es ist in einem konkreten Falle thatsächlich sehr schwer zu bestimmen, welche Absicht der Jaktant hatte, — Verzicht auf das Eigenthum schlechthin, oder Besitzverlust zwecks Uebereignung (vgl. Exner S. 14.). Dies mag auch der

finden sich in dem ganzen Vorgang die grundlegenden Elemente der Uebereignungsart durch Tradition, dh. der Uebereignungswille auf der einen und die Thatsache des Besitzwerbs auf der anderen Seite.

---

Grund gewesen sein, warum die Prokulianer auch dem Derelinquenten den Uebereignungswillen und nicht den Verzichtswillen schlechthin zugeschrieben haben und deshalb auch die Dereliktion als eine „Offerte an die Menschheit“ (Pernice, Parerga II. S. 108.) „als ein Stück des Thatbestandes der zweiseitigen Tradition“ (Czyhlarz a. a. O. S. 118.) aufgefasst haben. Erst die Sabinianer haben die theoretisch scharfe Abgrenzung zwischen dem Thatbestand der Dereliktion und der Tradition (fr. 2. §. 1. D. pro der. 41. 7.; fr. 43. §. 5. D. de furt. 47. 2.) aufgestellt. Praktisch wurde aber diese Abgrenzung doch nicht präcis durchgeführt; noch die späteren Juristen, sogar Anhänger der Sabinianischen Schule, Pomponius und Gaius, argumentiren bei der Dereliktion und der ihr nachfolgenden Okkupation aus dem Willen des ehemaligen Eigenthümers (fr. 5. §. 1. D. pro derel. [Pomponius], [Kritik bei Exner S. 14. Anm. 33.], §. 47. J. de rer. div. [Gaius] [Kritik bei Czyhlarz a. a. O. S. 113.] Man beachte nur, dass §. 47. cit. durch das „Quaratione“ den in den vorigen §§. genannten Traditionsfällen an die Seite gestellt wird.

Dass die Uebereignungsofferte nicht nothwendig eine Besitzvernichtungs- unter gleichzeitiger Besitzbegründungshandlung, sondern Besitzvernichtungshandlung schlechthin sei, dafür scheint die bekannte Romanze von Schiller „Der Taucher“ ein anschauliches Beispiel zu liefern: Hat doch der König durch Hinabwerfen des Bechers bzw. des Ringes in die Meerestiefe zweifelsohne den Besitz aufgegeben, zugleich aber durch die Aufforderung an den Edelknaben, den Becher bzw. den Ring durch das Hinabtauchen für sich zu erwerben, die Uebereignungsofferte kundgethan:

[„Wer mir den Becher kann wieder zeigen  
Er mag ihn behalten, er ist sein eigen“

und weiter heisst es:

. . . . . Der Becher ist dein  
Und diesen Ring noch bestimm' ich Dir  
Geschmückt mit dem köstlichen Edelgestein,  
Versuchst Du's noch einmal und bringst mir Kunde  
Was du sahst auf des Meeres tiefunterstem Grunde“].

Dasselbe, was gegen Exners Beispiel vorgebracht wurde, gilt auch von Sohms' Beispielen (S. 53. a. a. O.). Streichhölzer, essbare Gegenstände, Cigarren und dgl., welche in Lokalen oder Automaten zum Ankauf angeboten werden, werden nicht besitzlos gemacht; die Art und Weise, wie diese Sachen angeboten werden, unterscheidet sich im Endresultate gar nicht von der Sachübergabe s. str.; die letztere wird oft so ausgeführt, dass



Auch der Zusammenhang des §. 7. der hierher gehörigen *lex 9. §. 7. D. aqu. r. dom. 41. 1.* mit den unmittelbar vorangehenden Paragraphen derselben *lex* scheint für die hier vertretene Ansicht zu sprechen. In *l. 9. §. 5—7. [exclusive]* werden die Fälle der *s. g. translatio dominii* ohne *traditio s. str.* aufgezählt. Als solche nennt nämlich Gaius: *brevi manu traditio* (Uebereignung ohne gleichzeitige Detentionsübertragung) die *s. g. symbolische Tradition*, (auch Uebereignung ohne *traditio rei*, aber doch mit der Wirkung der Besitz- und Eigenthumsübertragung); endlich *iactus missilium*. In den vorangehenden Paragraphen wollte der Jurist darauf aufmerksam machen, dass in manchen Fällen eine körperliche Uebergabe *s. str.* nicht stattfindet, demungeachtet aber Eigenthum und Besitz gleichzeitig übertragen werden (*dominii* und *possessionis translatio*); nun geht Gaius zum §. 7. über. Nichts deutet darauf hin, dass mit dem §. 6. der *lex. cit.* die Fälle der *translatio dominii* erschöpft worden sind. Nach Gaius' Ansicht ist auch der *iactus missilium* ein Fall der *translatio dominii*, wenn auch nicht ein Fall der *traditio s. str.* Es wurde nämlich vorher von Gaius betont, dass in manchen Fällen trotz Mangels der leibhaftigen Uebergabe zu Eigenthum die Wirkung der Uebereignung eintritt, weil in jenen Fällen *possessionis translatio* angenommen wird; im §. 7. *cit.* führt nun Gaius ein Beispiel an, wo keine *possessionis translatio* stattgefunden hat, wo die Sache in der Uebereignungsabsicht ausgeworfen, aber nicht übergeben wird. Hat aber irgend jemand die Sache aufgegriffen, so wird dadurch doch die Uebereignung herbeigeführt; denn die Sache wurde zwar nicht *tradirt*, aber doch in *Zuwendungsabsicht* ihr Besitz aufgegeben; wer sie demnach einseitig in Besitz nimmt,

---

der Offerent den Destinatär die Sache gegen Entgelt sich nehmen lässt (vgl. über diese Erscheinungsform des Besitzerwerbs durch Tradition ausführlich Piniński a. a. O. I. S. 264. fg.). Was aber das andere von Sohm angeführte Beispiel (S. 46.) anlangt, wo die Gäste unter die Teller Trinkgelder für die Dienerschaft legen, so meinen wir, dass hier eben ein Fall der Uebereignung ohne Vermittelung „der Besitzübertragung“ vorliegt. Mit dem Hinlegen unter den Teller und nach Aufhebung der Tafel verliert der Gast u. E. unbedingt den Besitz an dem Gelde, obgleich es der Diener, etwa nach einer kürzeren oder längeren Frist, durch Apprehension zu Eigenthum erwirbt.

der wird auch Eigenthümer, weil die Besitzapprehension ex voluntate dominii geschehen ist (translatio dominii ohne die translatio possessionis)<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Über den Sprachgebrauch: transferre dominium, transferre proprietatem, transferre ius dominii, dominium dare, dominii facere, translatio dominii; transferre possessionem, translatio possessionis vgl. folgende Quellenfragmente [zusammengestellt nach dem „Berliner Index Digestorum“]: 1. §. 1. D. de off. proc. Caes. 1. 19.; 4. §. 2. 3. D. de alien. iud. 4. 7.; 27. §. 1. D. de nox. act. 9. 4.; 13. §. 1. D. praescr. verb. 19. 5.; 64. §. 4. D. de ev. et dup. stip. 21. 2.; 67. D. contr. empt. 18. 1.; 4. §. 1. D. de usur. et fruct. 22. 1.; 9. §. 3. D. de iur. dot. 23. 3.; 9. §. 1. D. eod.; 9. §. 2. D. de auct. et cons. 26. 8.; 10. §. 1. D. de curat. fur. 27. 10.; 6. §. 4. D. de aq. et aq. pluviae 39. 3.; 42. D. de mort. caus. don. 39. 6.; 34. D. de statul. 40. 7.; 3. §. 5. D. eod.; 20. pr. D. de a. r. d. 41. 1.; 31. D. eod.; 55. D. de O. et A. 44. 7., 14. §. 17. D. de furt. 47. 2.; 7. D. de usufr. ear. rer. 7. 5.; 22. §. 2. D. loc. cond. 19. 2.; 39. §. 1. D. de ev. et de stip. 21. 2.; 9. §. 7. D. de a. r. d. 41. 1.; 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1.; 10. D. de dam. inf. 39. 2.; 68. D. de R. V. 6. 1.; 80. D. eod.; 9. D. ad exhib. 10. 4.; 11. §. 11. D. si quis omm. causa 29. 4.; 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7.; 1. §. 1. D. si ventr. nom. 25. 5.; 5. §. 1. D. de leg. seu fid. 36. 3.; 6. §. 6. D. de Carb. ed. 37. 10.; 14. D. eod.; 45. D. de damn. inf. 39. 2.; 18. §. 1. D. a. v. a. p. 41. 2. vgl. noch tradere dominium fr. 20. pr. D. de a. c. d. 41. 1.



## QUELLENVERZEICHNISS.

[Die freistehenden Zahlen weisen auf die Seiten, die in den Klammern befindlichen auf die Anmerkungen hin].

<i>Gaius, Institutiones.</i>	<i>Fragm. Vatic.</i>
II. 20 . . . . . 39, 41, 87	§. 254, 265 . . . . . (114)
84 . . . . . 44	§. 260 . . . . . (125), (184)
87, 89 . . . . . (26)	§. 272 . . . . . (169)
95 . . . . . (56), (58)	§. 293, 314, 316 . . . . . 169
204 . . . . . 190	§. 314, 316 . . . . . 190
214 . . . . . 191	
313 . . . . . 190	<i>Justiniani.</i>
III. 91 . . . . . (104)	<i>a) Institutiones.</i>
98 . . . . . 84	<i>2. 1. de rer. div.</i>
107 . . . . . (107)	§. 40 . . . . . 32, 39, 50, 52
160 . . . . . (125)	§. 41 . . . . . 87, 150
IV. 131 . . . . . 190	§. 45—46 . . . . . 39, 40
131 a) . . . . . 169	§. 46 . . . . . (185)
	§. 47 . . . . . (196)
	§. 48 . . . . . 82
<i>Ulpianus, liber sing. regul.</i>	
XI. 27 . . . . . 108	<i>2. 8. quibus alien. licet vel non.</i>
XIX. 18 . . . . . (26) <sup>1)</sup>	§. 2 . . . . . (103)
" 7 . . . . . 90	<i>2. 9. per quas personas.</i>
	§. 3 . . . . . (26), (56)
<i>Paulus, libri V. sent.</i>	
I. 12 §. 15 . . . . . 190	<i>2. 20. de legatis.</i>
II. 17 §. 3 . . . . . 32	§. 11 . . . . . (181), 182
31 §. 17 . . . . . 190	
17 §. 15 . . . . . 190	<i>3. 19. de inutil. stipul.</i>
V. 2 §. 2 . . . . . (140)	§. 4 . . . . . (114)
2 §. 4 . . . . . 90	
11 §. 1 . . . . . (114)	<i>3. 26. mandati.</i>
11 §. 2 . . . . . 190	§. 10 . . . . . (125)

<sup>1)</sup> Auf S. 26. in der Anmerkung lies XIX. 18. statt XIX. 1, 8.

3. 28. <i>per quas pers. oblig.</i>	78 . . . . . (87)
§. 3 . . . . . (37)	80 . . . . . (198)
4. 1. <i>de obl. quae ex del.</i>	6. 2. <i>de Publ. in rem actione.</i>
§. 7 . . . . . 84	7 §. 1 . . . . . 165
4. 6. <i>de actionibus.</i>	7 §. 6 . . . . . 193
§. 7 . . . . . 84	9 §. 1 . . . . . 192
b) <i>Digesta.</i>	11 pr. . . . . 42
1. 19. <i>de off. proc. Caesar.</i>	11 §. 1 . . . . . 163
1 §. 1 . . . . . 190, (198)	14 . . . . . 42
2. 14. <i>de pactis.</i>	7. 1. <i>de usufr.</i>
1 §. 3 . . . . . (31)	12 §. 5 . . . . . (87)
7 §. 1 . . . . . (31)	32 . . . . . 190
27 §. 1 . . . . . (56)	7. 4. <i>quibus mod. usufr.</i>
36 . . . . . 190	1 pr. . . . . 163
3. 5. <i>neg. gest.</i>	13 . . . . . (87)
23 (24) . . . . . (58), 135, 140, (141)	7. 5. <i>de usufr. ear. rer.</i>
4. 2. <i>quod met. caus.</i>	7 . . . . . (98)
8 §. 1 . . . . . (85)	7. 6. <i>Si usus fruct.</i>
21 §. 2 . . . . . 190	3 . . . . . 163
4. 3. <i>de dolo malo.</i>	7. 9. <i>usufruct. quemadm.</i>
7 §. 3 . . . . . 190	9 §. 1 . . . . . 163
34 . . . . . 44	12 . . . . . 43, (185), 190
4. 4. <i>de minor.</i>	8. 2. <i>de serv. praed. urb.</i>
7 §. 2 . . . . . (103)	30 §. 1 . . . . . 190
13 §. 1 . . . . . 190	8. 3. <i>de serv. praed. rustic.</i>
32 . . . . . 103	1 §. 2 . . . . . 163
4. 7. <i>de alien. iud.</i>	8. 5. <i>de serv. vind.</i>
4 §. 2, 3 . . . . . (198)	16 . . . . . 163
4. 8. <i>de rec. qui arb.</i>	9. 4. <i>de nox. act.</i>
32 §. 16 . . . . . 190	27 §. 1 . . . . . (198)
5. 3. <i>de hered. petit.</i>	10. 4. <i>ad exhibend.</i>
13 §. 1 . . . . . 97	9 . . . . . 198
6. 1. <i>de rei vind.</i>	11. 4. <i>de fugit.</i>
35 §. 2 . . . . . 165	9 . . . . . (85)
41 §. 1 . . . . . 42, 190	11. 7. <i>de rel. et sumpt.</i>
46, 47 . . . . . 53, 164, 193	14 pr. . . . . 32
68 pr. . . . . 193, (198)	12. 1. <i>de reb. cred.</i>
70 . . . . . 165	4 §. 1 . . . . . 44
77 . . . . . 190, 192	8 . . . . . 31

15 . . . . . (123)	
18 . . . . . (2), 93, (104)	
18 §. 1 . . . . . 92	
32 . . . . . 74, (104), (125)	
41 . . . . . 39, 40	
<i>12. 4. cond. caus. d. c. n. s.</i>	
3 §. 5 . . . . . 144	
7 pr. . . . . (114)	
9 . . . . . (114)	
14 . . . . . (91), 118, 137, 138, 145	
16 . . . . . (114) 190	
<i>12. 6. condict. indeb.</i>	
13 . . . . . (104)	
10 §. 4 . . . . . 143	
20 . . . . . 143	
21 . . . . . 143	
22 pr. . . . . (138)	
23 . . . . . (91)	
25 . . . . . 143	
26 §. 7 . . . . . 143 (191)	
26 §. 8 . . . . . (125)	
6 §. 2 . . . . . 140 (140)	
37 . . . . . 143	
40 §. 2 . . . . . (143)	
52 . . . . . (91)	
54 . . . . . (91)	
65 §. 1 . . . . . 143	
65 §. 2, 3, 4 . . . . . (91)	
65 §. 8 . . . . . (114)	
66 . . . . . (91)	
<i>12. 7. cond. sine causa.</i>	
4 . . . . . (91)	
1 pr., §. 3 . . . . . (91)	
<i>13. 1. de cond. furt.</i>	
18 . . . . . 113, 118, 133, 144	
<i>13. 5. de pec. const.</i>	
15 . . . . . (57)	
7 §. 1 . . . . . (114)	
<i>13. 6. commod vel. contra.</i>	
5 §. 1 . . . . . 165	
<i>13. 7. de pignor. act.</i>	
11 §. 6 . . . . . (56), (58)	
35 §. 1 . . . . . (198)	
<i>14. 2. de lege Rhod.</i>	
8 . . . . . 82	
<i>15. 1. de pec.</i>	
8 . . . . . 39, 41, 190	
<i>16. 3. depos.</i>	
11 . . . . . 125	
<i>17. 1. mandati vel contra.</i>	
5 . . . . . 153	
22 §. 1 . . . . . 144	
26 §. 1 . . . . . 125	
26 §. 5 . . . . . 141	
29 §. 3 . . . . . 143, 145	
49 . . . . . (181)	
56 §. 1 . . . . . 169	
<i>18. 1. contrah. empt.</i>	
15 §. 2 . . . . . (122), (181)	
18 §. 1 . . . . . 190	
35 §. 4 . . . . . (168)	
67 . . . . . (198)	
78 §. 1 . . . . . 190	
<i>19. 1. de A. E. V.</i>	
2 §. 1 . . . . . 190	
3 pr., §. 1 . . . . . 190	
8 §. 2 . . . . . 190	
25 . . . . . (44), (53)	
31 . . . . . 190	
36 . . . . . 190	
<i>19. 2. loc. cond.</i>	
9 pr. . . . . 192	
24 §. 1 . . . . . 192	
13 §. 11 . . . . . 191	
22 §. 2 . . . . . (198)	
25 §. 1 . . . . . 192	
32 <sup>1)</sup> . . . . . 192	
33 . . . . . 190	
<i>19. 1. de rer permut.</i>	
1 §. 4 . . . . . 31	

<sup>1)</sup> Auf S. 192. lies 32 statt 3. 2.

<i>19. 5. praescr. verb.</i>		<i>25. 5. si ventr. nom.</i>	
16 pr.	. . . 39, 40, (53), 191	1 §. 1	. . . . . (188)
16 §. 1	. . . . . 191, 192	<i>26. 8. de auct. et cons.</i>	
<i>20. 1. de pignor.</i>		8	. . . . . (107)
33	. . . . . (114)	9 §. 2	. . . . . (198)
<i>21. 2. de ev. et dupl. stip.</i>		13	. . . . . (103)
21 §. 2	. . . . . 165	<i>27. 9. de reb. cor. qui sub. tut.</i>	
62 pr.	. . . . . (168) 192	5 §. 2	. . . . . (179)
39 §. 1	. . . . . (198)	<i>27. 10. de cur. fur.</i>	
<i>21. 3. exc. r. v. et trad.</i>		7 §. 3	. . . . . 31
1 §. 5	. . . . . (47), 191	10 §. 1	. . . . . (179), (198)
1 §. 3	. . . . . 153	<i>29. 4. si quis omm. causa.</i>	
<i>22. 1. de usur. et fruct.</i>		11 §. 11	. . . . . (198)
4	. . . . . 190	<i>De leg. et fid. I.</i>	
4 §. 1	. . . . . (198)	13	. . . . . 190
16 §. 1	. . . . . 191	70 §. 1	. . . . . 190
24 §. 2	. . . . . (57)	<i>De leg. et fid. III.</i>	
<i>22. 6. de iur. et fact. ign.</i>		37 pr.	. . . . . 191
9 §. 4	. . . 36, 41, 177, 178, (179), 188	<i>35. 2. ad leg. Falcid.</i>	
<i>23. 3. de iur. dot.</i>		22 pr.	. . . . . 165, 193
7 §. 3	. . . . . (185)	<i>36. 1. ad SC. Trebell.</i>	
9 §. 1	. . . . . 43, 190, (198)	67 (65) §. 4	. . . . . (114) 190
9 §. 3	. . . . . 33, (198)	<i>36. 3. ut legat seu fideic.</i>	
9 §. ult.	. . . . . (185)	5 §. 1	. . . . . (198)
43 §. 1	. . . . . (56), 57	<i>37. 10. de Carb. edic.</i>	
46 pr.	. . . . . 31	6 §. 6	. . . . . (198)
<i>24. 1. de don. int. vir. et ux.</i>		14	. . . . . 198
3 §. 12, 13	} . . . . . (114)	<i>39. 2. de damn. inf.</i>	
4, 26, 39, 56		10	. . . . . (198)
19	. . . . . (170)	18 §. 8	. . . . . 191
26 pr.	. . . . . 97	38 pr.	. . . . . 191 <sup>1)</sup>
3. §. 12, 13	. 121, (121), (123), (129), 130	45	. . . . . (198)
<i>24. 3. solut. matr.</i>		<i>39. 3. de aqu. et aq. pl. arc.</i>	
5	. . . . . 191	6 §. 4	. . . . . (198)
<i>25. 2. rer. amot.</i>		16	. . . . . 190
22	. . . . . 193		

<sup>1)</sup> Auf S. 191. lies 38 statt 3. 8.

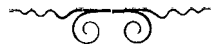
<i>39. 5. de donat.</i>		45 . . . . . (37)
1 . . . . .	39, 41, (185)	53 . . . . . (58)
2 §. 6 . . . . .	39, 40	
6 . . . . .	31, 39, 40, (53), 189, 191, 192, 192	<i>41. 2. de adq. v. a. poss.</i>
9 §. 2 . . . . .	(179)	1 §. 4 . . . . . 98, 170
10 . . . . .	23, (128)	1 §. 19 . . . . . 68, 130
13 . . . . .	62, (121), 121	1 §. 20 . (58), 68, 121, 130, 170
14 . . . . .	43	3 §. 4 . . . . . 2
31 §. 1 . . . . .	(114), (122)	5 pr. . . . . 43, (47)
35 §. 1 . . . . .	169, 190	6 . . . . . 190
<i>39. 6. de mort. caus. donat.</i>		16 . . . . . 97, (170)
42 . . . . .	(19§)	18 §. 1 . . . . . 170, (198)
<i>40. 1. de manum.</i>		18 §. 2 . . . . . 190
15 . . . . .	190	20 . . . . . (85)
<i>40. 2. de manum. vind.</i>		21 pr. . . . . (168)
1 §. 4 . . . . .	(181), 182, 183	32 §. 2 . . . . . 105
15 . . . . .	43	33 . . . . . 43, (47), 169, 189, 190 <sup>1)</sup> , 191
<i>40. 7. de statul.</i>		34 pr. . . . . 170, (171), 191
3 §. 5 . . . . .	(198)	34 §. 1 . . . . . (58)
34 . . . . .	(198)	38 §. 1 . . . . . 171
<i>41. 1. de adq. rer. dom.</i>		48 . . . . . 191
9 §. 3 . . . . .	(32), 39, 89, 190	<i>41. 3. de usur. et usuc.</i>
9 §. 4 . . . . .	39, 41	32 pr. . . . . 168
9 §. 6 . . . . .	39, 42	41 . . . . . (58), (135)
9 §. 7 . . . . .	197, (198)	48 . . . . . 113, 116, 117
10 pr. . . . .	(26)	<i>41. 4. pro emptore.</i>
13 . . . . .	(58)	1 . . . . . 165, 193
20 pr. . . . .	(198)	2 §. 15 . . . . . (184)
20 §. 1 . . . . .	(180)	2 §. 2 . . . . . (184)
20 §. 2 . . . . .	57	2 §. 6 . . . . . (181)
21 §. 1 . . . . .	39, 42, 89, 169, (185), 191	3 . . . . . 165, 193
25 . . . . .	39, 42, 50	<i>41. 6. pro donato.</i>
31 pr. . . . .	2, 89, (198)	1 §. 2 . . . . . 97 (170)
32 . . . . .	(26)	5 . . . . . 171
35 . . . . .	(181)	<i>41. 7. pro derel.</i>
36 . . . . .	(2), 36, 93	2 pr. . . . . (188)
37 §. 1 . . . . .	36, 37 (38)	2 §. 1 . . . . . (196)
37 §. 6 . . . . .	62, (70), (121), 125, 130, 135	5 §. 1 . . . . . (185), (196)
		7 . . . . . 82
		<i>41. 8. pro leg.</i>
		8 . . . . . 191, 191

<sup>1)</sup> Auf S. 190. lies 33 statt 3. 3.

	<i>41. 9. pro dote.</i>	15, 16 . . . . . 103
1 §. 2 . . . . .	(185), 190	15 . . . . . (44)
	<i>41. 10. pro suo.</i>	18 . (85), 113, 119, (121), 125,
3 . . . . .	113, 116, 117	127, 133, 144.
	<i>42. 5. de reb. auct. iud.</i>	32 . . . . . (125)
12 . . . . .	(57)	34 §. 2, 7. . . . . (114), (128)
	<i>43. 3. quod legat.</i>	34 §. 3. . . . . (39), (125), 141
1 §. 14 . . . . .	44	35 . . . . . (125)
	<i>43. 16. de vi.</i>	38 §. 1. . . (39), 113, 119, 121,
1 §. 10 . . . . .	(170)	122, 127, (128), 131,
5 . . . . .	169, 190	(131), 133, 145
12 . . . . .	170, 189	49 . . . . . (114)
18 pr. . . . .	170, 189, 191	51 pr. . . . . (39), (125)
	<i>43. 24. quod vi aut clam.</i>	58 . . . . . 139
3 pr. . . . .	(57)	62 . . . . . (125)
11 §. 9, 12 . . . . .	31	64 . . . . . (114), (114)
	<i>44. 26. de prec.</i>	79 . . . . . (114), 192
22 §. 1 . . . . .	108	90 . . . . . (125)
	<i>44. 2. de exc. rei iud.</i>	106—108 . . . . . (114)
30 §. 1 . . . . .	32	
	<i>44. 4. de dol. mal. et met.</i>	<i>46. 8. rat. rem. hab.</i>
5 §. 2 . . . . .	191	16 . . . . . 139
	<i>44. 7. de oblig. et act.</i>	22 . . . . . 139
1 §. 2 . . . . .	(185)	25 §. 4. . . . . 139
55 . . . . .	7, 27, (198)	
58 (59) . . . . .	(104)	<i>47. 2. de furtis.</i>
	<i>45. 1. de verb. oblig.</i>	1 . . . . . 123
38 §. 23 . . . . .	(114)	4 §. 16 . . . . . 124
126 §. 6 . . . . .	(56)	14 §. 17 . . . . . (198)
131 §. 1 . . . . .	(114)	26 §. 1. . . . . (87)
135 §. 2 . . . . .	(198)	43 pr. §. 1 . . . 113, 118, 133,
	<i>45. 3. de stipul. serv.</i>	134, (135), 144, 145
36 . . . . .	(83)	43 §. 3. . . . . (133)
	<i>46. 3. de solutionibus.</i>	43 §. 5. . . . . (196)
1 . . . . .	153	43 §. 6, 7. . . . . 83
12 §. 2 . . . . .	(39), (114), (125)	43 §. 10 . . . . . 82
14 pr. . . . .	139	43 §. 11 . . . . . 82, (179)
		44 pr. . . . . (121), (122), (130)
		46 §. 7. . . . . 84
		46 §. 8. . . . . 83
		52 §. 15 . . . . . 120, 133
		52 §. 21 . . . . . 132
		62 (61) §. 8 . . . 44, (87), 192
		67 (65) §. 4 . . . . 113, 119
		76 (75) . . . . . 133
		81 (80) §. 5, 6 . 113, 119, 133,
		45



<i>c) Codex.</i>	
3. 32. <i>de rei vind.</i>	8. 3. <i>de donat ante nup.</i>
3 . . . . . 90	8 . . . . . 169, 190
4. 5. <i>cond. indeb.</i>	6. 2. <i>de furtis.</i>
8 . . . . . 137, (137)	20 §. 1 . . . . . 84
4. 10. <i>de oblig et act.</i>	6. 30. <i>de iure del.</i>
8 . . . . . 39, 40	5 . . . . . (107)
4. 19. <i>de probat.</i>	7. 25. <i>de nudo ex iur. Quir. toll.</i>
4 . . . . . 191	c. un. . . . . (32)
12 . . . . . 190	7. 31. <i>de usuc. transf.</i>
4. 21. <i>de fid. instrum.</i>	1 . . . . . 32
11 . . . . . 191	1 §. ult. . . . . (32)
4. 27. <i>per quas pers.</i>	7. 32. <i>de adquir. et ret. poss.</i>
1 pr. . . . . (56), (58)	1 . . . . . (58)
1 §. 1 . . . . . (26)	2 . . . . . 191
4. 37. <i>pro socio.</i>	3 . . . . . (105)
2 . . . . . 169, 190	8 . . . . . 58, (58)
4. 38. <i>contrah. empt.</i>	8. 27. (28.) <i>de distr. pign.</i>
3 . . . . . 169	13 . . . . . 169, 190
12 . . . . . 45, 191	8. 42. (43.) <i>de solut.</i>
18 §. 1 . . . . . 169	3 . . . . . (125)
4. 49. <i>de act. empt. et vend.</i>	9 . . . . . 169
8 pr. . . . . 190	8. 53. (54.) <i>de donat.</i>
4. 50. <i>si quis alteri vel sibi.</i>	1 . . . . . (114)
2 . . . . . 191	28 . . . . . 192
9 . . . . . 45, (114), (121)	8. 55. (56.) <i>de rev. donat.</i>
4. 65. <i>loc cond.</i>	1 pr. . . . . 190
9 . . . . . 192	



400-