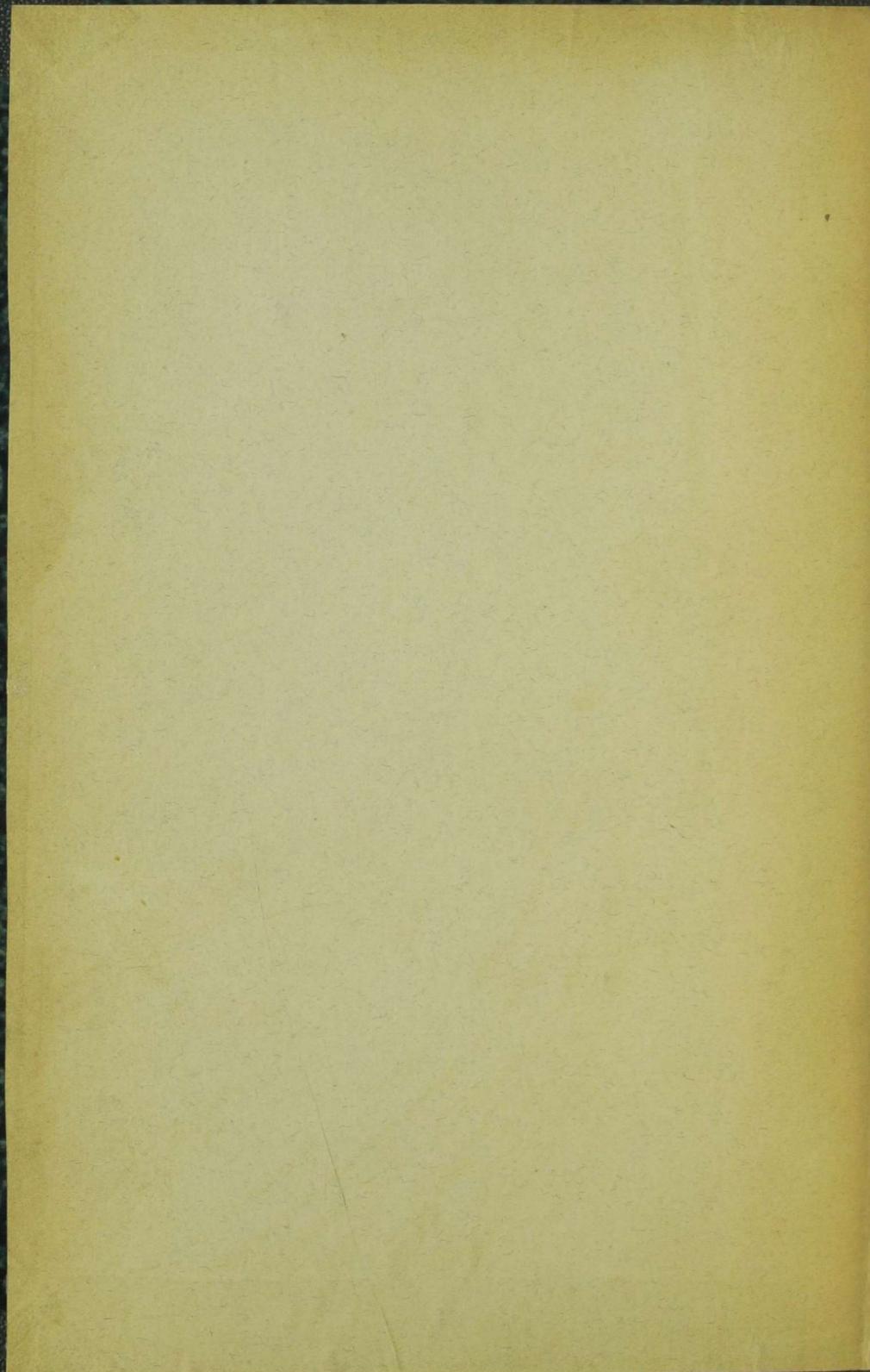
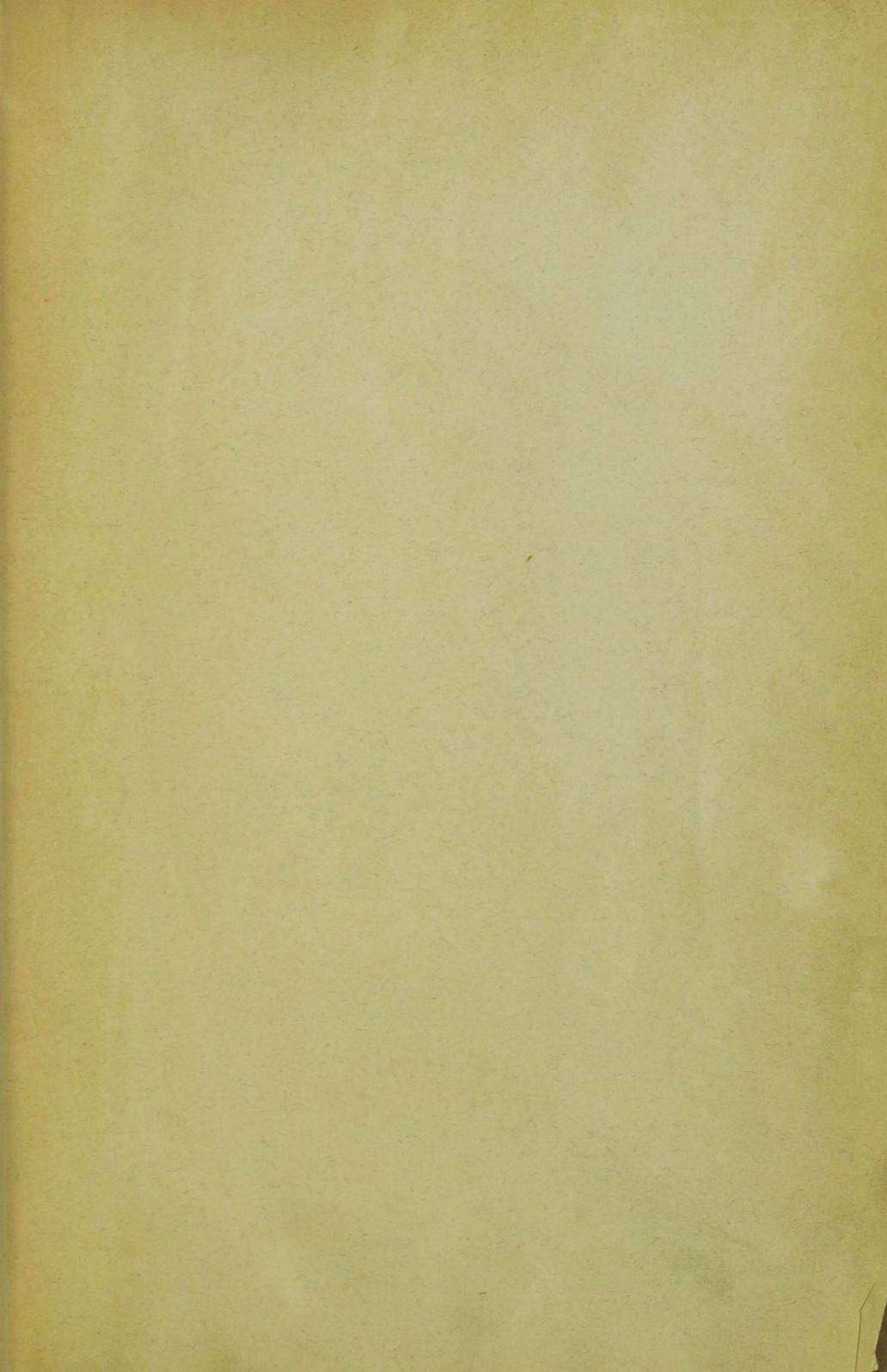


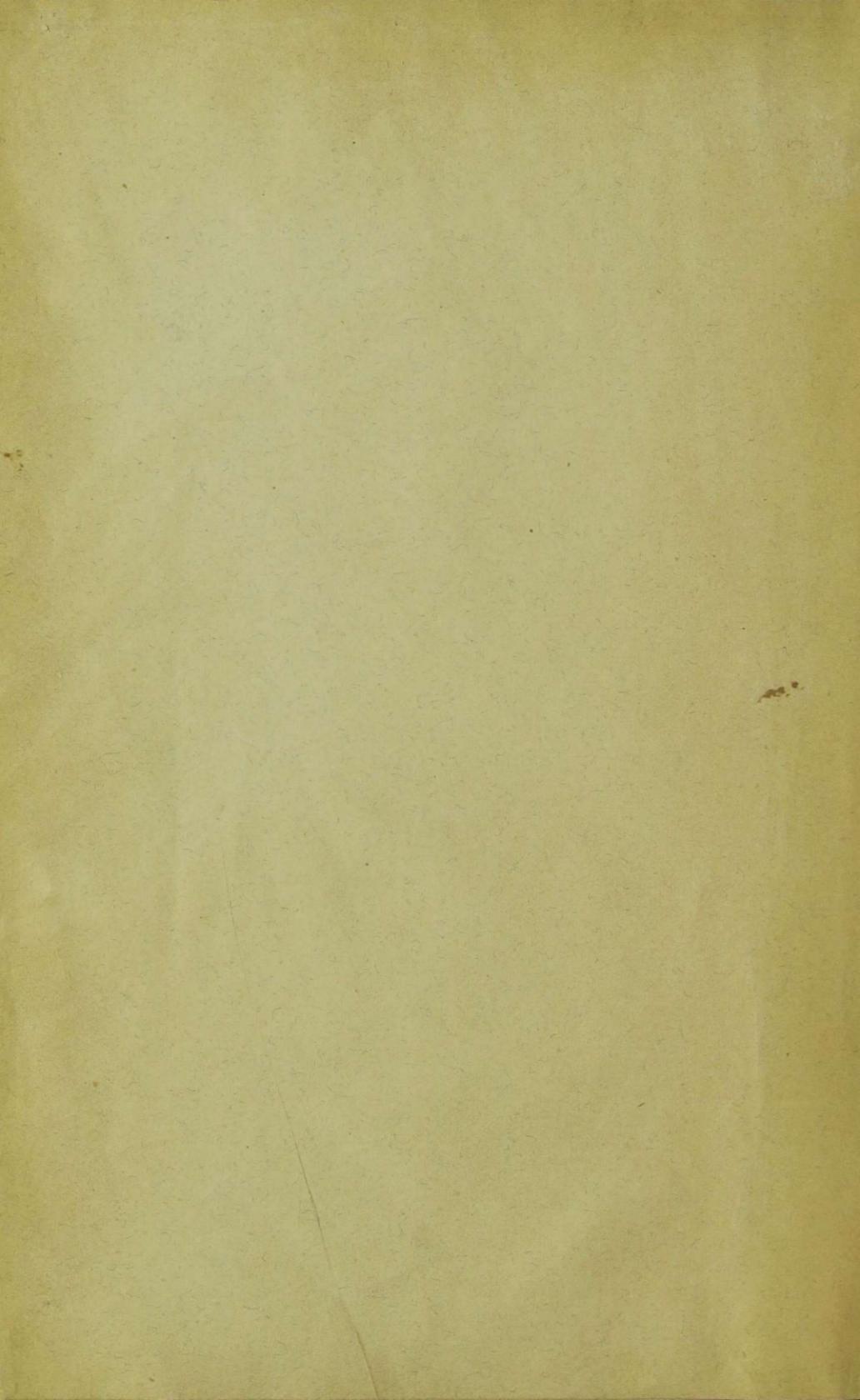
I

108971

DEPOT







Jus c. austr.

I. 2714.

San José de Chaimont for a few months
the manuscript

Zur Lehre

von der

Gewährleistung

nach österreichischem Rechte.



Von

Dr. Karl Habietinek

Privat-Docent an der Wiener Universität.

1833

Wien

Wilhelm Braumüller

1. Hofbuchhändler.

I
108971



Haimen C.
1868.

Zu bekannt sind leider alle jene Schwierigkeiten, welche die weit-
aus größere Zahl von Gewährleistungsprocessen sowohl den Sachwal-
tern der streitenden Theile, als dem erkennenden Richter selbst verur-
sacht. Nahezu alles ist hier bestritten und nachdem das Gesetz auch die Dauer
der Verbindlichkeit zur Gewährleistung auf eine kürzere, als die gewöhn-
liche Frist eingeschränkt hat, ist vor allem schon die Frage nach der
Existenz dieser Verbindlichkeit einer jener Punkte, worüber die Par-
teien oft differieren. Ansprüche, die augenscheinlich Nichts, als Fälle einer
Kontraktsklage ausmachen, werden um der kürzern Frist willen oft
unter den abenteuerlichsten Wendungen in's Bereich der Gewährleistung
herabgedrückt, während andererseits wieder derjenige, der die rechtzeitige
Geltendmachung seines Rechtes auf Gewährleistung versäumt hat, kein
Mittel unversucht läßt, um dieses als den Fall einer Kontrakts- oder Er-
satzklage hinzustellen und sich auf diesem Wege, so gut dies eben angeht,
vor den Folgen seiner Saumsaal zu schützen. So gehen mit dem Wie-
derstreite der Interessen auch die wiederstreitendsten Behauptungen
Hand in Hand und versucht endlich der Richter in diesem endlosen
Streite eine meritorische Entscheidung, so läßt ihn hiebei nicht selten
Gesetz sowohl, als Doktrin rathlos. Das Gesetz, weil es unvollständig
und in mehr als in einer Beziehung mangelhaft ist, die Doktrin aber,
weil sie es bisher unterlassen hat, dem innern Gehalte der gesetzlichen
Bestimmungen nachzuforschen und statt dessen sich bis zur Stunde mit einer

ziemlich harmlosen Paraphrase des Gesetzes, einigen processualischen Bemerkungen und höchstens noch etwa mit Excerpten aus den gangbarsten Lehrbüchern der Veterinärkunde begnügt.

Daß dies nun unmöglich der geeignete Weg zu einer Lösung aller hieher gehörigen Streitfragen sein könne, liegt auf der Hand und doch beruhen diese, namentlich aber die Frage nach dem Vorhandensein eines wirklichen Gewährleistungsanspruches sowohl mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur, als die kürzere Dauer der hieraus entspringenden Klagen recht eigentlich einen Lebensnerv des täglichen Verkehrs.

In dieser Richtung zum Verständniße des Gesetzes beizutragen, ist daher der Zweck der folgenden Bemerkungen.

I.

In der Sprache unseres Rechtes ist „Gewährleistung“ Einer jener Kollektivausdrücke, unter welchen wir, wenn auch nicht immer zum Vortheile streng logischer Grenzbestimmung, Verbindlichkeiten zusammenfassen, welche nicht minder in Ansehung ihrer Natur, als ihres Gegenstandes von einander wesentlich verschieden sind.

„Wenn Jemand“, erklärt der §. 922 unseres bürgerlichen Gesetzbuches, „eine Sache auf entgeltliche Art einem Andern überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt und verwendet werden könne.“

Gewisse Eigenschaften und die Möglichkeit bestimmter Benützung und Verwendung entgeltlich überlassener Sachen sind es also, worauf sich jene Haftung, die wir Gewähr nennen, erstreckt und ebendeshalb müssen wir auch in österreichischen gerade so wie im römischen Rechte neben einer Haftung, welche aus dem Abgange solcher Eigenschaften entsteht, auch eine Haftung unterscheiden, die in einer Störung bestimmter Benützung und Verwendung ihren Grund hat, somit eine Gewähr für Mängel und eine Gewähr für Entwähnung¹⁾.

¹⁾ Ebenso unterscheidet das Preussische Landrecht eine Gewähr wegen fehlerhafter Beschaffenheit und wegen Ansprüche Dritter und auch das französische Civilrecht hat für Beide den Gattungsnamen „garantie“. Allein es bezeichnet dieselben nicht bloß verschieden („la possession paisible — les défauts cachés ou les vices redhibitoires“), sondern es behandelt sie auch äußerlich, wie innerlich geschieden (Art. 1626—1640, 1641—1649), während das Preuß.

So nahe nun in dieser Beziehung unser Recht den Grundsätzen des römischen Rechtes zustehen scheint, so zeigt sich doch auch hier sogleich eine Verschiedenheit, welche unsomehr befremden muß, als die diesfälligen Bestimmungen des Gesetzes sowohl im großen Ganzen, als im Detail ihren specifisch römischen Ursprung kaum zu verläugnen vermögen. In beiden Richtungen soll nämlich dem Wortlaute des § 922 zufolge eine Gewähr bei jeder entgeltlichen Ueberlassung von Sachen Platz greifen, während bekanntlich im römischen Rechte nicht nur überhaupt der Kreis jener Geschäfte, aus denen eine solche Haftung entsprang, ein verhältnißmäßig weit engerer, sondern auch ein verschiedener war, jenachdem es sich bloß um Mängel, oder aber um eine Entwährung handelte. Und doch ging, wie sich bald zeigen dürfte, die römische Jurisprudenz bei Bestimmung dieser Grenzen nicht willkürlich vor, vielmehr erscheinen diese dort so tief in dem Wesen jener beiden Arten von Haftung begründet, daß wir eine eingehende Prüfung des im § 922 ausgesprochenen Grundsatzes im Verhältnisse zum früheren gemeinen Rechte kaum umgehen zu können glauben ²⁾.

Historisch mochte sowohl die Haftung für Entwährung, als jene für Mängel zuerst beim Kaufe zur Anerkennung gelangt sein. Was Mängel betrifft, so läßt sich nämlich der genetische Zusammenhang einer solchen Haftung mit Kaufgeschäften bestimmt nachweisen, bezüglich der Entwährung aber erscheint derselbe beinahe unabweisbar, sobald man erwägt, daß gerade der Kauf vermöge des ihm innewohnenden Gleichgewichtes zwischen den beiderseitigen Leistungen des Käufers und Verkäufers zur Anerkennung einer solchen Haftung führen mußte und auch gerade beim Kaufe, als einem *negotium bonae fidei*, diese Haftung am leichtesten realisiert werden konnte ³⁾.

Landrecht, vollends aber das österreich. Recht Beide, und zwar ganz entschieden zum Nachtheile der Sache selbst, in eine formelle Einheit zubringen versucht.

- ²⁾ Wenn irgendwo scheint uns daher gerade hier der Rath des Callistratus: „*Si de interpretatione legis quaeratur, imprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisse*“ (*lex 37 Dig. de leg.*) einer Beachtung werth.
- ³⁾ In materielrechtlicher Beziehung erschien nämlich der Käufer durch Entwährung des Kaufobjektes ohne einem hieraus entspringenden Erklärungsanspruch gegen den Verkäufer beeinträchtigt, da er diesem jederzeit das Eigenthum des Kaufpreises gewähren mußte, in formeller Beziehung aber bot der Kauf als *neg. bonae fidei* selbst ohne eine vorangegangene *stipulatio duplae* dem Richter die Möglichkeit eines dem Käufer zu gewährenden Schutzes. *Lex 11 §. 1 u. 2 Dig. de act. emt. vend.* Uebrigens versteht es sich von selbst

Darüber hinaus ist aber die Haftung für Mängel von jener für Entwährung nicht etwa bloß rücksichtlich des Objectes, sondern auch bezüglich des Kreises der Geschäfte, woraus dieselbe entspringt, und der Natur der beiderseits maafgebenden Rechtsätze unendlich verschieden.

Was die römischen Juristen *evictio* (Entwährung) nannten, ist nämlich die Entziehung des unangefochtenen Haben- und Behaltens, also der hievon abhängigen Integrität des Sach- oder Gebrauchswerthes einer Sache im Grunde eines schon beim Uebergeber entstandenen Anspruches auf dieselbe⁴⁾, und hiefür einzustehen, ist schon eine begriffliche Nothwendigkeit jeder entgeltlichen Ueberlassung von Sachwerthen. Denn schon an sich ist's ganz natürlich, daß jener, der über das juristische Schicksal einer Sache verfügt und sich hiedurch dem unbefangenen Vertrauen seines Mitkontrahenten gegenüber für hiezu berechtigt ausgibt, auch dafür aufkommen, somit alle Nachtheile verantworten müsse, die der in seinen Erwartungen getäuschte Erwerber durch eine Entwährung erleidet. Um so schlagender erscheint aber die Nothwendigkeit einer solchen Haftung, sobald eine solche Uebertragung gegen Entgelt erfolgte, also etwa ein Kauf vorliegt. Denn gerade der Kauf ist Eines jener Geschäfte, das schon vom Haus aus auf ein sicheres Haben und Behalten einer Sache gerichtet ist und nachdem der Verkäufer hiefür vom Käufer ein Entgelt empfangen hat, muß er auch weiter dem Käufer nicht nur das Haben und Behalten der gekauften Sache verschaffen, sondern auch noch insbesondere diesem Alles ersetzen, was ihm durch eine etwaige Ausscheidung der gekauften Sache aus seinem Vermögen kraft eines schon gegen seinen Vormann gerichtet gewesenen rechtlichen Anspruches entgeht⁵⁾.

Für Entwährung einzustehen ist also schon eine jeder entgeltlichen Ueberlassung von Sachgütern immanente Nothwendigkeit, zu deren Existenz es nicht erst eines Rechtsfalles bedarf; vielmehr ist die Haftung für Entwährung eine durchaus normale und wenn dieselbe auch beim Kaufe als der Ueberlassung einer Sache zum Eigenthume am ent-

daß im römischen Rechte, sowie überhaupt, die Haftung für Eviction nicht etwa individuell an die Voraussetzung eines Kaufes geknüpft gewesen sei, indem der Kauf nur die Grundform einer ganzen Reihe von Geschäften bildete, die insgesammt auf Gewährung eines ungestörten Besitzes und Gebrauches abzielten. Vergl. K. O. Müller. Die Lehre des römisch. Rechtes von der Eviction. S. 7.

⁴⁾ Müller S. 14.

⁵⁾ Vergl. Unger: „Die gegenwärtige Aufgabe der österr. Civiljurisprudenz“ in der österr. Gerichtszeitung. Jahrg. 1856. S. 510.

schiedensten hervortritt, so muß sie doch schon um ihres Begriffes willen in allen Fällen zur Anwendung kommen, wo es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, dessen Inhalt in der entgeltlichen Gewährung von Vermögensvortheilen besteht, die aus dem Behalten einer Sache entspringen. Dies fordert wenigstens die ratio juris und ebendarum ließen auch die römischen Juristen eine solche Haftung nicht bloß beim Kaufe und dem diesem verwandten Tausche, sondern auch bei der datio in solutum, dem Vergleiche, der Erbtheilung, und bei andern Geschäften zu.

Nicht ein Gleiches läßt sich hingegen von der Haftung für Mängel behaupten, theils weil diese entweder quantitative oder qualitative Mängel sind, theils aber, weil die Letzteren wieder entweder dem getroffenen Uebereinkommen der Paciscenten zuwiderlaufen, oder arglistig verschwiegen oder endlich sogenannte verborgene Mängel also dem Promittenten selbst noch unbekannt sein können.

Quantitative Mängel begründen in keinem Falle eine Verbindlichkeit zur Gewährleistung, da sie, wenn sie überhaupt die Bezeichnung als Mängel verdienen, doch nur darin bestehen, daß der Promittent bisher noch nicht Alles geleistet hat, was er zu leisten schuldig ist, die Verbindlichkeit zur Gewährleistung aber sich jederzeit bloß auf etwas bereits Geleistetes bezieht. Abgänge dieser Art fallen somit ganz entschieden in's Bereich der Kontraktklage. Ist aber das bereits Geleistete qualitativ mangelhaft, so läßt sich's allerdings nicht läugnen, daß eine mit vertragswiedrigen Mängeln behaftete Sache für den Promissar nicht mehr die Bedeutung eines Aequivalentes der seinerseits erfolgten Gegenleistung habe, so daß die Haftung für Mängel dieser Art ebensogut als jene für Entwährung sich schon im Wege juristischer Analyse aus dem Begriffe einer entgeltlichen Ueberlassung von Sachen ergibt. Desgleichen müssen auch arglistig verschwiegene Mängel jederzeit, ja sogar auch bei lukrativen Geschäften vertreten werden ⁶⁾ da für absichtlich verursachten Schaden überhaupt stets Ersatz geleistet werden muß ⁷⁾. Weiter reicht indeß hier die Konsequenz allgemein civilrechtlicher Principien nicht und doch wäre das römische Recht eigentlich nur auf halbem Wege stehen geblieben,

⁶⁾ Lex. 62 Dig. de aedil. ed. et redh.

⁷⁾ Daß übrigens in keinem dieser beiden Fällen von einer Gewährleistung die Rede sein könne, leuchtet von selbst ein, da die Haftung für vertragswiedrige Mängel sich nach den Grundsätzen über die Erfüllung, jene für arglistig verschwiegene Mängel aber nach den Grundsätzen über die Prästation des dolus reguliert. Daher konnte auch nach römischem Rechte die Haftung für diese beiden Arten von Mängeln schon mit der act. emti geltend gemacht werden.

wenn es sich mit einer Haftung für vertragswiedrige und verheimlichte Mängel begnügt hätte, indem gerade verborgene Mängel die Sicherheit des Verkehrs am meisten bedrohen.

Um daher auch in dieser Richtung Uebervortheilungen hintanzuhalten, bedurfte es erst eines besondern Rechtssatzes, und einen solchen schufen endlich die römischen Aedilen, indem sie — anfangs zwar nur beim Verkaufe von Thieren und Sklaven — den Verkäufer zur Angabe gewisser, ihm selbst noch unbekannter, jederzeit aber bedeutenderer Mängel unter der Sanktion verpflichteten, daß der Käufer beim Hervorkommen solcher Mängel nach seiner Wahl entweder binnen Jahresfrist die *vera rei aestimatio*, oder aber binnen 6 Monaten die Redhibition der gekauften Sache begehren könne⁸⁾. Damit war nun allerdings dem Bedürfnisse nach einem möglichst gesicherten Verkehre Genüge geschehen, zugleich aber auch das Reich einer innerhalb der Grenzen des bisherigen Rechtes möglichen Fortbildung durchbrochen. Denn, abgesehen von der Schöpfung neuer bis dahin unbekannt gewesener Klagerrechte, zeigt schon der Umstand, daß die Verbindlichkeit zur Angabe unbekannter Mängel sich weder aus der Natur eines Kaufes, noch was immer für eines andern Vertrages ergibt, ganz klar, daß diese Verbindlichkeit nicht auf einer *ratio juris* beruhe, sondern vielmehr von einer *utilitatis ratio* getragen ist und ebendeshalb dem *jus singulare* angehöret. Als solches schließt aber auch diese Haftung jede Ausdehnung im Wege der Analogie aus und mit Rücksicht hierauf, sodann aber auch noch aus dem Grunde, weil die Ansprüche des Promissars aus fiktiven Mängeln sich jederzeit nach dem Zwecke richten, zu welchem eine mit solchen Mängeln behaftete Sache überlassen wird,⁹⁾ blieb dieselbe auch in der Folgezeit bloß auf Kauf und Tausch beschränkt.¹⁰⁾ Darüber hinaus gab es zwar eine Haftung für vertragswiedrige und arglistig verschwiegene, nie aber für verborgene Mängel.

Dies wäre schließlich nun der Stand des Justinianischen Rechtes in unserer Frage und überblicken wir von hier aus die Natur und den Umfang der hieher gehörigen Haftungen, so ergibt sich:

⁸⁾ Siehe das betreffende Edikt in der *lex 1 §. 1* und *lex 38 proem. Dig. de aedil. ed. et redh.*

⁹⁾ Von diesem Einflusse, welchen der Zweck einer Ueberlassung von Sachen auf die Haftung für etwaige Mängel derselben hat, dürfte wohl die oft besprochene *lex 63 Dig. de aedil. ed. et redh.* gemeint sein, worin Ulpian die Anwendbarkeit der Haftung für verborgene Mängel auf Bestandverträge deshalb negiert, „*quia non similiter locationes ut venditiones fiunt.*“ Vergl. Glüß's *Pand. XX. Bd. 1. Abth. S. 41.*

¹⁰⁾ *Lex 62, 63, 19 §. 5 Dig. de aed. ed. et redh. und lex 2 Dig. de rerum permut. Vergl. auch Wangerov's *Pand. III. Bd. §. 609. Ann. 4.**

Neben einer Haftung für Entwährung kennt dieses Recht noch eine Haftung für Mängel, welche wieder entweder vertragswiedrig, verheimlicht oder verborgen sein können. Jene, nicht minder aber auch diese, soweit sie sich auf vertragswidrige und verheimlichte Mängel bezieht, beruht auf einer *ratio juris*, ist also *juris communis* und findet als solche in allen Fällen einer entgeltlichen Ueberlassung von Sachen zum Haben oder Behalten Anwendung; diese, und zwar in ihrer Richtung auf verborgene Mängel, ist hingegen aus einer *ratio utilitatis* entsprungen, daher *juris singularis* und ebendeshalb nur bei einer entgeltlichen Ueberlassung von Sachen zum Eigenthume anwendbar ¹¹⁾.

Unlängbar zeigt sich nun in dieser Gestaltung der Gewährleistungsverbindlichkeit eine solche Natürlichkeit, wir möchten sagen, eine so zwingende Logik, daß, nachdem einmal die Reception des römischen Rechtes im großen Ganzen zur Thatsache geworden war, das einheimische Recht auch in seinen Grundsätzen über die Haftung für Mängel der andringenden Gewalt des römischen Rechtes auf die Dauer nicht widerstehen konnte ¹²⁾ und so gingen denn die Satzungen dieses Letzteren bald auch hier in's praktische Leben, aus dem Leben aber endlich in die Gesetzgebungen über. Nur mußten bei der Art und Weise, in der man die längste Zeit hindurch römisches Recht behandeln zu müssen glaubte, die Lehren desselben unter der Hand der Kodifikatoren nicht nur ihre spezifisch römische Eigenthümlichkeit, sondern nur zu oft auch ihre innere Wahrheit einbüßen. So in den Bestimmungen des Preussischen und Oesterreichischen Rechtes über Gewährleistung, während das französische Recht sich auch in dieser Lehre, und zwar gewiß nicht zum Nachtheile der Sache, weit inniger an das gemeinsame Vorbild des römischen Rechtes angeschlossen hat ¹³⁾.

Wie bereits erwähnt knüpft unser Recht die Verbindlichkeit zur Gewährleistung, sowohl was Entwährung, als was Mängel betrifft, allein an die Thatsache einer entgeltlichen Ueberlassung

¹¹⁾ Daß übrigens auch in Ansehung der Klagen zwischen diesen beiden Arten von Haftung ein Unterschied bestehe, wurde bereits erwähnt, nur ist dieser hier, wo es sich bloß um die Grenzen der Gewährleistungsverbindlichkeit handelt, ebensowenig von Interesse, als der Umstand, daß es auch bei lukrativen Geschäften eine Haftung für verheimlichte Mängel geben könne.

¹²⁾ Im Gegensatz zum römischen Rechte, das hiebei das Interesse des Käufers wahrnahm, sah nämlich das deutsche Recht umgekehrt es als eine Pflicht des Käufers an, sich gehörig vorzusehen — „Augen für Geld“, „wer die Augen nicht aufthut, der thue den Beutel auf.“

¹³⁾ Cod. civ. Art. 1625—1649.

von Sachen¹⁴⁾, so daß, da hier nach der Bestimmung des §. 285 auch Rechte unter den Begriff einer Sache fallen, diese Verbindlichkeit schon ein Naturale aller entgeltlichen Verträge zu sein scheint¹⁵⁾. Schon frühzeitig war man nämlich in dem Bestreben, mit Normen von möglichst allgemeiner Geltung in Allem und Jedem durchzugreifen, dahin gelangt die Rescission ob laesionem enormem für allen entgeltlichen Verträgen gemeinsam zu erklären. Bei dem Zusammenhange dieses Rechtsmittels mit dem Rechte auf Gewährleistung lag nun Nichts näher, als auch diesem Rechte, das bei dem Römern gewissermaßen der Antipode der laesio enormis gewesen war¹⁶⁾, einen weitem Kreis der Anwendbarkeit anzuweisen, als dies die römische Jurisprudenz gethan.

Dahin trieb mindestens, nachdem einmal dem Drange nach Beseitigung aller specifisch römischen Subtilitäten, sowie nach Realisirung der natürlichen Billigkeit schon so manches Opfer gefallen war, die wissenschaftliche Richtung der Zeit und, nachdem auch die Bedeutung der Gewährleistung für das gesammte Verkehrsleben zu einem solchen Versuche aufzumuntern schien, glaubte man endlich die Natur entgeltlicher Verträge unbedenklich durch Annahme einer hieraus angeblich entspringenden Verbindlichkeit zur Gewährleistung um ein weiteres Korrolar bereichern zu können, ohne zu erwägen, daß die Römer nicht ohne gutem Grunde die Haftung für verborgene Mängel auf enge Grenzen einschränkten, jene für arglistig verschwiegene Mängel aber über das Reich entgeltlicher Verträge hinaus ausdehnten.

Was nun die laesio enormis betrifft, so mag, nachdem einmal dieses Rechtsmittel bei allen Arten des Kaufes Eingang gefunden hatte und hiebei auch dem Käufer eingeräumt worden war, schließlich selbst die Ausdehnung desselben auf alle onerosen Verträge überhaupt ihre Berechtigung haben, indem man hiemit wenigstens einem fühlbaren Bedürfnisse des praktischen Leben entgegenkam, ohne gleichzeitig wieder-

¹⁴⁾ Dasselbe findet sich in Preuß. Landrechte I. 11. §. 317 u. 318.

¹⁵⁾ Mit Ausnahme Rippels (Zeitschr. für österr. Rechtsgelehr. Jahrg. 1825 II. Bd. N. XXXIII.) ist dies auch übereinstimmend die Ansicht österreich. Schriftsteller. So Zeiller III. Bd. 1 Abth. S. 121, Winiwarter IV. Bd. ad §. 922, v. Stubenrauch III. Bd. S. 99, v. Kaufher: „Darstellung der Lehre von der Gewährleistung S. 9 und Michel: „Darstellung der Gewährleistung nach dem österr. Privatrecht“, wo (§. 9) die Gewährleistung ausdrücklich für eine gemeinschaftliche Bestimmung aller entgeltlichen Verträge erklärt wird.

¹⁶⁾ Obwohl nämlich im Justinianischen Rechte diese beiden Rechtsmittel zur Hintanhaltung von Uebervorteilungen beim Kaufe bestimmt waren, so schützte dort die Rescission doch nur den Verkäufer, während das Recht auf Gewährleistung wieder den Schutz des Käufers bezweckte.

sinnige Konsequenzen mit in Kauf zunehmen ¹⁷⁾. Insofern könnte daher auch die Bestimmung des §. 934 unseres bürgl. Ges. Buches gerechtfertigt erscheinen.

Weit bedenklicher erscheint aber die Anwendung derselben Methode auf das Institut der Gewährleistung. Was wir Gewährleistung nennen ist nämlich keineswegs eine Haftung von einheitlichem Gepräge, sondern vielmehr, wie wir bereits gesehen haben, ein Inbegriff mehrerer einzelnen Haftungen, die alle ein verschiedenes civilistisches Fundament haben. Und zwar beruht die Haftung für verborgene Mängel auf eine *ratio utilitatis*, jene für vertragswiedrige oder arglistig verschwiegene Mängel aber gleich der für Entwährung auf einer *ratio juris*, und während diese Letztere gerade so, wie die Haftung für vertragswiedrige Mängel in der Natur entgeltlicher Verträge überhaupt ihren Grund hat, ergibt sich die Haftung für verheimlichte Mängel aus der Verbindlichkeit zum Schadenersatz. Daß nun bei einer solchen Verschiedenheit in der Natur der einzelnen Faktoren auch jede einheitliche Behandlung der Gewährleistungsverbindlichkeit aus einem gemeinsamen Gesichtspunkte eine baare Unmöglichkeit sein müsse, liegt auf der Hand und wird auch durch einen Blick auf unser Gesetz mehr als genügend bestätigt. ¹⁸⁾

¹⁷⁾ Bekanntlich haben die Kaiser Diocletian und Maximilian dieses Rechtsmittel ursprünglich nur den Verkäufern von Landgütern gewährt (const. 2 Cod. de resc. vend.) Mit Rücksicht auf die Billigkeit aber, welche die Kaiser selbst als *ratio* dieser Bestimmung erklären („*humanum est*“ —), gestattete schon frühzeitig die Praxis ob *laesione* enormem nicht nur dem Verkäufer überhaupt, sondern nach dem Vorgange von Cujaz und Duarenus selbst dem Käufer die Rescission, bis man dieselbe endlich im Wege der Analogie für allen entgeltlichen Verträgen gemeinsam erklärte. Scheinbar ist nun diese Ausdehnung allerdings darin gegründet, daß sich bei allen entgeltlichen Verträgen jenes Verhältniß von Werth und Gegenwerth findet, worauf jede *laesio enormis* beruht. Andererseits bedarf jedoch wieder der Käufer in dieser Richtung keines Schutzes, da ihm bereits die Gewährleistung zur Seite steht, sodann läßt aber auch dieser Rechtsatz eine analoge Ausdehnung gar nicht einmal zu, da gegenseitiges Uebervortheilen überhaupt die Seele alles Verkehrs und sonach die Rescission ob *laesione* enormem ebensogut als die Haftung für verborgene Mängel ein *jus singulare* ist. Vergl. Glücks Pand. XVII. 1 Abth. S. 27 und Arndts Pand. S. 307.

¹⁸⁾ Daher läßt das französische Recht nur beim Verfaufe von Immobilien und zwar bloß zu Gunsten des Verkäufers eine solche Rescission zu (Art. 1674), während das Preussische Landrecht ihr, zwar allerdings unter Beschränkung auf die Person des Verkäufers, bei allen Arten des Kaufes statt gibt I. 11. §. 59—69. Was Billigkeit und scheinbare Konsequenz betrifft, ist somit das österreich. Recht hierin am weitesten gegangen.

Denn würde, wie dies der §. 922 anzudeuten scheint, die Verbindlichkeit zur Gewährleistung ihrem vollen Umfange nach wirklich bloß auf der Natur entgeltlicher Verträge beruhen, so wäre auch kein Grund vorhanden, die einzelnen Arten dieser Gewähr im Gesetze auseinanderzuhalten. Nichts ist daher erklärlicher, als daß schon der §. 922 die Gewähr für Mängel jener für Entwährung wenigstens äußerlich gleichstellt, während der §. 928 neben augenfälligen Mängeln, die doch gewiß zumeist fisische Mängel sein werden, auch noch der auf einer Sache haftenden Lasten und Rückstände erwähnt, die wieder in keinem Falle einen fisischen Mangel begründen können. Ja noch mehr! Im §. 923 gibt das Gesetz eine Aufzählung einzelner Fälle, wo Gewähr zu leisten ist, und wirft hier vertragswidrige mit verschwiegenen Mängeln zusammen, setzt diesen Beiden sodann verborgene Mängel gleich und erwähnt endlich mitten unter diesen noch des Falles, wo Jemand „eine nicht mehr vorhandene oder fremde Sache als die seinige veräußert“. Gerade als ob auch nicht vorhandene Sachen entwährt werden oder mangelhaft sein könnten, vorhandene Sachen aber durch eine von unbefugter Seite her versuchte Veräußerung mangelhaft werden könnten? Was von jener Enumeration, mit welcher das Gesetz die Regel des §. 922 zu illustrieren vermeint, als richtig erübrigt, ist also höchstens die Haftung für ausdrücklich bedungene oder stillschweigende vorausgesetzte Eigenschaften ¹⁹⁾ und auch hier ist's doch nicht das Engelt für sich allein, das diese Haftung erzeugt. Denn wäre dies wirklich der Fall, dann müßte, da die §§. 285 und 292 selbst Rechte den Sachen beizählen, eine Gewähr für Mängel sowohl als für Entwährung auch aus einer entgeltlichen Ueberlassung von Forderungen entstehen; was aber die Ueberlassung körperlicher Sachen betrifft, so müßte die Gewähr für Mängel dieselbe bleiben, ob die Sache selbst oder nur ihr Gebrauch dasjenige ist, was überlassen wird. Und doch ist die ganze Unterscheidung einer Gewähr für Mängel und für Entwährung auf das durch Ueberlassung von Forderungen zwischen dem Cedenten und seinem Rechtsnachfolger begründete Rechtsverhältniß schon deshalb nicht anwendbar, weil Forderungen als sogenannte unkörperliche Sachen weder entwährt werden, noch mit fisischen Mängeln behaftet sein können;

¹⁹⁾ Denn die Haftung für arglistig verschwiegene Mängel beruht, wie bereits erwähnt wurde, auf den Grundsätzen über die Præstation für dolus und reicht ebendeshalb über das Bereich entgeltl. Geschäfte hinaus.

die Haftung für fisische Mängel aber richtet sich, wie bereits erwähnt, jederzeit nach dem Zwecke, zu welchem eine mit solchen Mängeln behaftete Sache an Andere überlassen wird. So inkonsequent es nun sein mag, die Gewährleistungsverbindlichkeit rundweg für ein Naturale aller entgeltlichen Verträge ohne Ausnahme zu erklären § 922, und hinten-drein diese Haftung bei einigen dieser Verträge doch wieder nach besondern Grundsätzen zu beurtheilen, wie dies thatsächlich für den Lohn- oder Bestandvertrag und die Cession in den §§. 1153, 1117, 1397 — 1399 geschehen ist²⁰⁾, so scheint uns dennoch dieser Mangel an Konsequenz unter zwei Uebeln das Geringere. Denn wenigstens wird auf diese Weise praktisch das Richtige getroffen, also die schädliche Folge

²⁰⁾ Daher erblicken auch die Kommentatoren unseres Rechtes, nachdem sie einmal die Bestimmung des §. 922 auf guten Glauben hingenommen haben, in den Verfügungen der §§. 1153, 1117, 1397—1399 Nichts, als „Modifikationen“ der Gewährleistungsverbindlichkeit überhaupt und beurtheilen, soweit diese Paragraphe keine abweichenden Bestimmungen enthalten, wenigstens in subsidium auch die Haftung des Lohnarbeiters, des Bestandgebers oder des Cedenten nach den §§. 922—933. Wie unrichtig nun, wenn man anders nicht dem Begriffe von Modifikationen die ungemeissenste Ausdehnung geben will, eine solche Auffassung sei, zeigt einerseits eine Vergleichung der §§. 1153 u. 1117 mit dem §. 932, andererseits aber schon die Natur einer jeden Obligatio überhaupt. In ersterer Beziehung unterscheidet zwar der §. 1153, der, beiläufig gesagt, übrigens doch nur auf eine conduct. operis und auch hier nur in soweit Anwendung finden kann, als hiezu nicht der Bestellte selbst den Stoff geliefert hat (§. 1158), gerade so wie der §. 932 zwischen Haupt- und Nebenmängeln, bestimmt aber den Begriff dieser beiden Arten und Mängeln und die daraus entspringende Haftung anders, als der §. 932. Der §. 1117 dagegen läßt diese Unterscheidung gänzlich fallen und gestattet, wie dies die Natur des Bestandvertrages als eines Gebrauchskaufes mit sich bringt, wegen mangelhafter Beschaffenheit des Bestandobjectes bloß eine Aufhebung der rechtlichen Wirkungen des Bestandvertrages pro futuro, die doch offenbar keine Modifikation der im §. 932 begründeten actio redhibitoria sein kann. (Daher erwähnt der §. 1117 bloß des Abstehens vom Vertrage, während der §. 932 eine Aufhebung des Vertrages zuläßt). In letzterer Beziehung hingegen gibt es vollends keinen plausiblen Grund, die Haftung des Cedenten für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung bloß für eine Modifikation der Haftung für Entwährung und für Mängel anzusehen. Denn theils sind Forderungen, wenn auch eine Abstreitung derselben durch Einreden ex persona cedentis ihrem Erfolge nach einige Aehnlichkeit mit einer Entwährung haben mag, doch ebensowenig ein Gegenstand des Habens und Behaltens also auch einer Entwährung, als sie Träger von fisischen Mängeln sein können, theils aber führt dieser angebliche Parallelismus zwischen der veritas et bonitas nominis einer und der Entwährung und Mängeln andererseits zu widersinnigen Konsequenzen, da, um nur Eines zu erwähnen, die Uneinbringlichkeit, einer Forderung, welche nicht mehr gehoben werden kann, eben nur eine Unrichtigkeit sein könnte. Ob es übrigens nicht überhaupt gerathener wäre, jene auf alle Fälle unklare Unterscheidung zwischen Richtigkeit und Einbringlichkeit ganz aufzugeben und die Haftung des Cedenten nach der Natur der causa cessionis zu bestimmen, wie dies bereits Buchta und Thöl angedeutet und Schliemann ausführlicher begründet hat, dies ist eine Frage de lege ferenda, die wir hier nur andeuten möchten.

einer zuweit getriebenen Regel beseitigt und eben darum möchten wir über dieses Versehen mit dem Gesetzgeber nicht weiter rechten. Endlich müßte aber auch, wenn bei der Haftung für Mängel die Entgeltlichkeit des Vertrages allein den Ausschlag geben würde, selbst das Recht des Promissars auf Leistung des noch Fehlenden unter den Begriff einer Gewähr für Mängel fallen, da ja bei Bestimmung des Entgeltes nicht minder die Quantität als die Qualität des zu Leistenden in Anschlag kommt. Und in der That läßt, obwohl das erst Zuleistende jederzeit nur mit einer Kontraktklage gefordert werden kann, der § 932 schon bei einem „Abgange an Maaß und Gewicht“ die Minderungs- also eine Gewährleistungsklage zu, was doch eine handgreifliche Unrichtigkeit ist ²¹⁾.

Das im § 922 aufgestellte Princip über den extensiven Umfang der Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist also, soweit es sich um Entwährung und ausdrücklich bedungene oder verborgene Mängel handelt, offenbar viel zu weit, sofern aber arglistig verschwiegene Mängel in Frage kommen, wieder zu eng, so daß dasselbe nicht einmal in negativer Weise bei Bestimmung jener Geschäfte, aus denen eine Verbindlichkeit zur Gewährleistung entsteht, zur Richtschnur dienen kann. Es erübrigt vielmehr nur, den Kreis jener Geschäfte, bei welchen eine solche Verbindlichkeit möglicher Weise Platz greifen kann, mit Rücksicht auf die Natur und das Object jener Haftung, welche wir als Gewähr für Entwährung und als Gewähr für Mängel bezeichnen, zu bestimmen, wobei es sich jedoch dem Gesagten zufolge von selbst versteht, daß hiebei die aus einer Ueberlassung sogenannter unförperlicher Sachen entspringende Haftung des Vormannes schon deshalb außer Betracht bleiben müsse, weil diese von der Gewähr für Entwährung und für Mängel principiell verschieden ist ²²⁾.

Dabei mag mit jener Haftung, die man insgemein als Haftung für Entwährung bezeichnet, begonnen werden, um sodann auf die Haftung für Mängel zu übergehen.

II.

Daß eine Haftung für Entwährung nur bei jenen Geschäften vorkommen könne, deren Inhalt eine entgeltliche Ueberlassung körper-

²¹⁾ Daher möchten wir auch unter einem solchen Abgange lieber einen Nebemangel im Gegensatze zu Hauptmängeln verstehen, ohne uns übrigens zu verhehlen, daß eine solche Deutung einer Verbesserung des Gesetzes weit ähnlicher ist, als einer erlaubten logischen Auslegung.

²²⁾ Daß wir mit Rippel (*loc. cit.*) unter dem Worte „Sachen“ im §. 922 bloß körperliche Sachen verstehen, bedarf wohl kaum erst einer Begründung.

Sachen ausmacht, unterliegt mit Rücksicht auf das, was eben über die Natur dieser Haftung gesagt wurde, wohl kaum einem begründeten Zweifel. Denn waren es unkörperliche Sachen, welche überlassen wurden, dann kommen die Grundsätze über die Haftung des Cedenten zur Anwendung, erfolgte aber die Ueberlassung in unentgeltlicher Weise, dann fehlt es an Seite des Empfängers an einem Gegenwerthe, daher auch an jenen ökonomischen Interesse, das jedem Gewährleistungsansprüche zu Grunde liegt.

Als Akte reiner Liberalität können somit Schenkungen, diese mögen in der Ueberlassung des Eigenthumes oder bloß des Gebrauches einer körperlichen Sache bestehen, in keinem Falle eine Gewähr für Entwährung begründen²³⁾.

Zwar läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß auch der Geschenkgeber im Wege eines Uebereinkommens für den Fall einer Entwährung verantwortlich werden könne, so wie es auch gewiß ist, daß derjenige, welcher wissentlich eine fremde Sache verschenkt, für die nachtheiligen Folgen einer solchen Schenkung, ein donator generis aber für eine allenfällige Abstreitung des geschenkten und übergebenen genus einzustehen habe. Allein in allen diesen Fällen ist's nicht eine Haftung für Entwährung, welche wir vor uns haben, sondern lediglich eine vertragsmäßige Verbindlichkeit, erweitert allenfalls durch den dolus eines Paciscenten. Denn im ersteren Falle ist's ein pactum de praestanda

²³⁾ Dies gilt ebensowohl von sog. remuneratorischen (§. 940), als von wechselseitigen Schenkungen, sobald nicht ausdrücklich bedungen wurde, daß der Geschenkgeber wieder beschenkt werden solle, also die vorangehende Schenkung bloß das Motiv der nachgefolgten Schenkung war (§. 942). Wäre hingegen das Erstere der Fall gewesen, dann hätte eine solche Schenkung bis zur Höhe der beiderseits gegebenen Werthe die Natur eines Tausches (lex. 25 §. 11 Dig. de hered. pet.) und es müßte, allerdings mit Beschränkung auf diese Höhe, aus einer solchen Schenkung gerade so, wie aus einer Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo) eine Haftung für Entwährung entstehen. Ob übrigens in allen diesen Fällen die Uebergabe der geschenkten Sache auf Grund eines vorangegangenen Schenkungsversprechens oder ohne dieses erfolgte, bewirkt hier keinen Unterschied, indem die Schenkung jederzeit schon mit der Abgabe des Schenkungsversprechens zu Stande kommt und sonach die Tradition der geschenkten Sache ein Moment der Erfüllung ist. Vergl. gegen die auf lex 1. Cod. de jure dotium gestützte Ansicht der Glosse schon die treffenden Ausführungen Doneaus in dessen Comment. ad. l. 2. Cod. h. t. pag. 733. Daß endlich Schenkungen, welche im Grunde gesetzlicher Vorschrift zu machen sind (sog. nothwendige Schenkungen) wie z. B. die Bestellung eines Heirathsgutes (§. 1220) oder einer Ausstattung (§. 1231), die Zahlung eines Findex- oder Rettungslohnes (§§. 391 und 403) u. a. m., sobald dieselben nur eine individuell bestimmte Sache zum Gegenstande haben, eine Haftung für Entwährung begründen, bedarf gegenüber der bestimmten Verfügung des §. 941 eigentlich gar keiner Erwähnung.

evictione, woraus der Geschenkgeber verantwortlich wird und dieses erscheint in keinem Gesetze verboten, vielmehr ist dasselbe heutzutage schon als formloses Versprechen klagbar²⁴⁾. Im zweiten Falle hingegen handelt es sich, wie der §. 945 ausdrücklich erklärt, gar nicht einmal um das, was wir Entwährung nennen, sondern vielmehr bloß um eine Haftung für „die nachtheiligen Folgen“ einer Entwährung wie z. B. um den Ersatz des auf die geschenkte, nachher aber abgestrittene Sache gemachten Aufwandes oder der Kosten des Eviktionsstrittes. Daß aber der Geschenkgeber für diese einzustehen hat, ist noch lange keine Folge einer ihm etwa obliegenden Verbindlichkeit zur Gewährleistung, sondern lediglich darin begründet, daß dolus überhaupt stets vertreten werden muß, und wenn das Gesetz zu Gunsten der Schenkung von der bei uns im Uebrigen als Grundsatz geltenden Gleichstellung der bösen Absicht mit einem bloßen Versehen abgeht, so ist dies eben nur eine Ausnahme, welche der Rücksicht auf die Liberalität des Schenkers ihre Entstehung verdankt. Ebensowenig erscheint endlich die Haftung des donator generis für eine etwaige Abstreitung des übergebenen genus als Fall einer Gewähr für Entwährung. Denn weil das geschenkte genus, wie dies schon der Begriff einer donatio generis mit sich bringt, nur in solutione, nicht aber in obligatione war, hat der Schenker durch Leistung eines dem Beschenkten übergebenen, nachher aber von einem Dritten entwundenen genus seine Verbindlichkeit eben noch nicht erfüllt. Der Schenker haftet daher in einem solchen Falle trotz der erfolgten Uebergabe noch immer aus seinem Schenkungsversprechen²⁵⁾, während aus einer geschenkten Species für den Empfänger nie und nimmer ein Gewährleistungsanspruch wieder den Geber entstehen kann.

Daselbe, was von Schenkungen gilt, muß aber auch von Vermächtnissen gelten, da diese gleich jenen Akte bloßer Freigebigkeit sind und daher ebensowenig, als jene, einen Anspruch auf Gewährleistung erzeugen können. Gerade so wie bei der Schenkung haftet daher auch der Dnerierte bei einem legatum speciei in keinem Falle (§§. 660 u. 662),

²⁴⁾ Im römischen Rechte wurde eine solche Verabredung bekanntlich erst in die Form einer Stipulation eingekleidet und erzeugte sodann eine actio ex stipulatu.

²⁵⁾ Vergl. hierüber Glück's Pand. XX. §. 1119, Bangerovs Pand. Leits. III. §. 610 Anm. 2 und für's österr. Recht Helfert: „Ueber die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen“ in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrf. Jahrg. 1825 I. Bd. S. 117 u. 118, der indeß nach einem Versehen in der Auswahl sucht, obwohl es sich hier gar um kein Versehen, sondern allein um die Frage nach der Erfüllung handelt.

bei einem Gattungsvermächtnisse hingegen haftet der Dnerierte allerdings, sobald das vermachte *genus* entweder nicht ausdrücklich aus dem Eigenthume, oder zwar aus dem Eigenthume des Erblassers, jedoch nach seiner eigenen Wahl zu leisten ist, so zwar, daß der Dnerierte im letztern Falle ein Stück wählen muß, wovon der Legatar Gebrauch machen kann (§. 656), im erstern Falle aber dem Legatar das ihm zuge dachte *genus* in einer seinem Stande und seinen Bedürfnissen angemessenen Beschaffenheit verschaffen muß (§. 658)²⁶. So wie indeß bei einer *donatio generis* die Haftung des Geschenkgebers bloß unter den Gesichtspunkt einer Erfüllung fällt, weil das Gegebene nur in *solutione*, nicht aber in *obligatione* war, so hat auch hier der Erbe, sobald er ein *genus* übergibt, welches dem Stande oder den Verhältnissen des Legatars nicht entspricht, oder von diesem nicht gebraucht werden kann, bloß seine Verbindlichkeit nicht erfüllt und hiefür haftet er allerdings, keineswegs aber für Entwährung.

Nach Ausscheidung der voranstehends erwähnten, offenbar aber hieher nicht gehörigen Fälle wenden wir uns nunmehr dem Kreise jener Rechtsgeschäfte zu, bei denen sich jenes Verhältniß von Werth und Gegenwerth findet, welches als letzter Grund der Gewähr für Entwährung erscheint, also der Betrachtung von entgeltlichen Geschäften.

So wie nun rechtliche Verbindlichkeiten überhaupt entweder schon mit dem Vorhandensein des dieselben erzeugenden Rechtsgeschäftes begründet erscheinen, oder aber zu ihrer Entstehung erst noch eines besonderen Umstandes bedürfen, so ist auch die Gewähr für Entwährung eine jener Verbindlichkeiten, welche erst durch die hinzutretende Thatsache einer Entwährung zur Existenz gelangt, und daher scheint es uns unerläßlich, die objectiv möglichen Erscheinungsformen in's Auge zu fassen, in denen sich uns der Erfolg einer Entwährung darstellt.

Wie bereits wiederholt erwähnt wurde, besteht ihrem Erfolge nach jede Entwährung in einer Störung der vollen Integrität des Sach- oder Gebrauchwerthes entgeltlich überlassener Sachen vermöge eines schon beim Uebergeber vorhandenen also in die Zeit vor der Ueberlassung zurückreichenden Rechtsgrundes und die Haftung hiefür

²⁶) Hat aber unter mehreren im Nachlasse vorfindigen Sachen der legierten Gattung der Legatar selbst die Wahl, dann sehen wir keinen Grund ein, ihm auch wegen Entwindung des von ihm selbst gewählten Stückes einen Anspruch gegen den Erben einzuräumen. Anderer Ansicht scheint indeß Helfert (*loc. cit.* S. 122) zu sein, der dem Erben ausnahmslos eine solche Haftung auferlegt, und dabei des Falles, wo der Legatar die Wahl hat, gar nicht einmal erwähnt.

beruht, unabhängig von dem Einflusse eines jeden wie immer gearteten Irrthumes²⁷⁾, lediglich auf dem durch die Existenz von Werth und Gegenwerth getragenen ökonomischen Interesse des Uebernehmers. Dies ist der Grund, warum diese Haftung sowohl bei entgeltlichen, als auch bei sogenannten gemischten Geschäften Platz greifen muß, sobald diese Letztern nur nicht etwa ein bloß zum Scheine als entgeltlich verabredetes Geschäft sind, indem solche Geschäfte wie etwa z. B. der Kauf um einen Spottpreis (*nummo uno*) ihrer wahren Natur nach, somit als Schenkung zu beurtheilen sind §. 916²⁸⁾.

Kömmt nun ein derlei Geschäft in Frage, dann ist der Erfolg einer Entwähnung vorhanden, sobald die entgeltlich überlassene Sache dem Uebernehmer auf Grund eines schon in der Person seines Vormannes vorhanden gewesenen fremden Rechtes und zwar in Folge richterlichen Spruches entzogen wurde, ohne daß es hiezu erst noch einer an den Auktor erfolgten Streitverkündigung bedarf²⁹⁾. Eine Aber-

²⁷⁾ Denn ein solcher Irrthum könnte, nachdem die Paciscenten in Ansehung des Gegenstandes selbst miteinander im besten Einverständnisse sind, höchstens ein Irrthum in den Beweggründen sein und dieser kann, wenn nicht aller Verkehr in „grenzenlose Willkür und Unsicherheit“ verfallen soll, wenigstens bei entgeltlichen Geschäften auf die Entstehung von Verbindlichkeiten keinen Einfluß haben (§. 901 u. Unger System II. §. 81). Dennoch führt Kaufschler sowohl die Gewähr für Entwähnung, als jene für Mängel auf einen Irrthum zurück (§. 12 u. 14 loc. cit.) und wenn auch Michel in dieser Beziehung zurückhaltender ist, so zeigt doch seine Auffassung des §. 929, daß auch er sich von diesem Irrthume nicht ganz emancipieren konnte (§. 33 loc. cit.). Abgesehen davon nun, daß die mala fides jederzeit in der conscientia rei alienae besteht, und daher der von Michel bezogene §. 326 ganz entschieden nicht von einem Irrthume zu verstehen ist (Vergl. Unger: „Ueber das Wesen der bonae fidei possessio“ in der österr. Vierteljahresschrift I. Bd. S. 79 u. die fflg.), können wir daher schon aus diesem Grunde der von Michel versuchten Auslegung des §. 929 nicht beistimmen und verstehen also diesen §. dahin, daß bloß jener, der positiv weiß, daß die ihm überlassene Sache eine fremde sei, kein Recht auf Gewährleistung habe.

²⁸⁾ Daß übrigens bei Scheingeschäften auch der umgekehrte Fall, nämlich der vorkommen könne, daß ein entgeltliches Geschäft in die Form einer Schenkung eingekleidet wird, wo sodann das Erstere als dissimuliert erscheint, versteht sich von selbst. Daß es aber bei einem negotium cum donatione mixtum, welches kein bloßes Scheingeschäft ist, auf eine Auscheidung der Schenkung durch Vergleichung der beiderseitigen Werthe nicht ankommen könne, dafür spricht der Umstand, daß ein mathematisches Gleichgewicht zwischen Werth und Gegenwerth überhaupt kaum zu erreichen ist und bei der Richtung des gesammten Verkehrs auf Gewinn auch kaum in der Absicht der Paciscenten gelegen sein dürfte. Insofern erscheinen daher auch sog. „gemischte Verträge“ als ein Begriff von höchst zweifelhaften Werthe und da, wo das Gesetz nicht selbst darauf verweist wie im §. 935, dürfte es kaum gefehlt sein, solche Geschäfte durchwegs als entgeltlich zu behandeln. Vergl. auch Michel S. 6.

²⁹⁾ §. 931, demzufolge der Auktor durch unterlassene Verkündigung des Entwäh-

kennung durch richterlichen Spruch³⁰⁾ und in Folge dieser eine Vermögensminderung an Seite des Uebernehmers³¹⁾ sind also begrifflich jene Momente, welche den Erfolg einer Entwährung konstituiren und es versteht sich hiebei von selbst, daß jederzeit die entgeltlich überlassene Sache selbst dasjenige sein müsse, was dem Uebernehmer aberkannt, worum daher auch sein Vermögen vermindert werden soll³²⁾. Innerhalb dieser Grenzen nun kann die also

rungsstrittes nicht etwa frei wird, wie im römischen Rechte (lex. 53. §. 1, 55. §. 1, 56. §. 5 u. 6 Dig. de evict und lex. 8 u. 9 Cod. eod. tit.), sondern seinem Nachmanne bloß im Gewährleistungsstritte „alle gegen den Evincen- ten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegenzusetzen und sich hiedurch von der Entschädigung in dem Maße befreien kann, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden.“ Vergl. hierüber Fischer's Lehre von der Streitverkündigung §. 26, wo die Bestimmung des §. 931 sowohl mit Rücksicht auf das gemeine, als das frühere österr. Partikularrecht gründlich erörtert wird; über den Stand des gemeinen Rechtes aber, das hierin bekanntlich von der Strenge des römischen Rechtes etwas abgegangen ist, siehe noch Glück's Pand. XX. Bd. §. 1124—1126.

³⁰⁾ Es wäre daher kein Fall einer Entwährung, wenn die Sache dem Uebernehmer etwa mit Gewalt entzogen (lex. 17. Cod. de act. empt.), oder im Wege der Expropriation abgenommen worden wäre (lex. 11 proem. Dig. de evict. et dupl. stip.)

³¹⁾ Mit Recht nennt daher Cujaz die Eviction eine „plena et efficax in iudicio victoria ejus, qui egit in emtorem et cum quo egit emtor“ und fügt hinzu: „Est autem plena et efficax victoria, quae ad emolumentum seu effectum perducatur re ablata vel abdicata —“. Mit Rücksicht hierauf nun könnte nicht bloß jener, der zwar bereits sachfällig wurde, sich aber noch in der Gewahrsame über die ihm abgesprochene Sache befindet, kein Recht auf Gewährleistung haben, sondern auch jener, dem eine fremde Sache verpfändet, nachher aber vom Eigenthümer abgestritten und thatsächlich entwunden wurde (§. 456), könnte gegen den Verpfänder keinen Anspruch wegen Entwährung stellen. Denn eben weil das Pfandrecht bloß ein accessorisches und kein selbständiges Recht ist (§. 449), begründet eine Vereitelung desselben für den Gläubiger ebensowenig eine Vermögensminderung, auf dessen Bestellung für ihn eine Vermögensmehrung bewirkte.

³²⁾ Mit Rücksicht hierauf wäre wieder z. B. eine Abstreitung von Früchten, welche erst nach vollzogener Uebergabe abgefordert wurden, oder die Abstreitung eines Stückes aus einer erkauften Erbschaft (§. 1278) kein Fall einer Entwährung, da aus einem Erbschaftskaufe nur insoweit ein Recht auf Gewährleistung entstehen kann, als die ganze Erbschaft oder ein aliquoter Theil derselben abgestritten und entwunden wird. Was hingegen eine Abstreitung von Sachen betrifft, welche zu einer sog. Sachgesamtheit (universitas rerum §. 302) gehören, so könnte diese nur insofern als eine Entwährung der universitas selbst angesehen werden, als in der That das ideale Ganze der universitas das Object der Veräußerung ausmachte, wie z. B. eine vollkommen geordnete Fachbibliothek, bei welcher schon durch den Abgang eines einzelnen Stückes der Zusammenhang des Ganzen zerrissen wird. In allen übrigen Fällen dagegen, wie etwa bei dem Antkaufe eines Büchernachlasses durch einen Antiquar oder dem Kaufe einer Zimmer- oder Gewerbeeinrichtung, wäre es doch immer nur die Abstreitung

überlassene Sache entweder ganz oder bloß zum Theile ³³⁾ entwährt werden, der Empfänger aber im Eviktionsstritte entweder in der Rolle des Beklagten, oder aber auch in jener des Klägers erscheinen ³⁴⁾, so daß einerseits eine totale und partielle Entwähnung, andererseits die spezifische Restitution und die Absolution des Beklagten die abstraktesten Kategorien bilden, denen sich alle möglichen Fälle der Entwähnung unterordnen lassen.

Diese Beiden wären daher näher zu betrachten: wir beginnen mit dem Unterschiede zwischen totaler und partieller Entwähnung.

Daß für die Unterscheidung zwischen totaler und partieller Entwähnung der Umfang maßgebend sein müsse, in welchem an Seite des Uebernehmers das Haben und Behalten einer ihm entgeltlich überlassenen Sache gestört wird, dafür spricht schon der Name dieser beiden Arten von Entwähnung. Nichtsdestoweniger wäre es ein Irrthum, die hier zu Grunde liegende Verschiedenheit des Umfangs als einen quantitativen Unterschied zu fassen, so daß die Abstreitung der Sache ihrem ganzen Umfange nach eine totale, die Abstreitung eines fisischen Theiles derselben hingegen eine partielle Entwähnung wäre. Denn da für den Unternehmer nur die ihm überlassene Sache als solche, nicht aber ihre fisischen Theile den Gegenstand des Habens und Behaltens ausmachen und er die Sache selbst auch dann noch behält, wenn ihm ein Theil derselben z. B. das Rad eines von ihm erkauften Wagens abgestritten wird, so läßt sich nicht behaupten, daß durch Unterwindung eines fisischen Theiles die übernommene Sache selbst entwährt werde ³⁵⁾.

einzelner Stücke, welche in Frage käme und woraus eben deshalb auch ebenso wie aus der Abstreitung einer einzelnen Erbschafts Sache nur ein einfacher Ersatzanspruch entstände. Vergl. über diese Streitfrage Glück's Pand. XX. Bd. S. 218. Verschieden von dem Verkaufe einer Gesamtsache ist endlich noch der Verkauf in „Pausch und Bogen“ (per aversionem), indem hier zwar der Kaufpreis mit Rücksicht auf's Ganze bestimmt wird, dabei aber doch immer die einzelnen Stücke dasjenige sind, was gekauft wird. Daß nun der §. 930, der bloß von fisischen Mängeln handelt, auf den Fall einer Entwähnung einzelner per aversionem erkaufter Stücke nicht anzuwenden sei, versteht sich von selbst, und darum möchten wir bei einem Aversionalkaufe nur dann eine Haftung für Entwähnung zulassen, wenn mit Rücksicht auf den behandelten Gesamtpreis mehr als die Hälfte abgestritten wurde.

³³⁾ Lex. 1 u. 15 §. 1 Dig. de evict. et dup. stip.

³⁴⁾ Lex. 16 §. 1 Dig. eodem.

³⁵⁾ Vergl. Buchta's Pand. Vorl. II. Bd. S. 222. Uebrigens soll damit keineswegs gesagt sein, daß nicht auch aus der Abstreitung eines fisischen Theiles für den Erwerber ein Ersatzanspruch entstehen könne. Dies ist vielmehr gewiß, nur möchten wir einen solchen Anspruch nicht als Fall einer Gewähr für Entwähnung qualifizieren.

Vielmehr muß, sobald überhaupt von einer Entwährung die Rede sein soll, jederzeit die Sache als Ganzes das Object der Entwährung bilden und aus diesem Gesichtspunkte läßt sich eine Störung des Habens und Behaltens derselben in zweifacher Weise denken. Einmal dadurch, daß die entwährte Sache geradezu aus der Gewahrsame des Uebernehmers gebracht, das habere licere derselben ihm also schlechterdings vereitelt wird; sodann aber auch dadurch, daß die Sache selbst zwar nicht aufhört, ein Gegenstand seiner rechtlichen Herrschaft zu sein, er also das habere licere derselben nach wie vor behält, aber dennoch aus ihr nicht mehr jenen Nutzen ziehen kann, welchen er mit Rücksicht auf das seinerseits hiefür gegebene Entgelt zu erwarten berechtigt ist. Eine Entwährung der ersteren Art ist sodann eine totale, eine Entwährung der letzteren Art aber eine partielle: jene erscheint als Störung des Sach-, diese hingegen bloß als Störung des Gebrauchswerthes und während jene eine Störung des Habens und Behaltens im weitesten Umfange involviert, hat diese einen selbst intensiv weit geringeren Umfang. So verschieden nun dem äußern Erfolge nach diese beiden Arten der Entwährung von einander sein mögen, so haben doch offenbar Beide juristisch dieselbe Natur und nachdem man im Sprachgebrauche des täglichen Lebens unter Entwährung nur das zu verstehen gewohnt ist, was wir soeben eine totale Entwährung nannten, so ist es gewiß nur zutreffend, wenn man im Gegensatz zur Gewähr für fisische Mängel³⁶⁾ die Haftung für Entwährungen jeder Art, diese seien sodann totale oder bloß partielle, als Gewähr für rechtliche Mängel bezeichnet³⁷⁾.

Frägt man aber nach den Rechtsmitteln, durch welche der Erfolg totaler oder partieller Entwährung möglicher Weise herbeigeführt werden kann, so zeigt sich vor Allem, daß aus einer Abstreitung entgeltlich überlassener Sachen in *possessorio* in keinem Falle für den Uebernehmer ein Evictionsanspruch entstehen könne³⁸⁾.

³⁶⁾ Die Haftung für partielle Entwährung ad modum jener für fisische Mängel nach dem Aedilischen Edikte zu behandeln, wie dies namentlich die Ansicht Glücks und nahezu aller älteren Romanisten war, erscheint abgesehen von dem Stande der Quellen schon deßhalb bedenklich, weil durch die Veranlassungen zu partiellen Entwährungen wie z. B. durch Servituten die fisische Integrität der entwährten Sache gar nicht berührt wird, und ebendeshalb diese Veranlassungen nicht Mängel der Sache selbst, sondern bloß Mängel im Inhalte des Rechtes an der Sache sein können. Vergl. Bangerov Band. III. §. 610. Note 3 und Müller loc. cit. §. 18.

³⁷⁾ Vergl. Unger in der österr. Ger. Zeitg. loc. cit.

³⁸⁾ Gemeinrechtlich ist diese Frage bekanntlich bestritten (Vergl. Müller S. 292), in der österr. Literatur aber unseres Wissens noch nicht einmal angeregt.

Daß auch auf diesem Wege dem sachfällig gewordenen Erwerber einer Sache das Haben und Behalten derselben entzogen werden könne, läßt sich zwar nicht in Zweifel ziehen; da indeß jedes *possessorium* bloß auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten faktischen Besitzes abzweckt und daher auch das hierüber erfließende Erkenntniß lediglich eine einstweilige Norm für diesen Besitzstand ist³⁹⁾, so kann auch eine also bewerkstelligte Entziehung einer Sache für den Unterliegenden nie eine definitive und dauernde Vermögensminderung bewirken. Vielmehr ist gerade so wie das Erkenntniß selbst, auch die hiedurch herbeigeführte Entziehung bloß eine provisorische und sowie durch jenes einem etwa darauf folgenden *Petitorium* in keinem Falle präjudiciert werden kann⁴⁰⁾, so kann auch jederzeit der in *possessorio* Sachfällige noch immer in *petitorio* sein stärkeres Recht geltend machen, also auf diese Weise sich das verlorene *habere licere* wieder verschaffen. So lange aber im Rechtswege hiezu noch Aussicht vorhanden ist, ist das Vermögen des Unterliegenden auch noch nicht definitiv gemindert und darum für ihn auch noch kein *Eviktionsanspruch* begründet.

Es erübrigen somit in dieser Richtung als Rechtsmittel, welche zu einer Entwährung führen können, bloß die Rechtsklagen und daß unter diesen, mit Ausnahme der Erbschaftsklage, allein nur die sog. *actiones in rem speciales* hiezu geeignet sein können, ergibt sich schon daraus, daß jede Entwährung überhaupt eine Aberkennung voraussetzt, welche im Grunde eines schon gegen den Vormann des Entwährten gerichtet gewesenen rechtlichen Anspruches erfolgt ist. Im weitesten Umfange werden hier daher gewiß jene Klagen zur Anwendung kommen, welche auf Sachrestitution selbst gerichtet sind, wie die Eigenthumsklage, die Klage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume, die Erbschafts- und Pfandklage, nicht minder aber auch die *Servitutsklagen* theils, weil auch sie mitunter auf Herausgabe der dienstbaren Sache gehen können, theils aber, weil gerade durch *Servituten* jener Erfolg herbeigeführt werden kann, den wir oben als partielle Entwährung bezeichneten.

Was die beiden Erstern dieser Klagen betrifft (§§. 366 und 372), so können diese selbstverständlich nur zu einer totalen Entwährung führen und sowie schon im römischen Rechte dieser Erfolg am häufigsten durch die *formula petitoria* mit der *intentio: „rem meam esse“* vermittelt wurde, so dürften auch in unserm Rechte trotz der Ver-

³⁹⁾ §§. 5 und 15 der kais. Verordg. v. 29. Okt. 1849 St. G. Bl. Nr. 12.

⁴⁰⁾ §. 15 Schlußsatz der obigen Verordg. und *Lex. 9 Cod. de sent. in fine.*

fügung des §. 367⁴¹⁾ weitaus die meisten Fälle totaler Entwährung in Einer dieser beiden Klagen ihren Grund haben.

Auf derselben Stufe mit diesen beiden Klagen steht sodann, soweit es sich um den Erfolg einer Entwährung handelt, die Erbschaftsklage, wobei jedoch nicht zu übersehen ist, daß mit derselben bloß die ganze Erbschaft oder ein aliquoter Theil derselben abgestritten, das Recht auf einen aliquanten Theil der Erbschaft hingegen jederzeit bloß mit der Eigenthumsklage geltend gemacht werden kann §. 823.

In weit geringerem Umfange hingegen ist hier die Pfandklage anwendbar. Zwar kann auch durch diese gerade so, wie etwa durch die Eigenthumsklage, dem Uebernehmer das Haben und Behalten einer ihm überlassenen Sache entzogen, also für ihn eine totale Entwährung herbeigeführt werden, was dann der Fall sein wird, wenn während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Dritten übertragen wurde und sodann diesem von dem Pfandgläubiger behufs Realisirung seines Pfandrechtes abgestritten und entzogen wird. Allein selbst dort, wo das dingliche Recht des Pfandes schon aus der bloßen Pfandberedung entsteht, somit die römische Hypothek Eingang gefunden hat, wird eine auf die Weise bewirkte Entwährung erst dann eine definitive sein, bis auch der Pfandverkauf selbst vollzogen und also mit dem Rechte des Auktors auch das Recht des Uebernehmers für immer aufgehoben ist. Denn insolange dieß nicht geschieht, kann der Auktor durch Befriedigung des Pfandgläubigers noch immer die seinem Nachmanne abgestrittene Sache vom Pfandnerus befreien und also ihm das bloß zeitweilig vereitelte Haben und Behalten derselben wieder verschaffen⁴²⁾. Da hingegen, wo, wie im österreichischen Rechte, das römische *pactum hypothecae* höchstens die Bedeutung eines *pactum de contrahendo* hat, das dingliche Recht des Pfandes aber bei Mobilien erst durch Uebergabe des Pfandstückes, bei Immobilien hingegen durch Eintragung der Verpfändung in's öffentliche Buch erworben wird (§. 1368 u. 451), da ist eine Entwährung durch die Pfandklage bei Mobilien überhaupt unmöglich⁴³⁾, bei Immobilien aber sollte

⁴¹⁾ Aus Rücksicht für die Sicherheit des Verkehrs läßt nämlich der §. 367 einen Eigenthümerwerb in Fällen zu, wo konsequent eigentlich nur Besitz entstehen sollte.

⁴²⁾ Daher sagt Paulus in der *lex 35 Dig. de evict. Victus autem a creditore tunc videtur, cum fere spes habendi abscissa est, itaque si Serviana actione evictus est, committitur stipulatio, sed quoniam soluta a debitor pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.*“

⁴³⁾ Denn da hier der Gläubiger das Faustpfand inne hat, so läßt sich eine Ueber-

dieselbe, abgesehen davon, daß sie hier jederzeit sogleich eine definitive sein muß⁴⁴⁾, strenge genommen gar keine Haftung begründen, da öffentliche Bücher zu Jedermanns Einsicht ausliegen und jener, der dieselben einzusehen unterläßt, die Folgen seiner Nachlässigkeit tragen muß §. 443. Gleichwohl verfügt in dieser Beziehung das Gesetz im Schlußsaze des §. 928 das Gegentheil mit den Worten: „Schulden — —, welche auf der „Sache haften, müssen stets vertreten werden“ und somit müssen wir wenigstens bei Immobilien auch für's österreichische Recht nicht nur an der Möglichkeit einer Entwährung im Wege der Hypothekarklage, sondern auch an der Haftung des Vormannes für eine solche Entwährung festhalten⁴⁵⁾.

In demselben Umfange und mit denselben Wirkungen, als durch die Hypothekarklage überhaupt, kann auch durch die Klage des Fiskus wegen rückständiger landesfürstlicher Steuern eine Entwährung herbeigeführt werden. Denn da diese stets durch ein gesetzliches Pfandrecht bedeckt sind, so ist, wenn auch dieses Pfandrecht bloß die Natur einer römischen hypotheca tacita hat, daher nicht einmal der bürgerlichen Eintragung bedarf, die Klage wegen rückständiger Steuern und Abgaben doch nur eine Pfandklage und ebendeshalb verordnet auch der Schlußsaz des §. 928, daß „Rückstände, welche auf einer Sache haften“ gerade so, wie die darauf haftenden Schulden „stets vertreten werden müssen“⁴⁶⁾.

gabe an einen Dritten behufs Eigenthumsübertragung gar nicht denken. Ja selbst dann, wenn die Verpfändung bloß durch Zeichen erfolgt wäre (§. 452), könnte hieraus keine Haftung entstehen, da der Pfandneuzus gerade durch diese wieder zu einem augenfälligen Mangel würde. §. 928.

44) Denn, hier ist der Gläubiger vor einer Vereitelung seines Exekutionsrechtes schon durch die Eintragung des exekutiven Pfandrechtes in's öffentliche Buch gesichert und ebendeshalb kann dem Exekuten bis zur Erfüllung sämtlicher Kaufbedingungen oder wenigstens bis zum Tage des gerichtlichen Zuschlages getrost die Gewahrsame über die exequierte Hypothek belassen werden §§. 322 und 339 allg. Ger. Ordg.

45) Insoferne erscheint daher die Hypothekarklage (§. 466) zugleich als Exkursionsstritt und der Beklagte kann auch hierin von seinem Auctor die Vertretung nach Zulaß des §. 931 begehren.

46) Hier scheint es uns passend, Einiges über den §. 928 überhaupt zu erwähnen. Seinem Wortlaute nach handelt dieser §. von „Mängeln“, welche in die Augen fallen, sodann von „Lasten“, endlich von „Schulden und Rückständen“ welche auf der Sache haften und läßt eine Haftung für Entwährung wegen Schulden und Rückständen „stets“, wegen augenfälliger Mängel nie, wegen auf der Sache haftender Lasten aber nur in dem Falle zu, wenn diese nicht aus den öffentlichen Büchern ersichtlich sind. Daß nun Mängel, welche in die Augen fallen, zumeist fisische Mängel sein werden, ist gewiß; dennoch aber läßt es sich nicht läugnen, daß auch gewisse rechtliche Mängel schon auf den ersten Blick sichtbar hervortreten können, wie z. B. das Recht der Dachtraufe oder die servitus oneris ferendi. Ebenso gewiß ist es ferner, daß un-

Es erübrigt nunmehr bloß noch die Betrachtung des Erfolges eines siegreich durchgeführten Servitutsstrittes, um darnach bestimmen zu können, in wieweit der Vormann auch für eine durch die actio con-

ter den auf einer Sache haftenden „Schulden“ nicht Forderungen schlechtweg, sondern vielmehr die für solche Forderungen bestellten Pfandrechte also nur bürgerlich ersichtliche Haftungen gemeint seien. Ohne nun mit dem Gesetze selbst in Widerspruch zu gerathen, müssen wir daher unter den „auf der Sache haftenden Lasten“ im ersten Satze des §. 928 etwas Anderes als Pfandrechte, unter „Rückständen“ im Schlusssatze dieses Paragraphes aber wieder etwas Anderes als bloße Zinsrückstände verstehen. Denn diese Letzteren haben, entweder mit dem Kapitale selbst ein Pfandrecht, wo sich dann die Haftung für das Kapital jederzeit auch auf Zinsen erstreckt, oder sie haben überhaupt gar kein Pfandrecht, in welchem Falle sie auch nicht auf der Sache haften und eben deshalb auch nicht einmal eine Entwährung begründen können. Jene hingegen, das ist Pfandrechte, können überhaupt nicht anders, als durch bürgerliche Eintragung erworben werden (§. 451), sind also jederzeit bürgerlich ersichtlich und es wäre ebendarum die Remissive des ersten Satzes des §. 928 sinnlos, wenn unter den auf der Sache haftenden Lasten Pfandrechte zu verstehen wären. Dies Alles scheint uns nun Grund genug, um unter den „auf der Sache haftenden Lasten“ jene jura in re aliena, welche keine Pfandrechte sind, unter „Rückständen“ aber die durch eine gesetzliche Hypothek gesicherten Steuerrückstände zu verstehen. Denn was die Ersteren betrifft, so läßt sich trotz der ausnahmslos lautenden Regel des §. 481 doch nicht läugnen, daß es auch in Oestreich bis auf die neueste Zeit herauf Belastungen von Grund und Boden gab, die bürgerlich nicht eingetragen waren, und noch jetzt erkennt eine konstante Praxis die Möglichkeit sog. augenfälliger Servituten selbst ohne bürgerl. Eintrag an (servitutes apparentes Art. 689. Cod. civ. Entscheidungen des oberst. Ger. v. 5. Aug. und 27. Sept. 1857 3. 5004 u. 6504 in Unger und Glaser's Sammlung Nr. 213 und 224). Was aber landesfürstliche Steuern betrifft, so haften diese wirklich auf der Sache selbst und diese Haftung ist, sowie die Gewähr für die in Folge derselben eintretende Entwährung, bloß eine durch die Sicherung des Staatseinkommens gebotene Nothwendigkeit. Abgesehen von fiskischen und augenfälligen rechtlichen Mängeln behandelt somit der §. 928 die Haftung für rechtliche Mängel, welche keine Pfandrechte sind („auf der Sache haftende Lasten“), sodann aber die Haftung für rechtliche Mängel, die in Pfandrechten bestehen und entweder bürgerlich ersichtlich wie Konventionalhypotheken oder zwar bürgerlich nicht ersichtlich sind, aber doch auf der Sache haften, wie die Legalhypotheken für landesfürstliche Steuern. Erwägt man nun, daß sich Niemand mit der Unkenntniß des Standes der öffentlichen Bücher entschuldigen könne und daß das Pfandrecht landesfürstlicher Steuern jederzeit die Natur einer hypoth. tacita im Sinne des römischen Rechtes hat, also von einem bürgerlichen Eintrage unabhängig ist, so wird es klar, daß das, was das Gesetz bezüglich der „auf einer Sache haftenden Lasten“ im ersten Satze des §. 928 verordnet, eigentlich die Regel ist, während der Schlusssatz dieses Paragraphes von dieser Regel in zwei Richtungen Ausnahmen statuirt. Einmal, sofern er für Konventionalhypotheken, die doch auch bürgerliche Lasten sind, eine Haftung zuläßt, sodann aber insofern, als er selbst eine Haftung für Lasten zuläßt, die weder bürgerlich ersichtlich sind, noch auch in die Augen fallen und diese Letzteren sind rückständige Steuern. Auf diese gewiß exceptionelle Stellung von Konventional- und Legalhypotheken gegenüber andern auf einer Sache haftenden Lasten glauben wir nun das Wortchen „stets“ im Schlusssatze des §. 928, das bereits soviel Anstoß erregt hat, beziehen zu können und lesen daher mit Rücksicht auf den ersten

fessoria (§. 523 47) herbeigeführte Entwährung verantwortlich werde, wobei wir indeß vorläufig von dem Einflusse absehen wollen, welchen das Institut der öffentlichen Bücher sowohl auf die Möglichkeit einer Entwährung durch Servituten überhaupt, als auch speziell auf die Haftung des Vormannes für eine solche Entwährung äußert.

Daß in dieser Richtung die Erstretung solcher Dienstbarkeiten, deren Ausübung eine Gewahrsame, somit die wenigstens äußerlich unbeschränkte Disposition des Berechtigten über die dienstbare Sache erheischt, für den Erwerber der Letzteren eine Entwährung zur Folge haben müsse, bedarf wohl kaum erst einer umständlichen Beweisführung. Denn mögen auch immerhin derlei Dienstbarkeiten die Integrität des Eigenthumes noch nicht verletzen, so absorbieren dieselben doch jederzeit den ökonomischen Gehalt der Eigenthumsberechtigung gänzlich und bewirken eben hiedurch für den Erwerber der mit einer solchen Dienstbarkeit behafteten Sache eine Vermögensminderung, welche, nachdem sie durch richterlichen Spruch erfolgt ist, alle Merkmale eines Entwährungsfalles in sich vereinigt 48). Anders stellt sich wenigstens äußerlich der Erfolg einer *confessoria* bei den übrigen Dienstbarkeiten, sei es, daß es sich um ein Dienstbarkeitsrecht handelt, welches nachher vom Besitzer der dienstbaren Sache abgestritten wird 49) — Aktivservitut —, sei es, daß ein Dritter gegen den Erwerber einer Sache nachträglich ein auf derselben haftendes Servitutsrecht erstreitet — Passivservitut. In beiden Fällen wird hiedurch nämlich dem Erwerber der *res dominans vel serviens* das Haben und Be-

Satz dieses Paragraphes den Schlusssatz desselben also: Obwohl für rechtliche Mängel nur dann Gewähr zu leisten ist, wenn diese weder in die Augen fallen, noch aus dem öffentlichen Buche ersichtlich sind, so muß doch für Pfandrechte, obwohl diese jederzeit ersichtlich sind, für Legalhypotheken aber, trotzdem diese bucherlich nicht ersichtlich sind, immer gehaftet werden.

47) Bekanntlich läuft in dieser Beziehung mit der *confessoria*, wenn auch in entgegengesetzter Richtung, die *negatoria in rem actio* parallel und eben deshalb muß Alles, was von der Ersteren gilt, auch auf die Letztere bezogen werden, obwohl diese keine Servituts-, sondern vielmehr eine Eigenthumsklage ist.

48) Namentlich gilt dies von einem *ususfructus*, welchen Papinian mit Recht als *emolumentum rei* bezeichnet (lex 66. §. 6 Dig. de legat. II.), dessen Erstretung daher auch die römischen Juristen einer substantiellen Entwindung der Sache selbst an die Seite setzten lex 66. Dig. de contr. empt.

49) Hierbei versteht es sich von selbst, daß die nachher abgestrittene Aktivservitut jederzeit mit einem Grundstücke verknüpft sein müsse, indem, wenn dies nicht der Fall wäre, eigentlich nur ein Recht und nicht eine Sache abgestritten würde und ebendeshalb eine solche Abstreitung nur nach den Grundsätzen von der Cession, nicht aber nach jenen von der Eviction beurtheilt werden könnte.

halten derselben zwar noch keineswegs unmöglich und insofern wäre hier allerdings der Erfolg einer *confessoria* oder *negatoria* von jenem Erfolge verschieden, welchen diese beiden Klagen bei solchen Servituten hervorbringen, die eine ausschließliche Gewahrsame des Berechtigten über die dienstbare Sache erfordern. Allein während dies Letztere bloß bei persönlichen Dienstbarkeiten der Fall ist, haben Realdienstbarkeiten jederzeit wieder die Natur von juristischen Qualitäten der zu einander im Dienstbarkeitsverhältnisse stehenden Grundstücke erhöhen, also einerseits den Gebrauchswerth des *res dominans* und vermindern andererseits den Gebrauchswerth der *res serviens* ⁵⁰⁾, und deshalb läßt es sich nicht bezweifeln, daß der Erwerb einer Sache auch durch Abstreitung oder Erstreitung von Grunddienstbarkeiten eine und zwar eine partielle Entwährung erleiden könne.

Aber nicht in allen Fällen, wo der Uebernehmer auf diese Weise am Gebrauche einer gegen Entgelt übernommenen Sache gehindert wird, kann er einer solchen Störung wegen schon einen Entwährungsanspruch gegen seinen Auktor stellen. Denn, obwohl Servituten sowohl für den Gebrauchswerth der *res dominans*, als für jenen der *res serviens* jederzeit von entscheidendem Einflusse sind, so erscheinen dieselben doch gegenüber den agrifolen und wirthschaftlichen Verhältnissen unserer Zeit als eine juristische Qualität von außerordentlicher Art, und verstehen sich ebendeshalb nicht von selbst, sondern bedürfen vielmehr zu ihrer Existenz eines besondern Rechtsgrundes. Ein Anspruch des Uebernehmers wegen Entwährung ließe sich daher, sofern derselbe jederzeit an Seite des Entwährten auch eine Verletzung seines ökonomischen Interesses voraussetzt, nur insoweit rechtfertigen, als der Uebernehmer die Vortheile oder Nachtheile, welche aus einer mit dem übernommenen Grundstücke verknüpften Aktivservitut oder aus der Freiheit desselben von Passivservituten resultieren, bei Bestimmung des seinerseits geleisteten Entgeltes thatsächlich in Rechnung brachte oder doch in Rechnung zu bringen in der Lage war.

Abgesehen von dem Bestande öffentlicher Bücher könnten wir also aus diesem Gesichtspunkte den Auktor für eine abgestrittene Aktivservitut erst dann verantwortlich machen, wenn er deren Vorhandensein ausdrücklich zugesichert hatte oder mindestens doch eine solche Servitut augenscheinlich gewesen ist ⁵¹⁾, für Passivser-

⁵⁰⁾ Vergl. Unger's System I. Bd. S. 576 u. 577.

⁵¹⁾ Denn im ersteren Falle hat der Auktor selbst den Umfang seiner Haftungs-pflicht dadurch erweitert, daß er die seiner Angabe nach mit dem überlassenen Grundstücke verknüpfte Servitut unter die seinerseits zu gewährenden

vituten dagegen müßten wir ohne Unterschied, ob dies Personal-⁵²⁾ oder Realservituten⁵³⁾ sind, jederzeit eine Haftung des Auktors anerkennen, es wäre denn, daß eine solche Servitut dem Erwerber der res serviens schon in anderer Weise bekannt⁵⁴⁾, oder doch augenfällig gewesen wäre⁵⁵⁾ oder daß endlich ein pactum de non praestanda evictione vorläge⁵⁶⁾. Darüber hinaus könnte jedoch von einer Haftung des Auktors weder für abgestrittene Aktiv-, noch für erstrittene Passivservituten die Rede sein, indem weder die Einen noch die Andern eine naturale Voraussetzung der Integrität von Grundstücken ausmachen⁵⁷⁾.

Frägt sich's aber um die durch das Institut der öffentlichen Bücher herbeigeführten Modifikationen einer solchen Haftung, so sind hiefür, sobald einmal solche Bücher bestehen und das Recht der Dienstbarkeit erst durch Eintragung in dieselben erworben wird

Vorteile mitaufnahm, im letzteren Falle aber konnte wieder der Uebernehmer eine solche Servitut in das Bereich der seinerseits zu gewärtigenden Vermögensvorteile miteinbeziehen und darnach das seinem Auktor zu leistende Entgelt bestimmen.

⁵²⁾ Daß die Römer aus der Erstreitung eines ususfructus eine Haftung für Entwährung entstehen ließen, wurde bereits früher bemerkt.

⁵³⁾ Was passive Realservituten betrifft, so ließen die römischen Juristen eine Haftung für solche Dienstbarkeiten zwar unbedenklich zu, sobald der Vormann dieselben etwa dolosser Weise verschwiegen (lex §. 1 u. lex 69 §. 5 Dig. de act. e. v.) oder doch unbedingt die Freiheit von allen Servituten — fundus liber vel optimus maximus — zugesichert hatte (lex 48, 75, u. 59 Dig. de contr. empt.); in allen übrigen Fällen aber scheint der Auktor von der Haftung für Entwährung durch solche Dienstbarkeiten frei gewesen zu sein, was daraus ersichtlich wird, daß bei der durch Assignation und Limitation vermittelten Auftheilung des römischen Gemeindelandes mindestens servitutes praediorum rusticorum eine ganz gewöhnliche Eigenschaft von Grundstücken waren. Für diese Meinung siehe lex 48, 59 u. 66 Dig. de contr. empt. u. lex 75 Dig. de evict. et. dup. stip. dagegen lex. 38 §. 3 Dig. de V. Obl., lex. 6 §. 3. Dig. com. praed., lex. 15 §. 1 u. 61 Dig. de aedil. ed. Ueber die Dogmengeschichte dieser vielbesprochenen Streitfrage aber vergl. Bangerov's Band. III. §. 610 Note 3 und Müller lib. cit. S. 196—227.

⁵⁴⁾ Denn dann hätte er schon bei Bestimmung des Preises für die dienstbare Sache auf eine solche Dienstbarkeit Bedacht nehmen sollen und könnte nachher ebensowenig einen Anspruch wegen Entwährung erheben, als jener, der wissentlich eine fremde Sache erwirbt §. 929.

⁵⁵⁾ §. 928, wo unter den Mängeln, welche in die Augen fallen, auch rechtl. Mängel wie etwa die servitus oneris ferendi vel tigni immittendi gemeint sind.

⁵⁶⁾ §. 929, der die unter den älteren Lehrern des gem. Rechtes vielfach bestrittene Zulässigkeit eines solchen Vertrages ausdrücklich anerkennt. Ueber die Geschichte dieses Streites siehe Glück's Band. XX. Bd. S. 296 u. die flg. über den heutigen Stand des gem. Rechtes aber Buchta's Band. §. 362 in fine und Arndt's Band. §. 303 Note 6.

⁵⁷⁾ Denn nur wenn dies der Fall wäre, könnte der entwährte Erwerber für Aktivservituten jederzeit, für Passivservituten aber nie einen Ursakanspruch an seinen Auktor stellen.

(§. 481), nachstehende zwei Momente von wesentlicher Bedeutung. Einmahl liegen nämlich diese Bücher zu Jedermanns Einsicht auf, weshalb auch der Fall einer Entwährung durch sogenannte verborgene Servituten⁵⁸⁾ gar nicht einmahl vorkommen kann, da mit Ausnahme von augenfälligen Servituten⁵⁹⁾ das dingliche Recht der Dienstbarkeit erst durch die vollzogene bürgerliche Eintragung entsteht, so lange diese aber nicht erfolgt ist, ein vom Auktor etwa bestelltes Servitutsrecht dem Nachmanne gegenüber unwirksam sein muß⁶⁰⁾. Sodann aber muß, wenn anders die *fides publica* solcher Bücher erhalten werden soll, auch Jeder, der im Vertrauen auf dieselben ein Recht erworben, in diesem Erwerbe geschützt werden und hinwieder jener, der diese Bücher einzusehen unterläßt, die Folgen seiner Nachlässigkeit selbst zu tragen haben.

Mit Rücksicht hierauf wird also der Auktor für eine Abstreitung von Aktivservituten nicht bloß dann, wenn er deren Vorhandensein ausdrücklich zugesichert hat oder diese etwa augenfällig waren, sondern auch dann noch zu haften haben wenn dieselben im öffentlichen Buche als zu der von ihm überlassenen Sache gehörig ausgezeichnet erscheinen⁶¹⁾, für eine Erstreitung von Passivservituten hingegen wird ihn in dem einzigen Falle eine Haftung treffen, wo er die Freiheit „von allen Fehlern und Lasten“ ausdrücklich zugesichert hatte⁶²⁾.

Soviel über den Unterschied zwischen totaler und partieller Entwährung.

Die zweite Kategorie, in welcher sich jene Vermögensverminderung, die wir Entwährung nennen, äußerlich darstellt, beruhet auf der processualischen Stellung des Entwährten im Eviktionsstritte selbst. Insoferne nämlich jede Entwährung in dem geraden Gegentheile von dem bestehet, was überhaupt der Zweck einer entgeltlichen Ueberlassung von Sachen ist, das ist in einer Vereitelung des gesicherten Verbleibens solcher Sachen in dem Vermögen des Erwerbers in Folge

⁵⁸⁾ „— si inopinata emergit servitus“ — Lex 1. §. 1 Dig. de act. e. v.

⁵⁹⁾ Daß es solche Dienstbarkeiten trotz der Regel des §. 481 auch bei uns gebe, wurde bereits oben unter Hinweis auf die Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes erwähnt.

⁶⁰⁾ Während im römischen Rechte das dingliche Recht der Dienstbarkeit bekanntlich schon aus einem bloßen Vertrage entstand.

⁶¹⁾ Hätte hingegen der Erwerber die Möglichkeit einer Abstreitung solchen Servituten schon im Momente des Erwerbes gekannt, dann könnte er sich auch nicht auf sein Vertrauen in's öffentliche Buch berufen und ebendarum auch keine Gewähr fordern.

⁶²⁾ §. 928.

richterlichen Spruches, und dieser gegen den Erwerber entweder als Beklagten, oder aber als Kläger erfolgen kann, ist auch die Entwährung zweifach: eine Entwährung, die aus einer Störung des Habens und Behaltens entgeltlich übernommener Sachen durch Verurtheilung des Erwerbers — positive Entwährung — und eine Entwährung, welche aus einer Absolution des Besitzers solcher Sachen von der Klage des Erwerbers entsteht — negative Entwährung⁶³⁾.

Daß nun auch im österreichischen Rechte der Erfolg einer Entwährung sowohl in der Einen, als in der Anderen dieser beiden Formen zu Tage treten könne, dafür spricht vor Allem schon die Natur der Sache selbst, indem der Erwerber entgeltlich überlassener Sachen eine Vermögensminderung nicht etwa dadurch allein erleidet, daß er durch richterliches Erkenntniß zur Herausgabe derselben oder zur Anerkennung des einem Dritten auf diese etwa zustehenden Rechtes verhalten wurde, sondern auch dadurch, daß er mit seiner Klage auf Herausgabe solcher Sachen oder auf Anerkennung eines ihm hierauf zustehenden Rechtes sachfällig geworden ist. Sodann deutet dies aber auch der §. 922 insoferne an, als er den Auktor auch dafür verantwortlich macht, daß sein Nachmann die ihm überlassene Sache „der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß“ benutzen oder verwenden könne, eine Verfügung, welche offenbar den Sinn haben muß, daß der Vormann nicht bloß für eine etwaige Abstreitung, sondern auch dafür einzustehen habe, daß seinem Nachmanne die ihm überlassene Sache von jedem dritten Besitzer behufs Benützung und Verwendung herausgegeben werde. Daher erkennt denn auch so ziemlich die Mehrzahl unserer Schriftsteller im Allgemeinen die Möglichkeit negativer Entwährung an⁶⁴⁾, nur lassen dieselben eine Erörterung dieser beiden Formen der Entwährung vermissen, weshalb wir es versuchen, hierauf näher einzugehen.

Von selbst leuchtet es ein, daß in diesen beiden Richtungen die Entwährung eben sowohl eine totale, als eine bloß partielle sein könne.

⁶³⁾ Scharf betont diese beiden Formen der Entwährung, allerdings mit Bezug auf die stipulatio duplae, Pomponius in der lex. 16 §. 1 Dig. de evict. et stip. dupl., wo sich der Jurist also ausdrückt: „Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.“

⁶⁴⁾ So Fischer lib. cit. §. 10, desgleichen wenigstens gelegentlich auch Nippel VI. S. 186. Winivarter IV. S. 98 u. Stubenrauch III. S. 109, während Kaufher und Michel hierüber gänzlich schweigen. Ueber das Preussische und Französische Civilrecht siehe diesfalls Müller in der Schlussanmerkung zu §. 17.

Hier ist's indeß nur der Fall totaler Entwährung, welchen wir in's Auge fassen, so daß die Restitution einer entgeltlich überlassenen Sache von Seite ihres Erwerbers und die Klage dieses Letztern auf Herausgabe einer solchen Sache den Ausgangspunkt unserer Betrachtung bilden, die Erstere als Hauptfall positiver, die Letztere hingegen als Hauptfall negativer Entwährung.

So weit es sich um eine Entwährung in positiver Form handelt, ist es gewiß, daß diese jederzeit eine vorausgegangene Uebergabe der entwährten Sache an den Promissar voraussetze, sohin aber in einer Störung des gesicherten Habens und Behaltens dieser Sache an Seite dieses Letzteren bestehe. Die nächste Frage, die sich nun hier gewissermaßen von selbst aufdrängt, ist die, ob eine jede Störung des Habens und Behaltens entgeltlich überlassener Sachen durch urtheilsmäßig erwirkte Restitution derselben schlechterdings eine Entwährung bewirke, ohne Rücksicht darauf ob die Ueberlassung solcher Sachen bloß behufs Ausübung persönlicher Rechte oder aber behufs Erwerbung eines dinglichen Rechtes erfolgte. Ganz naturgemäß reiht sich hieran sodann, soweit es sich um eine Entwährung in negativer Form handelt, die weitere Frage, ob, nachdem einmahl die vorangegangene Uebergabe eine begriffliche Voraussetzung positiver Entwährung ist, auch eine Entwährung in dieser Richtung jederzeit an die früher erfolgte Uebergabe geknüpft, oder ob nicht vielmehr selbst eine *evictio ante traditionem* möglich sei.

Die Erstere dieser beiden Fragen dreht sich offenbar um den Einfluß, welchen die *causa traditionis* bei einer entgeltlichen Hingabe von Sachen auf die Möglichkeit einer Entwährung und eines hieraus für den Uebernehmer entspringenden Eviktionsanspruches hat. Im Grunde entgeltlicher Verträge kann nun eine Sache tradiert werden, entweder um dem Uebernehmer ein dingliches Recht an der übergebenen Sache zu gewähren, in welchem Falle die Tradition sodann die Bedeutung eines *modus acquirendi* hat, oder aber, um ihm bloß die Ausübung eines obligatorischen Anspruches gegen den Uebergeber zu ermöglichen, wo dieselbe sodann bloß unter den Gesichtspunkt einer Erfüllung fällt ⁶⁵⁾. Hält man sich nun gegenwärtig, daß, wie bereits früher dargethan wurde, eine Störung des Habens und Behaltens entgeltlich überlassener Sachen für den Uebernehmer nur insoweit eine

⁶⁵⁾ Bei Konsensualverträgen, und diese bilden in unserem Rechte die Regel (§. 883), ist dies eine Erfüllung des Vertrages selbst, bei Realverträgen aber die Erfüllung eines vorangegangenen *pactum de contrahendo*.

Entwährung begründe, als zugleich für ihn hieraus eine Vermögensminderung entsteht und vergleicht in dieser Richtung die Gewahrsame des Miethers oder Pächters über die in Bestand genommene Sache mit der Stellung eines Fruchtnießers zu der in seiner Gewahrsame befindlichen fremden Sache, so zeigt sich Folgendes. Eine Uebergabe, welche behufs Bestellung dinglicher Recht erfolgt, bewirkt ebendeshalb, weil das dingliche Recht erst durch diese selbst existent wird, für den Uebernehmer jederzeit eine Vermögensmehrung, während die Uebergabe, welche bloß Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit ist, das Vermögen des Uebernehmers nicht wahrhaft vermehrt. Vielmehr verbleibt in diesem letzteren Falle die übergebene Sache nach wie vor der Uebergabe noch immer in dem Vermögen des Uebergebers und während für jenen, der eine Sache im Grunde eines dinglichen Rechtes inne hat, die nachher erfolgte Abstreitung derselben jederzeit auch eine Vermögensminderung bewirkt, erleidet jener, dem eine Sache auf Grund eines bloß persönlichen Rechtes überlassen, sohin aber abgestritten wurde, noch keine Vermögensminderung. Diese trifft vielmehr jenen, in dessen Namen er eine solche Sache inne hat, und dies ist im vorliegenden Falle, der Bestandgeber. Darum kann aber auch bloß jener, der eine entgeltlich überlassene Sache im Grunde eines dinglichen Rechtes gebraucht gegen seinen Vormann einen Anspruch wegen Entwährung stellen, jener hingegen, dem eine Sache nur behufs eines persönlichen *uti frui* übergeben wurde, könnte, als an einer solchen Entwährung nicht unmittelbar betheilig, gegen seinen Vormann *ex titulo evictionis* nicht auftreten ⁶⁶).

Der Uebernehmer entgeltlich überlassener Sachen erleidet somit durch eine Herausgabe solcher Sachen in Folge richterlichen Spruches erst dann eine Entwährung, wenn die ihm abgestrittene Sache einen Bestandtheil seines Vermögens gebildet, er dieselbe also im Grunde

⁶⁶) Die Richtigkeit dieser Behauptung bestätigt auch, wie uns scheint, ein Blick auf die Stellung der Parteien im Eviktionsstritte selbst. Wie nämlich der §. 931 erklärt, soll der Besizer, wenn er wegen eines von einem Dritten auf die Sache gemachten Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will, seinem Vormanne vom Eviktionsstritte Nachricht geben, das ist diesem *litum* denunciren. Hat nun der *Litisdenunciant* die Sache, worauf der Dritte einen Anspruch erhebt, im Grunde eines dinglichen Rechtes inne, dann bleibt er auch nach geschehener Denunciation, ja selbst dann, wenn er den *Litisdenuncianten* allein die Führung des Eviktionsstrittes überlassen hat, noch immer eine *pars litis*. Jener hingegen, der die von einem Dritten in Anspruch genommene Sache bloß im fremden Namen inne hat — und ein solcher ist doch jederzeit der Bestandnehmer — ist nicht einmal zur Führung des Eviktionsstrittes berechtigt, vielmehr erscheint die von ihm ausgehende Streitverkündung bloß als eine *nominatio auctoris* im Sinne der §. 375, wodurch er aus dem Prozesse ausscheidet und dem Nominaten die Führung desselben im eigenen Namen überläßt.

eines dinglichen Rechtes besessen hat und insoferne jede Entwährung überhaupt eine Vermögensverminderung voraussetzt, ergibt sich hieraus als für alle Entwährungsfälle maafgebendes Princip der Satz:

Daß eine Entwährung bloß bei jenen Sachen Platz greifen könne, welche behufs Bestellung dinglicher Rechte in entgeltlicher Weise überlassen wurden, während das bloß persönliche Haben und Behalten entgeltlich überlassener Sachen an Seite des Detinenten eine Entwährung nie zuläßt ⁶⁷⁾.

Wir wenden uns nunmehr der Beantwortung der zweiten der oben aufgeworfenen Fragen zu, welche dahin gehet, ob der Promissar selbst dann, wenn er *ante rem traditam* gegen einen dritten Besitzer auf Herausgabe der ihm entgeltlich überlassenen Sache klagt, mit dieser Klage aber sachfällig wird, vom Promittenten Ersatz wegen Entwährung begehren könne oder nicht.

Da die Vereitelung des Habens und Behaltens entgeltlich überlassener Sachen bloß dann einen Fall der Entwährung ausmacht, wenn jenes auf einem dinglichen Rechte beruhte, und dingliche Rechte wenigstens da, wo es sich um einen derivativen Erwerb handelt, erst aus einer vollzogenen Uebergabe entstehen, so erscheint schon aus die-

⁶⁷⁾ Uebrigens soll hiemit nicht etwa gesagt sein, daß jener, der bloß im Grunde eines persönlichen Rechtes fremde Sachen benützt, für den durch Abtreitung dieser Sachen herbeigeführten Gebrauchsverlust von seinem Vormanne keine Entschädigung begehren könne, da das Gesetz selbst diesfalls das Gegentheil verfügt. Nur ist ein solcher Anspruch jederzeit bloß ein Entschädigungsanspruch für mangelhafte Erfüllung, während jener, der ein dingliches Recht an einer Sache hat, für den Entgang des Gebrauches *ex titulo evictionis* Ersatz zu fordern berechtigt ist. Dabei bleibt jedoch der Maafstab für die Berechnung des Interesses derselbe, ob es sich um Störung eines bloß persönlichen oder um Störung eines dinglichen Gebrauchsrechtes handelt, da im österreich. Rechte der Bestandvertrag die Natur eines Gebrauchskaufes (§. 1094), somit der Bestandzins die Natur des Kaufpreises hat (§. 1092), und ebendeshalb auch in beiden Fällen das vom Uebernehmer geleistete Entgelt den Kern des ihm zu vergütenden Interesses ausmachen muß (§. 1105). In Ansehung dessen nun, der eine Entwährung erlitten hat, erscheint dieser Maafstab allerdings gerecht, da der Anspruch wegen Entwährung überhaupt nur auf dem Verhältnisse von Werth und Gegenwerth beruhet; in Ansehung dessen aber, der bloß wegen mangelhafter Erfüllung Entschädigung fordert wie namentlich des Bestandnehmers, kann ein solcher Maafstab mitunter zu schweren Bedrückungen führen. Denn Niemand wird hoffentlich läugnen, daß selbst der gänzliche, um somehr aber der im §. 1105 vorgesehene theilweise Erlaß des Bestandzinses mit Rücksicht auf die Menge und den hohen Preis der in einer bestimmten Fruchtperiode zu gewärtigenden Erträge ein leider nur zu magerer Ersatz für das werden könne, was der Bestandmann ohne die dem Bestandgeber zugefügte Entwährung aus der entwürzten Sache hätte gewinnen können.

sem Grunde allein eine Entwähnung vor erfolgter Uebergabe unmöglich. Bestätigt wird dies aber auch noch, und zwar speziell mit Bezug auf eine Entwähnung in negativer Richtung, durch die Natur jener Klage, deren sich ante rem traditam der Promissar gegen einen dritten Besitzer der ihm versprochenen Sache bedienen könnte. Eine dingliche Klage kann dies nämlich in keinem Falle sein, da der Promissar vor erfolgter Uebergabe selbst noch kein dingliches Recht an der Sache selbst hat, diese kraft eigenen Rechtes vielmehr bloß vom Promittenten und zwar mittelst einer persönlichen Klage herausfordern kann. Will nun der Promissar von einem dritten Besitzer im Wege einer Klage die Herausgabe der ihm versprochenen Sache erwirken, so steht ihm zu diesem Ende in Ermanglung jeder dinglichen Berechtigung allein die actio cessa seines Promittenten zu Gebote, und mit Rücksicht hierauf könnte im Falle der Sachfälligkeit des Promissars sein Ersatzanspruch gegen den Promittenten höchstens die Natur eines Regresses des Cessionars wieder den Cedenten haben, nie aber ein wahrer Eviktionsanspruch sein.

Sowie also schon die römische Jurisprudenz die erfolgte Uebergabe ohne Unterschied für eine normale Voraussetzung jedes Eviktionsanspruches ansah⁶⁸⁾, so müssen nicht minder auch wir selbst bei einer Entwähnung in negativer Richtung an der Nothwendigkeit vorangegangener Tradition festhalten, mithin die Möglichkeit einer Entwähnung ante rem traditam schlechterdings in Abrede stellen und das Wort „überläßt“ im §. 922 jederzeit von einer bereits vollzogenen Uebergabe verstehen, diese mag sodann eine traditio longa oder bloß eine traditio brevi manu gewesen sein.

Damit ständen wir nun am Schluß unserer Betrachtungen über die Formen, in welchen sich überhaupt eine Entwähnung darstellen kann, und wollen es nunmehr versuchen, den Kreis jener Geschäfte zu bestimmen, welche möglicher Weise durch Hinzutritt einer Entwähnung zur Gewähr für rechtliche Mängel führen können.

Daß in diesen Kreis weder lukrative, noch alle entgeltlichen Geschäfte ohne Ausnahme gehören, wurde bereits früher bei Erörterung des §. 922 umständlich dargethan. Vielmehr fällt in diesen Bereich bloß eine gewisse Gattung von entgeltlichen Geschäften und, um für Bestimmung solcher Geschäfte ein sicheres Kriterium zu haben, müssen wir zunächst die Gründe der Entwähnung von den Gründen,

⁶⁸⁾ Lex. 61 u. 62 Dig. de evict. Ueber die scheinbar widersprechende lex. 16 §. 2 Dig. eodem vergl. Müller. lib. cit. S. 109 u. d. folg.

aus denen eine Gewähr für rechtliche Mängel entsteht, sondern, sodann aber unsere Frage bloß mit Rücksicht darauf beantworten, bei welchen Geschäften von entgeltlicher Natur jene Momente Platz greifen können, welche den Erfolg einer Entwährung konstituieren⁶⁹⁾.

Insoferne jede Gewähr für rechtliche Mängel eine Entwährung voraussetzt und diese äußerlich bloß als Störung des Habens und Behaltens entgeltlich überlassener Sachen erscheint, kann jene Gewähr bei allen entgeltlichen Geschäften, welche in einer Ueberlassung körperlicher Sachen bestehen, insofern jedoch durch eine solche Störung der Uebernehmer gleichzeitig auch eine Vermögensminderung erleiden muß, aber nur bei jenen Platz greifen, welche durch Ueberlassung solcher Sachen das Vermögen des Uebernehmers thatsächlich vermehren. Da dies letztere aber nur dann der Fall ist, wenn die Gewahrsame des Uebernehmers über die ihm überlassene Sache auf einem dinglichen Rechte von selbständiger vermögensrechtlicher Bedeutung beruht, so kann eine Gewähr für rechtliche Mängel bloß aus jenen Geschäften entspringen, deren Inhalt eine Uebertragung des Eigenthumes oder eines dinglichen Gebrauchsrechtes an körperlichen Sachen und zwar gegen Entgelt ist.

Darüber hinaus fehlt es an jenem vermögensrechtlichen Interesse, welches die *causa efficiens* jeder Gewähr für Entwährung ist und ebendamit könnte in solchen Fällen eine Störung des Habens und Behaltens entgeltlich überlassener Sachen höchstens als ein Fall mangelhafter Erfüllung, nie aber als Fall einer Entwährung erscheinen.

Geschäfte dieser Art sind nur vor Allem der Tausch und der diesem verwandte Kauf, so zwar, daß bei dem Ersteren ein Jeder der tauschenden Theile, beim Letzteren aber der Verkäufer seinem Mitkontrahenten die vertauschte oder verkaufte Sache „zum freien Besitze“ übergeben (§§. 1047 u. 1061), sodann aber für das dauernde und gesicherte Behaltenkönnen der übergebenen Sache haften muß (§. 922)⁷⁰⁾.

⁶⁹⁾ Denn obwohl jede Gewähr für rechtliche Mängel die Thatsache einer Entwährung voraussetzt, hiemit auch an alle Erfordernisse geknüpft ist, von denen eine Entwährung überhaupt abhängt, so tritt doch eine Haftung hiefür erst dann ein, wenn die Gründe der Entwährung von der Art sind, daß der Vormann hiefür einzustehen hat.

⁷⁰⁾ Im römischen Rechte galt dies bekanntlich bloß beim Kaufe (*lex 11 §. 1* und *lex. 30 Dig. de act. empt.*), während beim Tausche die Tauschenden einander wechselseitig das Eigenthum verschaffen mußten (*lex 1 proem. und §. 3 Dig. de permut.*). Dies ist indeß eine Verschiedenheit, welche bloß darin ihren Grund hat, daß dort der Tausch ein Realkontrakt war, daher erst durch ein *dare* zur Perfektion gelangte (*lex. 167 proem. Dig. de div. reg. jur.*), während derselbe im heutigen Rechte ganz entschieden ein Konsensualkontrakt ist

Am nächsten dem Tausche oder Kaufe steht sodann in dieser Beziehung die Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens und die Hingabe an Zahlungsstatt, indem Beide dem Uebernehmer die Gewahrsame über eine körperliche Sache verschaffen sollen und nach Umständen entweder die Natur eines Tausches oder die eines Kaufes haben ⁷¹⁾. Die Erbtheilung mitinbegriffen ⁷²⁾, erscheint nämlich jede Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens insoferne als Tausch, als hierbei an die Stelle ideeller Theile reelle Theile treten und sonach jeder Theilgenosse anstatt seines bisherigen idealen Theiles am ganzen Vermögen einen räumlich begrenzten Theil desselben erhält. In's Be-

(§. 1045). Auf die Haftung des Vormannes für Entwährung aber hat jene Verschiedenheit selbstverständlich keinen Einfluß, dieser reducirt sich vielmehr bloß darauf, daß nach Röm. Rechte der Uebernehmer beim Tausche auch schon vor erfolgter Entwährung eine *act. praescriptis verbis* hatte, sobald er in Erfahrung brachte, daß ein Dritter auf die ihm überlassene Sache ein dergleichen Recht habe (*lex. ult. Dig. de cond. caus. dat.*), während sich ein Gleiches fürs österr. Recht mit Rücksicht auf den §. 1047 nicht behaupten ließe.

Daß übrigens im österr. Rechte auch die Ueberlassung eines Gutes in Erbpacht, Erbzinns oder Bodenzinns unter die Kategorie eines Kaufes falle, ergibt sich daraus, daß unser Recht alle diese Institute für Fälle eines getheilten Eigenthums im Sinne des §. 357 ansieht (§. 1122, 1123 u. 1125), und ebendarum erscheint auch hier die im §. 1137 ausgesprochene Haftung des Obereigenthümers als eine Gewähr für Störung des Eigenthumes und nicht als Haftung für ein gestörtes Gebrauchsrecht.

In wiefern weiter bei einem Verkaufe in Bausch und Bogen oder beim Verkaufe einer sog. Gesamtsache (*universitas rerum*) eine Gewähr für rechtliche Mängel Platz greife, wurde bereits früher erörtert, desgleichen inwieweit der Verkäufer aus einem auf Grund eines Inventars abgeschlossenen Erbchaftsverkaufe *ex titulo evictionis* hafte. Daß ihn aber selbst in jenen Fällen, wo dem Verkaufe kein Inventar zu Grunde lag, sowie überhaupt bei allen aleatorischen Geschäften, ja selbst bei jenen, wo die *alea* den Zweck des Geschäftes selbst ausmacht wie beim Spiele oder der Wette, eine derartige Haftung treffen könne, dafür scheint uns der Umstand zu sprechen, daß sich jene Ungewißheit von Gewinn oder Verlust, welche das Wesen jeder *alea* ist, nicht auf das Verbleiben des zu Erwerbenden in dem Vermögen des Erwerbers, sondern vielmehr bloß darauf bezieht, für wen und wieviel Gewinn sich aus einem solchen Geschäft ergeben werde. Daher schließt das Gesetz bei allen Geschäften dieser Art das Rechtsmittel der Verletzung über die Hälfte aus §. 1268, ohne der Gewährleistung auch nur zu erwähnen und dies ist ferner der Grund, warum der §. 1283 den Verkäufer einer Erbschaft für die Richtigkeit seines Erbrechtes, der §. 1277 aber auch den Verkäufer eines Kures für die Richtigkeit des Kures hafte läßt.

Daß endlich auch aus einem Lohnvertrage, sobald dieser eine *locatio conductio operis* ist und der Bestellte selbst hiezu den Stoff hergegeben, eine Gewähr für rechtliche Mängel entstehen könne, zeigt ganz klar der §. 1158.

⁷¹⁾ Lex 34 §. 1 Dig. de evict. et dupl. stip.

⁷²⁾ Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß die Erben untereinander theilen, nicht aber, daß etwa der Erblasser selbst diese Theilung vornimmt.

reich des Kaufes aber fällt eine solche Theilung, sobald der Richter, was hiebei allerdings leicht vorkommen kann §. 842, behufs eines gegenseitigen Ausgleiches unter den Theilenden auf Leistung einer Entschädigungssumme im Gelde erkennt⁷³). Was aber die Hingabe an Zahlungsstatt betrifft, so kennt unser Recht ein *beneficium dationis in solutum* zwar nicht (§. 1413), erklärt aber gleichwohl, daß in jenen Fällen, wo, weil Gläubiger und Schuldner einverstanden sind oder die Zahlung selbst unmöglich ist, etwas Anderes an Zahlungsstatt gegeben wird, eine solche Hingabe als entgeltliches Geschäft zu behandeln sei §. 1414, und zwar wird, wie dies schon die Natur der Sache mit sich bringt, eine solche Hingabe dort, wo sie für eine schuldige Geldsumme erfolgt, die Natur eines Kaufes, da hingegen, wo anstatt einer schuldigen Sache eine andere von gleichem Werthe gegeben wird, die Natur eines Tausches haben und ebendeshalb auch in beiden Fällen eine Haftung des Uebergebers für rechtliche Mängel mit sich bringen⁷⁴). Nicht minder kann auch aus einem *Vergleiche* eine Gewähr für rechtliche Mängel entstehen, indem jeder Vergleich eine Ungewißheit von Rechtsansprüchen voraussetzt, welche dadurch beseitigt wird, daß durch gegenseitiges Aufgeben von Ansprüchen ein gewisses Recht an die Stelle eines ungewissen gesetzt wird, der Vergleich also jederzeit ein Geschäft von entgeltlicher Natur ist §. 1380⁷⁵). Wird nun diese Ungewißheit durch Ueberlassung körperlicher Sachen behoben, die das Vermögen des Empfängers vermehren, dann treffen auch bei Vergleiche alle jene Momente zusammen, die dazu nöthig sind, damit der Uebergeber für Entwährung einer *ex transacto*

⁷³) Die *actio finium regundorum* gehört hingegen nicht hieher, weil ihr Zweck zunächst bloß die Ermittlung und Feststellung streitiger Grenzen ist (§. 850), sobald dieselbe aber auf eine Vertheilung des streitigen Raumes selbst hinausläuft, (§. 853) schon eine wahre Theilungsklage vorliegt *Vergl. Arndts Band. §. 321 und Müller lib. cit. §. 19.*

⁷⁴) Dies gilt nicht minder nach österreichischem, als nach gemeinem Rechte und wird daher auch von allen Kommentatoren unseres Civilrechtes anerkannt. Dagegen scheint es uns nach österreichischem Rechte unzulässig, in jenen Fällen, wo die *datio in solutum* als Tausch erscheint, dem Uebernehmer im Falle einer Entwährung des an Zahlungsstatt Gegebenen die Wahl zwischen Ersatz wegen Entwährung und der ursprünglichen Schuldfrage zu gewähren, wie dies wenigstens im gemeinem Rechte die gangbare Ansicht ist. Denn eben weil nach gem. Rechte die Tauschenden einander das Eigenthum der vertauschten Sachen gewähren müssen, hat jener, der anstatt der zu leisten schuldigen Sache eine Andere vom gleichen Werthe gibt, die nachher entwährt wird, hiedurch seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, während nach österr. Rechte diese Verbindlichkeit bloß dahin geht, dem Uebernehmer den freien Besitz der eingetauschten Sache zu gewähren §. 1047.

⁷⁵) Daher ist auch weder ein unentgeltliches Aufgeben streitiger Rechte, noch der Erlaß eines unstreitigen Rechtes ein Vergleich §. 1381.

übergebenen Sache verantwortlich werden könne und ebendeshalb wird daher auch hier im Allgemeinen die Möglichkeit einer Gewähr für rechtliche Mängel anerkannt⁷⁶⁾. Nur ist hiebei, wie dies schon das römische Recht gethan⁷⁷⁾, zu unterscheiden, ob die ex transacto übergebene, später aber entwährte Sache das Objekt des Streitens selbst gebildet hat, oder aber bloß zur Abfindung gegeben wurde. Denn im letzteren Falle hatte der Empfänger vor erfolgter Uebergabe einer solchen Sache noch kein Recht auf dieselbe, und da er seinerseits hiefür den Uebergeber von einem wieder ihn erhobenen Anspruch liberierte, so versteht sich hier die Haftung des Auktors für rechtliche Mängel eigentlich von selbst. Im erstern Falle hingegen, wo es sich um das Streitobjekt selbst handelt, erscheint jener, der zu Gunsten des anderen Transigenten seine Ansprüche auf dasselbe aufgibt, für jenen, der dasselbe ex transacto behält, nicht als Auktor, dieser behält dasselbe vielmehr kraft eigenen Rechtes und dieses Recht ist bloß, welches fortan selbst der andere Streittheil anerkennt⁷⁸⁾. Es wird somit in diesem Falle nichts überlassen, daher auch nicht für eine wie immer geartete Entwährung gehaftet.

Ein anderes Geschäft, das möglicher Weise eine Gewähr für rechtliche Mängel begründen kann, ist die Bestellung eines Heirathsgutes. An und für sich und abgesehen von dem Falle, wo das Heirathsgut in unbeweglichen Gütern oder unverbrauchbaren Sachen besteht, die der Ehemann um einen bestimmten Preis übernommen hat, ist die Bestellung einer dos kein entgeltliches Geschäft, so daß hier von einer Haftung des Bestellers für rechtliche Mängel eigentlich keine Rede sein kann⁷⁹⁾. Sobald es sich jedoch um eine sog. dos necessaria handelt (§. 1220), oder der Ehemann ein von andern Personen bestelltes Heirathsgut um einen bestimmten Preis übernimmt und sich bloß zur Zurückgabe dieses Preises verpflichtet §. 1228, greift

⁷⁶⁾ Vergl. was das öster. Recht betrifft, Zeiller IV. Bd. S. 65, Rippel Zeitsch. für öster. Rechtsgelehrsamkeit Jahrgang 1825 II. Bd. Nr. XXXIII. und Kommentar VIII. Bd. 2. Abth. S. 25, Winiwarter V. Bd. S. 53, v. Stubenrauch III. Bd. S. S. 614 u. Michel lib. cit. §. 38.

⁷⁷⁾ Lex. 33. Cod. de transact.

⁷⁸⁾ Vergl. Glüds Pand. XX. Bd. S. 186, Buchta's Vorles. II. Bd. S. 225 und für's österr. Recht wenigstens Winiwarter am angeführten Orte.

⁷⁹⁾ Dies gilt ebensowohl dann, wenn der datio dotis ein Versprechen (promissio vel dictio dotis) voranging, als wenn jene ohne einem solchen Versprechen erfolgte, da nicht nur die lex. 1 Cod. de jure dotium, als auch die aus dem Codex Theodosianus in's Justinianische Recht (lex. 6 Cod. de dot. promm.) übergangene Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinian bloß eine in favorem dotis getroffene Singularität war, die unser Recht gar nicht kennt.

auch schon eine Gewähr für rechtliche Mängel Platz, da im letztern Falle speciell ein Kauf⁸⁰⁾, im erstern Falle aber überhaupt ein entgeltliches Geschäft vorliegt §. 941, der Ehemann aber das Heirathsgut wegen des ihm hierauf zustehenden Fruchtgenusses jederzeit im Grunde eines dinglichen Rechts inne hat § 1227, somit also auch durch Abstreitung desselben eine Vermögensminderung erleidet.

So wie aber schon die Entwährung einer *dos necessaria* bloß in einer Störung des dem Ehemanne zustehenden Gebrauchs- und nicht etwa seines Eigenthumsrechtes besteht, so können endlich auch alle übrigen Geschäfte, wodurch Jemand gegen Entgelt den Gebrauch körperlicher Sachen im Grunde eines dinglichen Rechtes erlangt, zu einer Gewähr des Vormannes für rechtliche Mängel führen, wie etwa die Bestellung einer persönlichen oder einer sog. unregelmäßigen Dienstbarkeit (§. 479), während Störungen des Realservitutberechtigten ebendeshalb, weil solche Dienstbarkeiten als Qualitäten der *res dominans* anzusehen sind, in's Bereich einer Störung des Eigenthumsrechtes fallen.

Ausgeschlossen bleibt hingegen jede Entwährung und hiemit auch jede Haftung des Vormannes für rechtliche Mängel nicht nur bei allen Geschäften, die ohne Entgelt, oder zwar gegen Entgelt, aber über sog. unkörperliche Sachen abgeschlossen werden, sondern auch in allen jenen Fällen, wo die entgeltliche Ueberlassung von körperlichen Sachen bloß behufs Ausübung eines persönlichen Rechtes erfolgt, oder aus einem anderen Grunde für den Empfänger keine Vermögensmehrung bewirkt. Also nicht bloß bei Schenkungen und Cessionen, gleichviel ob diese mit oder ohne Entgelt erfolgen, sondern auch bei Mieth- und Pachtverträgen, Verpfändungen und ähnlichen Geschäften mehr⁸¹⁾.

Nunmehr übergehen wir auf jene Haftung des Vormannes, welche die faktische Beschaffenheit der überlassenen Sache selbst zum Gegenstande hat und ebendeshalb im Gegensatze zur Gewähr für rechtliche Mängel,

⁸⁰⁾ Lex. 10 §. 5 Dig. de jure dot. und lex. un. §. 9. Cod. de rei ux. act.

⁸¹⁾ Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß jene rechtlichen Mängel, aus denen der Erfolg einer Entwährung entsteht, stets in die Zeit von der Uebergabe zurückfallen müssen, denn mit dieser geht die übergebene Sache in das Vermögen des Uebernehmers über und es ist mithin dem Uebergeber die Möglichkeit benommen, dritten Personen auf dieselbe Rechte einzuräumen, die sie gegen den Empfänger geltend machen könnten.

Dies Alles zusammengefaßt setzt daher jede Gewähr wegen rechtlicher Mängel voraus:

1. rechtliche Mängel, die schon in der Person des Vormannes vorhanden waren, also in die Zeit vor der Uebergabe zurückreichen, sodann in Folge derselben
2. eine Störung des Nachmannes im Haben und Behalten der ihm übergebenen Sache, welche
3. durch richterlichen Spruch herbeigeführt wurde und
4. für ihn eine Vermögensminderung zur Folge hatte.

die bei voller Integrität der Sache selbst bloß in einem Mangel des Rechtsinhaltes bestehen, als Gewähr für fisische Mängel bezeichnet wird ⁸²⁾.

Offenbar beruhet die Haftung für fisische Mängel auf dem Vorhanden- oder Nichtvorhandensein gewisser fisischer Eigenschaften, vermöge welcher eine Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich ist oder nicht.

Daß nun eine Haftung in dieser Richtung, gerade so wie jene für rechtliche Mängel, bloß aus einer Ueberlassung körperlicher Sachen entstehen könne, ergibt sich daraus, daß überhaupt nur körperliche Sachen mit derlei Mängeln behaftet sein können. Daß aber, abgesehen von einem etwaigen dolus des Uebergebers, diese Ueberlassung jederzeit gegen Entgelt erfolgt sein müsse, dafür spricht der Umstand, daß nur bei entgeltlichen Geschäften an Seite des Empfängers jene Verletzung des ökonomischen Interesses möglich ist, welche überhaupt die *causa efficiens* aller Gewährleistung ist. Daß endlich auch noch die überlassene Sache nicht bloß in *solutione*, sondern auch in *obligatione* gewesen, der Mangel des Gegebenen aber nicht etwa ein quantitativer, sondern jederzeit ein qualitativer sein müsse, dies hängt damit zusammen, daß die vorausgegangene Erfüllung schon eine begriffliche Voraussetzung jeder Gewähr überhaupt ist, der Uebergeber aber in dem Falle, wo das Uebergebene nicht gleichzeitig auch in *obligatione* war, sich durch Uebergabe eines unbrauchbaren Stückes von seiner Verbindlichkeit noch nicht befreiet, vielmehr nach wie vor *ex contractu* noch immer verpflichtet bleibt.

Alles dies vorausgesetzt, können nun jene Eigenschaften, aus deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eine Gewähr des Auktors für fisische Mängel entstehen kann, zunächst schon von Seite der Paciscenten, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, bedungen worden sein. Dies sind sodann vertragswiedrige Mängel, und daß der Auktor für diese einzustehen habe, ist bloß eine Folge der seinerseits gemachten Zusage, also eine vertragsmäßige Verbindlichkeit, keineswegs aber der Ausfluß einer ihm etwa obliegenden Gewähr für fisische Mängel.

Ebensowenig gehören aber hieher auch jene Mängel, welche aus Eigenschaften entspringen, deren Vorhanden- oder Nichtvorhandensein dem Uebergeber schon vor der Uebergabe bekannt war, von diesem aber li-

⁸²⁾ In dieser Beziehung glauben wir uns kürzer fassen zu können, theils weil wir früher schon die Arten fisischer Mängel und die Natur der hieraus entspringenden Haftung umständlich erörtert haben, theils aber, weil diese Haftung schon mit dem Vorhandensein solcher Mängel begründet ist und also weder einen bestimmten Erfolg, noch bestimmte Gründe dieses Erfolges voraussetzt.

ftiger Weise zugesichert oder verschwiegen wurden, denn für solche Mängel haftet derselbe schon im Grunde seiner Arglist, somit, da er diese stets zu vertreten hat, sogar auch bei lukrativen Geschäften.

In's Bereich der Gewähr für fisische Mängel fallen daher bloß verborgene, dem Uebergeber selbst also noch unbekannte Mängel und dies sind jene, welche die Brauchbarkeit der überlassenen Sache beeinträchtigen, dabei schon zur Zeit der Uebergabe vorhanden waren ⁸³⁾, und entweder auf dem Vorhandensein von Eigenschaften beruhen, die dem Uebernehmer ohne vorherige Anzeige nicht bekannt sein konnten ⁸⁴⁾, oder doch in dem Abgange von Eigenschaften ihren Grund haben, welche der Uebernehmer als vorhanden voraussetzen konnte ⁸⁵⁾.

Wenn nun die Frage entsteht, bei welchen Geschäften der Uebergeber auch für Mangel dieser Art zu haften habe, so ist hiefür, wie bereits erwähnt wurde, die Betrachtung maafgebend, daß die Bedeutung verborgener Mängel jederzeit nach dem Zwecke, zu welchem eine Ueberlassung von Sachen erfolgt, verschieden ist, und daß mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit auch die österreichische Gesetzgebung die Haftung desjenigen, der eine körperliche Sache einem Andern in entgeltlicher Weise bloß zum Gebrauche überläßt, in einer von der Regel des §. 932 abweichenden Weise normiert hat ⁸⁶⁾.

Es erübrigen daher trotz der ganz allgemein lautenden Verfügung des §. 922 für die Gewähr aus verborgenen Mängeln — und nur diese, nicht aber vertragswiedrige oder arglistig verschwiegene Mängel fallen unter den Begriff einer solchen Gewähr — bloß jene Geschäfte, deren Inhalt eine entgeltliche Uebertragung des Eigenthumes ist, und aus diesem Grunde müssen wir nicht bloß eine Abtretung von Forderungen, sondern auch alle übrigen Fälle, wo es sich um Ueberlassung von körperlichen Sachen zu einem anderen Zwecke handelt, aus dem Bereiche der Gewähr für Mängel ausschneiden, diese Ueberlassung mag sodann gegen oder ohne Entgelt erfolgt sein.

⁸³⁾ §§. 1048, 1051 u. 1064. Auf die Zeit des Vorhandenseins solcher Mängel beziehen sich die in den §§. 924 und 925 ausgesprochenen Vermuthungen bezüglich einiger Thierkrankheiten.

⁸⁴⁾ Daher haftet der Uebergeber eben sowenig für augenfällige Mängel (§. 928), als für jene Mängel, die der Uebernehmer schon bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wahrnehmen konnte, wohl aber für solche, die bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit entgehen oder gar nur dem Kennerauge auffallen.

⁸⁵⁾ Sei dies, weil der Uebergeber dieselben ausdrücklich zugesichert hatte oder weil dieselben mit Rücksicht auf die erklärte Absicht des Geschäftes als vorhanden angenommen werden müssen.

⁸⁶⁾ Eben sowenig als in den §§. 1117 u. 1153, welche bereits früher eingehend erörtert wurden, können wir auch in der Verfügung des §. 458 eine Anwendung des im §. 932 ausgesprochenen Grundsatzes auf den Fall einer Verpfändung erblicken, indem dieser Paragraph zwar von Hauptmängeln spricht, der Nebenmängel aber, wie dies eben die Natur der Sache mit sich bringt, mit keiner Sylbe erwähnt.

UB WIEN



+AM235665007

UNIVERSITÄTS
WIEN
BIBLIOTHEK 02

G. RAUTER

1972

