haftet. Bei all' diesen Sätzen müssen zwar Wahrscheinlichkeitsgründe die fehlenden Quellenbelege ersetzen, doch wird dadurch der Werth ihrer Besprechung nicht gemindert.

In den beiden folgenden Capiteln (XI und XII) werden Schutz und Untergang des Pfandrechts dargestellt. Jener wird hauptsächlich durch die *δίκη εξούλης* bewirkt, über die sich Neues kaum sagen liess. Beim Untergange des Pfandrechts, der etwas kurz abgethan wird, vermissten wir eine Untersuchung über die Frage, ob und in welchen Fällen dem Gläubiger oder Schuldner bei Kauf auf Lösung und namentlich bei Hypothek ein Kündigungsrecht zustand. Vf. hat diesen Punkt zwar gelegentlich vorher berührt (p. 80; 92); er hätte aber passender hier im Zusammenhang und eingehender, als an den angeführten Stellen, behandelt werden sollen.

Im letzten Capitel (XIII) wird das Pfandrecht mit der Bürgschaft verglichen. Auch hier werden wir etwas kärglich abgespeist. Eine genauere Betrachtung der Bürgschaft nach griechischem Rechte wäre vielleicht für die Erkenntniss des Pfandrechts nicht ohne Nutzen gewesen. Auf das Verhältniss des Pfandrechts zur Schuldknechtschaft, aus welcher Szanto die Hypothek ableitet, ist Vf. ausser in der Anmerkung auf p. 16 nicht eingegangen. Szanto's Hypothese hätte in einer Monographie über Pfandrecht wohl eine eingehendere Untersuchung resp. Widerlegung verdient; dass die Schuldknechtschaft neben der Hypothek noch lange fortbestanden hat, ist jedenfalls kein Argument, welches für die Unrichtigkeit jener Annahme irgend etwas beweisen könnte.

Berlin.

B. Kübler.

Dr. P. Oertmann, Der Vergleich im gemeinen Civilrecht.
Berlin, Carl Heymanns Verlag. 1895. VIII u. 287 S.

Mit der Titelüberschrift ist zugleich die Abgrenzung des Stoffes gegeben. Der Vergleich im Process und im Concurs — insbesondere der sog. Zwangsvergleich — und eine Behandlung des Vergleichs in den modernen Gesetzgebungen sind einer weiteren Arbeit vorbehalten.

Hauptzweck der vorliegenden Schrift ist zunächst „eine Zusammenstellung und Sichtung des vorhandenen Materials, sowie eine Nachprüfung der aufgestellten Lehren“. Dieser Zweck ist im Wesentlichen glücklich erreicht und der Verf. hat sich durch seine gründlichen Erörterungen der einschlägigen Fragen ein Verdienst erworben. Freilich wird er darauf gefasst sein müssen, in Einzelheiten auch Widerspruch zu erfahren: wo, wie auf dem Gebiete des Vergleichs, eine starke Meinungsverschiedenheit herrscht und mitunter sogar, um mit Verf. (S. 7) zu reden, noch ein *bellum omnium contra omnes* andauert, wird eine Meinung, und sei sie auch noch so gut begründet, von verschiedenen Seiten kaum gleich beurtheilt werden können.

In Cap. I ist Begriff und Wesen des Vergleichs behandelt. Verf. ist sich wohl bewusst, dass „der Begriffsbestimmung eines Instituts eigent-

lich die Einzeldarstellung vorangehen sollte“ (S. 6), zieht es aber aus praktischen und namentlich didaktischen Gründen vor, einen anderen Weg einzuschlagen und eine Definition voranzuschicken. Hiergegen lässt sich u. E. kaum etwas einwenden (a. M. freilich Leonhard in seiner Kritik in Gruchots Beiträgen Bd. 39 S. 711). Aus der Begriffsbestimmung allein werden im Nachfolgenden keine Schlüsse gezogen, und sie selbst wird auf Grund allgemeiner Gesichtspunkte gegeben. Ueberdies ist auch noch zu Anfang der dogmatischen Untersuchungen, in Cap. IV, eine gründliche Prüfung der Voraussetzungen unseres Instituts zu finden.

Die Legaldefinition der *transactio* in fr. 1 h. t. (2, 15) hält Verf. mit Recht für ungenügend, selbst in Verbindung mit der c. 38 h. t. (2, 4), aber mehr oder minder auch alle Versuche der Neueren. Verf. selbst definiert (S. 17): „Vergleich ist der entgeltliche Vertrag zur Beseitigung der in Beziehung auf ein Rechtsverhältniss der Parteien untereinander oder einer Partei mit Dritten bestehenden rechtlichen oder ökonomischen Ungewissheit.“ Diese Definition, die sich hauptsächlich an Risch (Lehre vom Vergleich S. 10) anschliesst, lässt, abweichend von der herrschenden Lehre, das Moment des gegenseitigen Nachgebens oder gegenseitigen Zugeständnisses (Windscheid, Dernburg, auch Regelsberger) fallen. Referent hat sich von einem hierin liegenden Fortschritt nicht zu überzeugen vermocht. Gerade die Hauptsache wird dabei übergangen. Der Vergleich ist ein zusammengesetztes Geschäft, eine Mischung von Erlass und Erfüllung, von Verzicht und Anerkennung (er ist weder völliges Aufgeben einer-, noch völliges Zugeben andererseits) und unterscheidet sich von jedem gerade durch das beiderseitige Entgegenkommen, das Zusammentreffen auf der Mittellinie. Sehr hübsch sagt mit Bezug darauf Regelsberger (Pand. I S. 623): beim Vergleich muss jeder Theil ein Opfer bringen. Verf. will dieses wichtige Merkmal nicht in die Begriffsbestimmung aufnehmen. Was er (S. 10, auch Risch S. 9) dagegen einwendet, scheint mir nicht den Kern der Sache zu treffen. Sicher kann das Nachgeben verschiedenster Art sein, und die gegenseitigen Einräumungen brauchen sich nicht nothwendig auf das im Streite begriffene Verhältniss zu beziehen (so z. B. wenn Beklagter dem ganzen Petitum des Klägers willfährt, sich aber dafür einen anderweitigen Vermögensvorteil vom Kläger gewähren lässt); aber am „Nachgeben“ ändert das nichts. Nur soviel ist richtig und ist dem Verf. zuzugeben, dass von diesem Standpunkte aus die Definitionen, die ein Nachgeben der Parteien „von ihrem wirklichen oder vermeintlichen Recht“ (Arndts), ein Nachlassen „von ihrem Anspruche“ (Böcking) betonen, zu eng erscheinen, obschon auch sie auf den gewöhnlichen Fall, wo beispielsweise der Anspruch auf 100 geht und die Hälfte davon anerkannt wird, ganz gut passen mögen.

Cap. I schliesst mit interessanten Untersuchungen über die quellenmässige Bezeichnung des Vergleichs — *pactum* (hinzuzufügen ist das anscheinend ziemlich technische *pactum conventum*: Cicero, part. orator. 37, 130; Ulpian in fr. 2 h. t. u. A.), *decisio*, *compositio*, *transactio*, — das Verhältniss dieser Ausdrücke zu einander und namentlich

die Bedeutung von „transactio“. Verf. erkennt mit Buhl, Unger und z. Th. einigen Aelteren eine enge und eine weitere Bedeutung dieses Wortes an, letztere im Sinne von Beilegen, Schlichten, bezweifelt aber mit Windscheid und Bähr — und u. E. sehr mit Recht —, ob dieser weitere Begriff sich in der Wissenschaft fruchtbar erweisen könne.

Das zweite Capitel erörtert die Geschichte des Instituts. Hier weiss uns der Verf. verhältnissmässig nur Weniges zu vermelden, was allerdings bei der Mangelhaftigkeit der Quellen sehr erklärlich ist. Referent ist sogar der Ansicht, dass sich nicht alle vom Verf. verwertheten Quellenzeugnisse für seine Zwecke eignen, dass die Anzahl der auf uns gekommenen Sätze über den Vergleich im technischen Sinne um ein Erhebliches geringer ist. So führt Verf. aus: im Zwölftafelgesetz finden sich wenigstens Ansätze zu unserem Institut, und zwar in den die Blutrache beseitigenden Sühneverträgen: *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto* (VIII, 2). Die Bedenken, welche gegen deren Charakter als Vergleich aus der fehlenden Ungewissheit entspringen, sucht Verf. zu zerstreuen. Dieses nöthige Moment, meint er, sei vorhanden: es betreffe nur weniger die Existenz des klägerischen Rechts, als seine Realisirung, denn dem Verletzten konnte seine Rache misslingen, u. U. stand er einem starken Gegner, einer übermächtigen gens gegenüber u. dgl. m. Die Erklärung ist, dünkt mich, doch hyperscharf und deshalb auch kaum zutreffend. Ich glaube vielmehr, dass die Ablösung der Blutrache durch die *pacio* auf ganz anderen Gründen beruht, als den hervorgerufenen, dass sie der cultur- und rechtshistorischen Entwicklung entspricht, in innigstem Zusammenhang mit ihr steht und bloss eine Etappe auf dem Wege von der Talio zum System der römischen Privatstrafen bedeutet (Gell. N. A. XX, I, 36 sqq., Ihering, Geist I, S. 136 ff.). Die Durchführbarkeit der Blutrache in casu braucht zu einer gegebenen Zeit gar nicht zweifelhaft zu sein, die *talio* kann im Gegentheil durchaus gesichert dastehen, und trotzdem ist es möglich, dass sie nicht ausgeübt wird. Die Erklärung ist dann einfach die. Es hat sich ein Wechsel in der Anschauung vollzogen: der Genuss, für die zugefügte Unbill Rache zu nehmen, ist nicht mehr der alte, öfters existirt er überhaupt nicht oder ist doch so abgeschwächt, dass eine angemessene Abfindungssumme, ein Wergeld weit werthvoller und die Unthat zu sühnen geeigneter erscheint. — Aber abgesehen von diesen Erwägungen, ist es nicht ein missliches Unternehmen, in einem alten und offensichtlich weiten Begriff, wie der der *pacio* ist, alle Voraussetzungen der erheblich jüngeren und technischen *transactio* entdecken zu wollen?!

Dagegen hat Vf. m. E. ganz Recht, wenn er in der weiteren Entwicklung (§ 7) den Vergleich bei Autoren, wie Plautus, Terenz, Cicero, ferner in der *lex Iulia municipalis* (110, 115) sieht. Auch ist dem zuzustimmen, dass Verf. im Anschluss an Lenels Untersuchungen den Vergleich im Edict nur als einen Fall des *pactum* betrachtet, welches entweder *donationis* oder *transactionis causa* vorgenommen werden konnte (c. 6 de sol. et lib. 8, 42; fr. 52 § 26 — nicht § 2 — de furtis 47, 2), und dem Vergleiche des Edicts den Charakter eines selbständigen, mit Klage

geschützten Geschäftes abspricht. Erst in der spätklassischen Zeit erlange der Vergleich durch seine Unterstellung unter die sog. *Innominate contracte* Klageschutz mit einer *actio praescriptis verbis* (cf. c. 33 § 1 h. t.). Die vom Verf. offen gelassene Frage, ob die Pandektenjuristen die Vergleichsklage gekannt, möchte ich, im Hinblick auf die viel erörterte c. 6 § 1 h. t. (von Alexander a. 230, also bedeutend älter als die c. 33 cit. von Diocletian a. 294), eher bejahen, als verneinen.

In Cap. III wird die Stellung des Vergleichs im Systeme erörtert und die *transactio* nach ausführlicher Kritik der bisherigen Ansichten (§ 8) in den speciellen Theil des Obligationenrechts mit Fug verwiesen, und zwar um ihrer individuellen *causa* willen. Diese *causa* findet Verf. (im Einklang mit seiner Definition des Instituts) in der Beseitigung der gegenseitigen Ungewissheit gegen Entgelt (besser — s. oben — durch beiderseitiges Nachgeben); sie sei es, die den *transactionis causa* vorgenommenen Rechtsact stütze und die im Vergleich wechselweise auf-erlegten Leistungen in Beziehung zu einander bringe; aus der nämlichen *causa* endlich ergeben sich gewisse Eigenthümlichkeiten und Beschränkungen des Vergleichs, wie die Besonderheiten bei Behandlung des Irrthums, der *laesio enormis*, die Erschwerungen hinsichtlich des Vergleichs über *Alimente*, desjenigen *post rem iudicatam* u. a. m.

Bezüglich der Voraussetzungen des V. (Cap. IV) kann sich Referent ebenso kurz fassen, da er auch hier in der Lage ist, dem Verf. seine unbedingte Zustimmung auszusprechen. Erste Voraussetzung ist die Ungewissheit, als welche aber auch schon ökonomische Unsicherheit der Realisirung des Anspruches erscheint. Objective Ungewissheit ist nicht nöthig, es genügt subjective. Die gegen diese herrschende Lehre aufgestellte Behauptung von Bülow, es seien beide Arten der Ungewissheit zu erfordern, wird vom Verf. trefflich widerlegt, sowohl durch Interpretation des fr. 1 h. t. mit seiner *inscriptio*, als auch durch den Hinweis auf die praktisch unerträglichen Consequenzen der Bülow'schen Ansicht. Die Kritik des Verf. in letzterer Richtung ist insbesondere erfreulich durch das feine Gefühl für die Zwecke unseres Instituts und die Bedürfnisse des Lebens. So gelangt Verf. auf richtigem Wege zur Gutheissung der Meinung des Reichsgerichts (Bolze VIII N. 394), wonach es „für die zur Wirksamkeit des V. erforderliche Ungewissheit“ genüge, dass die Partei beabsichtige, „lieber ein Opfer zu bringen, als sich den Unannehmlichkeiten des Processes auszusetzen“, da „der Ausgang des Rechtsstreits nicht mit Sicherheit vorausszusehen“ sei, — und weiter auch zur Aufstellung des Satzes: die subjective Ungewissheit liegt für beide Theile schon immer dann vor, wenn der einen erhobenen Anspruch des andern bestreitet, denn dadurch wird der Anspruch auch für letzteren zu einem mindestens in der Durchführung ungewissen.

Nicht weniger gelungen ist die Vertheidigung der herrschenden Lehre gegen die zahlreichen Widersacher, welche die nur ökonomisch unsicheren Ansprüche als mögliche Objecte des V. nicht anerkennen wollen (§ 11), und insbesondere gegen Sturm, der das Gebiet des

Transactes noch enger auf den Fall des Processes beschränken will (§ 12).

Als zweite Voraussetzung des V. erscheint ein geeigneter Gegenstand (§ 13). Anerkennenswerth ist namentlich die sorgfältige Zusammenstellung der Quellen, in denen Forderungsrechte, dingliche Rechte, erbrechtliche Ansprüche, Familienverhältnisse, Statusrechte, Strafansprüche u. a. m. als Objecte des V. behandelt werden.

Cap. V befasst sich mit dem Vergleichsabschluss. Hier wird — an der Hand der Quellen und der Iudicatur — zunächst auf die Subjecte des Vergleichs eingegangen; sodann auf die Form des V. nach römischem und heutigem Recht, sowie auf den sehr mannigfaltigen Vergleichsinhalt. Ohne die gründlichen Erörterungen dieses Capitels im Einzelnen zu verfolgen, möchte Referent doch ein paar Punkte von besonderem Interesse hervorheben:

1. Der Vergleich zu Gunsten Dritter war von der bisherigen Litteratur so gut wie übersehen. Verf. weist mit Recht darauf hin (§ 16), dass ein solcher V. im Leben bisweilen vorkommt, und zählt die hierher gehörigen Fälle aus der Praxis auf. Auch der sehr häufige V. der unehelichen Mutter mit dem Schwängerer sei als V. zu Gunsten eines Dritten zu qualificiren, insoweit natürlich, als dem Kinde Rechte verschafft werden und die Vormundschaft nicht mit in Frage kommt. Referent nimmt keinen Anstand, mit dem Verf. „ein directes Anwachsen der Rechtswirkung an den begünstigten Dritten anzunehmen“ (S. 111). Aber freilich nur für das heutige gemeine Recht: für das römische glaubt Referent sich viel zurückhaltender aussprechen zu müssen. Das vom Verf. herangezogene fr. 14 h. t. dürfte doch kaum die Ansicht unterstützen, dass schon das römische Recht die erwähnten Vergleiche anerkannt habe, denn es wird das dort besprochene Verhältniss kaum als ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten aufgefasst werden können: das charakteristische Moment dieses Vertrags — die Ausbedingung von Leistungen an einen Dritten (vgl. Dernburg, Pand. II § 18) — fehlt vollständig. Auch Verf. scheint sich solche oder ähnliche Bedenken nicht verhehlt zu haben, hält es aber nicht für nöthig, ihnen gegenüber seinen Standpunkt aufzugeben. „Dass der V. nicht oder doch nicht allein um ihretwillen, sondern um der Erbrechtsfeststellung willen vollzogen ist, kommt doch schwerlich“, meint er, „in Betracht“ (a. a. O.). Dagegen ist u. W. in der Litteratur sonst der Fall des viel behandelten (insbesondere wegen der Vereinigungsversuche mit fr. 3 pr. h. t., vgl. Vangerow II § 457 und Oertmann selbst unten S. 145 ff.) fr. 14 cit. mit Recht nicht zu den von den römischen Juristen statuirten Ausnahmen von dem Princip der Ungiltigkeit des Vertrags zu Gunsten eines Dritten hinzugerechnet worden (vgl. Windscheid II § 316 Z. 2).

2. Zutreffend und fruchtbar ist es, mit Verf. die Grund- und Abfindungsleistung auseinanderzuhalten. Was speciell letztere betrifft, so ist ihr Inhalt von Oertmann über das „dare retinere promittere“ der (im Gegensatz zu Buhl und im Anschluss an Bülow zweifellos richtig interpretirten) c. 38 h. t. hinaus dahin formulirt, dass sie „allgemein in

einem *facere*, in Vornahme oder Bewirkung einer Handlung, bestehen kann“ (S. 126). Man wird sogar noch weiter gehen und dem Verf. auch in der Behauptung beipflichten dürfen, dass die Abfindungsleistung (nicht minder übrigens auch die Grundleistung) nicht einmal nothwendig klagbar zu sein braucht. Die hierfür beigebrachten Belege aus den Quellen (c. 9 h. t.) und der gerichtlichen Praxis (Seuff. Arch. XVI N. 103) sprechen aufs Entschiedenste zu Ungunsten der gegnerischen Beschränkung.

Cap. VI behandelt die Wirkungen des Vergleichs. Auch der Inhalt dieses Capitels kann nur in grossen Zügen wiedergegeben werden. Oertmann unterscheidet einen objectiven Umfang — dieser richte sich nach dem Willen der Parteien (§ 19) — und einen subjectiven Umfang der Wirkung des V. (§ 20). Im Hinblick auf diesen sind von ganz besonderer Wichtigkeit die Fälle, in denen der Vergleich über die Personen der Contrahenten hinaus wirkt, so namentlich, abgesehen vom väterlichen V., die *transactio* mehrerer Erbprätendenten (hier werden die schon oben berührten zwei Fragmente von Scaevola, die bestrittenen fr. 14 und fr. 3 pr. h. t. von dem uns hier interessirenden Gesichtspunkt scharf und erschöpfend interpretirt: im ersteren sei nur von einem Rechte, einem *beneficium* der Gläubiger, sich auf den *Transact* zu stützen, die Rede, keinesfalls aber von einer Pflicht, einem „Muss“). Es folgt die Besprechung der Art der Wirkung. In Bezug auf das ungewisse Grundverhältniss wirke der V. in verschiedener Weise und Intensität — bald negativ, aufhebend (§ 21), bald positiv, bestätigend, u. U., obschon nur selten, auch *novirend* (§ 22). Diesen Wirkungen gegenüber stehe die von dem durch sie Begünstigten vorgenommene Abfindungsleistung (§ 23). Als besondere Verstärkungen des V. finden sich in den Quellen sehr oft Strafversprechen (§ 24). Das Verhältniss zwischen Vergleichsleistung und Strafe sei im Zweifel ein alternatives, nur bei ausdrücklicher Verabredung oder deutlich hervortretender Parteiabsicht ein cumulatives. Von diesem richtigen Standpunkte aus werden die einschlägigen Stellen untersucht, im Wesentlichen durchaus zutreffend. Nur bezüglich des fr. 122 § ult. de V. O. kann Referent einen Zweifel nicht unterdrücken. Soll Scaevola wirklich die Cumulirung beider Ansprüche gemeint haben? Es liegt doch kein vernünftiger Grund dafür vor. Dem „*secundum ea quae proponuntur*“ übermässige Bedeutung beimessen hiesse einerseits diese dem Scaevola ganz geläufige und beinahe stereotype Formel überschätzen, andererseits zugeben, dass der Jurist mit keinem Worte auf das entscheidende Moment eingegangen sei. Darum hält es Referent für rathsamer, mit Donell (ad h. l.) auch in fr. 122 § ult. cit. die Alternation zwischen Hauptleistung und Conventionalstrafe zu erblicken und nur an eine Möglichkeit die Pön einzuheimsen zu denken, unter „*poenam commissam esse*“ etwa soviel wie „*poenam peti posse*“ zu verstehen. Für Oertmann hätte diese Interpretation um so weniger Bedenkliches, als er selbst bei anderer Gelegenheit (s. oben) aus den Worten desselben Scaevola („... *conveniendus est*“ in fr. 14 h. t.) nur ein *posse*, nicht ein *debere* herauslesen will.

Ein Rücktrittsrecht, führt § 25 aus, sei mangels Einwilligung beider Theile nicht vorhanden, auch nicht wegen Nichterfüllung seitens des Gegners, entgegen dem sonstigen Rechte der Innominatverträge. Die anscheinend widersprechenden Stellen besagen, genauer zusehender, nichts gegen diesen Satz. Von beiderseitiger Aufhebung handle, behauptet Verf. mit gutem Grund, auch die schwierige und nie befriedigend erklärte c. 40 h. t., aus der sich aber durch eine „ganz leichte Emendation“ des Textes ein klarer Sinn gewinnen lasse (S. 184). Diese soll darin bestehen, dass „Aquilianae“ und „et acceptilationis“ einfach gestrichen werden. Dann bleibe nur: „stipulationis vinculis firmitas iuris“ et rel., was auf die Conventionalpön bezogen werden müsse und sehr wohl zum Folgenden und in den Zusammenhang passe. Referent fürchtet, dass diese Annahme einer Textverderbniss ihre Zweifler finden wird. Denn zunächst wird es nicht zu leugnen sein, dass die Streichung der angeblich eingeschobenen Worte, besonders von „Aquilianae“, eine trotz aller Befürwortung ziemlich willkürliche ist, — sodann trägt die Hypothese des Verfassers u. E. nicht genügend der Verschiedenheit des Textes der codices Theodos. und Iustinian. Rechnung. Störend in der c. 40 cit. sind doch streng genommen nur die zwei Worte „et acceptilationis“ und die fehlen gerade im cod. Theod. Es fehlt da aber noch etwas Anderes, was im Gesetzbuch Justinians steht, und das ist: „si et adversarius hoc maluerit“. Wenn man diese und dazu noch einige geschichtliche Momente in Erwägung zieht, so gelangt man m. E. unschwer zu einem Schlusse, der einer zweiten vom Verf. selbst gegebenen Erklärung nicht ganz unähnlich sieht. Theodosius hält noch an der Regel fest, wonach ein acceptilatio geiltetes Recht auf ewig erloschen bleibe. Kaiser Justinian setzt sich über Bedenken solcher Art hinweg: ihm gilt der übereinstimmende Parteiwille — si et adversarius hoc maluerit — mehr als die Formalacte der alten Zeit. Man hat eben jedwedes Verständniss für die strenge Wirkung der Acceptilation u. A. m. bereits eingebüsst: die acceptilatio gehört nunmehr mit zum gewöhnlichen Formular und wird harmlos zu Zwecken der Abrechnung verwendet (vgl. Noodt opp. I p. 458 c. 2).

Die Besprechung der Folgen einer mangelhaften Leistung bildet den Schluss von Cap. VI. Im folgenden kurzen Capitel wird das Verhältniss des Vergleichs zum Urtheile erörtert. Dabei wird deren principielle Verschiedenheit betont und mit Geschick den beliebten Versuchen entgegengetreten, beide Institute gleichzustellen. Referent wird noch Gelegenheit haben hierauf zurückzukommen, aber schon jetzt ist der hier wieder bewährte praktische Sinn des Verfassers hervorzuheben, den weder Codexconstitutionen, noch C. P. O. § 702 an der richtigen Meinung haben irre machen können.

Nicht so glücklich scheint mir der Verf. in der Frage vom Ver gleiche nach rechtskräftigem Urtheil (Cap. VIII: Beschränkungen des V., § 28 f.) gewesen zu sein, wenigstens was die geschichtliche Seite betrifft. Hier schliesst sich Oertmann Bülow's Ausführungen (im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 83 N. 1) in einer weitgehenden Weise an. Mit Bülow will er

zwei Arten von Vergleichen gesondert wissen: a) Vergleiche über die Rechtskraft selbst — diese seien nichtig, weil sie gegen das Princip der absoluten Rechtskraft des Urtheils verstossen, und b) Vergleiche über den zuerkannten Anspruch — die *actio iudicati* —, gegen deren Zulässigkeit sich keine allgemeinen Gründe anführen liessen (heute sollen sie daher als gültig anerkannt werden), die aber die Römer aus ganz besonderen Ursachen processualer Natur verworfen hätten. Es kann an diesem Orte selbstverständlich nicht eine Kritik der Bülow'schen Theorie gegeben werden. Nur soviel darf und muss hier bemerkt werden: Trotz der so geistvollen und anregenden Ausführungen Bülows ist ein Beweis für die Behauptung, das römische Recht habe jene beiden Kategorien unterschieden, nicht erbracht worden. Zum mindesten beweisen es die von B. citirten Stellen (vgl. a. a. O. S. 77 ff. mit S. 91 ff.) keineswegs. Ganz allgemein und promiscue heisst es da: „post rem iudicatam“, „iudicatum“ oder ähnlich (cf. insbesondere fr. 23 § 1 de cond. ind., fr. 7 de transact., fr. 4 § 4 de re iud., Paul. I, 1 § 5), ein Bedenken, das B. selbst nicht verschwiegen hat (S. 106). Auch die behauptete c. 32 de transact. widerspricht unstreitig der hier bekämpften Hypothese, will man nicht Bülows Interpretation (Anm. 112) annehmen, die Oertmann selbst als einen „verzweifelten Versuch“ (S. 217) charakterisirt. Den Standpunkt der absoluten Rechtskraft des Urtheils zu vertreten (Oertmann S. 212), erscheint mir ferner schon deswegen in hohem Masse bedenklich, weil Bülows Ausgangspunkt — der Grund für die exceptivische Wirkung der materiellen Rechtskraft sei ein rein staats-, genauer gerichtsverfassungsrechtlicher gewesen — doch kaum als richtig anzuerkennen ist. Sich auf G. IV, 106 sqq. stützend, erklärt B. (S. 34), dass die *exc. rei iud.* „erst durch das Aufkommen der *iudicia imperio continentia* hervorgebracht worden“ sei, übersieht aber dabei auffallenderweise, dass die *ipso iure*-Wirkung selbst in den *legitima iudicia* doch nur bei der *actio in personam*, nicht bei der *in rem* und *in factum* eintreten konnte (G. IV, 107). Damit steht und fällt aber so ziemlich der ganze Bülow'sche geschichtliche Entwicklungsgang. Und nun vollends die Frage nach der Realisirbarkeit des Principes der absoluten Kraft des Urtheils im alten Rom! Wie soll der Prätor gegenüber der Entschlossenheit beider Parteien, die Sache zum zweiten Mal zur Verhandlung zu bringen, jenem Princip zum Siege verholfen haben? An ein geordnetes Archivwesen oder dgl. ist doch sicher nicht zu denken. — Vielleicht thut man am besten, das ganze Verbot der *transactio post rem iudicatam* einfach auf eine rein positive Bestimmung Caracallas zurückzuführen (ob und eventuell welcher vernünftige Grund dabei ins Auge gefasst war, braucht hier nicht untersucht zu werden), die den späteren Juristen mitunter sogar unbequem zu werden anfang (cf. fr. 23 § 1 cit., fr. 11 de transact.)

Dagegen stehe ich keinen Augenblick an, mich Oertmanns Ausführungen anzuschliessen bezüglich des Alimentenvergleichs (beachtenswerth ist des Verfassers Auffassung, die sich gegen die Ausdehnung der Vorschrift des fr. 8 h. t. auf gesetzliche Alimente richtet von dem

zutreffenden Gesichtspunkt des *ius cogens* und der nicht verzichtbaren Rechte aus — § 30) und des angeblich unzulässigen Vergleichs *ante apertas tabulas*: in richtiger Würdigung der bekannten *lex geminata* sieht Verf. in ihr den Hinweis auf eine bloss thatsächliche, nicht rechtliche Unmöglichkeit (§ 31).

Eine besonders durchgearbeitete Partie des Werkes ist die Lehre von der Ungiltigkeit des Vergleichs, namentlich wegen Irrthums. Irrthum über wesentliche, beim Vertrage als gewiss zu Grunde gelegte Punkte vitiire den Vergleich, während der Irrthum über als ungewiss vorausgesetzte Punkte dem Vergleich naturgemäss nichts schade. Referent pflichtet dem bei und möchte mit dem Verf., entgegen Regelsberger und z. Th. Dernburg, an der herrschenden Ansicht festhalten, aber freilich mehr aus Gründen allgemeinerer Art und im Hinblick auf die unbilligen Consequenzen der gegnerischen Ansicht, als auf Grund des einschlägigen Quellenmaterials, aus welchem sich wohl schwerlich eine sichere Antwort ergeben dürfte (besonders wegen der trotz Allem für die ältere Meinung doch ziemlich heiklen c. 23 h. t.). — In der Behandlung des *metus* und *dolus* (§ 33) ist hauptsächlich auf die Mittheilung mehrerer lehrreicher Rechtsfälle aufmerksam zu machen.

Das letzte Capitel befasst sich mit der Aufhebung des Vergleichs. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung, welche die *laesio enormis* hier stets für bedeutungslos erklärt, will Verf. die Bestimmung Diocletians in zwei Fällen berücksichtigt wissen, in dem nämlich, wo der Werth des Abfindungsobjects um mehr als das Doppelte den Werth des zweifelhaften Anspruchs übersteigt (vgl. Vangerow III S. 330), und da, wo „nur die Höhe des verglichenen Rechtes bestritten war, und die Abfindung sogar hinter dem kleinsten, auch vom Gegner zugegebenen Werthsatze *ultra dimidium* zurückbleibt“ (Oertmann S. 276). Wenn diese Auffassung auch keine eminent wichtigen praktischen Consequenzen nach sich ziehen dürfte, so ist jedenfalls die Tendenz des Verfassers, der oft behaupteten grundsätzlichen Unanfechtbarkeit des Vergleichs energisch entgegenzutreten, m. E. freudig zu begrüßen. Gründe civilpolitischer Natur sind es, die ihn dazu bewegen. Vom civilpolitischen, diesem wichtigen, von Petrażycki in seiner ganzen Tragweite zum Ausdruck gebrachten Gesichtspunkt betont Verf., dass der Vergleich „doch immer nur eine Parteivereinbarung“ ist, und warnt vor den bedenklichen Folgerungen aus der Theorie von der Urtheilsnatur des Vergleiches (S. 279f., vgl. S. 39, 43, Cap. VII). Dem habe ich nichts hinzuzufügen: in Bezug auf den Protest gegen das „Manchesterthum in der Jurisprudenz“ glaube ich mich mit Verf. eins zu wissen.

Der Stellung des Entwurfs zum Vergleich, die im Wesentlichen (abgesehen von der Formulirung) zu billigen sei, ist der Anhang gewidmet. — Zum Schluss nur noch die Bemerkung, dass Klarheit der Darstellung und Frische des Ausdrucks zu den Vorzügen des Buches mitzählen dürften.

Berlin, September 1895.

M. Pergament.