

Digitales Brandenburg

hosted by Universitätsbibliothek Potsdam

Der Talmud und sein Recht

Rapaport, Mordché Wolf

Berlin, 1912

Vierter Theil. Formen der Obligation.

urn:nbn:de:kobv:517-vlib-943

Vierter Theil.
Formen der Obligation.

§ 1.

In mannigfacher Beziehung unterscheidet sich das Obligationsrecht des Talmuds von demjenigen der anderen Rechtsbücher; zahlreiche Momente bewirken hier verschiedenartige Normen, die der nichttalmudischen Rechtswelt ganz fremd oder wenigstens ganz eigenartig erscheinen müssen. Da solche sich oft wiederholen und theilweise dem ganzen talmudischen Obligationsrechte das Gepräge verleihen, ist es nothwendig, diesem Obligationsrechte einen allgemeinen Theil vorzuschicken, in welchem die allgemeinen Lehren auseinandergesetzt werden sollen, wobei sich schon von selbst das Charakteristische hervorheben wird. Eine solche Zusammenstellung der allgemeinen Lehren ist im talmudischen Rechtsleben allein eine Seltenheit; eine systematische Ordnung des gesammten Rechtsmaterials oder auch nur desjenigen einzelner Institutionen wurde nur von vereinzelt Rechtsgelehrten des Talmuds vorgenommen und auch dann meistens nur auf eine solche Weise, die der modernen Rechtswissenschaft nicht entspricht. Statt in logischer Abstufung von dem mehr allgemeinen zu dem

weniger allgemeinen, von diesem zu dem speciellen, und von jenem zu dem detaillirten Gesetze wird in den talmudischen Codificationen mehr auf den inhaltsverwandten Sinn der einzelnen Normen geachtet, wobei auf die obige Reihenfolge weniger Aufmerksamkeit verwendet wurde. Dieses bildet einen Gegensatz zu der Auffassung der modernen Rechtswissenschaft, die einschliesslich des römischen Rechtes die Ordnung in dieser Reihenfolge als das Wichtigste betrachtet; in diesem Sinne wurden wiederholt die verschiedensten Rechte bearbeitet, am öftesten das älteste derselben, das römische Recht, dessen systematische Aufstellung als mustergültig betrachtet werden muss. Die Systematik war dort fast überall hauptsächlich von den Gelehrten erstrebt, denn die Gesetze hatten dort nur die allgemeinen Lehren aufzustellen, nach welchen sich die ökonomischen, wirthschaftlichen und politischen Verhältnisse abwickeln sollten; je mehr System und Ordnung dieselben vereinfachten, desto eher konnte das angestrebte Ideal erreicht werden: ein geordnetes Zusammenleben der Bürger im Staate ward dadurch am besten gefördert. Die Gesetze allein hatten zum grössten Theile nur einen allgemeinen Charakter, sie waren für möglichst viele Fälle zusammen geschaffen, sie sollten eben auch nur Wegweiser des Rechtes sein; für die einzelnen Fälle wurden nicht besondere detaillirte Normen festgestellt, sondern diese wurden der Beurtheilung des Richters, seinem Verstande und seinem Ermessen überlassen; in allen von dem Gesetze offen gelassenen Fällen, sowie in jenen, in welchen die logischen Consequenzen aus einzelnen Normen mit einander concurrirten, hatte der Richter seine eigene Entscheidung zu fällen; ebenso wie die Normen in Bezug des Hauptgegenstandes, entscheidet der Verstand des Richters in allen Einzelheiten und Details des vorgekommenen Rechtsfalles. Was hier das Zusammenwirken der legislativen Gewalten benötigte, erforderte dort nur den Verstand des Richters in einem praktischen, den Geist des Gelehrten in einem theoretischen Falle; dem Ideale konnte dadurch sowohl hier wie dort entsprochen werden: das geord-

nete Zusammenleben der Bürger im Staate konnte so gesichert werden. Das Allgemeine an dem Rechte war die Hauptsache, die Details scheinen dem Gesetzgeber minder wichtig; jenes war als Rechtssystem der einzelnen Rechtsinstitutionen von den Gelehrten immer wieder bearbeitet und behandelt, dieses, die Detailarbeit in complicirten Fällen, wurde sehr oft vernachlässigt¹⁾; dadurch gelangte die systematische Bearbeitung des Rechtsmaterials innerhalb des römischen Rechtes zur höchsten Blüthe, die detaillirte Bearbeitung des Rechtsmaterials aber, gemäss dem Ideengange der einzelnen Institutionen wurde im talmudischen Rechte von den Gelehrten angestrebt, gepflegt und theilweise erreicht; dort wie hier musste die eine Seite der Rechtsausbildung durch die andere leiden, im Talmud war aber die detaillirte Ausarbeitung die wichtigere, aus Gründen, die ich weiter erklären werde. Dies bildet einen directen Gegensatz zu der Auffassung des Dr. L. Auerbach; selbstverständlich gelangt der Verfasser in seinem Werke zu ganz anderen Schlussfolgerungen, auf deren Widerlegung durch die Kürze des zur Verfügung stehenden Raumes hier nicht weiter eingegangen werden kann^{1a)}.

§ 2.

Wie schon in der allgemeinen Einleitung gesagt wurde²⁾, bestand der Geist des Talmuds darin, dass einzig und allein nur jene Principien zur Geltung gelangen dürfen, die Moses von Gott am Berge Sinai empfangen hat; dieses Ideal ward nun auf die Weise angestrebt, dass für diese Principien, die als unbeugsam betrachtet waren, ein blinder Gehorsam bis auf das kleinste i-Tüpfel verlangt wurde, welcher immer und überall

¹⁾ Doch waren die Römer gerade die grössten Casuisten in den Rechtserörterungen. Kohler.

^{1a)} Das jüdische Obligationenrecht. Berlin 1870. Vorrede S. VI Die weitere Entwicklung nach seiner Auffassung bearbeitet er im 1. Hefte bis S. 156; über das 2. Heft des I. Bandes vgl. Anm. 130 u. 195.

²⁾ I. Allgemeines § 3. Zeitschr. f. vergl. R. XIV S. 5—7.

zur Geltung gelangen musste. Das Ideal des Talmuds, das ihm für sein Recht vorschwebte, war also von dem römischen ganz verschieden; sämtliche Principien der Thora sollte er überall, also auch im Rechtsleben zur Geltung bringen; bis auf das i-Tüpfel, bis in die kleinsten Details der einzelnen Rechtsfälle sollten also diese Principien durchgeführt werden; und diese Principien waren unbeugsam, sie konnten und durften den Umständen und Verhältnissen nicht angepasst werden. Dem Verstande des Richters konnte eine Entscheidung zwischen widerstreitenden Consequenzen zweier Normen auf keinen Fall anheimgestellt werden, denn wie sollte ein Mensch mit eigenem, aus dem gewöhnlichen Leben geschöpftem Verständnisse eine Differenz zwischen Normen schlichten, die in den Religionsprincipien ihre Basis hatten. Wohl sollte der Richter mit seinem Verstande den einzelnen Rechtsfall durch und durch verstehen und begreifen, wohl sollte er praktische Kenntnisse über wirtschaftliche, ökonomische und politische Verhältnisse besitzen, wohl sollte er auch die Charaktere und Behauptungen der Parteien bis auf ihren letzten Kern prüfen und beurtheilen können, aber nur um sich dadurch ein vollkommenes Bild zu ermöglichen, welche Principien, wie viele derselben, direct oder indirect, in diesem Falle angewendet werden müssten. Das Urtheil musste dann aber gemäss bekannten und bestimmten Normen im Sinne des einen oder des anderen Principes gefällt werden; es mussten für den Einzelfall genaue ausführliche Normen im Sinne dieser Principien unter Vermeidung jeglichen Widerspruches gegen auch nur eines derselben vorhanden sein, nach welchen dann der Richter seinen Wahrspruch sagen konnte. Seinem freien Ermessen konnte eben nie ein Urtheil überlassen werden; die Ausnahmen, die im Talmud in Bezug auf die Identität von Personen^{2a)}, sowie in Betreff der Concurrenz zweier gleichmässig rechtsverbindlicher

^{2a)} Kethuboth 85, 2. Vgl. III. Schenkungen, Anm. 263 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 133.

Urkunden und dergleichen³⁾ vorkommen, werden schon im Talmud selbst sehr erschwert durch Beschränkung derselben auf Immobilien⁴⁾, sowie nur bei einer bestimmter Qualification des Richters⁵⁾; allein auch diese betreffen eben nur reale Verhältnisse, aber keinen Widerstreit von Normen, denn schon beim geringsten Momente, welches mehr zu der einen Seite hinneigt, entfällt dieses freie Urtheil des Richters. Da aber in der Regel fast jeder Rechtsfall complicirt ist, so reichen auch die noch so ausführlichen Normen nicht aus; entweder enthalten diese für den einzelnen Fall keine ausdrückliche Bestimmung, oder derselbe soll gemäss der logischen Consequenz aus dem Sinne der einen Norm, anders als gemäss derjenigen einer anderen Norm behandelt werden, welche letztere auch das Gebiet dieses Rechtsfalles streift. In solchen Fällen kann der Richter aus Eigenem nicht entscheiden⁶⁾, denn dieses Urtheil wäre werthlos, da es entweder einer Norm in deren Consequenz widerspricht, oder im ersten Falle, weil es keine Basis aus der Consequenz einer Norm für sich anführen kann; es müssen also auch für diese complicirten Fälle Normen vorhanden sein und geschaffen werden. Aber auch in Betreff derselben können die eben erwähnten Umstände wieder eintreten, denn die Complicirtheit menschlicher Verhältnisse ist eine Sache, die in ihrer Verschiedenartigkeit fast keine Grenzen kennt;

³⁾ Kethuboth 94, 1; Baba Basra 35, 1; 62, 2.

⁴⁾ Rema in Choschen Mischpat 240, § 3; folgt aus Baba Basra 35, 1. Raschbam-Commentar unten.

⁵⁾ Kethuboth 94, 2.

⁶⁾ Auerbach, Das jüdische Obligationenrecht I S. 118 meint gar: „In den Ländern, in welchen unter den Juden noch das Privatrecht jetzt zur praktischen Ausübung gelangt, spielen die meisten Richter, Männer, die viele Jahre auf das jüdische Rechtsstudium verwendet haben, nur die Rolle von Vermittlern, da sie bei Rechtsfällen, die in ihrer äusseren Zusammensetzung keine ganz analogen Fälle haben, welche in Rechtsbüchern entschieden sind, weder die geistige Kraft (??!) zu zerlegen und zu combiniren haben, noch, wenn diese vorhanden ist, sich aus Aengstlichkeit darauf verlassen wollen.“

auch könnten solche Normen sich zuweilen widersprechen, oder gar den anderen Normen, sozusagen der ersten Ordnung, widerstreiten, überhaupt in ihren logischen Consequenzen einen Widerspruch hervorbringen, wodurch deren Gültigkeit, wenigstens der einen, erschüttert wäre. Dafür müssen wiederum Normen vorhanden sein oder erst gebildet werden durch richtige Anwendung der Interpretationsarten, durch logische Entwirrung einer complicirten Norm, durch Beweiserhärtung der einen der in Betracht kommenden Normen, und so weiter fast in einer bestimmten Art der Progression in infinitum. Diese Charaktereigenschaft des jüdischen Rechtsstudiums, die, wie gezeigt wurde, eine Folge ihres religiösen Charakters ist, lässt sich bis auf die ältesten Zeiten zurückführen, schon in der Mischna sehen wir ihren Anfang, in der Gemara begegnen wir ihrer Entwicklung, in der späteren so fruchtbaren rabbinischen Literatur zeigen sich die Versuche zur Erreichung dieses sich gestellten Zieles⁷⁾. Dieses Ziel ist eben einem jeden jüdischen Rechtsgelehrten das Wichtigste; denn praktisch wird doch das Urtheil gemäss diesen letzteren Normen gefällt, diese also sind die eigentlichen Träger der jüdischen Rechtsprechung.

§ 3.

Die systematische Eintheilung, die von einzelnen Rechtsgelehrten innerhalb der talmudischen Normenwelt vorgenommen wurde, entspricht, wie schon gesagt wurde, nur sehr wenig der modernen Rechtswissenschaft, obwohl sogar dort ein theilweiser Fortschritt im Sinne der letzteren sich nachweisen lässt. Hauptsächlich zeigt sich dieser bei dem allgemeinen Begriffe des Privatrechtes; von Rabbi bis Karo scheint allmählich die Berechtigung des selbständigen Rechtsbegriffes sich entwickelt zu haben und bei letzteren ist er

⁷⁾ Aber nicht wie die Ausführungen am Anfange des 8. Capitels in Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht I S. 55.

schon in den Hauptumrissen wenigstens theilweise durchgeführt. Rabbi theilt das gesammte Normenmaterial des jüdischen Religionslebens in sechs Gruppen⁸⁾, unter welchen das Familienrecht allein die dritte Gruppe, das übrige Privatrecht zusammen die vierte umfasst⁹⁾. Die Benennungen aber zeigen, was für Begriffe über diese Gruppen damals bestanden; die dritte Gruppe hiess: „Frauen“-Normen, die vierte „Schäden“-Normen¹⁰⁾; das gesammte Privatrecht bis auf das Ehe- und Familienrecht hatte also nur vom Standpunkte der nicht erfüllten Pflicht, wodurch sich ein Schaden ergab, zwischen den übrigen Religionspflichten einen Platz erhalten. Sónst hat Rabbi eine sehr reinliche Scheidung zwischen den Normen innerhalb der Mischna vorgenommen; innerhalb der vierten Gruppe enthalten die drei Baboth¹¹⁾ fast das ganze Obligations- und Erwerbsrecht, der andere Theil dieser Gruppe enthält die Civil- und Strafprocessordnungen, diese consequente Eintheilung zeigt den hohen Stand der jüdischen Rechtsforschung im 2. Jahrhundert n. Chr. In der Gemara wurde aber wieder diese Ordnung theilweise aufgehoben; sie bestand im Allgemeinen zwar weiter, allein durch den ganzen Charakter und Inhalt¹²⁾ der Gemara musste sie die verschiedensten Normen zusammenmischen, so dass sehr oft bedeutende Normen einer Gruppe, sich mehr in einem Tractate einer anderen Gruppe entwickelten und nur dort allein sich befanden. Da nun also die Kenntniss des ganzen Talmuds immer erforderlich war, so versuchte man¹³⁾ eine systematische Eintheilung, gemäss der Zahl 613 Gebote und Verbote¹⁴⁾; selbstverständlich umfasste diese das gesammte

⁸⁾ Vgl. I. Allgemeines § 2; Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 4, 5.

⁹⁾ Siehe Maimonides, Vorrede zum Perusch Hamischnaioth.

¹⁰⁾ Naschim resp. Nesikin.

¹¹⁾ Baba Kamma, Baba Mezia und Baba Basra.

¹²⁾ Vgl. I. Allgemeines § 9; Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 27—30.

¹³⁾ Mehrere Personen thaten es; besonders hervorzuheben sind der erste bekannte in dieser Art der Behag im J. 740 n. Chr., ebenso der Semag im J. 1237 und der Semak im J. 1290.

¹⁴⁾ Vgl. I. Allgemeines § 7;

Gebiet aller religiösen Normen, wobei bei den einzelnen Rechtsgebieten jedesmal der entsprechende Theil des Privatrechtes behandelt ward. Die Zahl der Gebote und Verbote auf dem Rechtsgebiete ist zwar nur ein Bruchtheil von 613¹⁵⁾, aber dennoch war dieses eine Zersplitterung des Privatrechtes, wobei noch zwischen den einzelnen Theilen des Rechtes jedesmal Religionsnormen eingeschoben waren; gegen Rabbi war das aber insofern ein Fortschritt, dass das Recht nicht nur vom einzigen Standpunkte des Schadens behandelt wurde. Maimonides ging dann in der Mischna Thora einen Schritt weiter; er vereinigte einige Gebote und Verbote inhaltlich zu einer Gesetzessammlung, und mehrere der letzteren zu einer Gruppe, solcher Gruppen hatte er vierzehn. In diesen vierzehn Theilen behandelt er noch gleichmässig das ganze Gebiet der Religionsnormen; aber er behandelt schon wenigstens drei Haupttheile des Privatrechtes neben einander in drei selbständigen Theilen als: Obligatio ex delicto, Reichserwerb und Rechtsgeschäft, welch letzteres auch sonstige Rechtsnormen enthält¹⁶⁾. Der „Tur“¹⁷⁾ und sein Commentator Karo gehen noch einen Schritt weiter, indem sie alle diese drei Theile unter dem einen Namen „Mischpat“ behandeln, welchen Maimonides nur für den letzten der früher angeführten Theile angewendet hatte; mit Ausnahme des Frauen-, das ist des Familienrechtes, wird also fast das ganze Privatrecht im modernen Sinne als ein Ganzes betrachtet, das eine eigene Benennung hat. Hier blieb man stehen, Niemand versuchte eine Vereinigung zwischen dem Familienrechte mit dem übrigen Privatrechte talmudisch

¹⁵⁾ Wobei die Doppelzählung als Gebot und als Verbot öfters vorkommt I. Allgemeines, Anm. 91, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 21.

¹⁶⁾ Nesikin, Kinjan und Mischpatim als XI., XII. u. XIII. Theil.

¹⁷⁾ Besteht aus vier Turim, die einzeln Orach Chajim, Joreh Deah, Eben Haeser und Choschen Mischpat heissen; der Verfasser heisst Rabbi Jacob, Sohn des Rabbi Ascher; vgl. III. Schenkungen, Anm. 50, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 104; wo bei Karo ebenfalls dieselben Namen als Theile des Schulchan Aruch angegeben sind; ebenso daselbst Anm. 39. Daselbst S. 102.

durchzuführen, denn hier trat der Religionsstandpunkt dazwischen, der nicht verletzt werden durfte, auf eine Weise, die am entsprechenden Orte näher erklärt werden wird. Andererseits wurde auch weiter bei der Normenbildung für detaillierte Fälle immer wieder das ganze Gebiet der Religionsnormen berücksichtigt und wo nur möglich in Anwendung gebracht; ein rein juristischer Standpunkt kam nie zur Geltung, auch bei solchen Gelehrten, die in ihren Arbeiten nur Rechtsthema behandelt. Ebenso wie bei der Hauptgruppierung lagen nun auch die Verhältnisse bei der Aufstellung allgemeiner Lehren für einzelne Theile oder für ganze Institutionen; eine systematische Aufstellung derselben im modernen Sinne war nach beiden Seiten hin, nach der systematischen, sowie nach der juristischen, im talmudischen Sinne unzulässig; dieses wäre aber möglich, auch für das talmudische Obligationenrecht, im Sinne des römischen Rechtes.

§ 4.

Den Geist der römischen Rechtsauffassung will ich in mehreren Beziehungen bei diesen allgemeinen Lehren in Anwendung bringen; auch den systematischen Ausbau des Privatrechtes von Rom, wie er in den Werken der modernen Rechtsgelehrten erscheint, werde ich möglichst durchzuführen bestrebt sein; aber beide nur insofern, als sie helfen sollen, die betreffenden rein juristischen, sowie die systematischen Seiten des Talmudsrechtes zu vervollständigen. Gleich bei der Begriffsbestimmung der Obligation soll damit der Anfang gemacht werden¹⁸⁾; obligatio bezeichnet in Rom 1. die Forderung, 2. die Schuld und 3. das ganze Rechtsverhältniss, dessen zwei Seiten Forderung und Schuld sind; dieses sind die allgemeinen Bedeutungen des Ausdruckes obligatio¹⁹⁾. Diese drei

¹⁸⁾ Um nicht in extreme Betrachtungen hineinzugerathen, wie z. B. Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht Note 7a auf S. 161 des I. Bandes.

¹⁹⁾ Wobei der Ausdruck auch noch in rein technischen Bezeichnungen vorkommt.

allgemeinen Arten der Obligationen sind auch im Talmud möglich; es kann eine Forderung geben, der nicht direct die Pflicht einer anderen Person gegenübersteht; es ist eine Schuld möglich, der nicht direct eine subjective Forderung gegenübersteht; und endlich ist auch ein ganzes Rechtsverhältniss möglich, dessen zwei Seiten eine Forderung einer Person und die entsprechende Schuld einer anderen Person bilden, die eigentliche obligatio des römischen Rechtes. Das römische Recht, welches, wie ich oben²⁰⁾ gesagt habe, das geordnete Zusammenleben der Bürger im Staate anstrebte, hatte eben systematisch die Formeln für alle möglichen Fälle des Privatrechtes in diesen allgemeinen Bezeichnungen der obligatio anzugeben vermocht. Es kann im Privatrechte, so z. B. beim Sachenrechte sich darum handeln, Rechte einer Person im Verhältnisse zu einer Sache zu bestimmen²¹⁾, die von allen anderen Personen nur negativ tangirt werden können²²⁾; beim Obligationsrechte wieder sollen die Rechte einer Person von einer bestimmten anderen Person positiv erfüllt werden²³⁾. Im ersten Falle hat der Besitzer des Rechtes nur eine Forderung, bei welcher die Gegenperson unbestimmbar ist im privatrechtlichen Sinne; jede fremde andere Person wieder hat bei diesem Sachenrechte irgend einer Person die Verpflichtung dieses nicht zu verletzen^{23a)}, so lange sie letzteres nicht thut, ist auch privatrechtlich keine Gegenpartei vorhanden. Dieses sind eben die zwei ersteren Bezeichnungen der obligatio; die eigentliche obligatio ist die dritte Art, wo es gleichzeitig bei derselben Obligation eine Forderung und eine Verpflichtung giebt, wo beide Träger der ein-

²⁰⁾ Siehe Cap. 1, Mitte.

²¹⁾ Salkowski, Institutionen S. 174, III. Aufl.

²²⁾ Puchta, *Cursus der Institutionen* III. Th., S. 2, VI. Aufl.

²³⁾ Salkowski, a. a. O. S. 243; ebenso auch Baron, *Pandekten* S. 340, VI. Aufl., der den Moment der persönlichen Haftpflicht hervorkehrt.

^{23a)} Sohm, *Institutionen des römischen Privatrechtes* S. 261, IV. Aufl.

zelenen Obligationsbestandtheile Individualpersonen im privatrechtlichen Sinne sind. Wenn aber die Persönlichkeiten nicht privatrechtlich bestimmbar sind, wenn die Forderung an den Staat gerichtet ist, oder wenn die Verpflichtung nur gegenüber der Gesellschaft vorhanden ist, dann giebt es zwar auch eigentliche Obligationen, aber sie werden im römischen Rechte als staatsrechtliche Obligationen bezeichnet und im Staatsrechte behandelt²⁴⁾. Wo der Staat eine so festgefügte und genau ausgebildete juristische Persönlichkeit wie in Rom ist, sind die staatsrechtlichen Obligationen ganz im Sinne auch der dritten Bezeichnung durchführbar; wenn dieses aber nicht der Fall ist, so verschwinden zwar deshalb diese Forderungen und Verpflichtungen der Einzelpersonen keineswegs, aber sie nehmen dann mehr den Charakter der ersteren Arten an. Ohne hier näher auf das Gebiet des talmudischen Staatsrechtes einzugehen, das ich in einem späteren Zeitpunkte besonders behandeln werde, muss bei der privatrechtlichen Obligation hervorgehoben werden, das talmudisch der theokratische jüdische Staat keineswegs in seinen Obligationen in einem Gegensatze zu der privatrechtlichen Persönlichkeit eines Individuums sich befindet, dass der Unterschied zwischen den staatsrechtlichen und den privatrechtlichen Personsubjecten nicht bei den einzelnen Obligationen im Talmud direct hervorgekehrt wird. Talmudisch wird ein Connex zwischen den Staatsgläubigern und den Staatsforderungen dadurch ermöglicht, dass über den Kopf des Staates hinweg die Personsubjecte derselben an einander gewiesen werden. Die Naturalsteuer wird z. B. an den Kohen und den Levi ausgefolgt²⁵⁾; der einzelne Besitzer einer Sache tritt mit der einzelnen Person aus jenen Ständen in eine gewisse Verbindlichkeit; eine directe privatrechtliche Obligation

²⁴⁾ Publicum ius est, quod ad statum rei Romanse spectat. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Ulpian, l. 1, § 2. D. de J. et J. 1, 1.

²⁵⁾ Es giebt auch noch andere solche Naturalsteuern, diese werden in den speziellen Theilen behandelt werden.

ist auch talmudisch hier unzulässig; aber auch privatrechtlich konnte eine Verpflichtung des Besitzers und eine Forderung der betreffenden Person analog den obligationes des Privatrechtes vorkommen, wenn bei diesen noch andere Nebemomente des Obligationsrechtes gegeben waren, welche letztere sonst an sich auf keine Weise allein die Basis für eine privatrechtliche Verpflichtung hätten schaffen können.

§ 5.

Eine selbständige secundäre Art von Obligationen kommt auch im römischen Rechte vor; es ist dieses die *naturalis obligatio*, die im Gegensatze zur eigentlichen Obligation nur insofern diesen Charakter besitzt, dass im Falle der Einkassierung der Gläubiger rechtlich sagen kann: *debitum sibi recipisse*²⁶⁾. Die Obligation allein ist: *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura*²⁷⁾; der Zwang besteht also darin, dass das Gericht bei der Durchführung der privatrechtlichen Normen, der *civitatis iura*, die Execution gegen den debitor veranlasst, was bei der Naturalobligation nicht der Fall ist. Im Talmud ist auch eine solche secundäre Art von Verpflichtungen möglich, aber ihr Gebiet ist bei weitem mehr ausgebreitet, als im römischen Rechte; nur kann sie hier nicht *naturalis obligatio* genannt werden, denn der Naturbegriff ist überhaupt dem Talmudgelehrten fremd²⁸⁾, auch liegt die Basis derselben ganz und gar nicht in der Natur, sondern in der Religion und müsste höchstens *religiosa obligatio* geheissen werden. Was im modernen Sinne als sittliche, moralische, religiöse, nationale, oder gar kaufmännische Normen neben dem Rechte gelten darf, dieses Alles fasst der Talmud als Normen nur einer einzigen

²⁶⁾ Jul. I. 16, § 4. D. de fidei 46, 1.

²⁷⁾ J. III. 13 pr.

²⁸⁾ Der Ausdruck *Teba* für Natur kommt z. B. kein einziges Mal in der ganzen Bibel vor.

Basis²⁹⁾ zusammen auf: entweder sie entsprechen den religiösen Grundsätzen, dann haben sie Geltung eben als religiöse Normen; oder sie widerstreiten denselben und dann dürfen sie überhaupt keine Geltung haben³⁰⁾. Diese religiösen Normen und Obligationen umfassen talmudisch auch jene Obligationen, die als solche auch privatrechtlich zu gelten haben; denn das Recht ist talmudisch nur ein Theil der Religion, dessen Verpflichtungen sind also in erster Reihe religiöse Verpflichtungen. Der Talmud hat für alle Verhältnisse zwischen Menschen eine eigene Bezeichnung, er nennt sie: Dinge zwischen einer Person und ihrem Nächsten³¹⁾; unter diese Bezeichnung fällt Alles ohne Ausnahme, was diesbezüglich möglich ist. Er stellt nun Normen für diese Verhältnisse auf und verleiht denselben Verbindlichkeit, welche aber nicht bei allen gleichmässig ist: 1. weist er das Richtercollegium an, die Norm positiv zu erzwingen; dieses ist die privatrechtliche Execution zu Gunsten des Klägers im Namen der Religionsnorm; 2. bedroht er die Nichtbefolgung der Norm mit einer Strafe³²⁾; dieses wäre eine Execution des Zuwiderhandelnden als Verbrecher; und 3. bestimmt er bei manchen überhaupt keinen irdischen Zwang, es ist dieses nur ein Zwang für ein religiöses Gemüth³³⁾; aber die Existenz einer Verpflichtung ist dann religiös für Jedermann gegeben. Beim Obligationsrechte des Talmuds ist genau auf diese Theilung zu achten, nur erstere können mit den römischen Obligationen verglichen werden; die letzteren könnten eher den römischen Naturobligationen entsprechen,

²⁹⁾ I. Allgemeines § 3 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 5—7.

³⁰⁾ I. Allgemeines § 4 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 8.

³¹⁾ דברים שבין אדם לחבירו.

³²⁾ Das heisst mit einer körperlichen Strafe, denn die Geldstrafen gehören talmudisch zum Obligationsrechte; ebenso wäre es indirecte administrative Erzwingung durch Bann und Excommunicirung, so z. B. in Kethuboth 91, 1.

³³⁾ Da die religiöse Sühne ohne Zufriedenstellung dieses Nächsten als unzulässig erklärt ward. Joma 85, 2: 87, 1.

weil bei allen der positive privatrechtliche Zwang für die Norm nicht existirt. Im Talmud giebt es noch eine ganze Reihe von Abstufungen zwischen der mittleren und der letzteren Art von religiösen Obligationen³⁴). Maimonides erwähnt noch die Gebote und Verbote am Anfange der einzelnen Gruppen³⁵); Karo aber unterscheidet schon nur zwischen der religiösen und privatrechtlichen Verbindlichkeit, „schuldig“ heisst bei ihm ebensoviel wie privatrechtlich verpflichtet im römischen Sinne³⁶). Die zahlreichen Wirkungen der Religion beim talmudischen Rechte, das im Sinne des Talmuds doch auch nur dazu dienen soll, um die am Berge Sinai empfangenen Principien zur Geltung zu bringen³⁷), lassen sich folgendermassen gruppieren: 1. Die Religion ist die Basis der Obligation, da infolge der Religion allein ohne irgend eine menschliche Handlung Obligationen existiren; in dieser Beziehung tritt sie beim theokratischen Staate an Stelle des Staatsbegriffes als Ganzes, wie er sonst im Staatsrechte behandelt wird³⁸). 2. Die Religion bildet den Zwang der Obligation, da sehr oft das ganze Verpflichtungsverhältniss nur in der Religion allein eine Gewalt besitzt, die sich für die Einhaltung und Befolgung derselben einsetzt; in dieser Beziehung tritt sie bei einem Volke von grösserer religiöser Gesinnung als Administrativbehörde auf³⁹); und 3. ist die Religion die Schöpferin einer Obligation, da zu-

³⁴) Die bei jedem einzelnen Falle eigene Formen annehmen.

³⁵) So zählt er bei der XI. Hauptgruppe 20 Verbote auf, bei der XII. 12; bei der XIII. ebenfalls 12 Verbote; die Zahl der Gebote beträgt bei all diesen dreien zusammen 33; Mischna Thora, Vorrede der einzelnen Hauptgruppen.

³⁶) So z. B. Schulchan Aruch, Choschen Mischpat 12, § 6; ebenso Rema daselbst; kommt überaus zahlreich vor. Hauptsächlich auch, weil er nur solche Vorschriften anführt, die auch in der Diaspora zu gelten haben; eine Strafe in jenem Ausmasse, wie sie die Thora vorschreibt, aber dann unmöglich ist aus Mangel eines entsprechenden Richtercollegiums. Sanhedrin 2, 1; Maimonides XIV. Buch, I. Gs., Cap. 5, §§ 4, 7.

³⁷) Vgl. I. Allgemeines § 3 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 6.

³⁸) Vgl. Cap. 4 vor Ende.

³⁹) Vgl. Anfang dieses Capitels.

weilen privatrechtlich verschiedene Momente bei einer Obligation jeder reellen Basis entbehren und einzig und allein durch den Machtspruch der Religion für das Richtercollegium als vorhanden betrachtet werden müssen⁴⁰⁾; hier nimmt sie gar die Stelle eines reellen Lebensmomentes ein, ähnlich wie in Rom die gesetzlichen Fiktionen. Durch letzteres wird aber nicht nur eine religiöse Verbindlichkeit, sondern bei sonst privatrechtlichen Obligationen können einzelne Momente auf diese Weise ersetzt werden, und das Richtercollegium ist dann verpflichtet zur Execution zu schreiten. Der mittlere Fall kommt, wie es Anfangs dieses Capitels gezeigt wurde, als Begleiterscheinung einer jeden eigentlichen Obligation vor; andererseits aber bildet er auch die Basis des grossen Kreises der nur religiösen Obligationen. Die erste Art wieder kann nie selbständig eine privatrechtliche Obligation schaffen; die Möglichkeit ist aber vorhanden, dass bei sonst rechtsunverbindlichen Momenten, ebenso wie es im vorigen Capitel erklärt wurde, durch Verbindung mit Obligationen dieser Art, sowie auch mit jenen der mittleren Art, den sogenannten religiösen Obligationen, auch privatrechtliche Verpflichtungen entstehen können; diesen, einer secundären Art der Obligationen, kann nur an zweiter Stelle neben den wirklichen Obligationen ein Platz angewiesen werden; nur auf solche Weise werden ihre privatrechtlich verbindlichen Seiten hervorgehoben werden.

§ 6.

Die wirklichen Obligationen des Talmuds bilden alle zusammen talmudisch nur eine grosse Gruppe; der Talmud behandelt, wie schon oben⁴¹⁾ gesagt wurde, alle Verpflichtungen vom Standpunkte des Schadens und so finden wir auch gleich

⁴⁰⁾ So z. B. ist eine Verabredung zur Zinsnahme, in welcher Formalität immer, ungültig; Baba Kamma 30, 2; Baba Mezia 72, 1; Baba Basra 94, 2; Karo, Choschen Mischpat 52, § 1 sogar bei einem Schuldscheine, wo die Zinsen ausdrücklich hervorgehoben sind.

⁴¹⁾ Vgl. Anm. 10.

am Anfange der Baboth⁴²⁾ einen Versuch zur allgemeinen Zusammenfassung aller Schadens-, das ist der Obligationsarten. Die Mischna zählt nur vier Arten auf, die sich alle als Schaden zugefügt durch Eigenthumsbestandtheile⁴³⁾ charakterisiren lassen⁴⁴⁾. Es giebt aber später in der Gemara noch eine Zusammenstellung von 13, ja sogar eine von 24 Schadensarten, zu welchen noch im Talmud allein 3⁴⁵⁾ zugezählt werden; hier folgen diese 27 Arten auf die Weise, dass die ersten 4 der 1. Gruppierung der Mischna, die ersten 13 inclusive jener 4 der 2. Gruppierung, die ersten 24 inclusive jener 13 der 3. Gruppierung des Talmuds entsprechen, die letzten 3 sind auch talmudisch noch selbständige Schadensarten, aus später zu erörternden Gründen wurden sie aber nicht in der allgemeinen Zahl aufgenommen. Diese sind: 1. Zertreten von fremden Eigenthum durch lebende Thiere, die einer bestimmten Person angehören, welche Person dann für den Schaden aufkommt. 2. Grubensturz, sowie jede andere derartige Beschädigung hervorgerufen durch Gegenstände einer Person, hauptsächlich auf öffentlicher Strasse. 3. Aaressen fremder Gewächse in einem analogen Falle wie unter 1. 4. Feuer, welches Schaden angerichtet hat, ohne Rücksicht darauf, dass die Flamme mit voller Berechtigung von der Person entfacht wurde. 5. Verwahrung ohne Entgelt; dieses, wie die folgenden Fälle unter 6, 7, 8, insofern die betreffende Person für den der Sache entstandenen Schaden nach Massgabe ihrer Verantwortlichkeit aufzukommen verpflichtet ist. 6. Leihe ohne

⁴²⁾ Baba Kamma 2, 1; 4, 2; Kerithoth 2, 2.

⁴³⁾ Im Sinne des einen Amoräers in Baba Kamma 3, 2 von 2, 1.

⁴⁴⁾ Systematisch-technische Unterscheidungen bei einer Beschädigung von Sachen zwischen der persönlichen Beschädigung und jener durch Thiere kommen vor in Altindien, Leist, Altarisches ius gentium S. 365.

⁴⁵⁾ Tosafoth Baba Kamma 5,1 Mitte bemerkt, dass es eigentlich noch zwei Arten giebt, die aber als Strafgeder für Tödtung nicht zu diesen gezählt werden können; diese sind Strafgeder für die drittmalige Tödtung eines fremden Menschen durch Thiere einer andern Person.

Entgelt, vgl. unter 5. 7. Verwahrung gegen Entgeltung; vgl. unter 5. 8. Leihe gegen Entgeltung, das ist eigentlich Mieth, unter den Voraussetzungen angegeben bei 5. 9. Schadenersatz für jedwede durch eine Person in persönlicher Handlung verursachte Beschädigung, inwiefern ein absoluter Schaden an dem Gegenstand wahrzunehmen und, sogar bei einem verwundeten Menschen, abzuschätzen ist. 10. Schmerzensentgelt bei einem Menschen, inwiefern die betreffende Beschädigung unter relativ geringeren Schmerzen möglich wäre. 11. Heilungskosten eines Menschen, der durch eine Person beschädigt wurde, analog den früheren unter 9 und 10. 12. Verdienstentgang, aber nur in dem relativen Verhältnisse, analog wie unter 10, nicht wie viel der Beschädigte als ganz Gesunder sonst verdienen könnte. 13. Reuegeld für die Schande, die entsprechend den Persönlichkeiten beider in Betracht kommenden Parteien variirt. 14. Das doppelte Strafgeld, inwiefern bei den Diebstahlsarten ausser dem Schadenersatze, respective der Rückgabe des Gegenstandes, noch in gleicher Höhe eine Strafsumme zu zahlen ist. 15. Das vier-, respective fünffache Strafgeld⁴⁶⁾, inwiefern beim Diebstahl eines Ochsen, respective eines Schafes und späteren Schlachten desselben, ausser dem Schadenersatze nach 9, und dem zweifachen Strafgelde nach 14, noch abermals eine zweimalige, respective dreimalige Schadenhöhe als Strafe hinzukommt. 16. Diebstahl, inwiefern der Gegenstand allein, respective dessen Werth restituirt werden soll. 17. Raub unter denselben Verhältnissen wie bei 16⁴⁷⁾. 18. Ueberführte

⁴⁶⁾ Dieses ist relativ eine äusserst geringe Strafe im Vergleiche zu anderen orientalischen Rechten, wo z. B. der Koran Sure V, 42 die Hand abzuhauen befiehlt; mit Ausstossung wird der Diebstahl bestraft in Indien, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 267; mit Verknechtung bei den Kalmücken, Koehne in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 467; sogar die Todesstrafe kommt vor nach Manu Buch VIII, 320, Jolly in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IV. Band.

⁴⁷⁾ Der Unterschied zwischen Raub und Diebstahl ist ebenso, wie ihn das Gesetzbuch des Manu erklärt: Raub ist es, wenn die That (An-

Zeugen, deren falsche Zeugenaussage eine Verurtheilung herbeigeführt hat, in der Höhe des dadurch möglich gewesenem Schadens. 19. Nothzucht, inwiefern eine Strafsumme von 50 Kesef⁴⁸⁾ an das Mädchen, respective an dessen Vater zu zahlen ist; dieses ist ein privatrechtliches Strafgeld, wobei noch sonst die betreffende Person mit verschiedenen Obligationen nach 9, 10, 13 belegt wird. 20. Verführung, analog wie bei 19. 21. Verleumdung seiner jungfräulichen Frau, inwiefern analog wie unter 19 der Betreffende 100 Kesef zu zahlen hat. 22. Entweihung, durch das religiöse Tamu, bei solchen Gegenständen, die früher religionsgemäss eine reine Qualität besaßen und die dadurch ihren Werth auch in materieller Beziehung verloren haben; inwiefern durch letzteres Jemandem ein Schaden entstanden ist. 23. Vermischung religiös nur unter gewissen Beschränkungen, in Betreff der Persönlichkeiten, zu verwerthender Gegenstände mit solchen, die von diesen Beschränkungen frei sind und dadurch einen grösseren Werth als die ersteren haben; inwiefern letzterer durch die Handlung verringert wurde. 24. Gussopferung fremder Weine vor Götzenbildern, wodurch dieselben ausser Gebrauch gesetzt und mithin um die ganze Werthhöhe beschädigt wurden. 25. Hornbeschädigung⁴⁹⁾, sowie ähnliche aussergewöhnliche Beschädigungen durch die einer Person gehörenden Haus- oder sonstige Thiere; analog wie unter 1, nur mit dem Unterschiede, dass bei einer solchen Beschädigung nicht gleich der ganze, sondern bis nach dem dritten Male nur der halbe Schaden zu bezahlen ist.

eignung des fremden Besitzes) in Gegenwart (des Eigenthümers) mit Anwendung von Gewalt vollführt wird; wird es hinter seinem Rücken vollführt (oder wird die Entwendung nach vollbrachter That abgeleugnet), so ist es ein Diebstahl. VIII, 332 bei Jolly in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IV. Band.

⁴⁸⁾ Bechoroth 49, 2; Kiduschin 11, 2; Kethuboth 10. 1; 29, 2; 38. 2. Vgl. II. Intestarerbrecht Anm. 210 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 64.*

⁴⁹⁾ Vgl. Anfang dieses Capitels, sowie des folgenden Cap. 7. Baba Kamma 2, 2.

26. Denunciation; inwiefern der Denuncirte durch dieselbe Schaden gelitten hatte, hat der Denunciant dafür aufzukommen; und 27. Verwerfung des Opfers durch falsche Opferungsmomente seitens der Kohen, wodurch der Person das Opfer nicht angerechnet wird und ihr durch das nochmalige Darbringen desselben Opfers ein materieller Schaden verursacht wird⁵⁰⁾. Ausserdem haben noch mehrere Arten, insbesondere jene unter 1, 2, 3, 4 und 25 angeführten, ganze Reihen von Unterabtheilungen, die aber hauptsächlich nur durch die Verschiedenheiten natürlicher Verhältnisse und nicht durch juristische Momente entstanden sind.

§ 7.

All diese 27 Arten werden auch talmudisch nur als Schadensarten betrachtet, sie gelten also nur als obligationes ex delicto, allein es muss hier nochmals⁵¹⁾ darauf aufmerksam gemacht werden, dass Rabbi das ganze Privatrecht unter diesem Titel behandelt, mithin diese 27 Arten alle Obligationen des Talmuds enthalten. Auch schon der Talmud kennt zwischen diesen einzelnen Arten Unterschiede obligationsrechtlicher Art; so z. B. bezeichnet er⁵²⁾ 14—24 als Strafgehalte, bei manchen ist schon dadurch ein Strafmoment gegeben, dass der Schaden nicht ersichtlich gemacht werden kann durch augenfällige Beschädigungen, oder dass, wie bei 26 und 27, überhaupt der Schaden ohne actio erfolgte⁵³⁾, oder dass wie bei 25 dieser nicht immer gleichmässig zu bezahlen ist⁵⁴⁾; ja sogar die fides, bona oder mala, wird einerseits bei 16 und 17, andererseits bei 5, 6, 7 und 8 hervorgehoben⁵⁵⁾. Allein, obwohl letztere commodatum, locatio conductio u. s. w. enthalten,

⁵⁰⁾ Die letzten zwei Arten. Baba Kamma 5, 1.

⁵¹⁾ Vgl. Anm. 10.

⁵²⁾ Aus Baba Kamma 4, 2.

⁵³⁾ Baba Kamma 5, 1.

⁵⁴⁾ Baba Kamma 4, 1. Vgl. Anm. 43.

⁵⁵⁾ Bei der Unterscheidung der 2. Gruppierung von der 3. Baba Kamma 4, 2.

bei diesen also auch schon Formen von Contractsobligationen vorkommen, werden nicht diese, sondern die durch die Nichteinhaltung entstehenden Delictsmomente hervorgehoben. Aber nicht nur, dass jene Seite bei diesen Obligationen übergangen wird, überhaupt werden die Contractsobligationen als Institution, als Theil einer Institution, nicht hervorgehoben, diese ganze Construction der römischen, sowie der modernen Jurisprudenz ist dem Talmud fremd. Während die letztere in der Kraft der klagbaren obligatorischen Consenserklärung einen Verbindlichkeitsmoment für eine obligatio erblickt⁵⁶⁾, geht der Talmud darüber hinweg, indem er dem Consense, als unwesentlich und selbstverständlich, keine besondere Rechtsverbindlichkeit beilegt⁵⁷⁾. Gegen seinen Willen kann kein Mensch, wenn nicht ex lege, in seinem Vermögen beschränkt werden, dieses gilt ebenso für die Person, die sich verpflichten soll, wie für jene, für welche sich erstere verpflichtet; der absolute Eigenthumsbegriff setzte dieses so einfach voraus, dass der Consens auf keine Weise eine besondere rechtliche Tragweite erlangen konnte. Der Talmud geht in seiner starren Festhaltung des Eigenthumsbegriffes noch weiter, indem er den Besitz nicht als wesentlichen Bestandtheil des Eigenthums betrachtet; man ist weiter Eigenthümer seiner res⁵⁸⁾, auch wenn diese in fremdem Besitze sich befindet⁵⁹⁾; als Reallast, wie man es nennen

⁵⁶⁾ Sohm a. a. O. S. 271. Weil du die Verbindlichkeit eingegangen bist, die Verpflichtung übernommen hast, so hast du die Pflicht, sie zu erfüllen. Jhering, Der Geist des römischen Rechtes I S. 479.

⁵⁷⁾ Beim kandischen Rechte wird der Vertrag erst durch eine folgende Fluchformel perfect. Kohler, Rechtsvergl. Studien S. 236.

⁵⁸⁾ Dieses ist nur in geringem Maasse beim modernen Rechte der Fall. Vgl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. II S. 406, wo in fünffacher Beziehung der Connex von Besitz und Eigenthum hervorgehoben wird; schliesslich kommt es dort darauf heraus: Der Besitzschutz ist eingeführt des Berechtigten willen, im Besitze soll der Berechtigte geschützt werden (S. 423).

⁵⁹⁾ Vgl. Anm. 78.

könnte, lastet dann auf derselben das Recht des momentanen Besitzers, dem in dieser Beziehung ein dingliches Recht vom Eigenthümer für eine bestimmte Zeit eingeräumt wurde⁶⁰). Der momentane Besitzer dieser Reallast⁶¹) muss dieselbe wie ein volles Eigenthum erwerben durch die Erwerbarten der res, jede auf ihre Weise; so lange dieses Recht dauert, ist sozusagen das Eigenthumsrecht latent, im Momente, wo die Reallast aufhört, hat der Eigenthümer wieder den Anspruch auf vollen Besitz seiner res. Dass dieser ihm wieder übergeben werden wird, ist talmudisch so selbstverständlich, dass der Talmud dafür fast keine besonderen Normen aufgestellt hat; es ist eben eine einfache Störung des Eigenthumsbesitzes; wenn ein Schaden daraus entstehen sollte, dann hat der momentane Besitzer delictsmässig einen solchen verschuldet; eine Entschädigung im Zinsenverhältnisse kennt der Talmud nicht, sein absolutes Zinsenverbot⁶²) hat ein solches nicht entstehen lassen. In Folge dessen ist die talmudische Auffassung von den römischen Contractsobligationen ganz anders geartet; das römische Recht sieht in den Geschäftsobligationen eine eigene Eigenthumsart sozusagen mit doppelten Rechtsanforderungen, der actio directa steht in der Regel eine actio contraria gegenüber⁶³), der Talmud aber anerkennt nur ein einfaches Recht am Eigenthume. Die römischen Geschäftsobligationen sind also talmudisch nur ein Theil des Eigenthumsrechtes; erst

⁶⁰) Vgl. Anm. 167.

⁶¹) So z. B. wird eine Art von Pacht mit Erbberechtigung als Reallast betrachtet. Kohler, Vom Rechte am Ganges in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 95.

⁶²) Vgl. Anm. 72, 73, 74; ebenso sagt das Rechtsbuch Vischnu (5, 1): Ein Gläubiger soll sein Capital vom Schuldner genau so zurückerhalten, wie er es ihm geliehen hat, Leist, Altarisches ius gentium S. 458; ebenso sagt der Koran Sure 74, 6: Verleih nicht mit der Absicht, um mit Profit abzunehmen; ebenso Kohler, Islamitisches Obligationsrecht in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 216.

⁶³) Hauptsächlich bei den Real- und Consensualcontracten. Sohm a. a. O. §§ 66, 69.

im Stadium der Verletzung desselben, wo dem Eigenthümer ein Schaden entsteht, beginnt talmudisch auch eine obligationsähnliche Verpflichtung; daher sind sie aber auch nur obligationes ex delicto, in jenem Sinne⁶⁴⁾, wie Rabbi das ganze jüdische Privatrecht unter dem Titel „Schäden“ behandelt. Freilich unterscheidet schon Maimonides zwischen Verpflichtungen, die durch eine Verbindung mit Eigenthumsrechten entstehen und jenen in Folge einer Beschädigung, erstere behandelt er auch unter Kinjon und Mischpatim, Normen des Erwerbes und Rechtsgeschäftes, letztere unter Nesikjn, d. h. Normen vom Schaden⁶⁵⁾; aber die eigentliche Unterscheidung ist nur jene zwischen indirecte und directe Hervorhebung der Beschädigung. Indirect behandelt in seinem ganzen Sachenrechte: Erwerb, Besitz und Rechtsgeschäft, der Talmud einzig nur den Schutz des Eigenthums vor einer Beschädigung in allen seinen Abarten ohne Ausnahme, mithin auch jene Eigenthumsrechte, die nur temporär gelten, die eigentlichen römischen Geschäftsobligationen; direct behandelt der Talmud nur die effective Beschädigung, das sind die römischen obligationes ex delicto. Selbstverständlich kennt der Talmud mehr Abarten des delictum, als das römische Recht, denn ein Schutz des Eigenthums besteht auch darin, dass er die jeweilige Verletzung des Sachenrechtes zum Delicte stempelt⁶⁶⁾, er muss also entsprechend den einzelnen Eigenthumsarten, solche Delicte construiren. Auf welche Weise er aus den römischen Geschäftsobligationen temporäres Eigenthum herausconstruirt, sowie die Art, wie er die entsprechenden Delicte mit denselben verbindet, wird in Folgendem bei den einzelnen Contractsobligationen erklärt werden.

⁶⁴⁾ Vgl. Cap. 3, Anfang.

⁶⁵⁾ Namen des XII. und XIII., entsprechend des XI. Buches seiner Mischna Thora.

⁶⁶⁾ Dagegen heisst es in der modernen Jurisprudenz: Das objective Recht, auf welchem das Eigenthum beruht, ist die Gewohnheit der Gemeinschaftsgenossen, alle Handlungen zu unterdrücken, welche die wirtschaftliche Einwirkung des Eigenthümers auf seine Sache schmälern könnten. Frenzel, Recht und Rechtssätze, 1892, S. 79.

§ 8.

Im römischen Rechte heisst es: *aut enim re contrahitur obligatio (ex contractu) aut verbis aut litteris aut consensu*⁶⁷⁾; in erster Reihe kommen also die Realcontracte, die auf Grund einer Vorleistung klagbar sind⁶⁸⁾. Der wichtigste Realcontract ist das Darlehen; die älteste Form desselben in Rom⁶⁹⁾ mit der Strenge der Schuldknechtschaft kam nie bei den Juden vor; nur die spätere Form desselben, das sogen. *mutuum* kann mit dem talmudischen Darlehen verglichen werden, bei welchem mildes Vorgehen vorgeschrieben war⁷⁰⁾; wenn „die Schuldgesetzgebung das Interesse des Gläubigers, das Wuchergesetz jenes des Schuldners vertritt“⁷¹⁾ — so neigte im Talmud die Wagschale sicher zu Gunsten des letzteren. Ebenso wie in Rom enthielt es die Pflicht der Rückgabe in gleicher Quantität und Qualität; mehr zu nehmen⁷²⁾ war ebenso dem Gläubiger verboten, wie dem Schuldner, mehr zu geben⁷³⁾, sogar wie überhaupt die Zeugenschaft oder Intervention in einem solchen Falle⁷⁴⁾; es war dieses das absolute Zinsverbot im Geschäftsverkehre mit einem anderen Juden; die nicht vollständige Bezahlung konnte schon fast gar nicht als

⁶⁷⁾ Gaj. III, § 89.

⁶⁸⁾ Sohm a. a. O. S. 273.

⁶⁹⁾ Ebenso nach birmanischen Rechte, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 200; ebenso noch heute bei den Kalmücken, Koehne in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. IX S. 469; auch der Sohn konnte mit zur Abdienung herangezogen werden in Dekkan, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 120—128, ja sogar die ganze Familie zur Knechtschaft gezwungen werden, Kohler, Ueber kandisches Recht in Rechtsvergleichenden Studien S. 237.

⁷⁰⁾ Verbot 234 aus II. Moses XXII, 24, in der Reihe von Anfang der Thora 67.

⁷¹⁾ Deutsches Staatswörterbuch Bd. VI S. 37.

⁷²⁾ Verbot 235 aus III. Moses XXV, 37; entsprechend 343.

⁷³⁾ Verbot 236 aus V. Moses XXIII, 20, entsprechend 572. Baba Mezia 61, 1, 2; 75, 2.

⁷⁴⁾ Verbot 237 aus II. Moses XXII, 24, entsprechend 68, vgl. Anm. 62.

Erfüllung der Verpflichtung gelten, weil dann der Rest religiös nicht im mindesten eine kleinere Schuld als die ganze frühere Summe war. Aber, ausdrücklich muss es hier hervorgehoben werden, weder in der Thora, noch in der Tradition, wird die Zahlung als ein directes Gebot⁷⁵⁾ bezeichnet; das war eben so selbstverständlich, es war begriffsmässig im Eigenthumsrechte des Gläubigers so einfach begründet, dass die Nichtbezahlung dessen Vermögen, mithin Eigenthumsrechte von ihm verletzt, dass die Construction einer directen Obligation talmudisch als überflüssig erschien; zu leihen mit der Absicht, nicht zu bezahlen, war besonders verpönt⁷⁶⁾; zu verleihen ohne entsprechende rechtliche Feststellung der Handlung war untersagt⁷⁷⁾, aber das Darlehen allein ist als Geschäftsobligation im Talmud keine selbständige Institution. Der nächste Realcontract entsteht aus dem Leihvertrage, ebenso wie der Hinterlegungsvertrag einen solchen schafft; die einfache Rückgabe wird im Talmud ebenfalls nicht erst erörtert; nur die durch ein Verschulden nicht erfolgte Rückzahlung wird als Delictobligation unter 6 respective 5 zwischen diesen aufgezählt, wobei die Vorgabe des Diebstahls als ein Diebstahl des Depositors gilt und als solcher mit der Doppelentschädigung⁷⁸⁾ bestraft wird, ein Beweis mehr, wie weit das Eigenthum, sogar in fremdem Besitze, als fictiv im Besitze des Eigenthümers betrachtet wird. Endlich ist auch der Faustpfandcontract, inwiefern der Gläubiger dem Schuldner das Pfand nach Zahlung der Schuld zurückzugeben verpflichtet ist, talmudisch keine directe Obliga-

⁷⁵⁾ Dieses erfolgte erst später, und zwar wurde es als eine religiös gebotene Handlung bezeichnet, die Schuld zu bezahlen; als solche erlangte es auch bestimmte Formen; Arachin 22, 1; Kethuboth 86, 1; Baba Basra 174, 1; inwieweit dieses zur Anwendung kommt, wird in den speciellen Theilen des Näheren erklärt werden.

⁷⁶⁾ Aus Psalmen XXXVII, 21; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 1, § 5.

⁷⁷⁾ Baba Mezia 75, 2; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 2, § 7.

⁷⁸⁾ Baba Kamma 108, 2; 63, 2; Schebuoth 49, 1; sogar die vier- und fünffache Strafe nach Art 15 der Delictobligationen. Baba Kamma 62, 2; 63, 2; 106, 2.

tion, weil auch solches wie bei den früheren selbstverständlich ist; dagegen giebt es hier eine andere Verpflichtung, die ein Gebot⁷⁹⁾ und entsprechend vice versa ein Verbot ist, nämlich: dem armen Schuldner das Pfand im Bedarfsfalle auszufolgen, respective nicht vorzuenthalten. Auch beim pignus, wo ausdrücklich⁸⁰⁾ dieses in das Eigenthum des Gläubigers übergang, wird ebenso wie beim Darlehen, wo das Geld ganz in den Besitz und Eigenthum des Schuldners übergeht, sogar bei diesen, wo es auf der Hand lag, eine directe Obligation zur Restituirung aus dem Eigenthum des Einen ins Eigenthum eines Anderen zu construiren, blieb der Talmud seinem Grundsatz treu und schuf bei ihnen keine selbständige Verpflichtung. Denn ebenso wie die Fiction bei einem Eigenthume in fremdem Besitze das Delict erst im Momente der nicht erfolgten Rückgabe erblickt, ebenso wird das Vermögen des Schuldners beim pignus, jenes des Gläubigers beim Darlehen nicht durch den früheren Uebergang in das andere Eigenthum, sondern erst durch die ausbleibende Rückgabe beschädigt und dazu zur Verhütung von Eigenthumsnachtheilen ist im Sachenrechte Vorsorge getroffen worden.

§ 9.

In weiterer Folge werden im römischen Rechte die Innominalverträge bald zu den Realcontracten gezählt⁸¹⁾ oder als eine selbständige Erweiterung derselben betrachtet⁸²⁾, jedenfalls wird aber darin der Contract erblickt, dass wenn bei den Formen *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias* und *facio ut des*, die erste Handlung bereits erfolgt ist, die andere eine Verpflichtung für die Zukunft *ex re* enthält. Gemäss dieser

⁷⁹⁾ Gebot 199 aus V. Moses XXIV, 13, das Verbot 240; daselbst 12; entsprechend 587, 586.

⁸⁰⁾ Pesachim 31, 2; Baba Mezia 82, 1; Schebuoth 44, 1; Gitin 37, 1; Kidnschin 8, 2.

⁸¹⁾ Sohm a. a. O. S. 275; Baron a. a. O. S. 383.

⁸²⁾ Salkowski, Institutionen S. 296; Puchta, *Cursus der Institutionen* III S. 81.

Auffassung ist auch der Tausch eine Obligation; im Talmud dagegen kommt auch der Tausch vor, dort ist er aber auf keine Weise eine Verpflichtungsart, sondern — eine Erwerbsform⁸³⁾. Diese besteht aus folgenden zwei Arten⁸⁴⁾: 1. aus Chelupin und 2. aus Kinjon; ersteres bedeutet so viel wie Tausch, letzteres heisst Erwerb schlechthin, weil es talmudisch die juridisch stärkste Erwerbsart enthält. Von dem Grundsatz ausgehend, dass der Besitz kein unerlässlicher Bestandtheil des Eigenthumes sei, stellt der Talmud den Grundsatz auf, dass bei einem Tausche durch den Erwerb der einen Sache seitens einer Partei gleichzeitig in demselben Momente, ipso facto, die andere Partei die andere Sache erwirbt⁸⁵⁾. Die erste Sache ist vom Standpunkte des juridischen Erwerbes das Mittel, die andere Sache der Zweck des Tausches, und dieser wird perfect ohne Rücksicht auf einen Werthunterschied der getauschten Sachen, auf die Weise, dass vom Momente des Tausches die andere Sache im Besitze der ersten Partei auf Risico und Gefahr der andern Partei weiter verbleibt⁸⁶⁾; die effective Uebergabe, entsprechend die Verzögerung oder Nichteinhaltung derselben, hat mit dem früheren Tausche nichts mehr gemein, sie ist einfach eine Rückgabe eines Eigenthumes vom Besitzer an den Eigenthümer. Als Mittel darf ausser Früchten⁸⁷⁾ auch das Geld nicht angewendet werden⁸⁸⁾, auch kann das

⁸³⁾ Ausserdem kommt noch der Tausch als Handel vor, indem eine Sache, z. B. Reis in Indien, als Geld hingegeben ward, Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 464; der Tausch von Menschen, Sesam und Reis war deshalb als solcher den Brahmanen verboten, Leist, Altarisches ius gentium S. 453; überhaupt „ist aller Handel ursprünglich ein Tauschhandel“, Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV S. 330.

⁸⁴⁾ קניין חלופין.

⁸⁵⁾ Baba Mezia 44, 1; 46, 2; Kiduschin 28, 1.

⁸⁶⁾ Baba Mezia 47, 1.

⁸⁷⁾ Baba Mezia 45, 2; Maimonides XII, Buch, I. Gs., Cap. 6, § 1.

⁸⁸⁾ Baba Mezia 45, 2; 46, 1; 47, 1.

Geld als Zweck nicht auf diese Weise erworben werden⁸⁹⁾; das Geld aber nur insofern, als es in national-ökonomischer Beziehung als solches gilt, denn, meint ausdrücklich⁹⁰⁾ der Talmud, dieses hat nur durch seine ihm von der Regierung verliehene Form einen Werth, dieser Werth ist ein relativer, die Tauschform soll nur für effective Werthe geschaffen sein. Diese Tauschform gilt aber nur für Mobilien unter einander⁹¹⁾, wobei auch das lebendige Inventar als Mobilien betrachtet wird⁹²⁾; bei diesem erfolgt der Erwerb, wie gesagt, ipso facto, die betreffende Person mag dabei unwillkürlich gehandelt haben, die Handlung des Einen verschafft dem Anderen das Eigenthumsrecht. Die zweite Art des Tausches, die eigentliche Erwerbsform, hat ihre Basis in einem Bibeltexte⁹³⁾, wo der Schuh als ein Erwerbsmittel angegeben ist; die Begründung des Erwerbes geht dahin, dass durch den Empfang eines, wenn auch minimalen⁹⁴⁾ Gegenstandes, der übertragenden Person ein Vergnügen bereitet wurde und in Vergütung desselben überträgt diese mit voller Willens- und Rechtskraft ihr Eigenthum dem Geber der Sache⁹⁵⁾. Als Mittel sind ausgeschlossen, ebenso wie beim Tausche, Geld, Früchte und Gegenstände, deren Nutzenanwendung religiös verboten ist⁹⁶⁾, als Zweck kann erworben werden alles nur Erwerbsfähige überhaupt, also auch Immobilien, Sklaven⁹⁷⁾, ausgenommen wirkliches Geld⁹⁸⁾; denn diese Erwerbsart ist talmudisch die rechtlich am meisten zulässige. Als gebräuchlich in dieser Beziehung wurde der Zipfel

⁸⁹⁾ Baba Mezia 46, 1; Baba Basra 149, 1.

⁹⁰⁾ Baba Mezia 45, 2; Raschi-Commentar daselbst Mitte.

⁹¹⁾ Baba Mezia 44, 1. Nach einer Ansicht auch Immobilien. Karo Choschen Mischpat 208, § 10.

⁹²⁾ Baba Mezia 47, 1.

⁹³⁾ Ruth IV, 7.

⁹⁴⁾ Baba Mezia 47, 1; Kiduschin 13, 1; Maimonides XIII. B., I. Gs., Cap. 5, § 6.

⁹⁵⁾ Baba Mezia 47, 1.

⁹⁶⁾ Baba Mezia 47, 1, 2.

⁹⁷⁾ Kiduschin 22, 2.

⁹⁸⁾ Baba Mezia 46, 1. Vgl. Anm. 88, 89.

des Mantels in der talmudischen Zeit angewendet⁹⁹⁾ und dieses gilt sogar, wenn der Mantelzipfel durch eine donatio sub modo¹⁰⁰⁾ dem Uebergeber geschenkt wird, sogar wenn diese Bedingung die sofortige Rückgabe desselben enthält¹⁰¹⁾. Hier soll in der Regel die erwerbende Person der übertragenden Person sagen, dass sie diesen Zipfel an Stelle des Gegenstandes erwerben möge¹⁰²⁾, dieses wird aber auch silentio vorausgesetzt¹⁰³⁾, da ein solcher Kinjon allgemein als wichtige und verbreitete Erwerbsart bekannt ist. Aber auch der Kinjon ist nur in der Tauschform do ut des möglich, d. h. talmudisch: „ich gebe dir eine Sache, damit du mir sogleich deine Sache zum Eigenthume überträgst“, obwohl dieser zweite Gegenstand, noch im Besitze der angesprochenen Person, weit vom Orte der Tauschhandlung ist; aber dieser Gegenstand muss schon gegenwärtig im effectiven Besitze der Person sein, eine res futura kann nicht übertragen werden¹⁰⁴⁾^{104a)}. Eine Handlung in der Zukunft; do ut facias, und jede versprochene Handlung ist im Momente des Versprechens logischer Weise noch nicht erfüllt, kann schon gar nicht durch Kinjon erworben werden, wie der Talmud sagt, „es ist ein Erwerb von gesprochenen Worten“¹⁰⁵⁾. Die

⁹⁹⁾ Kiduschin 3, 1; Baba Mezia 7, 1, Raschi-Commentar unten.

¹⁰⁰⁾ Erwerbssymbol (!) nennt es Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht, in einer besonderen Unterabtheilung dieser Arbeit I S. 227, 228.

¹⁰¹⁾ Was sogar als Regel vorausgesetzt wird; Nedarim 48, 1; Kiduschin 6, 2 u. s. w. Vgl. III. Schenkungen Anm. 92, 120; in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 110 entsprechend 113.

¹⁰²⁾ Maimonides XIII. B., I. Cs., Cap. 5, § 6; Karo, Choschen Mischpat 195, § 1.

¹⁰³⁾ Rema in Choschen Mischpat 195, § 1, aus Nedarim 48, 1.

¹⁰⁴⁾ Jebamoth 93, 1; Kiduschin 12, 2; Maimonides XII. B., I. Cs., Cap. XXII, §§ 1, 5; Karo, Choschen Mischpat 209, § 4; 211, § 1.

^{104a)} Aehnliche Beschränkungen kennt das Islamrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII S. 86 f. u. a. Kohler. Vgl. Anm. 106 a.

¹⁰⁵⁾ Baba Basra 3, 2; Maimonides a. a. O. Cap. 5, § 14; Karo a. a. O. 157, § 2; 203, § 1; 243, § 10.

anderen Formen des *facio* sind schon darum unmöglich, weil als Mittel kein Gegenstand tradirt wird ¹⁰⁶⁾ ^{106a)}; auch in seiner zulässigen Form ist der Tausch also keine Obligation, sondern eine Erwerbsart eines noch beim früheren Besitzer momentan weiter verbleibenden Objectes.

§ 10.

In zweiter Reihe haben wir beim römischen Contracte den Verbalcontract, welcher in formeller Beziehung *verbis* eine Verpflichtung entstehen lässt; mit demselben werden bald zusammen die verschiedenen Arten der Bürgschaft behandelt ¹⁰⁷⁾ oder aber auch ganz gesondert einer Abtheilung über Uebertragung von Forderungen und Uebernahme von Schulden zugewiesen, wo überhaupt eine dritte Person in das Verpflichtungsverhältniss hineingreift ¹⁰⁸⁾. Die Stipulation: *spondesne? spondeo*, insoferne im Geringsten bei derselben die religiöse Form des Versprechens massgebend ist, muss den religiösen Obligationen talmudisch zugezählt werden; hier wird nur von der Stipulation im Sinne der Verordnung Leo's I. die Rede sein, welche eine materielle und schon nicht mehr formelle Congruenz der Frage und Antwort erfordert ¹⁰⁹⁾ und auf diese Weise eine privatrechtliche Verpflichtung entstehen lässt. Auch diese erforderte aber noch immer logischer Weise eine dreifache Einheit der Handlung: 1. in Bezug auf Inhalt, wenn auch nicht mehr der Form, 2. auf Zeit, denn die Antwort musste sogleich erfolgen, 3. auf Ort, denn beide

¹⁰⁶⁾ Baba Mezia 47, 1; Maimonides a. a. O. Cap. 5, § 6; Karo a. a. O. 195, § 1.

^{106a)} Ebenso im islamitischen Rechte, wo der Verkauf einer „Sache, die in Bezug auf das Haben unbestimmt ist“, unzulässig ist. Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 238.

¹⁰⁷⁾ Sohm a. a. O. S. 278—286; Salkowski a. a. O. S. 267—275.

¹⁰⁸⁾ Puchta a. a. O. III S. 27—58; Baron a. a. O. S. 414—433.

¹⁰⁹⁾ Salkowski a. a. O. S. 267.

Parteien mussten zusammen anwesend sein¹¹⁰⁾. Von diesen Momenten ausgehend finden wir auch im talmudischen Rechte formelle Handlungen, die eine Verpflichtung des sogen. Schuldners erzeugen; selbstverständlich im talmudischen Sinne, d. h. durch dieselben wird durch einen formellen Act dasselbe, wie im vorigen Capitel durch den Tausch, „re“ Kinjon, erreicht, nämlich: dass Objecte oder eine Geldsumme, die noch weiter im Besitze des sogen. Schuldners sind, als Eigenthum des sogen. Gläubigers rechtlich zu gelten haben. Entsprechend der römischen Eintheilung der formellen Obligationen in Verbal- und Literalcontracte, kann auch bei den talmudischen Verpflichtungen eine solche Theilung vorgenommen werden, wobei aber immer der Hauptunterschied zum römischen Rechte hervorgehoben werden muss, dass im Talmud diese Verpflichtungen nicht aus dem Contracte entstehen, da der Consensus des sogen. Gläubigers ganz und gar irrelevant ist; man geht eben hier von einem Standpunkte des Eigenthums aus, wo hauptsächlich der Wille des bisherigen Eigenthümers, der jetzt so zu sagen Schuldner wird, berücksichtigt werden muss. Denn der Talmud glaubt in der Handlung des sogen. Schuldners eine Schenkung, donatio, voraussetzen zu müssen¹¹¹⁾, oder wenigstens die Novation einer früheren nicht-formellen, also auch nicht-verbindlichen Schuld¹¹²⁾, de facto also auch eine Art Schenkung, und donatio ist eine Form der Eigenthumübertragung¹¹³⁾. Die Formel be-

¹¹⁰⁾ Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer II. Buch, S. 210, welcher die Stipulatio für eine eigene römisch-nationale Form erklärt.

¹¹¹⁾ Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 11, § 15; Rema in Choschen Mischpat 205, § 11. Sifthe Kohen zu Choschen Mischpat 40, § 1, Nr. 40; folgt auch aus Tosafoth, Baba Basra 44, 2, unten; 149, 1, oben.

¹¹²⁾ Aus Kethuboth 101, 2; Tur und Sifthe Kohen 40, Ersterer § 2, Letzterer § 1, Nr. 1.

¹¹³⁾ Freilich auch diese ist zuweilen ein Contract und verpflichtet den Empfänger zu einer Gegengabe, wodurch die donatio erst gültig wird; aber dies gilt nur bei den Tlinkit-Indianern. Krause, Tlinkit-Indianer 168, 312. Es gilt bei fast allen Naturvölkern. Kohler.

steht darin, dass der sogen. Schuldner erklärt, einer Person schuldig zu sein¹¹⁴⁾ einen gewissen Betrag oder ein Object überhaupt; in der Art und Weise, wie dieses geschieht, ob mündlich oder schriftlich, liegt dann der Unterschied zwischen *verbis* und *litteris*. Bei der mündlichen Art, die nur in Gegenwart zweier Zeugen möglich ist, muss eine ausdrückliche Rogirung¹¹⁵⁾ der Zeugen seitens des sogen. Schuldners, oder auch seitens des sogen. Gläubigers und schweigender *acceptatio* des sogen. Schuldners¹¹⁶⁾ stattgefunden haben, oder eine solche Redensart vorgekommen sein, die zweifellos das Geständniss einer Schuld enthielt¹¹⁷⁾. Der *Kinjon* bewirkt auch bei derselben eine verstärkte Rechtsverbindlichkeit; im Sinne der allgemeinen im vorigen Capitel beschriebenen Auffassung des Talmuds entsteht dann die höchste juristische Rechtspflicht¹¹⁸⁾; auch die *cautio*, die schriftliche Aufnahme der geschehenen juristischen Handlungen kommt vor¹¹⁹⁾. Die Anwesenheit des Gläubigers ist nicht immer erforderlich, die Anfangs erwähnte Einheit der Handlung ist nur für den sogen. Schuldner und die Zeugen rechtlich nothwendig; aber auch die Anwesenheit des Gläubigers bewirkt zuweilen rechtliche Folgen, weil dadurch, hauptsächlich durch dessen Fragestellung, eher eine effective Geständnissform erzielt wird¹²⁰⁾. Ausserdem hat solches noch eine Wirkung auf die eventuellen Einreden bei mangelhafter Einhaltung der angegebenen Formeln; der sogen. Schuldner kann nämlich einwenden, dass er mit seinem Geständnisse nur den sogen. Gläubiger auslachen wollte¹²¹⁾ oder dass er damit, durch

¹¹⁴⁾ *Baba Basra* 149, 1; 40, 1, wobei auch das Geständniss falsch sein mag *Tosafoth Baba Basra* 44, 2 unten; 119, 1 oben; vgl. Anm. 111.

¹¹⁵⁾ *Sanhedrin* 29, 1.

¹¹⁶⁾ *Sanhedrin* 29, 2.

¹¹⁷⁾ *Baba Basra* 149, 1, *Maimonides XIII. B., IV. Gs., Cap. 7, § 1.*

¹¹⁸⁾ *Sanhedrin* 29, 2; *Karo a. a. O.* 39, §§ 3, 14.

¹¹⁹⁾ *Rema in Choschen Mischpat* 39, § 6; folgt aus *Sanhedrin* 29, 2 unten.

¹²⁰⁾ *Karo, Schulchan Aruch, Choschen Mischpat* 81, § 4 erste Ansicht; *Sifthe Kohen* daselbst § 14, Nr. 34 und § 22, Nr. 55.

¹²¹⁾ *Sanhedrin* 29, 1; *Maimonides XIII. B., IV. Gs., Cap. 6, § 6.*

Vorgeben von Schulden, den Schein des Reichthums von sich abwälzen¹²²⁾ wollte; letzteres ist nun nur bei einem unaufgeforderten Geständnisse zulässig¹²³⁾, die erste aber wieder nur dann, wenn dieses als Antwort auf die Frage des sogen. Gläubigers, also in dessen Anwesenheit erfolgt war¹²⁴⁾.

§ 11.

In dritter Reihe kommt bei den römischen Contractobligationen der Literalcontract; die Verpflichtung aus demselben muss die blosse Eintragung allein, die *expensilatio*, im Hausbuche des Vermögensstandes, dem *codex accepti et expensi* veranlassen; ebenso sollte die Löschung, die *acceptilatio* allein, diese obligatio aufheben, der factische Thatbestand war gleichgültig, seine Hervorhebung schwächte noch die Rechtswirkung *ex literis ab*¹²⁵⁾. Auch der Talmud kennt eine solche Auffassung einer Obligationsverbindlichkeit, wo aber *literis* nur eine Beweiserhärtung für einen Thatbestand erbracht wird; als Rechtswirkung soll dann eine effective Bezahlung der im Hausbuche vorgefundenen Eintragung folgen. Wenn nämlich Jemand einem Händler Ordre gegeben hat, auf seine Rechnung seine Verpflichtungen, so z. B. gegen Arbeiter zu bezahlen und zwischen dem Händler und den betreffenden Arbeitern ein Widerspruch ob Empfang des Geldes entsteht, so haben beide gegen die erstere Person eine Forderung auf volle Bezahlung, der Arbeiter in Folge seines Rechtstitels, der Händler aber unter Berufung auf die in seinem Hausbuche gemachte Eintragung¹²⁶⁾, welche als Er-

¹²²⁾ Sanhedrin 29, 2; Baba Basra 174, 1, 2. Vgl. III. Schenkungen Anm. 253 in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV S. 132.

¹²³⁾ Sanhedrin 29, 1; Raschi-Commentar, Mitte; Tur und Karo 81, Ersterer § 22, Letzterer § 5.

¹²⁴⁾ Sanhedrin 29, 2 Mitte; Tur und Karo a. a. O., Ersterer § 22, Letzterer § 16.

¹²⁵⁾ Sohm a. a. O. S. 287—289.

¹²⁶⁾ Schebuoth 44, 2; Raschi-Commentar daselbst unten, wie auch 47, 2 bei oben.

härtung des erfolgten Thatbestandes gilt; zu letzterem Zwecke müssen auch die Beiden einen schwereren Eid leisten¹²⁷⁾. Die Aehnlichkeit ist juridisch nur gering, denn in der Hauptsache, in dem selbständigen Entstehen einer Verpflichtung nur ex literis allein unterscheiden sich beide Rechte, — anders ist dieses aber bei dem schon im vorigen Capitel erwähnten Geständnisse einer Schuld, wo durch die schriftliche Form desselben ganz selbständig eine Verpflichtung entsteht¹²⁸⁾, also ex literis allein im römischen Sinne die obligatio entspringt, selbstverständlich mit der oben erwähnten Umformung nach der allgemeinen talmudischen Auffassung. Dieses gleicht mehr dem modernen Wechselrechte, dem neuen Litteralcontracte¹²⁹⁾ und ist auch die älteste Form desselben, da es schon hier eine Norm giebt, dass bei Einhaltung sämtlicher Formalitäten ein Schuldschein ausgestellt für den Ueberbringer ganz zulässig ist¹³⁰⁾, wobei schon logischer Weise der Ueberbringer nicht erst denselben vom wirklichen Gläubiger rechtlich nach sämtlichen Vorschriften erworben haben muss, sogar wenn es einen solchen effectiven Gläubiger überhaupt jemals gegeben hat. Denn auch das letzte eben, das wirkliche Verleihen des Geldes, ist für die Vollgültigkeit des Schuldscheines nach dem talmudischen Rechte nicht erforderlich¹³¹⁾; es giebt zwei Formen dieser Schuldscheine, bei denen noch zweierlei Wirkungen für den Executionsfall vorkommen.

¹²⁷⁾ Schebuoth 45, 1; 47, 2.

¹²⁸⁾ Baba Basra 167, 1; 175, 2; Kethuboth 21, 1; Maimonides macht zwischen diesem und einem Darlehen gar keinen Unterschied, XIII. B., III. Gs., Cap. 9, § 1. Karo a. a. O. 39, 1.

¹²⁹⁾ Wie ihn nennt Mayer a. a. O. II S. 214.

¹³⁰⁾ Baba Basra 72, 1, 2; Karo in Schulchan Aruch, Choschen Mischpat 61, §§ 4, 10 etzt hier in erklärlicher Weise eine allgemeine Obligation voraus. Auerbach, Jüdisches Obligationenrecht I S. 270 N. 1, welches ganze Werk in seinen vorliegenden Theilen fast nur Wechselrecht allein behandelt, von S. 199—516.

¹³¹⁾ Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 11, § 15; Karo a. a. O. 40 § 1.

Praeterea, heisst es im römischen Rechte¹³²⁾, *literarum obligatio fieri videtur chirographis et sygraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est*; dieses erschöpft auch die Definition der talmudischen Schuldscheine dieser Art, wobei die Chirographe durch ein Handschreiben des sogen. Schuldners allein¹³³⁾, die Syngraphe durch Niederschreiben seitens der Zeugen entsteht, die aber nur auf ausdrücklichen Befehl des sogen. Schuldners erfolgen darf¹³⁴⁾. Die Rechtswirkungen sind bei der Chirographe nur in der Art wie bei der mündlichen Schuld zulässig, für welche nur sein vorhandenes Privatvermögen haftet¹³⁵⁾, ausser wenn diese vor Zeugen dem sogen. Gläubiger übergeben ward, oder wenn auf derselben dann die Zeugen zur Zeugeschaft gezeichnet haben, in welchen Fällen für den Schuldschein auch alle jemals dem Schuldner nach der Ausstellung angehörten Immobilien haftbar sind¹³⁶⁾,^{136a)}. Bei der Syngraphe liegen die Verhältnisse noch ungünstiger für den sogenannten Schuldner, da eine Schuld mit der beschränkten Haftpflicht schon aus der Anwesenheit der Zeugen allein, ohne Syngraphe, entstehen konnte, wie es im vorigen Capitel näher erklärt wurde¹³⁷⁾; der Befehl zur Niederschreibung verstärkt dann die Rechtsfolgen, indem jene der zweiten Art für den Schuldschein entstehen¹³⁸⁾. Ebenso ist der Fall mit dem oben er-

¹³²⁾ Inst. III, 134.

¹³³⁾ Vgl. Anm. 128.

¹³⁴⁾ Baba Basra 40, 1; es wird aber derselbe bei jeder Syngraphe vorausgesetzt; Sanhedrin 29, 2.

¹³⁵⁾ Baba Basra 167, 2; 175, 2; Kethuboth 21, 2.

¹³⁶⁾ Kethuboth 94, 2; Gitin 11, 1; 86, 2; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 11, § 2; Karo a. a. O. 40, § 2.

^{136a)} Andererseits kommen sogen. Heimstätten vor, die niemals für Schulden haften. Handwörterbuch der Staatswissenschaft IV S. 449.

¹³⁷⁾ Dieses ist eben rechtlich gleichwerthig mit der einfachen Chirographe. Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 11, § 15; Karo a. a. O. 40, § 1.

¹³⁸⁾ Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 11, § 1. Dieser soll sogar

währten Kinjon, die Vornahme desselben auch ohne Rogirung der Zeugen berechtigt diese zur Ausstellung der Syngraphe mit den strengsten Rechtswirkungen¹³⁹⁾. Ebenso berechtigt das Geständniss vor einem an seinem bestimmten Orte versammelten Richtercollegium die Richter zur Ausstellung einer Syngraphe, vorausgesetzt, dass der sogen. Schuldner auf Anforderung des sogen. Gläubigers vorschriftsmässig erschienen ist¹⁴⁰⁾. Aber auch ein Geständniss vor zwei Zeugen kann alsogleich ohne weitere Formalitäten in eine Syngraphe umgewandelt werden, wenn diese Immobilien betrifft, da die Benachtheiligung Dritter dann ausgeschlossen ist¹⁴¹⁾; es entsteht also direct literis oder durch die Verbindung von verbis et literis ohne eine reale Thatsache die höchste Verbindlichkeit des talmudischen Rechtes, welche sogar alle späteren Rechtshandlungen in Immobilien annullirt, wenn solche der Verpflichtung verbis oder literis zuwider laufen sollten.

§ 12.

Die vierte und letzte Art der Contractsobligationen ist der Consensualcontract, wo nach römischem Civilrechte ausnahmsweise der blosse obligatorische Consens klagbar ist, denn hier gilt der Satz: consensu trahitur¹⁴²⁾; dass diese Obligationsart nach talmudischem Rechte ganz ausgeschlossen ist, ist aus den obigen Ausführungen deutlich zu entnehmen, hier sollen nur die einzelnen Consensualcontracte des römischen Rechtes deshalb behandelt werden, damit die talmudische Auffassung über dieselben des Näheren erklärt werde. Der erste Contract dieser Art ist der Kauf, welcher nach römischem Rechte in

gelten mit der Verbindlichkeit des Kinjons, obwohl ein solcher factisch nicht stattgefunden hat. Rema in Choschen Mischpat 207, § 15.

¹³⁹⁾ Baba Basra 4, 1; Sanhedrin 29, 2; eine noch verstärkere Wirkung findet sich bei Karo a. a. O. 39, § 14.

¹⁴⁰⁾ Sanhedrin 29, 2.

¹⁴¹⁾ Sanhedrin 29, 2.

¹⁴²⁾ Sohm a. a. O. S. 290.

dem Moment rechtskräftig ist, in welchem beide Theile über Waare und Preis sich geeinigt haben, durch Justinianische Verordnung konnten beim Geben eines Angeldes die Parteien bis zur schriftlichen Abfassung gegen Verlust des Angeldes oder dessen Gegenwerth vom Geschäfte zurücktreten¹⁴³). Nach dem talmudischen Rechte aber konnte sogar nach der Auszahlung des vollen Kaufpreises vor dem rechtlichen Erwerbe der Waare jede der Parteien vom Geschäfte zurücktreten¹⁴⁴)^{144a}) und hat in keiner Beziehung einen materiellen Schaden zu leiden, wohl aber einen religiösen, denn sie musste sich die religiöse Verfluchung des Mi-Schepara gefallen lassen¹⁴⁵); da diese letztere publice auf die nachfolgende Weise geschah, so „war schon der religiöse Blick in die Zukunft die individuelle Selbstregulirung in (solchen) Fällen, wo die sociale ihre Dienste versagt“¹⁴⁶). Diese Verfluchung bestand darin, dass in Gegenwart der Parteien das Richtercollegium, respective der Vorsitzende unter Beziehung auf den vorliegenden Fall folgende Formel aussprach: „Wer Vergeltung übte an der Generation der Sündfluth, an jener die sich abtheilen wollten¹⁴⁷) an Sodom und Gomorrha, an den Egyptern, die im Meere versanken, der soll vergelten an demjenigen, der nicht feststeht in seinem Worte¹⁴⁸)“ und erst später ward der Kaufpreis retournirt¹⁴⁹). Die Wirkung eines solchen Fluches auf ein religiöses Gemüth ist zwar enorm, aber sie blieb immer nur eine religiöse und keine rechtliche. Aber sogar dieser Fluch durfte nur bei be-

¹⁴³) Puchta a. a. O. III S. 91.

¹⁴⁴) Baba Mezia 44, 1; Gitin 30, 1.

^{144a}) Also ein Contractus minus quam perfectus, wie sonst im Recht der Völker; vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. III S. 207 u. a. Kohler.

¹⁴⁵) Baba Mezia 48, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 1.

¹⁴⁶) Ihering, Der Zweck im Recht I S. 136.

¹⁴⁷) Gemäss I. Moses X, 25.

¹⁴⁸) Baba Mezia 48, 1; 49, 1; 74, 2; Tosefta daselbst III. Vgl. III. Schenkungen Anm. 23 in Zeitschr. für vergl. Rechtsw. S. 100.

¹⁴⁹) Vgl. Text zwischen Anm. 155 u. 156.

stimmten Prämissen vorgenommen werden, der römische Consensualcontract des Kaufes allein genügte auch für diesen noch nicht¹⁵⁰⁾; sogar die Uebergabe eines Pfandes zur Sicherstellung des vereinbarten Kaufpreises war noch kein Grund zur Vornahme dieses Fluches¹⁵¹⁾; jedoch ward derjenige, der sein Wort nicht einhielt, als ein Mensch ohne Zutrauen erklärt, an welchem der Geist der Weisen keinen Gefallen hat¹⁵²⁾, zum Unterschiede vom Missbrauche des Mandats für seine eigene Person, wo der Mandatar in den Kreis der Betrüger eingereicht wird¹⁵³⁾. Denn sowohl die Waare, wie der Preis mussten jeder besonders rechtmässig erworben werden¹⁵⁴⁾, der Erwerb des Einen begründete nicht wie bei dem Tausche den Erwerb des Anderen für die Gegenpartei, weil der Preis aus Geld bestand, welches vom Tausche ausgeschlossen ist¹⁵⁵⁾; das übergebene Geld war im Rücktrittsfalle ein Depot des Käufers beim Verkäufer, wenn Ersterer zurückgetreten war, im entgegengesetzten Falle oblag dem Verkäufer die höhere Verantwortlichkeit des Depots bis zur Durchführung des ebenerwähnten Fluches¹⁵⁶⁾. Aber auch wenn casu nach Empfang des Geldes vor dem Erwerbe die Waare untergegangen ist, oder beschädigt wurde, ist der Verkäufer zur Rückgabe des Geldes verpflichtet, der Kauf ist eben noch nicht perfect gewesen¹⁵⁷⁾ ^{157a)}, ebenso ist, bei successiver Zahlung des Preises, trotz des vorgenommenen

¹⁵⁰⁾ Er galt dann als blosses Gerede aus Baba Mezia 49, 1; sogar bei Rogirung von Zeugen, Maimonides XII. B., II. Gs., 1. Cap., § 1; Karo a. a. O. 189, § 1.

¹⁵¹⁾ Kiduschin 8, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 5; Karo a. a. O. 204, § 1.

¹⁵²⁾ Baba Mezia 49, 2; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 8.

¹⁵³⁾ Kiduschin 59, 2; Tosefta Jebamoth IV.

¹⁵⁴⁾ Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 1, § 2; Karo a. a. O. 189, § 1.

¹⁵⁵⁾ Vgl. Anm. 88, 96.

¹⁵⁶⁾ Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 7, § 3; Karo a. a. O. 198, § 15.

¹⁵⁷⁾ Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 3, § 6.

^{157a)} Im directen Gegensatze zum Rechte in Dekkan. Kohler in

Erwerbactes, wenn der Verkäufer fortwährend den Restbetrag fordert, der Kauf nicht perfect, der Verkäufer und der Käufer können immer zurücktreten, die Gegenpartei aber kann diesen Rücktritt nur für die Höhe des Restbetrages¹⁵⁸⁾ beschränken, wobei es keinen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien giebt¹⁵⁹⁾. Auch kann sogar nach durchgeführtem beiderseitigen Erwerbe noch immer der Kauf aufgehoben werden aus Gründen des *rem habere licere praestare*; in Rom hatte eben im Falle der Ansprüche eines Fremden an den verkauften Gegenstand der Käufer die *actio empti* auf das Interesse, welches durch *stipulatio duplae* oder zuweilen, z. B. bei der *Mancipation*, *ipso iure* auf das Doppelte des Preises sich belief¹⁶⁰⁾, nach dem talmudischen Rechte haftete der Verkäufer immer ohne Ausnahme für diesen Fall, aber nur in der Höhe des Schadens, respective des Preises, nicht mehr¹⁶¹⁾; wenn aber dieser Fall vor dem Beginne der Nutzungen der gekauften Sache entstanden ist, dann durfte der Käufer vom Kaufe zurücktreten¹⁶²⁾. Der Erwerb der Sache ist unnöthig, wenn die Waare oder das Geld vor dem Kaufe schon im Besitz des Anderen sich befindet, in diesem Falle ist die mündliche Besprechung voll rechtsgültig, wenn dies gegenseitig der Fall ist¹⁶³⁾; der *Consensus* allein schafft schon hier den rechtlichen Kauf, aber dies zeigt wohl am markantesten, dass der Kauf kein *Consensualvertrag* ist.

§ 13.

Der zweite übliche *Consensualcontract* ist die *locatio conductio*; es giebt eine solche *rerum* und *operarum*; bei ersterer ist noch begrifflich ein Unterschied zwischen Mobilien und Im-

¹⁵⁸⁾ Baba Mezia 77, 2.

¹⁵⁹⁾ Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 8, § 4.

¹⁶⁰⁾ Puchta a. a. O. III S. 91, 92.

¹⁶¹⁾ Baba Mezia 14, 1; 15, 2; Kethuboth 104, 2; Baba Basra 169, 2.

¹⁶²⁾ Baba Kamma 9, 1; Tosafoth-Commentar oben; Maimonides XII. B., I. Gs., Cap. 19, § 2; Karo 226, § 5.

¹⁶³⁾ Maimonides XII. B., VII. Gs., Cap. 7, § 4.

mobilien möglich, letztere wieder kommt in zwei Arten vor, Dienstmiethe und Werkmiethe¹⁶⁴). Der Miether hat auch römisch verschiedene Namen: bei Mobilien allgemein conductor, bei Wohnungen colonus, bei Grundstücken inquilinus, wo es sich um eine Sachmiethe handelt; bei der Dienstmiethe wechseln die Benennungen, der Vermiether heisst als Arbeiter conductor operis, als Meister redemptor. Nach talmudischem Rechte kommen hier schon die entsprechenden charakteristischen Unterscheidungen vor; derjenige, welcher für die Miethe einen Preis in Geld zahlt, heisst überall, sowohl bei der Dienst- als auch bei der Sachenmiethe, Socher; bei letzterer aber im Fall von Immobilien Chocheh, wenn der Preis eine fixe Menge von Naturalien ist, Mekabel, wenn er eine relative Menge dieses Ertrages zahlt,¹⁶⁵ ^{165a}); der Partner heisst bei der Sachmiethe Maskir, bei der Dienstmiethe Sachir, als Arbeiter bei den operae solitae; dagegen Kablan, wenn er die Unternehmung garantiert¹⁶⁶), in dieser Beziehung ist Umen, der Meister, in höherem Sinne ein Kablan. Als allgemeiner Grundsatz gilt der Talmudsatz: eine Miethe ist ein Verkauf für ihre Zeit¹⁶⁷), in Folge dessen ist der Consens über den Preis allein unter keiner Bedingung rechtlich verbindend, es müssen die entsprechenden Erwerbsformen des Eigenthumserwerbes jede nach ihrer Art vorgenommen werden¹⁶⁸). Aus dem Dilemma bei der Dienst-

¹⁶⁴) Vgl. Sohm a. a. O. 292, 293; Puchta a. a. O. III S. 93.

¹⁶⁵) Demai, sowie auch Tosefta VI; Baba Mezia 103, 2.

^{165a}) So z. B. erhält der Eigenthümer auf Ceylon ein Drittel der Ernte als Pacht ausser einer Naturalvergütung für Steuern, Kohler, Rechtsvergleichende Studien S. 229; oder gar die Hälfte der Ernte als Pacht inclusive der Abgaben bei den Chinesen, Kohler, daselbst S. 200—204; ebenso in einer Quote von Früchten in Alt-Indien, Leist, Altarisches ius gentium S. 448.

¹⁶⁶) Auch je der Zahler eines Preises, der doch die ganze Leistung verlangt, ist im höheren Sinne ein Kablan. Rema in Choschen Mischpat a. a. O. 333 § 4.

¹⁶⁷) Baba Mezia 56, 1; Maimonides XIII. B., 1. Gs., Cap. 7, § 1; Karo a. a. O. 227 § 35; 315, § 2.

¹⁶⁸) Baba Kamma 79, 1; Baba Mezia 99, 1.

miethen^{168a}), wo überhaupt talmudisch keine effective Sache vorliegt, zieht sich der Talmud auf diese Weise, dass er den Beginn der Arbeit als einen rechtsverbindlichen Erwerb erklärt^{169) 169a}), weil dann begrifflich schon etwas für den Socher geleistet wurde. Aber hier giebt es schon gegen den Verkauf mehrere Ausnahmen; es soll schon die mit Zustimmung des Partners erfolgte Aufhebung der custodia, d. h., wenn der Vermiether dann seine Sache nicht mehr zu bewachen braucht, die Miethen perfect¹⁷⁰⁾ machen. Ebenso ist die Miethen auch bei Immobilien zwischen einem Juden und einem Andersgläubigen durch Bezahlung des Geldpreises perfect¹⁷¹⁾; beim Verkaufe ist in einem solchen Falle die Ausstellung einer Verkaufsurkunde ausser der Zahlung erforderlich¹⁷²⁾. Ebenso soll die Bezahlung des Geldpreises allein im Gegensatze zur allgemeinen Regel¹⁷³⁾ das Geschäft perfect abschliessen¹⁷⁴⁾, zur Begründung dessen heisst es: auch beim Verkaufe würde die Bezahlung das Geschäft abschliessen, aber der Verkäufer würde dann das bei ihm befindliche fremde Gut nicht gut hüten¹⁷⁵⁾, dieses entfällt bei der Miethen, da es doch weiter sein, des Vermiethers Eigenthum ist. Als Erschwerung beim Erwerbe der Miethen im Vergleiche zum Verkaufe wäre noch anzuführen, dass nach einer Ansicht bei der Miethen kein Kinjon helfen soll¹⁷⁶⁾; ebenso kann der

^{168a}) Vgl. Anm. 164.

¹⁶⁹⁾ Baba Mezia 49, 1; 82, 2.

^{169a}) [Ueber den Islam vgl. Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VI S. 247.]

¹⁷⁰⁾ Baba Mezia 80, 92; Tur und Karo a. a. O. 307, Ersterer § 1, Letzterer § 2.

¹⁷¹⁾ Rema in Choschen Mischpat 194, 1, was aber auch bestritten wird.

¹⁷²⁾ Baba Basra 35, 1; 54, 2.

¹⁷³⁾ Vgl. 90, 96.

¹⁷⁴⁾ Von Immobilien. Vgl. Anm. 168; Rema in Choschen Mischpat 195, § 9; bei Mobilien Karo, daselbst 198, § 6.

¹⁷⁵⁾ Baba Mezia 46, 2; 47, 1, 2; Eurubin 81, 2; Chulin 83, 1; Kiduschin 26, 1; 28, 2.

¹⁷⁶⁾ Tosafoth in Baba Mezia 11, 2 unten; in Arachin 30, 1; in Kiduschin 27, 1; aus Baba Mezia 99, 2; Karo a. a. O. 195, § 9.

Miethpreis, wenn er als ausstehende Geldforderung beim Vermiether sich befindet, nicht als Erwerbsmittel dadurch betrachtet werden, dass man dem Vermiether die Zahlung erlässt und das Geld in seinem Besitze bleibt, denn eine Schuld ist kein Geld in dieser Beziehung¹⁷⁷). Dieses Alles betrifft hauptsächlich die Entstehung der Sachenmiethe, oder auch die Dienstmiethe von Seiten des Sochers; die verschiedenen Arten der custodia, sowie die Entschädigung bei Verletzung derselben ist talmudisch eine Delictsobligation, die unter Zahl 8 den Schadenersatz in ihr Bereich hineinzieht¹⁷⁸), dagegen ist bei der Dienstmiethe der Sachir oder der Kablan in der Regel nicht gebunden und kann in der Mitte der Arbeit zurücktreten¹⁷⁹), ausser wenn dadurch Werthe der Socher absolut verloren gehen würden, weil keine spätere anderweitige Vertretung möglich ist¹⁸⁰); in diesem Falle kann nur eine vis maior ihn seiner Verpflichtung entheben¹⁸¹). Nun giebt es talmudisch noch zwei begleitende Verpflichtungen bei der Dienstmiethe; die erste, dass der Arbeiter von den Objecten der Miethe in natura sein physisches Verlangen nach denselben stillen darf, aber nur bei noch nicht abgerissenen Erdfrüchten, wenn eben ihre Fertigstellung erfolgt¹⁸²); die zweite, dass der Miethpreis, der in der Regel nach Beendigung der Miethe gezahlt wird¹⁸³), dem Tagelöhner nicht mehr als 12 Stunden nach geleisteter Arbeit verzögert werden darf; endete die Arbeit bei Tag, so muss die Bezahlung in der folgenden Nacht, endete sie bei Nacht, so muss sie im

¹⁷⁷) Aus Kiduschin 47, 1; Karo a. a. O. 195, 10.

¹⁷⁸) Vgl. Cap. 6. Mitte.

¹⁷⁹) Baba Kamma 116, 2; Baba Mezia 10, 1; 77, 1.

¹⁸⁰) Baba Mezia 77, 2.

¹⁸¹) Dasselbst; die Erklärung der vis major Maimonides XIII. B. I. Gs., Cap. 9, § 4; Karo a. a. O. 333, § 5.

¹⁸²) Und bei schon abgerissenen Erdfrüchten vor der Fertigstellung. Baba Mezia 87, 2; 93, 1.

¹⁸³) Im Gegensatze zum indischen Gewohnheitsrechte, wo gewöhnlich im Vorhinein dem Arbeiter gezahlt wird. Kohler in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. VIII S. 94—100.

folgenden Tage erfolgen¹⁸⁴⁾, was ebenso beim Kablan der Fall ist nach vollendeter Leistung¹⁸⁵⁾. Auch kennt der Talmud nicht den römischen Unterschied, in Betreff der durch Kenntnisse gelieferten Kunstleistungen¹⁸⁶⁾; talmudisch ist auch in diesem Falle, in einem höheren Sinne, von dem Leistenden als Kablan seltener als Sachir die Rede¹⁸⁷⁾; erst die vollendete Leistung wird bezahlt, nur die effectiv erworbene Miethe ist verbindlich, von einem Consensualvertrage oder einem Contracte überhaupt kann bei der Miethe also im Talmud keine Rede sein; ist ein Werth dem Einen für sein Eigenthum entstanden, so ist mit Ausnahme des Schenkungsfalles auch dem Anderen ein Gegenwerth in seinem Eigenthume erwachsen.

§ 14.

Der dritte Consensualvertrag ist die Societät, bei welcher durch beiderseitige Uebereinstimmung allein eine Contractobligation entsteht, indem ein jeder nach Massgabe seines Theiles oder seiner Verpflichtung, gebunden ist sämtliche Verbindlichkeiten aus der Gemeinschaft zu erfüllen. Nach römischem Rechte giebt es eine *societas omnium bonorum*, diese bringt schon einen Gemeinschaftsvertrag für den zukünftigen Erwerb mit sich, aber auch eine *societas quaestus et lucri*, die nur auf den letzteren allein gerichtet ist; zwar ist eine *societas in aeternum* ausgeschlossen, aber nur weil sie durch *renunciatio*, Tod und *venditio bonorum* aufgelöst wird; die Gemeinschaft in Folge eines Umstandes, die *communio incidens* ist nur eine *obligatio quasi ex contractu*¹⁸⁸⁾. Nach talmudischem Rechte ist die Begriffsentwicklung der *societas*

¹⁸⁴⁾ Verbot 238 aus III. Moses XIX, 13, entsprechend 230. Karo a. a. O. 339, § 3.

¹⁸⁵⁾ Baba Mezia 112, 1.

¹⁸⁶⁾ Puchta a. a. O. III S. 95.

¹⁸⁷⁾ Tosafoth in Jebamoth 106, 1. oben; Rema in Choschen Mischpat 264, § 7.

¹⁸⁸⁾ Puchta a. a. O. III S. 95—97.

ein conträre; die natürlichste *societas* ist jene in Folge der Erbschaft¹⁸⁹), ausserdem giebt es andere Umstände, die eine privatrechtliche Gemeinschaft schaffen, und unter ganz bestimmten Voraussetzungen ist auch die Construction einer Gemeinschaft möglich, aber niemals in Folge des *consensus* allein¹⁹⁰), weil dieser talmudisch rechtlich werthlos erscheint. Ein Umstand zur Begründung einer Societät kann ausser der Erbschaft noch eintreten: wenn Jemand Einem einen Theil einer Sache abkauft, wenn Mehrere zusammen eine Sache kaufen, oder als *res nullius* erwerben, wenn sie eine solche geschenkt erhalten¹⁹¹), ja sogar ein Baum, der auf der Grenze zweier Grundstücke wächst, schafft eine solche¹⁹²); als privatrechtliche Societät in Folge eines Umstandes gilt auch das Zusammenleben in einer Stadt¹⁹³), ebenso wie ein solches auf einer Reise¹⁹⁴). In all diesen Fällen haben die Personen in einzelnen Momenten gegen einander Verbindlichkeiten verschiedener Art, die in der Regel nur Folgen dieses Umstandes sind, und in dieser Beziehung giebt es auch eine Verpflichtung jedes *socius* für seinen Theil; ausserdem bewirkt die solidarische Haftpflicht im Talmud in erster Reihe eine Gemeinschaft in Theilverhältnissen, der in zweiter Reihe eine Haftpflicht für den Rest folgt¹⁹⁵); dieses kommt vor bei einer gemeinsamen Contrahirung einer Schuld, bei einem gemeinsamen Kaufe, sowie bei einem gemeinsamen Depositum¹⁹⁶). Obwohl nun

¹⁸⁹) Benennung der Cap. 173, 174, 175, sowie Text des § 9 in Cap. 176 durch Karo in Choschen Mischpat.

¹⁹⁰) Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 4, § 1. Anfang; Tur und Karo a. a. O. 176, Ersterer und Letzterer § 1.

¹⁹¹) Maimonides XII. B., III. Gs., Cap. 1, § 1; Karo a. a. O. 171, § 1.

¹⁹²) Karo a. a. O. 167, § 2.

¹⁹³) Maimonides XII. B., III. Gs., Cap. 6, § 1; Karo behandelt in der Abtheilung der Bodengemeinschaft solches a. a. O. unter 163.

¹⁹⁴) Baba Basra 116, 2; Tosefta in Baba Mezia VII und XI.

¹⁹⁵) Die Societät in dieser Beziehung bildet den Kern des letzten Theiles in Auerbach. Jüdisches Obligationenrecht I S. 524—625.

¹⁹⁶) Baba Mezia 34, 2; 96, 1; Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 25, § 9; Karo a. a. O. 77, § 1.

schon in letzterem eine Verpflichtung für eine ganze Handlung enthalten ist, so ist doch die Societät nur auf diese allein beschränkt, denn ein Umstand kann eben keine *societas omnium bonorum* bewirken; letztere kommt überhaupt im Talmud nicht vor und ist auch nach dessen Auffassung von der Societät begrifflich ausgeschlossen. Die Societät betrachtet der Talmud als eine Eigenthumsart, bei welcher die Gesellschafter sich gegenseitig derartige Rechte einräumen, deshalb schreibt er zur Gründung einer solchen dieselben Erwerbsformen wie beim Kaufe vor¹⁹⁷⁾; in Consequenz seines Grundsatzes¹⁹⁸⁾ wird eine Societät, wo nur Geld allein in dieselbe hingegeben wird, durch einen originellen Act begründet: die Gesellschafter legen das gesammte Geld in eine Tasche und jeder nimmt dann die Erwerbsform des Aufhebens vor¹⁹⁹⁾. Ebenso wie schon oben erklärt wurde²⁰⁰⁾, wird der Beginn der Handlung im gemeinsamem Interesse als Erwerbs- und Entstehungsmoment der Societät betrachtet²⁰¹⁾; bei verschiedener effectiver Betheiligung der Gesellschafter wird durch Tauscherwerb die Societät begründet²⁰²⁾. Da talmudisch der Erwerb einer *res futura* unmöglich ist, so kann die Societät für *res futurae*, welche in der *societas quaestus et lucri* enthalten ist, keinen rechtsgültigen Abschluss erhalten²⁰³⁾; in Folge dessen ist die *societas omnium bonorum* in dieser Beziehung unmöglich, ausser wenn diese zukünftigen Dinge Folgen eines gegenwärtigen Gegenstandes sind, wo dann der Gesellschafter als Miteigenthümer in dieser Beziehung auch ein Anrecht auf dieselben be-

¹⁹⁷⁾ Aus *Baba Basra* 42, 2; *Karo a. a. O.* 176, § 2.

¹⁹⁸⁾ Beim Tausche. Vgl. *Anm.* 89, 90, 96.

¹⁹⁹⁾ *Kethuboth* 93, 2; *Tosefta*, daselbst X; *Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 4, § 1*; *Karo a. a. O.* 176, 1.

²⁰⁰⁾ Vgl. *Anm.* 169.

²⁰¹⁾ *Baba Mezia* 99, 1.

²⁰²⁾ Was dann die leichteste Erwerbsart ist. Vgl. *Cap. 9, erste Hälfte.*

²⁰³⁾ *Maimonides XIII. B., IV. Gs., Cap. 4, § 2*; *Karo a. a. O.* 176, § 3. Vgl. *Anm.* 104.

sitzt²⁰⁴). Von der *societas in aeternum* kann ausser wegen der oben erwähnten auch nach römischem Rechte gültigen Aufhebungsmomente²⁰⁵) auch schon nur darum nicht mehr die Rede sein; nur so lange als der Gegenstand und seine effectiven Folgen existiren und existiren werden, ist eine Societät auch talmudisch zulässig. Ebenso existirt keine rechtlich-mögliche Verpflichtung, die einen *socius* binden soll, die Theilungsklage nicht zu erheben, weil letztere bei der Entstehung der Societät noch keine effective *res ist*²⁰⁶). Nur dann ist die zu jeder Zeit gültige²⁰⁷) Klage auf Theilung unzulässig, wenn ausdrücklich eine Zeitdauer für die Societät fixirt ist²⁰⁸), oder die betreffende Sache eine fixe Handelssaison hat²⁰⁹); sonst kann die Societät immer aufgelöst werden, ebenso wie jeder Eigenthümer sich seines Eigenthums entledigen kann. Gegen seinen *socius* ist die Haftpflicht beschränkt, diese Seite der Gemeinschaft gehört talmudisch nicht mehr hierher²¹⁰), sie bildet ein *Delict*, wenn sie verletzt wird; aber auch in ihrer positiven Seite hat sie gar keine Aehnlichkeit mit der römischen *Societas*.

§ 15.

Die vierte und letzte *Consensualobligation* entsteht nach römischem Rechte bei einem *Mandate*, es ist dies der Vertrag über unentgeltliche Ausführung eines Auftrages; wenn der Auftrag sich mit einer Vollmacht in vermögensrechtlichen Dingen verbindet, dann tritt dabei *Stellvertretung ein*²¹¹); ebenso giebt es ähnliche *Obligations* bei den Tutoren, die eigentlich die Stelle eines *Mandatars* einnehmen, auch bei

²⁰⁴) Maimonides daselbst; Karo daselbst.

²⁰⁵) Karo a. a. O. 176, § 19; die detaillirte Erklärung folgt in einer späteren Abtheilung dieser Arbeit.

²⁰⁶) *Baba Basra* 3, 2. Vgl. Anm. 104.

²⁰⁷) *Baba Mezia* 69, 2.

²⁰⁸) *Baba Mezia* 105, 1; Raschi-Commentar daselbst oben.

²⁰⁹) *Gitin* 31, 2; Karo a. a. O. 176, § 17.

²¹⁰) *Baba Basra* 42, 2; Karo a. a. O. 176, § 8.

²¹¹) Sohm a. a. O. S. 294, 295.

der Führung fremder Geschäfte ohne Uebergabe eines Mandats; allein bei diesen besteht die obligatio nur quasi ex contractu²¹²⁾. Auf den ersten Blick scheint in dieser Beziehung der Talmud ganz mit dem römischen Rechte übereinzustimmen; auch er kennt die Institution des Mandats, auch bei ihm ist die blosser Ernennung allein genügend²¹³⁾, die Zeugen sollen nur im Streitfalle das Factum beweisen²¹⁴⁾, nur kennt er sowohl einen unbezahlten, wie auch einen bezahlten Boten, letzterer haftet mehr in Bezug auf custodia²¹⁵⁾; auch er erhebt den Mandatarius, wenn er mit einer Vollmacht versehen ist, zu einem Stellvertreter in Rechtssachen²¹⁶⁾, welche Vollmacht aber noch einen Kinjon in Verbindung mit einem Grunderwerbe benöthigt²¹⁷⁾, wodurch der Bote in dieser Beziehung einen Besitz an dem Gegenstand erwirbt²¹⁸⁾. Aber si duo faciunt idem, non est idem, die wesentlichste Obligation ist nach römischem Rechte die Verpflichtung des Mandatarius zur Ausführung des Mandats, durch den consensus wird er dazu verpflichtet und es existirt diesbezüglich eine Klage²¹⁹⁾; talmudisch ist er privatrechtlich ganz frei, denn es ist doch eine Verpflichtung einer res futura, wobei ausserdem eine Handlung talmudisch im Vorhinein überhaupt keine res ist²²⁰⁾; sogar wenn ein Schaden durch die Nichtausführung entstehen sollte, hat der Auftraggeber gegen den Mandatarius keine Forderung. Höchstens darf er moralisch ihm dieses übel nehmen²²¹⁾; sogar wenn der Mandatarius dieses zu eigenem Nutzen aus-

²¹²⁾ Puchta a. a. O. III S. 99, 100.

²¹³⁾ Baba Mezia 98, 2; Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 1, § 1.

²¹⁴⁾ Baba Kamma 104, 1. Vgl. III. Schenkungen Anm. 30 in Zeitschrift f. vergl. Rechtsw. XIV S. 101.

²¹⁵⁾ Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 2, § 6; Karo a. a. O. 85, 1.

²¹⁶⁾ Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 3, § 1; Karo a. a. O. 122, § 4.

²¹⁷⁾ Baba Kamma 104, 2.

²¹⁸⁾ Baba Kamma 70, 1.

²¹⁹⁾ Sohm a. a. O. S. 294.

²²⁰⁾ Vgl. Anm. 106.

²²¹⁾ Karo a. a. O. 183, § 1.

nützt, behält er, der Bote, rechtlich für sich allein den Erwerb²²²⁾, freilich gilt er dann als Betrüger²²³⁾. Dieser Erwerb geschieht aber nur dann, wenn er ausdrücklich das Mandat für sein eigenes Interesse benützte; wenn dieses zuerst silentio erfolgte, dann hat der Auftraggeber erworben²²⁴⁾, es hilft dann nicht mehr die Verwahrung des Boten²²⁵⁾. Und von einem gegenseitigen Vertragsverhältnisse kann schwerlich nach talmudischen Begriffen die Rede sein, denn dieses entwickelt sich folgendermassen: in juridischer Fiction ist der Bote ganz mit der Person des Auftraggebers identisch²²⁶⁾, aber nur inwiefern er mit dem ausgedrückten²²⁷⁾ oder vorausgesetzten²²⁸⁾ Willen des Auftraggebers in Uebereinstimmung sich befindet. Wenn das Mandat talmudisch ein Contract wäre, so müsste man hier fast sagen, dass es ein *contractus leoninus* sei, denn alle Vortheile sind auf Seiten des Auftraggebers, alle Nachtheile auf Seiten des Boten; es gilt der Hauptgrundsatz: ich schickte dich aus für meinen Vortheil und nicht zu meinem Nachtheile²²⁹⁾; wenn dann der Bote beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes noch seinen Character als Bote hervorhebt, dann geht er noch gut aus, entweder das Geschäft wird bei einem Zuwiderhandeln ungültig²³⁰⁾ oder der Auftraggeber trägt den Schaden²³¹⁾; wenn er aber dieses zu thun unterliess, dann hat er allen Nachtheil, der Auftraggeber jeden Vortheil²³²⁾. Im ersteren Falle kann

²²²⁾ Kiduschin 59, 1; Tosefta, Jebamoth IV.

²²³⁾ Dasselbst. Vgl. Anm. 153.

²²⁴⁾ Tur und Karo a. a. O. 183, § 4.

²²⁵⁾ Dasselbst.

²²⁶⁾ Kiduschin 41, 1, 2; Nedarim 72, 2; Nasir 12, 2; Baba Mezia 96, 1.

²²⁷⁾ Vgl. Anm. 229.

²²⁸⁾ Kethuboth 85, 1; Karo a. a. O. 418, § 8; Rema in Choschen Mischpat 348, § 8.

²²⁹⁾ Keihuboth 85, 1; 99, 2; Kiduschin 42, 2; Baba Mezia 108, 1; Bechoroth 61, 1.

²³⁰⁾ Kethuboth 99, 2; Baba Basra 169, 2; Karo a. a. O. 182, § 2; Maimonides XII. B., IV. Gs., Cap. 1, § 2.

²³¹⁾ Weil er den Gegenstand erworben hat. Vgl. Anm. 226.

²³²⁾ Karo a. a. O. 182, § 5; 183, § 5.

die dritte Person durch das Verlangen der Vollmacht sich dem Vermögensnachtheile entziehen²³³), dieses Alles gehört aber nicht mehr hierher²³⁴) in das Verhältniss zwischen Auftraggeber und Boten; es wurde dieses nur hervorgehoben, um zu zeigen, dass unter der äusseren Aehnlichkeit keine, sozusagen innere Gleichheit sich entwickelt; von einem Consensualvertrage kann hier keine Rede sein, höchstens dürfte man sagen: das Mandat begründet talmudisch eine juridische Fiction, die der Talmud nach Möglichkeit in den Rechtswirkungen zu beschränken sucht, ja bei der Stellvertretung einer solchen Person, die auch persönlich handeln könnte, ist sie sogar verpönt, weil der Bote „nicht gut an seinem Volke handelte“²³⁵). Die römischen obligationes quasi ex contractu in dieser Beziehung als jene der Tutoren und der negotiorum gestores, haben talmudisch einen ganz anderen Entwicklungsprocess. Die Vormünder, deren Ernennung ohne Formalitäten erfolgt²³⁶), gelten zu Gunsten der Mündel in noch höherem Maasse als der Bote²³⁷) fictiv als die Eigenthümer: er hat die Hand des Eigenthümers²³⁸), sie haben also die Rechtsstellung der Stellvertreter mit einer höheren religiösen Verantwortlichkeit²³⁹); die unberufenen Verwalter fremden Eigenthums haben in bestem Falle nicht mehr Rechte als ein Bote²⁴⁰). In allen anderen Fällen, sowie überhaupt dort, wo das römische Recht in Ermangelung von Contracten die sogen. Quasicontracte construirte, legt sich der Talmud auf seine Weise die Frage vor: ist nach den Normen der Haftpflicht

²³³) Karo a. a. O. 122, § 1.

²³⁴) Da die Verhältnisse der Stellvertretung in einer späteren Abtheilung werden behandelt werden.

²³⁵) Schebuoth 31, 1.

²³⁶) Kiduschin 42, 2; Karo a. a. O. 290, §§ 1, 23; mit Kinjon, Rema in Choschen Mischpat 250, § 17.

²³⁷) Einerseits Kethuboth 84, 2; Gitin 11, 2; Baba Mezia 10, 1; andererseits aus Gitin 52, 2; Karo a. a. O. 105, § 1.

²³⁸) Karo a. a. O. 105, § 1; Sema in Choschen Mischpat 202, § 4, Nr. 10.

²³⁹) Karo a. a. O. 290, § 17.

²⁴⁰) Karo a. a. O. in 375 behandelt dieses ausführlich.

für eine Beschädigung oder nach jenen des Eigenthumsbesitzes widerrechtlich ein Schaden entstanden oder nicht?; im Bejahungsfalle spricht er dann von einer Delictsobligation, sonst ist die Person privatrechtlich frei. Zu ersterem gehört das sogen. *receptum nautarum* u. s. w. des mittelbaren Hüters, zu letzterem die Bereicherung *sine* und *injusta causa* des unrechtmässigen Besitzers, der Talmud construirt ganz ebenso die letztere Klage²⁴¹⁾, verpflichtet ebenso den mittelbaren *custos*²⁴²⁾, aber im Namen der Delictsobligation.

²⁴¹⁾ Maimonides XIII. B., III. Gs., Cap. 15, § 5.

²⁴²⁾ Wenn solches ortsüblich vorausgesetzt wird. Vgl. Maimonides XIII. B., I. Ges., Cap. 4, § 8.