

UEBER DIE
OBLIGATIO EX PROMISSIONE HOMINIS.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der
Würde eines Doctors beider Rechte

der
hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der
Universität Zürich

vorgelegt

von

Hermann Meyer

von Zürich.

Zürich.

Druck von David Bürkli.

1861.

Bei den Obligationen auf Sachleistungen ist es von der grössten Wichtigkeit, ob eine *res certa* oder *res incerta* zu leisten ist, oder wie der Unterschied gewöhnlich ausgedrückt wird, ob die zu leistende Sache genau bestimmt oder die Schuld bloss eine generische, d. h. der Gegenstand der Leistung nach Quantität und Qualität oder bloss nach Gattungsmerkmalen bestimmt ist.

Die Lehrbücher führen gewöhnlich unter der Rubrik »Verschiedenheiten der Sachen« an, dass Sachen bei Rechtsverhältnissen entweder als individuell bestimmte in Betracht kommen oder als nur nach der Gattung bezeichnete Gegenstände. Ob, wie und worin diese Verschiedenheit von Folgen ist, wird nicht gesagt, und der Unterschied in den Darstellungen der einzelnen Rechtsparthien völlig ignorirt.

Von diesem Unterschiede geht die nachstehende kleine Arbeit aus. Es soll darin das Wesen und die Gestaltung der Obligation auf Leistung einer Sache dargethan werden, wenn die zu leistende Sache eine *incerta* ist, und zwar soll das Thema in einem engern Rahmen durchgeführt werden, indem wir die *obligatio ex promissione hominis* uns zur Betrachtung vorlegen.

Eine Hauptstelle für die Auffassung der *obligatio ex promissione hominis* ist die l. 66 § 3. XXXI. II *de leg.* von Papinian: *Non idem respondetur quum duobus testamentis generatim homo legatur; nam qui solvente altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit. Eademque ratio stipulationis est; hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet, utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur, cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit.*

Würden wir das, was mit der *promissio hominis compendio* gesagt ist, weitläufiger ausdrücken wollen, so lautete das Versprechen dahin: den einen oder andern der *homines* zu leisten; die verschiedenen einzelnen *homines* sind *in obligatione*, einer *in solutione*. Es liegt also in der *obligatio hominem dare* eine Alternative, wie sie uns bekamt ist in der ausdrücklich alternativ gestalteten Obligation. l. 32. § 3. XII. 6. *Qui hominem generaliter promisit similis est ei qui hominem aut decem debet.* Deshalb finden wir auch in den Quellen die *obligatio* auf Leistung eines *corpus incertum* so oft mit der ausdrücklich alternativ gestalteten Obligation zusammengestellt, und wird so oft eine Entscheidung, die für die eine Obligation begründet worden, ohne Weiteres auch auf die andere angewendet. Deshalb werden wir auch im Verlaufe die ausdrücklich alternative Obligation oft zur Erklärung herbeiziehen.

Aus seiner Auffassung der *obligatio hominem dare* als einer Obligation auf Leistung des einen oder andern der *homines*, wonach die verschiedenen einzelnen *homines in obligatione* sind, folgert nun Papinian, dass die *obligatio hominem dari* nur zu Stande komme in Bezug auf die *homines*, die zur Zeit der Begründung der Obligation nicht im Eigenthum des Stipulanten seien, und wieder erlösche in Bezug auf die Individuen, welche nach der Begründung, wenn auch nur momentan, Eigenthum des Stipulanten geworden.

Er wendet damit auf die *obligatio hominem dari* zwei bekannte Sätze an. Inst. III. 19 § 2. *Idem juris est (i. e. inutilis est stipulatio) si — rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio*

ob id quod — res stipulatoris esse desinere potest. Item contra licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum quam causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio.

Auf die alternative *obligatio Stichum aut Pamphilum dari* werden diese Sätze angewendet in l. 128. XLV. 1. — *Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, sin unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit ejus esse non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.*

Zu widersprechen scheinen dieser Papinianischen Folgerung zwei Stellen von Marcellus, l. 67. pr. XLVI. 3. *Si quis duos homines promiserit, et Stichum solverit, poterit ejusdem Stichi dominium postea consecutus dando liberari.* Es soll also ein *homo* geleistet werden können, der nach Begründung der Obligation Eigenthum des Stipulanten gewesen. Damit ist dem Papinianischen *ita frustra solvitur cujus dominium postea legatarius adeptus est*, opponirt; ob aber Marcell den Papinianischen Satz überall nicht anerkennt, oder nur nicht in der von Papinian demselben gegebenen Tragweite, das bleibt dahin gestellt.

Möglich ist es übrigens, diese Stelle von Marcell noch anders zu deuten. Seine Behauptung erhärtet Marcell durch einen Ausspruch des Servius: *Eum qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, posse saepius aliquos numos accipiendo ab eo eique retrodando ac rursus accipiendo id efficere.*

Servius spricht davon, ob von einem Leisten und Zahlen und durch Zahlung liberirt werden die Rede sein könne, wenn der Gläubiger dem Schuldner dazu die Mittel gegeben, um gerade seine Schuld zu zahlen, indem er ihm, der mehrere gleichartige Leistungen zu machen hat, nachdem er einmal geleistet, das Geleistete wieder zurückgibt, um es noch einmal wieder zu leisten, und behauptet seinerseits die Möglichkeit für einen Fall, wo es sich um eine Geldschuld handelt. Nun fragt sich, ob Marcellus aus der Servianischen Auslassung bloss sich stützt darauf, dass Geld gegeben werden kann, das der Gläubiger nach Begründung der Obligation schon einmal von Seiten des Promissors erworben hatte, dass solche Geldstücke darum nicht *extra solutionem* seien, oder ob er den ganzen Passus des Servius anziehend auch für andere als Geldschulden darthun will, dass von einer Liberation durch Solution die Rede sein

könne, wenn der Gläubiger durch Rückgabe einer gemachten Leistung dem Schuldner selbst die Mittel zur Zahlung einer weitem Schuld an die Hand gebe; dass der Schuldner liberirt sei, durch eine *solutio* im Sinne einer *datio in solutum*.

Die zweite Stelle des Marcellus ist die l. 72. § 4. XLVI. 3.

Im Anfang des § 4 bestätigt Marcellus seinerseits für die *obligatio Stichum aut Pamphilum dare*, dass, wenn eine der alternativ versprochenen Sachen Eigenthum des Stipulanten ist, diese Sache auch, nachdem der Stipulant das Eigenthum davon aufgegeben, nicht geleistet werden könne.

Im nächsten Passus geht Marcell auf die *obligatio hominem dari* über und scheint zu sagen: An sich zwar könne ein *homo*, der dem *promissor* bei Begründung der Obligation zugehörte, nicht geleistet werden, *vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat*, aber es sei davon eine Ausnahme zu machen, wenn durch Aufrechthaltung dieses Prinzips die ganze Obligation zu Grunde ginge. *Fingamus ita stipulatum: hominem ex his quos Sempronius reliquit, dare spondes? quum tres Sempronius reliquisset eorumque aliquem stipulatoris fuisse; num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus. Et magis est, deficere stipulationem nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris.*

Der *status controversiae* zwischen Papinian und Marcell wäre also der:

Papinian sagt: *utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt*, — davon macht eine Ausnahme Marcell in l. 72 § 4. XLVI. 3

Papinian sagt: *Ita frustra solvitur cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit*, — davon macht eine Ausnahme Marcell in l. 67. XLVI. 3.

Bei der ausdrücklich alternativ gestalteten Obligation *illud aut illud dare* wie bei der *obligatio hominem dare* ist eine Wahl gegeben, es sind mehrere Sachen *in obligatione*, aber nur eine *in solutione*.

Abgesehen von besonderer Vereinbarung spricht bei dem Versprechen *illud aut illud dare* oder *hominem dare* die Regel dafür, dass der Schuldner die Wahl hat; in dem *illud aut illud dare promittis?* liegt *implicite utrum velis*, in dem *hominem dare promittis?* liegt *implicite quem tu velis*.

L. 10. § 6. XXIII. 3. *Nam et quum illa aut illa res promittitur rei electio est utram praestet.*

Inst. IV. 6. § 33. — *Ideo autem plus petere intelligitur quia in eo genere stipulationis promissoris est electio.*

Wenn der Schuldner die Wahl hat, so muss darum der Gläubiger, wenn er ihn belangen will, alternativ resp. *generaliter* klagen. IV. 6. Inst. § 33. — *qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero deteriozem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat, hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere id est, ut eodem modo peteret, quo sibi stipulatus est. Praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, et specialiter Stichum petat, — plus petere intelligatur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere quam quod peteretur.* Der Schuldner kann sein Wahlrecht bis auf den letzten Moment geltend machen, denn auch dadurch, dass er eine Alternative zu leisten begonnen oder *partem hominis* geleistet hat, ist er nicht an die definitive Leistung dieser Alternative, an die Leistung der *reliqua pars* dieses *homo* gebunden.

Dieses Wahlrecht innerhalb der Grenzen der Obligation kann aber eher bei der *obligatio Pamphilum aut Stichum dare* als bei derjenigen auf *hominem dare* seinen Boden verlieren. Geht Stichus unter, so würde unter diesen Umständen die Aufrechthaltung des Wahlrechts des Schuldners, womit die Möglichkeit des Willens, den *Pamphilum* nicht zu leisten, verbunden wäre, die Möglichkeit involviren nicht zu entscheiden, ob er das oder jenes leisten wolle, sondern ob er überhaupt leisten wolle oder nicht. Das Wahlrecht des Schuldners ist unmöglich geworden, die Obligation selbst bleibt bestehen, nur jetzt als *simplex* statt als *alternativa*.

L. 2. § 3. XIII. 4. *Scaevola libro XV. quaest. ait, non utique ea quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in ejus arbitrio an debeat non esse. Et ideo cum qui Stichum aut Pamphilum promittit eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt, ceterum ubi alter decessit, extinguere ejus electionem ne sit in arbitrio ejus an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet.* Natürliche Folge ist, dass nun der Gläubiger nicht mehr alternativ zu klagen braucht. L. 44. § 3. XLIV. 7. — *nec alter peti potest, utique quamdiu utrumque est.*

Mit der Behauptung, dass der Schuldner bis zum letzten Moment

das Wahlrecht habe und seine Wahl ändern könne, sind zwei scheinbar entgegenstehende Stellen in Einklang zu bringen. Es sind diess die l. 84. § 9. XXX *de leg.* und l. 25. XIII. 5.

L. 84. *Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato; si dixerit heres Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.*

Durch die Erklärung des Schuldners, dass er die und die von mehreren geschuldeten Sachen geben wolle, entsteht eine *obligatio simplex* auf Leistung dieser bestimmten Sache; der Schuldner kann seine Erklärung nicht widerrufen. Der in l. 84 vorliegende Fall hat die äusserliche Eigenthümlichkeit, dass das in der alternativen Obligation an sich schon liegende *jus eligendi* des Schuldners noch besonders *expressive* constituirt ist. Gerade darauf werden wir es zurückzuführen haben, dass der Schuldner, nachdem er einmal eine Erklärung gemacht, an diese auch gebunden ist; wie ja denn sehr oft das Aussprechen und ausdrücklich Festsetzen des sich schon von selbst Verstehenden nicht ohne Folgen ist. Hierauf ohne Zweifel ist denn auch die l. 138. § 1. XLV. 1. zu beziehen: *Quum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestiturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest.* Man kann die Stelle so verstehen, wie Sintenis prakt. Civilrecht B. II. p. 29 Anm. 53 annimmt: Der Schuldner könne seinen Entschluss ändern, so oft er wolle, so lange er sich nicht ausdrücklich erkläre, *quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest.* Abgesehen von der Trivialität des Gedankens, den man den Juristen aussprechen lässt, die schon Verdacht gegen die Richtigkeit der Auslegung rechtfertigt, ist bei dieser Interpretation die Voraussetzung der Stelle, die in *pure* liegt, völlig ignorirt. Es wird vielmehr der Stelle folgender Sinn zuzuschreiben sein: Ist *pure* stipulirt *illud aut illud* im Gegensatz zur Stipulation *illud aut illud* mit einem Zusatz, der das Wahlrecht des Schuldners, das er an sich schon hat, ausdrücklich constituirt (für den Gegensatz zu *pure* siehe l. 30 § 5. XXXV. 2. *Incertae autem res relictiae distinctionem recipiunt, nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti argentum quod elegerit — sin vero argenti pondus pure relictum esset*), dann bindet den Schuldner seine Erklärung nicht, während bei diesem Zusatz, der doch nur ausdrückt, was an sich schon in

der Obligation liegt, ihm eine Erklärung bindet, *quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest*, oder wie l. 65. XXX. *de leg. I.* sagt: *Aliud est enim juris si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimat*. Es wären also nicht einander entgegengesetzt Gedanke und Aeußerung von Seiten des Schuldners, sondern Wahlrecht, *voluntas*, das *eo ipso* in der alternativen Obligation liegt, und Wahlrecht, das noch in besonderem Zusatze besonders constituirt wird.

In l. 84 entsteht durch die Erklärung des Erben eine *obligatio simplex* in der Art, dass der Schuldner nach dem casuellen Untergang der Sache, für deren Leistung er sich erklärt hat, frei wird. Diese Folge wird aber nicht immer eintreten, wenn bei ausdrücklich constituirtem Wahlrecht eine Erklärung des Schuldners erfolgt ist. Der Fall in l. 84 hat allerdings die ausgesprochene Tendenz, dass eine *obligatio simplex* durch die Erklärung des Schuldners entstehen solle, es ist von vorneherein darauf gerechnet und darauf angelegt. Diese Folge der Entstehung einer *obligatio simplex* wird allerdings nie eintreten durch eine Erklärung des Schuldners, wenn dessen Wahlrecht nicht ausdrücklich constituirt ist, wird aber doch, wenn das Letztere der Fall ist, nicht ausnahmslos eintreten. Es wird auf die Intention, die Art und Weise, wie das Wahlrecht constituirt ist, den *sermo stipulationis* ankommen, darauf ob die definitive Gestaltung der Obligation von einer zukünftigen Erklärung des Schuldners abhängig gemacht werden will.

Es lässt sich ja sehr leicht eine geringere Wirkung der Erklärung des Schuldners bei ausdrücklich constituirtem Wahlrecht für sich allein denken, ein Gebundensein an die eine Leistung, ohne dass eine *obligatio simplex* entsteht, wodurch in vielen Fällen die Lage des Creditors verschlechtert würde.

Der Schuldner, der sich auf mehrfache Art von seiner Obligation lösen konnte, kann dieses jetzt zufolge seiner Erklärung nicht mehr; seine ursprünglichen Befugnisse sind beschränkt. Geht aber die Leistung, die er zu geben noch speziell erklärt hat, unter, so wird er immerhin die andere Leistung zu geben haben.

Es ist zugegeben, dass der Schuldner durch einmalige Erklärung sein Wahlrecht consumire und nun an seine Wahl gebunden sei, im Fall sein Wahlrecht ausdrücklich constituirt worden. Nun scheint aber nach l. 25 pr. XIII. 5. dieselbe Wirkung eintreten zu sollen auch bei nicht ausdrücklich constituirtem Wahlrecht: *Illud aut illud debuit*

et constituit alterum: an vel alterum quod non constituit solvere possit, quaesitum est. Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere. Bei der alternativen Obligation mit ausdrücklich constituirtem Wahlrecht ist der Schuldner nach der Erklärung, dass er die und die Sache leisten wolle, zu deren Leistung verbunden, darum weil er sein Wahlrecht in dieser Richtung geltend gemacht hat und weil durch einmalige Erklärung das ausdrücklich constituirte Wahlrecht aufgebraucht wird; er haftet also nach dem Tenor der ursprünglichen Obligation, der ihn verpflichtet, die Sache zu leisten, für deren Leistung er sich erkläre.

Ist das Wahlrecht nicht ausdrücklich constituirt, so zerstört der einmalige Gebrauch durch eine Erklärung, welche Sache er leisten wolle, dem Schuldner sein Wahlrecht an sich nicht, nach der ursprünglichen Obligation kann er seinen Willen wieder ändern. Diess schliesst aber nicht aus, dass er nicht aus andern Gründen an seine Erklärung gebunden sei, für seine Erklärung einstehen müsse. Wenn der Schuldner verspricht, die oder die Sache zu leisten, so kann er aus diesem Versprechen einem neuen der bestehenden Obligation fremden Grunde obligirt sein. *Dixi, non esse audiendum si vellet hodie fidem constitutae rei frangere.* Im erstern Fall haftet der Schuldner zur Leistung gerade dieser Sache aus der *stipulatio illud aut illud utrum volueris dare spondes*; im zweiten Fall haftet er aus seinem Versprechen.

Dieses Versprechen des Schuldners hat natürlich nur die Folge, dass er gerade die Sache leisten muss, so lange deren Leistung möglich ist; geht die Sache unter, so leistet er eben eine andere der *in obligatione* befindlichen Sachen; durch den Untergang der noch speziell versprochenen Sache wird der Schuldner nicht frei, haftet aber für den von ihm verschuldeten Untergang. Eine *obligatio simplex* kann durch sein Versprechen nicht entstehen. Eine Aufhebung der alternativen und Constituierung einer simplen Obligation wird überall nicht vermuthet werden können bei einem Verträge der Partheien, da diess dem Gläubiger fast immer zum Nachtheil reichen würde, und ein solcher Vertrag, dass fortan nur noch Eine Sache *in obligatione* sein solle, kann auf jeden Fall nicht aus der Erklärung des Schuldners, dass er die und die bestimmte Sache leisten wolle, und aus der Entgegennahme dieser Erklärung von Seiten des Gläubigers, der weder ja noch nein dazu zu sagen hat, construirt werden.

Von dem Untergang dessen, was *in obligatione*, und daheriger

Unmöglichkeit der Erfüllung kann bei der *obligatio hominem dari* faktisch nicht wohl die Rede sein. Mag das eine oder andere der dem *genus* angehörenden Individuen untergehen, ist ja damit nicht das Leistungsobject selbst untergegangen. Der Schuldner ist ja nicht verpflichtet, dieses oder jenes Individuum zu leisten. Dem Fall, dass bei der *promissio Stichi* der Stichus stirbt, steht bei der *promissio hominis* gleich der Fall nicht, dass der Stichus stirbt, den der Schuldner vielleicht leisten wollte, sondern dass alle *homines* sterben. Erst wenn das ganze Genus, alle alternativ geschuldeten Sachen untergegangen sind, kann von einer Unmöglichkeit der Leistung wegen Untergangs des Objectes die Rede sein.

Ein momentaner Untergang des Genus vernichtet aber die generelle Obligation an sich noch nicht, sondern lässt die Obligation bloss vorläufig schlafen, die Obligation lebt aber mit der Wiedereexistenz des Genus auf.

L. 83. § 5. XLV. 1. *Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo donec nascetur et si natum sine culpa promissoris consumtum sit, rursum expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit, et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem.*

Wir haben gesagt, wenn dem Schuldner die concrete Sache, mit der er seine Genusschuld zahlen will, durch Zufall zu Grunde gehe, so habe er eben eine andere Sache desselben Genus zu leisten, denn da er nicht gerade diese concreten Stücke schuldig gewesen, sei ihm die Leistung durch den Untergang jener concreten Stücke nicht unmöglich geworden. Der Untergang concreter Stücke befreit den Genusschuldner nur, wenn solche Stücke casuell untergehen, nachdem er sie dem Gläubiger angeboten und dieser sich eine *mora accipiendi* hat zu Schulden kommen lassen.

L. 84. § 3. XXX. 1. *Si cui homo legatus fuisset, et per legatarium stetisset, quominus Stichum quem heres tradere volebat acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit.*

L. 105. XLV. 1. *Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari; quum Damam dares, ego quominus acciperem in mora fui; mortuus est Dama, an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debeat, solveret, continuo eum debito liberari.*

L. 72. XLVI. 3. *Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri — etenim non est aequum teneri pecunia amissa quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.*

Hier ist nicht davon die Rede, dass die Obligation unmöglich geworden sei wegen Untergang des Leistungsobjects, dass also der Schuldner das Versprochene nicht zu leisten und weil der Untergang ohne seine Schuld erfolgte, auch keinen Ersatz zu leisten habe.

Die Obligation kann sehr leicht erfüllt werden auch nach dem Untergang der angebotenen Stücke, aber aus Gründen der *aequitas* soll der Schuldner behandelt werden, wie wenn er erfüllt hätte, er soll sich mit einer *exceptio doli* dem klagenden Gläubiger gegenüber schützen können. Wo ein Untergang des Leistungsobjects eintritt, wird der Schuldner *ipso jure* frei:

Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter; naturaliter veluti solutione aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit.

Geht eine der alternativ versprochenen Sachen zu Grunde, so sind ja noch andere *in obligatione* als solche zu leisten; unter Umständen scheint dem Schuldner die *facultas* gegeben, das *pretium* der untergegangenen Sache zu offeriren. L. 5. § 1. XLVI. 3.

Sind zwei Sachen alternativ versprochen und der Schuldner veranlasst den Untergang der einen Sache, so ist dieses vorläufig ohne Bedeutung. Geht aber nachher auch noch die zweite Sache casuell zu Grunde, wodurch der Gläubiger jede Klage aus der Stipulation verliert, ein Schaden des Gläubigers, der indirect durch den Schuldner veranlasst wurde, so wird dem Gläubiger mit der *actio doli* geholfen.

L. 95. § 1. XLVI. 3. *Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus — tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, quum illo in tempore quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur.*

Beschädigt der *promissor* die eine von zwei alternativ versprochenen Sachen und will diese leisten zur Erfüllung seiner Obligation, so kommt er damit nicht durch, so wenig wie wer den *Stichus* versprochen, wenn er diesen von ihm verwundet anbietet, sich damit libe-

riren kann. Wird die eine von mehreren alternativ versprochenen Sachen nicht durch Schuld des Promittenten, sondern durch Zufall verschlechtert, so kann durch deren Hingabe der Schuldner sich vollständig liberiren. Diess wird indirect l. 33. § 1. XLVI. 3 sagen und sagt es ausdrücklich l. 11. XXIII. 3.

L. 10. § 6. XXIII. 3. — *aut si nihil de electione adjiciatur, electionem habebit maritus utrum malit res offerre an pretium earum — sed si res non exstet aestimationem maritus omni modo praestabit.* L. 11. *Sane et deteriorem factam reddere poterit.*

Anders ist dagegen zu entscheiden bei der *obligatio hominem dari*. L. 33. § 1. XLVI. 3. *Item qui hominem dari promisit, et vulneratum a se offert, non liberatur. — Sed et ab alio vulneratum si det, condemnandus erit, quum possit alium dare.* Sind bei der *obligatio Stichum aut Pamphilum dari* diese beiden Sachen speciell und nominatim als *corpora certa*, als *species in obligatione*, so sind bei der *obligatio hominem dare* zwar auch die einzelnen *homines in obligatione*, aber nicht die einzelnen Individuen jedes speciell und nominatim, sondern nur insofern und so lange sie eben *homines* im Sinn der Stipulation sind, und wenn sie das nicht mehr sind, scheiden sie aus der Obligation aus; unter *homines* werden doch wohl *homines integri* verstanden.

Natürlich ist bei der Frage, wer im concreten Fall, wenn einmal eine alternative oder generelle Obligation zu Stande gekommen, die Gefahr trage, auf alle die möglichen Modificationen, von denen beim Wahlrecht des Schuldners die Rede gewesen ist, Rücksicht zu nehmen.

Die *obligatio Stichum aut Pamphilum dare* wie die *obligatio hominem dare* ist im Erbganze theilbar. Hatte der Erblasser einen *homo* zu leisten, so geht nun die Obligation jedes einzelnen Erben darauf, an einem mit seinen Miterben auszuwählenden *homo* seine *pars* zu leisten. Allerdings ist die *obligatio hominem dare* nicht so theilbar, dass jeder Erbe nun schlechthin *partem hominis* schuldet. Es ist eine Täuschung, dass die *obligatio hominem dare* sich halbire in zwei *obligationes partem hominis dare*. Bei zwei Obligationen auf *partem hominis* kann aus der einen *obligatio pars Pamphili*, aus der zweiten *pars Stichi* geleistet werden, also *partes diversorum hominum*. Bei zwei Obligationen auf *partem Pamphili aut partem Stichi dare* kann aus der einen Obligation *pars Pamphili*, aus der andern *pars Stichi* geleistet werden. Das ist aber nicht möglich bei der *obligatio*

hominem oder *Stichum aut Pamphilum dare*. Diese scheinbaren zwei Hälften der *obligatio hominem* oder *Stichum aut Pamphilum dare* geben zusammen der schuldnerischen Sache einen viel grössern Spielraum als die Eine ganze Obligation und *ex persona heredum condicio obligationis non immutatur*.

Geht nun also die Obligation der Erben dahin, an einem und demselben *homo* mit seinen Miterben seine *pars* zu leisten, so bringt es der Inhalt der Obligation mit sich, dass wenn ein Erbe eine *pars hominis* leistet, von einer Erfüllung seiner Obligation nicht die Rede sein kann. Erfüllt ist eine Obligation und Liberation tritt ein, wenn gerade das geleistet wurde, was geschuldet ist. Die Obligation des Erben geht nun dahin, dass er mit seinen Miterben an demselben *homo* seine *pars* leiste. Leistet ein Miterbe *partem hominis*, so ist vorläufig noch im Zweifel, ob er geleistet, was er schuldig ist, deshalb kann von einer Erfüllung nicht die Rede sein; der Zweifel wird gehoben, erst wenn an demselben *homo* die Miterben auch ihre *partes* leisten, und deshalb kann auch erst in diesem Moment von Erfüllung und Liberation der einzelnen Erben die Rede sein.

Die Art, wie allein die *obligatio hominem dare* oder *Stichum aut Pamphilum dare* sich theilen lässt, hat die Folge, dass eine theilweise Erfüllung und demgemäss theilweises Erlöschen der Obligation wegen einer Leistung des Schuldners nicht vorkommen kann.

Haben wir die *obligatio Stichum dare* oder *decem dare*, so wird der Schuldner durch Leistung *partis Stichi*, in der zweiten Obligation durch Leistung von 5 zu diesem Betrag liberirt, die Schuld ist zur Hälfte erloschen, eine Obligation besteht nur noch auf Leistung *reliquae partis Stichi*, bei der zweiten Obligation auf Leistung von 5. L. 9 § 1. XLVI. 3. *Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur.*

Treten aber diese beiden an sich theilweiser Erlöschung fähigen Schulden in ein alternatives Verhältniss, so dass nur die eine oder andere geleistet zu werden braucht, so hört diese Möglichkeit theilweiser Erlöschung der Obligation durch Zahlung der Hälfte der einen geschuldeten Leistung auf. Die Leistung *partis Stichi* oder von *quinque* kommt nicht über den Charakter theilweiser Erfüllung einer der alternativ geschuldeten Leistungen hinaus, hat nie den Charakter theilweiser Erfüllung der Obligation. Theile solcher alternativer Obliga-

tionen sind immer nur Obligationen darauf an der oder der andern Alternative, aber immer an einer und derselben *pars* zu leisten. Durch keine Leistung aber wird bewirkt, dass eine solche *pars* erfüllt, nur noch eine solche *pars* der Obligation fortbestände. Leistet der Schuldner, der *Pamphilum* aut *Stichum* versprochen, *partem Pamphili*, so ist damit vorläufig noch gar nichts geschehen. Die *reliqua pars Pamphili* zu leisten ist er nicht schuldig, denn er ist nicht den *Pamphilus* an sich, sondern den *Stichus* aut *Pamphilus* zu leisten schuldig, *partem Stichi* kann er nicht leisten, denn er kann *Stichum* aut *Pamphilum*, aber nicht von den beiden Alternativen leisten, diess gieng gegen den Sinn der alternativen Obligation. Ob mit seiner Leistung etwas geschehen sei, kann erst nachher ermessen werden, je nachdem er die *reliqua pars* dieser Alternative leistet oder sich an die andere Alternative hält. *Sic posterior solutio comprobabit, priora quoque utrum debita an indebita solverentur.*

So wenig aber die Leistung eines Theiles der einen alternativ versprochenen Sache als Erfüllung eines Theiles der Obligation gelten kann wegen rein logischer Gründe, so wenig kann die Acceptation der Hälfte der einen alternativ geschuldeten Sache die Obligation theilweise erlöschen machen, noch einen solchen Pseudotheil, *obligatio* auf Leistung der einen oder andern Alternative halb fort bestehen lassen, wie l. 17. XLVI. 4. angibt: *Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit, et petere quinque aut partem hominis potest.*

Die Ansicht, dass die *obligatio Stichum* aut *Pamphilum* *dare* zusammengesetzt sei aus zwei *obligationes partem Stichi* aut *Pamphili dare*, und dass durch Leistung *partis Stichi* ein Theil der *obligatio* untergehe, ein Theil der *obligatio* bestehen bleibe, scheint auch unter den römischen Juristen Vertheidiger gehabt zu haben.

L. 26. § 13. XII. 6. *Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere? Quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque; nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro XX Digestorum scripsit, non perimi partem dimidiam obligationis ideoque eum qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur.*

Sind *decem* aut *Stichus* versprochen und der Schuldner leistet 5, so ist, um ihn zu vollständiger Erfüllung seiner Obligation anzuhalten, zu klagen auf *reliqua quinque* aut *Stichum*. Hat der *promissor*

hominis partem Stichii geleistet, so wird von ihm immer noch *homo* gefordert, natürlich aber kann der *promissor* sich durch Leistung der *reliqua pars Stichii* liberiren. L. 9. § 1. XLVI. 3.

Qui hominem debet, partem Stichii dando nihilominus hominem debere non desinit, denique homo adhuc ab eo peti potest; sed si debitor reliquam partem Stichii solverit vel per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur.

L. 2. pr. XLV. 1. *Nam si Stichii pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest; aut in pendenti est donec alius detur. Eiusdem condicionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari?*

Hat der Schuldner einmal vollständig geleistet, so geht die Obligation unter, und das Wahlrecht, das ihm nach der Obligation zugestanden, kann er natürlich nicht in dem Umfang geltend machen, dass er nach geschעהener Erfüllung, bloss weil er nun doch lieber eine andere der *in obligatione* befindlichen Sachen geleistet hätte, die Leistung revociren und neu leisten könnte.

In Einem Fall soll eine solche Revocation und Neuleistung, nachdem dem Gläubiger gegenüber vollständig erfüllt worden, dieser keinerlei Ansprüche mehr hat, möglich sein, wenn nämlich ein Irrthum des Schuldners mituntergelaufen ist.

Leistet der *promissor hominis* den *Stichus*, so ist damit seine *obligatio* auf *hominem dare* erfüllt; hat aber der Schuldner den *Stichus* nicht schlechtweg als einen *homo*, als Repräsentanten des schuldigen *genus* geleistet, sondern sich zur Leistung des *Stichus* als *species* im Gegensatz zu allen andern *homines* verpflichtet geglaubt und darum ihn geleistet, so hat er etwas geleistet, was er nicht zu leisten brauchte. Darum wird ihm das Recht zugesprochen, den *Stichus* zu *condiciren* und sich durch die Leistung eines beliebigen andern *servus* zu liberiren. L. 32. § 3. XII. 6. *Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet; et ideo si quum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.* Eine strengere Ansicht spricht Celsus aus in l. 19. XXXI. *de legatis* II.

