

Ueber das
concludente Stillschweigen
nach römischem Rechte.

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der
Doctor-Würde beider Rechte
der

hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt und öffentlich vertheidigt

den 23. December 1858

von

ALBERT SCHNEIDER

von Albisrieden.

Zürich,

Druck von Orell, Füssli und Comp.

1858.

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor

EDUARD OSENBRÜGGEN

in tiefster Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfasser.

Es möge mir vergönnt sein, kurz über die Entstehung dieser Schrift zu berichten. Vor ungefähr zwei Jahren schrieb unsere hohe staatswissenschaftliche Facultät folgende Preisaufgabe aus: «Darstellung der Grundsätze des römischen Rechts über Willenserklärungen durch concludente Handlungen und durch Stillschweigen.» Ich hatte die Kühnheit, die Lösung dieser Aufgabe nach besten Kräften zu versuchen, und das Glück, in der Folge bei der Preisvertheilung den ersten Preis für das Werk zu erhalten. Aus dem dritten Theile jener Arbeit ist diese Dissertation ausgezogen zur kurzen Probe derselben.

Der Verfasser.

Viele Schriftsteller des römischen Rechts, sowohl Monographen als auch Compiler, Commentatoren und Verfasser anderer grösserer Werke haben über das Stillschweigen gehandelt: aber dennoch habe ich keinen gefunden, dessen Thema ganz das nämliche gewesen wäre wie das meinige. Indem sie nämlich das Stillschweigen besprachen, behandelten sie alle seine gesetzlichen Folgen, nicht weniger diejenigen, welche die Schweigenden selbst durch ihr Schweigen als den Inhalt ihres Willens kund geben, als diejenigen, welche ohne Rücksicht auf den Willen Jener die Gesetze dem Stillschweigen auferlegt haben. Von diesen Folgen sind aber augenscheinlich die einen fast sämmtlich allen Rechten gemeinsam, da sie auf der Natur der Menschen beruhen; die andern dagegen unterscheiden sich in den Rechten der einzelnen Völker sehr von einander. Darum hat es mir nicht unnütz geschienen, jene ersten Arten des Stillschweigens für sich allein zu untersuchen, diejenigen nämlich, wo die Schweigenden wirklich ihren Willen erklären und wo die Gesetze das Stillschweigen nicht anders betrachten, als irgend eine andere Willenserklärung; diess hindert jedoch nicht, nach Untersuchung der Natur dieses Stillschweigens zu fragen, ob sich in den Quellen des römischen Rechtes solche Fälle finden oder nicht.

I.

Aus zwei Elementen besteht die Willenserklärung durch Stillschweigen: aus der Ruhe des Schweigenden und aus dem Fortgange der Zeit und aller übrigen Dinge. Von diesen letztern hätten die einen von dem Schweigenden nicht verändert werden können; die andern aber waren seinen Kräften unter-

worfen, und sie sind es allein, von denen ferner zu handeln sein wird.

Diese Dinge also werden nicht verändert. Das kann aus verschiedenen Ursachen entspringen: entweder weil der Schweigende will, dass Alles so geschehe, wie es ohne sein Handeln geschieht, oder ohne seinen Willen bloss darum, weil geschwiegen wird. Es ist wohl nicht nöthig, zu beweisen, dass ich nur jene Wirkungen des Stillschweigens zu behandeln haben werde, nicht diejenigen der zweiten Art, die Präsumtionen und Fiktionen. Bei jedem Stillschweigen also werde ich zweierlei zu fragen haben:

- 1) Wo hat das Stillschweigen nach dem Gesetze Folgen?
- 2) Welche von diesen Folgen entspringen aus der Willenserklärung?

Doch ist dabei wohl festzuhalten, dass nur diejenigen Fälle, wo das eine dieser Elemente eben so gut vom Gesetze anerkannt ist wie das andere, hieher gehören, diejenigen aber, in welchen die von den Gesetzen mit dem Stillschweigen verbundenen Folgen zwar von dem Schweigenden beabsichtigt werden, wo aber die Gesetze auf dessen Willen keine Rücksicht nehmen, hier nicht zu subsumiren sind. Das ist nämlich nicht immer gleichgültig; so macht es z. B. in folgendem Falle einen grossen Unterschied: Einem Ehemann geht ein Recht, welches er an den Gütern der Frau hat, unter. Diess hat eine andere Wirkung, wenn jener Untergang von dem Manne beabsichtigt war, als wenn er aus Versehen desselben geschehen ist; denn in dem einen Untergange ist eine verbotene Schenkung versteckt, der andere jedoch ist gültig. So werde ich nicht handeln von den Wirkungen der Contumaz, des Nonusus, der Versäumung von Fatalien, dem Usucapiren Lassen u. s. w. —

Da nun bekannt ist, was das Stillschweigen ist, von welchem gehandelt werden soll, so versteht sich von selbst, dass diese Art der Willenserklärungen nur dann von irgend

einer Bedeutung sein kann, wenn die Gesetze für jene Erklärung keine Form, auch nicht einmal formlose Worte fordern; dann aber hat das Stillschweigen ganz dieselbe Wirkung, wie irgend eine andere Art der Willenserklärung. Mühlenthaler dagegen sagt in seinen Pand. § 100 not. g. ad l. 25 C. de D. J. V. et U. 5, 16, dass nach dieser singulären Stelle die durch Worte ausgedrückte Genehmigung von grösserm Gewichte sei, als die stillschweigende. Diess ist jedoch irrig; denn die Bekräftigung einer den gesetzlichen Betrag übersteigenden und nicht insinuirtten Schenkung erhält ihre Geltung nicht aus einer Ratihabition des frühern Rechtsgeschäftes, welche etwa zurückgezogen würde, sondern aus einer neuen Distribution durch das Testament. Diese Interpretation scheint mir allein richtig, obgleich die schlecht stylisirten Worte der Lex daran zweifeln lassen könnten.

Wenn man fragt: Was drückt denn das Stillschweigen aus? so antworte ich: Nichts, das Stillschweigen allein ohne begleitende Umstände; ja sogar in Begleitung vieler Umstände drückt es Nichts aus: dann nämlich, wenn Jemand seinen Willen noch in sich verschliesst. Dagegen gibt es Umstände, mit denen das Stillschweigen allerdings spricht. Hieraus folgt, dass ich immer zu untersuchen haben werde, ob in den einzelnen Fällen der Schweigende sich bedenkt oder seinen Willen kund gibt; doch ist dabei nicht zu vergessen, dass jene begleitenden Umstände nicht von dem Schweigenden selbst zur Erklärung des Willens hervorgerufen sein dürfen; denn wäre diess der Fall, so würde nicht das Stillschweigen concludent sein, sondern die Handlungen. Oft wird der Umstand, dass von dem Schweigenden zur Erklärung seines Willens Nichts als das Stillschweigen gebraucht wird, keine concludenten Handlungen, durch das Beiwort «blosses (*merum, nudum*)» Stillschweigen speziell ausgedrückt.

Es ist klar, dass Neues, nicht schon irgendwie Angezeigtes nicht durch Stillschweigen ausgedrückt werden kann. Daher

erfordert die stillschweigende Willenserklärung immer ein Anerbieten von einem oder mehreren Andern. Aber auch diesem wird sie nichts Neues beifügen können, sondern nur entweder Consens oder Dissens ausdrücken. Was ist also augenscheinlicher als dass ferner der Gegenstand meiner Forschung sein wird:

- 1) mit welchen begleitenden Umständen drückt das Stillschweigen Consens aus?
- 2) mit welchen Dissens?

Es gibt viele Schriftsteller, welche zu allen Willenserklärungen durch Stillschweigen Freiheit des Willens verlangen. Diese Willensfreiheit zu erwähnen ist jedoch nicht nöthig, weil sie zur Gültigkeit aller Arten von Willenserklärungen erfordert wird. Das jedoch will ich nicht läugnen, dass man viel leichter zum Schweigen gezwungen werden kann, als zum Sprechen, ja dass sogar sehr oft ohne irgend eines Menschen Hinzuthun das Stillschweigen nicht frei ist, sondern durch Scheu, Aufregung, Zorn, Takt oder durch andere Gemüthsbewegungen bewirkt. Das führt sehr fein dem alten Labeo in l. penult. de furt. Paulus zu Gemüthe. Doch hindern jene Gemüthszustände oft nicht die Freiheit, den Willen überhaupt kund zu geben, sondern nur die, ihn durch Worte auszudrücken; dann wird das Stillschweigen *concludent* sein.

Es gibt aber in der That Etwas, was der stillschweigenden Willenserklärung eigen ist, nämlich die Kenntniss, welche der Schweigende von dem Anerbieten haben muss; denn es ist klar, dass ohne dieselbe das Stillschweigen nicht *concludent*, d. h. nicht eine Erklärung des Willens ist. Desshalb finden wir immer in den Stellen, welche derartige Fälle behandeln, *sciente* (l. 12 de SC. Mac. Paul. cet.), *quum sciret passus est* (l. 60. § 6. loc. Lab.), *non ignorante* (l. 53 mand. Pap.), sogar pleonastisch *si scit et passus est* (l. 25 de D. I. V. et U. l. 18 mand. Ulp. u. v. A.). Andere Stellen gehen weiter und

fordern aus verschiedenen Ursachen, welche ich später betrachten werde, sogar die Gegenwart des Schweigenden (l. 4 § 3 de fide j. 27, 7. Ulp. u. v. A., ebenso auch nach meiner Meinung l. 60 de R. J.). Es ist also falsch, wie Kori diese Gegenwart immer als Bedingung der Concludenz des Stillschweigens aufzustellen: Die Kenntniss genügt meistens. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, dass die Kenntniss des Anerbietens immer das Stillschweigen concludent mache.

Was aber ausser der Kenntniss Savigny, Härlin, Glück und Holzschuher zur Concludenz verlangen, nämlich dass der Schweigende die Pflicht habe, seinen Willen zu erklären (*qui tacet quum loqui potuit et debuit consentire videtur*), das ist freilich zur Präsumtion oder zur Fiktion, nicht jedoch zur Concludenz des Stillschweigens nöthig; denn aus der Pflicht sich zu erklären folgt noch nicht, dass man sich wirklich erklärt, und Niemand wird mich hindern, meinen Willen zu erklären, auch wenn es nicht meine Pflicht ist; ja es kann sogar beim Vorhandensein jener Pflicht nicht einmal Concludenz vorkommen, weil die Gesetze die Consequenzen dem Schweigenden nicht nach seiner Erklärung auferlegen, sondern nach Massgabe der Pflichtverletzung oder als Folge einer nicht erfüllten Potestativ-Bedingung. Aber auch hier muss ich wie oben zugestehen, dass mit der Erklärung durch die Gesetze verbundene Vortheile oder offenbare Veranlassungen sich zu erklären diese Concludenzen sehr unterstützen.

Manche haben gesagt, dass früher ausgesprochene Worte oft unter der Zahl der das concludente Stillschweigen begleitenden Umstände erscheinen und mit Recht; denn gewiss würden z. B. in l. 11 § 1 de Publiciana oder in l. 1 § 2 de S. P. R. frühere Erklärungen der Concludenz sehr günstig sein. Aber nichts destoweniger fehlen auch solche Stellen nicht, wo die Concludenz sogar frühern Worten entgegen vorhanden ist, so in l. 60 § 6 loc., was jedoch Jenen nicht widerspricht. Oft werden auch frühere Worte durch Uebergangen negirt.

Von diesem Uebergehen muss ich noch einiges Weitere sagen. Das eben Bemerkte, dass alle stillschweigenden Willenserklärungen ein Anerbieten voraussetzen, scheint nicht richtig zu sein in dem Falle, wo Jemand über die einen Momente sprechend die andern übergeht und so diese letztern entweder negirt oder stillschweigend bestätigt. Aber es ist doch auch hier ein gewisses Anerbieten vorhanden, denn es wird von selbst gefragt: werden jene andern Momente bestätigt oder nicht? Ueber diese Fälle der Concludenz haben Viele viel geirrt, und sie sind wirklich nicht leicht von den andern Fällen des Uebergehens zu unterscheiden. Manche haben reine Wortinterpretationen für Concludenzen gehalten; so liegt z. B. in l. 4 § 3 de pact. Paul. Concludenz, in l. 134 § fi. de V. O. grammatikalische Wortinterpretation. Ebenso kann natürlich von einer Concludenz nicht die Rede sein, wo irgend eine Generalklausel beigefügt ist: «Alles Uebrige soll sein wie es bisher gewesen ist» u. dgl.; denn dann wird über Nichts was hieher gehört geschwiegen. Aber auch da, wo in Wahrheit nach dem eben Gesagten Concludenz vorhanden ist, läugnen die Meisten dieselbe, da der Wille des Schweigenden aus der Art und Zusammensetzung der über die andern Punkte bestimmenden Worte erkannt werde, nicht aus dem Uebergehen selbst. Allein obgleich die Verwandtschaft zwischen dem Uebergehen und der Natur der Worte bei der Concludenz des Uebergehens den ersten Rang einnimmt, so ist sie doch bloss ein begleitender Umstand, und durch das Stillschweigen selbst wird der Wille erklärt, da ja niemals daraus, dass das Eine zu dem Andern passt, die Existenz beider Dinge folgt. Weit gewichtiger jedoch ist folgender Einwurf: Freilich sind es nicht die einzelnen Worte, noch ihre Natur, was bewirkt, dass der Wille erklärt wird, sondern die ganze Handlung des Redens; es ist hier also viel eher eine concludente Handlung des Schweigenden vorhanden, als ein blosses concludentes Stillschweigen. Aber

dadurch, dass die einen Punkte festgestellt sind, kann doch Nichts über die Andern gesagt sein, und so sind jene Worte nicht aus juristischer, sondern vielmehr aus Naturnothwendigkeit eine Handlung des Schweigenden selbst, welche jene Concludenz begleitet. — So treffen hier Interpretationen von Worten, von Handlungen und von Stillschweigen zusammen, und diess ist der einzige Grund, warum ich die eben abgethane schwierige Frage untersucht habe, obgleich sie der Praxis selbst nicht viel helfen wird. Es war vielleicht gerade die Schwierigkeit dieser Unterschiede eine der Ursachen, warum so lange jene drei Arten der Interpretation nicht gehörig unterschieden werden konnten. Das will ich schliesslich nicht läugnen, dass oft Personen, die sich schon lange kennen oder auch schon miteinander geredet haben, sogar unbewusst durch Uebergehen sprechen. Aus demselben Grunde ist das Uebergehen von grosser Wichtigkeit unter den Erklärungen des Gesetzgebers. Die grösste Zahl dieser Willenserklärungen wird aber dann vorhanden sein, wenn die Formen der Worte keine Hinzufügungen zulassen, wie bei den alten *legis actiones* und den Stipulationen. Beide waren mit *pacta adjecta* verbunden, von denen manche zu ergänzen gewesen sein mögen, denn es wird das Uebergehen nicht sehr dadurch gehindert worden sein, dass die Stipulationen auch gehäuft werden konnten.

I. Ueber den Dissens.

In den mir bekannten Quellen des röm. Rechts findet sich keine Stelle, wo durch Stillschweigen Dissens erklärt worden wäre; ja es gibt sogar solche, welche diese Bedeutung des Stillschweigens zu negiren scheinen; denn was wir auch von den Worten *qui tacet consentire videtur* halten mögen, so hat man doch immer den Satz angenommen *verum est, eum qui tacet non negare* (l. 142 de R. J.). Nun aber sagt das deutsche Recht: «Keine Antwort ist auch eine Antwort» d. h. «Stillschweigen verneint». Regirt es etwa Men-

schen von anderm Teig? Gewiss konnte bei den Römern nicht minder als bei unsern Vätern durch Stillschweigen verneint werden. Aber was will denn jene citirte *lex*? Sie steht uns in Wahrheit nicht entgegen; denn sie spricht keineswegs so allgemein wie die grosse Zahl der Interpreten glaubt; vielmehr handelt sie bloss von denjenigen Erklärungen, welche über eine vergangene Thatsache, besonders vor Gericht, zu machen sind. Diess zeigt auch das Wort *fatetur*, und ebenso nach Gothofredus der Umstand, dass die Stelle aus l. b. 56 Paul. ad edictum geschöpft ist; denn dieses Buch handelte über die *res judicata* und die *confessi*. Und sicherlich war es nicht überflüssig, an Jenes zu erinnern; denn sehr viele Menschen glauben, dass mit Worten Falsches sagen zwar Lüge sei, nicht aber, in der Absicht zu schweigen, damit der Andere fälschlich das Schweigen für Verneinung halte. Der Richter muss also irgend eine deutlichere Erklärung fordern; denn während der Schweigende durch das Schweigen noch nicht gestanden hat, so kann es geschehen, dass, wenn er zum Reden gezwungen wird, er gesteht. Wenn er aber überhaupt nicht sprechen will, so ist wohl festzuhalten, dass er nicht verneint und also der Richter zwar kein Geständniss, aber doch auch keine Verneinung der Schuld vor sich hat.

Durch Uebergehen wird meistens negirt. So pflegt auch dann Dissens ausgedrückt zu werden, wenn Jemand, zur Willenserklärung irgendwie aufgefordert, die Aufforderung offenbar annimmt und schweigt. Im Ganzen aber ist das Stillschweigen schon von Natur viel geeigneter für den Consens als für den Dissens, obgleich es immer eine gewisse Negation enthält, nämlich diejenige, dass man nicht ausdrücklich zustimmen wolle; denn die Thätigkeit des Willens ist kleiner beim Bestätigen als beim Verneinen, daher wird bei Letzterm weit eher eine Erklärungsart angewandt werden, welche stärker hervortritt, als das Stillschweigen. Endlich wird der durch Stillschweigen ausgedrückte Dissens nur selten von

Bedeutung sein, weil ein Anerbieten ebenso wenig angenommen wird, sofern man gar nicht antwortet, als durch eine Negation; er wird daher nur da Beachtung verdienen, wo ein neues Anerbieten durch einen einmaligen Abschlag abgeschlossen wird; und in solchen Dingen gibt man den Abschlag meist nicht durch blosses Stillschweigen. Daraus lässt sich wohl begreifen, warum die Quellen des römischen Rechts nichts Solches enthalten.

Dass die Regel des canonischen Rechts *qui tacet consentire videtur*, die schon viel zu viel behandelt wurde, Nichts ist, als eine Regel mit einer Unzahl von Ausnahmen, brauche ich wohl nicht mehr zu beweisen.

II. Ueber den Consens.

Durch Stillschweigen erklärter Consens ist ganz dasselbe wie s. z. s. Consens Mangels Protestation, wobei aber, wie ich schon oben sagte, die Freiheit der Protestation nicht gefehlt haben darf. Daran erinnert auch sehr schön Macer l. 63 *de re jud.*

Es ist nicht immer zur Concludenz des Stillschweigens nöthig, dass das Anerbieten von einer Person dem Schweigenden gemacht werde, sondern es kann auch darin bestehen, dass Zwei oder Mehrere unter einander einen Contract eingehen wollen, welcher der Genehmigung des Dritten bedarf. Diese Genehmigung kann dann stillschweigend ertheilt werden. Dadurch entstehen zwei Arten von Anerbieten, die sich sehr von einander unterscheiden und auch einen grossen Unterschied unter den einzelnen hieher gehörigen Fällen zur Folge haben. Wo aber der ganze Contract nur unter zwei Personen vor sich geht, von denen die Eine schweigt, da verhalten sich erstens die Dinge sehr einfach, und zweitens sind die einzelnen Fälle je nach den begleitenden Umständen so sehr von einander verschieden, dass es kaum die Aufgabe eines Juristen sein kann, weiter über dieselben nachzuforschen. Diejenige

Art allein dieser Zustimmungen, wo das Anerbieten in einer concludenten Handlung des Einen besteht, zu welcher der Andere stillschweigend einwilligt, ist von Bedeutung, und es fehlen auch nicht Stellen darüber; so behandelt l. 17 § 1 *de usur.* einen Fall, in welchem das Anerbieten durch irgend eine Omissiv-Handlung (nicht durch blosses Stillschweigen) ausgedrückt wird (Vgl. l. 13 § 11, l. 14, l. 60 § 6 *loc. l. 4 § 4 de prec. cet.*). Eine Stelle aber, welche von einem durch Worte ausgedrückten und durch Stillschweigen angenommenen Anerbieten handelt, steht ganz allein da und sagt bloss allgemein, dass man auch stillschweigend zur *locatio, conductio, venditio* zustimmen könne (l. 35 § 1 *de V. O.*). Zachariä zählt in seinem *liber quaestionum* einige Fälle auf, in denen besonders der Consens so durch Stillschweigen erklärt zu werden pflegt, z. B. *si cui in te imperium est, quod tamen oppositis exceptionibus temperare possis* und viele andere, welche aufzuzählen zu weiltläufig wäre.

Dasjenige Stillschweigen dagegen, welches als Zustimmung zu dem Contracte Anderer hinzutritt, ist viel wichtiger. Leicht sind schon aus den Worten die Stellen erkennbar, welche von dieser Art des Consenses handeln, indem das *verbum pati* gewöhnlich darin vorkommt. Dasselbe bedeutet nämlich ausser einer einzigen Stelle (wenn ich mich nicht irre) l. 20. *De aq. et aq. 39, 3.* durch das ganze corpus juris hindurch in prägnantem Sinne *silentio consentire ad aliorum actus quibus silenti aliquid affertur*. Doch soll man nicht etwa glauben, dass dieser Consens immer eine grobe Verletzung des Schweigenden voraussetze; denn Dieser leidet auch, wenn nur von Dritten über Dinge verfügt wird, welche er selbst, wie ich im Anfange dieser Dissertation gesagt habe, verändern oder unverändert bewahren konnte. Ich werde daher, um es kurz zu sagen, in Folgendem einfach *de patiando* handeln müssen.

Wo bloss unter Zweien ein Rechtsgeschäft vor sich geht, wird selten gefragt, in welchem Augenblicke der Consens

oder Dissens von dem Schweigenden erklärt worden sei; nicht so, wenn zu dem Rechtsgeschäfte Zweier der Dritte schweigt. Jede andere Erklärung geschieht durch einen Akt, welcher durch die körperlichen Sinne wahrgenommen werden kann, welcher schnell vorüber geht, und dessen Vollendung sehr leicht erkannt wird. Das Stillschweigen ist ein Zustand, nicht ein Akt; es dauert, und daher müssen ausser demselben Zeichen gesucht werden zur Bestimmung des Zeitpunktes der Erklärung. Denn augenscheinlich ist diese Bestimmung von grösster Wichtigkeit, weil ohne dieselbe die Erklärungen in infinitum hinausgezogen werden könnten, wodurch die grösste Verwirrung entstünde. Wenn wir nun die Zeit dieser Willenserklärung begrenzen wollen, so werden wir nach dem Anfange nicht fragen; denn dieser Moment fällt natürlich mit dem Eintritte der das Stillschweigen concludent machenden äussern Umstände zusammen; was dagegen das Ende betrifft, so wird in praxi zu untersuchen sein, ob der Schweigende sich bedacht oder zugestimmt habe. Der Entscheid hierüber fällt da nicht schwer, wo die von dem Schweigenden anzunehmende oder zu genehmigende Thatsache in seiner Gegenwart geschieht. Denn wie die Gegenwart das beste Zeichen der Kenntniss und der Gelegenheit zur Protestation ist, so wird Derjenige, welcher Andere in seiner Gegenwart über Dinge, die er allein ändern könnte, verfügen sieht, von Natur angetrieben, Einsprache zu erheben, wenn er Jenes nicht dulden will. Folgt er nun diesem Naturtriebe, so wird er sogleich in Gegenwart Aller seinen Willen erklären, und so wird seine spätere Negation nicht mehr Geltung haben, als irgend ein Rücktritt der einen Partei; es ist hier also keine *porta Capena* vorhanden, durch welche er entweichen könnte. Wenn aber der Schweigende seinen Willen noch nicht kundgeben, sondern sich bedenken will, so dass es erst auf die spätere Erklärung ankommen sollte, so werden gewisse Zeichen diese Absicht hinlänglich beweisen; er wird auch dieselbe fast in

allen diesen Fällen durch Worte ausdrücken, damit nicht eine Präsumtion gegen ihn entstehe; und so wird das Still-schweigen meistens Concludenz machen Mangels Protestation.

Es gibt Handlungen, bei denen die stillschweigende Erklärung nur während der Gegenwart und des Contractes selbst der Parteien denkbar ist, oder wo ein dabei noch vorkommendes sich Bedenken die grösste Verwirrung hervorrufen würde, wie bei den römischen Verlöbnissen. Es gibt einige andere, vor denen der Schweigende lange sich bedacht oder ein- oder mehrmals den Willen kundgegeben hat, zuzustimmen, wenn es einmal darauf ankommen sollte; kurz diess ist eine *quaestio facti*, welche in den einzelnen Fällen leicht zu entscheiden sein wird. Cf. § 8, *qb. mod. ius J.* 1, 12; l. 11 *C. de adopt.* 8, 48; l. 53 *mand.*; l. 4 § 3 *de fidej. et nom.* 27, 7 u. v. A.

Auf zwei Arten aber erhalten wir Kunde von der Handlung Abwesender: entweder dadurch, dass der eine der Contrahenten selbst uns die Nachricht gibt, oder durch einen Dritten, welcher nicht von den Contrahenten selbst geschickt ist. Dieser Unterschied ist nicht unwichtig.

Man erlangt auf mannigfachen Wegen Kunde durch Dritte. Bald ist etwas allgemein bekannt, notorisch, bald hat es nur das Gerücht uns zu Ohren gebracht; es kann auch eine im Vertrauen und unter der Hand mitgetheilte Nachricht sein; bald ist uns die Nachricht von einer Person gegeben, der wir vollständiges Vertrauen schenken, oder unter Umständen, die an ihrer Wahrheit nicht zu zweifeln erlauben, bald aber hat unser Gewährsmann unser Zutrauen nicht, oder wir miss-trauen nicht ihm, sondern seinen Quellen. In diesen Fällen wird meistens nicht gesagt werden können: der Abwesende weiss; nur wo die Notorietät, wo Dokumente oder solche That-sachen zu dem Schweigenden gelangt sind, welche nur nach jenen zu wissenden existiren konnten, da wird Niemand, der die Menschen für gut und vernünftig hält, bis das Gegentheil

bewiesen wird, mehr zweifeln, dass Jener diese Dinge weiss, als wo die Handelnden selbst mit ihm sprechen; freilich wird Jenes meist schwer zu unterscheiden sein, und dem Schweigenden, welcher nachher erklärt, er habe von der Sache Nichts gewusst und also auch nicht zugestimmt, geglaubt werden müssen, besonders da vielleicht der Schweigende gedacht hat: Die Gesetze werden mich schon schützen.

Weit leichter ist die Frage über die Kenntniss des Schweigenden, wo einer von den Handelnden selbst ihn von dem Contracte benachrichtigt hat, wie in l. 12, l. 16 *de SC. Mac.* Weit seltener wird hier als im vorigen Falle über die Wahrheit der Nachricht Zweifel entstehen, weit häufiger wird das Stillschweigen concludent sein. Während oben zur Bestimmung der Zeit der Erklärung Nichts beigefügt werden konnte, verlangt hier Mühlenbruch für die Concludenz bloss, dass man nicht sogleich Einsprache erhebe; diess ist aber nicht richtig, sondern setzt eine Präsumtion an Stelle der Conclusion. Hier auch kann die Erklärung verschoben werden; aber freilich wird erstens die Verschiebung seltener auftreten als in den vorhin erwähnten Fällen, und zudem wird man dieselbe eher durch Worte ausdrücken. Uebrigens unterscheiden sich diese Fälle sehr von einander, und die Frage nach ihrer Natur wird meistens eine *quaestio facti* sein.

Dieser Unterschied in den Arten, wie man von Handlungen Abwesender Kenntniss erhält, ist nicht nur da zu machen, wo es sich um concludentes Stillschweigen handelt, sondern auch sonst; so z. B. befreit sich der *debitor cessus*, welcher dem *creditor cedens* zahlt, auch wenn er von der Cession weiss, falls er nur diese Kenntniss nicht durch einen der Contractanten der Cession erlangt hat. Diese Regel scheint jedoch bei der *venditio hereditatis* nicht zu gelten (l. 17 *de transac.*).

Endlich muss noch bemerkt werden, dass das Gesetz oft bloss die Gegenwart mit gewissen Folgen verbindet, und dass man in solchen Fällen sich wohl hüten muss, die dadurch

ausgesprochenen Präsumtionen für Conclusionen zu nehmen. Dagegen ist oft die Kenntniss so sehr in den Vordergrund getreten, dass sie allein ausgedrückt und das Stillschweigen selbst darunter verstanden wurde. So in l. 12 *de SC. Mac.*, l. 38 § 1 *de D. J. V. et U.*, l. 1 § 2 *de trib. act.*, aus welchen die Glosse mit Ausnahme des Accursius Präsumtionen gemacht hat. Es fehlen jedoch auch solche Stellen nicht, in welchen das Wissen in andern Begriffen steckt; so meistens in dem Worte *pati* in prägnantem Sinn (l. 6 § 2 *mand. Ulp.*, l. 18 *eod.*, l. 6 *C. eod.* 4, 35); aber nichts destoweniger wird auch gesagt *sciente et patiente* (l. 63 *de re iud.* l. 1 § 5 *de ex. act.*), gerade wie im Deutschen beide Bedeutungen des Wortes »leiden« gefunden werden (vgl. was ich oben über das Wort *pati* gesagt habe); so liegt in l. 28 *comm. div.* 10, 3 die Kenntniss in dem Worte *praetermittere*. Sehr selten wird wie in l. 60 *de R. J.* dieselbe wirklich zu ergänzen sein, und man muss sich wohl hüten, sie da zu ergänzen, wo bloss von Nichtwidersprechen, also von einer Präsumtion die Rede ist.

Da ich nun einmal vom Sprachgebrauche rede, so sei mir erlaubt, noch einiges Wichtige über den Gegensatz der Worte *invitus* und *consentiens* beizufügen. Es gibt eine Erklärung des Wortes *invitus* (l. 8 § 1 *de proc.*); sie lautet aber nur allgemein

invitus is videtur qui consentire non probatur.

Genauer jedoch sagt *Ulp.* l. 45 § 5 *de ritu nupt.*, welches an diesem Orte der Sinn jenes Wortes sei, und daraus kann man dessen übrige Bedeutungen erkennen:

invitum accipere debemus eum qui non consentit ad divortium idcirco et furiosum et ignorantem rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit.

Dieses gibt uns drei Bedeutungen des Wortes *invitus*: eine weitere »ohne Willen«, und zwei engere »ohne Willen, jedoch nicht wider Willen« und »wider Willen«. Diese Unter-

scheidung ist für uns sehr wichtig, weil die letztere Bedeutung Concludenz anzeigt, die übrigen aber nicht. Wenn daher dieses Wort irgendwo erscheint, so wird man immer untersuchen müssen, welches seine Bedeutung sei. So ist z. B. keine Concludenz enthalten in l. 5 de S. P. U. Ulp., dagegen in l. 53 mand., wo gesagt wird *pro invito vel ignorante — praesente et non recusante*.

Auf gleiche Weise hat das Wort *consentire* einen weitern und einen engern Sinn: *idem sentire, ratihabere, tacite vel expresse*, und *commissive (verbis vel actu) id facere* (die Definitio der l. 1 C. De fil fam. 10, 62 enthält eine Fiction). Jene Bedeutung erscheint da, wo wir von Consensual-Contracten reden, überhaupt an allgemeinen Stellen, besonders in Definitionen, wo es mehr auf den eigentlichen Sinn des Wortes ankommt. An andern Orten dagegen wird eben so häufig die zweite Bedeutung gefunden (l. 5 de adopt. 1, 7 *vel non contradicendo vel consentiendo arbitrium suum dare*), welche Stellen sorgfältig von uns zu meiden sind. Unter den Erstern aber gibt es sogar manche, wo das Wort *consentire* gerade den stillen Consens bezeichnet.

II.

Nachdem ich die Natur des durch Stillschweigen ausgedrückten Consenses behandelt habe, will ich untersuchen, wie *in concreto*, nämlich in den Quellen des römischen Rechtes, die Grundsätze, die ich mehr theoretisch als praktisch aufgestellt, sich bewährten.

Dazu nämlich ist das römische Recht vor allen geeignet. Die Concludenz ist immer das Resultat eines Syllogismus, wie schon das Wort selbst sagt. Dieser aber kann hier nicht wie in der Mathematik mit vollständiger Gewissheit geschehen, noch so dass bei Jedem dieselben Prämissen zu dem nämlichen Schlusse berechtigen würden, sondern er ist sehr verschieden in den einzelnen Fällen, je nach der Natur der

Menschen. Das geht schon daraus hervor, dass alles Recht die Menschen gut und vernünftig präsumirt, und nicht Jedermann die Vernunft gleich beurtheilt. Dennoch kann, nachdem jene allgemeine Hypothese einmal gemacht ist, den Conclusio-
nen Gewissheit zugeschrieben werden, welche nach denjenigen Gesetzen auch vollständig ist, die wir dem täglichen Leben und Verkehre der Menschen abgelauscht haben. Obgleich nun diese Gesetze natürliche sind, so sind sie doch nicht immer noch bei allen Völkern die nämlichen. Daher wechselt auch die Zahl der Concludenzen. Im Allgemeinen wird man sagen können, dass je einfacher der Verkehr, desto grösser die Zahl der Concludenzen sei; desshalb enthält auch das römische Recht mehr Concludenzen als irgend eines der neuern. Ja es müsste sogar, wenn nichts Anderes entgegen stände, der alte römische Verkehr, welcher so viel einfacher war als derjenige zur Zeit Justinians, auch viel mehr Concludenzen enthalten haben als dieser. Allein dem steht Folgendes entgegen:

Je mehr Formen, desto weniger Concludenzen, denn sie schliessen sich gegenseitig aus. Viel häufiger aber finden sich in einfachern Rechtssystemen Formen als in künstlichern, weil dort die einzelnen Rechtsgeschäfte viel gewichtiger erscheinen und auf dieselben viel mehr Zeit und Mühe verwendet wird als im zusammengesetzten Rechtszustande. Obgleich nun so im ursprünglichern Rechte nur die Sollennitätsformen häufiger sind, nicht aber die Beweisformen, so compensiren doch im ausgebildeten die letztern den Mangel der erstern nicht. Das alte römische Recht aber hatte so viele Formen, dass die Concludenzen dadurch sehr vermindert wurden; ja es war sogar das blosse Stillschweigen selbst bisweilen formal; so bei der *in iure cessio*. Das zeigt, welche grosse Bedeutung jene Zeit dem Stillschweigen beimass; aber natürlich ist formales Stillschweigen nicht concludent, indem dessen blosse Existenz schon die gesetzlichen Folgen nach sich zieht; doch ahmte gerade jene *in iure cessio* das Leben

nach, und so zeigt sie auf's Beste, dass diese Concludenz des Stillschweigens häufig gewesen sein muss. Uebrigens war jene alte Zeit mehr noch als alle andern den concludenten Handlungen günstiger, als dem concludenten Stillschweigen; denn kaum wurde irgend eine Rechtshandlung ohne religiöse Handlungen vorgenommen, und wäre diess auch nur eine Geberde gewesen. In spätern Zeiten dagegen hatte das blosse Stillschweigen dieselbe Wirkung.

Aber auch der Charakter des ganzen römischen Rechtes und Volkes war den Concludenzen günstig. Der römische Bürger hatte die grösste Autonomie, so dass wenn nicht besondere, etwa religiöse Gründe Formen erforderten, er vollständige Freiheit hatte, den Willen auf jede mögliche Weise zu erklären. Ja sogar bei Verletzung der Formen schützte der Prätor den kundgethanen Willen mehr als irgend ein Gericht eines andern Volkes. Doch damit dieser Wille berücksichtigt werde, musste er fest und bestimmt sein. Der römische Bürger kannte seine Rechte wie Keiner. Schon in seiner Kindheit, wenn er zum Rhetor in die Schule gieng, hörte er auf dem Forum rufen: *spondes? spondeo*; er sah den fingirten Streit der *cessio in iure*, die Formen der Manzipation geschahen vor seinen Augen, er wusste also was Rechtens, er wusste präcis und gut seinen Willen auszudrücken. Wie sehr musste das die Conclusionen fördern! Diese Natur des Rechtes war in eine Form gekleidet, welche die Concludenzen sehr begünstigte. Die Römer bildeten ihr Recht mehr durch Erfahrung als durch Philosophie; desto weniger stand der Willensinterpretation aus Stillschweigen oder Handlungen entgegen; denn es war nicht zu fürchten, dass die Richter aus theoretischer Aengstlichkeit das Schweigen da nicht als eine Willenserklärung anerkennen würden, wo der Verkehr des ganzen Reiches es anerkannte; und wo es einmal Gewohnheit geworden oder thunlich erschienen war, den Willen durch concludentes Stillschweigen zu erklären, da zögerten die Juristen, Präto-

ren, selbst die Gesetze nicht, es ausdrücklich anzuerkennen. Dabei darf man jedoch nicht vergessen, dass im ganzen römischen Rechte, besonders im alten, bei Contracten die Annahme nicht wie gewöhnlich heute als ein blosses Accessorium, das schnell vorübergeht, erschien, sondern die Handlungen beider Contrahenten viel mehr von einander geschieden waren und beide Erklärungen bestimmt und deutlich geschahen. Daher sind im römischen Rechte trotz dem, dass es die Concludenzen im Ganzen unterstützte, die Willenserklärungen durch Stillschweigen doch nur Ausnahmen. So zählt es, wo es von dem Eingehen der Contracte redet, immer nur auf: *re vel verbis*, nie *vel silentio* (letzteres scheint jedoch bisweilen in dem Worte *re* enthalten zu sein). Ja sogar wird in dem Titel *de pactis*, wo Stellen über die *facta concludentia* vorhanden sind, von dem *silentium concludens* kein Wort gesagt.

Dem gegenüber kann jedoch nicht geläugnet werden, dass der römische Volkscharakter selbst dem concludenten Stillschweigen günstig war. Wenn schon das römische Recht die Concludenzen überhaupt förderte, so musste das gewiss auch der römische Volkscharakter thun; denn nie waren eines Volkes Recht und Natur so enge verbunden wie in Rom. Gewiss hätte die Geschwätzigkeit eines Griechen ihm weit weniger gestattet, dass die Zunge dem Schweigen weiche, aber ohne Zweifel hätte sein Schweigen seinen Willen auch weit weniger als gewiss und sicher kund gethan, als bei den Römern, da ja auch nicht einmal die Worte des Erstern es immer thaten. Die Römer dagegen haben sowohl in ihrem Cultus als auch in der Litteratur und gewiss auch im täglichen Leben weniger Worte und mehr concludentes Stillschweigen gehabt; und dieser Charakterzug des römischen Volkes blieb im Rechte viel länger als im Leben. — Es möge mir endlich vergönnt sein, noch etwas beizufügen, das, so unbedeutend es auch scheint, doch gewiss oft die Concludenz des Stillschweigens gehindert hat und mit dem was ich oben

über die Acceptation sagte, zusammenhängt. In den neuern Sprachen wird die Zustimmung durch eine blossе Partikel (ja, si, yes u. s. w.) ausgedrückt, ein Wort, welches im Augenblicke gesprochen ist und oft halb, oft sogar ganz im Halse stecken bleibt. So stimmt man heute leichter durch Stillschweigen bei, als bei den Römern, wo ein Zeit- oder Hauptwort zum Ausdrucke des Consensus angewandt wurde, z. B. *spondes? spondeo*; allem dem aber gegenüber ist wohl festzuhalten, dass in unsern Gesetzen keine solchen Fälle ihren Platz finden, wohl aber in den Quellen des römischen Rechtes.

Wenn wir zu unserm Zwecke diese Quellen durchgehen, so finden wir vor Allem Regeln, die man nicht weniger für andere Handlungen als für juristische gebraucht haben mag. Die übrigen Stellen, welche hierher gehören, erklären meistens das Edikt. Es ist dabei wohl klar, dass aus denselben nicht Gesetze gezogen werden können, da die einzelnen Fälle sich sehr von einander unterscheiden und die kleinsten Veränderungen dem Stillschweigen wie dem ganzen Falle einen andern Charakter geben. Es scheint nach dem Gesagten, dass ich in Betreff der Interpretation dieser Stellen Savigny beistimme, da auch er nicht will, dass sie weiter ausgedehnt werden; doch ist diess keineswegs der Fall, denn ich halte sie nicht für *leges*, i. e. S., sondern nur für Regeln; er dagegen gibt ihnen vollständige Gesetzeskraft und macht so, ohne es zu wollen, dieselben zu Präsumtionen, mit der Bemerkung, dass ausser ihnen nie das Stillschweigen Willen erkläre. Nach meiner Ansicht ist dieses sehr oft der Fall, nur muss man sich hüten, aus den Prämissen, welche in diesen Stellen erscheinen, immer das Nämliche zu schliessen.

Ich will nun diese Stellen in den einzelnen Theilen des Rechtssystemes, wo sie auftreten, untersuchen.

A. Im allgemeinen Theil.

Was die Rechtsquellen betrifft, so werde ich bloss über die Gesetzgebung zu handeln haben, weil das Gewohnheitsrecht auf Handlungen, nicht auf Stillschweigen ruht. Nach der ältern Meinung über die Natur des Gewohnheitsrechtes waren stillschweigende Willenserklärungen des Gesetzgebers nicht selten, da man glaubte, dass eine Gewohnheit nur dadurch Recht werde, dass die gesetzgebende Behörde sie durch Worte oder Stillschweigen genehmige, was nun mit Recht verworfen wird. Jetzt dagegen gibt der Gesetzgeber nur dann seinen Willen stillschweigend kund, wenn er einzelne Punkte regulirt, andere aber übergeht. Hierüber wird oft gehandelt bei der Frage über die Kraft und die Geltung gewisser Gesetze und so sind gewisse Sätze entstanden, vermeintliche Ausnahmen von der Regel: *lex posterior derogat priori*, so dass man glauben sollte, die Concludenz des Uebergehens habe ihre eigenen Regeln bei der Gesetzgebung, was schon der Natur der Concludenz widerspricht. Die hieher gehörigen Fälle werden sehr durch die Allgemeinheit der Gesetze, besonders durch ihre Generalklauseln gemindert. Dasselbe geschieht, wenn dem Gesetze die *ratio* oder Aehnliches beigefügt wird, denn dann pflegt an Stelle der Conclusion Wortinterpretation zu treten. Doch sind fast alle Fälle, wo der Gesetzgeber bei der Behandlung eines grössern Rechtsgebietes irgend eine specielle Ausnahme übergeht, hieher zu rechnen, da ja sehr selten ein Vergessen, also Mangel an Wille, daran Schuld sein wird. Was übrigens *argumento a contrario* folgt, wird durch die Worte selbst, nicht durch das Stillschweigen gesagt.

Unter den einzelnen Rechtshandlungen kann keine ausser Contract oder *pactum* Gelegenheit zu concludenten Handlungen geben; am besten aber werden *Rati habitationen* durch Stillschweigen ausgedrückt. Desshalb hätte ich vor Allem die

Stellen zu behandeln, welche von Stellvertretung sprechen; doch müsste ich dabei schon jetzt fast sämtliche Fälle concludenten Stillschweigens untersuchen und daher scheint es mir zweckmässiger, dieselben hier zu übergehen. Das Eine mag hier noch beigelegt werden, dass wenn Kori sagt, in l. 1 § 5 de ex. act. 14, 1 geschehe die Ernennung des Stellvertreters durch Stillschweigen, er sich irrt; denn diese Stelle enthält eine Präsumtion. Dagegen ist ohne Zweifel die Ratihabition der Institution hier durch concludentes Stillschweigen ausgedrückt. Eben so kann ich Glück nicht bestimmen, welcher glaubt, dass nach l. 8 § 1 de proc. ein Prokurator nicht stillschweigend angenommen werden könne; denn durch die Worte dieser Stelle wird sein stillschweigender Consens mit vollem Rechte nicht ausgeschlossen.

Es gibt auch solche Contracte, wo der Wille beider Personen durch Stillschweigen (bei der einen wenn man genauer sein wollte, durch Omissivhandlung) ausgedrückt wird; so wenn ein Schuldner Zinsen nicht zahlt und der Gläubiger, augenscheinlich um ihm einen Gefallen zu erweisen, sie nicht einfordern will (l. 17 § 1 de usur.); eben so nach § 8 I. qb. mod. ius 1, 12, welcher sagt:

Si pater filium quem in potestate habet avo vel proavo naturali in adoptionem dederit . . . praesente eo qui adoptatur et non contradicente nec non eo qui adoptat, solvitur ius potestatis patris naturalis.

Ich werde schliesslich noch über zwei specielle Arten von Contracten hier zu reden haben, über die Schenkungen und über die Aenderungen des Status.

Justinian bestimmte durch nov. 123. c. 17:

Si servus sciente et non contradicente domino in clerum allectus sit, ex ipsa allectione, liber et ingenuus sit.

Wenn man diese Stelle mit l. 6 C. qui militare 12, 34 vergleicht, nach welcher ein Slave durch dem Herrn bekannten Kriegsdienst frei wird, und alle Worte beider Ge-

setze liest, so könnte man auf den Gedanken kommen, dass beide von Concludenz handeln. An beiden Orten wird Rücksicht auf den Willen der Herrn genommen. Erstens soll ihnen, wenn sie von der Sache Nichts wussten, freistehen, den Richter anzugehen und die Slaven aus dem Kriegsdienste zurück in ihr Eigenthum zu ziehen; sodann zeigt auch was über die *adscripticii* gesagt wird, dass den Herren kein Zwang angethan werden sollte. Dass Diese Jene nicht hindern konnten, Geistliche zu werden, ist natürlich, da ja letztere eigentlich frei waren; nur sollte die Behauung der Güter der Erstern nicht darunter leiden. Aber dennoch scheint mir die Stelle zu strikt, als dass sie mehr als eine *præsumtio juris* ausdrücken sollte. In l. 6 cit. kann vollends von Concludenz nicht die Rede sein, indem diese durch die Worte *iure patronatus cadere* ausgeschlossen wird. Allein aus beiden Gesetzen schliesse ich, dass vor ihrer Publikation das Stillschweigen der Herren gewöhnlich concludent war. Die l. 6 cit. scheint mir einer grossen Verwirrung ein Ende gemacht zu haben, welche dadurch entstanden sein mag, dass bald jene Concludenz eintrat, bald die Unbestimmtheit blieb, bald die Herren später die geschehene Concludenz läugneten. Damit diese Ungewissheit ohne Verletzung der Herren aufgehoben werde, wird erstens ein langer jedesmaliger Uebergang in den neuen Stand angesetzt (30 Tage zum Zurückfordern); zweitens wird mit dem Stillschweigen eine Folge verbunden, welche wohl selten dadurch ausgedrückt war, welche aber den Stand des Soldaten vollends festsetzte: die Aufhebung des Patronates.

Von dem zu einer Schenkung hinzutretenden Consense gibt uns Alfenus folgendes Beispiel: (l. 38 § 1 de D. J. V. et U.) Wenn von drei Brüdern einer eine Frau hat und ihr eine den Dreien gemeinsame Sache schenkt, so geht dadurch das Eigenthum an einem Drittel der Sache nicht an die Frau über, wohl aber an den andern zwei Dritteln,

wenn es die Brüder wissen oder die Schenkung ratihabiren. Heine fügt nach dem Worte *scissent* ein *et consensissent*; irrig, wie auch Klemm glaubt: Das Stillschweigen war hier so offenbar *concludent*, dass der Jurist die stillschweigende Zustimmung der Brüder nicht noch besonders ausdrücken zu müssen glaubte. Mit Recht erinnert die Glosse daran, man dürfe nicht vergessen, dass hier Schwäger der Schwägerin geschenkt haben. Diese sehr schöne Stelle trägt recht deutlich den Stempel der *Concludenz*.

B. Im Sachenrechte.

Das Sachenrecht ist dem *concludenten* Stillschweigen viel weniger günstig als den *concludenten* Handlungen. In der Lehre vom Eigenthum kann jenes gar nicht vorkommen, weil daselbst nur Handlungen auftreten; dagegen bieten die dinglichen Rechte an fremden Sachen manche Gelegenheit für das *concludente* Stillschweigen dar. Diese Rechte nämlich werden oft durch gewisse Handlungen der Eigenthümer verändert unter stillschweigender Genehmigung des Berechtigten. Im Jahre 205 n. Chr. erliessen die Kaiser Severus und Caracalla folgende Constitution (l. 1 C. de rem. pig. 8, 20):

si te manumissum et in libertate moratum sciente ea cui pignoris nomine obligatus diceris præsidi probaveris, ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit, et per hoc iure te manumissum certum est.

Es ist wohl festzuhalten, dass hier nicht nur der Consens zur Manumission — selbst durch blosses Stillschweigen ausgedrückt — sondern auch die Kenntniss davon, dass der Betreffende in Freiheit lebte, das Stillschweigen begleitet hat. Wäre diess nicht der Fall gewesen, so hätte die Gläubigerin denken können *salva caussa pignoris consensi*. Diese Meinung war aber unmöglich, da Jene das Pfand in Freiheit sah und wusste, dass der Freigelassene jeden Augenblick nach Asien oder Afrika reisen könne. Da aber gerade darin die Kunst

des Rescribenten liegt — denn ein Rescript ist in dieser Constitution enthalten — nur das zu rescribiren, was von Bedeutung ist, so kann ich der Meinung Savigny's nicht bestimmen, dass nach dieser Stelle immer durch Stillschweigen der Pfandnexus erlassen werde. Dieselbe scheint mir nämlich weit eher eine wahre Concludenz zu enthalten, also speziell zu sein. — Eine andere hieher zu ziehende Stelle habe ich zwar nicht gefunden, aber nach dem was ich oben gesagt habe, lässt sich leicht einsehen, dass sehr viele pfandrechtliche Willenserklärungen durch Stillschweigen geschehen können. So zeigt die *ratio* und beinahe die Worte selbst der l. 4 de pig, welche alle Form verwerfen, dass die Hypotheken auch stillschweigend eingegangen werden konnten.

Diejenigen Servituten, welche zu ihrer Ausübung eines dauernden Werkes bedürfen, können durch *patientia* errichtet werden, indem nämlich ein solches Werk mit Wissen und ohne Einsprache des Eigenthümers auf seinem Eigenthum gemacht wird (l. 11 § 1 de Publiciana). Auf ähnliche Weise gehen die Servituten unter, nämlich dadurch, dass mit Wissen und Willen des Servitutberechtigten von dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes ein seiner Natur nach dauerndes Werk erstellt wird, welches die Ausübung der Servitut verhindert (l. 8 pr. qmadm. serv.). In beiden Fällen wird der Wille des Einen durch Stillschweigen, derjenige des Andern durch eine concludente Handlung ausgedrückt. Doch wie, wenn der Eigenthümer ein Werk vornimmt, von welchem er selbst denkt, dass es seiner Natur nach dauernd sei, nicht aber der Servitutberechtigte, der vielmehr bloss die Absicht hat, die Ausübung seiner Servitut eine Zeitlang einzustellen, nicht die Servitut selbst aufzugeben? Z. B. wenn Ställe auf einem Wege des Wegberechtigten errichtet werden? Dann scheint mir die Servitut nicht verloren zu sein; vielmehr glaube ich, dass der Eigenthümer nach einiger Zeit sein Werk werde zerstören müssen, wenn nicht der Berechtigte in *culpa*

lata ist, nämlich wenn nicht eine grosse Veranlassung für ihn da war, den Eigenthümer zu fragen, ob das Werk dauern sollte oder nicht. Denn war er ohne oder nur in *levis culpa*, so war die grössere *culpa* auf des Andern Seite, weil dieser Jenem nicht angezeigt hat, dass das Werk dauern werde. Dann aber ist es billiger, dass ihm nach einiger Zeit seine *culpa* schade, und nicht dem Andern, also billig, dass er sein Werk zerstöre, und nicht der Andere die Servitut verliere, und wäre es auch auf dem Wege der Expropriation. — Die Wirkung des *Nonus* entspringt nicht wie Viele gesagt haben aus *Concludenz*, was nicht weiter zu beweisen ist.

Ganz ähnlich ist folgender Fall des Nachbarrechtes (l. 19 de aq. pluv. arc. 39, 3 Ulp.):

Si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aq. pluv. arc.

Auch hier glaube ich, dass wenn das Werk seiner Natur nach dauert, es für alle Zeiten zugestanden ist, wo nicht z. B. wo es nur in einer beweglichen Rinne besteht, dass dann der Nachbar etwa nach einem Regengusse dessen Entfernung verlangen könne. Diese Stelle scheint mir eine *Conclusion* von Ulp. auszudrücken. Klemm dagegen hält sie für ein *Administrativgesetz*, also für eine *Präsumtion* oder *Fiktion*.

C. Im Familienrechte.

Hier erscheint eine grosse Zahl von Willenserklärungen durch *Stillschweigen*. Es sind nicht die grossen Gemüthsbewegungen, nicht die stumme, aber nicht minder lebendige Sprache des von den grössten Freuden, von dem höchsten Ernste ergriffenen Geistes, was die Worte so verbannt hat, dass wir strengen Juristen darauf Rücksicht nehmen könnten. Es ist vielmehr vor Allem die hohe Wichtigkeit für die ganze Familie, was sage ich, die ganze *gens*, die eine Handlung neben einfachen dazu gehörenden Erklärungen hat, und die

Beobachtung, dass Der, welcher die Macht besitzt, jene Handlungen zu verhindern, unter so vielen Vorbereitungen, deren dieselben zu bedürfen pflegen, sein Recht nicht darum unausgeübt lässt, damit er später sagen könne, er habe nie zugetimmt, ein Vater, eine Tochter, eine Braut, ein Adoptivsohn! So sehen wir hier merkwürdiger Weise so viele Formen, so viele Feierlichkeiten und so viele stillschweigende Willenserklärungen beisammen.

Es ist bekannt, dass das römische Recht der Sitten wegen den Ehen günstig war, und darum auch die Willenserklärungen bei denselben begünstigte. Diess bewirkte jedoch meist Präsumtionen, nicht Conclusionen; so in l. 7 § 1 de spons. Justinian schreibt in l. 25 C. de nupt. 5, 4 einem *praeses provinciae*:

Filiam furiosi marito posse copulari omnes paene iuris antiqui conditores admiserunt; sufficere enim putaverunt si pater non contradicat.

Aus den Schlussworten dieser lex geht satlsam hervor, dass jene Entscheidung der alten Juristen auf fingirtem Consens beruht, was auch l. 7 § 1 de spons. zeigt. Diese Fiktion hindert jedoch nicht, dass der Wille, wo er wirklich existirt, concludirt werde.

So was die Ehe der Tochter anbetrifft. Ueber diejenige des Sohnes dagegen sagen die Inst. pr. de nupt. 1, 10 gerade das Gegentheil, indem sie einen vorhergehenden Befehl des Vaters fordern. Dieser Unterschied ist im römischen Rechte, wo die Eingehung der Ehe von Seite der Tochter von derjenigen des Sohnes sehr verschieden war, weniger sonderbar als sie es heute wäre. Vor der Heirath der Tochter pflegte in früherer Zeit ein Familienrath gehalten zu werden, weil sie durch die Ehe aus ihrer gens trat (Liv. IV, 9; l. 2 l. 18 l. 20 C. h. t.) Hier hatte der Vater die besste Gelegenheit, dem Vorhaben seine Zustimmung zu versagen, was bei den Eltern des Sohnes nicht der Fall gewesen zu sein scheint; und darum, glaube ich, wurde im letztern Falle der iussus

praecedens des Vaters zur Heirath gefordert, nicht aber im erstern. Dieser Meinung jedoch widerspricht ein Rescript Alexanders (l. 5 C. h. t.):

Si pater quondam mariti tui, in cuius fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes ne nepotem suum agnoscat.

Schrader ad § 8. J. de nupt. glaubt diesen Widerspruch dadurch zu lösen, dass er unterscheidet zwischen *stricti iuris nuptiae* und *eae quae solo consensu nituntur*, und für jene *auctoritas et iussus pracedens* verlangt, für diese bloss Consens; er beruft sich dabei auf l. 3, l. 9 pr. D. h. t., l. 2, l. 34 pr. eod., l. 68. D. de iure dot; aber diese alle scheinen sich nur durch die Ausdrucksweise, nicht im Wesen von einander zu unterscheiden; besonders würde jener Unterschied, welchen § 8 cit. zwischen *iustae nuptiae civium Romanorum* und *nuptiae peregrinorum* macht, sich weder mit l. 68 cit. noch mit l. 34 pr. cit. vereinigen lassen. Dass so ein Unterschied zwischen Bürgern und Peregrinen nicht existirt, darüber muss man sich zu Justinians Zeit nicht wundern. Dazu kommt, dass die Worte *civilis et naturalis ratio* jede andere Eingehung der Ehe auszuschliessen scheinen. Daher wird man schliessen müssen, dass auch das Wort *consentire* überall in diesen Stellen den vorher durch Worte ausgedrückten Consens bezeichnet, heute wenigstens, da es im corpus iuris steht. Jenes Rescript allein muss davon ausgenommen werden. Savigny bemerkt zu demselben: «Durch die Aufnahme eines solchen Rescriptes in den Codex ist nun dieser ohnehin der neuern Begünstigung der Ehe angemessene Satz zur allgemeinen Regel erhoben. Die oben aus den Institutionen citirte Vorschrift des vorhergehenden Befehl ist daher Ausdruck der strengern ältern Regel, und nur aus Versehen aufgenommen.» Wie sehr ist zu beklagen, dass wir den *Codex prioris praelectionis* nicht haben! Aber auch so scheint es mir sehr verdächtig, das principium eines Institutionentitels im Vergleich

mit einem Rescripte des nämlichen Codex-Titels für absolet und aus Versehen aufgenommen zu erklären, besonders da jenes von noch bestehendem Rechte und als ob es gar nicht anders sein könnte redet. Desshalb kann ich mir kaum denken, dass so wichtige und für so natürlich gehaltene Institutionen durch Aufnahme jener ganz kleinen Constitution geändert worden seien. Vielleicht dürfte der Zusammenhang der Stellen vielmehr folgender sein: Der *iussus præcedens* war die regelmässige Art der Zustimmung, wohl ein Rest alter Förmlichkeit, die etwa bei der *manus* besonders hervorgetreten sein mag. Allmählig fiengen die Haussöhne an, sich ohne diese Form zu verehlichen, und die Väter, nichts so Hohes und Heiliges in der Ehe mehr erblickend, liessen es hin und wieder geschehen; auch die Gesetze und Richter waren nicht allzu streng in der Beurtheilung solcher Ehen. Ja es konnten selbst Fälle eintreten, wo die Väter ihren Consens nur stillschweigend zu erkennen gaben. Durch dieses Stillschweigen war also stets Conclusion, nicht Präsumtion begründet. Ward nun auch freilich die Form immer vom Civilrechte aufrecht erhalten, so wäre es doch unstatthaft gewesen, dem Vater selbst gegenüber, welcher seine Zustimmung dazu gegeben hatte, dass die alte Form nicht beobachtet werde, diese Vernachlässigung die Ehegatten büssen und ihn Nutzen daraus ziehen zu lassen; daher jene Constitution. Justinian aber erklärte, besonders in einem Buche für die jungen Juristen, eine unter jener Form geschlossene Ehe als das einzig *iustum matrimonium*, als etwas was *civilis et naturalis ratio suadet*. Ich komme somit freilich auch auf das Resultat Savigny's: Der Consens des Vaters zu der Ehe seines Kindes kann durch blosses Stillschweigen erklärt werden; doch, füge ich hinzu, ist diese Willenserklärung bei der Ehe des Sohnes vom Rechte nicht gern gesehen.

Bei der Auflösung der Ehe einer *filia familias* kann der

Vater nur mit Einwilligung der Tochter auf Rückgabe der *dos* klagen. Nun rescribte Antoninus: (l. 2 § 2 D. sol. mat.) *filiam nisi evidenter contradicat videri consentire*. Dazu bemerkt Ulp. *ubi sapit filia scire eam exigimus, ut videatur non contradicere*. Diese Stelle hält Glück für eine Concludenz, Cori für eine Präsumtionsstelle. Ich schliesse mich an Cori an, hauptsächlich des Wortes *evidenter* wegen. Dasselbe scheint mir nämlich anzudeuten, dass wenn die Bedeutung des Stillschweigens zweifelhaft sei, dieses für Zustimmung gehalten werden müsse. Ulp. unterscheidet bloss diese Präsumtion von der Fiktion.

Bei der Verlobung konnte der Wille ebenso stillschweigend erklärt werden wie bei der Heirath selbst (l. 11 de spons.) Ein bei jener vorkommendes Stillschweigen aber als Consens zu nehmen, wo es solchen nicht bezeichnet, widerstrebt unsern Gefühlen. Diess ist wohl der einzige Grund, warum Niemand ausser Cori von den Schriftstellern über das Stillschweigen die hier zu erwähnenden Regeln für Präsumtionen erklärt hat; mir erscheinen sie als solche ihrer Allgemeinheit und ihrer gesetzlichen Form wegen, und ich erkläre sie leicht aus dem *favor matrimonii*. Ulp. sagt (l. 12 h. t.) *quae patris voluntati non repugnat consentire intelligitur*. Sinn und Worte dieser Stelle zeigen deutlich die Präsumtion oder Fiktion:

Die Tochter, die dem Vater nicht widerstrebt, wird als einwilligend angenommen.

Widerstreben darf die Tochter bloss, wenn der Vater ihr einen *turpis sponsus* ausliest.

Folgt: wenn der Bräutigam nicht *turpis* ist, so muss die Tochter entweder schweigen oder ausdrücklich zustimmen, beides hat dieselbe Wirkung.

Man kann zweifeln, ob, wenn der Vater einen *turpis* auswählt, das Stillschweigen der Tochter Consens anzeige oder nicht. Für diesen Fall nehme ich aber gänzliche Willens-

freiheit der Tochter in Anspruch und bejahe daher diese Frage nur für den Fall der Concludenz.

Gleichwie Ulp. ward Paul. l. 7 § 1 *de spons.* bisher immer von Concludenz verstanden, obgleich seine Worte schon ganz entschieden gegen diese Annahme sprechen. Auch hier finden wir das Wort *intelligi* wieder; daneben aber auch als Postulat des *consentire* das *non evidentiter dissentire*. Was aber am meisten für die Präsumtion spricht, das ist die Verbindung der beiden Theile des Paragraphen. Nachdem Paul. gesagt hat, dass dieselben Personen zu den Sponsalien zustimmen müssen wie zu der Ehe, fährt er fort: *intelligi tamen . . . Julianus scribit*. Da aber der Consens der Tochter stillschweigend erklärt werden konnte, was können jene Worte Anderes sagen als: Hier jedoch wird immer der Vater als einwilligend angenommen, wenn er nicht evident widerspricht?

Wenn ich also die Willenserklärungen bei Eingehung der Ehe mit denjenigen bei der Verlobung zusammenstelle, so erhalte ich folgendes interessante Resultat: Ein Haussohn kann sich mit einer Haustochter entweder dadurch verloben, dass er sie selbst um ihre Hand fragt und sie dieselbe ihm gewährt, oder dadurch, dass er den Vater um die Hand seiner Tochter angeht und dieser die Bitte erhört. In beiden Fällen aber müssen Vater und Tochter zustimmen, wenn das Verlöbniß zu Stande kommen soll, und in beiden wird der Wille der direkt nicht gefragten Person als zustimmend präsumirt, wenn sie nur von der Sache weiss und stillschweigt; ja im letztern muss die Tochter sogar meistens schweigen, wenn sie nicht zusagen will. Aber auch der Sohn braucht den Consens seines Vaters; allein dieser ist ganz ohne Regeln und kann also aus dem Stillschweigen concludirt, nicht aber präsumirt werden. Bei der nun folgenden Heirath ist es beinahe umgekehrt. Es braucht dazu neuen Consens. Dieser wird bei der Tochter aus dem Stillschweigen des Vaters geschlossen, doch nicht präsumirt; beim Sohne aber pflegt er

formal ausgedrückt zu werden und wird nur anomal durch Stillschweigen erklärt. Es folgt daraus, dass die Verlobung der Tochter für weit wichtiger gehalten wurde als die Heirath selbst. Kam es dann zur Ehe, so war mit der Einwilligung des Vaters zur Verlobung derselben schon so präjudizirt, dass, wenn er nur von ihr wusste, sein Stillschweigen nicht anders denn als Consens ausgelegt werden konnte. Ich weiss nicht, ob es zu kühn ist, daraus zu schliessen, dass bei den Römern der Brautstand viel kürzer gewesen sei als heute. Die Verlobung des Sohnes dagegen war weit mehr als diejenige der Tochter bloss vorbereitend. Der Vater konnte dazu seine Zustimmung auch durch Stillschweigen ertheilen, und er pflegte es zu thun, weil er wohl wusste, dass später sein Befehl doch noch nöthig sein werde. Hier war die Heirath selbst der Hauptmoment, wo des Vaters Wille herrschte. Vieles was hier noch beizufügen wäre, würde mich zu weit führen.

Die Lehre von den Adoptionen, welche sich mit vielen unförmlichen Erklärungen beschäftigt, bietet mehrfache Gelegenheit zu Conclusionen. § 8 *J. qb. mod. ius.* 1, 12 lehrt, dass die Adoption im engeren Sinne vorgenommen werden könne *apud competentem judicem, praesente eo qui adoptatur et non contradicente nec non eo qui adoptat.* Es sind drei Erklärungen dieser Stelle möglich: dass schon das Stillschweigen allein, abgesehen von dem dadurch geäusserten Willen die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes hervorbringen helfe (Fiktion); diess scheint Savigny's Interpretation zu sein. Allein dem widerspricht l. 5 *de adopt. utriusque arbitrium spectandum est.* Ferner könnte man auf den Gedanken kommen, das Stillschweigen vor Gericht sei hier eine bestimmte Form gewesen wie bei der *in iure cessio*. Diese Meinung wird durch andere Stellen, z. B. l. 11 *C. de adopt.* 8, 48 unterstützt, wo *non contradicere* immer als die Erklärung des Adoptivkindes vorangestellt wird. Aber auch dieser Annahme steht jene l. 5 *cit.* entgegen, welche sagt *utrumque voluntatem suam declarare vel*

consentiendo vel non contradicendo. Es bleibt also nur noch zu untersuchen übrig, ob jene Stelle eine Präsumtion enthalte oder eine Conclusion. Das Erstere zu bejahen, dazu scheint ein gewichtiger Grund darin zu liegen, dass wir es hier mit einem Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit zu thun haben, wo bekanntlich die Contumaz Präsumtion begründet. Allein die ganze Natur der Handlung scheint mir den Widerspruch zwischen dem wahren Willen des Schweigenden und dem Gesetze unmöglich zu machen; denn die Worte des letztern sind *voluntas exploratur, arbitrium spectandum est*. Dem widerspricht § 8 I. cit., welcher sagt, dass durch Stillschweigen hier immer zugestimmt werde, nicht, sondern zeigt nur, wie in praxi das Stillschweigen auftritt.

Das Vormundschaftsrecht war dem concludenten Stillschweigen nicht günstig, denn für die meisten in demselben zu behandelnden Willensäußerungen wird schon von Natur Mündlichkeit gefordert und daher von dem Gesetze Derjenige, der diese Form nicht wählt, für *involus* erklärt. Ohne Zweifel jedoch erscheinen hier oft stillschweigende Rationabitionen; mir ist zwar nur Eine solche, die hier anzuführen wäre, bekannt (l. 4 § 3 de fidei. 27, 7) und diese werde ich besser in der Lehre von der Bürgschaft behandeln.

D. Im Obligationenrechte.

Alle Willenserklärungen, welche im allgemeinen Theile des Obligationenrechtes auftreten, geschehen nur zwischen zwei Personen, welche zusammen einen Contract eingehen; ich werde von diesen also hier nicht zu handeln haben. Nur die Bürgschaft, diese *accessio obligationis* wird durch den Willen eines Dritten, welcher zu der Handlung von Zweien hinzutritt, eingegangen und ist daher für mein Thema geeignet; diess aber auch noch darum, weil sie formlos ist und gewöhnlich in Gegenwart der Parteien geschieht; denn die Gegenwart fördert die Concludenz des Stillschweigens sehr.

Aber damit wir auch die Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Schuldner kennen lernen, muss ich mit der Bürgschaft zugleich das Mandat behandeln. Ulp. l. 4 § 3 de fidej. schliesst auf den Willen, eine Bürgschaft für einen tutor eingehen zu wollen, daraus, dass Jemand, von den tutores genannt und dabei gegenwärtig, nicht widerspricht, und es duldet, dass sein Name in acta publica eingeschrieben werde. Eben so verhält es sich bei den *affirmatores tutorum*, da sie auch s. z. s. Bürgen sind, nur mit einem grössern *beneficium excussionis*. Viel schwerer ist die Frage über die von dem Schuldner geschehende stillschweigende Annahme der Bürgschaft; denn zwischen einer angenommenen und einer nicht angenommenen aber auch nicht abgewiesenen Bürgschaft ist der grosse Unterschied, dass die eine die *actio mandati* gibt, die andere die *actio negotiorum gestorum*. Meine Meinung hierüber ist, Vielen entgegen, diese: Das Stillschweigen des Schuldners pflegte Zustimmung zu erklären. Dann verhielt es sich gleich, wie wenn der Schuldner Auftrag gegeben hätte, und diess gilt wie Ulp. l. 6 § 2 mand. sagt, *nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens*. Diese Stelle, von so viel Specialitäten umgeben, scheint mir so gewichtig zu sein, dass andere Aussprüche desselben Juristen (l. 18 eod., l. 60 de R. J.) sie nicht entkräften, sondern nur sagen, was in praxi zu geschehen pflegte; es ist ja auch nicht zu vergessen, dass die eine dieser Stellen unter den *regulae iuris* steht.

Wenn ich hiermit die Ansicht des Zeitgenossen Pap. l. 53 mand. vergleiche, so finde ich an der Stelle jener Ausnahmen einen einzelnen Fall: es ist ein Rückbürge vorhanden. Dazu verlangt Pap. Gegenwart. Wenn ein Bürge sich einen Rückbürgen geben lässt, so zeigt er dadurch hinlänglich, dass er keine *caussa lucrativa* durch die Bürgschaft beabsichtigt; es weiss also der Debitor, dass eine gewöhnliche Bürgschaft für ihn geschieht, welche er schweigend ratihabirt; er ist daher

Jenem mit der *actio mandati contraria* verpflichtet. Es war demnach hier keine Ausnahme beizufügen. Endlich wird die Gegenwart statt der blossen Kenntniss nur wegen der Specialität des Falles gefordert.

Circa zwanzig Jahre später rescribte Gordianus (l. 6 C. mand. 4, 35):

Si fideiussor pro reo patiente fidem suam adstrinxit, mandati cum eo post exsolutam pecuniam vel factam condemnationem potest actionem exercere.

Diese Constitution negirt jene Ausnahmen Ulpian's nicht, indem sie keine Polemik, Nichts von zwingender Interpretation enthält; sondern wie Ulp. selber nicht immer an seine Ausnahmen gedacht hat, so auch Gordianus nicht. Das haben auch die Compileratoren geglaubt, als sie beide Stellen aufnahmen.

Auf ähnliche Weise sagten Ulpianus, Trebatius, Ofilius, Labeo nach l. 22 § 10, übereinstimmend: *si curator bonorum venditionem fecerit, his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem.* Die folgenden Worte von Ulp.: *si praesentium mandatum exsecutus id egit*, zeigen deutlich, dass jenes eine Conclusion, nicht eine Präsumtion ist. Es ist also daraus nicht ein Gesetz zu machen, wie Heyne und Klemm gewollt haben.

Ueber die Stellvertretung bei Eingehung von Obligationen spricht sich Ulp. l. 1 §§ 2 u. 3 de trib. act. 14, 4 sehr schön aus. Nachdem er gesagt hat, dass der Handel mit dem peculium nur dann den Herrn mit der tributoria obligire, wenn jener mit seinem Wissen getrieben werde, erklärt er dieses Wissen. Zu dem Zwecke stellt er die Ansicht des Edikts oder anderer Juristen an die Spitze: *scientiam hic eam accipimus quae habet et voluntatem*, was sowohl die ausdrückliche als auch die stillschweigende Genehmigung in sich begreift, ja sogar mit Absicht so ausgedrückt zu sein scheint, dass es auch das Stillschweigen einschliesst; die Präsumtion

aber wird ausgeschlossen. Ulp. dagegen will die Präsumtion, wohl im Interesse des Verkehrs: *non enim velle debet dominus, sed non nolle*:

Was die *locatio conductio* betrifft. so erzählt Labeo l. 60 § 6 h. t.:

locator horrei propositum habuit, se aurum, argentum, margaritam non recipere suo periculo; deinde quum sciret has res inferri passus est; proinde eum futurum tibi obligatum dixi ac si propositum fuit remissum.

Beim ersten Anblicke könnte man denken: es wird also bloss präsumirt, dass der Vorsatz zurückgenommen sei; aber es scheint mir, dass ohne dolus des locator nicht nur präsumirt werde, und zur Concludenz brauchen wir ja immer Leute ohne dolus. Ich glaube daher, dass Labeo von einem Dolosen spreche. Freilich werden hier Ausnahmen häufiger sein als sonst, z. B. wenn ein ehrbarer locator nur etwa Einen Tag vor der Illation dem conductor Jenes gesagt und nachher geschwiegen hat.

Bekannt ist die stillschweigende *relocatio*, von welcher die berühmten l. 13 § 11 l. 14 h. t. sprechen. Viel Streit hat sich über dieselben erhoben, welcher jedoch mich hier nicht berührt, da Niemand je gesagt hat, dass von dem Vermiether die *tacita relocatio* nicht stillschweigend angenommen werde, was man auch von dem Miether denken mag (ob er concludent handle oder nicht), und welches auch die Interpretation der ganzen Stelle sei (vgl. l. 18. C. de loc. 4, 65). Dasselbe gilt auch für das *Precarium* (l. 4 § 4 h. t. 43, 25), denn der *precario* dans zeigt gewiss durch sein Schweigen an, dass er diesen für ihn günstigsten Zustand des Besitzes fortgehen lassen wolle.

Was die *Delicte* betrifft, so fällt die Frage über das Stillschweigen, welches zu der Handlung Anderer tritt, unter die Lehre von der *societas criminis* und ist also nicht hier zu behandeln, obgleich sie auch für Civilansprüche wichtig wer-

den kann. Ich bin übrigens nur Einer Stelle (l. 4 pr. de nox. act. 9, 4, cf. l. 50, l. 109 de R. J.), welche hieher gehören würde, begegnet. Das Criminalrecht ist den Conclusionen sehr günstig, da in demselben die heutige Doktrin, besonders nach den Mahnungen Osenbrüggens die Präsumtionen verwirft.

E. Im Erbrechte.

Die meisten in diesem auftretenden Willenserklärungen sind entweder formal, oder geschehen ohne Contract. Dazu kommen Handlungen zwischen Zweien und Folgen, welche *ipso iure* eintreten. Wo es sich jedoch um Legate und Fideicommissse handelt, da ist mein Thema zu finden.

Dass die Restitution der Erbschaft stillschweigend erklärt werden könne, bezeichnet Ulp. l. 87 ad SC. Treb. folgendermassen: *passus hac mente ut vellet restituere et ille suscipere*. Es folgt daraus, dass in jedem einzelnen Falle zu untersuchen ist, welches die Bedeutung des Stillschweigens sei, d. h. ob es concludent sei oder nicht; keineswegs aber wird wie Savigny die Stelle interpretirt, durch jedes Stillschweigen zugestimmt.

Mit nicht weniger Vorsicht handelt Modest. l. 34 § 2 de leg. II. über das Ausschlagen eines Fideicommisses durch Stillschweigen. Er führt folgenden Fall an:

Lucia Titia intestata moriens a filiis suis per fideicommissum alieno servo domum reliquit. Post mortem filii eius iidem qui heredes quum diviserunt hereditatem matris, diviserunt etiam domum, in qua divisione dominus servi fideicommissarii quasi testis adfuit.

Es wird gefragt, ob der Herr das Fideicommiss verloren habe und also seiner *actio* die *exc. doli* entgegenstehe. Der Jurist verneint es *nisi evidenter apparuerit, omittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse*, d. h. *tacuisse*. Es wird hier also anerkannt, dass durch concludentes Stillschweigen evi-

denter ein Fideicommiss ausgeschlagen werden könne. Durch Stillschweigen sage ich, nicht durch concludente Handlung; denn die Handlung des Zeugeseins beweist Nichts, der Zeuge ist zur Feierlichkeit oder zur Sicherung des Beweises da, und seine Zustimmung ist ohne Bedeutung.

F. Im Civilprozesse.

Begreiflicherweise kann während des Prozesses kaum concludenter zugestimmt werden; nicht weil nicht geschwiegen würde, sondern weil die Wirkung des Schweigens nicht gemäss einer Conclusion, sondern gemäss der Contumaz, also *ipso iure* eintritt. Darum hat sogar Savigny, welcher die l. 5 pr. de rec. arb. C. 2, 56 hier anführt, gefehlt; ebenso durch Anführung anderer Stellen Viele. Was aber die Wirkung des Prozesses auf Dritte betrifft, so kann freilich deren Wille durch Stillschweigen erklärt werden. Ein sehr schönes Beispiel hievon haben wir in l. 63 de re jud. 42, 1, wo Macer sagt:

scientibus sententia quae inter alios data est obest, quum quis de ea re cuius actio vel defensio sibi competit sequenti agere patiatur (hier folgen Beispiele) *quia ex voluntate eius de iure quod ex persona agentis habuit iudicatum est.*

wodurch reine Conclusion ausgedrückt wird. Seine Beispiele sind folgende:

- 1) *si debitor experiri passus sit creditorem* (Flor.). Die Vulg. sagt: *si creditor experiri passus sit debitorem*, welcher Lesart die l. 3 D. de pig. l. 5 C. eod. 8, 13, l. 11 § 10 de exc. rei iud. entgegen stehen. Gothofr. vereinigt dieselben so mit seiner Lesart: ad. v. «*passus*» *sciens prudensque, sc. alias secus*, was l. 29 §. fi. de exc. rei. iud. zu unterstützen scheint; aber alle jene Stellen fordern weder Wissen noch Nichtwissen; ferner spricht l. 29 cit. von einer dem Creditor gegebenen Nachricht, was sich von anderweitiger Kenntniss sehr unterscheidet. Die Worte

ius quod ex persona agentis habet beweisen Nichts, weil der Debitor insofern der Erste ist, als der Creditor litigiren kann, wenn Jener es nicht thut.

2) *Si maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae agere patitur.*

3) *Si possessor venditorem de proprietate rei emtae agere patitur.* Es folgt die Begründung dieses Beispiels, welche durch Analogie auch auf die andern Beispiele zurückbezogen werden kann.

Macer sagt selbst, a. vv. *«is vero»*, wie man noch viele andere Beispiele hievon dadurch machen kann, dass man an Stelle des Kaufes eine andere Art der Eigenthumsübertragung setzt. Er schliesst aus Allem, dass immer wo die *res iudicata* gegen Dritte eine Wirkung habe, der Prozess mit deren Willen unternommen sei; indem er aber hievon ein Beispiel geben will, irrt er sich; denn was er erzählt, ist keine stillschweigende Willenserklärung.

Thesen.

1. Consensualcontracte können auch nach einseitiger Erfüllung durch blossen Consens aufgelöst werden.
2. Die *correi* nehmen nur zusammen an Einer Obligation Theil.
3. Unter Umständen brauchte die *a. ad suppl. leg.* von dem Verkürzten nicht angestellt zu werden, damit er zu seinem Pflichttheil komme, auch wenn kein Anderer klagte.
4. Die Mühlenbruchische Berechnung des Pflichttheils ist die richtige, kann aber nur mit Ausnahmen gebraucht werden.
5. 1. 91 de sol. 46, 3 steht dem Satze nicht entgegen, dass *novatio* wie *acceptilatio* die Forderung zerstöre.
6. 1. 2 § 6 de vulg. et pup. 28, 6 ist zu emendiren.
7. Die Präsumtion des Todes ist auf keinen der bisher angenommenen Momente, sondern auf den Augenblick zurückzubeziehen, da der edicirte Termin ablief.
8. Durch Erfüllung der Muthbitte wird nicht Eigenthum am Boden erworben, wohl aber das Recht zur Occupation der Metalle.
9. Beihülfe zum Selbstmord ist ein Verbrechen.
10. Des Angestifteten Rücktritt vom Verbrechen macht den Anstifter nicht straflos.
11. Wer nicht eidesfähig ist, kann nach einem falschen Eide nicht als Meineidiger gestraft werden.

12. Währmann haben hilft da, wo, wenn das Behauptete wahr wäre, die *exc. veritatis* gelten würde.
13. Die Beobachtung psychologischer Zustände ist nicht dem Arzte allein, gar nicht aber dem Philosophen zu überlassen.
14. Das *plus caussae* muss von Demjenigen nicht bewiesen werden, der es behauptet.
15. Der zürcherische Civilprozess hat keine Ausnahme von dem Verbote des Provocationsprozesses.
16. Spender des Sacramentes der Ehe ist der Ehegatte, nicht der Priester.