

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	3 (1884)
Artikel:	Über Realcontracte mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht : eine kritische Studie
Autor:	Eisele, F.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896717

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Ueber Realcontracte mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht.

Eine kritische Studie

von

Dr. Fr. Eisele,
Professor an der Universität zu Freiburg.

Von den vier benannten Realcontracten des römischen Rechts: mutuum, commodatum, depositum, pignus sind im schweizerischen Obligationenrecht nur die drei ersten behandelt, das commodatum (bezw. was diesem entsprechen soll) im neunten, das mutuum im zehnten, das depositum im neunzehnten Titel. Was das pignus betrifft, so werden wir auf dasselbe am Schlusse dieser Abhandlung zurückkommen; zunächst sollen uns die drei angegebenen Titel beschäftigen.

Da fällt vor allem eine redactionelle Unebenheit auf. Der erste Artikel jedes dieser Titel giebt den wesentlichen Inhalt des betreffenden Vertrags an, und zwar werden die Verträge in diesen definierenden Artikeln bezeichnet als Gebrauchsleihevertrag, Darlehensvertrag, Hinterlegungsvertrag. Während nun aber die Ueberschrift des Titels 19 gleichfalls lautet: Hinterlegungsvertrag — entsprechend ist die Ueberschrift der Titel 7, 8, 11—13, 17, 21, 22 — ist es bei Titel 9 und 10 anders; die Ueberschriften sind hier: „Gebrauchsleihe“ und „Darlehen“. Was aber unter diesen beiden Ausdrücken verstanden wird, ist wiederum nichts Gleichartiges; denn unter „Gebrauchsleihe“ wird verstanden (vgl. Art. 328) das durch den Vertrag begründete obligatorische Verhältniss, unter „Darlehen“ aber

(vgl. Art. 332 „Aushändigung des Darlehns“) die darlehensweise hingegebene Sache. Für diese redactionelle Eigenthümlichkeit giebt es wohl keinen anderen Grund, als dass dieselben Ueberschriften sich auch finden in den entsprechenden Abschnitten des Dresdener Entwurfs „eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse“ von 1866: Theil II, Abtheil. 2, Hauptstück 1 u. 5 und Abtheil. 4, Hauptstück 4 (S. 104, 119, 145).

Doch dies nur nebenbei. Den Hauptgegenstand unserer folgenden Betrachtungen bilden die Begriffsbestimmungen der drei bezeichneten Verträge und was sich daran anschliesst. Dieselben lauten wie folgt:

Art. 321: Durch den Gebrauchsleihevertrag verpflichtet sich der Verleiher, eine Sache an den Entlehrer zu unentgeltlichem Gebrauche zu überlassen, und der Entlehrer, dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche an den Verleiher zurückzugeben.

Art. 329: Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigenthums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte.

Art. 475: Durch den Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer (Depositar) dem Hinterleger (Deponenten), eine bewegliche Sache, welche dieser ihm anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sicheren Orte aufzubewahren.

Eine Vergütung kann er nur dann fordern, wenn dieselbe ausdrücklich bedungen worden ist oder nach den Umständen zu erwarten war.

Hier sind sonach alle drei Verträge nicht mehr, wie im römischen Recht, Realcontracte, sondern Consensualcontracte, und zwar der Gebrauchsleihvertrag und der Darlehensvertrag zweiseitige, wogegen der Hinterlegungsvertrag nur eine einseitige Verpflichtung erzeugt. Auch in dieser sachlichen Beziehung hat das schweizerische Obligationenrecht den Dres-

dener Entwurf (Art 523 Darlehensvertrag, Art. 598 Gebrauchsleihevertrag, Art. 732 Hinterlegungsvertrag) zum Vorbild sich genommen, was ja an und für sich durchaus nichts Tadelnswerthes ist.

Nun sind aber die fraglichen Begriffsbestimmungen des Dresdener Entwurfs, mithin auch des schweizerischen Obligationenrechts keineswegs deshalb so ausgefallen, wie sie sind, um einem praktischen Bedürfniss abzuhelfen, welches durch die Behandlung dieser Verträge als Realcontracte zu kurz gekommen war; vielmehr verdanken sie ihre Existenz lediglich einer Doctrin, beziehungsweise dem Wohlgefallen, welches der Gesetzgeber an dieser Doctrin hatte. Was nun dabei theoretisch und praktisch herausgekommen, das zu erwägen ist der Zweck dieser Zeilen. Dass der betreffende doctrinelle Standpunkt schon heute als ein überwundener gelten kann¹⁾), darauf wollen wir weiter kein Gewicht legen, vielmehr uns lediglich an die Sache halten.

Die Ansicht, dass die römischen benannten Realcontracte heute Consensualcontracte geworden seien, ist unseres Wissens zuerst aufgestellt von Heise in seinem „Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts“ (Heidelberg 1807). Der selbe stellt die aus Darlehens- und Gebrauchsleihevertrag entstehenden Obligationen mit den zweiseitigen Obligationen aus Kauf und Miethe zusammen (S. 43 f.), und fasst das depositum als eine Unterart des Mandats auf (S. 52), lässt also die Verpflichtung des Depositars gleichfalls consensu entstehen. Der Pfandcontract steht bei den „accessorischen Obligationen“ und es ist nicht ersichtlich, ob er als Real- oder Consensualcontract gedacht ist.

An die Auffassung Heise's haben sich folgende Schriftsteller angeschlossen:

Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts (5. Aufl. 1837) Thl. II, Buch III, Kap. 5. Hier werden Darlehen und Leihen zu den wesentlich zweiseitigen Obligationen

¹⁾ Neuestens ist Huschke, Lehre des röm. R. vom Darlehn (1881) S. 26 für den Realcontract eingetreten.

gestellt (Definitionen S. 219 und 222); dagegen depositum (S. 291) und pignus (S. 401) als Realcontracte definiert¹⁾.

Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz (1857 bis 59) Heft III, S. 63 f., auch Heft II S. 35, 37 f.

Keller, Pandekten (1861) § 222 am Ende: „So sind nun namentlich auch die benannten Realcontracte aus wesentlich oder vorherrschend einseitigen Verträgen wesentlich zweiseitige geworden, oder haben doch die unbeschränkte Fähigkeit bekommen, es zu sein.“ Im speciellen Theil werden aber diese Contracte von Keller durchweg als Realcontracte definiert, so dass sie also hier lediglich auf ihre Fähigkeit, Consensualcontracte zu werden, beschränkt erscheinen.

Arndts, Pandekten (8. Aufl. 1874; in welcher Auflage das zuerst steht, kann ich nicht feststellen) drückt sich § 232 Note 4 etwas unsicher aus: „Hiernach sind nun eigentlich alle obligatorischen Verträge Consensualcontracte geworden. Nur kann von einer Verbindlichkeit zur Rückgabe natürlich nicht ohne vorhergegangenen Empfang und kann insofern wohl auch noch jetzt von Realcontracten gesprochen werden.“

Demelius in der Abhandlung „Realcontracte im heutigen Recht“ in Jherings Jahrb. f. Dogmat. III (1859) S. 399 ff., in eigenthümlicher, unten noch zu besprechender Auffassung.

Eine vermittelnde Stellung nimmt Unger ein, welcher sich in derselben Zeitschrift Bd. 8 S. 1—20 über diesen Gegenstand ausgesprochen hat. Näheres unten²⁾.

¹⁾ Hier müsste nach der Angabe von Brinz (Pand. 2. Aufl. Bd. II § 248 Note 24) Göschen eingereiht werden. Indess in der mir zugänglichen, von Erxleben 1838—40 besorgten Ausgabe steht Göschen durchaus auf dem Boden des Realcontracts, wie die Definitionen in §§ 440, 481, 483 und 559 zeigen.

²⁾ Auch Karlowa (Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 264 f.) kann als Vertreter einer Mittelmeinung bezeichnet werden, insofern er eine Verschiedenheit des römischen und des heutigen Rechts in Bezug auf die Realcontracte annimmt, ohne gleichwohl dieselben für Consensualcontracte zu erklären. Genauer auf seine Ansicht einzugehen (wobei in erster Linie die Identificierung von Unwiderruflichkeit und Perfection zu rügen wäre), erscheint für unsern Zweck nicht als nothwendig.

Es gehen nun aber die älteren Vertreter dieser Ansicht durchweg aus von der Unterstellung, dass der Hingabe einer Sache als Darlehen oder zum unentgeltlichen Gebrauch eine Vereinbarung vorausgehe, also dasjenige, was man gewöhnlich als ein pactum de mutuo dando, de commodando u. s. w. bezeichnet. Man sehe nur in dem Heiseschen Grundriss S. 43 die Anmerkung: „Allein da bei uns schon aus der blossen Verabredung geklagt werden kann, und der Verleiher dadurch ebenso wirksam verpflichtet wird als der Empfänger durch die Ablieferung, so können wir jetzt das ganze Geschäft (das pactum de commodando und das römische commodatum) unter der Benennung commodatum begreifen.“ So auch noch Keller, wenn er a. a. O. sagt, es sei etwas vollkommen Müßiges, z. B. bei den Darlehen das pactum de mutuo dando von dem mutuum selbst zu unterscheiden und zwei einseitige Verträge statt eines zweiseitigen anzunehmen.

Dieser Unterstellung gegenüber macht sich nun aber zunächst die unbestreitbare Thatsache geltend, dass geliehen, dargeliehen, wohl auch hinterlegt wird ohne jede vorausgehende Beredung darüber; dass ferner in vielen Fällen, wo eine Beredung vorausgeht, dieselbe nach der Absicht der Parteien einen obligatorischen, bindenden Charakter überhaupt nicht hat. Ich frage bei einem Andern an, ob er mir eine Sache leihen, mir Geld darleihen „köinne“ oder wolle, ob ich meine Sache bei ihm deponieren könne, lediglich zu meiner Information; wenn der Andere bejaht, so denke ich darum nicht daran, ihn im rechtlichen Sinne beim Wort zu nehmen, so wenig der Andere daran denkt, mir durch seine Zusage eine klagbare Forderung verschaffen zu wollen. Es ist aber klar: wo die Absicht obligatorischer Bindung fehlt, liegt die Sache juristisch nicht anders, als wo überhaupt keine Beredung irgend welcher Art vorangegangen ist; wir können uns daher auf diesen letzten Fall beschränken. Nur dies mag hinsichtlich des andern Falles noch bemerkt werden. Es ist, wenn hinterher der Eine sich weigert, zu leihen u. s. w., eine That- und bezw. Auslegungsfrage, festzustellen, ob eine derartige vorausgehende Verabredung in bindender Absicht geschlossen

worden, oder nicht, und diese Aufgabe kann eine ausserordentlich schwierige sein. Auch genügt es natürlich nicht, dass erwiesenermassen der Eine die Absicht hatte, den Andern obligationsmässig zu binden, sondern es muss dies mindestens für den Andern auch erkennbar gewesen sein. Erwägt man dagegen, dass in diesem Falle der römische Judex blos zu fragen hatte: ist eine Stipulation eingegangen? — so wird man vielleicht finden, dass das römische Contractssystem gegenüber der modernen allgemeinen Formlosigkeit doch auch recht einleuchtende Vorzüge hatte.

Wir fassen also jetzt Fälle in's Auge, wie sie im Verkehr tagtäglich zu Tausenden vorkommen — wobei wir das Depositum einstweilen bei Seite lassen —: Jemand ersucht mich, ihm eine Sache zu leihen, ihm ein Darlehen zu geben; ich händige ihm die Sache aus, ich zähle ihm das Geld hin. Kann ein solches Geschäft unter den Art. 321 bzw. 329 subsumiert werden? In diesen Artikeln erscheint die Hingabe der Sache zu Leihe und Darlehen als die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Wo soll in den Fällen, von denen jetzt die Rede ist, eine solche stecken? Sie müsste geradezu fingiert werden. Welchen Zweck aber eine derartige Fiction, ausser der Anwendbarmachung der Art. 321 oder 329, sonst noch haben sollte, ist nicht einzusehen. Eine solche Fiction wäre um nichts besser, als wenn man, um eine Eigenthumstradition, die Schenkung ist, als Erfüllung ansehen zu können, ein obligatorisches Schenkungsversprechen auf dare fingieren würde.

In einem andern Sinne wird von Demelius (a. a. O. S. 401 und 403) behauptet: es sei heutzutage bei den Realcontracten die Hingabe immer und ausschliesslich Erfüllung. Sie sei zwar nicht Erfüllung einer vorausgegangenen Schuld, aber doch Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nach dem Vertragswillen in demselben Augenblick übernommen und gelöst werde; man sehe aus Geben und Nehmen, wie die Parteien darüber einig seien, dass jeder etwas leisten solle; die res sei Folge des Consenses, und zwar Gewährung des nach demselben dem einen Theile zur Last Fallenden.

Eine Verbindlichkeit aber, die in demselben Augenblick

übernommen und gelöst wird, die folglich auch nicht einen Augenblick lang bestanden hat — ist das überhaupt eine Verbindlichkeit? Ist es nicht vielmehr auch nur ein Gedankending, eine Construction? Und muss man dann nicht fragen *cui bono?* Diese Construction trägt in den Willen des Gebenden etwas hinein, was in demselben durchaus nicht liegt. Der Gebende hat dem Empfänger auch nicht einen Augenblick ein Recht auf die Gabe einräumen, er hat sich schlechterdings nicht verbindlich machen wollen.

Für solche Fälle nun, wo der Empfangende kein Recht auf die Hingabe haben soll, nimmt Demelius an einer späteren Stelle seines Aufsatzes (S. 405 Note 8) die *condicionis implendæ causa* an. Er scheint dabei nur an das *Depositum* zu denken; allein dass auch bei der jetzt in Frage stehenden Gestalt des *commodatum* und *mutuum* von einem Recht auf Hingabe nicht die Rede sein kann, scheint uns unbestreitbar zu sein. In solchen Fällen denkt sich also Demelius die Sache so: die Hingabe sei die Bedingung, ohne deren Erfüllung die Rückgabe nicht verlangt werden könne. Diese Bedingung ist ja aber keine willkürlich gesetzte, sondern eine durch die Natur der Sache, durch den Inhalt der Leistung gegebene; insofern kann nicht zugegeben werden, dass die Parallelie vollkommen sei. Immerhin kommt diese Auffassung der Sache viel näher, als die Unterstellung einer *causa solvendi*. Stellen wir uns also einmal auf diesen Standpunkt. Dann fragen wir: welche Rechtswirkung ist es, die eintritt, wenn jene Bedingung erfüllt wird? Antwort: die Obligierung des Empfängers. Ist es da nicht einfacher, gleich zu sagen: die Hingabe geschieht *obligandi causa*?

Es scheint, dass Demelius durch seine Polemik gegen Brinz zu einer einseitigen, übertriebenen Betonung des *Consenses* bei den Realcontracten sich hat hinreissen lassen. Wie könnte er sonst (a. a. O. S. 408) einräumen, dass gewisse Verträge erst durch die Hingabe perfect werden, und gleichwohl bestreiten, dass in diesem Falle die Hingabe *contrahendi causa* geschehe? Dass in seiner Polemik ein wahres Element steckt, die *res* aber gleichwohl bei ihm zu kurz kommt, wird sich aus den

folgenden Erörterungen von selbst ergeben. Zuvor aber noch ein Wort über das Depositum.

Bei diesem bringt es die Interessenstellung von Geber und Empfänger, wonach der Geber den Vortheil vom Geschäft hat, mit sich, dass eine der Hingabe vorausgehende Beredung verhältnissmässig häufiger sein wird, als bei dem Leihvertrag und Darlehensvertrag. Bindenden Charakter muss sie darum nicht nothwendig haben; wo sie ihn nicht hat, ist es, wie schon bemerkt, juristisch gerade so gut, wie wenn sie ganz fehlte. Sollte es thatsächlich richtig sein, dass die vorhergehende Beredung in der Mehrzahl der Fälle den künftigen Empfänger bindet,¹⁾ so stünde nur fest, dass die Mehrzahl der Depositumsfälle zu der im zweiten Theil dieser Abhandlung zu besprechenden Gruppe gehöre, wo denn auch davon gehandelt werden wird; der juristische Charakter der kleineren Zahl der Fälle würde dadurch natürlich nicht berührt.

Wir wenden uns jetzt zu der Frage: welche Bedeutung hat bei den uns beschäftigenden Realcontracten die res in den Fällen, wo der Hingabe der Sache eine bindende Abrede nicht vorhergegangen ist?

Die auch von den Verfassern des Dresdener Entwurfs und des schweizerischen Obligationenrechts getheilte Ansicht, dass es heute keine Realcontracte mehr gebe, dass folglich auch Gesetzgebung und Wissenschaft keine Veranlassung habe, dieser Rechtsfigur noch ein längeres, eigentlich doch nur künstliches Dasein zu fristen, beruht auf einer bestimmten rechtsgeschichtlichen Auffassung über das römische Contractsystem, welche zugleich der res eine ganz bestimmte Function zuweist. Danach erzeugt im römischen Recht die formlose übereinstimmende Willenserklärung keine klagbare Obligation, sondern es muss noch etwas Weiteres hinzukommen: ent-

¹⁾ Wenn Windscheid vom Depositum sagt (Pand. § 377 Note 3): dass in der „unendlichen“ Mehrzahl der Fälle die Parteien eine Verpflichtung des Empfängers nicht vor dem wirklichen Empfang wollen, so ist das zu viel behauptet, wenn nur an Verpflichtung überhaupt, zu wenig, wenn, wie es scheint, lediglich an die Verpflichtung zur Rückgabe gedacht ist.

weder eine bestimmte Form (*verba, literæ*), oder aber *res*, Hingabe einer Sache oder sonstige Leistung von der einen Seite. Nur in bestimmten Ausnahmefällen — es sind die vier Consensualcontracte — hat schon der erklärte Consens obligierende Wirkung. So noch Keller Pand. § 221 und Arndts Pand. § 222, Anm. 4. Da nun, so wird gefolgert, die Stipulation in das gemeine Recht nicht übergegangen, vielmehr durch allgemeines Gewohnheitsrecht die Klagbarkeit der *nuda pacta* zur Regel geworden ist, so seien alle obligatorischen Verträge Consensualcontracte geworden. Die *res* hat nach dieser Auffassung lediglich die Function, einer obligatorischen *conventio* die ihr sonst fehlende Klagbarkeit zu verschaffen.

Hier steckt ein Fehler in den Prämissen. Es ist rechtsgeschichtlich ganz verkehrt, die *res* neben *verba* und *literæ* und in einen Gegensatz zum *consensus* zu stellen. Die benannten Realcontracte sind formlose, causal bestimmte obligatorische Verträge, mit Ausnahme des Darlehens *bonæ fidei* und sämtlich von Hause aus dem *ius gentium* angehörig. Nach allen diesen Gesichtspunkten stehen sie mit den Consensualcontracten in einer Linie, und zu dem Verbal- wie Literalcontract in einem scharfen Gegensatz (vgl. auch Brinz, Pand. (2. Aufl.) II S. 137). Wenn also die Römer bei diesen vier Contracten den Consens nicht für hinreichend erachteten, so kann dafür das formalistische Princip ihres Contractsystems nicht der Grund gewesen sein; denn auf der Seite, wo diese Contracte stehen (bezw. in dem Rechte, aus dem sie stammen), hat dieses Princip keine Geltung. Es kann folglich auch die *res* nicht ein Surrogat für die fehlende Form sein, in dem Sinne, dass dadurch die Klagbarkeit ermöglicht wird, denn eines solchen Surrogates bedurfte es gar nicht, sonst hätte auch für die Consensualcontracte eines beschafft werden müssen — und gerade *res* hätte ganz wohl auch da verlangt werden können. Es muss also ein anderer Grund dafür vorgelegen haben, dass die Römer für den Contract des *commodatus res* verlangten, für den der *locatio conductio* aber nicht; möglich ist, dass dieser Grund auch heute noch vor-

liegt und die Fortexistenz der Realcontracte nicht etwa blos entschuldigt, sondern fordert.

Während nach der soeben referierten Ansicht die res etwas ist, was zu der grundlegenden obligatorischen conventio äusserlich, Behufs Klagbarmachung, hinzutritt, hat Brinz die Sache gerade umgedreht — ein Verfahren, welches zuweilen indiciert ist, wenn man einen Irrthum, der sich festzusetzen beginnt, sicher beseitigen will. Nach Brinz (kritische Blätter No. 1 (1852) S. 20 ff.; Pand. 1. Aufl. S. 370 ff. 443 f.; 2. Aufl. Bd. II S. 134 f., vgl. auch S. 591) ist umgekehrt die res, die *datio*, das Fundament des Realcontracts. Das obligatorische Element im Realcontract ist ihm nichts anderes, als ein modus der *datio*; der Geber modifiziert seine Hingabe durch die Auflage der Zurückgabe oder Gegenleistung; des Empfängers Zustimmung liegt in der Annahme des „so“ gegebenen. Zu einer derartigen „Modifizierung“ der res bedurfte es einer klagbaren *conventio*; die res ist nicht Mittel, um die Klagbarkeit zu erreichen, sondern sie ist ein Zweck, den die Klagbarkeit als Mittel erheischt (krit. Bl. S. 31 und 32). Diese Auffassung hat sich sodann auch Windscheid angeeignet, wenn er Pand. § 312 Note 4 sagt: „Der Begriff des Realvertrags ist näher so zu denken: der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist, und damit die Auflage der Verpflichtung an.“

Wie die ältere Auffassung aus historischen Gründen unhaltbar ist, so scheint uns diese aus dogmatischen Gründen nicht acceptabel. Es ist unmöglich, das was hier vorliegt, unter den Gesichtspunkt eines modus, einer Auflage zu bringen; es wäre denn, dass man mit dem Worte modus etwas anderes bezeichnete, als was bisher darunter verstanden wurde. Der modus, wie man ihn bisher verstand, tritt hinzu zu Vermögenszuwendungen, die ihre causale Bestimmtheit schon haben, die Schenkungen oder Vermächtnisse sind. Der modus ändert diesen ihren juristischen Charakter nicht im Geringsten: sie sind mit einem modus juristisch nicht mehr und nicht weniger als Schenkung, als Vermächtniss zu charakterisieren,

wie ohne einen solchen. In unsren Fällen dagegen würde der modus der an sich charakterlosen traditio einen juristischen Charakter erst verleihen müssen; ja, wenn wir mit den Römern das Wort datio von Eigentumsverschaffung verstehen, so würde der angebliche modus nicht blos über den juristischen Charakter der datio, sondern vor Allem darüber entscheiden, ob überhaupt eine datio vorliege.

Ein anderes Bedenken wird erregt durch die Gegensätzlichkeit des in dem einen und in dem andern Falle bezweckten praktischen Erfolgs. Der modus gesellt sich zu einer Vermögensbewegung, die als eine definitive gemeint ist; ein Rückgängigwerden der Vermögenszuwendung kommt nur unerwünschter Weise, nemlich dann in Frage, wenn der Empfänger dem modus *z u w i d e r* handelt. In unsren Fällen dagegen ist der modus von der Art, dass er gerade auf dereinstige Rückgängigmachung der stattgehabten Vermögensbewegung geht; wenn der Empfänger dem modus *g e m ä s s* handelt, bringt er in das Vermögen des Gebers zurück, was aus demselben früher an ihn gekommen.

Wenn man übrigens statt der Bezeichnung modus den Ausdruck *lex dationis* gebraucht, so ist damit in der Sache natürlich so lange nichts geändert, als darunter nichts Anderes verstanden wird, als etwas was sonst modus heisst.

Auf den Boden der Brinz'schen Theorie hat sich auch Unger in der oben angeführten Abhandlung über Realcontracte gestellt, wobei er dieselbe aber nicht unerheblich modifiziert. Unger zieht in Erwägung, dass ein wahrer modus nur bei freigebigen Zuwendungen vorkommt. Von diesem Gesichtspunkte aus beantwortet er dann die Frage, inwiefern es auch im heutigen Recht noch Realcontracte gebe, dahin: überall da, wo das ganze Geschäft, das Geben und Nehmen in obligatorischer Absicht, lediglich den Vortheil des Empfängers bezwecke, finde auch heute noch das *re contrahere* statt, und hier erweise sich die Verpflichtung als eine mit der Gabe verbundene Last, als eine mit dem Vortheil verknüpfte Beschwerung; in allen übrigen Fällen werde das Geschäft heute *nudo consensu* geschlossen. Demzufolge sind

nach Unger noch heute Realcontracte das Commodat, das unverzinsliche Darlehen und der Pfandcontract¹⁾ (neben einigen Innominatecontracten); Consensualcontracte das Depositum, der Trödelvertrag und das verzinsliche Darlehen. Gegen diese modifizierte Brinz'sche Theorie kehren sich die oben angeführten principiellen Bedenken ebenso gut, als gegen die reine; eine Auffassung, die im Princip unrichtig ist, gewinnt nichts durch Einzelcorrecturen.

Wenn wir nun unsrerseits versuchen, die Bedeutung der res bei den Realcontracten festzustellen, um danach zu bestimmen, ob es noch heute Realcontracte geben könne oder müsse, so halten wir uns dabei zunächst an den Darlehensvertrag. Dieser ist zur Klarstellung der Bedeutung der res um des willen besonders geeignet, weil er im System des Pandektenrechts an zwei Stellen vorkommt, im Obligationenrecht und in der Lehre von der causa (welche in einen allgemeinen Theil des Vermögensrechts gehört); weil er also so zu sagen eine Beleuchtung von zwei verschiedenen Seiten erfährt. Wir geben hier zunächst Brinz das Wort.

Nach ihm (Pand. 1. Aufl. S. 1540 f.) ist das obligatorische Moment, das sich beim Darlehen findet, einer der Gründe (causæ), ohne welche keine absichtliche Vermögensänderung gedacht werden kann, und zwar gehört die causa beim Darlehen mit zur Existenz desselben: „erst in Verbindung mit der causa wird die Tradition zum Geschäft, zu einem Geschäft, in welchem sowohl sie als die causa blosser Bestandtheil ist, das von der causa zwar seinen Namen, aber nur von beiden zusammen sein concretes Dasein hat.“ Damit stimmt es, wenn Brinz in der 2. Auflage seiner Pandekten (Bd. II S. 134) von der res des Realcontracts sagt, sie sei Bestandtheil eines einheitlichen Ganzen; denn die obligatorische Willensübereinkunft kann dann nur der andere Bestandtheil sein. Es stimmt aber mit dieser Auffassung, die wir für

¹⁾ Dieser bezweckt freilich nicht blos den Vortheil des Gläubigers, sondern auch den des Schuldners, sofern er ihm Credit verschafft. Danach ist auch die Culpa-Frage geregelt.

ganz correct halten, nicht, bei dem Darlehen von einem modus der *datio* zu sprechen, denn der modus ist eben mit nichts blosser Bestandtheil, sondern tritt zu etwas Fertigem von Aussen hinzu, und wird eben darum von Brinz (Pand. 1. Aufl. S. 1534) richtig als Nebengeschäft bestimmt.

Das Darlehen muss dieselbe Natur haben, ob man es nun von dem einen oder dem andern Standpunkte aus betrachtet. Fasst man die hier stattfindende Vermögensbewegung ins Auge, und suchte sich dieselbe zu erklären, so ist das Obligiertwerden des Empfängers der durch die Eigentumsübertragung zu erreichende Zweck und diese Zweckvorstellung ist der Grund (das Motiv) des dare (vgl. Brinz Pand. 2. Aufl., I S. 582); hierin liegt schon ausgesprochen, dass, wenn man nun zunächst auf das Zustandekommen einer obligatio sieht, und nach der Bedeutung der res frägt, die Eigentumsübertragung Mittel für jenen Zweck ist: so dass also, wenn gesagt wird *re obligamur*, dieser ablativus instrumentalis durchaus der Sache angemessen ist. Es wird ein und dasselbe, nur von verschiedenen Seiten gesehen, bezeichnet, wenn gesagt wird: *obligandi (credendi) causa datur*, und anderseits: *re contrahitur*.

Man hat gesagt, der Realcontract sei eine Mischung aus zwei Vertragsgattungen, aus einem dinglichen Vertrag und einem obligatorischen (Brinz, krit. Bl. S. 32); speciell das Darlehen als Realcontract sei ein theils dinglicher, theils obligatorischer Vertrag (Kohler, Annalen der bad. Gerichte 41 S. 252). Dagegen ist, wenn es richtig verstanden wird, nichts einzuwenden. Es dürfen diese Verträge nur nicht als selbständige Geschäfte gedacht werden, weder so, dass der obligatorische Vertrag als Grundlage angenommen wird, zu dem der dingliche um der Klagbarkeit willen hinzukommt, noch so, dass man den dinglichen Vertrag, die *datio*, als die Grundlage ansieht, zu dem die obligatorische Bindung in Form eines modus hinzukäme; vielmehr kann hier nur von Bestandtheilen oder Elementen eines einheitlichen Geschäftes die Rede sein, die zu einander in dem Verhältniss von Zweck und Mittel stehen. Und wie der Zweck herrscht und das

Mittel dient, so ist es ganz nothwendig, dass das einheitliche Geschäft seinen juristischen Charakter von demjenigen Bestandtheil erhält, welcher die Stellung des Zweckes hat, dass es ein obligatorisches Geschäft ist, eben der Realcontract.¹⁾

In die angegebenen beiden Bestandtheile und in das angegebene Verhältniss beider zu einander consentieren beide Parteien, so oft ein Darlehen gegeben und genommen wird. Der Gläubiger will den Schuldner obligieren: er muss auch das Mittel zu diesem Zweck wollen, den Eigenthumsübergang. In diesem „Müssen“, das mit Nichten irgendwelche rechtliche Verbindlichkeit bezeichnet, scheint die eigenthümliche Auffassung der res bei Demelius ihre Wurzel zu haben. Der Schuldner sodann will sich obligieren, aber er will nur durch datio sich obligieren lassen. Ferner will der Gläubiger Eigenthum geben, der Schuldner empfangen, aber der Schuldner kann es nur empfangen wollen — soll anders ein contrahere zu Stande kommen — wie der Gläubiger es geben will, und der Gläubiger will es nur obligandi causa geben.

Eine etwas andere Ansicht bietet die Sache dann dar, wenn man sich nicht auf den juristischen obligationenrechtlichen Standpunkt stellt, wo ein Gläubiger- und ein Schuldnerwille sich gegenüber stehen, sondern auf den Standpunkt der lebendigen Interessen. Da gewinnt das, was juristisch nur als Mittel zum Zweck gelten kann, wenigstens auf der einen Seite subjectiv die Bedeutung des Zwecks: dem Schuldner kommt es in erster Linie auf die datio an, er will das Geld haben, und um es zu bekommen, ist für ihn die Obligierung Mittel. Es kann auch, besonders bei dem unverzinslichen Darlehen, ganz wohl sein, dass der Gläubiger sich auf denselben Standpunkt insoweit stellt, als es ihm zunächst auch darum zu thun ist, dem Schuldner Geld zu verschaffen, ihm

¹⁾ Wenn Brinz, Pand. 2. Aufl. II S. 134 f. von der res sagt, sie sei „Bestandtheil eines einheitlichen Ganzen, darum nicht Mittel zum Zwecke — der Herstellung des andern obligatorischen Bestandtheils nemlich“: so würde, wenn es mit dem „darum“ seine Richtigkeit haben sollte, nicht die bezeichnete Verhältnissbestimmung (von Zweck und Mittel), sondern die Bezeichnung „Bestandtheile“ als unrichtig fallen gelassen werden müssen.

zu helfen: dann ist auch ihm die Obligierung nicht Zweck, sondern condicio sine qua non der datio, insofern er eben nicht schenken will.

Bei dem Commodat und Depositum ist die Bedeutung der res im Wesentlichen dieselbe. Abweichungen sind dadurch bedingt, dass es sich hier nur um Uebergang der Detention handelt, also um eine blos faktische Aenderung, welche deshalb nicht weniger vor sich gehen kann, weil ein Commodity, ein Depositum wegen Mangels an Consens nicht zu Stande kommt¹⁾; sodann für das Depositum dadurch, dass da die Interessenstellung der Parteien eine andere ist als bei mutuum und commodatum. Dies des Nähern auseinander zu setzen, ist für unsren Zweck entbehrlieblich. Wichtiger ist, auf ein Gemeinsames hinzuweisen: dass nemlich hier so gut wie beim Darlehen der Schuldner nicht vor dem Empfang gebunden sein will. Dieses subjective Moment wird von Brinz für dasjenige erachtet (Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 135), welches den Fortbestand der Realcontracte im heutigen Recht begründe, und dasselbe ist von Windscheid (Pand. § 312 Note 5) zu sagen. Dieses Wollen der Parteien ist nun aber nicht etwas rein Subjectives, Willkürliches, sondern es hat seinen Grund in etwas Objectivem. Wenn irgendwo, so zeigt sich hier, dass die — allerdings nicht ohne Grund in Verruf gekommene — Natur der Sache denn doch Realität hat, und zwar eine solche, der sich der Wille — sogar der allgemeine — unterordnet und vernünftiger Weise unterordnen muss. Diese objective Grundlage ist gegeben in dem Inhalte der Verpflichtungen, um welche es sich hier handelt; und diese objective Basis, nicht blos jenes subjective Moment, ist es, welche heute genau so wie zur Zeit der klassischen Juristen erheischt, dass Verträge von diesem Leistungsinhalt als Realcontracte gestaltet werden.

Schon v. d. Pfordten hat in seinen Abhandlungen zum Pandektenrecht darauf hingewiesen (S. 296 f.), dass bei den in Rede stehenden Realcontracten die Verbindlichkeit zur

¹⁾ Dass ebendasselbe auch für die Eigenthumstradition gelte, wie fast allgemein gelehrt wird, halte ich für einen Irrthum.

Rückgabe den Obligationsinhalt erschöpfe und dass diese vor der Hingabe nicht gedacht werden könne. Dagegen ist von Brinz (krit. Bl. S. 23) eingeworfen worden: „die Rückgabe setzt eine Hingabe voraus; die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus.“ Ist indessen Rückgabe ohne Hingabe unmöglich, so ist Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe Verpflichtung zu etwas Unmöglichem. Oder ist nur gemeint, man könne die Erklärung, dass man sich zur Rückgabe verpflichte, auch schon vor der Hingabe abgeben? Auch eine solche Erklärung hat eine den Erklärenden bindende Bedeutung nur, wenn unterstellt wird, dass dabei gleichzeitig die Verbindlichkeit zur Annahme übernommen wird. Denn die Erklärung: „ich verpflichte mich zur Rückgabe, Falls ich erhalten habe“ ist da, wo eine Verpflichtung zum Nehmen nicht besteht, gleichbedeutend mit der Erklärung: „ich verpflichte mich, Falls ich mich verpflichten will“. Wir setzen aber hier durchweg den Fall voraus, dass der Hingabe eine obligatorische Bindung, folglich auch eine Verpflichtung zum Nehmen, nicht vorausgegangen sei; da ist eine Verpflichtung zur Rückgabe ohne Empfang ein Widersinn.

Dies gilt natürlich auch dann, wenn neben der Verbindlichkeit zur Rückgabe noch eine solche zur custodia übernommen wird. Sie trifft aber auch zu für das verzinsliche Darlehen, sofern demselben eine den Borger bindende Abrede nicht vorausgegangen ist. Eine Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, lässt sich zwar denken, ohne dass man ein Kapital empfangen hat — allerdings dann aber nicht, ohne dass man eines zur Verfügung gestellt erhalten hat —; als accessorische Verpflichtung aber, d. h. als eine zu der Verpflichtung auf Rückzahlung des Kapitals hinzutretende Nebenverpflichtung lässt sie sich nicht denken, ohne dass die Hauptverpflichtung existent geworden ist, d. h. aber, ohne dass man ein Kapital empfangen hat. Wo aber der Hingabe eines verzinslichen Darlehens eine obligatorische Beredung überhaupt nicht voraus gieng, ist nicht einzusehen, wie die Zinsenverbindlichkeit anders, denn als eine accessorische, gedacht werden könne.

Wir hoffen, dargethan zu haben, dass da, wo dem mutuum, depositum, commodatum eine obligatorisch bindende Verabredung nicht vorausgegangen ist, die res noch heute ihre Bedeutung hat, dass solche Verträge noch heute Realcontracte sind. Selbst diejenigen, welche sich für die Verwandlung der Realcontracte in Consensualcontracte ausgesprochen haben, geben das unwillkürlich zu. Sie können, von Heise in der oben allegierten Note bis auf Arndts a. a. O., selbst da, wo der res ein obligatorisches Pactum vorausgeht, nicht umhin einzuräumen, dass eine Verpflichtung zur Rückgabe erst mit der Hingabe entstehe. Liegt darin nicht das Eingeständniss, dass da, wo eine bindende Verabredung der Hingabe nicht vorausgeht, und von einer andern Verpflichtung als der auf Rückgabe überhaupt nicht die Rede ist, ein Realcontract vorliege? Uns wenigstens scheint diesem Zugeständniss nur ausgewichen werden zu können durch die Statuierung eines Consensualcontractes, der für sich allein, ohne res, keinerlei obligierende Wirkung hat, folglich auch kein Consensualcontract ist.

Haben wir bei genauerer Betrachtung des Realcontracts gefunden, dass hier res und obligatorischer consensus nicht nur nebeneinander stehen, sondern so zu sagen ineinander: so soll nun daran erinnert werden, dass auf dem Gebiete der Consensualcontracte die res als obligierendes Moment keineswegs ausgeschlossen ist. Wird von einem Geschäft prädictiert, es sei ein Consensualcontract, so ist damit noch nicht gesagt, dass nun jede in der Entwicklung des dadurch begründeten Obligationsverhältnisses entstehende contractliche Verpflichtung auch lediglich consensu entstanden sein müsse; ebenso wenig ist damit gesagt, dass das betreffende Geschäft, als wirtschaftlicher Typus gedacht, unter allen Umständen die juristische Gestalt des Consensualcontracts haben müsse und nicht auch in der des Realcontracts vorkommen könne.

Was den ersten Punkt betrifft, so entsteht z. B. die Verpflichtung des Miethers zur Rückgabe des Miethobjets, die

des Mandatars zur Rückgabe des ihm anvertrauten Gutes bzw. zur Herausgabe des bei Ausführung des Mandats in seine Hände Gekommenen erst re, wie auch von Demelius (S. 409 f.) anerkannt wird. Nicht lediglich re: denn die lediglich re entstehenden obligatorischen Verpflichtungen sind eben keine contractlichen; wohl aber durch res in Verbindung mit consensus. Der consensus, der unerlässlich ist, damit eine re begründete Verbindlichkeit eine contractliche sei, ist hier enthalten in dem Consense, der den Consensualcontract zu Stande bringt, und in der Verbindung, in welcher die Hingabe mit demselben steht. Wenn also Brinz (Krit. Bl. S. 25) sagt, Pächter und Miethsmann seien in dem Augenblicke, da der Vertrag perfect ist, zur Rückgabe verpflichtet, so kann nur soviel zugegeben werden, dass in diesem Augenblick das consensuelle Element der realcontractlichen Verpflichtung gesetzt ist: was bei den Realcontracten in einem Acte verbunden ist, fällt hier zeitlich auseinander. Ganz unbegründet ist aber das von Brinz a. a. O. gebrauchte Argument, dass, wenn die Verpflichtung zur Rückgabe des Miethobjects erst re, nicht schon consensu entstände, der Miethcontract ein Realcontract wäre.¹⁾ Das liesse sich nur dann mit Fug behaupten, wenn die Verpflichtung zur Rückgabe die einzige oder doch die Hauptverpflichtung aus dem Vertrag wäre (vgl. Pfordten a. a. O. S. 297), was sie eben nicht ist. Man erwäge nur, in welchem Sinne die Hingabe des Miethobjects an den Miether geschieht: zunächst solvendi causa, sodann obligandi causa in der Absicht, die mit der causa solvendi bei jedem Synallagma verbunden ist, der Absicht nämlich, den Anspruch auf die

¹⁾ Aehnliches findet sich in einem Aufsatz von Langsdorff in Hugo's civilist. Magazin Bd. I S. 170 (der zweiten, abgekürzten Ausgabe). Nur ist der feste Punkt, von dem Langsdorff ausgeht, der Satz, dass eine Verbindlichkeit zur Rückgabe nur durch Empfang begründet werden könne, und er schliesst dann, dass die locatio conductio ein Realcontract sei, wogegen Brinz die Qualifizierung der loc. cond. als Consensualcontract zum Ausgang nimmt, und zu dem Satz gelangt, die Verbindlichkeit zur Rückgabe werde schon consensu begründet.

Gegenleistung aus einem *vinculierten* zu einem freien zu machen; endlich geschieht die Hingabe auch noch in dem Sinne, dass Vermiether die Sache wieder zurückhaben will; der Schwerpunkt liegt aber doch zweifellos nicht hier, sondern in jenen erstgenannten Absichten. Nur wo bei einem Miethvertrag die Verpflichtung zur Rückgabe als die Hauptverpflichtung hingestellt würde, da würde sich dann allerdings der Vertrag als Realcontract qualificieren: und so findet es sich denn auch in der That bei dem *receptum nautarum*, insofern die Verpflichtung zum *restituere* erst durch die *illatio* entsteht (l. 1, § 8, D. 4, 9); ein anderes *recipere*, als das reale, begründet keine Restitutionspflicht, sondern nur Haftung für das *periculum l. 3 pr. eod.*

In ähnlicher Weise kann sich aber auch in den Rahmen einer durch Realcontract begründeten Obligation eine durch Consens begründete Verbindlichkeit als nebenschäliche einfügen. So in dem Falle, wo ein unverzinsliches Darlehn gegeben ist und späterhin Verzinsung ausgemacht wird. Die Verbindlichkeit des Schuldners, Zinsen zu zahlen, beruht hier zweifellos auf *consensus*, welcher aber allerdings zu einer vorausgegangenen *res* in Beziehung steht, wie bei den soeben betrachteten Fällen die *res* zu einem vorausgegangenen *consensus*.

So viel von dem ersten Punkt. Was den zweiten betrifft, so werden wir nur Kauf und Miethe in Betracht ziehen, obwohl sich auch denken lässt, dass *societas* und *mandatum* als Realcontracte gestaltet sein können.

Was nun zunächst den Kauf anlangt, so scheiden wir von vornherein aus den Baarkauf oder (wie Bechmann ihn nennt) Naturalkauf, bei welchem es auf obligatorische Bindung überhaupt nicht abgesehen ist. Ein solcher Kauf war die *Mancipation* in ihrer ursprünglichen Gestalt: ein obligatorisches Verhältniss entwickelte sich aus demselben nur in dem von keiner Partei normaler Weise vorausgesehnen oder gewünschten Falle der *Eviction*. Gleichwohl ist auch der Baarkauf noch heute Kauf, *emptio venditio*: woraus sich zur Genüge ergiebt, dass, wenn Kauf Consen-

sualcontract geworden ist, darum noch nicht alle Käufe dies sein müssen.

Als Realcontract ist der Kauf gestaltet da, wo nach ausdrücklicher Verabredung oder nach Geschäftssitte — ob einstmals auch nach der Bestimmung des objectiven Rechts dasselbe gegolten, lassen wir dahin gestellt — der eine Contrahent nur durch die Leistung des andern sich binden lassen will, durch diese aber auch gebunden wird. So wenn ein Fabricant nur gegen Vorausbezahlung des Preises die Waare zu liefern sich verbindlich macht. Umgekehrt kommt es auch vor, dass nach Geschäftsgebrauch, ohne dass von Baarkauf die Rede wäre, der Kauf erst als abgeschlossen gilt, wenn der Käufer die Waare empfangen hat, oder sie doch zu seiner Verfügung gestellt ist.¹⁾

Bei dem Miethcontract (der übrigens für uns wegen der Parallele des Commodats, anderseits des verzinslichen Darlehens von grösserer Wichtigkeit ist, als der Kauf) verhält es sich nicht anders. Die Eisenbahn, die Post lässt sich bei Personenbeförderung das pretium in dem Sinne „vorausbezahlen“, dass sie dadurch erst sich binden lassen will. Dass dadurch ein zweiseitiger Contract zu Stande gekommen, zeigt sich darin, dass der Zahlende das Gezahlte nicht zurückverlangen kann. Auf der andern Seite ist der Unterschied von wirklicher Pränumeration aus zweiseitigem Consensualcontract klar: hier wird gezahlt, weil so contrahiert worden ist; dort, weil contrahiert werden will und nur so contrahiert werden kann. Ebenso ist es bei Concert- und Theateraufführungen, wo es ja vorkommt, dass die durch Zahlung des pretium bewirkte (und nur durch sie zu bewirkende) Bindung Wochen lange dauert, also an ein Baargeschäft nicht zu denken ist.

Auch in der Weise kann Miethe als Realcontract vorkommen, dass der Vermieter mit seiner Leistung voran-

¹⁾ Dass ein Kauf auch heute noch Realcontract sein könne, und nicht nothwendig Consensualcontract sein müsse, ist anerkannt von Kohler, Annalen 41, S. 244. Der Baarkauf ist aber da von dem Kauf als Realcontract nicht unterschieden.

geht; nur wird man, da derselbe auch im Falle eines Consensualcontractes vorleisten muss, wenn nichts anderes verabredet ist, meistens nicht darnach fragen, ob er solvendi oder obligandi causa leistet. Indessen dürfte z. B. die Auslobung am einfachsten so zu construieren sein, dass man sie (wenn der Auslobende Geld verspricht) auffasst als locatio conductio operis, welche durch zwei Momente diese ihre spezifische Gestalt erhält: einmal dadurch, dass die Offerte an unbestimmte Personen gerichtet ist, sodann dadurch, dass der Offerent nur durch Leistung sich binden lassen, also nur in der Weise eines Realcontracts contrahieren will (vgl. auch Kohler a. a. O. S. 253 f., Note 32).

Hier können wir nun noch einem Argument begegnen, welches von den Gegnern des Realcontracts gebraucht zu werden pflegt. Sie sagen etwa so: es komme vor, dass Miethverträge gerade so contrahiert werden, wie ein Comodat und zwar ein Comodat ohne vorausgehendes pactum; man geht z. B. in eine Leihbibliothek, verlangt ein Buch und erhält es. Der einzige Unterschied sei, dass hier die Sache ohne Entgelt, dort gegen Entgelt zum Gebrauch hingegeben werde; dies könne aber für die Frage, ob Consensual- oder Realcontract, nicht entscheidend sein, folglich sei nicht einzusehen, warum nicht auch das Comodat als Consensualcontract gelten könne. Darauf können wir jetzt ganz einfach sagen: ist wirklich in beiden Fällen ganz in gleicher Weise contrahiert, so ist der Miethvertrag als Realcontract abgeschlossen worden, und nicht das Comodat als Consensualcontract. Ganz unerheblich ist die Entgeltlichkeit für die Frage, ob Real- oder Consensualcontract, aber doch nicht. Beim Comodat kann, weil dasselbe unentgeltlich ist, abgesehen von zufälligen, ausserbegrifflichen Verbindlichkeiten, nur die Rückgabeeverpflichtung in Frage kommen, und ist darum eine andre Gestaltung als die eines Realcontracts unmöglich; bei der Miethe ist es die Entgeltlichkeit, welche den Consensualcontract ermöglicht, ohne die Gestaltung als Realcontract auszuschliessen.

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass zwei Klassen

von Realcontracten unterschieden werden müssen. Bei der einen Klasse bringt es die Beschaffenheit der Leistung mit sich, dass die Verpflichtung erst re entsteht, weil sie nemlich auf Rückgabe von etwas Anvertrautem geht¹⁾; der Parteiwille ordnet sich dem unter, daher sind diese Contracte nicht Kraft des Parteiwillens, sondern von Rechts wegen Realcontracte. Zu dieser Klasse gehören die benannten Realcontracte — vorläufig immer noch vorausgesetzt, dass ihnen obligatorische Beredung nicht vorausgeht. Bei der andern Klasse ist von Rückgabe entweder überhaupt nicht die Rede (wie beim Kauf), oder sie bildet nicht den alleinigen oder auch nur begriffsnotwendigen Inhalt der obligatorischen Leistung; das Geschäft muss daher nicht die Gestalt eines Realcontracts haben. Hier beruht es lediglich auf dem Willen der Contrahenten, wenn re contrahiert wird. Beide Klassen finden sich unter den sogenannten Innominatcontracten, d. h. manche Innominatcontracte sind noch heute ebenso notwendig Realcontracte, wie die römischen benannten, alle diejenigen nemlich, die einen Inhalt der oben bezeichneten Art haben; andere, und wohl die Mehrzahl, sind heute Consensualcontracte, können aber, wenn die Parteien es wollen, auch heute noch als Realcontracte vorkommen. Die Behauptung, dass alle Innominatcontracte heutzutage Consensualcontracte geworden seien, ist völlig grundlos (vgl. Brinz Pand. (2. Aufl.) § 319, Haftungen und Verbindlichkeiten „aus ungenannten Realcontracten“).

Die Frage, ob es noch heute Realcontracte gebe, ob insbesondere Leihverträge, Darlehensverträge, Hinterlegungsverträge noch heute als Realcontracte vorkommen, ist nach den bisherigen Ausführungen zu bejahen. Was noch fraglich sein kann, ist nur dieses: hat es noch einen Sinn, ist heute noch ein Bedürfniss vorhanden, dann, wenn der Hingabe einer Sache zu Leihe u. s. w. bindende Verabredungen

¹⁾ Vgl. Bechmann, Kauf I, S. 331.

vorausgegangen sind, diese pacta von dem Realcontract getrennt zu halten, anstatt sie mit demselben zu einem Geschäft, welches dann Consensualcontract wäre, zu verschmelzen?

Diese Frage kann ohne ein genaueres Eingehen auf Natur und Zweck der pacta de contrahendo auf gründliche Weise nicht beantwortet werden. Ehe wir uns dazu wenden, sei nur dieses noch vorweg bemerkt: solcher Zusammenziehung in ein Geschäft steht jedenfalls die Empfehlung nicht zur Seite, dass auf diese Weise das Recht vereinfacht, die Zahl der verschiedenen Contractsfiguren verringert werden würde. Man kann dadurch weder den Realcontract beseitigen, welcher dann immer noch da vorkommt, wo bindende Verabredungen der Hingabe nicht vorausgehen; noch auch die pacta de contrahendo, denn diese kommen auch in Bezug auf Consensualcontracte, wie Kauf und Miethe, vor. Wohl aber wird das Gegentheil erreicht: man erhält eine doppelte Gestalt des mutuum, commodatum, depositum, was vermieden wird, wenn man das mutuum und das pactum de mutuo dando u. s. w. getrennt hält. Indessen sei zugegeben, dass diesem Gesichtspunkt keine grosse Bedeutung zukommt, jedenfalls keine solche, dass er, wenn sonst sachliche Gründe für die Zusammenziehung sprechen würden, als entscheidendes Moment gegen dieselbe in Betracht kommen könnte. Es wird sich aber im Folgenden herausstellen, dass für diese Zusammenziehung Nichts spricht, gegen dieselbe aber Vieles und Erhebliches, und zwar sowohl vom Standpunkt des Dogmatikers als von dem des Praktikers.

Allem Anschein nach beruht die Ansicht, dass auf Realcontracte bezügliche pacta de contrahendo mit jenen zu einem einheitlichen Geschäfte zusammengezogen werden können, theilweise auf den früher herrschenden, theils unklaren, theils positiv unrichtigen Vorstellungen über die Natur der sogenannten Vorverträge; Vorstellungen, welche durch D e g e n k o l b s leider immer noch nicht allgemein zugängliche Schrift über den Begriff des Vorvertrags (akademische Festschrift, Freiburg 1871) für immer beseitigt sind. Wir

müssen hier, während Degenkolb mehr das Specifische des juristischen Inhalts dieser Verträge festgestellt hat, das Specifische ihres praktischen Zweckes hervorheben: alle Vorverträge (*pacta de contrahendo*), vorausgesetzt, dass sie nicht müssig sind, sind Sicherungsgeschäfte.¹⁾ Dieser ihr specifischer Zweck leistet dem Versuch, das *pactum de contrahendo* mit dem darauf folgenden Vertrag zu einer Einheit zu verschmelzen, noch stärkeren Widerstand, als der specifische Inhalt der durch dasselbe begründeten Verpflichtung, welche eben auf *contrahere* geht. Dieser Sicherungszweck lässt auch den Zweifel, ob ein *pactum de contrahendo* auch in Bezug auf einen Consensualcontract Sinn habe, als völlig unbegründet erscheinen.

Sofort nemlich leuchtet ein, dass bei zweiseitigen Consensualcontracten bedingter Vertragsschluss und Abschluss eines unbedingten Vorvertrags zwar aus demselben praktischen Bedürfniss hervorgehen, demselben aber in verschiedener Weise abhelfen. Wer einen bedingten Kaufvertrag abschliesst, wartet bis zum Entscheid der Bedingungsthatsache deshalb nicht, weil er es für sicherer hält, den Andern jetzt schon zu binden; aber er bindet auch sich selbst, und er kann dies thun, wenn er darüber nicht im Zweifel ist, dass es ihm nur noch auf jenen künftigen Umstand allein ankomme. Schliesst er dagegen einen Vorvertrag ab, so bindet er nur den Andern, und behält selbst völlig freie Hand; zu diesem Mittel wird also der greifen, welcher die verschiedenen Eventualitäten, die einen bestimmten Kauf für ihn motivieren können, noch nicht zu übersehen vermag.

In anderer Weise dient der Vorvertrag dem Sicherungszweck dann, wenn ein Consensualcontract, beispielsweise ein Kaufvertrag über Grundstücke, nur im Falle gerichtlichen oder notariellen Abschlusses die *obligatio empti et venditi* begründet. In diesem Falle hat auch ein solcher Vorvertrag Sinn, indem jede der beiden Parteien sich bindet. Beide

¹⁾ Vgl. Göppert in seiner Recension der Degenkolb'schen Schrift in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 420 (Nr. VII).

Parteien wollen sich jetzt schon rechtlich binden, später den Kauf gerichtlich abschliessen; keine will es darauf ankommen lassen, ob nicht der Andre bis zum nächsten Amtstage wieder andern Sinnes werde. Es ist absolut nicht einzusehen, weshalb diesem ganz berechtigten Willensinhalt durch einen zweiseitigen Vertrag nicht sollte Rechtsbeständigkeit verschafft werden können. Noch mehr. In Fällen dieser Art kommt es vor, ja es ist vielleicht das Gewöhnliche, dass die Parteien, da ihr Vertrag alle Bestimmungen des künftigen gerichtlichen Kaufvertrags in sich aufnimmt, diesen Vorvertrag in der Weise formulieren, als wäre es ein Kaufvertrag, ihn vielleicht auch als Kaufvertrag ausdrücklich bezeichnen, und nur noch etwa die Klausel beifügen, dass dieser „Kaufvertrag“ innerhalb bestimmter Frist gerichtlich vollzogen werden solle. Wer hier sagen wollte: das ist ein Kaufvertrag, das Gesetz bestimmt aber, dass Kaufverträge nur im Falle gerichtlichen Abschlusses obligatorische Wirkung haben, also ist aus diesem vorliegenden Kaufvertrag kein Theil dem andern zu irgend etwas verpflichtet — der würde wahrlich der Aufgabe des Juristen, wie sie von unseren klassischen römischen Vorbildern aufgefasst wurde, wenig gerecht werden. Im Sinne dieser klassischen Juristen würde vielmehr der handeln, welcher in dem sogenannten Kaufvertrag dasjenige erblickte, was mit demselben wirklich gewollt ist, nemlich ein pactum de contrahendo, und welcher danach die Rechtsfolgen bestimmte.

Fassen wir nun unsre benannten Realcontracte ins Auge, bei denen, sofern eine obligatorische Beredung nicht voraus gegangen, lediglich von einer Verpflichtung des Empfängers zur Zurückgabe die Rede ist — vom verzinslichen Darlehen ist später noch besonders zu handeln — so erscheint ein Vorvertrag möglich in dreifacher Gestalt:

- I. es wird der Eine verpflichtet zum Nehmen;
- II. es wird der Andere verpflichtet zum Geben;
- III. es verpflichten sich Beide, der Eine zum Geben, der Andere zum Nehmen.

Es ist aber nur der Realcontract des Darlehens, welcher,

sofern das Darlehen verzinslich oder unverzinslich sein kann, eine so verschiedene Interessengruppierung zulässt, dass alle diese drei Figuren des Vorvertrags einen wirklich praktischen Sinn haben können: pactum de mutuo accipiendo, de m. dando, de m. dando et accipiendo.

Das pactum de mutuo accipiendo dient dem Interesse eines Kapitalisten, für welchen ein Kapital zu bestimmter Zeit verfügbar wird, und welcher sich die verzinsbare Anlegung dieses Kapitals sichern, aber eine noch lucrativere Verwendung sich offen halten will. Es wird nicht eben häufig vorkommen, weil der künftige Darlehens-Schuldner sich, wenn immer möglich, auch das Bekommen des Geldes zu sichern suchen wird (pactum III); und es hat nur bei verzinslichen Darlehen einen Sinn. Daran, ein Kapital unverzinslich unterzubringen, hat der Kapitalist kein Interesse; oder, wenn man lieber will, das Eigen-Interesse, welches er in diesem Fall allein haben kann, ist nicht das eines Darleihers, sondern das eines Deponenten, und es ist in diesem Falle das Geschäft ein depositum irregulare.

In Art. 329 des schweiz. Obligat.-Rechts ist nun jedenfalls diese Figur des Vorvertrags mit dem Realcontract des Darlehens nicht in Eins verbunden, denn hier ist von einer Verpflichtung zum Geben die Rede. Nicht nur das mutuum als Realcontract, sondern auch das pactum de mutuo accipiendo behalten also ihre Stellen neben und trotz dem Art. 329. Es mag aber immerhin, auch des depositum wegen, geprüft werden, ob die Verpflichtung zu nehmen mit der Verpflichtung zurückzugeben in der Art zusammengezogen werden könne, dass sie mit einander den Inhalt einer einheitlichen Obligatio bilden. Dies muss insofern verneint werden, als hier doch nur von einer ganz äusserlichen Aneinanderreihung die Rede sein kann, wobei schlechterdings nichts Anderes herauskommt, als wenn das pactum de mutuo accipiendo und das mutuum getrennt gehalten werden: so dass in Wahrheit diese Zusammenziehung es ist, welche als etwas „vollkommen Müssiges“ erscheint. Es wird zwar nemlich die Verpflichtung zurückzugeben zugleich mit der

zu nehmen übernommen ; aber während die letztere consensu, wird die erstere dennoch, mag man das ganze Geschäft auch als Consensualcontract auffassen, doch erst re existent, so gut wie beim Miethvertrage die Verpflichtung zur Rückgabe der Miethsache. Der Miethvertrag lässt sich aber trotzdem als Consensualcontract gestalten, weil die Rückgabepflicht nicht principaler, nicht einmal begrifflich nothwendiger Inhalt der obligatio locati conducti ist.¹⁾ Bei unserem combinierten Vertrag lässt sich aber gar nicht sagen, welches der hauptsächliche Inhalt der Obligation sei, das Nehmen oder das Zurückgeben. Schon desshalb nicht, weil diese beiden Verpflichtungen, als präsente, auch nicht einen Augenblick neben einander bestehen: die eine beginnt nicht eher, als bis der andern genügt und sie dadurch getilgt ist.

Da nun im Art. 329 von einer Verpflichtung zum Nehmen nicht, wohl aber von einer Verpflichtung zum Geben die Rede ist, so könnte es auf den ersten Blick scheinen, dass hier das pactum de mutuo dando (No. II der obigen Figuren) mit dem Realcontract des mutuum zur Einheit verbunden sei. Dagegen spricht aber der Art. 331 (gleich dem Art. 524 des Dresdener Entwurfs):

Der Anspruch des Borgers auf Aushändigung des Darlehens und der Anspruch des Darleihers auf Annahme desselben verjährt in sechs Monaten vom Eintritt des Verzuges an gerechnet;

denn dieser Artikel setzt offenbar, wenn schon der Art. 329 schweigt, voraus, dass der Börger sich auch zum Nehmen verpflichtet habe; auch ist schon bemerkt worden, dass die

¹⁾ Daraus ergiebt sich die Unstichhaltigkeit folgender Argumentation, die sich schon bei Heise a. a. O. S. 44 findet. Derselbe sagt von dem Comodat als angeblichem Consensualcontract (Comodat und pactum de comodando in Eins gezogen): „freilich entsteht die Verbindlichkeit des Empfängers auch jetzt erst durch die Ablieferung . . . Allein eben das ist bei der Miethe auch der Fall, ohne dass die Römer darum nöthig gehalten hätten, diesen neuen Abschnitt des ganzen Geschäfts als einen eigenen Realcontract unter besonderm Namen aufzuführen. Wäre das Versprechen zu leihen so klagbar gewesen, wie das Versprechen zu vermieten, so hätten sie es sicher beim commodatum eben so gemacht.“

Uebernahme der Verpflichtung zur Rückgabe allermindestens die Uebernahme der Verpflichtung zur Annahme voraussetzt. Endlich aber ist zu sagen, dass sich das reine pactum de mutuo dando mit dem Realcontract zu einer Einheit überhaupt nicht verbinden lässt. Wer sie verbindet, dem zerrifft der Realcontract so zu sagen unter den Händen, und es bleibt ihm nur ein pactum de mutuo dando übrig. Wo nemlich keine Verpflichtung zum Nehmen, da hat die Verbindlichmachung zur Rückgabe die begriffliche Bedingung in sich: falls ich annehme. Nun aber verpflichtet sich in dem pactum de mutuo dando der Eine nicht zum Geben schlechtweg, sondern zum Geben eines Darlehens, also zum Geben unter der Verpflichtung zur Rückerstattung; wer diese Erklärung acceptiert, hat schon mit dieser Acceptation eben das erklärt, was in jener Verbindlichmachung zur Rückerstattung allein liegen kann: dass er, falls er nehme, zurückgeben wolle. Es könnte also die Annahmeerklärung auf die Offerte: „ich verpflichte mich, dir auf Verlangen ein Darlehen von 1000 zu geben“ auch so geschehen: „und ich verpflichte mich, diese 1000 zurückzuzahlen“. Der Vertrag, in welchem pactum de mutuo dando und mutuum verbunden sein sollen, hat keinerlei juristischen Inhalt, welcher über den Inhalt eines pactum de mutuo dando hinausginge. Auch dieses pactum wird also, wie das pactum de mutuo accipiendo, des Art. 329 ungeachtet fortbestehen.

Nehmen wir jetzt aus dem Art. 331 die Verbindlichkeit des Borgers zum Nehmen in den Art. 329 auf, so haben wir eine Verschmelzung des Realcontracts mit dem pactum III, de dando et accipiendo mutuo. Sofort ergiebt sich eine neue Schwierigkeit. Zweifellos nemlich soll der Art. 329 das verzinsliche wie das unverzinsliche Darlehen umfassen; von einer Verbindlichkeit zum Nehmen kann aber doch nur bei einem verzinslichen Darlehen die Rede sein. Entweder braucht der Borger das Geld: dann ist das unverzinsliche Darlehen für ihn ein beneficium, und sich zur Annahme eines solchen zu verpflichten hat keinen Sinn; oder er braucht

es nicht: dann kann er sich zur Annahme nur im Sinne eines Depositum verpflichten, welchenfalls dann aber die Verpflichtung des andern Theils zum Geben keinen Sinn hat. In dieser Schwierigkeit liegt vielleicht die Erklärung für die seltsame Fassung des Art. 329: die Verpflichtung zum Nehmen scheint in demselben desswegen keine Aufnahme gefunden zu haben, damit er sowohl auf das verzinsliche als auf das unverzinsliche Darlehen passe. Dann umfasst der Art. 329 in der That zweierlei Geschäfte: da, wo eine Verbindlichkeit zum Nehmen fehlt, ein Geschäft, welches tatsächlich lediglich ein pactum de mutuo dando ist; da wo Verbindlichkeit nicht blos zum Geben, sondern auch zum Nehmen besteht, dasjenige Geschäft, mit dem wir uns sogleich näher beschäftigen werden. Für diesen zweideutigen Inhalt des Art. 329 wäre dann der in dem Artikel gebrauchte Ausdruck „Darlehensvertrag“ in sofern nicht übel gewählt, als derselbe gebraucht werden kann für einen Vertrag, der Darlehen ist, bezw. sein soll, und für einen Vertrag, der ein (künftiges) Darlehen betrifft.

Wir müssen also ein verzinsliches Darlehen unterstellen, wenn das pactum III mit dem Realcontract des mutuum vereinigt werden soll. Hier kommt zuvörderst in Betracht, dass zwar das pactum de dando et accipiendo mutuo ein verzinsliches Darlehen voraussetzt, dass aber dem verzinslichen Darlehen auch ein andres pactum vorausgehen kann, z. B. das pactum de mutuo dando (oben II). Der Frage, ob ein verzinsliches Darlehen mit voraufgehender obligatorischer Beredung unter den Begriff der Sachmiethe (Kapitalmiethe) subsumiert werden könne, wollen wir erst weiter unten näher treten; hier ist zu betonen, dass in dem Falle, wo ein p. de mut. dando vorausgeht, das Geschäft Kapitalmiethe jedenfalls nicht sein muss. Es lässt sich doch vernünftiger Weise die Möglichkeit nicht bestreiten, dass trotz der Verzinslichkeit doch nur eine einseitige Bindung des künftigen Darleihers beabsichtigt war, dass der Borger sich selbst überhaupt noch nicht binden, m. a. W. dass er sich binden wollte nur für den Fall, dass er nehmen

sollte, und zwar sowohl hinsichtlich der Rückzahlung als hinsichtlich der Verzinsung. Dass er an solcher Gestaltung des Geschäfts ein gewichtiges Interesse haben kann, ist klar, und dass sie juristisch unmöglich sei, wird wohl Niemand behaupten wollen. Ja es ist noch weiter zu gehen. Wie die Erklärung „ich verpflichte mich, diese Summe drei Monate nach Empfang zurückzuzahlen“ da, wo der Erklärende sich nicht zum Nehmen bindet, weiter nichts ist, als die Annahme des Versprechens, eine Summe unter dieser Bedingung als Darlehn zu geben, so kann wenigstens, unter derselben Voraussetzung, die Erklärung: „ich verpflichte mich, diese Summe mit 5 % zu verzinsen und drei Monate nach Empfang zurückzuzahlen“ ganz wohl weiter nichts sein, als die Annahme des Versprechens eines verzinslichen Darlehens. Danach würde, wenn der Gläubiger das Geld zur Verfügung stellte, der Andre es nicht annähme, immerhin noch festzustellen sein, dass der letztere im Sinne einer Kapitalmiethe sich verpflichtet habe; für den freilich, dem es feststeht, dass ein verzinsliches Darlehen immer Kapitalmiethe ist, ist hier nichts mehr fraglich. Lautete aber die Erklärung so: „A verpflichtet sich, dem B auf den 1. Juli 1870 ein zu 5 % verzinsliches Darlehen zu geben; (folgt Bestimmung über Rückzahlung etc.); B nimmt diese Darlehenszusage an“ (Annalen der bad. Gerichte 41, 244), so ist es erst recht verfehlt, solchen Vertrag (wie Kohler a. a. O. thut) ohne Weiteres in einen Kapitalmietvertrag umzudeuten; möglich, dass die Parteien es so meinten, aber das müsste besonders festgestellt werden.

Geht dem verzinslichen Darlehen das pactum Nr. III voraus, so kann, was zunächst die Verpflichtung zur Rückgabe betrifft, diese in derselben Erklärung mit der Verpflichtung zum Nehmen übernommen werden. Sie wird aber darum doch nicht mit dieser existent; es verhält sich nicht anders, als wenn die Verpflichtung zur Rückgabe mit der aus pactum I entspringenden zusammengezogen wird. Durch die Erklärung „ich verpflichte mich zur Rückzahlung“, entsteht eine präsente Verpflichtung nicht; eine zukünftige

aber in keinem andern Sinne und in keiner grösseren Stärke, als es auch durch die Erklärung „ich verpflichte mich zu nehmen“ — nemlich als Darlehen zu nehmen — allein schon geschieht. Die wirkliche Verpflichtung zur Rückzahlung entsteht, wenn man das mutuum mit dem pactum III zusammenzieht, gleichfalls in keiner andern Weise und zu keinem andern Zeitpunkt, als sie entsteht, wenn das besagte pactum und der Realcontract vollständig getrennt gehalten werden. Den bündigsten Beweis hiefür hat übrigens der Gesetzgeber selbst geliefert: obwohl in der Geschäftsberedung des Art. 329 Rückzahlung versprochen ist, hat sich der Gesetzgeber doch wohl gehütet, aus derselben allein schon eine Verpflichtung zur Rückzahlung entspringen zu lassen; es entsteht daraus nach Art. 331 — Schweigen ist hier so deutlich, als Reden — nur die Verpflichtung zu geben und zu nehmen.

Wir kommen jetzt an die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen. Entsteht wenigstens sie consensu in demselben Sinne, wie beim Miethvertrag die Verpflichtung, den Miethpreis zu zahlen, so scheint kein Zweifel sein zu können, dass wir es mit einem synallagmatischen Consensualcontract zu thun haben, welcher der Sachmiethe vollständig entspricht bis auf den Unterschied, dass das Miethobject nicht in specie, sondern in genere zu restituieren ist. Es soll nun, vorbehaltlich späterer Richtigstellung, nicht bestritten werden, dass die Verpflichtung, ein verzinsliches Darlehen zu nehmen, in sich schliesse die Verpflichtung zur Zinsenzahlung von dem Augenblick an, wo das Kapital vertragsmässig zur Verfügung gestellt worden ist. Gleichwohl muss bestritten werden, dass dann ein zweiseitiger, synallagmatischer Consensualcontract vorliege, bei welchem die Rückgabe dieselbe untergeordnete Rolle spielt, wie bei der Sachmiethe. Und zwar ist dabei der erwähnte Unterschied, so unbedeutend er erscheint, allerdings im Grunde entscheidend.

Von einem Synallagma kann auch bei einem verzinslichen Darlehen mit vorausgehender obligatorischer Beredung so lange keine Rede sein, als die Verpflichtung zur Rück-

zahlung die principale ist. Bei einem Synallagma kann jede der in solcher Verbindung stehenden Verpflichtungen zuerst erfüllt werden; bei der Verpflichtung auf Rückgabe kann daran, dass sie vor der zum Geben erfüllt werde, Kraft ihres Inhaltes gar nicht gedacht werden und folglich kann nirgend, wo die Rückgabeverpflichtung die Hauptverpflichtung ist und also den Charakter des Geschäfts bestimmt, von synallagmatischer Bindung gesprochen werden. Die Sachmiethe konnte lediglich deshalb als synallagmatischer Vertrag gestaltet und so mit der Dienstmiethe, wo Rückgabe von Sachen nicht in Frage kommt, in eine Contractsfigur zusammengefasst werden, weil da die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses als Hauptverpflichtung angenommen worden ist. Es wird sich nur fragen: ist es eine willkürliche Annahme, dass beim verzinslichen Darlehen die Verpflichtung zur Rückgabe, bei der Sachmiethe dagegen die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses die Hauptverpflichtung des einen Contrahenten ist, oder hat diese verschiedene Auffassung eine reale Grundlage?

Wer das verzinsliche Darlehen kurzweg als Kapitalmiethe bezeichnet und construiert, möge sich doch einmal vergegenwärtigen, wie der angebliche Kapitalvermiether und derjenige, der eine andre Sache vermiethet hat, sich stellen, wenn über den Miether Konkurs ausbricht. Im Falle der Sachmiethe liquidiert der Vermiether den Miethzins als Konkursgläubiger; sein Kapital, die Miethsache fordert er als Vindicant zurück. Bei der sogenannten Kapitalmiethe aber muss der Vermiether auch sein Kapital als Konkursgläubiger liquidieren; er wird vermutlich finden, dass seine Rechtsstellung von der des andern Vermiethers recht sehr verschiedenen sei. Wenn es auch vom ökonomischen Standpunkte aus angehen mag, die dargeliehene Geldsumme in eine Linie mit einer Miethsache zu stellen: juristisch besteht zwischen beiden Fällen der gewaltige Unterschied, dass das „Kapital“ das eine Mal in der Eigenthumssphäre des Gebers bleibt, das andre Mal in die Eigenthumssphäre des Empfängers tritt; dies ignorieren heisst den juristischen Standpunkt verleugnen.

Wo nun Jemand verpflichtet ist, ein Kapital und Zinsen für die gewährte Benutzung desselben in das Eigenthum eines Andern zu bringen (dare): da kann nur die erste Verpflichtung als die principale aufgefasst werden. Denn da Kapital und Zins hier in denselben juristischen Process des dare eingehen, so kommen sie allerdings nicht blos ökonomisch, sondern juristisch zur Vergleichung; juristisch aber erscheint das Kapital immer als das Principale, wenn schon es dem Gläubiger hauptsächlich auf den Zinsenbezug ankommen und er, solange er die Zinsen richtig erhält, an die Rückzahlung des Kapitals gar nicht denken, ja sie gar nicht wünschen mag. Wenn dagegen das Kapital in der Eigenthumssphäre des Gebers bleibt, folglich von einem dare nur bezüglich des Miethzinses die Rede ist, so kommen diese beiden Leistungen juristisch nicht in Vergleich, weil sie sozusagen nicht auf einem Blatt stehen, und darum ist es juristisch möglich, die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses als die hauptsächliche aufzufassen. Hieraus erhellt denn auch klar, warum zwar das Commodat, sobald es aufhört unentgeltlich zu sein, in Miethe übergeht, das mutuum dagegen nicht; sowie, dass es nicht zufällig ist, dass die römischen Juristen, denen der Uebergang des Commodats in locatio conductio ganz geläufig ist, auch nicht ein einziges Mal etwas Aehnliches in Bezug auf verzinsliches Darlehen andeuten.

Weil die Verpflichtung, den Miethzins zu zahlen, nicht als eine accessorische hingestellt ist, darum ist von einer Verpflichtung des Miethers, die Miethsache zu nehmen, keine Rede; er mag das halten, wie er will. Dagegen kann gerade deshalb, weil die Verpflichtung zur Zinsenzahlung eine accessorische ist, von einer Verpflichtung zum Nehmen des Darlehens die Rede sein, da ohne dieses Nehmen die Hauptverpflichtung zum Rückzahlen und folglich auch die accessorische Verpflichtung zum Zinsenzahlen nicht existent wird. Hat sich daher Jemand zum Nehmen eines verzinslichen Darlehens verpflichtet, und nimmt er nun das Darlehen nicht, so ist es genau genommen — praktisch hat diese Un-
genauigkeit allerdings nichts zu bedeuten — nicht richtig

zu sagen, dass er nun ebenso Zinsen zahlen müsse, wie der Miether, der sich unbegründet weigert, die Miethsache zu übernehmen, Miethzins bezahlen muss. Vielmehr ist er verpflichtet, dem andern Contrahenten den aus dem Nichtnehmen entstandenen Schaden zu ersetzen, welcher darin besteht, dass demselben bis jetzt keine Zinsenforderung erwachsen ist, weil das Kapital nicht genommen wurde. Die Klage wäre somit correcter Weise nicht auf Zinsenzahlung, sondern auf Nehmen des Kapitals und auf Schadensersatz zu richten.

Auch W i n d s c h e i d verwirft (Pand. § 371, Note 6) die Charakterisierung des verzinslichen Darlehens als eines zweiseitigen Consensualcontracts, und zwar auch dann, wenn ein pactum de mutuo dando et accipiendo vorhanden ist. Von einem dem Miethvertrage entsprechenden Consensualvertrage dürfe aber dann geredet werden, „wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, dass jetzt sofort ein Darlehensgeschäft abgeschlossen sein solle, durch welches der eine Contrahent verpflichtet werde, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauch hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen“. Diese G e s c h ä f t s b e r e d u n g ist nun allerdings der eines Miethvertrags durchaus conform gehalten; insbesondere ist von einer Verpflichtung zu nehmen keine Rede, und die Verpflichtung zum Zurückgeben ist dadurch, dass sie nicht erwähnt ist, als eine solche gekennzeichnet, welche, wie das auch von der Verpflichtung zur Rückgabe der Miethsache gilt, nicht notwendig zur obligatorischen Wirkung des Geschäfts gehört, und, wenn sie auch existent wird, nicht als Hauptverpflichtung erscheint. Indessen bei genauerem Zusehen findet sich einerseits, dass die mit der Hingabe einer Geldsumme zum Gebrauch unweigerlich verbundene Rechtsfolge des Eigenthumsübergangs und was damit nach dem oben Bemerkten zusammenhängt, dem juristischen Charakter der Miethe sich nicht fügen will; anderseits dass der Zweifel sich nicht beschwichtigen lassen will, ob eine Geschäftsberedung, in der die Verpflichtung zur Rückzahlung als nebensächlich gar nicht zum Ausdruck kommt, noch mit Grund als Darlehensgeschäft bezeichnet

werden könne. So wenig also hält die angebliche juristische Indifferenz des verzinslichen Darlehens mit Geldmiethe Stich, dass eine danach construierte Geschäftsberedung, statt eben-sogut Darlehens- wie Miethsvertrag zu sein, weder das eine noch das andere ist.¹⁾

Ueber *commodatum* und *depositum* mit vorausgehendem *pactum de contrahendo* können wir uns, nach dem über das Darlehen Gesagten, kurz fassen.

Beim *Commodat* hat eine Verpflichtung zum Nehmen, regelmässig wenigstens, keinen Sinn; das *pactum de commodando* hat also in der Regel eine Verpflichtung zum Geben zum Inhalt. Es gilt hier durchaus das oben S. 27 f. über das *pactum de mutuo dando* (Nr. II) Bemerkte. Wir finden dies darin bestätigt, dass der Art. 321 an juristischem Gehalt durchaus nichts aufweist, was in einem *pactum de commodando* nicht auch enthalten wäre. Der Entlehner ist zum Nehmen nicht verpflichtet, folglich vor dem Empfang überhaupt zu Nichts; der von ihm schon vorher abgegebenen Erklärung, dass er die Sache nach gemachtem Gebrauch an den Verleiher zurückgeben wolle, kommt keine weitergehende Bedeutung zu, als welche auch der Annahme der Erklärung des Leihers, dass er die Sache verleihen wolle, innwohnt.

Beim *Depositum* umgekehrt ist von einer Verpflichtung zum Deponieren keine Rede. Es kann also nur das *pactum I* in Betracht kommen, und über die Zusammenschweissung dieses *pactum* mit dem Realcontract des *Depositum* ist das-selbe zu sagen, wie beim Darlehen (oben S. 26). Eine solche Zusammenziehung ist denn auch selbst von Demelius (S. 407 a. a. O.) für unnütz erklärt worden.

Betrachtet man aber den das *Depositum* definierenden Art. 475 des schweiz. Obligationenrechts genauer, so findet sich, dass darin von Uebernahme einer Verpflichtung zur Rückgabe überhaupt nicht die Rede ist.²⁾ Warum, ist nicht recht ersichtlich, da über die Verpflichtung zur Rückgabe

¹⁾ Ganz entschieden gegen die besprochene Identificierung Huschke a. a. O. S. 27 und Note 1 daselbst.

²⁾ Anders im Dresdener Entwurf Art. 732.

(natürlich auch erst der hinterlegten Sache) kein Zweifel ist (Art. 478, 480), und die Uebernahme dieser Verpflichtung sich an diejenige der Verpflichtung zur Uebernahme und Aufbewahrung ganz ungezwungen anschliesst. An den Rechtsbegriffen des gemeinen Rechts gemessen, enthält der Art. 475 überhaupt keinen Hinterlegungsvertrag, weder den Realcontract des depositum, noch ein pactum de depositando, noch beides kombiniert, sondern einen Mandatsvertrag, in welchen das Depositum allerdings leicht übergeht (l. 1, § 12, depos. 16, 3), oder eine Dienstmiethe, bezw. (wenn die Vergütung nicht in Geld besteht) einen Innominatcontract (l. 1, § 8—10 eod.). Dass damit das depositum, welches das gemeine Recht kennt, nicht aus der Welt geschafft ist, versteht sich von selbst. Auch hat dasselbe vom Gesetzgeber wohl mitnormiert werden wollen; wenigstens können die Artikel 476—485 auf dasselbe angewendet werden.

Blicken wir jetzt zurück. Der Versuch des Gesetzgebers, die Realcontracte des mutuum, depositum und commodatum zu beseitigen und durch Consensualcontracte zu ersetzen, ein Versuch, welcher von Hause aus durch keinerlei praktisches Bedürfniss motiviert war, sondern lediglich einem vermeintlichen theoretischen Interesse zu lieb unternommen wurde, muss gerade vom theoretischen, dogmatischen Standpunkte als vollständig misslungen bezeichnet werden. Er ist misslungen, nicht weil der Gesetzgeber in der Lösung der Aufgabe ungeschickt gewesen wäre, sondern weil diese Aufgabe überhaupt nicht zu lösen ist. Gerade weil der Gesetzgeber that, was er konnte, hat sich deutlich herausgestellt, dass er eben das nicht vermochte, was er wollte. Es fragt sich nun noch, wie die Sachen in der Praxis sich machen werden, nachdem nun einmal der verunglückte Versuch Gesetz geworden ist.

In dieser Beziehung steht es nun nicht so schlimm, als man von vornherein erwarten könnte. Der Gesetzgeber hat die Unmöglichkeit, diese drei Realcontracte mit den betref-

fenden pacta de contrahendo zu verschmelzen und dadurch zu Consensualcontracten zu machen, nicht nur bewiesen durch den Inhalt, den er den betreffenden Verträgen gab, sondern noch viel schlagender durch sein Unvermögen, für etwas Anderes Rechtssätze aufzustellen, als einerseits für den Realcontract, andererseits für ein entsprechendes pactum de contrahendo. So findet sich in dem Titel über das Darlehen kein einziger Rechtssatz, welcher seine Existenz und innere Begründung dem Gedanken verdankt, dem der Gesetzgeber im Art. 329 Ausdruck zu geben versucht hat: dem Gedanken, dass das Darlehen (nebst pactum de mutuo) ein zweiseitiger Consensualcontract sei. Die Artikel 331, 332 betreffen das pactum de mutuo dando et accipiendo, die Art. 333, 336 den Realcontract; die Bestimmungen über die Verzinsungen (Art. 330, 334, 335) könnten auch ebenso lauten, wenn Realcontract und pactum de contrahendo strengstens auseinander gehalten werden. So wird denn auch gewiss kein praktischer Jurist Anstand nehmen, den Art. 336 anzuwenden auf Darlehen, bei denen von einer Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums an den Borger schon aus dem Grunde keine Rede sein kann, weil der Borger schon Eigenthümer ist, wie z. B. in dem Falle, wo der Verkäufer dem Käufer den geschuldeten Kaufpreis als Darlehen „lässt“.

In dem Titel über die Gebrauchsleihe normieren die Artikel 322—27 lediglich den Realcontract, denn sie treffen zu ganz ebenso, ob der Hingabe der Sache ein pactum vorausgegangen ist oder nicht; wogegen von dem letzten Artikel 328 zweifelhaft ist, ob er nur auf die Verpflichtung aus dem pactum de commodando, oder auch auf die realcontractliche Verpflichtung zu beziehen sei.

Wie es sich mit den Bestimmungen über den Hinterlegungsvertrag verhält, ist schon angedeutet; eine Aussonderung der auf den Realcontract und der auf das pactum de deposito bezüglichen Artikel ist nicht gut möglich, weil Mandat und Miethvertrag hereingezogen sind. Indess sieht man z. B. die Bestimmung in Art. 476 an: „der Aufbewahrer darf die hinterlegte Sache . . . nicht gebrauchen“, so ist

klar, dass sie ebenso lauten würde, wenn der Art. 475 das Depositum als Realcontract definiert hätte.

Immerhin giebt es noch Punkte, bezüglich deren nicht zu leugnen ist, dass jene künstliche Verquickung von Realcontract und pactum de contrahendo ein Hinderniss sachgemässer Behandlung in der Praxis werden kann, beziehungsweise ein Hinderniss sachgemässer Regelung für den Gesetzgeber gewesen ist.

So kann sie leicht ein Hinderniss unbefangener Würdigung des Parteiwillens sein. Wenn im wirklichen Geschäftsverkehr Verträge sich finden — was nicht bezweifelt werden soll —, die dem Art. 329 entsprechen: so wird doch häufig das, was die Parteien damit gewollt haben, nicht dasselbe sein, was der Gesetzgeber als Inhalt des Art. 329 sich gedacht hat. Die Parteien werden bei solcher Geschäftsberedung oft nur ein pactum de mutuo dando gewollt haben. Sind der Realcontract und der Vorvertrag getrennt gehalten, so hat es keine Gefahr, dass die Frage, ob der eine Contrahent sich zum Nehmen verbindlich gemacht habe oder nicht, als das behandelt werde, was sie in der That ist: als reine quæstio facti, deren Beantwortung auch durch die Erklärung, man verpflichte sich dieses Darlehen zurückzuzahlen, noch nicht unbedingt präjudiziert wird. Bei der vom Gesetzgeber beliebten Verschmelzung beider kann es aber, im Falle wo es sich um ein verzinsliches Darlehen handelt, sehr leicht kommen, dass dem Contrahenten, welcher das Darlehen erhalten soll, sich aber das Nehmen freigelassen hat, eine Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, ganz zu Unrecht auferlegt wird. Entweder so, dass von Rechtswegen, d. h. auf Grund der angenommenen Einheitlichkeit des Realcontracts und des pactum de contrahendo, eine Verbindlichkeit zum Nehmen in das Geschäft hineininterpretiert wird — vielleicht noch unter Zuhilfenahme des Art. 331 —; oder so, dass in Consequenz der überdies noch angenommenen Identität dieses einheitlichen Geschäfts mit einem Miethvertrag, eine Verbindlichkeit Zinsen zu zahlen statuiert wird selbst ohne eine Verbindlichkeit zum Nehmen. Hat doch Kohler, ohne weitere thatsächliche Feststellung,

selbst da so entschieden, wo der Borger sich weder zum Nehmen noch zum Rückzahlen verpflichtet, sondern lediglich die Offerte des Darlehensgebers acceptiert hatte!

Diese Gefahr ist beseitigt, sobald die schweizerische Praxis den theoretischen Standpunkt, den der Gesetzgeber hinsichtlich der drei Realcontracte eingenommen hat, als unrichtig erkennt und verlässt. Das kann unbeschadet des Gehorsams, den jeder Bürger dem Gesetze schuldet, geschehen; denn theoretische Ansichten, auch wenn ein Gesetz sie ausdrücklich ausgesprochen oder ihnen in Definitionen Ausdruck gegeben hat, haben keinerlei verbindliche Kraft. Sie haben solche nur, sofern sie in Willensbestimmungen, d. h. in Rechtsätze umgesetzt sind, und das ist, wie wir schon bemerkt haben, in casu nicht der Fall. Einstweilen wird aber Jedem, der sich ein verzinsliches Darlehen zusagen lässt, ohne sich selbst binden zu wollen, anzurathen sein, ausdrücklich zu erklären, dass er nicht zum Nehmen, und zum Zinsenzahlen nur im Falle des Nehmens gebunden sein wolle.

Ein zweiter Punkt ist die Cessibilität der hier in Betracht kommenden Forderungen.

Geht ein Vertrag dahin, dass Jemand sich verpflichtet, von einem Capitalisten zu bestimmtem Termin ein verzinsliches Darlehen zu nehmen, so wird nichts dagegen zu erinnern sein, wenn der Kapitalist sein Recht aus solchem Vertrage cediert. Wenn Göppert (a. a. O. S. 424) die Forderungen aus jedem pactum de contrahendo für nicht cessibel erklärt, so ist eine Gleichförmigkeit aller dieser pacta vorausgesetzt, die in Wahrheit nicht vorhanden ist. Ebenso verhält es sich mit der Forderung auf Nehmen aus einem pactum de dando et accipiendo mutuo. Ganz anders dagegen steht es mit der Forderung auf Geben, gleichviel ob diese aus einem zweiseitigen pactum entspringt, oder ob es sich um ein pactum de mutuo dando handelt. So wenig der Gläubiger sich einen andern Schuldner aufdrängen zu lassen braucht, so wenig braucht Jemand einen neuen Gläubiger sich gefallen zu lassen da, wo die Realisierung des Gläubigerrechts dazu führt, den Gläubiger (aus dem pactum) zum

Schuldner (aus dem Realcontract) zu bekommen. Dasselbe gilt auch von dem pactum de commodando, nur ist die Frage der Cessibilität hier von geringerer Tragweite, weil dem Commodanten das Eigenthum der Sache bleibt und von Leistung einer Vergütung an ihn keine Rede ist.

Die Nichtcessibilität der Forderung auf Geben ist denn auch in der gemeinrechtlichen Praxis und in neuern Gesetzbüchern anerkannt; die Nachweisungen bei Göppert a. a. O. Wären nun im schweizerischen Obligationenrecht die pacta de mutuo dando und de commodando als besondere obligatorische Verträge, und folglich die daraus entspringenden Obligationen als Rechtsverhältnisse für sich (nicht blos als Stücke eines als Synallagma gedachten Verhältnisses) hingestellt, so wäre, um eine der Natur der Sache entsprechende Behandlung der Cessibilitätsfrage in der Praxis zu verbürgen, vollständig ausreichend der Art. 183: „der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen.“ Da aber die Pflicht zum Leihen, zum Aushändigen eines Darlehens nach Art. 321, 329 nur als Bestandtheile eines Synallagma hingestellt sind, so kann es nicht als zulässig erscheinen, die Forderung auf Rückgabe für cessibel zu erklären, die auf Hingabe aber nicht. Diess ist erst dann zulässig, wenn die vom Gesetzgeber vorgenommene Verbindung wieder gelöst, oder vielmehr, wenn eingesehen wird, dass solche Verbindung in der That nur ein Schein, ein nicht gelungener Versuch ist. Vielleicht tragen diese Zeilen dazu bei, diese Einsicht zu verbreiten. Inzwischen dürfte es wieder gerathen sein, auf Grund des Art. 183 die Cession vertragsmässig auszuschliessen.

Mit der Frage der Cessibilität verwandt ist die der Vererblichkeit. Dieselben Gründe, welche gegen jene sprechen, können auch gegen diese geltend gemacht werden (vgl. Göppert a. a. O. S. 425), und zwar sind sie auch hier bei dem pactum de mutuo dando viel dringender, als bei dem

pactum de commodando. Auffallender Weise ist nun aber gerade für den letztern Fall gesorgt, aber nicht für den, wo ein Darlehen zu geben versprochen worden ist.

In Bezug auf das Commodat bestimmt Art. 328: „die Gebrauchsleihe endigt mit dem Tode des Entlehners.“ Unter Gebrauchsleihe ist verstanden das durch den in Art. 321 beschriebenen Vertrag begründete obligatorische Rechtsverhältniss. Ist nun die Tragweite des Art. 328 zu bemessen nach dem Inhalte, den der Art. 321 wirklich hat, oder nach dem Inhalte, den dieser Artikel nach der Vorstellung des Gesetzgebers hat? Erstenfalls ist zu sagen: die Beredung des Art. 321 ist lediglich ein pactum de commodando (s. oben S. 35); dann enthält der Art. 328 den in keiner Weise zu beanstandenden Satz: die Verpflichtung aus dem Versprechen, eine Sache zur Leihe geben zu wollen, erlischt mit dem Tode des Promissars. Im zweiten Falle aber muss der Art. 328 überdiess auch auf das durch Hingabe der Sache begründete obligatorische Verhältniss bezogen werden, denn der Gesetzgeber ist ja der Meinung, im Art. 321 das pactum de commodando mit dem Realcontract des commodatum vereinigt zu haben. Dies aber ergiebt ein bedenkliches Resultat. Einmal in Bezug auf das Recht des Commodatars, die Sache zu behalten, bis der eingeräumte Gebrauch gemacht ist; es wird oft genug vorkommen, dass der Erbe den von dem Erblasser begonnenen Gebrauch fortsetzen muss, wenn er nicht in Schaden kommen soll. Nicht minder aber auch in Bezug auf die Pflicht zur diligentia: ist die obligatio aus Commodo zu Ende, so wird der Erbe doch wohl nur wegen Arglist und culpa lata verantwortlich gemacht werden können. Ich fürchte, dass der Art. 328 in diesem zweiten Sinne verstanden werden muss. Denn er setzt einen Rechtssatz fest, und dieser ist im Sinne des Gesetzgebers aufzufassen. Hier hat also allerdings die verfehlte Verquickung von Realcontract und pactum de contrahendo eine Rechtsbestimmung veranlasst, welche denn auch ganz unzweckmässig ist; sowohl der Leiher als der Verleiher haben ein Interesse, dieselbe dadurch unschädlich zu machen, dass die realcontractlichen Ver-

p f l i c h t u n g e n aus der Leihe ausdrücklich auch auf den Erben des Entlehnerns gestellt werden.

Bei dem „Darlehensvertrag“ des Art. 329 gieng es nicht wohl an, eine ähnliche einheitliche Bestimmung hinsichtlich der Vererblichkeit zu geben, wie sie im Art. 328 vorliegt; dies hätte dazu geführt, dass jedes Darlehen mit dem Tode des Schuldners sofort rückzahlbar geworden wäre. Der vermeintlichen Einheitlichkeit von mutuum und pactum de mutuo dando zu Liebe ist dann, so scheint es, auch über die Vererblichkeit der Forderung aus pactum de mutuo dando keine Bestimmung in den Titel 10 aufgenommen. Da nun das schweizerische Obligationenrecht, abweichend vom Dresdener Entwurf (Art. 385), eine generelle Bestimmung über das Erlöschen von Obligationen durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners nicht enthält, so wird dem Resultat nicht auszuweichen sein, dass nach schweizerischem Recht die Forderung auf Aushändigung des Darlehens an die Erben übergeht. Um so mehr wird man dies als den Willen des Gesetzgebers annehmen müssen, als derselbe in einer andern Richtung, nemlich um im Falle des Concurses oder der Zahlungseinstellung des Borgers der clausula „rebus sic stantibus“ Geltung verschaffen zu können, sich doch im Art. 332 herbeigelassen hat, über die Verpflichtung zur Aushändigung des Darlehens eine besondere Bestimmung zu treffen. Wir sehen also: die Verbindung von Realcontract und pactum de contrahendo hat beim Commodat eine unzweckmässige Bestimmung hervorgerufen, beim Darlehen hat sie eine zweckmässige Bestimmung verhindert.

Es ist nun allerdings zuzugeben, dass die Gefahr, an Stelle des in Aussicht genommenen Darlehensschuldners in Folge Erbgangs einen oder mehrere andere zu erhalten, vermindert ist durch die dem Anspruch auf Aushändigung des Darlehens gesetzte kurze Verjährungsfrist. Aber es wäre doch bei weitem zweckmässiger, wenn auch die Unvererblichkeit dieses Anspruchs festgesetzt wäre. Es ist doch sehr zweierlei, ob der A, dem ich dargeliehen habe, stirbt und von einem Zahlungsunfähigen beerbt wird, oder ob ich, der

ich dem A ein Darlehen versprochen habe, nun gezwungen werden kann, den unsoliden und zahlungsunfähigen Erben des A zu meinem Schuldner erst zu machen, und also mit sehenden Augen mein Geld zu verlieren. Im ersten Falle bin ich Gläubiger und habe das beneficium separationis; im zweiten soll ich mich erst zum Gläubiger machen und habe — das Nachsehen.

Auch hier wird nicht anders zu helfen sein, als dass das Darlehen versprechende Publicum sich selber schützt, durch ausdrücklichen Ausschluss der Vererblichkeit der daraus entstehenden Forderung.

Wir wenden uns jetzt noch zur Betrachtung des vierten einstweilen bei Seite gelassenen Realcontracts, des pignus. Hier hat sich das schweizerische Obligationenrecht von dem Dresdener Entwurf emancipiert; es ist sehr instructiv zu sehen, was hier und was dort aus diesem Realcontract geworden ist.

Der Pfandcontract nimmt unter den vier benannten Realcontracten insofern eine eigenthümliche Stellung ein, als die Verpflichtung zur Rückgabe unter Umständen wegfallen kann; es liegt schon im Sinne der ursprünglichen Hingabe zu Pfand, das eventuell auf Nimmerwiedersehen gegeben wird. Dass dennoch dieser Vertrag als Realcontract gestaltet wurde, hat zwei Gründe; der eine ist ein historischer, und liegt darin, dass dem Gläubiger durch Hingabe der Sache als pignus ursprünglich noch keine Verkaufsbefugniss erwuchs, welche vielmehr durch besonderes Geding zu begründen war. Daher konnte man das pignus als eine Art Depositum, nemlich als ein Depositum zur Sicherung des Depositars, auffassen; man erinnere sich an den Ausdruck pignori deponere. Der zweite Grund rechtfertigt es auch heute noch, den Pfandcontract als Realcontract zu behandeln. Er liegt darin, dass ein etwaiger Verkauf der unerwünschte Ausgang der Sache ist; als das Normale wird ins Auge gefasst die Rück-

gabe des Pfandes, weil das Normale ist, dass der Schuldner seinen Gläubiger befriedigt.

Dieselben Verpflichtungen, welche mit *actio pignericia directa* verfolgt werden, finden auch statt, wenn der Gläubiger auf Grund hypothekarischer Verpfändung oder eines gesetzlichen oder richterlichen Pfandrechts in den Besitz einer Pfandsache gekommen ist. Auch hier entsteht die Verpflichtung zur Rückgabe überall *re*, und zwar ist *res* in allen Fällen die Inbesitznahme der Sache, und nicht etwa im Falle hypothekarischer Verpfändung die Verschaffung des dinglichen Pfandrechts (wie Scheurl meinte). Im Falle hypothekarischer Verpfändung ist auch *consensus* bei der *res*, weil der Verpfänder durch Begründung der Hypothek eventuell auch in das gewilligt hat, was die *res* ausmacht. Hier, wie bei Auslieferung der Miethsache, geht der *consensus* der *res* voraus, allerdings nur als eventueller. Es wird also auch hier kein Bedenken haben, einen Realcontract anzunehmen. Bei dem gesetzlichen und richterlichen Pfandrecht liegt, wenn der Gläubiger in den Besitz kommt, zwar *res* aber kein *consensus* vor — der tacitus *consensus* der Quellen ist schliesslich doch nur ein Constructionsbehelf — folglich zwar Realobligation, aber nicht Realcontract. Diese Realobligation gehört zu denjenigen, welche quasi ex contractu (nicht: aus Quasicontract, von dem die Quellen nichts wissen) entstehen.

Die Verfasser des Dresdener Entwurfs haben nun, wie es scheint, zunächst an die Stelle des *pignus* ein *pactum de pignerando* gesetzt, entsprechend ihrem Verfahren bei den andern benannten Realcontracten. Dann haben sie aber noch weiter erwogen, dass ja auch bei hypothekarischer Verpfändung dieselben Rechtsverhältnisse entstehen können, und so ist dann an die Stelle eines *pactum de pignerando* (i. e. *de pignore dando*) der Art. 954 getreten:

Durch den Pfandvertrag wird der eine Vertragsschliessende (der Schuldner oder ein Dritter) dem andern (dem Gläubiger) verpflichtet, zur Sicherstellung einer Forderung des Letztern ein Pfandrecht zu bestellen.

Also ein Vorvertrag, aber nicht zu einem obligatorischen Realcontract, sondern zu dem dinglichen Verpfändungsvertrag; ein Vertrag, der eine einseitige Verpflichtung erzeugt, welcher auch durch Bestellung einer blossen Hypothek genügt wird, welchenfalls zwischen der Verpflichtung aus dem pactum de contrahendo und der realcontractlichen Verpflichtung nicht einmal der Zusammenhang besteht, dass durch Erfüllung jener diese begründet wird! Gleichwohl sind an diesen Art. 954 ganz unvermittelt die Art. 955—57 angeschlossen, welche die realcontractliche Verpflichtung des Gläubigers normieren.

Dass das schweizerische Obligationenrecht dem Dresdener Entwurf in dieser Gestaltung des Pfandcontracts nicht gefolgt ist, kann gewiss nur gebilligt werden. Dem Pfandcontract selbst ist es aber darum nicht besser ergangen: er ist im schweizerischen Obligationenrecht überhaupt abhanden gekommen. Zwar ist in dem Abschnitt über das Faustpfandrecht (Tit. 6, Nr. II) auch von Haftung des Faustpfandgläubigers für den aus Verschlechterung und Untergang der verpfändeten Sache entstandenen Schaden die Rede. Allein diese Haftbarkeit erscheint hier mehr nur als die Folge der Beschränktheit seines Rechts an der Sache, denn als Inhalt einer besonderen Obligatio. Diese Auffassung wird wenigstens überaus nahegelegt durch den Art. 221, in welchem die Hauptverpflichtung aus dem Realcontract des pignus auf Rückgabe des Pfandes in folgender negativer Weise hingestellt ist:

Der Faustpfandgläubiger ist nicht verpflichtet, das Pfand oder einen Theil desselben herauszugeben, so lange er für seine versicherte Forderung nicht volle Befriedigung erlangt hat.

Hier ist, so scheint es uns, normiert nicht die obligatorische Verpflichtung zur Rückgabe, sondern der Umfang einer gegen die Vindication des Eigenthümers sich richtenden und auf das dingliche Pfandrecht sich gründenden Einrede; die mittelst des argumentum a contrario aus dem Artikel herauszulesende Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Pfandes erscheint nicht auf eine obligatio, sondern lediglich

auf das Eigenthum des Verpfänders sich zu gründen. Mit dieser Auffassung stimmt überein, was sonst schwer zu erklären sein würde: dass von obligatorischen Rechten des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder — von denen, welche den Inhalt der actio pignericia contraria ausmachen, und in den Artikeln 958, 959 des Dresdener Entwurfs geordnet sind — nirgend etwas verlautet.

Danach scheint es, als ob in dem schweizerischen Obligationenrecht aus derjenigen systematischen Anordnung, welche den Realcontract des pignus in die Lehre vom dinglichen Pfandrecht verweist (wie sie sich z. B. bei Thibaut, Sintenis, Wächter findet), ungerechtfertigte dogmatische Consequenzen gezogen worden seien. Denkt man aber über die Gründe nach, welche zu der bezeichneten systematischen Anordnung geführt haben mögen, so führt das zu dem überraschenden Ergebniss, dass die Beseitigung der römischen Stipulation, weit entfernt, die benannten Realcontracte in Wegfall zu bringen, im Gegentheil das gemeine Recht um einen oder zwei Realcontracte reicher gemacht hat, welche allerdings bisher völlig unerkannt, darum natürlich auch unbenannt geblieben sind. Wir schliessen die vorliegende Studie ab, indem wir dies noch kurz darlegen.

Für die Einreihung des Pfandcontracts in die Lehre vom Pfandrechte scheint bestimmend gewesen zu sein der Umstand, dass, wie in den Digesten selbst, so auch in den Lehrbüchern des Pandektenrechts von den Pflichten des Niessbrauchers beim Niessbrauch und nicht bei den Obligationen gehandelt wird. Muss aber die Parallelie zwischen der an das dingliche Pfandrecht und der an das Niessbrauchsrecht sich anschliessenden obligatorischen Verpflichtung für zutreffend erachtet werden — und sie ist es allerdings —: so folgt daraus freilich das Postulat gleicher systematischer Behandlung, vor allem aber folgt daraus, dass durch Geben und Nehmen einer Sache zu Niessbrauch ganz ebenso ein Realcontract abgeschlossen wird, wie durch Geben und Nehmen einer Sache zu Pfand. Warum das römische Recht diesen Realcontract

nicht hat, ist klar: es hatte die stipulatio usufructuaria aus einer Zeit überkommen, in der es formlose Realcontracte, ausgenommen etwa das mutuum, noch nicht gab, und blieb dabei dann auch später stehen. Heute ist man darüber einig, dass es eines besonderen, den Inhalt der stipulatio usufructuaria in sich aufnehmenden pactum nicht bedarf, um den Niessbraucher im Sinne dieser Stipulation zu verpflichten (s. z. B. Windscheid § 204); in diesem Falle ist auf die Frage, welches denn nun der obligierende Thatbestand sei, eine andere Antwort nicht zu geben, als die: das Geben und Nehmen der Sache zu Niessbrauch.¹⁾ Der zu jedem Realcontract erforderliche consensus fehlt hier so wenig, als wenn eine Sache zu Pfand gegeben und genommen wird; er kommt in dem ausgesprochenen oder aus den Vorgängen zu entnehmenden „zu Pfand“, „zu Niessbrauch“ zum völlig genügenden Ausdruck. Dass aber auch da, wo der Hingabe zu Niessbrauch ein besonderes Versprechen dereinstiger Rückgabe der Niessbrauchssache vorangegangen ist, die betreffende Verpflichtung erst re entsteht, bedarf nach den früheren Ausführungen keiner besonderen Begründung mehr.

Ebendasselbe gilt von Geben und Nehmen einer Sache im Falle eines usus (l. 5, l. 11, § 1 usufr. quemadm. cav. 7, 9). Hier wie dort ist der Realcontract bonæ fidei.

Bei gesetzlichem Niessbrauch aber steht die Sache wie bei gesetzlicher Hypothek: die Realobligation entsteht quasi ex contractu, sobald der dinglich Berechtigte die seinem Recht unterworfone Sache an sich nimmt.

¹⁾ Wenn Windscheid § 204 Note 1 sagt: die Obligation des Niessbrauchers ist heutzutage eine gesetzliche, so ist damit weiter nichts gesagt, als dass das Erforderniss einer die stipulatio usufructuaria ersetzenden convention verneint wird. Frägt man weiter: an welchen Thatbestand knüpft das Gesetz in diesem Falle die Verpflichtung des Niessbrauchers, so findet sich, dass dieser Thatbestand nicht blos hier, sondern auch anderswo vorkommt, dass die Verpflichtung des Niessbrauchers in keiner andern Weise eine gesetzliche ist, als die des Faustpfandgläubigers, Depositars, Commodatars es auch ist.