

Lehrbuch
des
Pandektenrechts.

von

Dr. Bernhard Windscheid,
ordentlichem Professor des römischen Civilrechts an der Universität
zu München.

Erster Band.

Düsseldorf,
Verlagshandlung von Julius Neuenh.
1862.

Carl Georg von Wächter

in Verehrung

und in Dankbarkeit für vielfache Förderung und Belehrung

zugeeignet.

Vorrede.

Den ersten Anstoß zur Ausarbeitung des Lehrbuches, von welchem hier der erste Band erscheint, hat das Bedürfniß meiner Vorlesungen gegeben. Unter der Arbeit aber hat sich mir der Plan erweitert. Mein Ausgangspunkt zwar ist überall die Einführung und Anleitung des Lernenden, des mit dem Stoffe noch nicht Vertrauten, geliebten, und ich habe zur Erreichung dieses Zweckes selbst Umständlichkeit und Breite weniger geschont, als schwer verständliche Kürze. Zugleich aber habe ich es versucht, Demjenigen, welcher zu practischen oder theoretischen Zwecken eingehendere Untersuchungen zu machen veranlaßt ist, das Material mit einer gewissen Vollständigkeit zu überliefern, bald in ausführlicherer Darstellung, bald nur in Fingerzeigen. So mag dieses Buch vielleicht hoffen dürfen, auch neben den jetzt gewöhnlich gebräuchlichen trefflichen Lehrbüchern von Buchta und Arndts sich hier und da einen Freund zu erwerben.

Man hat sich in der neueren Zeit mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß ein Handbekenlehrbuch es unternehme, der doppelten Aufgabe gerecht zu werden, welche im Vorstehenden bezeichnet ist. Ich habe mich nicht davon überzeugen können, daß die Lösung der einen durch die Verfolgung der anderen beeinträchtigt werde; freilich muß ich gewärtig sein, daß der Erfolg mich des Irrthums überführe.

Durch den zweiten der bezeichneten Gesichtspunkte war auch die Ausführlichkeit geboten, mit welcher hier auf die Literatur Rücksicht genommen ist. Doch machte die Massenhaftigkeit derselben eine Beschränkung unumgänglich nöthig. Demzufolge habe ich die ältere Literatur principiell ausgeschlossen; ich meine näher: die Literatur vor Glück, über welche sich in dem Buche von Glück selbst Nachweisungen finden, die jedenfalls für den ersten Anlauf genügen. Auch die spätere Literatur ist nicht mit unbedingter Vollständigkeit citirt, was gleichfalls unausführbar gewesen wäre; doch war mein Bestreben darauf gerichtet, einmal nichts Wesentliches zu übergehen, und sodann, in dem Genannten die Mittel zur Auffindung des nicht Genannten zu gewähren.

Selbstständigkeit der Arbeit wird man hoffentlich nirgends vermissen. Von der anderen Seite habe ich das eitle Streben fern von mir zu halten gesucht, Alles anders sagen zu wollen, als meine Vorgänger es gesagt haben. Die Pflicht des Verfassers eines Lehrbuches ist, das Ueberlieferte zu prüfen, aber eben so sehr, das nach seiner Ueberzeugung Gute festzuhalten.

Im Uebrigen habe ich mich bemüht, möglichst deutsch zu reden, im Ausdruck wie in der Sache. Was den Ausdruck angeht, so bin ich nicht der Ansicht Derjenigen, welche in der Festhaltung der römischen Terminologie auch für das heutige Recht kein Uebel, oder wohl gar einen Vorzug sehen. Ich meine, daß zu einer wahrhaften Verdeutschung des römischen Rechts auch das gehöre, daß ihm, soweit dieß ohne pedantischen Purismus möglich ist, auch das deutsche Wort geliehen werde. Jedemfalls sollen unsere Gesetzbücher deutsch reden, und wir werden nie vergessen dürfen, daß auf die Abfassung derselben die Lehrbücher zu allen Zeiten einen nicht unbedeutenden, mittelbaren oder unmittelbaren, Einfluß ausüben werden. Auch was die Sache angeht, ist überall mein Bestreben darauf gerichtet gewesen, die Rechtsätze, welche ich vorgetragen habe, ihrer specifisch römischen Erscheinungsform zu entkleiden, und ihren auch für uns noch lebendigen Kern

herauszukehren. Von der anderen Seite werde ich keinen Tadel deswegen zu befahren haben, daß ich die römischen Rechtsätze, auch wo sie uns fremd anmüthen, als geltende vorgetragen habe, wenn ich einen besonderen Grund ihrer Nichtgeltung nicht nachweisen konnte. So lange das römische Recht in Deutschland gesetzliche Geltung hat, muß meiner Ansicht nach an diesem Principe festgehalten werden, wenn nicht eine unerträgliche Verwirrung entstehen soll. Freilich ist nichts so sehr, als die Durcharbeitung des recipirten fremden Rechtes im Ganzen, geeignet, den Wunsch und die Sehnsucht zu erwecken und zu steigern, daß es uns endlich mal beschieden sein möge, von so manchem innerlich abgestorbenen Rechtsatz in rascherer und sicherer Weise befreit zu werden, als dieß auf dem Wege eines Gewohnheitsrechts möglich ist, welches sich doch hauptsächlich auf die Wege der Praxis angewiesen sieht, dieser so viel genannten, und doch wie oft! unauffindbaren Praxis!

Und so möge denn diese Buch hinausgehen und versuchen, ob es etwas zu nützen im Stande ist. In Betreff des Zeitpunktes seiner Vollendung will ich lieber ein Versprechen nicht geben; nur das darf ich sagen, daß der Fortführung desselben alle Zeit und alle Kraft gewidmet sein werden, welche meine Vorlesungen mir übrig lassen.

Legernsee, den 3. September 1862.

Bernhard Windscheid.

Inhaltsverzeichnis.

§.	Einleitung.	Seite
1—2.	I. Begriff des Pandektenrechts	1
3—5.	II. Quellen des Pandektenrechts	7
6.	III. Bedeutung des Pandektenrechts	15
7—12 ^a .	IV. Literatur	17
13.	V. Anordnung der Darstellung	33

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel. Quellen des Rechts.		
14.	I. Das Gesetz	35
	II. Gewohnheitsrecht	
15.	Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit	37
16.	Erfordernisse des Gewohnheitsrechts	39
17.	Erkenntniß des Gewohnheitsrechts	43
18.	Kraft des Gewohnheitsrechts	44
19.	Autonomie. Observanz	45
Zweites Kapitel. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts.		
20.	I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt. Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und f. g. Legalinterpretation	46
21—22.	Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie	48
23.	Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie	54
24.	Wissenschaftliche Behandlung des Rechts	55
25—26.	II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere	57
Drittes Kapitel. Gegensätze im Recht.		
27.	Berechtigenbe, begriffsentwickelnde, verneinende Rechtsätze	60
28.	Strenges und billiges Recht	61
29.	Regelmäßiges und regelwidriges Recht. Privilegium.	63
30.	Zwingendes und nachgiebiges Recht	65

§.		Seite
	Viertes Kapitel. Gebiet des Rechts.	
31—33.	I. Zeitliche Grenzen	65
34—35.	II. Räumliche Grenzen	73
36.	Wohnsitz	79
 Zweites Buch. Von den Rechten überhaupt.		
Erstes Kapitel. Begriff und Arten der Rechte.		
37.	I. Begriff des Rechts	81
	II. Verschiedenheit der Rechte.	
38—42.	Dingliche und persönliche, Familien- u. Vermögensrechte Die Ansprüche.	83
43.	Begriff. Dingliche und persönliche Ansprüche	89
44.	Die römische actio	92
45.	Actio in rem und in personam	94
46.	Actio stricti iudicii und bonae fidei, actio arbitraria	97
47—48.	Die Einreden	101
Zweites Kapitel. Das Rechtssubject.		
I. Vom Rechtssubject im Allgemeinen.		
49.	Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts	105
50.	Unbestimmtheit des Rechtssubjects	109
51.	Mehrheit der Rechtssubjecte	109
II. Der Mensch als Rechtssubject.		
52—53.	A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit	110
	B. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheiten der Menschen.	
54.	Geschlecht, Alter, Gesundheit	114
55.	Religiöses Bekenntniß; Staatsangehörigkeit; Haus- unterthänigkeit	116
56.	Die bürgerliche Ehre	117
56 ^a —56 ^b .	Verwandtschaft und Schwägerschaft	120
III. Die juristische Person.		
57.	A. Begriff und Arten	124
	B. Rechtsverhältniß.	
58.	1. Die juristische Person als Rechtssubject	128
59.	2. Handlungen der juristischen Person	131
60.	C. Entstehung	133
61—62.	D. Ende	135
Drittes Kapitel. Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.		
I. Allgemeines.		
63.	Entstehung und Untergang	138

§.		Seite
64—65.	Veränderung	138
66.	Erwerb und Verlust	141
67—68.	Die juristischen Thatfachen	142
II. Die Rechtsgeschäfte.		
A. Begriff und Arten		
B. Erfordernisse der Gültigkeit		
69.	Einleitung	148
70.	1. Handlungsfähigkeit	149
71.	2. Form der Willenserklärung	153
72.	3. Willenserklärung durch Andere	155
73—74.	4. Wirklichkeit des erklärten Willens	163
75—77.	5. Motive des Willens.	
78—79.	Irrthum. Betrug	169
80.	Zwang	174
81.	6. Inhalt des Rechtsgeschäfts	176
C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.		
82.	1. Begriff und Arten	178
83.	2. Heilung	185
D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.		
84.	1. Im Allgemeinen	188
	2. Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechts- geschäfte.	
a. Bedingung.		
86—87.	α. Begriff und Arten	191
	β. Wirkung.	
88.	aa. Im Allgemeinen	197
89.	bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung	199
	cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.	
90.	αα. Ueberhaupt	203
91.	ββ. Hat die erfüllte Bedingung rückwir- kende Kraft?	205
92.	γγ. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen?	208
93—94.	γ. Besonders in Betreff besonderer Bedingungen	212
95.	δ. Statthastigkeit der Bedingungen	220
96—96 ^a .	b. Veriftung	221
97—100.	c. Voraussetzung	226
101.	III. Unerlaubtes Verhalten	235
IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Unter- gang und die Veränderung der Rechte.		
102.	A. Im Allgemeinen	238
103—104.	B. Bestimmung und Berechnung der Zeit	239
	C. Die Verjährung.	
105.	1. Im Allgemeinen	248

§.		Seite
106.	2. Die Verjährung der Ansprüche. Einleitung	251
	a. Bedingungen.	
107—109.	α. Nichtausübung des Anspruchs	253
110.	β. Zeitablauf	263
111.	γ. Redlichkeit des Verjährenden	264
112.	b. Wirkung	265
113.	3. Die unvorbeuliche Verjährung	269
	V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.	
114.	A. Begriff und Wesen	270
	B. Voraussetzungen.	
115.	1. Eine benachteiligende rechtliche Wirkung	275
	2. Ein rechtfertigender Grund.	
116.	a. Ueberhaupt	277
117.	b. Minderjährigkeit	279
118.	c. Zwang, Betrug, Irrthum	281
119.	d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse	284
120.	C. Die Wiedereinsetzung selbst	287
	Viertes Kapitel. Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.	
121.	I. Ausübung der Rechte	290
122.	II. Rechtsverletzung	294
123.	III. Verbot der Selbsthilfe	297
	IV. Einfluß des Prozesses auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses.	
124—126.	A. Beginn des Prozesses	301
	B. Das Urtheil.	
127.	Einleitung	312
128.	Voraussetzung der Verurtheilung	314
129—132.	Rechtskraft des Urtheils	316
133.	Anhang. Der Beweis	332
134.	V. Cautionen	337
135—136.	Anhang zum I. und II. Buche. Von den Privilegien	339

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

Erstes Kapitel. Allgemeines.

	I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.	
137.	Begriff der Sache. Körperliche u. unkörperliche Sachen	343
138.	Einfache und zusammengesetzte Sachen	346
139.	Bewegliche und unbewegliche Sachen	347
140.	Theilbare und untheilbare Sachen	348

§.		Seite
141.	Verbrauchbare, abnutzbare Sachen	350
142.	Gattungs- oder vertretbare, nicht vertretbare Sachen	351
143.	Zubehörungen	353
144.	Früchte	355
145—147.	II. Rechtsverhältnisse an Sachen	356
	Zweites Kapitel. Der Besitz.	
	I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.	
148—150.	A. Sachbesitz	363
151.	B. Rechtsbesitz	375
152.	II. Möglichkeit des Besitzes	376
153—154.	III. Erwerb des Besitzes	379
155.	Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter	383
156.	IV. Verlust des Besitzes	389
	V. Schutz des Besitzes.	
158.	Einleitung	393
159.	A. Schutz des Besitzes gegen Störung	395
	B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung.	
160—161.	1. Das reine römische Recht	399
162.	2. Nachrömische Fortbildungen	404
163—164.	VI. Rechtsbesitz	408
165.	Drittes Kapitel. Die Rechte an Sachen im Allgemeinen	413
166.	Rechtlicher Erwerb	416
	Viertes Kapitel. Das Eigenthum.	
167—168.	I. Begriff, Inhalt, Gegenstand	417
169.	II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums	420
169 ^a .	III. Miteigenthum.	427
	IV. Erwerb des Eigenthums.	
170.	A. Ueberzicht über die verschiedenen Eigenthumserwerbs- thatfachen	430
171—172.	B. Eigenthumserwerb durch den Willen des bisherigen Eigenthümers	432
172 ^a .	Veräußerungsverbote	439
173.	C. Eigenthumserwerb durch Richterspruch	442
174.	D. Eigenthumserwerb durch Gesetz	443
	E. Erfindung.	
175.	Einleitung	445
	1. Erfordernisse der außerordentlichen Erfindung.	
175 ^a .	a. Besitz	447
176—177.	b. Rechtlicher Besitz (guter Glaube)	449
178—179.	c. Berechtigter Besitz (Titel)	454
180—181.	d. Dauer des Besitzes	458
182.	e. Ausnahmen	468
183.	2. Erfordernisse der ordentlichen Erfindung	467
184.	F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen	468
185.	G. Eigenthumserwerb an neu entstandenen Sachen	471

§.		Seite
186.	Früchte	473
187.	Arbeitsproducte	479
188—190.	H. Eigentumsverwerb durch Verbindung	481
191.	V. Verlust des Eigentums	488
	VI. Der Eigentumsanspruch.	
192.	Einleitung	488
	A. Der Eigentumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache.	
193—194.	1. Inhalt	490
195.	2. Gegenansprüche	493
196.	3. Veransetzungen	494
197.	4. Einreden	497
198.	B. Der Eigentumsanspruch wegen Eingriffs	499
199.	Der Anspruch des redlichen Erwerbers	502
	Fünftes Kapitel. Die Dienstbarkeiten.	
200.	I. Begriff	506
201.	II. Arten	509
	III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.	
	A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.	
202.	1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt	512
	2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.	
203—205.	a. Der Nießbrauch	515
206.	Uneigentlicher Nießbrauch	523
207.	b. Das Gebrauchsrecht	526
208.	Habitatio und operae	529
	B. Die Grunddienstbarkeiten.	
209—210.	1. Allgemeines	530
	2. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.	
211.	a. Fektdienstbarkeiten	538
211 ^a .	b. Gebäudedienstbarkeiten	540
	IV. Begründung der Dienstbarkeiten.	
212.	A. Durch den Willen des Eigentümers	544
213.	B. Durch Erfindung	549
214.	C. In anderer Weise	553
215—216.	V. Aufhebung der Dienstbarkeiten	553
217.	VI. Der Dienstbarkeitsanspruch	561
	Sechstes Kapitel. Emphyteusis und Superficies.	
218.	Einleitung	563
	I. Emphyteusis.	
219—220.	A. Rechte und Pflichten des Emphyteuten	566
221.	B. Begründung der Emphyteusis	569
222.	C. Beendigung der Emphyteusis	572
223.	II. Superficies	574
	Siebentes Kapitel. Das Pfandrecht.	
224.	I. Begriff und Wesen	577

§.		Seite
225—226.	II. Verhältniß des Pfandrechtes zur Forderung	580
226 ^a —228.	III. Gegenstand des Pfandrechtes	585
	IV. Entstehung des Pfandrechtes.	
229.	A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechtes im Allgemeinen	593
230.	B. Entstehung des Pfandrechtes durch Vertrag	594
231—232.	C. Entstehung des Pfandrechtes durch Rechtsfah	597
233.	D. Nichtverliches Pfandrecht	603
233 ^a —233 ^b .	E. Erwerb bestehender Pfandrechte	606
	V. Inhalt des Pfandrechtes.	
	A. An körperlichen Sachen.	
234.	1. Recht des Besitzes	612
235—236.	Pfandanspruch und Pfandklage	614
237—238.	2. Recht des Verkaufs	621
239.	B. An unkörperlichen Sachen	627
	VI. Mehrheit der Pfandrechte.	
240—241.	A. Rechtsverhältniß	633
	B. Rang der Pfandrechte.	
242—244.	1. Zeitverhältniß	637
245.	2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechtes	645
246.	3. Pfandprivilegien	646
247.	C. Uebergang des Ranges	650
	VII. Beendigung des Pfandrechtes.	
248.	A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit anderen Rechten gemein hat	652
249.	B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrecht eigentümlich sind	657

Abkürzungen.

Die Lehr- und Handbücher von Seuffert, Puchta, Bangerow, Rierulff, Savigny, Sintenis, Arndts, Brinz, Keller, Böcking, Wächter, Unger (S. 29—31) sind blos mit dem Namen ihrer Verfasser citirt.

Einleitung.

I. Begriff des Pandektenrechts.

§. 1.

Unter Pandektenrecht wird verstanden das gemeine deutsche Privatrecht römischen Ursprungs.

Das gemeine deutsche Privatrecht ist dasjenige deutsche Privatrecht, welches für Deutschland als Deutschland, für Deutschland als Ganzes gilt¹. Dieses gemeine deutsche Privatrecht ist nur zum Theil einheimischen Ursprungs; anderen, und überwiegenden Theils, beruht es auf recipirten fremden Rechten,

¹ Ueber den Begriff des gemeinen Rechts s. Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 3—17, Th 31 Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 46—48, Bruns in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII. S. 208 fg. Der Begriff des gemeinen Rechts beruht auf dem, wie überhaupt, so namentlich auch für die Rechtswissenschaft, so ungemein wichtigen Begriff des Ganzen, als eines seinen Theilen gegenüber selbständigen Dinges, als eines Dinges, welches etwas Anderes ist, als die Summe seiner Theile. Das für ein Rechtsgebiet als Ganzes in diesem Sinne geltende Recht ist das gemeine Recht der einzelnen Gebiete, in welche das Ganze zerfällt; das für die einzelnen Gebiete als solche geltende Recht ist das besondere, particuläre, Recht dieser Gebiete. Das letztere wird auch dadurch nicht zum gemeinen Recht, daß sein Inhalt für alle Gebiete der gleiche ist (Th 31 nennt ein solches Recht passend allgemeines Recht), wie umgekehrt das gemeine Recht dadurch nicht aufhört, gemeines Recht zu sein, daß ein zu dem Ganzen gehöriges Gebiet, oder auch mehrere Gebiete, sich ihm entziehen; die übrigen Gebiete fahren fort ihm unterworfen zu sein nicht als für sich bestehende Gebiete, sondern deswegen, weil sie zum Ganzen gehören. In dieser Beziehung kann Wächter nicht beigetreten werden, welcher behauptet, von einem gemeinen Rechte könne nicht mehr geredet werden, sobald es auch Windscheid, Pandekten. I. Abthlg. 1

und unter diesen nimmt den hauptsächlichsten Platz das römische Recht ein².

Das römische Recht ist in Deutschland zur Geltung gelangt³ nicht durch einen Act der Gesetzgebung, sondern auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes, und zwar näher, nicht durch die Uebung des Volkes, sondern durch die Uebung der Juristen, welche dasselbe ihren Rechtsprüchen und Rechtsgutachten zu Grunde legten (§ 16). Dieselben wurden dabei hauptsächlich bestimmt durch die überwältigende geistige Gewalt, mit welcher das römische Recht ihnen entgegentrat. Das römische Recht war gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommene, daß es nicht mehr als ein Recht, sondern als das Recht erschien⁴. Die deutschen Juristen folgten, indem sie das römische Recht zur Anwendung brachten, dem gleichen Zug, welcher ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandlosen Hingabe an die der Vergangenheit wieder entriszene antike Cultur⁵. Neben

nur für Einen Theil nicht mehr gelte; es erscheinen hier die beiden Begriffe 'ein Rechtsgebiet als Ganzes' und 'ein ganzes Rechtsgebiet' verwechselt. Noch weniger verdient Beifall, schon wegen ihrer Unbestimmtheit, die Ansicht von Bruns, welcher den Begriff des gemeinen Rechts erst dann ausgeschlossen wissen will, „wenn die Ausnahmen sich vermehren“.

² Daneben steht das canonische Recht und das longobardische Lehnrecht.

³ Eine allen Anforderungen entsprechende Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland muß noch erst geschrieben werden. Hervorzuheben sind: Senckenberg *methodus iurisprudentias* app. III. p. 128—147. Eichhorn *deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* III. §. 440—444, und vor Allem Stobbe *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* I. S. 609—655.

⁴ Das einheimische Recht war zum großen Theil Gewohnheitsrecht, und insofern, wie man es damals nannte, *ius incertum*, es enthielt eine Reihe von einzelnen, meist sehr concret gefaßten Regeln, aber es mangelte ihm an leitenden Grundfäden; seine Bestimmungen waren gegenüber den Bedürfnissen des immer mehr aufblühenden Verkehrs nicht ausreichend. Das römische Recht, wie es aus geschriebenen Büchern mit Sicherheit erkannt werden konnte, gewährte Hilfe für Alles. Stobbe a. a. D. S. 636—638.

⁵ Stobbe a. a. D. S. 640. „So wie die Humanisten aus den griechischen und römischen Autoren die absolute Wahrheit und menschliche Bildung zu schöpfen glaubten, so waren sich auch die Juristen, welche das römische Recht in Bologna studirt hatten, und es in der Heimath zur Geltung zu bringen suchten, dessen nicht im Entferntesten bewußt, daß sie ihrem Volke ein fremdes Recht zuführten, und daß nicht alle Sätze des *Corpus Juris* zur Anwendung kommen dürften. Man glaubte kein fremdes Recht zu übertragen,

diesem Hauptgrunde wirkte als unterstützend mit die Idee, daß das römische Reich, dessen Krone der deutsche König trug, nur eine Fortsetzung des alten Reichs der römischen Imperatoren sei, den Justinianischen Rechtsbüchern also dieselbe verbindende Kraft zukomme, wie einem Reichsgesetze⁶. Als im Jahre 1495 das neu organisirte Reichskammergericht unter Anderem auch auf das römische Recht verwiesen wurde⁷, war dieß bereits bei Weitem

sondern nur das seiner Entwicklung nach vollendetere Recht, das Recht *per hoc* anzuwenden“. — Es kam hinzu der Mangel an historischem Sinn, welcher jener Zeit eigen war. So hatte man auch den Sachsenpiegel in vielen Gerichten als gesetzliche Quelle recipirt, ohne genau zu untersuchen, ob jeder Satz desselben mit dem particulären Rechte in Einklang stünde; man wandte sich um Rechtsbelehrung an einen Oberhof, ohne zu fragen, ob zwischen den Grundlagen seines Rechts und des der anfragenden Stadt Uebereinstimmung herrsche. Stobbe S. 639.

⁶ Das römische Recht galt als ein für den ganzen Weltkreis verbindliches Recht, wie das römische Reich als ein den ganzen Weltkreis begreifendes Reich. Diese Idee tritt in den Gesetzen und Urkunden der deutschen Kaiser schon seit Otto III. hervor (Stobbe S. 612—624). Besondere Kraft mußten sie in Deutschland haben, wo der deutsche Kaiser wirklich herrschte, und hier wieder vorzugsweise, soweit er unmittelbar herrschte. Für das kaiserliche Hofgericht findet sich denn auch bereits aus dem Jahre 1342 eine Erklärung K. Ludwig's, daß an demselben fortan „nur nach Kunig und Keisern seiner vorfare an dem römischen richte gesehen und ihre geschriben rechten“ geurtheit werden solle. Eine gleiche Erklärung gab Albrecht II. in dem Landfrieden von 1438. Stobbe S. 621—624.

⁷ Es sollte urtheilen „nach des Reichs und gemeinen Rechten“. Unter den 'gemeinen Rechten' ist hier eben das römische Recht, wenn nicht allein, so doch gewiß mit verstanden. Wenn man früher zu weit ging, und in dieser Bestimmung die eigentliche Quelle der Geltung des römischen Rechts in Deutschland sehen wollte, so darf man auf der anderen Seite den Einfluß, welchen das Reichskammergericht auf die Einführung und Befestigung des römischen Rechts gehabt hat, nicht unterschätzen. Beweis ist, daß in Ländern, auf welche sich seine Autorität nicht erstreckte, bei übrigens im Wesentlichen gleichen Verhältnissen das römische Recht Gesetzeskraft nicht erlangt hat, so in der Schweiz, Schleswig, Nordfrankreich. Vgl. Eichhorn *deutsche Staats- u. Rechtsgesch.* IV. §. 442, Gerber *das wissenschaftliche Princip des gem. d. Privatrechts* S. 128, 145. — Neuerdings ist wieder E. Meyer (die Rechtsbildung in Staat und Kirche [1861] S. 71) so weit gegangen, den Satz aufzustellen, die Reception des römischen Rechts sei „als ein Act der deutschen Centralgewalt“ anzusehen; allerdings gestattet er daneben auch, dieselbe „als durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht vor sich gegangen“ zu betrachten.

keine Neuerung mehr; mit dem Anfang des 16. Jahrhunderts kann die Reception des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden⁸.

§. 2.

Näher bestimmt sich die Geltung des römischen Rechtes in Deutschland durch folgende Sätze.

1. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht als absolutes gemeines, sondern nur als subsidiäres gemeines Recht, d. h. es schließt nicht entgegenstehende particularrechtliche Bestimmungen aus, sondern es kommt nur zur Anwendung, insoweit particularrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen.

2. Das römische Recht gilt in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification und die Lehre der Schule von Bologna erhalten hat; nur in dieser Gestalt ist es recipirt worden. Hierüber das Nähere im folgenden Paragraphen.

3. In dieser Gestalt ist das römische Recht als Ganzes recipirt worden¹; es braucht daher seine Anwendbarkeit nicht für jeden einzelnen in ihm enthaltenen Satz gerechtfertigt zu werden;

⁸ Spuren der Bekanntschaft mit dem römischen Recht finden sich in Deutschland bereits seit dem 13. Jahrhundert, so namentlich Clauseln in Notariatsurkunden, durch welche auf Einreden des römischen Rechts verzichtet wird. Stobbe S. 646—650. Aber auch angewendet wurde in einzelnen Sätzen und Instituten das römische Recht schon seit dem Ende desselben Jahrhunderts. Stobbe S. 650. 651. Einer umfassenderen Anwendung des römischen Rechts mußte erst vorausgehen die Gründung einheimischer Universitäten (seit der Mitte des 14. Jahrh.), und daß auf ihnen auch das römische Recht eine mehr als untergeordnete Berücksichtigung fand, was erst seit der Mitte des 15. Jahrhunderts der Fall war. Stobbe S. 625—631. Seit dieser Zeit wuchs die Anwendung des römischen Rechts mit der Zahl der gelehrt gebildeten Juristen; dieselben erlangten in den Gerichten zuerst das Uebergewicht, und verdrängten schließlich die Volksschöffen aus denselben ganz. — Das römische Recht ist auch in andere Länder eingebracht, als in Deutschland, namentlich in England und Nordfrankreich (in Südfrankreich hatte es zu gelten nie aufgehört). Aber in England hat es nicht festen Fuß gefaßt (vgl. den Aufsatz von Wiener in der fr. Zeitschr. f. Gelehtg. u. RW. des Auslandes IX. 9), in Nordfrankreich ist es nicht zur Gesetzeskraft gelangt.

¹ Wie man sich früher ausdrückte: „in complexu“. Das will sagen: Gegenstand der Reception waren nicht die einzelnen römischen Rechtsätze als diese, wegen ihres besonderen Inhalts, sondern Gegenstand der Reception war das

jeder in ihm enthaltene Satz ist für anwendbar zu halten, so lange sich nicht Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben².

4. Das römische Recht gilt in Deutschland nicht unmodificirt. Die Modificationen, mit welchen es gilt, haben eine dreifache

römische Recht als solches. Alle Gründe der Reception beziehen sich auf das römische Recht als solches, nicht auf den besonderen Inhalt seiner besonderen Sätze. Vgl. Wächter gemeines Recht S. 103—202. Daher sind die Zeugnisse für die Reception des einen Satzes zugleich Zeugnisse für die Reception des anderen. Man wird entweder die Reception des römischen Rechts ganz leugnen, oder diese Consequenz zugeben müssen. Vgl. die folgende Note.

² Früher drückte man das so aus: wer sich auf das römische Recht berufe, habe „fundatam intentionem“. Wenn man das näher dahin verstand: es könne die Anwendung eines jeden Satzes des römischen Rechtes verlangt werden, bis der Gegner dessen Unanwendbarkeit bewiesen habe, so war das allerdings insofern ein Irrthum, als von einem civilprozeßmäßigen Beweise bei Rechtsätzen überhaupt keine Rede sein kann. Der Richter wird also selbständig zu untersuchen haben, ob nicht Gründe für die Unanwendbarkeit eines in Frage gestellten Satzes des römischen Rechts vorliegen: wozu namentlich auch gehört, daß das Verhältniß, worauf sich ein römischer Satz bezieht, heutzutage ganz fehlt. Im Zweifel aber wird er sich allerdings für die Anwendbarkeit zu entscheiden haben. Das ist zwar in der neueren Zeit gesehnet worden (Weseler Volkrecht u. Juristenrecht S. 99—105, Reyscher Zeitschr. für deutsch. R. IX. S. 373—408, Leif civilistische Studien I. S. 12—20, vgl. auch Eichhorn deutsches Privatr. §. 40 Note o, aber aus nicht stichhaltigen Gründen. Man hat geltend gemacht: 1) es sei nicht wahr, daß das römische Recht als Ganzes recipirt worden sei, — denn es sei nicht ganz recipirt worden. Das ist kein Beweis; auch hier liegt die in §. 1 Note 1 bezeichnete Verwechslung zu Grunde. Das Ganze ist etwas Anderes als die Summe seiner Theile: Etwas gilt vom Ganzen deswegen nicht weniger, weil es wegen eines besonderen Grundes von einem oder dem anderen Theil des Ganzen nicht gilt; die Reception bezieht sich deswegen nicht weniger auf das römische Recht als Ganzes, d. h. auf dasjenige, was die Eigenschaft hat römischer Rechtsatz zu sein, weil nicht Alles, was diese Eigenschaft hat, recipirt ist. Man hat 2) angeführt: das römische Recht sei hinter dem einheimischen deutschen, nicht bloß particularären, sondern auch gemeinen Rechte recipirt. Das ist richtig; aber daraus folgt nicht, daß nicht im Zweifel anzunehmen sei, daß es einen dem römischen Recht entgegenstehenden und dasselbe ausschließenden gemeinen Rechtsatz nicht gebe. Was für ein Ganzes gilt, gilt nicht nothwendig für alle seine Bestandtheile; aber es ist nicht das Normale, daß ihm einer seiner Bestandtheile entzogen sei. Gerechtfertigt werden muß nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Gegen Weseler und Reyscher vgl. Wächter gemeines Recht S. 186—204, Gerber Princip des gem. deutsch. Privatr. S. 154—157. — Zu weit geht auch die Behauptung (Savigny I. S. 69. 165, Sinteris I. S. 18), daß alle dem öffentlichen Recht angehörenden Bestimmungen

Quelle: das canonische Recht³, die deutschen Reichsgesetze⁴, das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht⁵. — Die selbständigen Rechtsinstitute, welche auf diesen Rechtsquellen beruhen, gehören in die Darstellung des Pandektenrechts nicht, sie finden ihre Darstellung in anderen Disciplinen⁶.

des römischen Rechts für nicht recipirt zu erachten seien, vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII. S. 434 fg., gemeines Recht Deutschlands S. 193 Note 236, Guypet Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 44. 45.

³ Das canonische Recht enthält nicht bloß Bestimmungen über kirchliche Verhältnisse, es greift vielfach auch in das bürgerliche Recht ein; das erklärt sich aus der im Mittelalter weit gezogenen Competenz der geistlichen Gerichte. Zunächst war es nun zwar nur für diese geistlichen Gerichte verbindlich; aber allmählig drang es auch in die weltlichen ein, in Deutschland ist es recipirt wie das römische. Wie das römische Recht als Kaiserrecht, so trat das canonische Recht mit den Ansprüchen auf, welche ihm die Autorität der Kirche verlieh. („Für die Reception des canonischen Rechts fehlt es an eingehenden Untersuchungen“, Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 610.)

⁴ Dieselben sind aber für das Privatrecht nicht von großer Bedeutung. Eine Aufzählung der für das Privatrecht wichtigsten bei L. 81 Einl. in das deutsche Privatr. §. 26. — Die Bundesacte und die deutschen Bundesbeschlüsse sind nicht Quellen des gemeinen deutschen Rechts; sie gelten für die einzelnen Bundesstaaten nur kraft der in denselben erfolgten Publication.

⁵ Die Existenz eines gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts wurde bei dem ersten gewaltsamen Andrängen des römischen Rechts gar nicht anerkannt; erst allmählig vermochte sich die Ueberzeugung Bahn zu brechen, daß es auch außer den Reichsgesetzen und außer den Particularrechten noch einheimisches Recht gebe, welches dem römischen Recht vorgezogen werden müsse. Es ist überhaupt der leitende Faden, welcher durch die gesammte deutsche Rechtsentwicklung seit der Reception des römischen Rechts hindurchgeht, daß sich dem letzteren gegenüber das einheimische Recht immer mehr zusammengenommen, und sich immer größere Anerkennung errungen hat. Eine nicht hoch genug anzuschlagende Förderung hat diese Richtung durch die historische Erforschung des deutschen Rechts erhalten, welche mit der Mitte des 17. Jahrh. erwachend, seit dem Anfang des gegenwärtigen zu immer größerer Blüthe gelangt ist. Von Bedeutung war es auch, daß man seit dem Beginn des 18. Jahrh. begann, den rechtsrechtlichen Stoff von dem römischrechtlichen im akademischen Vortrage und in schriftstellerischer Darstellung auch äußerlich abzusondern. Die Disciplin, welche sich daraus gebildet hat, nennt man die Disciplin des gemeinen deutschen Privatrechts, — in nicht passender Weise; denn auch das recipirte römische Recht ist deutsches Privatrecht, es gilt für uns nicht als römisches, sondern als deutsches Recht.

⁶ In den Disciplinen des Kirchenrechts und des in der vorigen Note bezeichneten s. g. gemeinen deutschen Privatrechts.

5. Durch die Auflösung des deutschen Reichs ist die Geltung des römischen Rechts in Deutschland nicht alterirt worden⁷. —

Daß das im Vorstehenden näher bezeichnete Recht Pandektenrecht genannt wird, hat einen historischen Grund; der Name hat sich aus jener Zeit erhalten, wo dieses Recht in der Form einer Exegese oder doch nach der Ordnung der Justinianischen Pandekten vorgetragen zu werden pflegte.

II. Quellen des Pandektenrechts.

§. 3.

Die Quellen des Pandektenrechts ergeben sich aus dem in den vorigen Paragraphen Gesagten.

Seine hauptsächlichste Quelle bildet das römische Recht, in derjenigen Gestalt, welche es durch die Justinianische Codification erhalten hat. Die Justinianische Codification zerfällt in 4 Theile: die Institutionen, die Pandekten, den Codex, die Novellen¹. Die Gesammtheit derselben wird seit den Glossatoren Corpus iuris civilis genannt.

⁷ Es ist behauptet worden, durch die Auflösung des deutschen Reiches habe das römische Recht aufgehört, gemeines Recht für Deutschland zu sein; seit dieser Zeit gelte es in den einzelnen deutschen Staaten nur noch deswegen, weil die Landesgesetzgebung derselben es beibehalten habe, also als Particularrecht (Wächter gemeines Recht Deutschlands S. 171 fg., S. 205 fg., f. auch E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche [1861] S. 80—81). Hiergegen ist mit Recht eingewendet worden (Bruno in Ersch und Gruber Encyclopädie LVII. S. 210—212, S. 218—220), daß nur für das gemeine Gesetzesrecht Erforderniß sei, daß die einzelnen Gebiete, für welche es gelte, zu einem und demselben Staate gehören, nicht aber für das gemeine Gewohnheitsrecht; den Ausgangspunkt für das letztere bilde nicht die Gesetzgebungsgewalt des Staates, sondern die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung des Volkes; auch vor dem Jahre 1806 habe das römische Recht nicht kraft der Reichsgewalt gegolten. Die practische Bedeutung der Frage ist, ob seit der Auflösung des deutschen Reiches eine gemeinrechtliche Fortbildung des römischen Rechts möglich gewesen ist, was Wächter leugnet.

¹ Die Institutionen und die Pandekten haben Gesetzeskraft erhalten vom 30. December 529, der Codex (repositioe lationis) vom 29. December 529 an. Das Nähere über den Inhalt und die Einrichtung dieser Rechtsbücher wird hier als bekannt vorausgesetzt. Die Novellen sind einzelne, von Justinian nach Vollendung seiner Codification erlassene Gesetze.

Der Grund, weswegen nur das Justinianische, weder das vorjustinianische, noch das nachjustinianische Recht die Quelle des Pandektenrechts bildet, ist der, weil das römische Recht nur in der Gestalt in Deutschland recipirt worden ist, in welcher es die Schule von Bologna² lehrte; derselben war aber nur das Justinianische Recht bekannt.

Die Schule von Bologna hat aber nicht bloß das vor- und nachjustinianische Recht nicht gelehrt, sie hat auch nicht das ganze Justinianische Recht gelehrt. Das Kennzeichen dessen, was sie gelehrt hat, ist, daß es glossirt worden ist³; daher das alte Rechtsprüchwort: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia*⁴. Daß etwas nicht glossirt worden ist, hat seinen Grund theils darin, daß es in den Handschriften der Glossatoren fehlte, theils darin, daß sie es für unanwendbar hielten. In die erste Kategorie gehören namentlich die zahlreichen griechischen Constitutionen des

² Im früheren Mittelalter war die Kenntniß des römischen Rechts selbst in denjenigen Ländern, in welchen seine Geltung nach dem Sturze des weströmischen Reiches nie ganz aufgehört hatte, eine sehr verdunkelte. Von Bologna ging mit dem Ende des 11. Jahrh., auf Grund der Wiederauffindung der echten Justinianischen Gesetzbücher, ein erneutes Studium desselben aus, und nahm sehr bald einen außerordentlichen Aufschwung. Fortgesetzt wurde es in den anderen Schulen, welche nach dem Muster der zu Bologna in Italien, Südfrankreich, Spanien gestiftet wurden. Die in diesen Schulen ausgebildete Doctrin ist es, welche sich, wie über ganz Europa, so auch nach Deutschland verbreitete; für sie ist der in Bologna festgestellte Quellencanon immer maßgebend geblieben. Das Nähere über diese Dinge findet sich in dem klassischen Werke von Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. III—VII, 2. Ausg. 1834. 1850. 1851. Vgl. auch Böcking I. §. 24.

³ Glossen sind Erklärungen, welche ein Rechtslehrer „seinem Exemplar in der Absicht beigezeichnet hatte, daß sie so wie andere Bücher erhalten, abgeschrieben und verbreitet werden sollten“ (Savigny a. a. O. III. S. 553). Die ursprünglichen Glossen sind durch die Zusammenstellung, welche der Glossator Accursius in der ersten Hälfte des 13. Jahrh. aus eigenen und fremden Glossen gemacht hat, vollständig verdrängt worden. Diese Zusammenstellung ist es, was man 'die Glosse' (*glossa ordinaria*) nennt. Savigny a. a. O. V. S. 262—305.

⁴ Ueber diese Regel und ihre fortwährende heutige Geltung s. Osenbrüggen in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 9 (1841). Ein Verzeichniß der nicht glossirten Stellen bei Böcking I. Anh. S. *6—*11. Vgl. aber auch Krudts §. 2 Anm. 3. c.

Codex⁵; aus dem zweiten Grunde haben sie von den 134 Novellen, welche sie besaßen⁶, nur 97 glossirt.

Von der anderen Seite ist durch die Schule von Bologna Einiges in die Justinianische Sammlung hineingekommen, was ihr ursprünglich nicht angehörte, die s. g. Authenticas, Auszüge aus den Novellen und zum Theil aus Gesetzen deutscher Kaiser (Friedrich I. und Friedrich II.), welche an die dadurch abgeänderten

⁵ Die griechischen Constitutionen im Justinianischen Codex bildeten etwa den 25. Theil der Gesamtzahl; sie wurden im Occident nicht abgeschrieben, weil man sie nicht verstand. Später sind sie aus kirchlichen Sammlungen und griechischen Quellen so gut es gehen wollte, dem Wortlaut oder dem Inhalt nach, wiederhergestellt worden, s. g. *leges restitutae*. Vgl. Witte die *leges restitutae* des Justinianischen Codex (1830), Wiener u. L. G. Heimbach Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex (1833). — Die griechischen Stellen der Pandekten hatten die Glossatoren in einer lateinischen Uebersetzung. Dagegen fehlte ihnen der Schluß von XLVIII. 20 (l. 7 §. 5 — l. 11) und 22 (l. 10—19); auch diese Lücke ist erst später (dem Inhalt nach) aus den Basiliken ergänzt worden. — Von den Novellen in der folg. Note. — Gegen die Ansicht, daß auch den *leges restitutae* Gesetzeskraft zukomme, s. Savigny System I. S. 70—75 und Osenbrüggen an der in Note 4 citirten Stelle.

⁶ Justinian hat im Ganzen 166 Novellen erlassen, die meisten in griechischer Sprache; die Sammlung von 134 Novellen, welche die Glossatoren besaßen, enthielt diese letzteren in einer lateinischen Uebersetzung. Sie nannten diese Sammlung der bis dahin allein gebrauchten Sammlung des Julianus gegenüber, welche die einzelnen Novellen nur in einem Auszuge gab (daher die Bezeichnung *epitoma Iuliani*), *Authenticum*, die einzelnen Stücke *Authenticas*. Später ist auch der griechische Novellentext wieder aufgefunden worden (in einer Sammlung von 168 Novellen, die jedoch nicht bloß Gesetze von Justinian enthält); ihm und den von ihm gemachten lateinischen Uebersetzungen gegenüber heißt der Text der Glossatoren die (*versio*) *vulgata*. Für die practische Anwendung muß im Widerspruchsfall die *vulgata* vorgezogen werden, um so mehr, als ihre Abweichungen nicht bloß auf Verschiedenheit der Auffassung, sondern theilweise auf einer Verschiedenheit des ursprünglichen griechischen Textes oder Aenderungen der Glossatoren beruhen. Osenbrüggen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 11; a. M. Sintenis I. S. 13. 14, zum Theil Vangerow I. §. 6 Anm. 2, Buchta §. 4 Note 6. Das Nähere über die verschiedenen Sammlungen, in welchen die Novellen auf uns gekommen sind, bei Wiener Geschichte der Novellen Justinian's 1824. S. auch Böcking I. Anh. III.

Stellen des Codex eingerückt wurden⁷. Auch sie sind recipirt worden, aber nicht als Autorität gegen die Originale⁸.

§. 4.

Es ist noch Einiges über die Ausgaben des Corpus juris zu sagen¹. Die älteren Ausgaben geben nicht das Corpus juris als Ganzes, sondern nur einzelne Theile desselben, oder auch alle einzelnen Theile desselben, aber immer nur als einzelne². Die erste Gesamtausgabe unter dem Titel 'Corpus iuris civilis' ist die von Dionysius Gothofredus 1583. Bis zum Anfange des 16. Jahrhunderts sind sämtliche Ausgaben glossirt; seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts ist keine glossirte mehr erschienen. Unter den nicht glossirten Ausgaben war bis in die neuere Zeit die verbreitetste die genannte des Dionysius Gothofredus; vielfach aufgelegt, liegt sie auch den gleichfalls oft gedruckten und nachgedruckten Ausgaben von Simon van Leeuwen und von Freyeseleben zu Grunde; sie verdient noch immer Beachtung, weniger wegen ihres Textes³, als wegen der in

⁷ Der Name erklärt sich aus der Bezeichnung, welche die Glossatoren für die Novellen selbst gebrauchten. S. die vor. Note. Ähnliche Auszüge finden sich übrigens auch in Handschriften und Ausgaben der Institutionen und in Handschriften der Novellen. Vgl. Savigny Gesch. des röm. R. im MA. III. S. 527—533, IV. S. 42—62.

⁸ „Es würde . . . dem Sinne der Aufnahme der Authentiken völlig entgegen sein, wenn man aus ihnen einen Widerstreit gegen den Novellentext begründen wollte“. Savigny System I. S. 68. d.

¹ Die hier gemachten Bemerkungen verfolgen nur den Zweck einer Orientirung über das Haupt-sächliche. Genaueres bei Böcking I. Anh. V, Freyeseleben Einleit. in d. röm. Privatr. §. 40.

² Die dabei (in den glossirten Ausgaben) regelmäßig zu Grunde gelegte Eintheilung des Textes ist folgende: 1. Digestum vetus (—XXIV. 2). 2. Infortiatum (—XXXVIII). 3. Digestum novum (—L). 4. Codex (die neun ersten Bücher des Codex). 5. Volumen oder volumen parvum (die drei letzten Bücher des Codex, Novellen, Institutionen). Die Eintheilung der Pandekten beruht darauf, daß dieselben den Glossatoren nur stückweise bekannt wurden. Vgl. Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III. S. 422—442.

³ Hervorzuheben ist die Gestalt, welche die Novellen in ihr haben; sie gibt nicht die Vulgata, sondern die Sammlung von 168 Novellen, in einer lateinischen Uebersetzung nach der Ausgabe des Contius von 1571. Diese Uebersetzung

ihren Noten enthaltenen Parallelstellen⁴. Die neueren Ausgaben sind 1) die von Gebauer und (nach dessen Tode) Spangenberg (1776. 1797), werthvoll hauptsächlich dadurch, daß sie die Pandekten in dem reinen florentinischen Text⁵ wieder-

setzung ist bei 96 Novellen die der Vulgata, welche aber Contius nicht unverändert ließ; bei den übrigen rührt sie aus anderen Quellen her. In dieser Gestalt finden sich die Novellen in allen un glossirten Ausgaben seit Contius bis auf die neueste Zeit (vgl. Note 7), und in dieser Gestalt werden sie noch heutzutage citirt. Von Contius rührt auch die jetzt gebräuchliche Kapiteleintheilung her.

⁴ Auf dieses Hülfsmittel der Interpretation können namentlich Studirende nicht dringend genug aufmerksam gemacht werden. Aber auch Fortgeschritteneren wird das von Gothofredus Gebotene häufig wenigstens für den ersten Anlauf genügen. — Nach Buchhändleranzeigen beabsichtigte der jüngst verstorbene Keller eine neue Ausgabe des Corpus Juris, die ihren hauptsächlichsten Werth in einer ausserlesenen Sammlung von Parallelstellen haben sollte. Daß dieses Werk nicht zu Stande gekommen ist, ist nicht der geringste unter den Verlusten, welche die Rechtswissenschaft durch den Tod dieses ausgezeichneten Gelehrten und Juristen erlitten hat.

⁵ Mit diesem Namen (lectio Florentina) bezeichnet man den Text einer Handschrift aus dem 7. Jahrh., welche sich ursprünglich in Pisa befand, bei der Unterwerfung Pisa's durch Florenz (1406) aber nach dieser letzteren Stadt gelangte, und daselbst noch gegenwärtig (in der laurentianischen Bibliothek) aufbewahrt wird. Die Handschrift stand bei den Glossatoren im höchsten Ansehen, und verdient auch gegenwärtig noch eine ganz vorzügliche Beachtung; es ist aber ein Irrthum, daß alle übrigen Pandektenhandschriften mittelbar oder unmittelbar aus der florentinischen geflossen, und daher ihr gegenüber ohne selbständigen Werth seien. Vielmehr war der Pandekentext der Glossatoren aus alten, von der florentinischen Handschrift unabhängigen Handschriften (oder Einer Handschrift dieser Art) genommen, welche später verloren gegangen sind; aus dem Text derselben und dem Text der florentinischen Handschrift bildeten sie durch freie Auswahl einen neuen Text, die s. g. lectio vulgata. Der unwiderlegliche Beweis für den selbständigen Werth der Glossatorenhandschriften liegt in einer Reihe von Ergänzungen, welche die Vulgata gibt, und die auf den ersten Blick verrathen, daß sie aus Conjectur nicht entstanden sein können. (Ein Verzeichniß derselben bei Savigny Gesch. d. röm. R. im MA. III. S. 455—460, womit aber nicht bloß die Zusätze von Dienert bas. VII. S. 82—87, sondern namentlich auch die kritischen Bemerkungen von Lh. Mommsen Jahrb. d. gem. R. V. S. 416—427 zu vergleichen sind.) Für die entgegengesetzte Ansicht beweist nicht, daß sämtliche Vulgathandschriften die verkehrte Ordnung des Titels de regulis iuris haben, welche in der florentinischen durch Berstung zweier Blätter entstanden ist; entweder gehört diese Ordnung zu den Punkten, welche die Glossatoren aus der florentinischen Handschrift annahmen (Savigny a. a. O. S. 461), oder die Urhandschrift der Glossatoren

giebt⁶; 2) die von Beck (1825—1836); 3) die von den Gebrüdern Kriegel, der Coder von Herrmann, die Novellen von Osenbrüggen (1828—1843)⁷. 4) Die von Schrader unternommene große Ausgabe eröffnete die Aussicht, daß wir endlich einmal das Corpus iuris in einer den Anforderungen der Kritik entsprechenden Gestalt besitzen würden; leider ist sie aber nicht über die Institutionen (1832) hinaus gediehen⁸.

§. 5.

Die ferneren Quellen des Pandektenrechts sind:

1) Das canonische Recht. Recipirt ist aber nur das f. g. Corpus iuris canonici clausum, welches aus folgenden Stücken besteht. a) Decretum Gratiani (concordantia discordantium canonum), eine Privatarbeit eines Camaldulesermönches aus der Mitte des 12. Jahrhunderts, bestehend aus Sätzen des Verfassers, zu deren Bewahrheitung Stellen aus der heiligen Schrift, den

war defect (so Mommsen a. a. D. S. 427—431, mit der näheren Bestimmung: von den tres partes an). — Vgl. über das Ganze Savigny a. a. D. III. S. 445—486, und jetzt Th. Mommsen „über die kritische Grundlage unseres Digestentextes“, Jahrb. d. gem. R. V. 18 (1862). — Der lectio Florentina und vulgata pflegt man als dritte noch die lectio Haloandrina entgegenzusetzen, d. h. diejenige Textrecension, welche Gregor Haloander in seiner Ausgabe von 1529 aus der Vergleichung der Florentina mit diesen Vulgatahandschriften hergestellt hat.

⁶ Die Novellen erscheinen in dieser Ausgabe außer in dem lateinischen Text des Contius auch in dem griechischen Text, und in einer neuen Uebersetzung desselben durch J. Fr. Hombergk zu Bach, — eine werthvolle Zugabe, da die Vulgata auch in der Contius'schen Recension häufig unverständlich ist.

⁷ In der Kriegel'schen Ausgabe ist namentlich für den Coder viel geschehen. Bei den Novellen haben sowohl die Beck'sche als die Kriegel'sche Ausgabe die Recension des Contius verlassen. Sie geben 1) beide den griechischen Text mit verbesserter Hombergk'scher Uebersetzung; 2) die Kriegel'sche Ausgabe dazu die Vulgata, Beck den liber Authenticarum in seiner ursprünglichen Ordnung.

⁸ Th. Mommsen sagt in der in Note 5 citirten Abhandlung S. 408: „Es ist meine Absicht, . . . eine kritische Pandektenausgabe wo nicht selbst zu unternehmen, doch zu veranlassen und zu fördern“. Möchte dieses Wort zur Wahrheit werden! Jedensfalls ist mit jener Abhandlung ein höchst dankenswerther Anfang gemacht.

Kirchenvätern, Concilienschlüssen, päpstlichen Decretalen, dem römischen Recht und fränkischen Capitularien citirt werden; recipirt sind nur diese Citate, nicht jene Sätze (dicta Gratiani)¹. b) Die von Gregor IX. 1234 publicirte Sammlung vorzugsweise von päpstlichen Erlassen (Decretalen). c) Die Decretalensammlung Bonifacius' VIII., der f. g. liber sextus, publicirt 1298, bestehend hauptsächlich aus Decretalen von Gregor IX. bis Bonifacius VIII. d) Die f. g. Clementinen, eine Sammlung von Decretalen von Clemens V., publicirt 1313². — Die in diesen Sammlungen nicht enthaltenen (extravagantes) Decretalen gehören zum Corpus iuris canonici clausum nicht, und sind nie zu allgemeinem Ansehn gelangt³. Dagegen sind wichtig für das gemeine Civilrecht (hauptsächlich das Eherecht) noch die Schlüsse des Tridentiner Concils. — Ausgaben des Corpus iuris canonici: von Böhmer (1747), von Richter (1836. 1839).

2) Die deutschen Reichsgesetze: Reichsabschiede (R. A.), Reichs-

¹ Die einzelnen im decretum Gratiani enthaltenen Quellenstellen werden canones genannt. Das decretum zerfällt in 3 partes. Die erste pars ist in 101 distinctiones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 1. Dist. 11. In der zweiten pars werden 36 Rechtsfälle (causae) vorgetragen, bei jedem Rechtsfall werden Fragen (quaestiones) aufgeworfen, und auf Grund von canones gelöst; Citirart: z. B. c. 1. C. 13. qu. 2. Nur die 3. quaestio bei der 33. causa, welche einen tractatus de poenitentia enthält, ist zuerst in 7 distinctiones, und diese erst in canones eingetheilt; Citirart: z. B. c. 21. Dist. 3. de poenitentia. Die dritte pars ist wieder bloß in (7) distinctiones eingetheilt; zur Unterscheidung von der ersten pars citirt man mit dem Zusatz de consecratione, von welcher Materie die erste distinctio handelt, also z. B. c. 25. Dist. 5 de consecratione.

² Alle drei Decretalensammlungen zerfallen in 5 Bücher (deren Inhalt im Allgemeinen der Memorialvers angibt: iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimen), diese in Titel; die einzelnen in denselben enthaltenen Stücke heißen capita. Die Sammlung Gregor IX. wird mit X bezeichnet, welches extra bedeutet (nämlich decretum). Die Sammlung Bonifacius' VIII. heißt liber sextus deswegen, weil sie sich als eine Fortsetzung der früheren Sammlung darstellt. Citirart: c. 1. X. de fide instr. 2. 23; c. 1. in VI. de usuris 2. 9; c. 1. in Clem. de test. 2. 8, oder cl. 1 de test. 2. 8.

³ Es gibt von ihnen zwei Sammlungen. a) Extravagantes Joannis XXII. b) Die f. g. extravagantes communes, von Urban IV. bis Sixtus IV.

schlüsse (R. S., seit 1654), Reichsordnungen (R. O.)⁴. Sammlungen in der Note⁵.

3) Das gemeine deutsche Gewohnheitsrecht. Dasselbe tritt hervor (§. 16) theils in der Uebung des Volkes, theils in der Uebung der Juristen (Rechtsbelehrungen, Rechtsgutachten, Urtheilen)⁶. Als Zeugnisse für dasselbe sind wichtig die Schriften, welche das gemeine deutsche Recht in derjenigen Gestalt, wie es praktisch angewendet wird, darstellen wollen⁷.

⁴ Die Rheinbundsacte Art. 2 hat zwar aufgehoben: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu' à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses Sérénissimes les Rois et les Princes et le comte dénommés en l'article précédent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux“; aber diese Bestimmung hatte nur die staatsrechtlichen auf den deutschen Reichsverband sich beziehenden Verhältnisse im Auge, und ist von den Regierungen und Gerichten nie in anderem Sinne angewendet worden.

⁵ Gerflacher Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. 1786—1793. 11 Theile, von denen der 10. das Privatrecht enthält. Emminghaus corpus iuris germanici academicum. 2. Aufl. 1844.

⁶ Consilia, consultationes, responsa, decisiones. Vgl. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorum in principibus decisiones et responsa etc. etc. 1793. 1799. II. 8. Hempel lexicon iuridicum consultatorum. Francof. et Lips. 1751. X. fol. Litt. A—Ed. Girtanner Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht. Jena 1855. 8. Nachweisungen der einzelnen Sammlungen in Liponii Bibliotheca realis iuridica und deren supplements unter den genannten Worten; eine Uebersicht bei Maurenbrecher deutsches Privatr. 2. Aufl. I. S. 78 fg. Die neuere Praxis der obersten deutschen Gerichtshöfe enthält folgende höchst verdienstvolle Sammlung: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. Herausgegeben von J. A. Seuffert, seit dem 9. Bande von J. A. Seuffert und E. A. Seuffert, seit dem 12. von letzterem allein. Seit 1847; bisher 14 Bde. Besondere Sammlungen bei Maurenbrecher a. a. O. und Thöl Einl. in das deutsche Privatrecht §. 21 Note 9. 12.

⁷ Für die frühere Zeit sind hervorzuheben: Jo. Schilter exercitationes ad Pandectarum libros. Jen. 1675—1684, später e. G. Schuberti unter dem Titel: Praxis iuris Romani in foro Germanico. II. fol. zuletzt Francof. 1733. — Sam. Stryk usus modernus Pandectarum. Witob. 1690—1692. IV. 4., später Pfter, zuletzt Hal. 1749—1775. V. 4.

III. Bedeutung des Pandektenrechts.

§ 6.

Die Bedeutung des Pandektenrechts besteht zunächst darin, daß es für einen großen Theil Deutschlands, in Ermangelung entgegenstehender particularrechtlichen Bestimmungen, Gesetzeskraft hat.

Anderer und weite Gebiete Deutschlands sind zwar dieser seiner Herrschaft durch Acte der Territorialgesetzgebung entzogen, es sind für sie eigene Gesetzbücher verfaßt worden¹; aber auch für diese Gebiete ist seine Bedeutung kaum eine geringere. Denn die Gesetzbücher, welche in ihnen an seine Stelle getreten sind, enthalten zu einem sehr großen Theil römisches Recht², d. h. die Ansichten ihrer Verfasser darüber, was der wahre Inhalt des römischen Rechts und was davon anwendbar sei, so daß sowohl das wahre Verständniß dieser Gesetzbücher, als die Möglichkeit ihrer Berichtigung und Verbesserung eine genaue Kenntniß

¹ Für Preußen (mit Ausnahme weniger Gebiete) gilt das 'Allgemeine s. 6. Landrecht für die Preussischen Staaten' (1794), für Oesterreich das 'Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie' (1811). Außerdem gilt das französische Gesetzbuch für die deutschen Länder am linken Rheinufer, für einen kleinen Theil der rechtsrheinischen Seite der Preussischen Rheinprovinz (die ehemals bergischen Gebiete), und in einer Uebersetzung mit Zulagen als 'Badisches Landrecht' für das Großherzogthum Baden. Neue Gesetzbücher werden vorbereitet im Großherzogthum Hessen (der Entwurf gedruckt in 4 Abtheilungen, Darmst. 1842—1853), in dem Königreich Sachsen im Verein mit den Thüringischen Staaten (der für das Königreich Sachsen allein 1852 publicirte Entwurf ist später wieder zurückgezogen worden, vgl. die Kritik von Wächter: der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Leipz. 1853), in dem Königreich Bayern (ein Theil des Entwurfs gedruckt, München 1861). — Das 1756 für Bayern publicirte 'Churbayerische Landrecht' (Codex Maximilianus) will auf der einen Seite in der Hauptsache nur den Inhalt des gemeinen Rechts in anderer Ordnung und Sprache wiederholen, und schließt andererseits die subsidiäre Geltung der fremden Rechte nicht aus.

² Das ist selbst für das französische Gesetzbuch wahr, in welchem, als einem aus der Revolution hervorgegangenen Werke, man am Besten einen vollständigen Bruch mit dem früheren Recht zu finden erwarten könnte. Namentlich das Obligationenrecht ist zu einem großen Theil wenig mehr, als ein Auszug aus den verschiedenen traités von Pothier.

des römischen Rechts und seiner heutigen Anwendbarkeit zur wesentlichen Voraussetzung hat.

Aber auch abgesehen von einer irgendwelchen, früheren oder gegenwärtigen, gesetzlichen Geltung hat das römische Recht eine nicht hoch genug anzuschlagende Bedeutung für ganz Europa, ja für die ganze civilisirte Welt³. Und zwar aus einem doppelten Grunde. Einmal deswegen, weil sein Inhalt zu einem großen Theil nicht auf der Besonderheit gerade des römischen Volksgeistes beruht, sondern nichts ist, als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterschaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat, — daher unmittelbar verwertbar, wo civilisirte Menschen zusammenwohnen⁴. Sodann deswegen, weil, ganz abgesehen von seinem Inhalt, das römische Recht durch seine formale Ausbildung berufen ist, Muster und Schule des juristischen Denkens und juristischen Schaffens zu sein. Die Begriffe des römischen Rechts sind immer scharf und präcis, und doch sind sie immer elastisch, immer bereit, sich jedem neu auftretenden Lebensbedürfnisse zu öffnen, und den Anforderungen desselben in sich Raum zu gewähren; das römische Recht ist immer klar, und doch nie abstract. Wenn einerseits das ältere deutsche Recht Gefahr lief, über der reichen Ausbildung des Details die begriffliche Zusammenfassung desselben zu vernachlässigen, und andererseits der deutsche Geist leicht an der Klippe dogmatischer Abstraction scheitert: so ist gerade für Deutschland das römische Recht ein heilsames Mittel der Zucht gewesen, das, wie es seinen Werth bewährt hat, hoffentlich nie wird mißachtet werden⁵.

³ Die Modificationen, welche seine Geltung als gemeines Recht für Deutschland bedingen, kommen in dieser Beziehung nicht in Betracht. Es ist dieß nicht sowohl eine Bedeutung des Pandektenrechts, als des im Pandektenrecht enthaltenen römischen Rechts.

⁴ Vorzugsweise — obgleich bei Weitem nicht allein — gehören hierher die Sätze, durch welche der Inhalt der Willenserklärungen, der ohne Vergleich wichtigsten Gründe der in den Privatrechtsverhältnissen eintretenden Veränderungen, aneinandergelegt wird. Z. B. was ist der Inhalt eines Kaufgeschäfts, eines Miethegeschäfts? Was heißt Bedingung, Befristung?

⁵ Ueber den Werth des römischen Rechts ist seit der Zeit, wo die Entwicklung der neueren Philosophie die unbedingte Verehrung, welche ihm bis da-

IV. Literatur.

§ 7.

Die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts hat seit ihrer Wiedererweckung in der Schule von Bologna sehr verschiedene Stadien durchlaufen. Es soll hier eine übersichtliche Darstellung der Geschichte ihrer Entwicklung gegeben werden¹.

Was zunächst die Schule von Bologna selbst angeht, so war die Hauptthätigkeit der Lehrer derselben, in Vorlesungen und Schriften, exegetischer Natur; davon (von dem Glossiren des Textes) haben sie auch ihren Namen 'Glossatoren'. Das Resultat ihrer Arbeit verdient noch jetzt unsere Anerkennung; indem sie nicht bei den einzelnen auszulegenden Stellen stehen blieben, sondern dieselben mit anderen auf den gleichen Gegenstand bezüglichen Stellen des Corpus Juris in Verbindung brachten, haben sie für das Verständniß der Quellen Bedeutendes geleistet. Ihr Mangel besteht darin, daß ihre Behandlungsweise nicht zugleich

hin gezollt wurde, durchbrochen hat, viel gestritten worden, und noch jetzt begegnet man Ansichten, welche nach den Extremen auseinander schwanken. Wenn auf der einen Seite das römische Recht noch immer als das absolute Recht gepriesen wird (G. Lenz über die geschichtliche Entstehung des Rechts, 1844), hört man auf der anderen Seite versichern, daß es auf einer principiell verwerflichen Grundlage beruhe (C. A. Schmidt [von Koslitz] der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht, 1. [einziger] Band 1853). Das römische Recht verdient nicht jenen Preis und nicht diesen Tadel. Das römische Recht ist nicht das absolute Recht; ein absolutes Recht gibt es überhaupt nicht; auf diesem wie auf allen anderen Gebieten enthüllt sich die Wahrheit nur der fortschreitenden Arbeit des Menschengesistes. Aber das römische Recht ist das Resultat der Rechtsarbeit desjenigen Theils der Menschheit, dem unter allen Völkern, welche bisher in der Geschichte aufgetreten sind, die größte Begabung für die Cultur des Rechtes zu Theil geworden war. Das römische Recht ist nicht das Recht, so wenig wie die griechische Kunst die Kunst ist; aber das geistige Kapital der Menschheit ist durch die griechische Kunst nicht in höherem Maße bereichert worden, als durch das römische Recht. Vgl. §. 10 Note 3.

¹ Das Nähere ist, was die Zeit bis zum Ende des 15. Jahrh. angeht, 1. 7. erschöpfend dargestellt in dem in §. 3 Note 2 genannten Werke Savigny's: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Für die folgende Zeit fehlt es an einer genügenden Bearbeitung der juristischen Literaturgeschichte über-
Windscheid. Pandekten. I. Abthlg. 2

eine geschichtliche war; es fehlte ihnen in gleichem Maaße an geschichtlichen Kenntnissen, wie an geschichtlichem Sinn; für sie war der Inhalt des römischen Rechts nicht das Resultat einer durch Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwicklung, sondern lediglich die Gesetzgebung Justinians².

Mit der zweiten Hälfte des 13. Jahrh. trat, während dieser Mangel fortdauernte, ein Verfall der bisherigen Bestrebungen ein. Derselbe zeigt sich in einem Zwiefachen: zunächst in einem Mißbrauch dialectischer Formen, wodurch an die Stelle des Eingehens auf das Wesen der Sache ein hohler Formalismus gesetzt wurde, sodann darin, daß der Blick sich von den Quellen abwandte, und hauptsächlich auf dasjenige richtete, was Andere, namentlich die Glossen, darüber gesagt hatten; weswegen man auch die Juristen dieser Periode die Commentatoren zu nennen pflegt. Dazu kommt eine unerträgliche Weitläufigkeit und Geschmacklosigkeit der Darstellung, welche die Schriften dieser Zeit fast unlesbar macht. Dieser Zustand dauerte durch das 14. und 15. Jahrh. hindurch; die bereits seit dem 14. Jahrh. wieder erwachende, und im 15. mit Eifer gepflegte Alterthumswissenschaft blieb zunächst auf die Jurisprudenz ohne Einfluß^{3, 4}.

haupt und der des römischen Rechts insbesondere. Die Schrift von Hugo: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte (des civilistischen Cursus 6. Band), Berlin 1830, ist viel mehr Geschichte der Schriftsteller, als der Wissenschaft. Eingehender wird der wissenschaftliche Character der Schriftsteller und ihr Verdienst gewürdigt in: Haubold institutiones iuris Romani litterariae, 1. (einziger) Bd. Lipsiae 1809.

² Vgl. Savigny a. a. D. V. S. 222—240. — Unter den Glossatoren sollen hier die namhaftesten derjenigen, von welchen Glossen herrühren, genannt werden; es sind: Irnerius, der Stifter der Schule, um 1100; Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo, zusammen die quatuor doctores genannt, um die Mitte des 12. Jahrh.; Rogerius, zweite Hälfte des 12. Jahrh.; Placentinus + 1192; Johannes Bassianus, des Verigen Zeitgenosse; Pillius, etwas später; Azo + nach 1220; Hugolinus + 1233. Vgl. Savigny a. a. D. Bd. IV. Bd. V. S. 1—262.

³ Savigny a. a. D. V. S. 225—228. 298. 299. 335. 353—356. VI. S. 1—25. In Betreff der Verdrängung der echten Quellen durch die Glossen ist merkwürdig eine Aeußerung des Commentators Rafael Fulgositus (+ 1427): „Noctis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter praescriptam idolatriam per advocatos, significans,

§ 8.

Erst im 16. Jahrh. kam eine bessere Methode zur Herrschaft. Indem die neu erlangte Kunde des Alterthums nun auch für die Rechtswissenschaft verwerthet wurde, brach sich zum ersten Mal das Bestreben Bahn, den Sinn des römischen Rechts auf Grund der Einsicht in seine historische Entwicklung zu begreifen. Der Sitz dieser Bestrebungen ist vorzugsweise Frankreich, weswegen man auch von einer französischen Schule spricht; der größte Name derselben ist der des Jacobus Cujacius¹. Neben dieser historischen Richtung macht sich aber auch bereits eine systematische geltend; nach dieser Seite reiht sich an den Namen des Cujacius ebenbürtig der des Hugo Donellus an².

quod sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariae partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu? (Raf. Fulgositus in l. Si in solum C. de oblig. et act., bei Heineccius hist. iur. §. 417). Das ging immer weiter. In einer Stelle aus einem handschriftlichen Werke des 15. Jahrh. (bei Savigny a. a. D. V. S. 299 Note g) heißt es: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas“. Es kam vor, daß in den Vorlesungen während eines Jahres nur 5 Stellen des Corpus Iuris behandelt wurden, und es gab Lehrer, die sich mit der Erläuterung einer Titelsrubrik zwei Monate beschäftigten.

⁴ Die (für das römische Recht) namhaftesten Commentatoren sind: Dofredus + 1265, Cinus 1270—1334, Albericus de Rosciate + nach 1350, Bartolus 1314—1357, Balbus 1327—1400, Jason 1435—1519. Vgl. Savigny a. a. D. Bd. V. in der zweiten Hälfte und Bd. VI.

¹ Jacques Cujas, geb. 1522 gest. 1590. Die Beschreibung seines Lebens von Berriat-Saint-Prix steht hinter dessen Geschichte des römischen Rechts, deutsch von Spangenberg (1822). Gesamtausgabe seiner Werke c. Fabroti Paris. 1658. X. f., Neap. 1722 sq. XI. f., dafl. 1757. XI. f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI. f. Dazu: Domini Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii. Neap. 1768. II. f., Mut. 1795. II. f.

² Hugues Doneau, geb. 1527 gest. 1591. Seine 'Commentarii iuris civilis' sind nicht die erste systematische Darstellung des römischen Rechts (schon vor ihnen erschien eine solche unter gleichem Titel von Franciscus Conanus 1553), aber von der Art, daß sie noch jetzt auf Beachtung vollen Anspruch hat. Das Werk ist vollständig erst nach seinem Tode von seinem Schüler Scipio Gentilis herausgegeben worden. Eine Gesamtausgabe seiner Werke c. Pellegrini, Lucas 1762 sq. XII. f. — Neben Cujacius und

Von diesem Aufschwunge der Wissenschaft ist Deutschland weniger berührt worden, als andere Länder³. Während die Richtung der französischen Schule namentlich in den Niederlanden das 17. und 18. Jahrh. hindurch mit Eifer, freilich nicht immer mit dem nöthigen practischen Sinne, gepflegt wurde⁴, lenkte in Deutschland das Bedürfniß früh das Hauptaugenmerk auf das Bestreben, das römische Recht für die Anwendung in den Gerichten einzurichten. Dieses Bestreben fällt das 16. 17. und 18. Jahrh. aus. Die Schriftsteller dieser Periode, die s. g. Practiker, haben für die tiefere Einsicht in den wahren Sinn des römischen Rechts nicht viel geleistet; ihr Verdienst und ihre Bedeutung liegt aber darin, daß sie dem römischen Recht gegenüber vielfach einheimische und moderne Rechtsanschauungen zur Geltung gebracht, und so dem römischen Recht diejenige Gestalt gegeben haben, in welcher es in Wirklichkeit für uns gilt⁵. — Der Einfluß der neueren Philosophie, welcher sich in Deutschland seit dem letzten Viertel des 17. Jahrh. geltend macht (Periode des s. g. Naturrechts), hat die Ausbildung der allgemeinen Begriffe und die systematische Auffassung des römischen Rechts befördert, er hat auch nicht wenig dazu beigetragen, ein unbefangenes Urtheil über die demselben in Deutschland gebührende Stellung zu begründen: auf die tiefere Erkenntniß seines Inhalts hat er eher ungünstig als günstig gewirkt. — Die namhaftesten civilistischen

Donellus mögen hier aus der französischen Schule noch genannt werden: Duarenus 1509—1559, Anton Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, und dessen größerer Sohn Jacobus Gothofredus 1587—1652, der berühmte Commentator des Codex Theodosianus.

³ Doch gehört der älteste unter den namhaften deutschen Juristen, Ulrich Zasius 1461—1535, zu den Gründern und Führern der neuen Schule. Vgl. Stincking Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 Bde., und sonst.

⁴ Aus der niederländischen Schule seien hier genannt: Arnold Binnius 1588—1657, Wlfr. Huber 1636—1694, Joh. Voet 1647—1714, Ger. Roobt 1647—1725, Ant. Schulting 1659—1734, Ortov. Westenberg 1667—1737 (ein geborener Deutscher).

⁵ Vgl. Bruné im Jahrb. des gem. R. I. S. 90—92.

Schriftsteller Deutschlands bis zum Schlusse des 18. Jahrh. sind in der Note⁶ genannt.

§ 9.

Eine neue Belebung der Wissenschaft des römischen Rechts, und der Rechtswissenschaft überhaupt, ging mit der Scheide des 18. und 19. Jahrh. von dem gleichen Punkte aus, von welchem ihr bereits im 16. Jahrh. neues Leben zugefloßen war; es wurde die geschichtliche Betrachtung wieder in ihre Rechte eingesetzt. Das römische Recht wurde wieder erfakt als das Resultat einer durch lange Jahrhunderte sich hindurchziehenden Entwicklung, und in dieser Entwicklung suchte und fand man den Aufschluß über den wahren Sinn der Bestimmungen des Corpus juris. Deswegen heißt auch die neue Schule, welche um die angegebene Zeit aufkam, die historische Schule. Der Grund derselben wurde bereits gelegt durch Gustav Hugo (1764—1844)¹, ihr größter Name und anerkanntes Haupt ist Friedrich Carl von Savigny (1779—1861)². Von der historischen Schule des 16. Jahrh.

⁶ Joach. Mysinger + 1588, Andreas Gail 1526—1587, Mathäus Wesembec 1531—1586 (ein geborener Niederländer), Herm. Vulstejus 1555—1634, Joh. Harpprecht 1560—1639, Christoph Besold 1577—1638, Rein. Bachov von Echt + 1635, Matth. Verlich + 1638, Bened. Carpov 1595—1666, Joh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wolffg. Ab. Lauterbach 1618—1678, Ge. Ab. Struve 1619—1692, Joh. Schilter 1632—1705, Sam. Strypf 1640—1701, J. S. v. Berger 1657—1732, Just. Penn. Böhmer 1674—1749, J. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Coccejus 1679—1756, J. G. Heineccius 1681—1741, Augustin v. Leyser 1683—1752, Dav. Ge. Strube 1694—1775, Ge. Lubw. Böhmer 1715—1797, Joh. Aug. Hellfeldt 1717—1782, Joh. Aug. Bach 1721—1758, Lubw. Jul. Fr. Höpfer 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749—1793, Phil. Fr. Weis 1766—1708, der Lehrer Savigny's, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

¹ Vgl. Savigny, der zehnte Mai 1788, Zeitschr. f. gesch. RW. IX. 13. s. 2.

² Savigny hat nicht bloß das Programm der historischen Schule formulirt (s. §. 10 Note 1), sondern schon vorher hatte er durch die Bearbeitung einer einzelnen Lehre (die Lehre vom Besitze 1803, 6. Aufl. 1836) ein Muster für die Behandlung des römischen Rechts gegeben. Seine Hauptwerke sind außerdem die bereits genannte 'Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter' und sein 'System des heutigen römischen Rechts' (§. 11). Vgl. Arnolds Rede zur Feier des Andenkens an Friedr. Carl von Savigny, gehalten am 31. Oct. 1861 (aus der t. Wiener Zeitung besonders abgedruckt). Seydemann Rede

hundertſ unterſcheidet ſich dieſe neuere hiſtoriſche Schule vornehmlich durch ihre geſteigerte Aufmerkſamkeit auf die ſcharfe Ausprägung der Begriffe und den Nachweis des ſyſtematiſchen Zuſammenhangs zwiſchen den einzelnen Sätzen des römischen Rechts. In dieſer Beziehung verdient namentlich genannt zu werden Georg Friedrich Puchta (1789—1846), der bedeutendſte unter den Schülern Savigny's³.

Die geſchichtliche Behandlung des römischen Rechts iſt noch jetzt die herrſchende. Wenn die hiſtoriſche Schule nicht ohne Oppoſitionen geblieben iſt, ſo iſt durch dieſelbe doch nie die Wahrheit des Satzes in Frage geſtellt worden, daß eine erſchöpfende Einſicht in das Weſen des römischen Rechts, wie jedes poſitiven Rechts überhaupt, nur auf dem Wege geſchichtlicher Erforſchung gewonnen werden kann. Es handelte ſich bei dieſen Oppoſitionen um andere Dinge.

§. 10.

Die Richtung, welche ſich der hiſtoriſchen Schule gleich zu Anfang entgegenſtellte, und welche man mit dem Namen der philoſophiſchen Schule bezeichnet hat, ſtritt mit der hiſtoriſchen Schule nicht ſowohl über die Frage nach der richtigen Methode der Erforſchung eines gegebenen poſitiven Rechts; als vielmehr über

bei der von der juridiſchen Geſellſchaft zu Berlin am 29. November 1861 veranſtalteten Savignyfeier, deutſche Gerichtszeitung 1861 Nr. 90. Thering Friedrich Carl von Savigny, Jahrb. f. Dogm. V. 7.

³ Nekrologe dieſes für unſere Wiſſenſchaft viel zu früh geſchiedenen Mannes von Stahl und Wechell finden ſich in der Weltlage zur Augeb. allg. Zeitung vom 5. Februar 1846, und in den Krit. Jahrb. der deutſchen RW. 1846 S. 283 fg. und Huber's Janus 1846 S. 337 fg. (beide auch abgedruckt in der Ausgabe Rudorff's von Puchta's kleinen civil. Schriften). Unter den anderen Schriftſtellern, welche dieſer Periode und Richtung angehören, ſollen nur noch die bedeutendſten unter den bereits Verſtorbenen genannt werden; unmittelbare Schüler Savigny's ſind ſie nur zum kleinen Theil. Es ſind: Joh. Fr. Lubw. Gölſchen 1778—1837, Arn. Heiße 1778—1851, Joh. Chriſt. Haſſe 1779—1830, Ed. Schrader 1779—1860, Albr. Schweppe 1783—1829, Chriſtian Friedr. Mühlenthruch 1783—1843, Eg. v. Löhr 1784—1851, Dan. Unterholzner 1787—1838, C. A. D. Klentze 1795—1838, Friedr. Lubw. (v.) Keller 1799—1860.

die Frage, wie ein poſitives Recht fortzubilden ſei; hier betonte die hiſtoriſche Schule mehr das geſchichtliche Werden, die ſ. g. philoſophiſche mehr das autonome Machen¹. Daneben wurde aus der Mitte derſelben allerdings auch darauf hingewieſen, daß für die Rechtswiſſenſchaft als praktiſche Wiſſenſchaft die hiſtoriſche Erforſchung nur Mittel zum Zweck, nicht Selbſtzweck ſein dürfe. Und in der That läßt ſich nicht leugnen, daß gerade, was das römische Recht angeht, nicht alle Vertreter der hiſtoriſchen Schule immer mit gehöriger Beſtimmtheit ſich zum Bewußtſein gebracht haben, daß die letzte Frage, um welche es ſich für uns handelt, nicht die iſt, wie das römische Recht zu irgend einer Zeit geweſen iſt, ſondern die, wie es bei uns heutzutage zur Anwendung zu kommen hat².

Eine andere Oppoſition, welche der hiſtoriſchen Schule in den letzten Jahren erwachſen iſt, bezieht ſich ſpeciell auf die Herrſchaft des römischen Rechts in Deutschland. Man fing an, wie, freilich von einem anderen Standpunkte aus, bereits das Naturrecht gethan hatte, die Berechtigung dieſer Herrſchaft in Frage zu ſtellen; man machte geltend, daß das römische Recht ein fremdes Recht ſei, daß es zum großen Theil todttes Material enthalte, daß das deutſche Recht durch daſſelbe in ungebührlicher Weiſe verkümmert

¹ Der Gegenſatz wurde in aller Schärfe zum Ausdruck gebracht bei Gelegenheit der von Anton Friedr. Juſtus Thibaut (1772—1841) aufgeworfenen Frage, ob nicht nach der Verjagung der Franzoſen aus Deutschland es an der Zeit ſei, auch das Joſch des fremden Rechts durch Abfaſſung eines gemeinſchaftlichen deutſchen Geſetzbuches abzuschließen. Thibaut bejahte dieſe Frage ('über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Geſetzbuches für Deutschland' 1814), während Savigny in ſeiner berühmten Gegenſchrift 'über den Beruf unſerer Zeit für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung' (1814, neu aufgelegt 1828, 1840) der Zeit die Fähigkeit zu einer Geſetzgebung abſprach, welche in der Hauptſache doch nichts Anderes ſein werde, als eine Redaction des geltenden Rechts; dieſes zu erkennen ſei die Aufgabe; eine Beſſerung des vorhandenen Zuſtandes ſei von der Wiſſenſchaft zu erwarten, nicht von der Geſetzgebung. In dieſer Schrift iſt das eigentliche Programm der hiſtoriſchen Schule enthalten: das Recht wird nicht gemacht, es iſt und wird mit dem Volke. Vgl. noch, auch über das im Texte ſogleich Folgende, Thibaut über die ſ. g. hiſtoriſche und nicht-hiſtoriſche Schule, Arch. f. civ. Pr. XXI. 16 (1838).

² Von „Verirrungen der ſogenannten hiſtoriſch-juriſtiſchen Methode“ ſprach bereits im Jahre 1827 Haſſe, Rhein. Muſeum I. S. 66.

und zurückgesetzt worden sei³. Ein lebhafter Streit, der in Folge davon zwischen „Romanisten“ und „Germanisten“ entbrannte, hat nicht lange gewährt; der Gegensatz selbst, von welchem jene Opposition ausging, beherrscht noch jetzt die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts. Denn wenn zwar, wie man mit Zuversicht behaupten darf, unter den Einsichtigen jetzt keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber besteht, daß das römische Recht in Deutschland nicht als unberechtigter Eindringling angesehen werden darf, daß es für Deutschland und die ganze moderne Welt dieselbe Bedeutung hat, wie die gesammte antike Cultur, von welcher es ein Zweig ist, daß auch in Betreff des römischen Rechts, wie in Betreff der gesammten antiken Cultur, unsere Aufgabe nicht die ist, es wegzuverwerfen und auszuweisen, sondern vielmehr umgekehrt die, es geistig in uns aufzunehmen, es durch innerliche Verarbeitung unter Ausstoßung des Widerstrebenden und nicht Assimilirbaren aus einem fremden Rechte zu unserem eigenen zu machen: so läßt sich doch nicht verkennen, daß sich bei den verschiedenen Bearbeitern des römischen Rechts ein verschiedener Grad der Energie des Strebens nach dieser Verdeutschung des römischen Rechts bemerkbar macht⁴. Wie weit man übrigens auch in dem-

³ Hervorzuheben sind hier hauptsächlich zwei Werke: J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts 1. (einziger) Bd. 1839, und G. Weseler Volksrecht und Juristenrecht 1843. Kierulff verlangte, daß auf Grund der in der Gegenwart eine allgemeine Anerkennung genießenden Principien, gleichviel welches ihre ursprüngliche Quelle sei, ein neues Recht geschaffen werde, welches nicht aus dem Corpus Juris seine Autorität zu empfangen, sondern umgekehrt erst diesem Autorität zu geben habe. Weseler griff den Satz an, durch welchen die historische Schule die Geltung des römischen Rechtes in Deutschland, von der doch nicht zu leugnen war, daß sie aus der Gesamtheit des Volkes nicht hervorgegangen sei, vor sich selbst gerechtfertigt hatte, den Satz, daß bei entwickelteren Verhältnissen sich die rechtsproducirende Kraft des Volkes aus der Gesamtheit desselben in die Juristen als seine natürlichen Vertreter zurückziehe; Weseler behauptete, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes wohl sein könne, aber nicht nothwendig sei, und daß namentlich das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen bei der Reception des römischen Rechts ein solcher Ausdruck nicht gewesen sei. Vgl. §. 16 und die folgende Note. — Neben Kierulff und Weseler ist noch zu nennen: Bluntschli die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen (1841).

⁴ Es liegt auf der Hand, daß es dabei nicht ohne Einfluß sein kann, welche principielle Stellung man zu der von Weseler angeregten Frage

selben gehen mag, für die praktische Anwendung wird, wenn nicht eine heillose Verwirrung entstehen soll, unter allen Umständen festgehalten werden müssen, daß das römische Recht so lange zur Anwendung gebracht werden muß, wie es im Corpus juris enthalten ist, als sich nicht darthun läßt, daß seine Sätze wegen Mangels der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, unanwendbar, oder durch eine entgegenstehende Rechtsquelle aufgehoben sind.

(Schluß der vorigen Note) einnimmt. In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken. Wenn man sagt, das Rechtsbewußtsein der deutschen Juristen sei bei der Reception des römischen Rechts der wahrhafte Ausdruck des nationalen Geistes gewesen, so kann das einen doppelten Sinn haben. Man kann damit meinen, daß das im Gefühl der Gesamtheit bereits Lebende sich in dem Geiste der Juristen zur Klarheit der Ueberzeugung erhoben habe; man kann damit aber auch meinen, daß zwar die Gesamtheit einen irgendwelchen rechtlichen Eindruck überhaupt nicht gehabt, daß sich aber in dem Geiste der deutschen Juristen ein der besonderen Art und Weise gerade des deutschen Volkes entsprechendes, seinem Wesen gemäßes Rechtsbewußtsein ausgebildet habe. Man wird weder in dem einem noch in dem anderen Sinne behaupten dürfen, daß das Bewußtsein der deutschen Juristen von der Geltung des Corpus Juris als solchen ein nationales gewesen sei; in dem ersten Sinne nicht, weil der Inhalt des Corpus Juris der großen Mehrheit des deutschen Volkes ganz unbekannt war; in dem zweiten Sinne nicht, weil die Juristen eben das Corpus Juris als solches, ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen Sätzen, ob sie paßten oder nicht, für verbindlich erachteten. Sie standen dabei unter dem Einfluß einer geistigen Strömung, welche freilich ihre ganze Zeit beherrschte, der widerstandlosen Hingabe an die antike Cultur, deren Glanz das Auge blendete. Diese Hingabe ist eine geschichtliche Thatsache, die sich auf dem Gebiete des Rechtes vollzogen hat, wie auf anderen Gebieten; sie ist auch, mit ihren Resultaten gemessen, keine zu beklagende Thatsache, denn sie hat das geistige Besitzthum unseres Volkes in einem nicht hoch genug anzuschlagenden Maße vermehrt; aber eine nationale That war sie, wie sie erfolgte, nicht. Eine nationale That wäre sie gewesen, wenn die Hingabe eben keine widerstandlose gewesen wäre, wenn der Geist der Juristen in der Reception ein deutscher geblieben wäre, nur ein anders gezeigter deutscher. Das aber ist nicht der Fall; er ist in der Reception ein fremder geworden. Erst allmählig hat er sich ermannt und sich auf seine Nationalität gleichsam erst wieder besonnen; die Juristen haben Hand an's Werk gelegt, die Sätze des Corpus Juris zu sichten, das Fremdartige auszustoßen, das Homogene in das Gefüge des nationalen Rechtes einzuarbeiten, kurz das römische Recht aus einem fremden zu einem deutschen zu machen. In dieser Entwicklung sind wir noch jetzt begriffen; vollendet ist sie noch lange nicht. Es läßt sich nicht verkennen, daß sie mehr durch die Weseler'sche Auffassung gefördert wird, deren Folge der Zweifel ist, als durch die hergebrachte, bei welcher die Gefahr eines ungehörigen Quietismus wenigstens nahe liegt.

§. 11.

Was die Form der wissenschaftlichen Darstellung angeht, so blieb die exegetische Methode bis in das 17. Jahrhundert die herrschende. Von da an wurde es gebräuchlich, das römische Recht zwar nach der Ordnung der Titel der Pandekten, aber in der Weise vorzutragen, daß die in jedem Titel enthaltene Lehre in freier Darstellung abgehandelt wurde (i. g. Legalordnung). Das umfassendste Werk dieser Art, welches zugleich als Abschluß der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts vor der historischen Schule angesehen werden kann, ist das im folgenden Paragraphen näher zu nennende von Glück. Dazwischen treten auch systematische Darstellungen auf, anfangs vereinzelt, seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts haben sie die Pandektenordnung ganz verdrängt. Denselben wurde zunächst das Institutionensystem zu Grunde gelegt, von den Einzelnen noch in verschiedener Weise ausgebildet. Die Grundlage der jetzt gebräuchlichen und auch in diesem Lehrbuch befolgten Anordnung des Stoffes bildet diejenige, welche zuerst Hugo (Institutionen des heutigen römischen Rechts 1789) aufgestellt, und Heise (Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts 1807) näher ausgeführt hat. Das Hauptwerk dieser Richtung ist das leider nur zu einem kleinen Theil vollendete 'System des heutigen römischen Rechts' von Savigny (§. 12).

§. 12.

Die bedeutendsten Gesamtdarstellungen des Pandektenrechts¹ sind folgende.

§. 12. ¹ Eine Uebersicht der exegetischen Arbeiten s. bei Haubold *doctrinae pandectarum lineamenta* p. 3 sqq. — Zur Auffindung der in anderen Schriften zerstreuten Ausführungen über die einzelnen Stellen des Corpus Juris dienen folgende Werke: C. Ferd. Hommelii *corpus iuris civilis cum notis variorum*. Lips. 1768. 8. (zu den Instit. u. Pandekten). Ant. Schultingii *notae ad Digesta s. Pandectas* ed. Smalldenburg. Lugd. Bat. 1804—1835. VII. 8. Th. Schimmelpfeng Hommel *redivivus*. III. 8. — Nachweisungen über die Bearbeitungen der einzelnen Materien findet man in den allgemeinen bibliographischen Werken: Liponii *Bibliotheca realis iuridica, post curas Struvii et Jenichii multis accessionibus aucta*. Lips. 1757. II. f. Mit den Supplementen von Schett 1775, Sendenberg 1789, Madihn 1817—1830. Häufig

A. Nach der Legalordnung.

- 1) Mathaei Wesembecii *Paratitla in Pandectas iuris civilis*. Bas. 1568. 1575. f., zuletzt Amstel. 1665. 4.
- 2) Jac. Cuiacii *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum s. Pandectarum*. Lugd. 1570. 12., Paris 1641. 12.
- 3) *Justi Meieri Argentoratense collegium*. Argent. 1657. III. 4.
- 4) Ulr. Huberi *Praelectiones iuris civilis*. Lips. 1707. III. 4., zuletzt Neap. 1784. III. 4.
- 5) Wolfg. Ad. Lauterbachii *Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros*. Tub. 1690—1711. III. 4., zuletzt (ed. XVI) das. 1784. III. 4.
- 6) Ge. Ad. Struvii *Syntagma iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*. Francof. et Lips. 1692—1701. III. 4., ed. III. das. 1738. III. 4.
- 7) Jo. Voetii *Commentarius ad Pandectas*. tom. I. Lugd. Bat. 1698. f. tom. II. Hag. Com. 1704 f., Hag. Com. 1707. II. f. und das. öfter, zuletzt Hal. 1776—1780. VI. 8.
- 8) Just. Henn. Boehmeri *Introductio in ius Digestorum*. Hal. 1704. 8., zuletzt (ed. XIV.) das. 1791. 8.
- 9) Jo. Ort. Westenbergii *Principia iuris secundum ordinem Digestorum*. Harder. 1712. 8., Lugd. Bat. 1732. 8. und öfter, zuletzt Berol. 1814. II. 8.
- 10) Ger. Noodtii *Commentarius in Pandectas*, zu den 4 ersten Büchern Lugd. Bat. 1716. 4., zu Buch 1—27 in Opp. tom.

Repertorium der in den seit 1790 erschienenen practisch juristischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. 1802. 8. Ersch *Litteratur der Jurisprudenz*, fortg. von Koppe 1823. 8. Sidel *Repertorium über die 1802—1834 erschienenen Sammlungen von juristischen Aufsätzen und Entscheidungen*, 1835. II. 4. Kappler *juristisches Promptuarium*. Ein Repertorium über alle in d. J. 1800—1837 erschienenen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Rechtswissenschaft (mit Ausschluß des Criminalrechts). 2. Ausg. 1837. 8. Schletter *Handbuch der juristischen und staatswissenschaftlichen Litteratur* 1843. 4. Engelmann *Bibliotheca iuridica*. 1848. 8. Walther *Handlexicon der juristischen Handbuch des 19. Jahrh.* 1854. 8. Filtz *Differantionen: Vogel lexicon litteraturae academico-iuridicae* 1836—38. II. 8. — Eine Darstellung der einzelnen juristischen Materien in alphabetischer Ordnung ist enthalten in: *Weiske Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten* 1836—1861. XVI. 8.

II. Lugd. Bat. 1724. f. und in den späteren Ausgaben seiner sämmtlichen Werke.

11) Jo. Gottl. Heineccii Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Amst. 1728. 8., zuletzt Lips. 1797. 8.

12) Rob. Jos. Pothier Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae. Paris 1748—1752. III., ib. 1820. V. 4.

13) Jo. Aug. Hellfeld Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8., zuletzt nach vielen Ausgaben das. 1806. 8.

14) Christ. Friedr. Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790—1838. XXXIV. 8. 2. Ausg. von I—III. das. 1797—1807. Fortgesetzt von Mühlensbruch Bb. XXXV—XLIII. Erl. 1832—1843. Von Fein Bb. XLIV. Erl. 1851—1853.

B. Systematische Darstellungen.

1) Franc. Connani Commentariorum iuris civilis libri X. Paris 1553. II. f., zuletzt Neap. 1724. II. f.

2) Hug. Donelli Commentarii iuris civilis, lib. 1—10. Francof. 1589. 1590. II. f., l. 1—28 cura Sc. Gentilis. Francof. 1596—1597. V. f., zuletzt herausgegeben von König und nach dessen Tode von Bucher. Norimb. 1801—1834. XVI. 8.

3) Herm. Vultei Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae L. II. Marb. 1590. 8., zuletzt das. 1748. II. 8.

4) Ge. Ad. Struvii Jurisprudentia Romano-Germanica forensis. Jen. 1670. 4., zuletzt Bamb. 1767. 8.

5) Jean. Domat les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris. 1689—1697. IV. 4., zuletzt Paris. 1777. II. f.

6) Jo. Henr. de Berger Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati. Lips. 1712. 4., zuletzt Lips. 1801. 4.

7) Car. Christoph. Hofacker Principia iuris civilis Romano-Germanici. Tub. 1788—98. III. 8., das. 1800—1803. III. 8.

8) Gust. Hugo Institutionen des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1789. 8., mit verändertem Titel öfter, zuletzt (7. Ausg.) unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Berlin 1826. 8.

9) Ant. Friedr. Just. Thibaut System des Pan-

denrechts. Jena 1803. II. 8., 8. Ausg. Jena 1834. II. 8., 9. Ausg., nach des Verf. Tode besorgt durch v. Buchholz Jena 1846. II. 8.

10) Gottl. Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts. Gießen 1808—1814. II. 8.

11) Albr. Schweppe Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III. 8. 4. Ausg. (vom 3. Bande an fortgesetzt von Mejer) Gött. 1828—1834. V. 8.

12) Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Gießen 1814, 10. Ausg. das. 1833. II. 8., nach des Verf. Tode zum 11. u. 12. Male herausgegeben von Hoffhirt Gießen 1837—1842. II. 8.

13) J. N. von Wening-Jungenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1822—1825. III. 8., 5. von J. A. Fritsch besorgte Ausg. München 1837. 1838. III. 8. Dazu: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von J. A. Fritsch. Freiburg 1833—1839. II. 8.

14) Chr. Frid. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Hal. 1823—1825. III. 8., ed. 4a. ib. 1838. III. 8. Deutsch unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1835, 1836. III. 8. Nach des Verf. Tode neu herausgegeben von v. Madai. Halle 1844. III. 8.

15) Joh. Ad. Seuffert Lehrbuch des practischen Pandektenrechts. Würzburg. 1825. III. 8. Nach des Verf. Tode zum 4. Male herausgegeben von E. A. Seuffert. 1. Band Würzburg 1860.

16) Ge. Friedr. Puchta Pandekten. Leipzig 1838. Seit der 4. Ausg. herausgegeben von Rudorff, zum 8. Male 1856.

17) J. F. C. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von A. Ergleben. Gött. 1838—1840. III. 8.

18) R. A. von Wangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 8. 6. umgearbeitete Auflage u. d. T.: Lehrbuch der Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 8.

19) J. F. Hierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. 1. (einziger) Band. Altona 1839. 8.

20) C. F. Rospert Gemeines deutsches Civilrecht. Heidelberg. 1840. III. 8.

21) Friedr. Carl von Savigny System des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1840—1849. VIII. 8. Dazu als Fortsetzung: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1851. 1853. II. 8. (unvollendet).

22) Carl. Friedr. Sintenis Das practische gemeine Civilrecht. Leipzig 1844—1851. III. 8. 2. Aufl. das. 1860. 1861. III. 8.

23) Ludw. Arnolds Lehrbuch der Pandekten München 1852. 8. 3. Aufl. das. 1859. 8.

24) Al. Brinz Lehrbuch der Pandekten. 1. Abtheilung. Erl. 1857. 2. Abth. 1. Hälfte. das. 1860. 8.

25) Fr. Ludw. v. Keller Pandekten. Vorlesungen aus dem Nachlaß des Verf. herausgegeben von Dr. Emil Friedberg. Leipzig 1861. 8.

Vor den vielen Grundrissen zu Pandektenvorlesungen ist hervorzuheben wegen seiner genauen litterarischen Nachweisungen der von Ed. Böcking: Pandekten-Grundriß eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts. 5. Aufl. 1861. 8.

Zu nennen ist ferner noch folgendes Werk, das sich zwar nur auf das reine römische Recht bezieht, aber dasselbe in einer Ausführlichkeit vorträgt, welche das bei Pandektenlehrbüchern gewöhnlich eingehaltene Maß nicht nur erreicht, sondern noch überschreitet:

Ed. Böcking Institutionen, ein Lehrbuch des römischen Privatrechts. 1. Band. Bonn 1843. 8. Zweite Aufl. unter dem Titel: Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 1. Band. Bonn 1853. 8. 2. Bandes 1. Lief. Leipzig 1855. 8.

Endlich dürfen nicht übergangen werden zwei Werke, welche, obgleich sie zunächst nur die Bearbeitung eines Particularrechts zum Gegenstande haben, doch auch für das gemeine Recht von ausnehmender Wichtigkeit sind; namentlich das zuerst zu nennende

muß zu den bedeutendsten Erscheinungen der juristischen Literatur gerechnet werden.

Carl Ge. (von) Wächter Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 2. Band (der erste enthält eine Württembergische Rechtsgeschichte). Stuttgart 1842—1851. (Leider nur der allgemeine Theil!) Dazu von demselben Verfasser: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht. 3. Heft. Stuttgart. 1845. 1846. 8.

J. Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1856. 1859. II. 8. (Einstweilen nur der allgemeine Theil.)

§. 12a.

Noch sollen die für das römische Recht wichtigsten (neueren) Zeitschriften genannt werden.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausg. von Savigny, Eichhorn und Göschel (nach des Letzteren Tode trat zuerst Klenze, dann Rudorff ein). Berlin 1815—1850. 15 Bände.

Archiv für civilistische Praxis, herausg. zuerst von Gensler, Mittermaier, Gensler, gegenwärtig nach mannichfadem Wechsel von Franke, v. Linde, Mittermaier, Renaud, v. Rangew. Heidelberg 1814—1861. 44 Bde.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, herausg. von Gasse, später mit und nach ihm von Blume, Buchta, Buggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner. Bonn 1827—1835. 7 Bände.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausg. von v. Linde, Marczoll, v. Wemmig-Jungenheim, später von den beiden ersten und v. Schröter, gegenwärtig von v. Linde und Schulte. Gießen 1827—1861. 20 Bde. und neue Folge Bd. 1—19.

Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, herausg. v. R. u. W. Sell. Braunschweig 1841—1846. 3 Bde.

Archiv für practische Rechtswissenschaft, herausg. von Elvers, Schäffer, Seitz und Hoffmann. Marb. u. Leipzig 1853—1861. 9 Bde.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen rö-

mischen und deutschen Privatrechts, herausgeg. von v. Gerber und Jhering. Jena 1857—1861. 5 Bde.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausg. von Bekker und Muther, seit dem 3. Hefte des 5. Bandes auch von Stobbe. Leipzig 1857—1861. 5 Bde.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgeg. von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel (†) und Böhlau. Erster Band, erstes Heft. Weimar 1861. 8.

Kritische Zeitschriften (neuere) sind:

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, herausgeg. von Richter, dann von Richter und Schneider, zuletzt von Schneider allein. Leipzig 1837—1848. 24 Bde.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausg. von Brindmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen, Bagenstecher, von denen Kleinschrod und Bagenstecher später austraten, während Hillebrand und Stिंगing hinzutraten. Heidelberg. 1853—1859. 5 Bde.

Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausg. von Arndts, Bluntschli und Bözl. München 1853—1859. 6 Bde.

Die beiden letzten Zeitschriften sind jetzt zu folgender vereinigt:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausg. unter Mitwirkung von Arndts, Bluntschli, Hillebrand, Dernburg, Marquardsen und Stिंगing von Bözl. München 1859—1861. 3 Bde.

V. Anordnung der Darstellung.

§. 13.

Der Darstellung wird hier die jetzt gebräuchliche Anordnung des Stoffes zu Grunde gelegt. Dieselbe beruht auf folgender Betrachtung. Alles Privatrecht hat es mit einem doppelten Gegenstand zu thun; es hat zu ordnen: 1) die Vermögensverhältnisse, 2) die Familienverhältnisse. Die Haupteintheilung des Privatrechts ist also die in Vermögensrecht und Familienrecht. Das Vermögensrecht hat zum Gegenstand a) die Rechtsverhältnisse an

Sachen, b) die Rechtsverhältnisse zwischen Person und Person, Forderungsrechte oder Obligationen¹. Das Vermögensrecht hat aber noch die fernere Frage zu beantworten, welches das Schicksal des Vermögens eines Verstorbenen sei; der Inbegriff der Grundsätze über diese Frage bildet das Erbrecht². — Nun gibt es aber rechtliche Grundsätze nicht bloß über die Rechte besonderen Inhalts, es gibt auch rechtliche Grundsätze, welche sich auf die Rechte als solche, abgesehen von ihrem besonderen Inhalt, beziehen. Es gibt ferner rechtliche Grundsätze, welche das Recht selbst, das s. g. Recht im objectiven Sinne, die Vorschriften, auf welchen die Rechte beruhen, zum Gegenstand haben. Diese Grundsätze sind zwar nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören dem öffent-

¹ Vgl. §. 40—42.

² Man streitet darüber, ob das Privatrechtssystem ein System der Rechte oder der Rechtsverhältnisse zu sein habe, mit anderen Worten, ob für die natürliche Zusammengehörigkeit der Rechtsregeln der Inhalt der von ihnen verliehenen Rechte, oder die Bedeutung der Lebensverhältnisse maßgebend sei, welche sie zu ordnen bestimmt sind (Puchta Rhein. Museum III. S. 297 fg. n. Institutionen I. §. 21. 28 fg., Stahl Philosophie des Rechts 3. Aufl. II. 1. S. 293—300; vgl. Schröter krit. Jahrbücher IV. S. 293, Arndts das. VII. S. 297, Sintenis Jtschr. f. Civ. u. Pr. XIX. S. 54—58). Wenn man zugibt, daß der Familie in der sittlichen Ordnung der Dinge eine selbständige Aufgabe gesetzt ist, so wird man eben deswegen nicht umhin können, die auf dieses Verhältnis bezüglichen Rechtsregeln denjenigen gegenüber, welche das Wollen der Einzelnen als Einzelner zu ordnen bestimmt sind, als natürliche Einheit zu betrachten, und die Besonderheit des Inhalts der durch sie verliehenen Rechte, abgesehen davon, daß diese Besonderheit keineswegs immer vorhanden ist, und z. B. bei den Familien-Vermögensrechten ganz fehlt, jedenfalls nur den untergeordneten Gesichtspunkt sein lassen dürfen. Ebenso liegt es aber auch was das Erbrecht angeht, auf der Hand, daß das Charakteristische desselben nicht in eine Besonderheit des Inhalts der Rechte, von welchen es handelt, ausgeht (was höchstens für die Erbschaft behauptet werden könnte, gewiß aber nicht für das Vermächtniß), sondern in der Eigenthümlichkeit des zu ordnenden Verhältnisses, darin, daß es sich um das Vermögen eines Verstorbenen handelt, seinen Grund hat. Endlich aber läßt sich auch ein befriedigendes System der Rechtsregeln, welche das Vermögen des Lebenden zum Gegenstand haben, auf die bloße Unterscheidung zwischen dem Inhalt der Rechte nicht bauen. Denn die Anordnung der einzelnen Obligationen nach diesem Gesichtspunkt ist undurchführbar, und den Besitz, welcher kein Recht an der Sache, sondern nur ein Rechtsverhältnis zur Sache ist, verweist derselbe in das Obligationenrecht, oder in die Lehre von der Ersetzung, oder — in den allgemeinen Theil.

Windscheid, Pandekten. I. Abthlg.

lichen Rechte an; nichtsdestoweniger empfiehlt es sich, in einer vollständigen Darstellung des Privatrechts auch sie nicht zu übergehen. — Die Grundsätze über das Recht und die Rechte überhaupt müssen vorher vorgetragen werden, ehe von den besonderen Rechten gehandelt werden kann. Hiernach ergibt sich folgende Anordnung.

- I. Vom Rechte überhaupt.
- II. Von den Rechten überhaupt.
- III. Sachenrecht.
- IV. Obligationenrecht.
- V. Familienrecht.
- VI. Erbrecht.

Das Familienrecht vor das Erbrecht zu stellen, ist hergebracht, und rechtfertigt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen. Die Abtheilungen I und II pflegt man zusammen als „allgemeinen Theil“ zu bezeichnen.

Erstes Buch.

Von dem Rechte überhaupt.

Erstes Kapitel.

Quellen des Rechts.

I. Das Gesetz.

§. 14.

Gesetz ist der Ausdruck des Staates über das, was als Recht gehandhabt werden soll. Wer die Befugniß habe, im Namen des Staates diesen Ausdruck zu thun, ist eine Frage, welche nur aus dem besonderen Recht der besonderen Staaten beantwortet werden kann¹. In den deutschen monarchischen Staaten steht, wie die gesammte Staatsgewalt, so auch die Gesetzgebungsgewalt dem Fürsten zu; jedoch ist derselbe in den meisten bei Ausübung dieser Gewalt an die Zustimmung der Landesvertretung gebunden. Wo dieß der Fall ist, ist ein von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz kein gültiges Gesetz, und der Richter darf es seinen Entscheidungen nicht zu Grunde legen². — Damit aber der Ausdruck des Staates wirk-

¹ Die Unanwendbarkeit der römischen Grundsätze über edicta, decreta, rescripta versteht sich da, wo eine Verfassung besteht, von selbst. Wo allein der Wille des Regenten entscheidet, braucht die Verbindlichkeit der von ihm in irgend einer Weise ausgesprochenen allgemeinen Rechtsnormen nicht erst aus dem römischen Rechte hergeleitet zu werden. §. 14.

² Man hat dieß aus ungenügenden Gründen bestritten; s. namentlich Linde Arch. f. civ. Pr. XVI. 13 (1833), Bischof Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. f. XVI. S. 235 fg. 385 fg. XVII. S. 104 fg. 253 fg. 448 fg. XVIII. S. 129 fg. 302 fg. 393 fg. (1859—61, noch unvollendet), in welchen Aufsätzen man auch die fernere Literatur findet. — Indem der Richter ein ohne die

lich Recht schaffe, ist ferner erforderlich, daß er auch in gehöriger Weise bekannt gemacht worden sei. In welcher Weise die Bekanntmachung (Publication) zu erfolgen habe, ist wieder eine Frage, welche nur nach den dafür in jedem einzelnen Staate bestehenden Normen beantwortet werden kann.

Ist es streitig, ob ein Gesetz erlassen oder gehörig publicirt worden sei, so treten nicht diejenigen Regeln ein, welche maßgebend sind, wenn eine Thatsache zwischen den in einem Rechtsstreite sich gegenüberstehenden Partheien bestritten ist³. Es gilt vielmehr der Satz, daß der Richter das Recht von Amtswegen zu kennen und zur Anwendung zu bringen habe. Kann freilich nach Lage der Umstände die Kenntniß des bestrittenen Gesetzes von ihm nicht verlangt werden, so ist es an der Parthei, welche sich auf das Gesetz beruft, ihm die nöthige Wissenschaft von demselben zu verschaffen, wenn sie will, daß es der Entscheidung des Rechtsstreites zu Grunde gelegt werde⁴.

Zustimmung der Landesvertretung erlassenes Gesetz zurückweist, stellt er sich nicht über den Staat, was er unter keinen Umständen darf, sondern über einen Willen, welcher sich für den Staatswillen ausgibt, ohne es zu sein. Wenn die Verfassung für die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt die Zustimmung der Landesvertretung erfordert, so heißt das nicht, daß sie ohne dieselbe nicht ausgeübt werden dürfe, sondern daß sie ohne dieselbe nicht ausgeübt werden könne. Ist, wie in den meisten deutschen Staaten, der Regierung das Recht gegeben, Gesetze mit provisorischer Geltung auch ohne die Zustimmung der Landesvertretung zu erlassen, so kann diese Bestimmung nur auf solche Gesetze Anwendung finden, welche sich als provisorische auch zu erkennen geben. Nur dann ist dem Richter die Cognition über das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes nicht gestattet, wenn ihm dieselbe durch die Verfassung selbst entzogen ist (wie z. B. durch die Preussische Verfassung von 1850 Art. 106). — Eine besondere Stellung zu der hier behandelten Frage nimmt ein v. Stodmar Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X. S. 18 fg. S. 253 fg. (1853). Er behauptet, daß dieselbe nur aus dem besonderen Rechte der einzelnen Staaten beantwortet werden könne, und sich aus dem gemeinen deutschen Staatsrecht höchstens eine Präsumtion für die Bejahung oder Verneinung derselben (er sagt nicht, ob für diese oder jene,) herleiten lasse. — In Betreff der Praxis s. Seuff. Arch. IV. 250. V. 225.

³ Jura novit curia. Namentlich gilt also nicht der Satz, daß der Richter das von der Gegenparthei bestrittene Gesetz trotz seines Wissens von der Geltung desselben seinem Urtheil nicht zu Grunde legen dürfe, bis die behauptende Parthei es bewiesen habe; was für bestrittene Thatsachen allerdings Grundsat ist. Seuff. Arch. VIII. 226. XI. 1.

⁴ Aber dieser Beweis steht nicht unter den prozessualischen Regeln vom

II. Gewohnheitsrecht.*

Begriff und Grund seiner Verbindlichkeit.

§. 15.

Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich geübt wird. In dieser Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts¹. Denn die letzte Quelle alles positiven Rechtes ist die Vernunft der Völker; Recht ist für jedes Volk das, was es als Recht erkennt. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar, gleichsam durch Delegation, begründet sie Recht in der Gesetzgebung. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung². Und zwar ist diese letztere Art der Begrün-

Beweise der Thatsachen. Savigny I. S. 187 fg., Bayer Vorträge S. 219, Wehelf Civilproz. S. 111. Vgl. §. 17 Note 2. Seuff. Arch. I. 127. IV. 92. Auch VIII. 58. IX. 210 248. XI. 208.

* G. Fr. Puchta das Gewohnheitsrecht. 2 Theile. 1828. 1837. Savigny System 1 §. 8 fg. 18. 25. 27. G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht (1843). Recension dieser Schrift von G. Fr. Puchta in den Jahrb. f. wissensch. Kritik 1844 Nr. 1—4, auch besonders abgedruckt Berlin 1844. Entgegnung Beseler's, Leipzig 1844. Brinkmann das Gewohnheitsrecht I. Bb. (1847).

¹ Die Quellen führen die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechtes zurück auf den tacitus consensus, die tacita conventio, civium oder populi §. 9. 11 I. de iuro nat. 1. 2, 1. 32 §. 1. 1. 35 D. de leg. 1. 3, vgl. Ulp. §. 4. (Anderer Stellen, in welchen die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechtes im Allgemeinen anerkannt wird, sind: 1. 32—34. 36—39 D. de leg. 1. 3, 1. 1—3 C. quas est longa cons. 8. 53). — Früher, ehe durch die historische Schule eine tiefere Auffassung der Entstehung des Rechts zur Herrschaft gelangt war, suchte man für die Entstehung des Gewohnheitsrechtes einen äußeren Anhalt, und fand denselben vorzugsweise (auch der Begriff der Autonomie [§. 19.] wurde herangezogen, was neuerdings wieder aufgenommen worden ist von E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche [1861]) in der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers. Diese Ansicht wird jetzt nur noch von Wenigen getheilt (dahin gehören Pieruff S. 13, Maurenbrecher deutsch. Privatr. I. §. 19); am eingehendsten ist sie bekämpft in dem citirten Werke von Puchta.

² Sie begründet Recht auf dem Wege der Uebung. Vor der Uebung kann sie als ein rein Innerliches nicht in Betracht kommen; so ist vor der Uebung Recht nicht vorhanden. Nach der Ansicht Puchta's und Savigny's

dung ursprünglich bei jedem Volke die praktisch wichtigere; eine ergiebigerer Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund; die Bildung einer das gesammte Volk umfassenden Rechtsüberzeugung wird bei der größeren Entwicklung der Verhältnisse, bei dem Wachsen der die Einzelnen trennenden Unterschiede, immer schwieriger; das Gewohnheitsrecht zieht sich hauptsächlich in kleinere Kreise des Volkes, geographische oder Berufskreise zurück², oder nimmt die vermittelte Gestalt des Juristenrechts an, wovon sogleich noch näher. So ist für die heutige Zeit die Gesetzgebung die praktisch bei weitem bedeutendste Rechtsquelle; aber sie ist nicht dem Range nach die erste.

Soll die Uebung (Gewohnheit) nur Erkenntnismittel des, also auch vor ihr bereits vorhandenen, Gewohnheitsrechtes sein; aber dieser „spiritualistischen“ Auffassung gegenüber ist mit Recht geltend gemacht worden (Stahl Rechtsphilosophie II. 1. S. 238. 239, Wächter II. Seite 33 Note 9, Sintenis I. S. 22 fg., Unger I. §. 37), daß die Uebung zur Entstehung des Gewohnheitsrechtes ebenso wesentlich sei, wie zur Entstehung des Gesetzesrechtes der Ausspruch. (In aller Schärfe wird die Puchta'sche Auffassung jetzt wieder vertreten von Keller §. 2. 3). Ja es kann möglicherweise die Bedeutung der Uebung eine noch größere sein; sie kann möglicherweise auch die rechtliche Ueberzeugung erst begründen (s. in dieser Beziehung namentlich Beseler Volks- und Juristenr. S. 76—79, deutsches Privatr. I. §. 33—35; noch weiter geht Kierniff §. 2 zu Anf.). In untergeordnetem Maße, für Detailbestimmungen und Bestimmungen von relativer Gleichgültigkeit, wird dieß auch von Savigny (I. S. 35—37) zugegeben (anders Puchta a. a. O. II. S. 5 fg.); in der Natur der Sache liegt aber nichts, was uns nöthigte, bei dieser Beschränkung stehen zu bleiben (vgl. auch Sintenis I. §. 3 Note 9. 10). Denn der Macht der Thatsache, welche sich eine längere Zeit hindurch zu behaupten im Stande gewesen ist, vermag sich kein menschliches Gemüth zu entziehen; was lange Zeit gewesen ist, erscheint uns bloß deswegen, weil es gewesen ist, als Recht. Die Frage kann daher nur die sein, ob eine Uebung ohne vorhergehende Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit auch in Betreff anderer, als der von Savigny bezeichneten, Sätze sich überhaupt bilden könne. Diese Frage ist für die regelmässigen Fälle gewiß zu verneinen; aber sie unbedingt zu verneinen, fehlt es an allem Anhalt (vgl. §. 16 Note 3).

² Im ersten Fall liegt ein particuläres Gewohnheitsrecht vor, während in dem zweiten Fall das Gewohnheitsrecht deswegen nicht weniger ein gemeines ist, weil es nicht für alle Glieder des Volkes gilt. — Eine besondere Abhandlung über das particuläre Gewohnheitsrecht ist die von Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV. 2 (1852).

Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes.

§. 16.

Was zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtes erforderlich ist, ergibt sich aus dem Vorhergehenden. Es muß eine Uebung vorliegen, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung des Volkes, oder des kleineren Kreises des Volkes, für welchen das Gewohnheitsrecht behauptet wird, gefunden werden kann. Dazu gehört im Einzelnen Folgendes. 1) Die Uebung muß nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, sondern eben aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit. 2) Sie muß nicht eine bloß vereinzelte gewesen sei, worin schon von selbst das weitere Erforderniß einer gewissen Dauer derselben liegt¹. 3) Sie muß eine gleichförmige gewesen sein, d. h. die Acte der Uebung müssen nicht durch Acte der Nichtübung oder Acte einer entgegen-

¹ Wie viele Acte der Uebung, und welche Dauer derselben erforderlich ist, darüber kann eine durchgreifende Regel nicht aufgestellt werden. In den Quellen wird im Allgemeinen longa, inveterata, diuturna, antiquitas probata et servata consuetudo, longaevis usus verlangt (l. 32 §. 1. 33. 35 D. de leg. 1. 3, l. 2. 3 C. quae sit longa cons. 8. 53). Die Glossatoren wollten eine nähere Bestimmung aus der Lehre von der Verjährung entnehmen, und diese Ansicht hat in c. 11 X. de consuet. 1. 4, c. 3 in VI^o eod. 1. 4, c. 9 in VI^o de off. ord. 1. 16, c. 50 X. de elect. 1. 6 einen gesetzlichen Ausdruck gefunden; es heißt, die consuetudo müsse praescripta, legitima oder canonice praescripta sein. Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung darf nicht, wie von Einigen geschieht, deswegen geleugnet werden, weil sie nicht privatrechtlicher Natur ist; denn der Satz, daß nur die privatrechtlichen Bestimmungen der fremden Rechte recipirt seien, ist unhaltbar (§. 2 Note 2 a. E.). Aber sie ist deswegen unanwendbar, weil die gelübte rechtliche Volkserzeugung deswegen nicht weniger Recht ist, weil die Uebung einem durch einen Rechtsatz aufgestellten Erforderniß nicht entspricht. Ein Rechtsatz kann ebensowenig bewirken, daß die gelübte rechtliche Ueberzeugung nicht Recht sei, als er bewirken kann, daß ein künstlich zu erlassendes (gültiges) Gesetz nicht Recht mache. Auch abgesehen hiervon aber muß jene Bestimmung des canonischen Rechts als durch die Praxis beseitigt angesehen werden, vgl. Puchta a. a. O. II. S. 101, Seuff. Arch. III. 255. 256. 291. 292. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Puchta a. a. O. II. S. 97 fg., Kierniff §. 11, Savigny I. S. 154, Wächter II. S. 35. — Uebrigens ist es in der Natur der Sache begründet, daß eine um so längere Dauer der Uebung erfordert werden muß, je mehr in einem gegebenen Falle anzunehmen ist, daß erst aus der Uebung eine rechtliche Ueberzeugung hervorgegangen sei. S. Note 3 und Beseler deutsch. Privatr. I. S. 127.

gelesenen Uebung aufgewogen werden². 4) Die der Uebung zu Grunde liegende Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Lebenden gewesen sein, nicht eine auf Irrthum beruhende³. Wenn aber 5) gewöhnlich auch das noch verlangt wird⁴, daß der Inhalt der Uebung kein unvernünftiger sei, so kann dieser Satz nur mit der doppelten Maßgabe anerkannt werden, daß er einmal nur auf particuläre Gewohnheiten bezogen, und sodann, daß unter Unvernünftigkeit nicht Unzweckmäßigkeit, sondern Widerstreit mit den Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung verstanden werde⁵. —

²) *Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata*, l. 3. C. quae sit longa cons. 8. 53, l. 3 pr. C. de priv. schol. 12. 30. Vgl. l. 34 D. de R. l. 50. 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit?“ Puchta a. a. D. II. S. 89 fg.

³ Was Irrthum sei und was nicht, darf aber nicht mit dem Maße unserer Erkenntniß, die wir uns einem behaupteten Gewohnheitsrechte gegenüber prüfend verhalten, sondern muß mit dem Maße der Erkenntniß der Lebenden selbst gemessen werden; es muß offenbar sein, daß, wenn sie auf das, was uns als Irrthum erscheint, aufmerksam gemacht worden wären, auch sie es als Irrthum erkannt haben würden. Ferner ist zu bemerken, daß auch eine irrige Ueberzeugung dieser letzteren Art sich im Laufe der Zeit in eine wahre Ueberzeugung verwandeln kann, indem sie sich von dem Grunde des Irrthums, auf welchem sie beruht, losmacht; ja es wird dieß der naturgemäße Prozeß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem irrigen Grunde üben, aus welchem seine Uebung ursprünglich begonnen hat, sondern daß dieser Grund in Vergessenheit geräth, und sie den Satz üben als hergebrachten, und deswegen weil er hergebracht ist, überzeugt sind, daß sein Inhalt Recht sei. Jedoch bedarf es für diese Entwicklung naturgemäß einer längeren Zeit; nicht gleich bei den Ersten, welche eine auf Irrthum beruhende Rechtsbildung ohne Bewußtsein ihres irrigen Grundes wiederholen, wird eine Ueberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit angenommen werden dürfen; dazu ist erforderlich, daß ihnen nicht bloß die Thatsache der Uebung, sondern auch eine gewisse Dauer dieser Thatsache gegenüberstehe. In diesem Sinne ist wahr der Ausspruch der l. 39 D. de leg. l. 3: „quod non ratione introductum, sed errors primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet“. Vgl. über die verschiedenen Ansichten in Betreff dieser Stelle Puchta a. a. D. I. S. 99 fg. II. S. 63 fg., Savigny I. S. 174 fg., Sintenis I. §. 3 Note 42. 43, Senff. Arch. I. 309.

⁴ Auf Grund von l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53, Nov. 134 c. 1. i. f., c. 10. 11 X. de cons. l. 4.

⁵ Unvernünftigkeit in dem ersten Sinne des Wortes ist ein viel zu unbestimmter Begriff, als daß ihm irgend welche practische Anwendbarkeit zugestanden werden könnte. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht aber enthält, wie

Im Uebrigen kann die Uebung, in welcher das Gewohnheitsrecht zum Dasein gelangt, entweder die Uebung des Volkes selbst sein, welches nach gewissen Normen seine Lebensverhältnisse einrichtet, oder die Uebung der Juristen, welche in Urtheilen und Rechtsgutachten gewisse Normen zur Anwendung bringen (Praxis, Gerichtsgebrauch)⁶. Die Juristen sind deswegen, weil sie in der Beschäftigung mit dem Rechte einen besonderen Beruf haben, nicht weniger Glieder ihres Volkes und nicht weniger des in demselben lebenden Geistes theilhaftig; in ihnen bildet sich zugleich, eben deswegen weil sie der Pflege des Rechtes ihre ausschließliche oder vorzugsweise Thätigkeit zuwenden, ein rechtliches Bewußtsein leichter aus, als in den übrigen Gliedern des Volkes, und so sind sie in den Zeiten, in welchen die rechtsproducirende Kraft in der Gesamtheit des Volkes abnimmt (§. 15), in dieser Beziehung die natürlichen Vertreter der Gesamtheit. Zwar ist es nicht zu verkennen, daß, wie in den besonderen Ständen überhaupt, so auch in dem Juristenstande, sich geistige Strömungen geltend machen können, von denen die übrigen Glieder des Volkes nicht oder nur theilweise berührt werden, und daß in dieser Weise die Juristen ein Rechtsbewußtsein haben können, welches der Gesamtheit des Volkes mehr oder minder fremd ist⁷. Aber ein-

auch immer sein Inhalt beschaffen sein mag, jedenfalls die Vermuthung dieses Volkes, und daher sein Recht. — Was die in der vorigen Note genannten Stellen angeht, so war die Zeit, in welcher sie geschrieben sind, der Entstehung allgemeiner Gewohnheiten nicht günstig, und so läßt sich annehmen, daß sie nur particuläre Gewohnheiten im Auge haben. Im Uebrigen s. das in Note I Bemerkte. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Puchta a. a. D. II. S. 49 fg., Savigny I. S. 176 fg., Hieruff S. 13, E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) S. 29—31, Senff. Arch. I. 307. X. 2.

⁶ Jordan Arch. f. civ. Pr. VIII. 9 (1825), Puchta a. a. D. I. S. 161 fg. II. S. 15 fg., Savigny I. §. 14. 19. 20, Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIII. 15 (1840), Sintenis I. S. 26 fg., Thöl Einl. in das deutsche Privatr. §. 54. 55, Beseler Volks- u. Juristenr. Cap. 10—12, deutsch. Privatr. I. §. 34—36. Keller §. 3 leugnet den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle durchaus.

⁷ Diesen Satz hat namentlich Beseler (Volksr. u. Juristenr. S. 71 fg.) der älteren historischen Schule gegenüber hervorgehoben. Savigny und Puchta stellen es nicht als das normale, sondern als das ausnahmslose Verhältniß dar, daß das Rechtsbewußtsein der Juristen der getreue Spiegel des Volksgesistes sei. Dieß bestreitet Beseler, und meiner Ansicht nach mit

mal liegt doch ein Gegengewicht gegen diese Gefahr darin, daß der Juristenstand kein abgeschlossener Stand ist, Niemandem es verwehrt ist, in denselben einzutreten, und er also doch mit der Gesamtheit des Volkes fortwährend in unmittelbarer Verbindung bleibt; und sodann ist zu bemerken, daß insofern auch wirklich das im Bewußtsein der Juristen entstandene und von ihnen geübte Recht in dem Bewußtsein der Gesamtheit des Volkes ursprünglich keine Wurzeln hat, doch durch die Dauer seiner Übung auch in dieser Gesamtheit sich das Bewußtsein ausbilden wird, daß das als Recht Geübte, eben weil es geübt wird, auch Recht sei, so daß es also als Gewohnheitsrecht so lange anerkannt werden muß, als es nicht durch eine von der Gesamtheit ausgehende entgegenstehende gewohnheitsmäßige Rechtsproduction aufgehoben ist⁸.

Recht; so auch Wächter gem. Recht Deutschlands S. 114. Die Streitfrage ist mit specieller Beziehung auf die durch die Juristen vollzogene Reception des römischen Rechts in Deutschland aufgeworfen und verhandelt worden. Vgl. §. 10 Note 3. 4.

⁸ Von dem durch die Übung der Juristen entstehenden Gewohnheitsrecht sind diejenigen Rechtsätze zu unterscheiden, welche die Juristen durch wissenschaftliche Behandlung der vorhandenen Rechtsätze finden (§. 22). Was sie in dieser Weise als Recht finden, ist kein neu erzeugtes Recht; es war schon früher vorhanden, es ist nur aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches Recht ist, was sich ihnen als Resultat ihrer wissenschaftlichen Operationen ergibt, hängt lebhaftig von der Richtigkeit derselben ab, und darüber steht jedem folgenden Juristen und namentlich jedem Richter eine freie Cognition zu. (Seuff. Arch. I. 210.) Es kann jedoch auch der auf wissenschaftlichem Wege gefundene Rechtsatz im Laufe der Zeit zum wirklichen Gewohnheitsrecht werden, wenn er nämlich als solcher, ohne Bewußtsein von den wissenschaftlichen Gründen, aus welchen er zuerst aufgestellt worden ist, bauern geübt wird. — Puchta nennt das auf wissenschaftlichem Wege gefundene Recht passend 'wissenschaftliches Recht', während Savigny diesen Ausdruck zur Bezeichnung des in der Thätigkeit der Juristen überhaupt hervortretenden Rechts (wissenschaftliches Recht und Gewohnheitsrecht) gebraucht. Diesen letzteren Begriff bezeichnet Puchta durch den Ausdruck 'Juristenrecht', welchen Ausdruck aber Beseler wieder auf das juristische Gewohnheitsrecht, und zwar dasjenige, welches nicht zugleich Volkrecht ist, beschränkt.

Erkenntniß des Gewohnheitsrechts.*

§. 17.

Erkannt wird das Gewohnheitsrecht theils unmittelbar aus den Acten seiner Übung, theils mittelbar durch glaubwürdige Zeugnisse über sein Bestehen¹. Auch die Acte seiner Übung können entweder unmittelbar, durch eigene Anschauung, erkannt werden, oder mittelbar, aus glaubwürdigen Zeugnissen Anderer. Besondere juristische Regeln gelten in dieser Beziehung nicht; der Richter hat die Ueberzeugung über das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes nach denselben Grundsätzen zu schöpfen, nach denen eine menschliche Ueberzeugung überhaupt geschöpft wird. Stehen dem Richter die gehörigen Erkenntnißmittel nicht zu Gebot, so ist es an demjenigen, welcher sich auf das Gewohnheitsrecht beruft, ihm dieselben zu verschaffen; aber es gelten für den Beweis eines Gewohnheitsrechtes die Regeln des Civilprocesses über den Beweis von Thatsachen ebenso wenig, wie sie für den Beweis eines Gesetzes gelten².

* Puchta a. a. O. II. S. 120 fg. S. 151 fg., Beseler Volkrecht und §. 17. Juristenrecht S. 108 fg., Savigny I. §. 30.

¹ In l. 34 D. de leg. 1. 3 wird als eine hauptsächlichliche Quelle der Erkenntniß des Gewohnheitsrechtes seine Feststellung *contradicto iudicio*, d. h. durch ein auf contrabictorische Verhandlung, und dadurch veranlaßte Untersuchung, ergangenes Urtheil bezeichnet. Ein solches Urtheil hat außer dem, daß es selbst eine Übung des Gewohnheitsrechtes enthält, die Kraft eines glaubwürdigen Zeugnisses für dasselbe. Seuff. Arch. II. 1. V. 99. — Nov. 106 enthält die Bestätigung einer Gewohnheit auf Grund der darüber von kundigen Personen gemachten Aussagen. Vgl. Seuff. Arch. I. 310. II. 251. VII. 290. 345. XIII. 2. 204. — Schöffeweisthümer, Rechtsbücher. Einen Anhalt gewähren auch Rechtsprüchwörter.

² Die früher geltende Ansicht band die processualische Geltendmachung eines Gewohnheitsrechtes an dieselben Voraussetzungen, wie die processualische Geltendmachung von Thatsachen; der Richter sollte ein Gewohnheitsrecht seinem Urtheil nur unter denselben Bedingungen zu Grunde legen dürfen, von denen es abhänge, ob er seinem Urtheil eine Thatsache zu Grunde legen dürfe. Diese Ansicht ist jetzt, namentlich in Folge der Ausführungen Puchta's, wenigstens im Principe beseitigt. Im Uebrigen vgl. Bangerow I. §. 17 Anm., Sintenis I. S. 45 fg. Aus der Praxis: Seuff. Arch. III. 256. VI. 130. VII. 139. X. 4. 124. XIII. 204. 205. Vgl. §. 14 Note 3. 4.

Kraft des Gewohnheitsrechts.*

§. 18.

Die Kraft des Gewohnheitsrechtes ist die gleiche, wie die eines Gesetzes. Es vermag daher das bestehende Recht nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben¹. Das gilt nicht nur von seinem Verhältniß zu anderem Gewohnheitsrecht, sondern auch von seinem Verhältniß zum Gesetzesrecht. Nur kann particuläres Gewohnheitsrecht keinen gemeinrechtlichen zwingenden, d. h. die individuelle Willkür ausschließenden, Rechtsatz (§. 30) aufheben, mag er auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhen; der allgemeine Wille kann eben auch nur durch den allgemeinen Willen überwunden werden². Abgesehen von diesem Fall wird die verbind-

§. 18. * Puchta a. a. O. II. S. 199 fg., Savigny I. S. 194 fg.

¹ L. 32 §. 1 D. de leg. 1. 3 — „quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur“. Wenn hier nur von der Aufhebung eines Gesetzes schlechthin, nicht auch von der Aufhebung durch Begründung eines entgegenstehenden Rechtsatzes die Rede ist, so liegt es auch doch auf der Hand, daß in der letzteren kein größerer Eingriff in die verbindende Kraft des Gesetzes enthalten ist, als in der ersteren. Anwendungen der desuetudo in §. 7 I. de iniur. 4. 4, l. un. pr. C. de cad. toll. G. 51, Nov. 89 c. 15.

² In dem die l. 26 §. 1. C. de usur. 4. 32 (vgl. l. 1 pr. D. eod. 22. 1) das Zinsmaß beschränkt, verbietet sie dem Richter ausdrücklich, auf ein entgegenstehendes örtliches Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen. Von einem particulären Gewohnheitsrecht ist auch zu verstehen die in einer anderen Beziehung schon oben betrachtete l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53. „Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem“. Vgl. c. 11. X. de consuet. 1. 4. Ueber die verschiedenen Versuche, welche gemacht worden sind, diese Stelle mit der in der vorigen Note genannten zu vereinigen, s. Puchta a. a. O. II. S. 203 fg., Vorlesungen I. S. 451 fg., Savigny II. Weil. II., Wangerow I. §. 16 Anm. In letzter Linie würde gegen l. 2. cit. geltend zu machen sein, was bereits in Note 1 zu §. 16 bemerkt wurde, daß kein Rechtsatz einem wirklich vorhandenen Gewohnheitsrecht die Kraft zu nehmen im Stande ist. Das vermag die l. 2. cit. nicht, welche selbst nur auf Grund eines Gewohnheitsrechtes gilt, nicht einmal ein Gesetz würde es vermögen (vgl. die folg. Note). — Guyet Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 18 fg. behauptet, particuläres Recht dürfe sich mit keinem gemeinrechtlichen Satze in Widerspruch setzen, und will davon l. 2. cit. verstehen.

bende Kraft des Gewohnheitsrechtes nicht einmal dadurch ausgeschlossen, daß ein Gesetz es ausdrücklich für unverbindlich erklärt³.

Autonomie.* — Observanz.

§. 19.

Die Gesetzgebung ist, wie in §. 14 bemerkt wurde, Attribut des Staates. Es kann aber vorkommen, daß für einen engeren Kreis auch ein Wille, welcher nicht der Staatswille ist, Rechtsnormen zu begründen im Stande ist. In diesem Falle spricht man von Autonomie. Eine solche Autonomie bestand in Deutschland früher, bei noch unentwickelteren staatlichen Verhältnissen, in umfassenderem Maße als heutzutage. Namentlich kamen in dieser Beziehung die Gemeinden in Betracht, deren Autonomie gegenwärtig, wo sie überhaupt noch besteht, sehr zusammengeschrumpft, und jedenfalls aus dem Gebiete des Privatrechts ganz verwiesen ist¹. Dagegen gilt noch heutzutage die Autonomie der Familien des hohen Adels² in Betreff ihrer Vermögens- und

³ Es ist dieß die nothwendige Consequenz der Ansicht über den Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechtes, welche jetzt allgemein als die richtige anerkannt wird. Freilich ist diese Consequenz weit davon entfernt, sich allgemeiner Anerkennung zu erfreuen (Puchta zieht sie Vorles. I. S. 454, aber noch Gew. R. I. S. 210 drückt er sich viel unbestimmter aus; gegen sie selbst Stahl Rechtsphil. II, S. 238): aber ich sehe nicht, wie man sich ihr entziehen will. Das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei; es kann ebenso wenig einem künftigen Gewohnheitsrecht die Kraft nehmen, als einem zukünftigen Gesetz. Der neueste Schriftsteller, welcher sich gegen diese Ansicht mit sehr ungenügenden, wenn überhaupt Gründen, ausgesprochen hat, ist E. Meyer die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) S. 18—21.

* Wilda u. d. W. Autonomie in Weiske's Rechtslexikon I. S. 539 fg. (1849), Gerber Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 2 (1854). Gegen Gerber R. Maurer krit. Ueberschau I. 8 (1855) und Jolly krit. Ueberschau VI. 16 (1859); dagegen wieder Gerber Jahrb. d. gem. R. III. 6 (1859). Beseler deutsch. Priv.-R. I. §. 26—28.

¹ Aber noch im Jahre 1757 gab sich die (nicht reichsfreie) Stadt Rostock ein eigenes Stadtrecht. v. Kamptz Handb. des mecklenb. Civilrechts S. 39. Vgl. Maurer a. a. O. S. 264.

² Garantirt durch die Bundesacte Art. 14 nach den „Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung“. Die der ehemaligen Reichsritterschaft zugesicherten ähnlichen Befugnisse sollen „nur nach der Vorschrift der Bundesgesetze ausgeübt“ werden.

Familienverhältnisse³. Auch von einer den Corporationen überhaupt zustehenden Autonomie kann man insofern reden, als die von ihnen über die Art und Weise ihrer inneren Bewegung getroffenen Bestimmungen ihre Mitglieder auch da binden, wo sie die Verleihung concreter Rechte nicht zum Gegenstande haben⁴. Eine hergebrachte Bezeichnung für die durch Autonomie getroffene Bestimmung ist Statut.

Die der Autonomie entsprechende gewohnheitsrechtliche Bildung pflegt man Observanz zu nennen⁵.

Zweites Kapitel.

Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts überhaupt.*

I. Auslegung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

Begriff der Auslegung. Wissenschaftliche Auslegung und f. g. Legalinterpretation.

§. 20.

Auslegung ist Darlegung des Inhalts des Rechtes. Der Inhalt des Rechtes kann mehr oder minder offenbar sein; je

³ Gerber a. a. O., welcher den Begriff der Autonomie als einer objective Rechtsnormen erzeugenden Quelle (für das heutige Recht) überhaupt ganz verwirft, sieht auch in diesen Dispositionen des hohen Adels nur Rechtsgeschäfte, durch welche in Anwendung des jetzt geltenden Rechtes lediglich subjective Berechtigungen verliehen würden. Dagegen Folly und Maurer a. a. O.

⁴ J. V. Bestimmungen über die Ausübung des Stimmrechts, über die Aufnahme neuer Mitglieder.

⁵ Der Ausdruck wird aber auch in anderen Bedeutungen genommen. Vgl. Puchta Gew. R. II. S. 105 fg., Savigny I. S. 98 fg., Beseler deutsches Privatr. I. S. 126; Scuff. Arch. II. 122. V. 100. IX. 243.

* Thibaut Theorie der logischen Auslegung (1799. 2. Aufl. 1806), Hierulff S. 18 fg., Savigny System I. §. 32—51, Wächter II. §. 12—14. 23—26, Vangerow I. §. 23—25, Th 81 Einleit. in das deutsche Privatr. §. 55—66, Unger I. §. 10—14, Lang Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts (1857).

weniger er offenbar ist, desto bedeutender ist die Aufgabe der Auslegung.

Gewöhnlich spricht man nur von der Auslegung der Gesetze. Das ist zu eng; auch die Sätze des Gewohnheitsrechtes sind der Auslegung fähig und bedürftig. Nur freilich nicht ganz in demselben Sinne, wie die Gesetze; bei den Gesetzen hat die Auslegung eine Aufgabe und eine nächste Aufgabe zu lösen, welche bei den Sätzen des Gewohnheitsrechtes wegfällt. Gesetze sind in Worten formulirte Rechtsätze; die nächste Frage ist hier: welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? Diese Frage kann bei den Sätzen des Gewohnheitsrechtes, da ihre Erscheinungsform nicht die der menschlichen Rede ist, nicht aufgeworfen werden. Aber wenn bei den Gesetzen der Sinn, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat, festgestellt ist, so erhebt sich eine zweite Auslegungsfrage, und diese ist auch bei den Sätzen des Gewohnheitsrechtes anwendbar. Darüber das Nähere in §. 22¹.

Die Auslegung kann entweder auf wissenschaftlichem Wege erfolgen, oder durch einen Rechtsatz. Nur die erste ist eigentliche Auslegung²; die zweite ist im Grunde Setzung neuen Rechtes mit Hinzufügung der Bestimmung, daß dasselbe als bereits in einem früheren Rechtsätze enthalten angesehen werden solle. Jedenfalls ist hier nur von der ersteren zu handeln. Sie ist aber nicht sowohl eine Wissenschaft, welche gelehrt werden kann, als eine Kunst, welche gelernt werden muß; die Theorie kann nur auf die leitenden Gesichtspunkte aufmerksam machen.

¹ Jedoch wird von Anderen die Beantwortung dieser Frage zur Auslegung §. 20. nicht gerechnet; s. den citirten §. 22. Folgt man diesem Sprachgebrauche, so bezieht sich allerdings die Auslegung nur auf Gesetze.

² Man gebraucht für dieselbe auch weniger den Ausdruck Auslegung, als den Ausdruck Interpretation; man sagt gewöhnlich Legalinterpretation. Je nach dem der feststellende Satz ein gesetzlicher oder ein gewohnheitsrechtlicher ist, theilt man dieselbe ein in die authentische und die usuelle.

Grammatische und logische Auslegung. (Gesetzes-) Analogie.

§. 21.

Die Auslegung der Gesetze hat es, wie bemerkt wurde, zuerst zu thun mit der Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten hat verbinden wollen. Vorbedingung dazu ist es, daß vorher die von ihm gebrauchten Worte selbst festgestellt seien; dieß zu thun ist die Aufgabe der Kritik¹.

Bei der Feststellung des Sinnes der von ihm gebrauchten Worte ist natürlich auszugehen von den Sprachgesetzen; die Sprachgesetze sind zu befragen sowohl über den Sinn der einzelnen Worte für sich, als über den Sinn, welchen sie in der Verbindung haben, in der sie im gegebenen Falle auftreten². Die auf die Sprachgesetze gegründete Auslegung pflegt man die grammatische zu nennen.

Aber das Resultat der grammatischen Auslegung kann möglicherweise kein befriedigendes sein; entweder gibt dieselbe keinen verständlichen Sinn, oder sie läßt die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Sinnen³. In diesem Fall ist zunächst zu sehen auf den übrigen feststehenden Inhalt des auszulegenden Gesetzes; ferner kann eine Erklärung zu gewinnen sein aus anderen Gesetzen desselben Gesetzgebers, oder auch verschiedener Gesetzgeber, insofern

§. 21. ¹ Man kann noch weiter gehen und sagen, zu allernächst müsse festgestellt sein, daß das Gesetz überhaupt echt sei, d. h. in Wirklichkeit von dem Gesetzgeber herrühre, welchem es zugeschrieben wird. Auch diese Feststellung nennt man Kritik, und zwar die höhere, im Gegensatz jener ersten als der niederen, obgleich Andere mit diesen Ausdrücken andere Sinne verbinden. Vgl. Savigny I. S. 242. 246, Lang a. a. O. S. 15. 16. — In Betreff der Kritik des Corpus juris vgl. besonders Bangerow I. S. 53—56.

² Natürlich ist dabei nicht bloß auf die allgemeinen Gesetze der Sprache, sondern namentlich auch auf die besondere Ausdrucks- und Redeart gerade der Zeit und des Ortes zu sehen, woher das Gesetz stammt. Mit der grammatischen Auslegung in besonderer Anwendung auf das Corpus juris beschäftigt sich der größte Theil der oben citirten Schrift von Lang.

³ Ein einzelner Ausdruck kann möglicherweise verschiedene Bedeutungen haben. Es kann auch bei Unzweideutigkeit der einzelnen Ausdrücke eine verschiedene Construction möglich sein.

eine geistige Einheit zwischen denselben und dem auszulegenden Gesetz angenommen werden kann⁴. Führt dieses Hülfsmittel nicht zum Ziel, so kann dem Ausleger im Allgemeinen keine andere Anleitung gegeben werden, als die, sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken; je vollständiger ihm dieß gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er den Sinn der von demselben gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein. Im Besonderen ist hier zweierlei hervorzuheben: der zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei, und sodann der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit seinem Gesetze hat erreichen wollen⁵. Endlich ist auch auf den Werth des Resultates Rücksicht zu nehmen, insofern nämlich angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als etwas Leeres und Unpassendes habe sagen wollen⁶. — Gewähren diese Hülfsmittel kein sicheres Resultat, so hat die Auslegung, da sie zu einem Resultate unter allen Umständen gelangen muß, sich auch mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit zu begnügen, wobei ihr fernere Anhaltspunkte die Regeln gewähren, daß im Zweifel für

⁴ L. 26—28 D. de leg. 1. §. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. — Sed et posteriores leges ad priores pertinent. —“. Vgl. auch l. 24 D. eod., welche Stelle freilich zunächst nur von der berichtigen Auslegung spricht.

⁵ Man darf das Gesetz nicht in einer Weise auslegen, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht. J. B. l. 6 C. de leg. 1. 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri“. Ebenso l. 25 D. eod. l. §. — Man pflegt den Zweck, welcher durch ein Gesetz erreicht werden soll, ratio legis zu nennen, und dabei darauf aufmerksam zu machen, daß die ratio legis einerseits nicht mit der occasio legis, d. h. der äußeren Veranlassung des Gesetzes (J. B. l. 1 pr. D. de SCo. Mac. 14. 6), andererseits nicht mit der ratio iuris, d. h. dem eigentlichen Gedanken oder Princip des Gesetzes verwechselt werden dürfe. Jene ist für die Auslegung von verschwindendem Werthe; diese ist nicht sowohl Mittel zur Bestimmung des zweifelhaften Sinnes eines Rechtsbegriffes, als vielmehr Ergebnis der Verallgemeinerung seines unzweifelhaften (§. 22).

⁶ Dahin gehört l. 19 D. de leg. 1. §. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret. —“. Ferner l. 67 D. de R. J. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas significationes exprimit, ea potissimum accipiat, quae rei gerendae aptior est“.

die geringere Abweichung von dem bestehenden Recht⁷, und für die mildere Meinung⁸ zu entscheiden ist.

Durch die Anwendung der zuvor bezeichneten Hülfsmittel kann aber nicht bloß der unklare Ausdruck des Gesetzes in seinem wahren Sinne bestimmt, es kann dadurch auch der unvollständige Ausdruck ergänzt, und der unrichtige berichtigt werden⁹. Unrichtig kann aber der Ausdruck des Gesetzes nach einer dreifachen Richtung sein: er kann auf Mehr gehen, als der Gesetzgeber hat sagen wollen, oder auf Weniger, oder auf etwas qualitativ Anderes. Hiernach ist die berichtigende Auslegung entweder einschränkend, oder ausdehnend, oder abändernd. Nur muß, was die abändernde Auslegung angeht, die Beschränkung hinzugefügt werden, daß auch sie, in gleicher Weise wie die einschränkende und ausdehnende Auslegung thut, den Ausdruck des Gesetzgebers immer nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung verbessern kann; entsprechen die von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht, was er gesagt hat, weil er es nicht hat sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat¹⁰.

⁷ Egl. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

⁸ L. 192 §. 1. l. 56. 168 pr. D. de R. J. 50. 17, l. 18 D. de leg. l. 3 (Savigny I. §. 36. i.).

⁹ Es heißt zwar in den Quellen: „in re dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 §. 20 D. de exerc. act. 14. 1); aber auch: „scire leges non est verba eorum tenere sed vim ac potestatem“, l. 17 D. de leg. l. 3, vgl. l. 6 §. 1 D. de V. S. 50. 16, l. 13 §. 2 D. de excus. 27. 1. In früherer Zeit wurde nicht selten die Behauptung aufgestellt, daß einem sprachlich unzweideutigen Wortsinne gegenüber alle Auslegung zu schweigen habe. Das widerspricht nicht bloß den Aussprüchen der Quellen, sondern auch der Natur der Sache. Die Worte sind nicht der Gedanke, sondern nur Zeichen für denselben, es kommt nicht auf deren objective und absolute Bedeutung, sondern auf diejenige an, welche gerade ihr Urheber mit ihnen verbunden hat, vorausgesetzt nur, daß dieselbe aus den Umständen nachweisbar ist. Am schärfsten ist dieß durchgeführt von Thering Geist des röm. Rechts II. S. 470 fg.

¹⁰ Wenn aus diesem Grunde auch noch neuere Schriftsteller (z. B. Vangerow I. S. 60. 61) die Zulässigkeit der abändernden Auslegung ganz bestreiten, so ist dagegen zu erwidern, daß derselbe in seiner vollen Schärfe gefaßt auch die ausdehnende Auslegung ausschließen würde; auch wenn der Gesetzgeber weniger gesagt hat, als er hat sagen wollen, fehlt es für das Mehr an einem Ausdruck. Dieß führt zu der im Text bezeichneten Vermittelung.

Eine jede Auslegung, welche über das durch Anwendung der Sprachgesetze gefundene Resultat hinausgeht, pflegt man eine logische zu nennen.

§. 22.

Die Auslegung hat aber nicht bloß die Aufgabe, den von dem Gesetzgeber gebrauchten Worten gegenüber den Sinn zur Geltung zu bringen, welchen er mit denselben hat verbinden wollen; sie hat ferner auch die Aufgabe, hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen. Es kann nämlich vorkommen, und es kommt häufig vor, daß der Gesetzgeber sich diesen Gedanken selbst nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform desselben stehen geblieben ist, welche dessen wahren Gehalte nicht vollständig entspricht. Es ist die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung, in einem solchen Falle dem Gesetzgeber zur Hülfe zu kommen, und seinem ausgeprägten Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen. Indem sie das thut, überschreitet sie nicht ihre Befugnisse; sie handelt ganz in dem Sinne des Gesetzgebers, sie spricht nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich nicht zum Bewußtsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre. Nur sind ihr auch hier die nämlichen Grenzen gesteckt, welche schon vorher bezeichnet wurden; wie sicher sie auch den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers erkennt, sie darf denselben doch als Recht begründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständig entsprechender Ausdruck desselben, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann. So wird auch hier ihre hauptsächlichste, wenn nicht alleinige, Thätigkeit in der quantitativen Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes zu bestehen haben¹.

Daß aber diese Thätigkeit wirklich Auslegung sei, darf nicht bezweifelt werden; auch hier wird die äußere Erscheinung des Gesetzes durchbrochen, um seinen Kern zu enthüllen; was die Schaafe verbirgt und bindet, wird auseinander gelegt. Um so weniger darf es bezweifelt werden, als die Unterscheidung zwischen dieser und der im vorigen §. bezeichneten Thätigkeit, so sehr sie

¹ Beispiele s. in der folgenden Note.

begriffsmäßig feststeht, doch im einzelnen Falle regelmäßig schwer, ja unmöglich durchzuführen sein wird, und so die eine in die andere unmerkbar übergeht; die Frage: hat der Gesetzgeber nicht gesagt, was er hat sagen wollen, oder hat er nicht gedacht, was er hat denken wollen? wird nur selten mit Sicherheit beantwortet werden können². — Nach einer anderen Ansicht wird indessen

² Wenn der Gesetzgeber seine Rede bloß auf das männliche Geschlecht richtet, statt auf das männliche und weibliche zugleich (l. 1. 52. 195 pr. D. de V. S. 50. 16), so liegt die Annahme nahe, daß er nicht gesagt habe, was er gedacht habe, so z. B. wenn ein kaiserliches Rescript der Mutter gebot, *Alia tutorem potero*, und nicht hinzufügte: *Aliahus* (l. 2 §. 23. 28 D. ad SC. Tert. 38. 17). Aber ist ebenfalls ein Fehler des Ausdrucks und nicht vielmehr ein Fehler des Gedankens anzunehmen, wenn dasselbe Rescript unterließ, seine Bestimmung auf die Erbtüchtigkeit eines *curator* für den *impubes* zu erstrecken (§. 29 *ead.*)? Ferner wenn Kaiser Marcus nicht gerichtlich bestätigte Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente für ungültig erklärte, statt, wie er wollte, die dem Vermächtnisnehmer nachtheiligen (l. 8 pr. §. 6 D. de *transact.* 2. 15), sprach er da nicht richtig, oder dachte er nicht richtig? Das Letztere scheint eher angenommen werden zu müssen; ebenso, wenn die *lex Aelia Sentia* dem Herrn verbot, bei der Freilassung von dem Sklaven einen Eid zu fordern, daß er sich nicht verheirathen oder Kinder erziehen wolle, und vergaß, ihre Bestimmung auf zeugungsfähige Sklaven zu beschränken (l. 6 §. 2. l. 15 D. de *iuro patr.* 37. 14), oder wenn das *acilische* Edict offene Fehler nicht ausdrücklich ausnahm (l. 1 §. 6 D. de *aed. ed.* 21. 1), oder wenn Caracalla, als er Convalescenz der Schenkungen zwischen Ehegatten durch den Tod des Schenklers vorschrieb, nicht ausdrücklich hinzufügte, daß das Gleiche auch für die anderen wegen der Ehe verbotenen Schenkungen gelten solle (l. 32 §. 16 D. de *don. i. v. e. u.* 24. 1). Unzweifelhaft aber lag ein Fehler des Gedankens und nicht des Ausdrucks vor, als Marcus vorschrieb, daß für die Excusation von der Vormundschaft der in der Stadt oder bis 100 Milien Entfernung Wohnende 60 Tage haben solle, der weiter Entfernte 30 Tage und für je 20 Milien 1 Tag, woraus an und für sich folgte, daß z. B. der in einer Entfernung von 160 Milien Wohnende nur 38 Tage habe (l. 13 §. 2 D. de *excus.* 27. 1). — Andere unzweifelhafte Beispiele einer Auslegung, welche nicht den Sinn gegen die Ausdrücke, sondern den eigentlichen Gedanken gegen den ausgedrückten zur Geltung bringt, s. in l. 40 pr. D. de *H. P.* 5. 3, l. 27 §. 3 D. de *R. V.* 6. 1, l. 1 pr. l. 4 D. si *quadrupes* 9. 1, l. 19 D. ad *exh.* 10. 4, l. 54 pr. D. *mand.* 17. 1, l. 64 §. 1 D. de *R. N.* 23. 2. Ein sehr belehrendes Beispiel gewährt namentlich auch das *SC. Velleianum*. Die Jurisprudenz hat hier aus den beiden Sätzen: unverbindlich ist es, wenn eine Frau sich für einen Andern verbürgt, und: unverbindlich ist es, wenn die Frau für einen Andern ein Darlehn nimmt, den höheren Satz entwickelt: unverbindlich ist es, wenn eine Frau eine, nicht bloß formell,

die hier bezeichnete Thätigkeit zur Auslegung nicht gerechnet. Zudem man dann zugleich für dieselbe nicht bloß die Veränderung, sondern auch die Einschränkung des Gedankens des Gesetzgebers unbeachtet läßt³, spricht man nur von der Ausdehnung desselben⁴ durch Analogie⁵, und erklärt die letztere als Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes. Unter Grund des Gesetzes versteht man dann aber eben, was hier der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers genannt worden ist⁶. Statt Grund sagt man auch wohl Princip des Gesetzes⁷.

sondern auch materiell fremde Obligation, als fremde, übernimmt. E. das Obligationenrecht. — Auf zwingende Gesetze (§. 30) angewendet, wird der Satz, daß der eigentliche, nicht der ausgesprochene, Gedanke des Gesetzes entscheidend sei, so ausgedrückt: unter das Gesetz falle auch, was in *fraudem legis* geschehe, l. 29. 30 D. de *leg. 1.* 3, l. 5 C. *cod.* 1. 14.

³ Die Folge davon ist, daß dann jede einschränkende Auslegung als das, was man allein Auslegung nennt, als Verbesserung des Wortes aufgefaßt werden muß. In dieser Weise behandelt z. B. *Vangerow* I. S. 60 selbst l. 11 §. 2 D. de *his qui not.* 3. 2, in welcher es heißt, das Verbot für die Frau, innerhalb des Trauerjahres zu heirathen, dürfe nicht auf die Frau bezogen werden, welche früher geboren habe.

⁴ Von diesem Falle handeln im Allgemeinen l. 10—12. l. 27 D. de *leg. 1.* 3.

⁵ Gegenüber einer solchen (§. 23) zu nennenden Anwendung der Analogie nennt man sie Gesetzesanalogie.

⁶ Wird der Begriff des Grundes des Gesetzes in dieser Weise gefaßt, so sind die vielfach mißbrauchten Sätze: *ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio*, und: *essante ratione legis cessat lex ipsa*, ebenso richtig, als sie bei jeder anderen Auffassung falsch sind.

⁷ Ist die ausdehnende Auslegung (Analogie) in einem gegebenen Falle ausgeschlossen, so liegt umgekehrt darin, daß das Gesetz seine Bestimmung nur für den von ihm genannten Fall getroffen hat, ein Zeugniß dafür, daß der Inhalt derselben für andere Fälle nicht Rechtsens ist, — das bekannte *argumentum a contrario*; vgl. z. B. l. 18 D. de *testib.* 22. 5, l. 20 §. 5. 6 D. *qui test.* 28. 1. So sicher aber dasselbe, sobald nur der Ausschluß der Analogie wirklich feststeht, bei Gesetzen ist, so unsicher ist es bei Aussprüchen, welche nicht neues Recht einführen, sondern einen geltenden Rechtsatz als geltend constatiren wollen, wie namentlich bei den in unserem *Corpus Juris* enthaltenen Auszügen aus den Schriften der römischen Juristen. Hier setzt der Schluß, daß, weil eine Rechtsregel nur für den Fall A als geltend ausgesprochen worden sei und nicht auch für den Fall B, sie deswegen für den Fall B habe ausgeschlossen werden sollen, den Nachweis voraus, daß der Urheber des Ausspruchs 1) an den Fall B gedacht, und 2) Veranlassung gehabt habe, ihn zu berücksichtigen.

Die Hilfsmittel dieser Art der Auslegung sind die nämlichen, wie die im vorigen §. erwähnten.

Es liegt aber auf der Hand, daß dieselbe nicht bloß auf Gesetze anwendbar ist, sondern auch auf Sätze des Gewohnheitsrechtes. Auch bei Sätzen des Gewohnheitsrechtes kann erkannt werden, daß der Gedanke, welcher sich dem Bewußtsein der Lebenden zunächst dargestellt hat, ihr eigentlicher Gedanke nicht gewesen ist; indem dann ihr eigentlicher Gedanke zur Geltung gebracht wird, wird das Gewohnheitsrecht in gleicher Weise wie das Gesetz ausgelegt.

Lücken und Widersprüche. (Rechts-) Analogie.

§ 23.

Bisher ist von der Auslegung der einzelnen Rechtsätze als solcher die Rede gewesen. Werden dieselben aber aufgefaßt als zu einem Rechtsganzen gehörig, so ergibt sich die fernere Frage, wie es zu halten sei, wenn dieses Ganze Lücken oder Widersprüche zeigt. Im Wesen ist hier die Aufgabe dieselbe; es kommt darauf an, den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen zu erkennen, wie es sich zuvor um den eigentlichen Gedanken des einzelnen Rechtsatzes handelte.

Deswegen sind zuvörderst Lücken des Rechtsganzen nicht etwa, wie früher häufig gelehrt wurde, aus dem f. g. Naturrecht zu ergänzen, d. h. einem durch apriorische Construction gefundenen Recht, dessen Inhalt in jedem gegebenen Fall doch nur dasjenige bildet, was der Construierende für wahr hält, sondern aus dem Geiste des Rechtsganzen selbst; es muß diejenige Entscheidung gefunden werden, welche in seinem Sinn die richtige ist. Insofern dabei von den in dem Rechtsganzen wirklich ausgesprochenen Rechtsätzen ausgegangen, und die in diesen sich darstellende spezifische Art und Weise der Rechtsauffassung auf das einer rechtlichen Normirung bedürftige Verhältniß übertragen werden muß, spricht man auch hier von Analogie¹.

Glaubt man in einem Rechtsganzen einen Widerspruch zu entdecken, so ist zuerst zuzusehen, ob derselbe nicht bloß scheinbar

§. 23. ¹ Im Gegensatz zu der im vorigen §. bezeichneten (Gesetzes-) Analogie nennt man sie Rechts-Analogie.

ist. Bloss scheinbar ist er, wenn die sich widersprechenden Rechtsätze nicht gleichen Ranges sind. Nicht gleichen Ranges sind gemeinrechtliche und particuläre, frühere und spätere Rechtsätze; der particuläre geht dem gemeinrechtlichen², der spätere dem früheren vor³. Bloss scheinbar ist der Widerspruch ferner dann, wenn bei genauerer Betrachtung sich die Voraussetzungen der beiden Rechtsätze als nicht vollkommen identisch ausweisen. Ist aber der Widerspruch kein bloss scheinbarer (läßt er sich nicht vereinigen), so muß man sagen daß der eine Rechtsatz so viel gelte, als der andere; demgemäß hebt der eine den anderen auf, und es ist zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

Wissenschaftliche Behandlung des Rechts.

§ 24.

Die Auslegung bildet keinen Gegensatz zu der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts; sie ist wissenschaftliche Behandlung, schon die niedere, welche den Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte, um so mehr die höhere, welche den eigentlichen Gedanken eines Rechtsatzes oder eines Rechtsganzen bestimmt. Aber die wissenschaftliche Behandlung des Rechts ist in der Auslegung nicht beschloffen. Wenn die Auslegung ihr Geschäft beendigt hat, so handelt es sich nun um die Entwicklung der Begriffe, welche in den durch sie gewonnenen Rechtsätzen enthalten sind. Auch der eigentliche Gedanke des Rechtsatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d. h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandtheile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen Denkelemente aufzuweisen. Man kann in dieser Operation mehr oder weniger weit gehen; denn die gefundenen Elemente können sich selbst wieder als Zusammenfassungen anderer, einfacherer Elemente ausweisen, und so fort⁴.

² Es kann auch ein Rechtsatz, welcher einem andern gegenüber particulär ist, selbst wieder einen particulären unter sich haben, dem gegenüber er gemeinrechtlicher ist. Ein altes Sprichwort sagt: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein (das für Deutschland gemeine) Recht.

³ L. 4 D. de const. princ. l. 4.

⁴ Man vergleiche als Beispiel: Kaufvertrag ist ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen Geld abgetreten wird; Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, welches

Die neuere Rechtswissenschaft hat die entschiedene Tendenz, in der Zerlegung der Begriffe möglichst weit zu gehen. Und dieß ist ihr Verdienst. Denn in der That hängt von der erschöpfenden Erfassung des Inhalts der in den Rechtsätzen enthaltenen Begriffe nicht nur das volle Verständniß des Rechtes ab, sondern auch die Sicherheit seiner Anwendung. In dieser letzteren Beziehung bemerkte man noch Folgendes. Selten entspricht der Thatbestand eines zu entscheidenden Falles dem Thatbestand eines einzigen Rechtsatzes; regelmäßig stellen die verschiedenen Theile desselben sich unter verschiedene Rechtsätze. Die von denselben geordneten rechtlichen Wirkungen bestimmen und durchkreuzen sich; die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sichereres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht. Es liegt zugleich auf der Hand, daß erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System des Rechtes, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze, ergeben kann.

Die Rechtsbegriffe zerfallen in zwei Klassen, je nachdem sie zum Gegenstand die thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtes haben, oder die Rechte selbst und was von ihnen ausgesagt werden kann. Begriffe, welche die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechte zum Gegenstand haben, sind z. B. Rechtsgeschäft, Vertrag, Testament, Specification, Bedingung u. a. m. Bei den Rechten kommt in Betracht der Begriff des Rechtes überhaupt, der Begriff der einzelnen Rechte, welcher sich aus ihren charakteristischen Merkmalen componirt (z. B. Eigenthum, Nießbrauch, Obligation, Vorkaufsrecht, Neuerecht u. s. w.), ihr Inhalt, ihr Subject (Person, juristische Person), ihre Eigenschaften (Theilbarkeit und Untheilbarkeit, Veräußerlichkeit und Unveräußerlichkeit, Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit u. s. w.), die von ihnen ausgehende Action (Ausübung, Klagbarkeit, Ruhen des Rechtes, Behaftetsein mit einer Einrede), besonders auch ihre Lebensphänomene (Entstehung, Untergang, Umgestaltung; Be-

durch die Uebereinstimmung zweier (oder mehrerer) Willenserklärungen zu Stande kommt, — Rechtsgeschäft ist die Erklärung eines Privaten, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle, — Erklärung eines Willens ist was? — Wille ist was? — Uebereinstimmung ist was? — Sache ist was? — Abtretung ist was?

gründung, Vernichtung, Umgestaltung schlechthin oder mit einstweilen gehemmter Kraft; vollständige Vernichtung und Vernichtung durch Erzeugung einer Einrede; Umgestaltung der Person, dem Stoffe nach; Rechtsnachfolge, Gesamtnachfolge, Sondernachfolge u. s. w.). Dieß soll keine vollständige Aufzählung sein, sondern bloß zur Orientirung dienen.

Die Zurückführung eines Rechtsverhältnisses auf die ihm zu Grunde liegenden Begriffe nennt man Construction desselben².

II. Auslegung des Pandektenrechts insbesondere.

§. 25.

Was die Auslegung des Pandektenrechtes insbesondere betrifft, so ist hier zunächst zu erwähnen, daß Justinian alle Auslegung der von ihm publicirten Rechtsbücher verboten hat¹; im Zweifelsfall solle der Richter sich an den Kaiser wenden. Aber weder ist diese letztere Vorschrift heutzutage irgendwie ausführbar, noch ist das Verbot selbst jemals beobachtet worden; es ist also durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht abgeschafft².

Sodann ist in Betreff der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher zu bemerken, daß die in denselben enthaltenen Stellen einer zweifachen Auslegung bedürftig sind. Zuerst muß der Sinn bestimmt werden, in welchem sie von ihren ursprünglichen Verfassern niedergeschrieben worden sind; sodann ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht dieser Sinn durch ihre Aufnahme in die

² Construirt wird z. B. die Realkauf, indem aufgewiesen wird, daß das durch sie gewährte Recht unter den Begriff des dinglichen oder unter den Begriff des obligatorischen Rechtes gehöre. Das aus dem Aufheben einer ausgeworfenen Sache entstandene Eigenthum wird construirt, indem nachgewiesen wird, daß in dem Auswerfen eine Tradition oder eine Dereliction liege. — Vgl. über die Construction, und überhaupt das im Texte Gesagte die geist- und lehrreiche Darstellung von Fhering Geist des röm. Rechts II. S. 321 — 414 in Verbindung mit Jahrb. f. Dogmatik I. 1, eine Darstellung, welche trotz dessen, was sich im Einzelnen gegen dieselbe einwenden läßt, doch im Ganzen, als erster Versuch der Begründung einer „Technik des Rechtes“, wie mir scheint, eine wärmere Anerkennung verdient hätte, als sie bei Prinz krit. Vierteljahrsschr. II. 1 gefunden hat.

¹ L. 12 C. de leg. 1. 14, l. 2 §. 21 C. de vet. iure enuel. 1. 17.

² Vgl. Savigny I. S. 301 — 317.

Justinianische Codification alterirt worden ist³. — Was den ursprünglichen Sinn der einzelnen Stellen des *Corpus juris* angeht, so kommt in Betracht, daß dieselben zum großen, ja größten Theil ursprünglich nicht Gesetze gewesen sind, sondern Zeugnisse für das bestehende Recht, so namentlich die Excerpte aus den Schriften der römischen Juristen, und (obgleich nicht ausnahmslos) die kaiserlichen Rescripte und Decrete. Im Ganzen und Großen sind nun zwar die Grundsätze für die Auslegung dieser Zeugnisse keine anderen, als die oben für die Auslegung der Gesetze entwickelten; im Einzelnen stellt sich aber doch Manches anders. So hat namentlich das *l. g. argumentum a contrario* hier eine ganz andere Bedeutung, als für die Gesetze (§. 22 Note 7), und bei der Auslegung der Rescripte darf nicht vergessen werden, daß nicht selten in dieselben Momente aus der Anfrage mit aufgenommen worden sind, ohne daß dieselben für wesentliche Vorkauslegungen der Entscheidung haben erklärt werden sollen.

³ Im Einzelnen ist hier in's Auge zu fassen 1) der veränderte Rechtszustand, unter welchem die Justinianische Compilation zusammengestellt worden ist. Mit Rücksicht auf denselben sind viele der aufgenommenen Stellen geradezu abgeändert worden (Interpolationen, *l. g. emblemata Triboniani*); in anderen Fällen hat das Aufgenommene auch ohne Aenderung bloß durch seine Beziehung auf den Justinianischen Rechtszustand eine andere Bedeutung bekommen (so z. B. bezeichnen die Ausdrücke *coessio*, *in ius vocatio* im Munde der Compileren etwas ganz Anderes, als im Munde der alten Juristen). Zu beachten ist 2) der Zusammenhang der Compilation. Justinian hat nicht bloß die einzelnen von ihm publicirten Rechtsbücher, Institutionen, Digesten, Codex, jedes für sich, sondern auch alle drei zusammen als ein Ganzes betrachtet wissen wollen (§. 26 Note 1); jede Stelle hat also nur denjenigen Werth, welcher sich aus ihrem Zusammenhalten mit anderen Stellen der Compilation ergibt. Dabei ist ein nicht zu vernachlässigendes Interpretationsmittel namentlich auch die Titelfrubrik, unter welche die auszulegende Stelle gestellt ist, obgleich F. C. Schmidt (Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher 1855) viel zu weit geht, wenn er die Bedeutung einer jeden Stelle ganz nach der Rubrik ihres Titels bestimmen will, in der Weise, daß allgemein redende Stellen speciell, und speciell redende allgemein zu verstehen seien, je nachdem sie sich in einem Titel mit specieller oder allgemeiner Rubrik befinden. Vergl. dagegen Stünzling Feibels. fr. Zeitschr. III. S. 56 fg. Arnolds krit. Ueberschau III. S. 485 fg.

§. 26.

Finden sich unter den aus den verschiedenen Quellen des Pandektenrechts entwickelten Sätzen Widersprüche, so geht vor das heutige Gewohnheitsrecht den Reichsgesetzen und unter diesen das spätere dem früheren. Die Reichsgesetze gehen vor den recipirten fremden Rechten, unter diesen aber geht das canonische Recht dem römischen vor, insofern nicht der Gerichtsgebrauch einen Satz des letzteren dem ersteren gegenüber festgehalten hat. Unter den Quellen des römischen Rechts gehen die Novellen den drei Rechtsbüchern, Institutionen, Digesten, Codex, vor, da sie bestimmt waren, das in denselben enthaltene Recht zu ändern, und aus dem gleichen Grunde hat jede spätere Novelle den Vorzug vor der früheren. Was endlich das Verhältniß der drei Rechtsbücher unter sich angeht, so stehen jedenfalls Institutionen und Digesten sich gleich, da sie gleichzeitig publicirt sind. Aber auch der Codex, obgleich ein Jahr später publicirt, darf den Institutionen und Digesten nicht vorgezogen werden, da Justinian alle drei Rechtsbücher als ein Ganzes hat betrachtet wissen wollen¹. Wohl aber ist es möglich, daß eine in dem Ganzen dieser drei Rechtsbücher enthaltene Stelle späteren Ursprungs einer anderen frühern Ursprungs auf Grund ihres Zeitverhältnisses vorgezogen werden muß. Dazu ist jedoch erforderlich, einmal daß die spätere Stelle auch wirklich eine spätere Entwicklung des Rechtes enthalte, und sodann, daß Gründe vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß die Compileren die frühere Stelle nur als rechtshistorisches Material haben aufnehmen wollen². — Entscheiden die hier aufgestell-

¹ Vgl. Const. *Summa reipublicae* §. 3, *Omnem* §. 7, *Tanta* §. 12. §. 26. 23, *Cordi* §. 2. Dieß geht auch aus der von Justinian gegebenen, allerdings keineswegs richtigen, Versicherung hervor, daß in den drei Rechtsbüchern Widersprüche nicht zu finden seien (Const. *Tanta* §. 15). Wollte man das Publicationsdatum des Codex für entscheidend halten, so müßte man annehmen, daß Justinian zuerst den Institutionen und Digesten den Vorzug vor dem (alten) Codex, darauf diesem (in der in der Hauptmasse übereinstimmenden *reposita lectio*) den Vorzug vor jenen beigelegt habe.

² Daß sie nicht ausschließlich dogmatische Zwecke verfolgen, wie sehr dieselben auch vorwiegen mögen, ist unzweifelhaft; bei den Institutionen liegt dafür ein ausdrückliches Zeugniß Justinians vor. Const. *Imperatoriam maiestatem* §. 5. Aus den Pandekten gewähren ein Beispiel einer zulässigen

ten Grundsätze nicht, so ist bei wirklichem Widerspruch³ nach dem oben (§. 23) bezeichneten allgemeinen Satz zu verfahren: die eine Stelle hebt die andere auf, und es ist zu entscheiden, als wenn keine von beiden vorhanden wäre.

Drittes Kapitel.

Gegensätze im Recht.

Berechtigende, begriffsentwickelnde, verneinende Rechtsätze.*

§. 27.

Der Zweck der Rechtsätze ist im Allgemeinen der, daß bestimmt werden soll, wie sich auf Grundlage der verschiedenen tatsächlichen Voraussetzungen die Grenzen der Willensherrschaft der sich gegenüberstehenden Individuen gestalten, für welches Wollen ein jedes Individuum von allen anderen Individuen Anerkennung verlangen könne. Diesem Zwecke können aber die Rechtsätze noch in verschiedener Weise dienen, entweder unmittelbar, oder nur mittelbar. Unmittelbar, indem sie geradezu an einen gewissen Thatbestand eine Willensherrschaft, eine Berechtigung anknüpfen; Rechtsätze dieses Inhalts kann man 'berech-

historischen Vereinigung l. 34 pr. D. mand 17. 1 — l. 15 D. de R. C. 12. 1, ein Beispiel einer unzulässigen l. 41 D. de pign. act. 13. 7 — l. 22 D. de pign. 20. 1.

³ Es ist natürlich vorher zuzusehen, ob nicht der Widerspruch sich dadurch als ein bloß scheinbarer nachweisen läßt, daß eine Verschiedenheit in den Thatbeständen der beiden Rechtsätze herausgeleitet wird. Dabei darf zwar bei der bestimmten Versicherung Justinians, daß, wenn man genau zusehe, sich gar kein Widerspruch finden werde (Note 1), auch eine nicht ganz nahe liegende Vereinigung nicht gescheut werden; von der andern Seite ist aber auch vor dem Streben nach Vereinigung um jeden Preis zu warnen, in welchem schon viele und unfruchtbare Mühe angewendet worden ist.

* Das Beste hierüber findet sich bei Thöl Einzelit. in das deutsche Privatrecht §. 33 — 36.

tigende Rechtsätze' nennen. Mittelbar 1) dadurch, daß sie näher bestimmen, was in solchen berechtigenden Rechtsätzen ausgesprochen worden ist, 2) daß sie von einem gewissen Thatbestande, welcher ar. und für sich ein Recht zu erzeugen im Stande ist, aussagen, daß auf Grund desselben ein Recht nicht in Anspruch genommen werden könne. Diese Klassen der Rechtsätze werden passend bezeichnet durch die Ausdrücke 'begriffsentwickelnde, verneinende Rechtsätze'. — Die berechtigenden Rechtsätze können ihrerseits wieder eine verschiedene Richtung haben. Entweder wenden sie sich an den Berechtigten, indem sie diesem etwas erlauben, oder sie wenden sich an den (die) dem Berechtigten Gegenüberstehenden, indem sie diesem (diesen) etwas gebieten oder verbieten¹.

Strenges und billiges Recht.

§. 28.

Billig ist das den tatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der tatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes gerade diejenige Berücksichtigung findet, welche seine Natur fordert¹. Dasjenige Recht, welches in einer oder der anderen dieser

¹ Beispiele. 1) Berechtigende Rechtsätze. a) Wer eine Sache als Faustpfand erhalten hat, darf sie retiniren, bis er bezahlt worden ist. b) Der Besitzer einer Sache, welche der frühere Eigenthümer durch Zwang verloren hat, ist verpflichtet, sie demselben herauszugeben. c) Niemand darf seine Bäume, die an des Nachbarn Grenze stehen, über eine gewisse Höhe hinaus wachsen lassen. 2) Begriffsentwickelnder Rechtsatz. Das Testament muß vor 7 Zeugen errichtet werden. 3) Verneinender Rechtsatz. Das im Spiel Verlorene (durch Spielvertrag Versprochene) braucht nicht bezahlt zu werden. — Von verbotenden Rechtsätzen spricht man häufig, ja regelmäßig, noch in anderem Sinne. 1) In dem Sinne, in welchem hier von verneinenden Rechtsätzen gesprochen worden ist; man sagt z. B. der Spielvertrag sei verboten. 2) Man sagt z. B., der Zwang sei verboten. Der eigentliche Inhalt des an den Zwang angeknüpften Rechtsatzes ist aber der, daß aus dem Zwange sich bestimmte Berechtigungen und Verpflichtungen ergeben.

¹ Ius aequum ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche, sie bedeckende Recht. Umgekehrt wird häufig das Wesen

Beziehungen den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist, nennt man strenges Recht.

Der Begriff der Billigkeit ist seiner Natur nach ein unbestimmter, er empfängt seinen Inhalt aus dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl der ein gegebenes Recht Betrachtenden. Insofern es aber ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein nicht bloß der Einzelnen gibt, sondern auch ein Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein der Völker, bezeichnet die Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat². Bevor es aber verwirklicht ist, bevor eine Rechtsquelle die Ansprüche der Billigkeit anerkannt hat, ist die Billigkeit eben nicht Recht³, und der Richter würde sich schwer verfehlen, wenn er das positive Recht seines Volkes zu Gunsten der Billigkeit, oder dessen, was er für Billigkeit hält, hintanzusetzen wollte⁴. Es wird ihm jedoch eine genaue Erforschung des wahren Gehaltes des positiven Rechtes sehr häufig die, dem ersten Blick sich verbergende, Möglichkeit gewähren, die Ansprüche der Billigkeit mit dessen eigenen Mitteln zu befriedigen⁵.

des billigen Rechts gerade in die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede gesetzt (Puchta Pand. §. 21, Thöl Einleit. §. 40, Unger I. §. 71). Auch diese Auffassung ist nicht richtig. Es kann freilich unbillig sein, daß die individuellen Unterschiede nicht berücksichtigt werden, aber es kann auch ebenso unbillig sein, daß sie berücksichtigt werden. — Ueber die Auffassung der aequitas bei den Römern vgl. W. Weigt die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer I. Bd. (1856). Dazu die Anzeige von Grotius krit. Ueberschau VI. 1.

² In diesem Sinne bezeichnet schon I. 1 pr. D. de I. et I. 1. 1 die iustitia als „ars boni et aequi“. Vgl. §. 1 eod., I. 90 D. de R. I. 50. 17, I. 8 C. de iud. 3. 1.

³ Der Gegensatz zwischen ius und aequitas wird anerkannt in I. 52 §. 3 D. de pactis 2. 14 — „neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admittit“ — und in I. 2 §. 5 D. de aqua et aquas 39. 3 (Note 4).

⁴ L. 1 C. de leg. 1 14. „Inter aequitatem inaque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere“. In der in der vorigen Note citirten I. 2 §. 5 D. de aqua et aquas wird zwar die aequitas auch gegen das ius zur Geltung gebracht (— „haec aequitas suggerit, etsi iuro deficiamus“ —); aber die Stellung der römischen Juristen war auch eine viel freiere, als die der heutigen Juristen und Richter.

⁵ Es kann auch vorkommen, daß das Recht selbst ihn darauf verweist, die Umstände des einzelnen Falls zu erwägen, und darnach die Entscheidung zu finden. Hierher gehört I. 91 §. 3 D. de V. O 45. 1: — „esse enim

Regelmäßiges und regelwidriges Recht. Privilegium.*

§. 29.

Regelmäßig ist dasjenige Recht, welches den im Rechte anerkannten Principien gemäß ist; dadurch, daß das Recht aus besonderen Gründen sich mit diesen Principien in Widerspruch setzt, entsteht regelwidriges Recht¹. Von dem regelwidrigen Recht heißt es in den Quellen, daß es nicht ausgedehnt werden dürfe². Das will sagen, daß es nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht; es sagt also nichts, was sich nicht von selbst versteht³.

hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iurisprudentialis perniciose erratur“. (Es handelt sich um die Frage, ob Verzug vorhanden sei, und für die Beantwortung dieser Frage gibt es zunächst keine andere Regel als die, daß Verzug angenommen werden müsse, so oft es den Schlichter zum Vorwurf gereiche, daß er nicht zur rechten Zeit geleast habe.)

* Savigny I. §. 61—66, Wächter II. §. 3 (50), Thöl Einleitung §. 38, 39, Unger II. §. 8 (65).

¹ Die Quellen sagen ius singulare. L. 16. D. de leg. 1. 3. „Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“. — Andere (so namentlich Savigny a. a. D.) definiren das ius singulare als dasjenige Recht, welches nicht auf dem reinen Rechtsgebiete entspringen sei, sondern auf den Principien der Sittlichkeit und Wohlfahrt beruhe. Aber was ist reines Rechtsgebiet? Und beruht nicht alles Recht darauf, wie gerade dieses Volkes die Principien der Sittlichkeit und die Bedürfnisse der öffentlichen und privaten Wohlfahrt erfaßt und rechtlich verwertet? — Beispiele von ius singulare in I. 15 D. de R. C. 12. 1, I. 23 §. 1. I. 44 §. 1 D. de acq. poss. 41. 2, I. 44 §. 3 D. de usurp. 41. 3.

² L. 14. D. de leg. 1. 3 (I. 141 pr. D. de R. I. 50. 17). „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias“. Vgl. I. 15 eod.

³ Man ist darüber einverstanden, daß der Sinn des Satzes nicht sei, daß bei dem ius singulare die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei; man wird aber noch weiter gehen, und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen. Sonst würde man dieselbe überhaupt in Frage stellen; denn jeder neu auftretende Rechtsfall stellt sich gegenüber den vorhandenen Rechtsregeln als regelwidriges Recht dar. Das SCum Velleianum begründete gewiß ius singulare; und wie ist es ausgedehnt worden! Aber wenn z. B. eine Bestimmung favore libertatis gegeben worden ist, so darf man in derselben nicht den Ausdruck eines Principes

Die wichtigste Anwendung des regelwidrigen Rechtes besteht darin, daß dadurch für gewisse Personen oder Rechtsverhältnisse etwas festgesetzt wird, was für andere Personen oder Rechtsverhältnisse derselben Art nicht gilt (Ausnahmsrecht). Enthält die Ausnahmsbestimmung eine Begünstigung, so sprechen wir von einem Privilegium, und ebenso heißt die durch die Ausnahmsbestimmung hervorgerufene günstige Lage selbst Privilegium⁴. Die Privilegien sind entweder persönliche oder sachliche, je nach dem sie eine Person oder ein Rechtsverhältnis begünstigen⁵. —

Der Ausdruck Privilegium wird aber auch zur Bezeichnung derjenigen Rechtsbestimmungen gebraucht, wodurch einer individuellen Person oder einem individuellen Rechtsverhältnis eine Rechtsbegünstigung gewährt wird, und ebenso zur Bezeichnung der durch solche Bestimmungen gewährten Vorrechte. Von den

erkennen, welches zur Anwendung kommen müsse, auch wo es sich um Freiheit nicht handelt. L. 23 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5. „Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit“. Uebereinstimmend Keller §. 7. Hingugefügt muß allerdings werden, daß, je bestimmter und ausdrücklicher die Rechtsvorschrift ist, mit welcher das ius singulare sich in Widerspruch setzt, um so gewichtiger die Gründe sein müssen, welche zu einer ausdehnenden Auslegung berechtigen sollen, — nach dem Satze, daß im Zweifel für die geringere Abweichung von dem bestehenden Recht zu entscheiden ist (§. 21 Note 7).

⁴ Der Ausdruck privilegium wechselt in den Quellen mit dem Ausdruck beneficium iuris. Seiner Wortbedeutung nach (vgl. Cic. de leg. III. 19: „lex in privos homines lata“, Gell. N. A. X. 20: „veteres priva dixerunt, quae nos singula“) ist er zwar auch fähig, die ungünstiger stellende Bestimmung zu bezeichnen (daher die Einteilung der Neueren in privilegia favorabilia und odiosa); aber es scheint nicht, daß die Quellen ihn in diesem Sinne gebrauchen; der deutsche Ausdruck 'Privilegium' kann ganz entschieden in diesem Sinne nicht gebraucht werden. Den Gegensatz zum privilegium bildet das ius commune, das Allen gemeinschaftliche Recht. Vgl. 1. 15 D. de vulg. 28. 6, 1. 37 D. de I. F. 49. 14, 1. 7 D. de iniusto 28. 3, 1. 12 D. de min. 4. 4, 1. 3. 21 D. de test. mil. 29. 1, 1. 24 §. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5.

⁵ L. 196 D. de R. I. 50. 17. „Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt ad heredem non transeunt“. L. 68 eod. Beispiele: Concursprivilegium des Fiscus — der Begräbniskosten. Zu den sachlichen Privilegien gehören auch diejenigen, welche den Eigentümern einer gewissen Art von Sachen zustehen (I. 8. privilegia rei, 3. B. Steuer-Freiheit der Rittergüter).

Privilegien in diesem Sinne wird unten (§. 135. 136) besonders gehandelt werden.

Zwingendes und nachgiebiges Recht.

§. 30.

Es gibt Rechtsfälle, welche jede Privatwillkür ausschließen; sie kommen zur Anwendung; mögen die Partheien wollen oder nicht, sie zwingen. Andere lassen es sich gefallen, daß das betreffende Verhältnis durch Privatwillkür anders geordnet werde, und kommen nur dann zur Anwendung, wenn eine Ordnung des Verhältnisses durch Privatwillkür nicht vorliegt¹.

Viertes Kapitel.

Gebiet des Rechtes.

I. Zeitliche Grenzen.

§. 31.

Die zeitlichen Grenzen des Gebietes der Rechtsfälle werden bestimmt durch den Zeitpunkt ihrer Entstehung und den Zeitpunkt ihres Untergangs. Ihre Geltung beginnt mit ihrem Entstehen und endigt mit ihrem Untergang.

Sie beginnt mit ihrer Entstehung: es müßte denn ein Rechtsfall sich selbst verbindende Kraft erst von einer späteren Zeit an beigelegt haben. Gesetze thun dieß sehr gewöhnlich; sie

¹ Beispiele: der Schuldner muß für Arglist eintreten, — der Käufer muß für Fahrlässigkeit eintreten. — Andere Bezeichnungen, welche für diesen Gegensatz gebraucht werden, sind: absolutes, gebietendes Recht — vermittelndes, suppletorisches, ergänzendes Recht. Die Quellen bezeichnen das zwingende Recht als ius publicum, auch als ius commune, iuris forma, ius schlechtthin. Vgl. 3. B. 1. 38 D. de pactis 2. 14, 1. 20 pr. D. de rel. 11. 7, 1. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, 1. 42 eod., 1. 12 §. 1 D. de pact. dotal. 23. 4, 1. 27 D. de R. I. 50. 17.

lassen dem Bürger eine gewisse Frist, um sich mit denselben bekannt zu machen.

Sie endigt mit ihrem Untergang. Derselbe kann seinen Grund in ihnen selbst haben, indem sie sich verbindende Kraft nur für gewisse Zeit oder nur für gewisse vorübergehende Umstände und Voraussetzungen beilegen¹. Abgesehen hiervon dauert ein Rechtsatz so lange, bis er durch eine Rechtsquelle, Gesetz oder Gewohnheit, wiederaufgehoben wird. Eine spezielle sich dabei ergebende Frage ist, inwiefern durch die Aufhebung einer Regel auch die Ausnahmen von der Regel aufgehoben werden². Diese Frage hat natürlich keinen Sinn für den Fall, wo eine Regel schlechthin aufgehoben wird; hier versteht es sich von selbst, daß die bisherigen Ausnahmen nun selbst zur Regel werden. Sie hat nur Sinn für den Fall, wo eine Regel in der Weise aufgehoben wird, daß an ihre Stelle eine Regel anderen Inhalts gesetzt wird. Für diesen Fall ist es aber eine Interpretationsfrage, ob der neue Rechtsatz auch die Ausnahmen von der alten Regel habe beseitigen wollen; im Zweifel ist diese Frage zu verneinen³.

1. 31. ¹ Dahin gehören namentlich die s. g. transitorischen Gesetze, welche bestimmt sind, aus einem Rechtszustand in einen andern überzutreten.

² Exhibant civilistische Abhandlungen Nr. 7, Wächter II. §. 28, Unger I. §. 16.

³ Beispiele. a. Es ist irgendwo Rechtens, daß die Frauen zu ihren Rechtshandlungen eines Beistandes bedürfen; ausgenommen sind die Handelsfrauen. Ein neues Gesetz erklärt die Frauen für handlungsfähig auch ohne Beistand. b. Es ist Rechtens, daß ein Testament vor 7 Zeugen errichtet werden müsse; gewisse Personen können aber formlos testiren. Hinterher wird bestimmt, daß das Testament nur 5 Zeugen bedürfen solle. Oder: es ist Rechtens, daß die Ansprüche in 30 Jahren verjähren; gewisse Ansprüche aber verjähren in 5 u. Jahren. Es wird durch ein neues Gesetz die Verjährungsfrist auf 20 Jahre bestimmt. In beiden Fällen dauern natürlich die Ausnahmen von der alten Regel auch unter der neuen fort. Anders aber, wenn etwa das neue Gesetz ausdrücklich erklärt hätte, daß es in allen Fällen gelten wolle, oder wenn es die Ausnahmen, die es zulassen wolle, aufgezählt hätte, oder wenn sich aus anderen Umständen nachweisen ließe, daß der Gesetzgeber seine neue Regel als absolute habe betrachtet wissen wollen.

§. 32.*

Daß ein Rechtsatz für eine gewisse Zeit gilt, hat nicht nothwendig die Bedeutung, daß er einer jeden innerhalb dieser Zeit erfolgenden Rechtsanwendung zu Grunde gelegt werden müsse. Es kommt auf den Willen des Urhebers des Rechtsatzes an; es ist möglich, daß derselbe unbedingte Anwendung des Rechtsatzes gewollt habe, es ist aber auch möglich, daß derselbe für gewisse Fälle das Recht einer andern Zeit habe zulassen wollen. Zu unterscheiden ist in dieser Beziehung zwischen den Rechtsverhältnissen, welche neu entstehen, nachdem die Geltung des Rechtsatzes begonnen hat, und denjenigen, welche bereits vorher entstanden sind. In Betreff der ersteren ist es unbedingt sicher, daß der Urheber des Rechtsatzes sie der Bestimmung desselben habe unterwerfen wollen; in Betreff der letzteren ist es aber auch möglich, daß er dieselben der rechtlichen Ordnung, welche sie durch das frühere Recht einmal erhalten haben, habe überlassen wollen¹. Was er wirklich gewollt habe, muß, wenn er sich über diesen Punkt nicht ausdrücklich ausgesprochen hat², in jedem einzelnen

*) Aus der reichen älteren Literatur der in diesem §. behandelten Frage sollen hier nur zwei Schriften hervorgehoben werden: A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811), Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Aus der neueren Zeit: Savigny System VIII. §. 383—400 (1849), Fr. Wyß Ztschr. f. schweizerisches Recht III. S. 124 fg. (1854), Bornemann Erörterungen im Gebiete des Preussischen Rechts 1. Heft Nr. 1 (1855), Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht 1. Bd. 2. Heft (1860), Ferd. Lassalle das System der erworbenen Rechte 1. Theil. Auch unter dem Titel: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (,) unter besondrer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preussischen Rechts (1861). — Kierulff S. 63—72, Wächter II. §. 29. 30, Weseler deutsches Privatr. I. §. 22, Vangerow I. §. 26 Anm. 2, Unger I. §. 20. 21.

¹ Wenn ein Gesetz für die Gültigkeit eines Vertrages schriftliche Abfassung erfordert, oder den Nießbrauch der Aeltern am Vermögen der Kinder neu einführt oder aufhebt, so ist es ganz gewiß seine Meinung, daß für alle künftig abzuschließenden Verträge die schriftliche Abfassung die Bedingung der Gültigkeit sein, daß an dem Vermögen aller künftig geborenen Kinder der älterliche Nießbrauch stattfinden solle. Aber es ist ganz und gar nicht sicher, daß dieß seine Meinung auch für die bereits abgeschlossenen Verträge und die bereits geborenen Kinder ist.

² Beispiele davon aus den Quellen: 1. 26. 27 pr. C. de usur. 4. 32. 1. 2 C. de quadr. praeser. 7. 37, 1. 3 C. de pact. pign. 8. 35 — 1. 18 C. de testibus 4. 20, 1. un. §. 11 C. de rei ux. act. 5. 13, 1. un. §. 3 C. de lat. lib. toll. 7. 6.

Fall durch Auslegung bestimmt werden³. Im Zweifel aber, wenn die Auslegung zu keinem sicheren Resultate führt, ist anzunehmen, daß er die früher entstandenen Rechtsverhältnisse der neuen Bestimmung nicht habe unterwerfen wollen. In diesem Sinne ist der gewöhnlich gelehrte Satz wahr, daß neue Rechtsätze (neue Gesetze) keine rückwirkende Kraft haben⁴.

Der Grund, weswegen im Zweifel nicht angenommen werden darf, daß der Urheber eines Rechtsatzes die vorher entstandenen Rechtsverhältnisse der Bestimmung des Rechtsatzes habe unterwerfen wollen, ist der, weil es ein Uebel ist, wenn dasjenige, was eine rechtliche Ordnung einmal erhalten hat, dieser rechtlichen Ordnung wieder beraubt wird; die Betheiligten dürften darauf rechnen, daß dieselbe fortbestehen würde, sie haben begonnen, sich auf sie zu verlassen. Daß der Urheber des Rechtsatzes dieses Uebel gewollt habe, darf ohne zureichende Gründe nicht angenommen werden⁵.

³ Häufig wird dabei schon die Ausdrucksweise des Rechtsatzes einen Anhalt gewähren. Wenn der in Note 1 erwähnte Rechtsatz etwa so lautet: Verträge müssen, um gültig zu sein, in schriftlicher Form errichtet werden, so wäre das, wenn nicht andere überwiegende Gründe entgegenstünden, dahin zu verstehen, daß für zu errichtende, nicht dahin, daß auch für bereits errichtete Verträge schriftliche Abfassung Bedingung der Gültigkeit sein solle. — Unter den übrigen Auslegungsgründen verdient hervorgehoben zu werden der Grad der Wichtigkeit und Bedeutung, welche der Urheber des neuen Rechtsatzes demselben aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls beilegt. Je größer diese Wichtigkeit und Bedeutung ist, desto eher ist anzunehmen, daß er unbedingte Anwendung des Rechtsatzes gewollt habe. So ist z. B. wenn ein Gesetz die Ehecheidungsgründe anders ordnet, anzunehmen, daß der Gesetzgeber demselben die bereits geschlossenen Ehen habe unterwerfen wollen. Anderes Beispiel: in einem Staate wird das Hypothekenbuchsystem neu eingeführt; es ist anzunehmen, der Gesetzgeber habe nicht bloß das Entstehen neuer Hypotheken, sondern auch das Fortbestehen bereits begründeter an die Eintragung in das Hypothekenbuch binden wollen.

⁴ L. 7 C. de leg. 1. 14. „Leges et constitutiones futuras certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit“. (Wiederholt in c. 18 X. de constit. 1. 2.) L. 65 i. f. C. de dec. 10. 31, Nov. 66 c. 1 §. 4. Vgl. Gio. in Verrom I. 42. „De iure civili si quis novi quid constituit, is omnia quas ante acta sunt rata esse patitur“. Unrichtig ist es, wenn die zuerst genannte Stelle ausdrückliche Verfügung der Rückwirkung verlangt. Vgl. Seuff. Arch. XII. 119.

⁵ Vgl. l. 29 C. de testam. 6. 23, Nov. 22 c. 1.

Und zwar darf dabei auch kein Unterschied gemacht werden zwischen solchen Rechtsätzen, welche sich direct an die Thatfachen wenden und die Frage neu beantworten, ob ein bestimmter Thatbestand ein bestimmtes Recht zu erzeugen im Stande sei oder nicht, und zwischen solchen, welche zum unmittelbaren Gegenstand die Rechte selbst haben, entweder einem bisher anerkannten Rechte die rechtliche Anerkennung ganz entziehen, oder den Inhalt eines Rechtes anders bestimmen⁶. Dagegen gilt das Gesagte eben auch nur von solchen Rechtsätzen, welche in dem angegebenen Sinne über den Erwerb, das Dasein oder den Inhalt der Rechte bestimmen,

⁶ Diese Unterscheidung macht Savigny (a. a. D. §. 384: Rechtsätze über den „Erwerb der Rechte“, Rechtsätze über das „Dasein der Rechte“, d. h. „Sein und Nichtsein“ und „So oder Anders sein“), indem er nur den ersteren die rückwirkende Kraft abspricht, und zur Erläuterung folgende Beispiele beibringt. 1) Ein Rechtsatz schreibt vor, daß Eigenthum nicht mehr durch bloßen Vertrag, sondern nur durch Tradition veräußert werden könne. Ein Rechtsatz schreibt vor, daß bei einem Gegenstand, dessen Werth mehr als fünfzig Thaler beträgt, nur ein schriftlicher Vertrag klagbar sein solle. 2) Es wird in einem Staate die bisher bestehende Sklaverei aufgehoben, oder die Germanische Leibeigenschaft oder das Zehntrecht. Es werden Zehnten für ablösbar erklärt. Es wird vorgeschrieben, daß das Eigenthum (an beweglichen Sachen) nicht mehr durch vindication verfolgt werden könne. — Es ist nun zwar nicht zu bezweifeln, daß alle hier unter 2) genannten Gesetze in Ermangelung entgegenstehender Gründe auch auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse der genannten Art bezogen werden müßten; aber nicht deswegen, weil sie sich auf die Existenz oder den Inhalt der Rechte beziehen, sondern theils weil in ihnen ein sittliches oder ein nationalökonomisches Princip von großer Bedeutung vertreten wird, theils weil sie sonst nur einen sehr geringen Kreis der Anwendbarkeit finden würden, welcher zu dem Gewichte, mit dem das Gesetz auftritt, in keinem Verhältniß stehen würde (daß heutzutage noch Zehnten begründet werden, gehört zu den größten Seltenheiten), theils weil aus der Freilassung der bereits entstandenen Rechte sich eine heillosse Verwirrung des Verkehrs ergeben würde, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe (bei jeder einzelnen beweglichen Sache müßte untersucht werden, ob Eigenthum an derselben vor oder nach dem neuen Gesetze begründet worden sei). Man vergleiche aber auf der anderen Seite folgende Fälle. Ein Rechtsatz hebt den älterlichen Nießbrauch auf. Ein Rechtsatz schreibt vor, daß der Käufer nicht mehr die Gefahr der Sache tragen solle. Ein Rechtsatz schreibt vor, daß Kauf nicht mehr Miethz brechen solle. Ich glaube nicht, daß in diesen Fällen — abgesehen von besonderen Gründen — Veranlassung vorhanden wäre, die bestehenden älterlichen Nießbrauchrechte, die bestehenden Kauf- und Miethverträge mit unter die Bestimmung des neuen Rechtsatzes zu ziehen.

nicht von solchen, welche die bloße Aussicht auf einen Rechtserwerb, oder die Möglichkeit zu einem solchen oder zu einer rechtlich wirksamen Handlung, zum Gegenstand haben⁷. Es läßt sich nicht mit derselben Sicherheit annehmen, daß der Urheber des Rechtssatzes eine solche Aussicht oder Möglichkeit habe schonen wollen, wie das von einem erworbenen Rechte angenommen werden muß⁸.

§. 33.

Die Durchführung des aufgestellten Grundsatzes ist nicht immer ohne Schwierigkeit, namentlich in den Fällen nicht, wo der rechtsbegründende Thatbestand kein in einem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossener ist, sondern sich aus der Zeit des neuen Rechtssatzes in die des neuen hinein erstreckt; jedoch kann hier

⁷ Beispiele. Jemand ist der nächste Intestaterbe eines Lebenden, ein neues Gesetz zieht ihm einen Anderen vor. Eine Tute kann nach dem bestehenden Recht Grundeigenthum erwerben; ein neues Gesetz entzieht Tuten diese Fähigkeit. Nach dem bestehenden Rechte tritt die Volljährigkeit mit dem 21. Jahre ein; ein neues Gesetz verlangt für dieselbe 25 Jahre. Und zwar wird man in dem letzteren Falle nicht bloß sagen müssen, daß diejenigen, welche zur Zeit des neuen Gesetzes das 21. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, erst mit dem 25. Jahre volljährig werden, sondern auch, daß diejenigen, welche bereits 21 aber noch nicht 25 Jahre alt sind, wieder minderjährig werden. Das Letztere wird häufig geleugnet, aber nicht aus zureichenden Gründen. Ein erworbenes Recht ist die Volljährigkeit gewiß nicht; sie gibt nur die Fähigkeit, in gewisser Weise rechtlich thätig zu werden. Wenn Frauen ohne Weisand für handlungsunfähig erklärt würden, wo sie früher handlungsfähig waren, so würde es Niemand in den Sinn kommen, die bereits geborenen Frauen von der Bestimmung des Gesetzes anzunehmen; warum soll es anders sein, wenn ein Gesetz sagt: Einundzwanzigjährige sind nicht mehr handlungsfähig, sondern erst Fünfundzwanzigjährige? Man könnte sagen, es sei nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber die Verwirrung gewollt habe, welche daraus entstehen muß, wenn ein Volljähriger wieder zum Minderjährigen gemacht wird; aber Verwirrung ist es auch, wenn der Eine mit 21 Jahren volljährig ist, und der Andere erst mit 25 Jahren. Das versteht sich aber von selbst, daß die von einem Einundzwanzigjährigen vor dem neuen Gesetz bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gültig bleiben; durch sie sind Rechte erworben worden, welche das neue Gesetz nicht zurücknimmt. — Aus der Praxis: Scuff. Arch. IV. 93. 199.

⁸ Damit soll aber natürlich nicht gesagt sein, daß nicht andere Gründe auch bei solchen Rechtssätzen auf die Annahme führen können, daß der Urheber derselben sie auf bestehende Zustände und vergangene Thatsachen habe erstrecken wollen. Vgl. I. 29 C. de testam. 6. 23.

auf das Detail nicht näher eingegangen werden¹. Dagegen gehören hierher noch folgende Sätze.

1) Wenn sich ein Rechtssatz ausdrücklich rückwirkende Kraft beilegt, so ist das nicht so zu verstehen, als wenn auch Fälle, welche durch gütliche Uebereinkunft oder rechtskräftiges Urtheil vollständig erledigt sind, von demselben ergriffen würden; sie sind und bleiben erledigt². Aber auch wenn ein Urtheil vorliegt,

¹ Von den Lehr- und Handbüchern geben nähere Auskunft: Savigny §. 33. VIII. §. 388 fg., Unger I. §. 21. — Nur eine Frage soll hier berückichtigt werden, die nach der Tragweite neuer Verjährungsgesetze: von derselben handeln im Besonderen Herrmann Ztschr. f. Civ. u. Pr. R. F. II. 3 (1846) und Stephan Arch. f. Civ. Pr. XXXII. 6 (1849). Es ist Folgendes zu sagen. Eine begonnene Verjährung gibt noch kein Recht; daher wird sie von dem neuen Rechtssatz ergriffen, und es hat der Verjährende keinen Anspruch darauf, sie nach dem alten Rechtssatz zu vollenden, wenn der neue Rechtssatz sie für unzulässig erklärt, oder für dieselbe eine Bedingung verlangt, welche nach dem früheren Rechtssatz nicht erforderlich war, z. B. guten Glauben. Es hat in dem letzteren Falle auch nicht etwa der Verjährende die Befugniß, wenigstens dann, wenn später die erforderliche Bedingung eingetreten ist, die unter dem früheren Rechtssatz ohne dieselbe abgelaufene Verjährungszeit zu der mit dieser Bedingung abgelaufenen hinzuzurechnen; der neue Rechtssatz verlangt diese Bedingung für die ganze Verjährungszeit. Erschwert dagegen der neue Rechtssatz nicht die Bedingungen der Verjährung, sondern erhöht nur ihre Dauer, so wird dadurch die bisher abgelaufene Verjährungszeit nicht unnütz; denn daß der Ablauf der Zeit unter den vorhandenen Bedingungen eine Verjährung begründe, war auch schon früher Rechtsens, und der neue Rechtssatz verlangt nur, daß ein gewisser Zustand eine gewisse Zeit gedauert habe, nicht, daß er unter seiner Herrschaft eine gewisse Zeit gedauert habe. Das Gleiche, daß die früher abgelaufene Zeit nicht unnütz wird, ist auch zu sagen, wenn der neue Rechtssatz die Verjährungszeit erniedrigt, nur nicht auch, daß die früher abgelaufene Verjährungszeit zu ihrem vollen Werthe gerechnet werden dürfe. Es würde darin eine Beeinträchtigung dessen, gegen den die Verjährung läuft, liegen, von welcher nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber sie gewollt habe; was sich am Schärfften herausstellt, wenn die bisher abgelaufene Verjährungszeit der Vorschrift des neuen Gesetzes bereits entspricht. (Die Verjährungszeit betrug bisher 20 Jahre; 10 Jahre sind verfloßen; nun wird eine zehnjährige Verjährungszeit eingeführt). Man wird in einem solchen Falle dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers genügen, wenn man entweder die abgelaufene Verjährungszeit auf den Maasstab der neuen reducirt (in dem angegebenen Beispiel: abgelaufen ist die Hälfte der Verjährungszeit, die Hälfte von 10 ist 5), oder wenn man dem Verjährenden gestattet, entweder die Verjährung nach dem alten Gesetze zu vollenden oder nach dem neuen eine neue zu begründen.

² Dieser Satz ist in den Quellen nicht principieell, aber in zahlreichen An-

welches noch nicht rechtskräftig geworden ist, muß das frühere, und nicht das neue Recht zur Anwendung gebracht werden, weil der Richter der höheren Instanz der Prüfung des angefochtenen Urtheils das zur Zeit, wo es gesprochen wurde, geltende Recht zu Grunde zu legen hat².

2) Rechtsätze, welche eine authentische Interpretation eines früheren Rechtsatzes aufstellen, legen ihren Inhalt in den früheren Rechtsatz hinein, und wollen sich also betrachtet wissen als bereits von der Zeit des früheren Rechtsatzes angegolt haben. Deswegen sind sie maßgebend für alle von dieser Zeit an begründeten Rechtsverhältnisse³, aber nicht eigentlich kraft einer ihnen beigelegten rückwirkenden Kraft; sie sind maßgebend für jene Verhältnisse nicht obgleich dieselben einer vor ihnen liegenden Zeit angehören, sondern weil dieselben im Sinne des Rechtsatzes einer vor ihm liegenden Zeit nicht angehören. Daraus folgt, daß, wenn über einen Fall noch nicht rechtskräftig abgeurtheilt ist, dem Urtheil der höheren Instanz der Inhalt des auslegenden Rechtsatzes zu Grunde gelegt werden muß. Aber es kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch Fälle, welche durch rechtskräftiges Urtheil oder auf gültlichem Wege bereits vollständig erledigt sind, von der Bestimmung des auslegenden Rechtsatzes neuerdings ergriffen würden⁴.

wendungen ausgesprochen. L. un. §. 4 C. de contr. iud. l. 53, l. 17 C. de fido instr. l. 21, l. 15 §. 5 C. de leg. her. 6. 58, Nov. 19 pr.

³ Nov. 115 o. l.

⁴ Nov. 19 pr., Nov. 143.

⁵ Es ist dieß zwar die herrschende Meinung; aber man darf nicht vergessen, daß man es hier lediglich mit einer Auslegung des neuen (auslegenden) Rechtsatzes zu thun hat, und daß es eine Sache der äußersten Unwahrscheinlichkeit ist, daß ein Gesetzgeber vollkommen abgethane rechtliche Verhältnisse wieder aus ihrem Grabe habe hervorrufen wollen. Auch wenn ein Rechtsatz sich ausdrücklich rückwirkende Kraft beigelegt hat, versteht sich ja nicht von selbst, daß derselbe sich auf die erledigten Fälle erstreckt. Und Justinian folgert in Nov. 19 pr. aus der Natur des interpretativen Satzes nichts Anderes, als seine Gleichstellung mit dem sich rückwirkende Kraft ausdrücklich beigelegenden, und gedenkt dabei der Ausnahme der durch Urtheil und Vergleich erledigten Verhältnisse noch besonders. — Ganz leugnet die rückwirkende Kraft der interpretirenden Rechtsätze Bremer Jahrb. d. gem. R. II. 7 (1858); seine Meinung ist, daß in denselben für die frühere Zeit nur eine Belehrung enthalten sei.

II. Räumliche Grenzen.

§. 34.

Innerhalb der Zeit, für welche die Rechtsätze gelten, gelten sie für einen gewissen Raum. Dieser Raum kann mit dem Raume, welchen ein bestimmter Staat einnimmt, zusammenfallen, er kann enger, er kann auch weiter sein¹.

Die Frage ist aber die, ob innerhalb des Raumes, für welchen ein gewisser Rechtsatz gilt, derselbe unbedingt, mit Ausschluß des Rechtes eines jeden andern Raumes, zur Anwendung gebracht werden müsse². Diese Frage kann, wie die entsprechende, ob ein Rechtsatz innerhalb der Zeit, für welche er gilt, unbedingt zur Anwendung gebracht werden müsse, nur aus dem Willen des Urhebers des Rechtsatzes beantwortet werden. Und in analoger Weise, wie bei dieser Frage unterschieden wurde, ist auch hier zu unterscheiden: nämlich zwischen den Rechtsverhältnissen, die dem Raum, für welche der Rechtsatz gilt, angehören, und zwischen denjenigen, welche ihm nicht angehören. Es ist keiner Frage

¹ Das gemeine deutsche Recht gilt für die größere Zahl der deutschen Staaten. Die deutschen Particularrechte umfassen zum größten Theil nur einen Theil des Gebietes des betreffenden Staates. (Vgl. darüber Roth Arch. f. pract. Rechtswissensch. VIII. S. 317 fg.)

² Diese Frage hat eine sehr reiche Literatur. Die ältere bei Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV. S. 230 fg. Aus der neueren Zeit ist vor Allen zu bemerken der genannte Aufsatz von Wächter Arch. f. civ. Pr. XXIV. S. 230 fg. (1841), fortgef. XXV. Nr. 1. 4. 11 (1842). Ferner: Schöffner Entwicklung des internationalen Privatrechts (1841), Günther in Weiske's R. Lex. IV. S. 721—755 (1843), Pütter das practische europäische Fremdenrecht (1845), Savigny System VIII. §. 345—382 (1849), Pfeiffer das Princip des internationalen Privatrechts (1851), Pütter Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 14 und XXXVIII. 2 (1854. 1855), Hornemann Erweiterungen aus dem Gebiete des Preussischen Rechts 1. Heft Nr. 2 (1855). — Hieruff S. 73—82, Wächter II. §. 18—20, Weseler deutsch. Privatr. I. §. 38. 39, Thöl Einl. in das deutsche Privatr. §. 71—85, Unger I. §. 22. 23. — Aus der ausländischen Literatur: Jos. Story comment. on the conflict of laws. Boston 1834. 2. Aufl. 1841. Foelix le droit international privé. Paris 1843. 2. Aufl. 1847. — Man spricht gewöhnlich von der „örtlichen Collision der Gesetze“ (früher: „der Statute“), und nennt die Lehre auch wohl nach englischem und amerikanischem Vorbild die Lehre vom „internationalen Privatrecht“.

unterworfen, daß der Urheber des Rechtsatzes demselben für die ersteren unbedingte Anwendbarkeit hat beilegen wollen; für die letzteren kann er zwar das Gleiche gewollt haben, es ist aber die Annahme näher liegend, daß er für sie das Recht ihres Raumes habe zulassen wollen. Im Zweifel ist daher dieses Letztere anzunehmen. Und zwar kann es dabei keinen Unterschied machen, ob das Recht, welches concurrirt, ein Recht desselben Staates, oder ob es ein Recht eines fremden Staates ist. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das Recht eines fremden Staates principiell ausgeschlossen bleiben soll³, beruht auf einer ungenügenden Auffassung des Verhältnisses der einzelnen, in den völkerrechtlichen Verkehr aufgenommenen Staaten zu einander. Dieselben schließen sich nicht eifersüchtig gegen einander ab, sondern erkennen sich gegenseitig an als Mitarbeiter an der gemeinsamen Arbeit des Menschengeschlechtes, und in dieser Arbeit als Glieder einer höheren Gemeinschaft. So erscheint auch die Rechtsordnung eines jeden zu dieser Gemeinschaft gehörigen Staates jedem anderen zu derselben gehörigen als Organ der allgemeinen Rechtsordnung, und daher in keinem andern Lichte, als seine eigene Rechtsordnung⁴.

§. 35.

Die nähere Ausführung des aufgestellten Grundsatzes hat es mit zwei Punkten zu thun. Es ist zuerst die Frage zu beantworten, wann angenommen werden müsse, daß ein bestimmter Rechtsatz ausnahmsweise sich unbedingte Anwendbarkeit, selbst für die einem fremden Raume angehörigen Rechtsverhältnisse, habe beilegen wollen; es ist sodann festzustellen, welches der Punkt des Raumes ist, welchem die einzelnen Rechtsverhältnisse angehören.

³ Sie wird vertreten von Pütter (Note 2), Puchta Pand. §. 113, Hälschner Diss. iuris gentium de legum quas ad ius privatum pertinent vi et auctoritate, quam obtinent extra civitatis fines (1851).

⁴ Wenn Wächter (Arch. XXIV. S. 265 fg.) den Grundsatz aufstellt, daß wenigstens im Zweifel das Recht des fremden Staates ausgeschlossen bleiben müsse, so meint er wohl weniger, daß die Zulässigkeit desselben auch da noch einer besonderen Rechtfertigung aus dem Rechte des besonderen Staates bedürfe, wo sie nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt sei, als vielmehr, daß die Zulässigkeit desselben an und für sich für jeden einzelnen Fall gerechtfertigt werden müsse.

Die erste Frage ist eine reine Auslegungsfrage, und daher zu erledigen durch Erwägung der Gesamtheit der Umstände, unter welchen der betreffende Rechtsatz auftritt. Von besonderer Wichtigkeit ist auch hier¹ der Grad der Wichtigkeit, welchen der Rechtsatz dem von ihm aufgestellten sittlichen oder national-ökonomischen Princip beilegt².

Für die Beantwortung der zweiten Frage sind folgende Sätze maßgebend³.

1) Das Verhältniß der Person zum Rechte überhaupt, von welchem ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit abhängt, bekommt seine Beziehung auf den Raum durch den Wohnsitz der Person⁴.

¹ Vgl. §. 32 Note 3.

² Savigny (§. 349) stellt den gewiß zu weit gehenden Satz auf, daß jedes auf Gründen der Sittlichkeit oder des öffentlichen Wohls beruhende Gesetz ausschließliche Anwendbarkeit für sich in Anspruch nehme. Derselbe weist ferner als „unter allen Umständen unanwendbar“ aus „Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist“, z. B. wenn das fremde Recht das Institut des bürgerlichen Todes kennt, das unsrige nicht. — Vgl. Saff. Arch. I. 35. VI. 306. VIII. 1. 7. IX. 1.

³ Die Theorie, daß für jedes einzelne Rechtsverhältniß der Punkt des Raumes, welchem es angehört, sein „Sitz“, besonders aufgesucht werden müsse, ist von Savigny aufgestellt worden. Früher suchte man die Frage zu erledigen durch die Einteilung in *statuta personalia*, *realia*, *mixta*, wovon der Sinn folgender war: die Rechtsverhältnisse der Person als solcher bestimmen sich nach dem Rechte des Wohnsitzes der Person, die Rechtsverhältnisse an Sachen nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache sich befindet, die Rechtsverhältnisse, welche aus Handlungen entstehen, nach dem Rechte des Ortes, wo die Handlungen vorgenommen worden sind; doch wurde in Betreff des Letzteren vielfach die Beschränkung hinzugefügt, daß das nur für die Form der Handlung gelten solle. Den schwächsten Punkt dieser Theorie bildeten offenbar die *statuta mixta*; gegen die beiden ersten Sätze derselben ist, wenn sie richtig gefaßt werden, was freilich nicht immer geschah, nichts einzuwenden. — Andere Principien, welche man, vorbehaltlich von Ausnahmen, aufgestellt hat (vgl. darüber Wächter Arch. XXIV. S. 270–311. XXV. S. 1–33, Savigny VIII. S. 121–132, Unger I. S. 151–162), sind folgende. 1. Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben begründeten Verhältnisse. 2. Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die unter demselben erworbenen Rechte. 3. Nach dem fremden Rechte sind zu beurtheilen die Rechtsverhältnisse der Personen, welche unter demselben ihren Wohnsitz haben. Dieses letztere Princip ist, wenn einmal ein Princip aufgestellt werden soll, gewiß das richtigste; freilich kommt Alles auf die Durchführung und Beschränkung im Einzelnen an.

⁴ Beispiele. Wer nach dem Rechte seines Wohnsitzes mit 21 Jahren volljährig wird, muß auch unter einem Rechte, nach welchem die Volljährigkeit

2) Die Rechtsverhältnisse an Sachen gehören demjenigen Punkte des Raumes an, wo die Sache sich befindet. Dieses gilt sowohl für bewegliche Sachen, wie für unbewegliche. Nur können bewegliche Sachen ihren Ort wechseln, und daher kann möglicherweise für den Erwerb des Rechtes an derselben ein anderes Recht maßgebend sein, als für seinen Inhalt und seinen Fortbestand⁵.

3) Obligatorische Rechtsverhältnisse⁶ gehören demjenigen Punkte des Raumes an, wo der Schuldner seinen Wohnsitz hat; von dem Rechte dieses Raumes werden sie, wie sie entstehen, ergriffen⁷, und behalten dieses Recht auch dann bei, wenn der Schuldner hinterher seinen Wohnsitz ändert. Anders nur bei solchen Obligationen, welche ihren Grund haben nicht in einer vorübergehenden Thatfache, sondern in einem dauernden Verhält-

erst mit dem 25. Jahre eintritt, als volljährig anerkannt werden. Eine Frau, welche nach dem Rechte ihres Wohnsitzes ohne Beistand handlungsfähig ist, ist es auch für den Richter eines Orts, dessen Recht die Handlungsfähigkeit der Frauen an die Zugehörigkeit eines Beistandes bindet. *Seuff. Arch. II. 2. IV. 286. XII. 243. XIV. 4.* — Die Meinung, daß nach dem Wohnsitz der Person zwar das Dasein der betreffenden Eigenschaft zu beurtheilen sei, nicht aber ihre rechtliche Wirkung (Wächter *Arch. XXV. S. 176* fg., *Handbuch II. S. 98* fg.), ist unhaltbar (vgl. *Savigny VIII. S. 134* fg.). Dafür das Urtheil bei *Seuffert XIII. 79.*

⁵ Wenn z. B. an einer beweglichen Sache in einem Lande, dessen Recht für die Eigenthumsübertragung Tradition nicht verlangt, Eigenthum durch bloßen Vertrag erworben worden ist, und die Sache darauf in ein Land kommt, dessen Recht Tradition für notwendig erklärt, so muß doch das Eigenthum an derselben auch von dem Richter dieses Landes anerkannt werden. Vgl. *Seuff. Arch. VI. 128.* Wäre aber nach dem fremden Rechte eine unbedingte Vinculation beweglicher Sachen begründet, nach dem einheimischen nicht, so müßte der Richter in Betreff dieser Frage nach dem letzteren entscheiden. Anderes Beispiel. Das einheimische Recht erkennt ein Pfandrecht an Mobilien nur als Faustpfand an, das fremde ohne diese Beschränkung; die in dem fremden Lande verpfändete Sache darf, nachdem sie in das Inland gelangt ist, nur so lange als verpfändet anerkannt werden, als sie in dem Besitze des Gläubigers bleibt.

⁶ In Betreff der obligatorischen Rechtsverhältnisse gehen die Ansichten ganz ungemüßig auseinander, während in Betreff der übrigen hier vorgetragener Sätze wenigstens im Ganzen und Großen Uebereinstimmung herrscht.

⁷ An und für sich haben Obligationen keine geringere Beziehung auf den Wohnsitz des Gläubigers, als auf den Wohnsitz des Schuldners. Aber jedenfalls kann der Schuldner das Recht des Wohnsitzes des Gläubigers als für sich nicht maßgebend ablehnen; will daher der Gläubiger vom Schuldner überhaupt etwas verlangen, so muß er dessen Recht acceptiren.

nisse; Obligationen dieser Art gehören demjenigen Punkte des Raumes an, an welchem das begründende Verhältniß besteht⁸. Wird mit Rücksicht auf ein an einem bestimmten Ort bestehendes Verhältniß eine Obligation durch Vertrag begründet⁹, so ist anzunehmen, daß die Partheien sich dem Rechte dieses Ortes haben unterwerfen wollen¹⁰. Auch in anderen Fällen kann eine stillschweigende Unterwerfung der Partheien unter das Recht eines gewissen Ortes angenommen werden müssen, ohne daß sich darüber eine allgemeine Regel aufstellen ließe¹¹.

⁸ Daher ist z. B. die obligatorische Wirkung einer Vormundschaft, einer Vermögensgemeinschaft, nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen, wo die Vormundschaft geführt wird, wo die gemeinschaftlichen Vermögensobjecte sich befinden. — Eine bloß vorübergehende Thatfache vermag die Obligation an den Raum, wo sie auftritt, nicht zu fesseln. Dies gilt nicht bloß von Rechtsgeschäften (anders noch vielfach die Praxis, *Seuff. Arch. II. 120. 121. 253. IV. 3. VI. 1. XI. 111. XII. 299*), sondern auch von Delicten. Nur macht sich in Betreff der letzteren die Erwägung geltend, daß nicht anzunehmen ist, daß ein Staat geneigt sei, die Bestimmung der Folgen der auf seinem Gebiete begangenen Delicte einem fremden Rechte zu überlassen. Demgemäß ist wegen der im Inlande verübten Delicte auch der Ausländer nach inländischem Recht zu beurtheilen. (Für das Recht des Delictsorts: *Seuff. Arch. I. 153. II. 118. III. 295. IX. 247*; für das Recht des Gerichtsorts *das. II. 4. III. 135. IV. 4. IX. 1. XI. 3.* Vgl. noch *XIV. 197*.)

⁹ Z. B. es wird über eine Lieferung für ein an einem bestimmten Orte bestehendes Fabrikgeschäft contrahirt. Ein noch einfacheres Beispiel ist: es wird ein Grundstück verkauft (*Seuff. Arch. VIII. 2*).

¹⁰ Es muß aber zugehört werden, inwieweit dies zulässig ist; es macht sich hier der Gegensatz zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht (§. 30) geltend.

¹¹ *Savigny* hat den Satz zu begründen versucht, daß in allen Fällen, wo die Obligation einen fest bestimmten Erfüllungsort habe, anzunehmen sei, der Schuldner habe sich dem Rechte dieses Ortes unterwerfen wollen. Das ist gewiß nicht richtig; der Erfüllungsort kann für den eigentlichen Gehalt der Obligation ebenso gleichgültig sein, wie der zufällige Entstehungsort. Man nehme folgendes Beispiel. In Bayern schenkt Jemand eine Summe Geldes; da der Beschenkte eine Reise nach Italien zu machen im Begriffe ist, bittet er, das Geld ihm in Neapel auszahlen zu lassen, und demzufolge wird bei der Schenkung verabredet, daß das Geld bei einem Bankier in Neapel solle erhoben werden können; nach *Savigny's* Regel müßte diese Schenkung nach Neapolitanischem Rechte beurtheilt werden. Die römischen Grundsätze von dem s. g. *forum contractus* hier einfach zu übertragen, wie *Savigny* thut, erscheint nicht hinreichend gerechtfertigt. — Für das Recht des Erfüllungsortes haben erkannt die Urtheile bei *Seuffert I. 402. II. 119. VII. 136. VIII. 2.*

4) Familienverhältnisse. Der Sitz der Ehe bestimmt sich durch den Wohnsitz ihres Hauptes, des Ehemannes. Ebenso bestimmt sich der Sitz des Verhältnisses zwischen Väter und Kindern durch den Wohnsitz des Vaters, in Ermangelung des Vaters durch den Wohnsitz der Mutter. Wird der Wohnsitz hinterher verlegt, so gilt von nun an das Recht des neuen Wohnsitzes¹². — Der Sitz der Vormundschaft bestimmt sich durch den Wohnsitz des Mündels, es müßte denn für einen besonderen Theil des Mündelvermögens eine besondere örtliche Vormundschaft errichtet worden sein.

5) Erbrecht. Die Grundlage des Erbrechts bildet der Eintritt des Erben in das Vermögen des Verstorbenen als ideale Einheit gedacht, und der Sitz des Vermögens in diesem Sinne ist, wo auch seine einzelnen Bestandtheile sich befinden mögen, kein anderer, als der Wohnsitz der Person. Daher wird Jemand beerbt, sowohl aus letztem Willen, als ohne letzten Willen, nach

3; vgl. VII. 28. XIV. 195. — Ueber I. 6 D. de evict. 21. 2 f. Savigny VIII. S. 252 fg.

¹² Von nun an, d. h. die auf Grund der Ehe und des älterlichen Verhältnisses erwachsenen, und von ihrem Fortbestande unabhängigen, Rechtsverhältnisse bleiben unberührt. — Es ist eine weit verbreitete Meinung, daß durch die Verlegung des Sitzes der Ehe das einmal für sie geltend gewordene gesetzliche Güterrecht nicht alterirt werde. Gestützt wird diese Meinung hauptsächlich darauf, daß durch Eingehung der Ehe das gesetzliche Güterrecht stillschweigend zur vertragsmäßigen Norm erhoben worden sei. (Dafür die Urtheile bei Seuff. I. 152. X. 221. XIV. 106; ohne Berufung auf den stillschweigenden Vertrag IX. 302. Dagegen VII. 137. XIV. 106, vgl. auch XIV. 198.) Da es keines Beweises bedarf, daß es sehr häufig bei der Eingehung der Ehe an einem bestimmten Bewußtsein der Ehegatten und namentlich der Frau über das Güterrecht, und damit an aller Grundlage für die Annahme eines stillschweigenden Vertrages ganz fehlen wird, so hat Savigny mit einer „allerdings etwas subtilen“ Unterscheidung (Syst. VIII. S. 112) an die Stelle des stillschweigenden Vertrags eine „freiwillige Unterwerfung“ der Ehegatten gesetzt (vgl. Seuff. Arch. XIV. 106). Diese freiwillige Unterwerfung findet er aber lediglich in der Thatfache des Nichtwiderpruchs, und es ist nicht abzusehen, wie aus dieser Thatfache, insofern nicht eine Willenserklärung in ihr enthalten ist, irgend welche rechtliche Folge kann hergeleitet werden. Das Richtige ist, daß möglichlicherweise allerdings ein stillschweigender Vertrag kann angenommen werden müssen; aber das hängt von den Umständen des einzelnen Falls an. (In einem Urtheile des D. A. G. zu Kiel vom 26. November 1845 bei Seuffert VII. 137 findet sich das treffende

dem Rechte seines Wohnsitzes, und dabei sind auch seine unbeweglichen Sachen nicht auszunehmen¹³.

6. Was die Form der Rechtsgeschäfte angeht, so ist durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht anerkannt, daß die Form des Ortes, für welchen das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist, zwar genügend, aber nicht nothwendig ist; genügend ist auch die Form des Ortes, wo das Rechtsgeschäft vorgenommen wird¹⁴.

Wohnsitz.*

§. 36.

Es ist noch eine nähere Feststellung des im Vorhergehenden vielfach erwähnten Begriffes des Wohnsitzes erforderlich¹. Seinen Wohnsitz hat der Mensch an dem Orte, wo der Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit ist², wenn er sich auch an dem-

Argument: entweder ist die Annahme eines stillschweigenden Vertrages für das Recht des Begründungsortes nicht gerechtfertigt, aber ebenso gerechtfertigt für das Recht des neuen Wohnortes.) — Eine besondere Abhandlung über diese Frage ist die von Funk Arch. f. civ. Pr. XXI. 15. XXII. 5 (1838).

¹³ Seuff. Arch. I. 92. II. 354. IV. 92. VI. 307. 308. VII. 332. XIII. 121. XIV. 107. Früher wollten Viele die Immobilien auch für das Erbrecht unter das Recht der belegenden Sache stellen.

¹⁴ Seuff. Arch. II. 5. X. 220. Nur für Rechtsgeschäfte, durch welche ein Recht an einer unbeweglichen Sache erworben werden soll, wird eine Ausnahme gemacht. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXV. S. 383, Seuff. Arch. VII. 2.

* Hieruff S. 122—128, Savigny VIII. S. 353. 354.

¹ Die Bedeutung des Begriffes des Wohnsitzes (Domicils, domicilium) beschränkt sich nicht auf die Bestimmung des anzuwendenden Rechts. Abgesehen von den Vorschriften über die Theilnahme an den öffentlichen Rechten und Lasten hat er namentlich auch einen durchgreifenden Einfluß auf die Bestimmung des Gerichtsstandes.

² L. 7 C. de incolis 10. 39: — „in eo(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit“. L. 203 D. de V. S. 50. 16: — „constitutum esse, eam domum cuius nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset“. L. 17 §. 13 I. 27 §. 1 D. ad munic. 50. 1.

selben nicht fortwährend, ja wenn er selbst an demselben regelmäßig sich nur vorübergehend aufhält³. Welches dieser Ort sei ist eine Frage, die im einzelnen Falle unter Erwägung aller Umstände gelöst werden muß⁴; für gewisse Fälle aber ist diese Frage durch eine gesetzliche Regel beantwortet⁵. In diesen Fällen ist auch der Wille der betreffenden Person gleichgültig; abgesehen von demselben ist die Begründung eines Wohnsitzes nicht möglich ohne Willen des Begründenden. Von der anderen Seite reicht aber auch der bloße Wille nicht aus, wenn ihm das tatsächliche Verhältniß nicht entspricht. Ebenso verhält es sich mit der Aufhebung des Wohnsitzes⁶. Möglicherweise kann Jemand auch einen doppelten Wohnsitz haben⁷, sowie gar keinen⁸.

³ Wie z. B. ein Kaufmann, der für sein Geschäft das ganze Jahr hindurch reist, während sein Gesellschafter die Geschäfte zu Hause besorgt.

⁴ Vgl. S. u. ff. Arch. X. 12. XIV. 65. Nach einem Rescripte von Sabrian sollte es als Begründung eines Wohnsitzes angesehen werden, wenn ein Studirender seinen Aufenthaltsort am Studienort 10 Jahre lang fortsetze, l. 2 C. de incol. 10. 39.

⁵ S. g. gesetzlicher Wohnsitz (domicilium necessarium). Diese Fälle sind folgende. Die Ehefrau hat ihren Wohnsitz am Wohnsitze ihres Mannes (domicilium matrimonii, l. 32. 38 §. 3 D. ad munic. 50. 1, l. 5 D. de R. N. 23. 1), der Beamte am Orte seiner Amtsführung (l. 8 C. de incol. 10. 39, vgl. l. 23 §. 1 D. ad munic. 50. 1), der Verwiesene am Strafort (obgleich er daneben auch seinen früheren Wohnsitz behalten kann, l. 22 §. 3 l. 27 §. 3 D. ad munic. 50. 1).

⁶ L. 20 D. ad munic. 50. 1. „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolae vocari“.

⁷ L. 5. 6 §. 2 l. 27. §. 2 D. ad munic. 50. 1, l. 22 §. 3 l. 27 §. 3. eod.

⁸ L. 27 §. 2 cit.

Zweites Buch.

Von den Rechten.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten des Rechts.

Begriff des Rechts.

§. 37.

Die Aufgabe der Rechtsordnung ist, wie die der sittlichen Ordnung, Regelung des menschlichen Willens. Aber während die sittliche Ordnung vorschreibt, was gewollt werden müsse, gibt die Rechtsordnung Vorschriften darüber, was gewollt werden dürfe. Indem nun die Rechtsordnung in einem concreten Falle von einem gewissen Willensinhalt ausspricht, daß derselbe allen anderen Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe, und daß alle anderen Willen sich demselben zu unterwerfen haben, schafft sie ein Recht (s. g. Recht im subjectiven Sinne, Berechtigung). Ein Recht ist also ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen, eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft¹. Daß der Staat dieser Macht und Herrschaft nöthigenfalls

¹ Brinz §. 23 unterscheidet zwischen Dürfen (Befugniß) und Können (Macht); Dürfen: Befugniß zu factischer Thätigkeit, z. B. über ein Grundstück zu gehen, Können: Macht zur Hervorrufung einer rechtlichen Wirkung, z. B. zur Begründung einer Dienstbarkeit. Der Unterschied ist richtig, aber wird von Brinz mehr betont, als er zu verdienen scheint. Jedenfalls ist das Gemeinsame beider Fälle, daß in dem einen und dem anderen Falle einem bestimmten Willensinhalt Anspruch auf allgemeine Geltung zugeschrieben wird. — Gegen die Bezeichnung 'Willensherrschaft' erklärt sich Fitting, die Natur der Correalobligationen S. 28 Note 31; seine Gründe sind nichts weniger als überzeugend. S. auch Brinz fr. Blätter III. S. 3, Dernburg Pfandrecht I. S. 105 Note 3.

Windscheid, Pandekten. I. Art. 61g.

durch Zwang Geltung verschafft, folgt unmittelbar aus seiner Aufgabe als Wächters der Rechtsordnung, aber gehört nicht nothwendig zum Begriffe des Rechts.

Dem Begriffe des Rechtes gegenüber ist noch der Begriff des Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Ein Rechtsverhältnis ist ein rechtlich bestimmtes Verhältnis. Dieses Verhältnis kann möglicherweise nur ein Rechtsverhältnis sein, d. h. ein von der Rechtsordnung erst geschaffenes Verhältnis, z. B. das Eigenthum, oder zugleich ein Lebensverhältnis, an welches die Rechtsordnung nur herantritt, z. B. der Vertrag².

Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesamtheit der auf ein Rechtsverhältnis bezüglichen Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man z. B. das Eigenthum und den Vertrag auch als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation zc.

Verschiedenheit der Rechte.

Dingliche und persönliche, Familien- und Vermögensrechte.

§. 38.

Eine wesentliche Verschiedenheit der (Privat-) Rechte wird zunächst begründet durch die Verschiedenheit ihres Gegenstandes, d. h. Desjenigen, wofür das berechtigte Wollen die entscheidende Norm bildet. Im letzten Resultate zwar ist Dasjenige, wofür das berechtigte Wollen die entscheidende Norm bildet, bei allen Rech-

² Der Begriff des Rechtsverhältnisses wird nicht immer mit der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit gefaßt. Namentlich wird die im Texte hervorgehobene doppelte Bedeutung, in welcher der Sprachgebrauch das Wort anwendet, häufig verkannt oder doch nicht gehörig betont, was im Besonderen auch die Verständigung darüber, ob das Privatrechts-System System der Rechte oder der Rechtsverhältnisse zu sein habe (§. 13.), erschwert hat. Ferner wird vielfach das Rechtsverhältnis einseitig als Verhältnis zwischen Person und Person bezeichnet. Eigenthum und Besitz sind Rechtsverhältnisse, aber nicht zwischen Person und Person, sondern zwischen Person und Sache. Endlich ist auch die Behauptung nicht zu billigen (Savigny I. S. 4, Puchta §. 29), daß das Recht eine einzelne, durch Abstraction ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses, das Rechtsverhältnis ein Complex von Rechten sei. Es wird dabei als Wesen der Sache hingestellt, was nur möglich ist; aus dem Darlehnsgeschäft z. B. entsteht nicht als das Recht des Gläubigers.

ten Ein- und Dasselbe, nämlich der Wille der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen. Aber nicht bei allen Rechten ist dieser Wille der nächste und unmittelbare Gegenstand; der nächste und unmittelbare Gegenstand des Rechtes kann auch sein 1) die eigene Person, 2) ein unpersönliches Stück der Außenwelt, eine Sache. Den Rechten an der eigenen Person und den Rechten an Sachen stehen dann als dritte Classe der Rechte diejenigen gegenüber, deren Gegenstand unmittelbar eine fremde Person ist.

§. 39.

Daß es Rechte giebt, welche die eigene Person des Berechtigten zum Gegenstande haben, ist ebenso unzweifelhaft, als es unzweifelhaft ist, daß dieselben einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem nicht bedürfen.

Der Wille eines Menschen kann als entscheidende Norm für die eigene Person gedacht werden zunächst nach der Seite ihrer leiblichen Existenz. Nach dieser Seite steht dem Menschen zu ein Recht auf Leben und die Functionen, in welchen sich das Leben des Körpers äußert, ferner auf körperliche Integrität, endlich auf ungehinderte Verfügung über den eigenen Körper (Freiheit). Diese Rechte bedürfen einer besonderen Darstellung im Privatrechtssystem deswegen nicht, weil weder ihre Existenz unsicher, noch ihre Begrenzung zweifelhaft sein kann, aus ihrer Verletzung aber, insofern nämlich eine Verletzung derselben möglich ist, wenn überhaupt civilrechtliche Folgen, selbständige Rechte (Forberungsrechte) entfließen. — An und für sich kann ferner der Wille des Menschen als entscheidende Norm für die eigene Person auch nach der Seite ihrer geistigen Existenz gedacht werden. Man gelangt dadurch zur Annahme eines Rechtes auf Bethätigung des Geistes in seinen verschiedenen Functionen. Dieses Recht ist aber zum Theil wieder, sowohl was seine Existenz als was seinen Umfang angeht, weder bestreitbar noch verletzbar; so das Recht auf Bethätigung des Denk- und Empfindungsvermögens, und in gleicher Weise verhält es sich auch mit dem Recht auf Bethätigung des Willensvermögens, insofern in dieser Bethätigung eine Einwirkung auf fremde Personen oder Sachen nicht enthalten ist. Insofern aber in ihr über die eigene Person hinausgegangen wird, ist die

Frage, ob dieselbe rechtmäßig sei oder nicht, identisch mit der Frage nach dem Inhalt der gesammten übrigen Rechtsordnung^{1 2}.

§. 40.

Die Rechte, deren Gegenstand eine Sache, d. h. ein Stück der nicht mit Vernunft begabten Außenwelt ist, werden ding-

§. 39. 1 Gegen die Annahme eines Rechtes an der eigenen Person hat Savigny (I. S. 336) geltend gemacht, daß dieselbe in consequenter Entwicklung zur Anerkennung eines Rechtes auf Selbstmord führe. Mit nichten; es folgt aus derselben nur, daß der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen nicht Unrecht thut. Denn alles Privatrecht beschäftigt sich nur mit der Beantwortung der Frage, inwiefern der Wille des Einzelnen von den ihm gegenüberstehenden Einzelnen anerkannt werden müsse. — In einem ganz besondern Sinne spricht Puchta (Rhein. Mus. III. S. 305, Inst. I. §. 30, Pand. §. 22. 46. 114 fg. und Vorl. dazu) von Rechten an der eigenen Person. Er versteht darunter diejenigen Rechte, in denen der Wille sich selbst zum Gegenstand habe, nicht in dem Sinne aber, daß derselbe Anerkennung für seinen Inhalt, sondern in dem Sinne, daß er Anerkennung für seine Qualität als Wille einer Person fordere, weshwegen auch Puchta das Recht an der eigenen Person als Recht der Persönlichkeit bezeichnet. Puchta hat in dieser Auffassung Niemanden zum Nachfolger genannt. In der That liegt es auf der Hand, daß sein „Recht der Persönlichkeit“ weder ein Recht an der eigenen Person ist, noch überhaupt ein Recht. Die Anerkennung des Willens des Menschen in abstracto, als eines Willens, der möglicherweise ein berechtigter Wille sein könne, ist etwas, was die Grundlage aller Berechtigungen bildet, aber sie ist selbst kein Recht. Gegen Puchta vgl. Savigny I. §. 337. a., Schröder krit. Jahrb. IV. S. 294, Arndts das. VII. S. 298, Stintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. S. 43—49. Puchta stellt unter diese Rechte an der eigenen Person auch den Besitz; darüber §. 148 Note 6, §. 150 Note 4.

2 Statt der Kategorie 'Rechte an der eigenen Person' stellen Andere eine Kategorie 'Personenrechte' auf, wofür auch der Ausdruck 'Statusrechte', 'Zustandsrechte' gebraucht wird, vgl. namentlich Wächter II. §. 45. Sie verstehen darunter die Rechte, welche der Person, als solcher, „eben weil sie Person ist“, oder „nach ihrer Stellung in gewissen einzelnen dauernden Grundverhältnissen“, namentlich auch in der Familie, zustehen. Die Bildung dieser Kategorie ist unter dem Einfluß der römischen Kategorie 'ius quod pertinet ad personam' erfolgt. Dieses ius quod pertinet ad personam umfaßt die Rechtsätze, welche sich auf die Person beziehen, wenn man dieselbe nicht als in Vermögensverhältnissen stehend betrachtet, und handelt im Einzelnen von dem, was man den status libertatis, civitatis, familiae genannt hat. Vgl. §. 55 Note 7 und Unger I. §. 60.

liche Rechte genannt¹. Ein Unterschied zwischen ihnen wird dadurch begründet, daß das berechtigte Wollen die entscheidende Norm für die Sache bilden kann entweder in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, — dieß macht das Wesen des Eigenthumsrechtes aus, — oder in einer oder mehreren einzelnen Beziehungen, während die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen einem fremden Willen unterworfen ist: dingliche Rechte an fremder Sache.

§. 41.

Die Rechte, deren (unmittelbarer) Gegenstand eine fremde Person ist, haben zum (unmittelbaren) Inhalt die Unterwerfung des Willens dieser Person. Diese Unterwerfung kann eine mehr oder minder weitgehende sein. Bei einer gesteigerten Unterwerfung des Willens der fremden Person spricht man von einer Gewalt über dieselbe. Dem römischen Rechte waren Gewalten bekannt, welche den Willen des Unterworfenen dem Willen des Berechtigten gegenüber vollständig negirten; das heutige Recht kennt solche Gewalten nicht mehr. — Wichtiger ist folgender Unterschied zwischen den hierher gehörigen Rechten. Entweder sind sie Machterweiterungen der einzelnen Person als solcher, ihr verliehen um ihretwegen; oder sie sind Ausflüsse einer Familienverbindung, in welcher die Person steht. Die Familie ist nicht allein, und nicht vorzugsweise, ein Rechtsverhältniß; sie empfängt ihre Ordnung zunächst durch das Sittengesetz, sie legt Pflichten auf und giebt nicht Rechte, und diese Pflichten haben zum Gegenstand nicht sowohl ein bestimmtes äußeres Verhalten, als das Haben und Bethätigen einer gewissen Gesinnung. Als so geordnet findet das Recht sie vor, und bestrebt sich, den sittlichen Geboten, welche an sie ergehen, soviel es dieß vermag, auch äußere Anerkennung zu verschaffen. Insofern es dabei nun dem Einen gebietet, seinen Willen dem Anderen zu unterwerfen, kann man

¹ Andere jetzt beliebte Auffassungen des dinglichen Rechts (vgl. Wächter §. 40. Erörter. I. 4, Langenrow I. S. 185 fg.): 1) das dingliche Recht ist das gegen Jeden verfolgbare Recht, 2) das im römischen Recht mit einer in rom actio geschützte Recht (Thibaut Verträge II. 2), 3) das Eigenthumsrecht und alle Rechte, worauf die Eigenthumsklage ausgeübt worden ist (Duroi Arch. f. civ. Pr. VI. 14, dagegen Puchta Rhein. Mus. I. S. 286 fg.). Vgl. auch Wächter Erörter. I. S. 109—111.

sagen, daß es diesem Anderen ein Recht beilege. Aber ein solches Recht ist doch wesentlich verschieden von allen übrigen Rechten. Es entsteht erst aus der Pflicht; die Pflicht ist das Principale, das Recht erst die Consequenz; während alle übrigen Rechte nicht aus der Pflicht entstehen, sondern die Pflicht erst aus sich erzeugen¹. — Diese Auffassung ist jedoch nicht die ursprüngliche des römischen Rechts. Nach der ursprünglichen Auffassung des römischen Rechts sind die Rechte des Mannes und Vaters gegenüber Weib und Kind reine Rechte, und stehen mit den übrigen dem Berechtigten um seiner selbst willen verliehenen Rechten auf gleicher Linie. Im neuesten römischen Rechte aber erscheinen sie soweit abgeschwächt, daß sie über das, was der anderen Seite durch die Pflicht geboten ist, nicht mehr hinausgehen. —

Diejenigen Rechte an fremden Personen, welche ihren Grund nicht in der sittlichen Idee der Familie haben, heißen Forderungs- oder obligatorische Rechte (Obligationen). Zur Bezeichnung der Rechte an fremden Personen überhaupt empfiehlt sich, im Gegensatz des Ausdrucks 'dingliche Rechte' der Ausdruck 'persönliche Rechte', welcher jedoch regelmäßig nur für die Forderungsrechte gebraucht wird².

1. 41. ¹ Zu weit geht die Behauptung (Savigny I. §. 54, Sintonis Zeitschr. f. Civ. u. Proz. XIX. S. 66 fg., Ruborff zu Puchta Vorles. §. 46 Anm. 1), daß die gegenseitige Unterwerfung der durch die Familie verbundenen Personen zum juristischen Inhalt der Familienverhältnisse überhaupt nicht gehöre, sondern derselbe sich auf die Voraussetzungen ihrer Möglichkeit, ihre Entstehung und Beendigung, und den von ihnen auf andere Verhältnisse, namentlich das Vermögen, ausgeübten Einfluß beschränke. Das Recht des Mannes gegen die Frau auf Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung, das Recht des Vaters gegen das Kind auf Gehorsam, ist ein anderes Recht, als das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner, aber immerhin ein Recht. — Prinz §. 22 will die Familienrechte aus dem Kreise der Privatrechte ganz ausweisen. „Wo immer in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, wie z. B. in der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt, hört der Egoismus des Rechtes, und damit das Privatrecht auf“. Auch das geht zu weit. Es sind zwar Rechte um der Familie willen, aber doch immer nicht Rechte der Familie, von denen es sich hier handelt.

² In einem noch anderen Sinne werden unter persönlichen Rechten diejenigen verstanden, welche von der Person des Berechtigten unabtrennbar sind (auch wohl höchst persönliche Rechte genannt). Vgl. auch Wächter Erörter. I. S. 107—109.

§. 42.

Die dinglichen und die Forderungsrechte kommen darin überein, daß sie dem Berechtigten um seiner selbst willen zustehen. Diese ihre gemeinschaftliche Natur wird durch den Ausdruck 'Vermögensrechte' bezeichnet¹.

Die einer Person zustehenden Vermögensrechte bilden ihr Vermögen. Das Vermögen kommt jedoch im Rechte nicht bloß in Betracht als die Summe, das Aggregat, der einzelnen Vermögensrechte einer Person, sondern auch als ihre Gesamtheit, d. h. als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ganze, als ein Ding, welches als dieses besonderen rechtlichen Bestimmungen unterliegt². Wo aber das Vermögen in dieser Weise in Betracht kommt, werden zu demselben nicht bloß die Rechte der Person gezählt, sondern auch ihre Verbindlichkeiten. Hiernach ist zwischen dem Vermögen im natürlichen, und dem Vermögen im juristischen Sinne zu unterscheiden³. —

¹ Savigny I. §. 340. b.: „Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Rechtsbegriffes ist die bezeichnendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte und zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen“.

² Der Begriff der Gesamtheit oder des Ganzen, als Dessen, was ein Anderes ist, als die Summe seiner Theile, von dem schon oben gesagt wurde, daß er ein für das Recht höchst wichtiger Begriff sei (§. 1 Note 1), tritt hier in einer neuen Anwendung auf. Die römische Bezeichnung für denselben ist 'universitas'. Das Vermögen ist eine universitas von Rechten und Verpflichtungen; unten werden wir universitates von Personen und universitates von Sachen kennen lernen.

³ L. 208 D. de V. S. 50. 16, 1. 3 pr. D. de B. P. 37. 1; 1. 39 §. 1 l. 47. D. de V. S. In der letzteren Stelle wird der Gegensatz zwischen dem natürlichen und dem juristischen Begriff des Vermögens ausdrücklich hervorgehoben. „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beato est prodesse“. Aber dieser natürliche Begriff des Vermögens ist dem Rechte gleichgültig; durch die Zusammenfassung bloß der Vermögensrechte entsteht für dasselbe kein neues, besonderen Bestimmungen unterliegendes Ding. Der juristische Begriff des Vermögens wird in der angeführten Stelle nicht weiter entwickelt. — Die verschiedenen Seiten des Vermögens im juristischen Sinne bezeichnet man wohl durch die Ausdrücke Activ- und Passivvermögen. — Können auch Abtheilungen des Vermögens wieder zu selbständigen Rechtsdingen werden? Das Peculium?

Ein sehr gewöhnlicher, im Leben entstandener, aber vom Rechte festgehaltenen Sprachgebrauch nennt statt des Eigenthumsrechtes die Sache, an welcher es stattfindet⁴. Auf diesem Wege weiter gehend, denkt man sich nun auch die übrigen Vermögensrechte, b. h. die Rechte an fremden Sachen und die Forderungsrechte, insofern auch sie Vermögensbestandtheile sind, als Sachen, und nennt sie, da sie nur in der Vorstellung, nicht in körperlicher Wirklichkeit existiren, gegenüber den körperlichen Sachen unkörperliche Sachen⁵. Als eine solche unkörperliche Sache erscheint dann aber auch wieder das Vermögen selbst, die Zusammenfassung der einzelnen Vermögensbestandtheile, da auch es als diese Zusammenfassung, als ein seinen Theilen gegenüber selbständiges Ding, keine wirkliche, sondern nur eine vorgestellte Existenz hat⁶. — Man

⁴ Man sagt von einem Vermögen, daß es aus Grundstücken, beweglichen Sachen bestehe, obgleich eine Sache nur insofern Bestandtheil unseres Vermögens wirklich ist, als sie sich in unserem Eigenthumsrechte befindet. Man spricht von dem Haben, Erwerben zc. einer Sache, und meint damit das Haben, Erwerben zc. des Eigenthumsrechtes an derselben.

⁵ L. 1 §. 1 D. de D. R. l. 8 (= tit. I. de rebus corporalibus et incorporalibus 2. 2). „Quaedam praeterea res corporales sunt. Corporales haec sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successione et ipsum ius utendi fructu et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur“. — Irrthum: in der Eintheilung der res in corporales und incorporales bezeichnete 'res' Rechte (s. Buchholz Versuche Nr. 1). Es bezeichnet Vermögensbestandtheile. Den Gegensatz der unkörperlichen Sache bildet nicht das Eigenthumsrecht (als ius corporale, wie v. Buchholz meint), sondern die körperliche Sache. Vgl. auch noch Unger I. S. 358—361.

⁶ Wie das Vermögen selbst eine unkörperliche Sache ist („iuris nonem“ l. 178 §. 1 D. de V. S. 50. 16, „iuris intellectum habet“ l. 50 pr. D. de H. P. 5. 3), so ist es eine Gesamtheit von körperlichen und unkörperlichen Sachen, eine universitas rerum. Wenn man es früher eine universitas iuris (nicht iurium) nannte, so wollte man damit bezeichnen, daß es ein Ganzes durch Rechtsvorschrift sei, im Gegensatz der durch factische Zusammenfassung entstandenen f. g. universitas hominis oder facti (z. B. Erbe, Bibliothek). Diese Entgegensetzung ist irrig; denn auch das Vermögen ist zunächst doch eine

muß sich hüten, dieser Zusammenfassung der Vermögensdinge unter dem Gesichtspunkt der Sache größere Bedeutung für das Recht zuzuschreiben, als ihr in der That zukommt. Eine rücksichtslose Ausbeutung dieses Gesichtspunktes würde dazu führen, alle Vermögensrechte den gleichen rechtlichen Grundsätzen, und zwar denselben wie dem Eigenthumsrechte, zu unterwerfen. Dem römischen Rechte ist es nicht in den Sinn gekommen, bis zu diesem Extreme vorzugehen; wie weit es in der rechtlichen Gleichstellung der körperlichen und unkörperlichen Sachen wirklich gegangen ist, muß bei den einzelnen Rechtsmaterien angegeben werden. Dabei wird namentlich auch die Frage ihre Erledigung finden, ob die unkörperliche Sache selbst wieder Gegenstand eines Rechtes werden könne. Hier ist nur darauf aufmerksam zu machen, daß diese Frage nicht aus logischen Gründen verneint werden darf. Der Begriff: Recht an einem Rechte ist nicht, wie man gemeint hat, ein logisches Un Ding. Ein Recht an einem Rechte ist vorhanden, sobald der Eine das Recht hat, das Dürfen, welches den Inhalt des Rechtes eines Andern bildet, für sich geltend zu machen.

Die Ansprüche.

§. 43.

Von Anspruch redet die deutsche Sprache, wo Jemand von einem Andern etwas verlangt. Der Sprachgebrauch versteht aber unter Anspruch nicht bloß die Thatfache des Ansprechens, sondern auch die Befugniß zum Ansprechen, also die vom Rechte zuerkannte Befugniß, von einem Andern etwas zu verlangen¹. In diesem Sinne wird der Ausdruck hier gebraucht werden.

factische Zusammenfassung, und die f. g. universitas facti nicht minder auch eine juristische. S. über diese Eintheilung und über die der universitas iuris fälschlicherweise zugeschriebenen Eigenthümlichkeiten die Abhandlungen von Haffe und Mühlensbruch Archiv f. civ. Pr. V. 1 und XVII. 12, ferner Wächter Erdörter. I. 1, auch Bangerow I. §. 71 Anm. und Unger I. S. 470—475.

¹ Man sagt: Jemand hat einen Anspruch, Jemandem steht ein Anspruch zu, und fügt nicht hinzu: ein rechtlich anerkannter Anspruch. Diese Redeweise, in welcher die Thatfache genannt wird zur Bezeichnung des Rechts, ist auch dem römischen Recht durchaus geläufig. Die Ausdrücke: usufructus, pignus, emphyteusis, superficies gehen sämmtlich zunächst auf etwas Thatfäch-

Der Anspruch ist keine besondere Art des Rechts; der Anspruch ist eine Gestaltungsform, welche jedes Recht anzunehmen fähig ist, da es der wesentliche Inhalt der Rechte ist, daß aus denselben die Unterwerfung menschlichen Willens verlangt werden kann. Aber nicht alle Rechte stehen zu den Ansprüchen, welche sie gewähren, in dem gleichen Verhältnis. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen den dinglichen und den persönlichen Rechten (von den Rechten an eigener Person kann nach §. 39 abgesehen werden). Die persönlichen Rechte fallen, mit den Ansprüchen, welche aus ihnen entstehen, zusammen, nicht so die dinglichen Rechte. Denn die persönlichen Rechte gehen unmittelbar darauf, daß ein Anderer uns seinem Willen unterwerfe; die Befugniß, von einem Anderen etwas zu verlangen, also eben der Anspruch, erschöpft ihren Inhalt². Dagegen ist der unmittelbare Inhalt der dinglichen Rechte etwas Anderes, als die Befugniß, von einem Anderen etwas zu verlangen; ihr unmittelbarer Inhalt ist der, daß der Berechtigte seinen Willen für eine bestimmte Sache in gewisser Weise geltend machen darf: die Befugniß, von anderen Personen etwas zu verlangen, nämlich daß sie sich mit jenem Willen nicht in Widerspruch setzen, ist erst eine Consequenz aus dem dinglichen Rechte.

Mit dem hier bemerkten Gegensatz steht ein anderer in Verbindung. Die Ansprüche, welche sich aus den persönlichen Rechten ergeben, gehen, da sie das erzeugende Recht decken, wie dieses, gegen eine bestimmte Person. Dagegen haben die den dinglichen Rechten entsprechenden Ansprüche zum Gegner eine bestimmte

Person, und sind doch ganz gebräuchliche Bezeichnungen des Rechts. Noch unmittelbar gehört hierher der Ausdruck *actio*. Vgl. §. 44 Anm. 1.

² Bei den Familienrechten fällt nur insofern der Anspruch mit dem Rechte nicht zusammen, als man in dem Rechte die Totalität aller sich aus demselben möglicherweise ergebenden Ansprüche zusammenfaßt und demselben eben einen einzelnen Anspruch gegenüberstellt, z. B. dem Rechte des Vaters auf Gehorsam des Kindes den Anspruch auf Rückkehr in die verlassene väterliche Wohnung. Aber derselbe Gegensatz kann sich auch aus den Forderungsrechten ergeben, wo man z. B. dem Recht des Auftraggebers auf sorgfältige Ausführung eines von Beauftragten übernommenen auftraglichen Geschäftes die hin aus den Handlungen oder Unterlassungen des Letzteren erwachsenden Ansprüche entgegensetzen kann; und es liegt auf der Hand, daß das Recht auf Gehorsam, wie das Recht auf Ausführung des Auftrages im Allgemeinen, doch auch wieder nichts ist, als ein Anspruch auf Willensunterwerfung dieses Inhalts.

Person nicht, sie wenden sich an Jedweden, binden den Willen Aller, welche dem Berechtigten gegenüberstehen. Jedoch ist dieser Gegensatz kein unbedingter. Denn einerseits kann es auch bei Forderungsrechten vorkommen, daß ihnen ein unbestimmter Verpflichteter gegenübersteht, so daß auch der ihnen entsprechende Anspruch, wenngleich nicht gegen Jeden schlechthin, doch gegen Jeden gerichtet werden kann, der in ein gewisses Verhältnis hineintritt³. Und andererseits kann auch der aus dem dinglichen Recht sich ergebende Anspruch sehr wohl einen bestimmten Gegner gewinnen. Es geschieht dieß durch seine Verletzung. Sobald sich eine bestimmte Person mit ihm in thatsächlichen Widerspruch gesetzt hat, fixirt er sich auf diese Person in derselben Weise, wie der Anspruch, welcher sich aus dem persönlichen Rechte ergibt, auf eine bestimmte Person von vorne herein fixirt ist. In der That liegt dann ein durchaus analoges Verhältnis vor, wie bei dem Ansprüche aus dem Forderungsrechte; es wird von einer bestimmten Person eine bestimmte Willenshätigkeit, und zwar vermögensrechtlicher Art, verlangt⁴. Der Unterschied ist jedoch immer der, daß der Anspruch erhoben wird eben auf Grund eines dinglichen, und nicht auf Grund eines Forderungsrechtes. Deswegen ist auch die rechtliche Behandlung des einen und des anderen Anspruchs, wenn gleich in vielen Punkten übereinstimmend, doch keineswegs identisch⁵.

³ So geht z. B. das Forderungsrecht, und so der Anspruch, welche Jemandem daraus erwachsen, daß er zu einer ihm rechtlich schädlichen Handlung gezwungen worden ist, gegen Jeden, in dessen Händen sich etwas von dem Aufgeopferten vorfindet. Vgl. §. 45 Note 6.

⁴ Selbst der Ausdruck *obligatio* wird für den dinglichen Anspruch gebraucht in §. 5. J. de exc. 4. 13.

⁵ Es sind hier zwei Abwege zu vermeiden. Auf der einen Seite der im Texte angedeutete der vollständigen Gleichstellung des dinglichen und obligatorischen Anspruchs. Bei dieser Gleichstellung verschwindet der Begriff des dinglichen Rechtes ganz, und das gesammte Rechtssystem wird ein System der Verbindlichkeiten. Eine Finneigung nach dieser Seite läßt sich im älteren deutschen Rechte nicht verkennen, und auch in den neueren Gesetzgebungen findet sie sich noch vielfach, nicht zum Vortheil der Sache. Vgl. darüber Windscheid die *Actio* des röm. Civilr. S. 19—23. In der Wissenschaft ist dieser Irrthum gegenwärtig vollständig überwunden. Vielleicht aber tritt derselbe jetzt das Gemeinsame des dinglichen und obligatorischen Anspruchs mehr als recht ist in den Hintergrund. Es gibt eine ganze Reihe von Lehren,

Der dem dinglichen Rechte entsprechende Anspruch wird passend dinglicher Anspruch genannt, der dem persönlichen Recht entsprechende persönlicher, der dem Forderungsrecht entsprechende Forderungs- oder obligatorischer Anspruch. Zur Bezeichnung der dem Anspruch gegenüberstehenden Willensgebundenheit empfiehlt sich der Ausdruck Verbindlichkeit⁶.

§. 44.

Für das, was hier Anspruch genannt worden ist, fehlt der römischen Rechtsprache die Bezeichnung; ja in gewisser Weise war den Römern die Sache unbekannt. Die Römer reden nicht davon, daß Einer von dem Anderen etwas verlangen, ansprechen dürfe, sondern sie sagen sogleich, daß er dafür gerichtliche Hülfe anrufen, daß er darauf klagen könne. Was uns Anspruch ist, fällt ihnen unter den Begriff der actio, Klage, Klagerecht⁴. Die Römer richteten also ihre Bezeichnung und Auffassung auf diejenige Seite der Sache, welche für uns nicht in erster, sondern erst in zweiter Linie steht. Für uns steht in erster Linie, daß ein bestimmter Anspruch vom Rechte garantiert ist; daß im Falle der Verweigerung seiner Befriedigung richterliche Hülfe angerufen werden kann, ist für uns nur Consequenz jenes Ersten². Die

welche in der That für beide Arten der Ansprüche gelten, so die Lehre von der Verschuldung (Möglichkeit der Erfüllung), vom Interesse, vom Verzuge, vom Vergleiche zc. Für die Anordnung des Systems erwächst daraus eine eigenthümliche Schwierigkeit, — wenn man nicht, wogegen sehr viel spricht, eine besondere Abtheilung 'von den Ansprüchen' machen will.

⁶ Es wäre gut, wenn der Ausdruck 'Verpflichtung' auf die obligatorische Verpflichtung beschränkt und als technischer Ausdruck für diese gebraucht werden könnte, so daß dann die 'Verbindlichkeit' die 'Verpflichtung' umfassen würde, aber nicht diese jene. Jedoch wird es schwer sein, diese Beschränkung zur allgemeinen Anerkennung zu bringen, und so wird bei der nahe liegenden Gefahr von Mißverständnissen hier kein Versuch dazu gemacht.

§. 44. ¹ Actio bezeichnet ganz in derselben Weise, wie unser Ausdruck Anspruch (§. 43 Anm. 1) an und für sich nur die Thatfache des agere, ist aber die ganz geläufige Bezeichnung für die Befugniß zum agere. L. 51 D. de O. et A. 44. 7 (vgl. pr. I. de act. 4. 6): „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debentur, iudicio persequendi“.

² Allerdings gibt es auch Rechte, welche durch Klage nicht geschützt sind, die naturales obligationes. Aber sie sind, für uns wie für die Römer, etwas

römische Auffassung erklärt sich vornehmlich aus historischen Gründen³; für uns kann nur die unfrige maßgebend sein. Klagerecht ist für uns dasjenige Recht, welches daraus entsteht, daß die Befriedigung eines rechtlich begründeten Anspruchs verweigert wird⁴. Wollen wir mit diesem Namen den rechtlich begründeten Anspruch selbst bezeichnen, insofern nämlich, als doch, falls seine Befriedigung verweigert werden sollte, richterliche Hülfe begehrt werden könne, so entnehmen wir die Bezeichnung dessen, was wir bezeichnen wollen, einem Umstande, welcher sein eigentliches Wesen nicht ausdrückt, und das kann nur zu Mißverständniß und Verwirrung führen⁵.

Exceptionelles, was nicht mit in Rechnung gestellt werden darf, wo es sich um die Begründung des Wesens der Rechte handelt. S. unt. die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, und Windscheid die Actio, Abwehr zc. §. 8.

³ Mitgemirkt hat gewiß „die auf das Practische gerichtete Anschauung“ der Römer, welche „das Recht als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige erfaßte“ (Kierulff S. 156); aber der eigentliche und entscheidende Grund war die Selbständigkeit, welche bei den Römern die Gerichtsregel gegenüber der Rechtsregel hatte. Diese Selbständigkeit der Gerichtsregel machte sich bereits zur Zeit der legis actiones geltend, wo über Recht und Unrecht nicht sowohl die lex entschied, als die daraus gebildete Gerichtsformel und Interpretation (Windscheid die Actio, Abwehr zc. S. 1. 2, Ihering Geist des röm. R. II. S. 671—675) noch mehr aber im Formularprozeß, wo der Magistrat gerichtliche Verfolgung gewährte und versagte, ohne an das ius gebunden zu sein. In dieser Weise hatte denn freilich bei den Römern, wer wissen wollte, ob er einen Anspruch durchsetzen könne, sich nicht zu fragen, ob das ius für ihn sei, sondern, ob und welche actio ihm zu Gebote stehe; die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs war für die Römer der Ausdruck seiner rechtlichen Anerkennung überhaupt.

⁴ Klagerecht ist, wie das Wort zeigt, das Recht, sich bei dem Richter zu beklagen und von demselben Abhülfe des erlittenen Unrechts verlangen zu dürfen. Von einem solchen Sichbeklagendürfen kann der Natur der Sache nach so lange nicht die Rede sein, als es noch dahin steht, ob nicht der Gegner auf den gegen ihn erhobenen Anspruch hin freiwillig das verübte Unrecht wiedergutmachen wird. Daher ist es auch nicht die Rechtsverletzung als solche, welche das Klagerecht in diesem Sinne erzeugt. Die Rechtsverletzung erzeugt es nur insofern, als darin bereits die Erklärung liegt, dem Anspruche des Gegners nicht gerecht werden zu wollen. Windscheid die Actio zc. S. 222 und unter §. 122.

⁵ Das im Texte Gesagte ist der Grundgedanke folgender Schrift: Windscheid die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856). Vgl. dagegen die Gegenschrift von Muther: zur Lehre von

§. 45.

Dem Gefagten zufolge tritt auch die in §. 43 erörterte Eintheilung der Ansprüche in dingliche und persönliche bei den Römern als eine Eintheilung der actiones auf. Die Bezeichnung für diese Eintheilung ist: actiones in rem in personam s. personales. Ueber diese Eintheilung ist aber folgendes Nähere zu bemerken¹.

der römischen Actio r. (1857), und gegen diese wieder: Windscheid die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther (1857); über alles dieses die Recensionen von Runke in Schletter's Jahrb. V. S. 1—16 (1859) und Zimmermann in Heib. krit. Zeitschr. V. S. 461 fg. (1859). Man hat gegen den von mir aufgestellten Satz: die römische Actio sei etwas Selbständiges gewesen, Ausdruck, nicht Ausfluß des Rechtes, eingewendet, daß man denn doch auch auf die Gerichtsregel sich habe berufen, die Anwendung derselben kraft seines Rechts habe in Anspruch nehmen können (Arndts §. 96 Anm. 4; vgl. Unger II. §. 118 Note 9 a.), ja man ist so weit gegangen, zu behaupten, die „rechtschaffende“ Thätigkeit der Magistrat sei von unserer heutigen „Legislative“ nicht verschieden gewesen (Zimmermann a. a. O. S. 476). Wenn mit dieser letzteren Behauptung gesagt sein soll, die Thätigkeit der Gerichtsmagistrate sei bei den Römern ebenfalls Organ der Rechtsordnung gewesen, so habe ich das selbst mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit ausgesprochen (die Actio r. S. 4. 5); soll sie mehr sagen, so ist dieselbe mir unbegreiflich. Was aber die Arndts'sche Behauptung angeht, so ist dieselbe doch einmal weit davon entfernt, für alle Zeiten des römischen Rechts unbedingt wahr zu sein, und auch nachdem sie wahr geworden war, hatte man immerhin ein Recht dem Gegner gegenüber nur bedwegen, weil man dem Gerichte gegenüber ein Recht auf Gewährung richterlicher Hülfe hatte, — man hatte ein Recht, weil man actio, aber nicht actio, weil man ein Recht hatte. Jedenfalls aber, und das bleibt die Hauptsache, hatte es viel weniger in der Natur der Sache als in einer historischen Zufälligkeit seinen Grund, daß das römische Recht auch jetzt noch die Rechtsregel als Klagerregel ausdrückte, und diese historische Zufälligkeit müssen wir abstreifen; für uns ist in der That die römische actio, wo sie nicht processualische Klage ist, Rechtsanspruch. Vgl. Windscheid die Actio, Abwehr r. §. 3—7. Dem gegenüber halten die Neueren nicht nur durchweg die römische Ausdrucksweise fest, sondern sie lassen sich auch in der Sache selbst vielfach durch Betrachtungen leiten, welche sie unserem heutigen Begriffe Klagerrecht entnehmen. In Folge davon bestimmen angesehene Schriftsteller die actio als das neue, aus der Verletzung eines Rechtes entstehende Recht (so namentlich Savigny System V. §. 204. 205, vgl. §. 122 Note 4), und fast ausnahmslos werden in den Systemen die Grundsätze von der Actio unter der Rubrik „Schutz der Rechte“ vorgetragen.

¹ S. über das Folgende Windscheid die Actio §. 2, und über abweichende Ansichten: Duroi Arch. f. civ. Pr. VI. 14. 18 (1829), Gasse d. J.

1) Unter den actiones in personam werden die familienrechtlichen Ansprüche nicht mit begriffen². Dieß erklärt sich aus der oben (§. 41) bezeichneten Natur der familienrechtlichen Ansprüche, kraft deren sie nicht reine Rechtsansprüche sind. So erscheint den Römern die gerichtliche Verfolgung der familienrechtlichen Ansprüche, so weit von ihr überhaupt die Rede sein kann, als etwas Außerordentliches, bei der Betrachtung der eigentlichen Rechtsansprüche nicht mit in Rechnung zu ziehendes.

2) Actio in rem bezeichnet nicht bloß die dingliche actio³; in einem anderen Sinn bezeichnet der Ausdruck die unpersönliche (sachliche) actio⁴. Unpersönlich (sachlich) aber kann eine actio

Rhein. Mus. VI. S. 12. fg., S. 154 fg. (1834), Savigny V. §. 206—209 (1841), Wächter Erörter. I. 4 (1845), Keller röm. Civilproz. §. 87, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. 6 (1860); vgl. auch Ruborff röm. R. Gesch. §. 35, Unger II. §. 114.

² Gai. IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere“. Ebenso in §. 1 I. de act. 4. 6, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7. Die in personam actio ist also die obligatorische actio. Da die obligatorische actio sich mit dem obligatorischen Rechte deckt, so wird sie häufig geradezu statt des letzteren genannt, so z. B. l. 8 §. 11 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1; vergl. auch l. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5: „actionum ex delicto venientium obligationes“.

³ In einer Reihe von Stellen bezeichnet actio in rem ganz speziell die Eigenthumsklage wegen Borenthaltung der Sache, die rei vindicatio, vgl. z. B. Gai. IV. 51. 86. 87. 91. 92, l. 23 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2; dann auch die Klage, womit überhaupt ein dingliches Recht geltend gemacht wird. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, oundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa“. — Andere Bezeichnungen für die in rem actio in diesem Sinne sind: vindicatio, petitio, wodurch denn die in personam actio zur actio schlechthin oder actio im engeren Sinne wird. Gai. IV. 5, l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7. — Actio in rem specialis und de universitate, l. 1 pr. §. 1 D. de R. V. 6. 1. — Actio in rem als Vertreterin der actio in personam: Jhering Jahrbücher für Dogm. I. 3 (1857), vgl. mit Windscheid die Actio r. S. 215—218. — Ueber die f. g. actiones mixtae s. Jhering Magazin für RW. und Gesetzgeb. IV. 1, Arndts Rhein. Mus. II. S. 141—144, Savigny V. S. 36. 37, Puchta Inst. II. §. 167. i. k., Wächter II. S. 419. 420, Keller Civilpr. §. 87 zu Note 94.

⁴ Der Ausdruck in rem bezeichnet das Unpersönliche auch in zahlreichen anderen Verbindungen. S. z. B. l. 7 §. 8 D. de pact. 2. 14. „Factorum

einmal deswegen genannt werden, weil sie auf etwas dem Gegner nicht Persönliches geht, dann aber auch deswegen, weil sie nicht an eine bestimmte Person gebunden ist. Beides trifft zusammen bei den dinglichen actiones⁵, welche also auch in diesem doppelten Sinne in rem sind; das letztere allein macht sich geltend bei den actiones aus Obligationen mit unbestimmtem Gegner, den s. g. actiones in rem scriptas⁶.

3) In rem in dem zuvor bemerkten Sinne, unpersönlich, ist ferner aber auch diejenige actio, in welcher nicht die Beurtheilung des Gegners, sondern nur die Feststellung irgend eines rechtlichen oder thatfächlichen Verhältnisses verlangt wird. Das iudicium wird hier speciell als praeiudicium, die actio als actio praeiudicialis bezeichnet⁷. Unpersönlich ist aber die actio

quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quoties generaliter paciscor ne petam, in personam, quoties ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam“ Vgl. außerdem 1. 10 D. ut leg. 36. 3, 1. 8 §. 4 de lib. leg. 34. 3, 1. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5, 1. 12 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

⁵ Was auch die dingliche Klage im letzten Resultate vom Gegner verlangen mag, sie verlangt es von ihm auf Grund des dinglichen Rechts, und so ist es in erster Linie immer das Bestehen des dinglichen Rechts, worauf sie gerichtet ist.

⁶ Von der Möglichkeit, daß auch eine Obligation einen unbestimmten Gegner haben könne, ist bereits in §. 43 die Rede gewesen. Der Ausdruck actio in rem scripta, den man jetzt als technischen zu gebrauchen pflegt, kommt in unseren Quellen nur Ein Mal, in 1. 9 §. 8 D. quod met. c. 4. 2. vor, von exceptio in rem scripta ist auch die Rede in 1. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. In jener Stelle wird die actio aus dem Zwange in rem scripta deswegen genannt, weil sie nicht „personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est“. Andere Beispiele der s. g. actio in rem scripta s. in 1. 5 §. 13. 1. 7 pr. §. 1 D. quod vi aut el. 43. 24, 1. 12 D. de aqua 39. 3. Eine solche actio ist aber deswegen, weil sie in rem scripta ist, nicht weniger eine actio aus einem Forderungsrechte, also in personam, und die Quellen erkennen dies ausdrücklich an, §. 31. I. de act. 4. 6, 1. 6 §. 5 D. de aqua 39. 3. Eine besondere Behandlung dieses Gegenstandes s. bei Schmidt (von Ilmenau) civil. Abh. Nr. 1.

⁷ §. 13 I. de act. 4. 6. „Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo“. Um die praeiudicialis actio mit zu umfassen, definiert §. 1 I. eod. die actio in rem als diejenige actio, mit welcher Jemand klagt gegen den „qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam“.

praeiudicialis sowohl deswegen, weil sie auf etwas dem Gegner Unpersönliches geht, behauptet, daß etwas sei, nicht, daß der Gegner etwas leisten müsse, als auch deswegen, weil sie nicht auf eine bestimmte Person beschränkt ist, sondern Jeden ergreift, welcher dem behaupteten Verhältniß die Anerkennung verweigert. Will man nun auch in dieser actio den Ausdruck eines Anspruches finden, so kann man als Inhalt desselben nur den bezeichnen, daß er auf Anerkennung des Bestehenden gerichtet sei. Richtiger erscheint es aber, die actio praeiudicialis lediglich als Anrufung, oder Recht zur Anrufung, des Richters aufzufassen, ohne daß dabei irgend ein Anspruch gegen den Gegner zu Grunde läge. Während in der Regel dem Richter die Entscheidung eines zwischen zwei Partheien streitigen Punktes nur in sofern obliegt, als ihm dieselbe nothwendig ist, um darüber erkennen zu können, ob einer Parthei Unrecht geschehen sei, wird hier eine solche Entscheidung von ihm begehrt, ohne daß sich eine Parthei über erlittenes Unrecht beklage. Inwiefern ein solches Begehren zulässig sei, ist eine Frage für sich, daß es bloß bei den s. g. Statusverhältnissen (§. 39. Anm. 2) zulässig sei, eine durch nichts unterstützte Behauptung⁸.

§ 46.

Außer der Eintheilung in actio in rem und in personam wird in den Quellen des römischen Rechts noch eine große Anzahl von anderen Eintheilungen der actiones erwähnt. Die allermeisten derselben gehören aber nicht hierher, zum Theil weil sie sich nicht auf die materielle, sondern auf die prozessualische

⁸ Wächter II. S. 413. 421, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII. S. 258—260, Windscheid die Actio re. §. 2 Note 14, Bähr Anerkenn. §. 69 und Jahrb. f. Dogm. I. S. 483 fg. (Dernburg Pfandr. I. S. 573), Friedlieb das. III. S. 316, Arndts §. 97 Anm., Unger II. S. 374. Dagegen zuletzt Sintenis I. §. 28 Note 1, Seuffert pract. Pand. R. I. §. 23 Note 5, §. 24 Note 1a. Vgl. Seuff. Archiv I. 16. 324. II. 27. III. 304. 305. 306. VI. 319. VII. 298. VIII. 274. X. 102. XI. 126. XIII. 19. XIV. 5. 91. Gegen den Schluß aus der actio in rem praeiudicialis auf die Dinglichkeit der Rechtsverhältnisse, bei welcher sie stattfindet, welcher Schluß namentlich in Betreff der Statusverhältnisse wirklich gemacht worden ist (Lhibaut Versuche II. S. 55 fg.), braucht nach dem Gesagten wohl kaum noch besonders gewarnt zu werden. Vgl. Windscheid a. a. O. S. 16—19. Windscheid, Pandekten. I. Abthg.

Setze der actio beziehen¹, zum Theil weil sie antiquirt sind², zum Theil, weil ihre Bedeutung nicht so allgemeiner Art ist, daß von ihnen schon an diesem Orte geredet werden dürfte³. Nur eine jener Eintheilungen darf hier nicht übergangen werden. Zwar ist dieselbe in der besondern Gestalt, in welcher sie im römischen Rechte auftritt, für uns ebenfalls Antiquität; aber der ihr zu Grunde liegende Gedanke ist sowohl von bleibender Wahrheit, als von allgemeiner Natur. Dieser Gedanke aber ist der, daß ein Unterschied zwischen den einzelnen Ansprüchen besteht in Betreff der Bestimmtheit, oder besser gesagt, in Betreff der Dehnbarkeit ihres Inhalts. Die Quelle dieses Unterschieds ist die Natur der Thatfachen, durch welche die Ansprüche erzeugt werden. Es giebt Thatfachen, welche unabänderlich auf eine bestimmte Leistung als das von der Gerechtigkeit (Billigkeit) Geforderte hinweisen; die Natur anderer aber ist von der Art, daß sie den In-

§. 46. ¹ Von dieser Art ist

a) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und *extraordinaria personae* (l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16), vgl. Keller Civ. Pr. §. 81, Rudorff röm. Recht. II. §. 59;

b) die Eintheilung in actio in engerem Sinne und *interdictum* (l. 35 §. 2 D. de proc. 3. 3, l. 37 pr. D. de O. et A. 44. 7), vgl. Keller a. a. O. §. 74–76, Rudorff a. a. O. §. 53–54;

c) die Eintheilung in actio simplex und duplex, Keller a. a. O. §. 90, Rudorff a. a. O. §. 47.

² Dieser Grund macht sich geltend

a) bei den zuvor unter a) und b) aufgeführten Eintheilungen; was die unter o) genannte angeht vgl. §. 127 Note 2;

b) bei der Eintheilung in actio civilis und honoraria, actio directa und utilis, so wie bei dem Begriff der actio in factum, vgl. Keller a. a. O. §. 89, Rudorff a. a. O. §. 49. 51;

c) bei der Eintheilung in actiones populares und privatae, vgl. Keller a. a. O. §. 92, Rudorff a. a. O. §. 46.

³ Aus diesem Grunde gehört nicht hierher die Eintheilung in actiones quibus rem persouimur und poenales, ferner actiones quas vindictam continent (Keller a. a. O. §. 91, Rudorff a. a. O. §. 44), und die Eintheilung in actiones perpetuae und temporales (Keller a. a. O. §. 93, Rudorff a. a. O. §. 52). Die letztere Eintheilung ist hergenommen von der verschiedenen Dauer der (unbefriedigten) Ansprüche, die erstere setzt allen übrigen besondere Klassen der obligatorischen Ansprüche entgegen. Vgl. Windscheid die Actio re. §. 3 u. unt. §. 106. Auch Unger §. 114 Note 16.

halt des Anspruchs, welchen sie erzeugen, mehr im Allgemeinen bezeichnen, als im Einzelnen bestimmen, daß sie nur die Grundlage der Entscheidung an die Hand geben, während die Entscheidung selbst von den besondern Umständen des einzelnen Falles abzuhängen hat. Es liegt nahe, daß das Recht sich bestreben wird, seine Regel mit Rücksicht auf diese besondern Umstände genauer auszubilden; aller Umstände vorherzusehen, ist geradezu unmöglich; wie weit in der Casuistik vorgegangen werden soll, darüber wird leicht das eine Recht eine andere Ansicht haben, als das andere. — Im römischen Recht tritt nun die verschiedene Dehnbarkeit der Ansprüche in der größeren oder geringeren Weite der dem Jurex erteilten Instruction zu Tage. Unter den dehnbareren, freieren actiones werden hervorgehoben die actiones bonae fidei und arbitrariae⁴. Dieselben legen

⁴ Die actiones bonae fidei (§. 28–30 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß der Jurex angewiesen wurde, den Beklagten zu verurtheilen auf Alles, was er leisten müsse *ex fide bona*, d. h. nach Treu und Glauben, nach der unter redlichen Menschen festgehaltenen Regel (*ut inter bonos bene agier oportet*, wie es früher beim *iudicium tutelae* hieß, *Cic. de off. III. 15, Top. c. 17 i. f.*). Die arbitrariae actiones (§. 28 I. de act. 4. 6) haben ihren Namen davon, daß in ihnen der Richter auf sein *arbitrium* (*arbitratus*) verwiesen wurde. Die actiones bonae fidei sind nur obligatorische actiones, zu den arbitrariis gehören zwar auch obligatorische, vorzugsweise aber alle dinglichen. Der Gegensatz gegen die actio bonae fidei wird durch den Ausdruck *condictio* bezeichnet; heutzutage sagt man gewöhnlich *actio stricti iuris*. Dieser letztere Ausdruck wird aber in den Quellen jedenfalls nicht als technischer gebraucht (er kommt nur in einer Stelle vor, §. 28. I. de act. 4. 6, und selbst hier findet sich die Variante „*stricti iudicii*“, s. die Ausgabe von Schrader, vgl. jedoch auch l. un. C. de rei ux. act. 5. 13), und sollte um so eher vermieden werden, als er zu einer unrichtigen Auffassung der Natur des Gegensatzes zu verleiten geeignet ist. Diese Auffassung, welche namentlich von Savigny vertreten wird, geht dahin, daß es sich hier um den Gegensatz von strengem und billigem Recht handele. Das ist aber keineswegs der Fall; die Rechtsregel, nach welcher die actiones bonae fidei und die s. g. actiones stricti iuris beurtheilt werden, ist gleich streng und gleich billig, sie ist nur mehr oder weniger offen; bei dem, was man actio stricti iuris nennt, ist *strictum* nicht das *ius*, sondern das *iudicium* (der Ausdruck *actio stricti iudicii* steht in l. 5 §. 4 D. de in lit. iur. 12. 3, *strictum iudicium* in §. 30 I. de act. 4. 6 und nach einer leichten Aenderung der sinnlosen florentinischen Lesart in l. 3 §. 2 D. comm. 13. 6). Für den Anspruch z. B. aus der Stipulation ist es ebenso sehr das Angemessene, d. h. das Billige (*aequum*), daß man bei der Bestimmung seines Inhalts nicht über die Worte der Parteien hinausgeht, als es für den Anspruch

dem Juxer gar keine Schranken auf, sondern überlassen es seinem Ermessen, worauf er den Beklagten verurtheilen wolle. Freilich hat es dabei nicht sein Bewenden behalten; im Laufe der Zeit sind für dieses Ermessen durch die Jurisprudenz und Kaisergesetzgebung Rechtsregeln ausgebildet worden, welche in das Detail hineingehen, so weit es irgend wünschbar ist. Aber die Natur dieser actiones hat sich dadurch nicht geändert, es sind immer actiones geblieben, welche nicht unverrückbar auf ein von vorn herein Bestimmtes gehen, sondern auf ein nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu Bestimmendes. Und wie mit diesem actiones, verhält es sich noch heutzutage mit den durch sie bezeichneten Ansprüchen. Deswegen kann es nicht gebilligt werden, wenn jetzt allgemein gelehrt wird, daß der Gegensatz zwischen den strengen und freien actiones für das heutige Recht ohne alle Bedeutung sei. Der ihm zu Grunde liegende Gedanke hat für uns noch dieselbe Wahrheit, welche er

aus dem Kaufe das Billige ist, daß die Intention der Partheien ausgelegt werde; der römische Ausdruck hierfür ist aber der, daß dort der Juxer, um ihn zu befähigen, dem Wesen des Rechtsverhältnisses Gehülfe zu leisten, auf ein oportet vertwiefen wird, hier auf ein oportet ex fide bona. Vgl. über die bonae fidei actiones und ihren Gegensatz Savigny V. §. 218—220. 224 und Beil. XIII. XIV, Wächter Erörterungen II. 11, Keller Civ. Proz. §. 88, Windscheid die Actio ic. §. 4, Rudorff röm. R.Gesch. II. §. 40—42. — Bei den arbitrarias actiones (s. darüber Savigny II. §. 221—224, Wächter Erörter. II. 9, Keller Civ. Pr. §. 28. 67, Rudorff röm. R.Gesch. II. §. 152—154) findet sich regelmäßig noch die Eigenthümlichkeit, daß die Formula dem Juxer Verurtheilung nur für den Fall gestattet, daß der Beklagte nicht auf sein Gebot den Kläger freiwillig befriedigen sollte. Jedoch ist diese Eigenthümlichkeit weder auf die actiones arbitrarias beschränkt (Keller Civ. Pr. §. 277), noch läßt sich auch nur behaupten, daß sie bei sämtlichen vorgekommen sei. (Das sagt freilich §. 28. I. de act.; aber wie verhält es sich mit der actio de eo quod certo loco? In l. 4 §. 1 D. de eo quod certo loco 13. 4 wird die Verpflichtung des Juxer zu absolviren offenbar nur daraus hergeleitet, daß er „aquitatem ante oculos habet“, nicht aber aus einer speziellen Clause seiner Instruction. Und wie hätte sich mit der contumacia des Beklagten die Rücksichtnahme auf sein Interesse [l. 2. pr. tit. cit.] vertragen?) — Neben den actiones bonae fidei und arbitrarias werden als freie Klagen noch genannt die in aequum et bonum conceptas. Es sind diese Strafklagen, bei denen das Strafmaß in das Ermessen des Juxer gestellt ist. Vgl. Keller Civ. Pr. §. 89 Note 1117, Savigny II. §. 93—96.

für die Römer hatte⁵. Was an jenem Gegensatz für das heutige Recht ohne alle Bedeutung ist, ist nur seine Ausprägung im römischen Formularverfahren. Diese Ausprägung hat denn freilich auch auf seinen Inhalt einen Einfluß ausgeübt, welcher für uns nicht mehr maßgebend sein kann. Aus der engeren oder weiteren Anweisung des Juxer haben nämlich die Römer auch Consequenzen gezogen, welche mit der Natur der rechtserzeugenden Thatsache nicht in Verbindung stehen, und sich aus derselben nicht rechtfertigen⁶. Diese Consequenzen sind allerdings aus dem heutigen Recht auszuweisen⁷.

Die Einreden*.

§ 47.

Einem Anspruch kann eine Einrede entgegenstehen. Das will sagen: ein Anspruch ist an und für sich begründet; es sind

⁵ So erzeugen die s. g. Formalcontracte auch heutzutage noch eine s. g. actio stricti iuris, die übrigen Verträge eine actio bonae fidei, d. h. bei den Formalcontracten ist auch heutzutage noch die Berechnung der Partheien ohne Weiteres bestimmend für den Inhalt des durch sie erzeugten Anspruchs, bei den übrigen Verträgen muß erst durch Auslegung ihrer Intention der Inhalt des Anspruchs gefunden werden. Ebenso ist der Darlehnsanspruch, der Anspruch aus ungerechtfertigtem Haben, auch heutzutage noch, und aus demselben Grunde und in demselben Sinne wie bei den Römern, ein anderer Anspruch, als z. B. der Anspruch aus der Vormundschaft, der Gemeinshaft.

⁶ Auch die engere Anweisung gab dem Juxer die Möglichkeit, dem Wesen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses vollkommen gerecht zu werden; darauf war sie berechnet. Aber wie wenn von Außen her Umstände hinzutreten, welche mit selbständiger Kraft auf den Anspruch mobificirend oder hemmend einwirkten? Auf sie Rücksicht zu nehmen, war bei den engeren Klagen gerade ebenso sehr Forderung der Billigkeit, wie bei den freien; aber dem Juxer war hier die Hand durch seine Instruction gebunden. Auch in manchen anderen Beziehungen glaubte man ihm wegen der Fassung derselben eine Freiheit der Bewegung nicht gestatten zu dürfen, welche man der Sache selbst für angemessen hielt, z. B. in Betreff der Verhaftung des Schuldners für Unterlassungen. Eine Zusammenstellung der Verschiedenheiten beider Klaggattungen gibt Wächter Erörter. II. §. 48 fg.

⁷ Ueber die heutige Unanwendbarkeit derselben herrscht unter den neueren Civilisten eine fast ausnahmslose Uebereinstimmung, obgleich Wächter nicht zweifellos darüber ist, ob in dieser Beziehung von einem eigentlichen Gewohnheitsrecht geredet werden dürfe. Wächter Erörter. II. §. 112 fg., Savigny V. §. 224, Arnolds §. 100 Anm.

* Kierulff §. 175—188, Savigny V. §. 225—229, Wächter II.

alle Thatsachen vorhanden, welche das Recht für seine Entstehung verlangt, es ist keine vorhanden, an welche das Recht seinen Untergang anknüpft. Aber ein ihm entgegenstehender Umstand bewirkt, daß der Verpflichtete ihn abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann; durch diesen Umstand ist der Anspruch gehemmt¹.

Der Umstand, welcher den Anspruch hemmt, kann ein Recht oder eine Thatsache sein². Die Hemmung selbst kann eine

§. 69, 70, Keller Civ. Pr. §. 34—37, Windscheid die Actio r. §. 225—227, Unger II. §. 124—128.

§. 47. ¹ Im römischen Recht tritt, wie der Anspruch selbst als actio, so diese Hemmung des Anspruchs als Hemmung der actio auf. Die Bezeichnung dafür ist *exceptio*, eigentlich und ursprünglich: Ausnahme von dem dem Juxdy ertheilten Condemnationsbefehl. Gai. IV. 115—119, pr. 1. de exc. 4. 13, l. 2. 22 pr. D. eod. 44. 1. Nothwendig war die Einrichtung einer solchen Ausnahme in die Formel eben dann, wenn der Beklagte in seiner Vertheidigung nicht dabei stehen blieb, zu bestreiten, daß der Anspruch an und für sich begründet sei; zu untersuchen, ob der Anspruch an und für sich begründet sei, darauf wies den Juxdy bereits die *intentio* an. Wann und wie lange man sagen müsse, daß ein Anspruch an und für sich begründet sei, wo das Gebiet der indirecten Unwirksamkeit beginne, ist eine Frage, deren Beantwortung von den besonderen Bestimmungen des positiven Rechtes abhängt, und welche das eine positive Recht leicht anders beantworten wird, als das andere (man denke z. B. an den Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte). So ist die Grenze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und Einrede keine nothwendige; der Gegensatz selbst ist von der Art, daß er sich in jedem nur einigermaßen entwickelten Recht wiederfinden wird. Deswegen ist es auch sehr irrig, wenn man dem Begriff der *exceptio* alle Bedeutung für das heutige Recht hat absprechen wollen, so Albrecht die Exceptionen des gem. Civilprozesses (1835) nam. §. 9. 19, v. Wälderborff Schr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 10 (1854), vgl. auch Brinz I. §. 131. Und zwar hat dieser Begriff nicht bloß theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Der Anspruch, welcher rechtlich gar nicht vorhanden ist, muß, um vorhanden zu sein, erst erzeugt werden; während derjenige, dem nur eine Einrede entgegensteht, durch Wegfall der Einrede volle Kraft gewinnen kann, ohne daß eine Wiederholung der Thatsachen, durch welche er erzeugt wird, erforderlich wäre. Savigny v. §. 157. 158. 166—169. 179 fg., Wächter II. §. 508—511, Reinhold Schr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. §. 193—195. 199—201 (1856), Arndts Pand. §. 101 Anm. 1 (aber auch krit. Ueberschau IV. §. 238), Unger II. §. 274 fg.

² Beispiele. Nießbrauch gegenüber dem Eigenthumsanspruch, Gegenforderung gegenüber dem Forderungsanspruch — Einrede des Betrugs, *exceptio rei venditae et traditae*. Unhaltbar ist die durch Savigny zu einer weit ver-

bleibende oder eine vorübergehende³, eine vollständige oder eine nur theilweise sein⁴. Sie kann persönlicher oder unpersönlicher (sächlicher) Art sein, d. h. eine bestimmte Person des in dem Anspruch Berechtigten⁵ oder Verpflichteten⁶ voraussetzen, oder nicht voraussetzen⁷.

breiteten Anerkennung gelangte Ansicht, daß das Wesen der *exceptio* in der Geltendmachung eines der Klage entgegenstehenden selbständigen Rechtes bestehe, wenigstens wenn man unter diesem „selbständigen Rechte“ etwas Anderes verstehen will, als eben die Befugniß, die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs zu verlangen. Vgl. gegen diese Ansicht z. B. l. 1 §. 6 D. *ne quid in sum. publ.* 43. 13, und von Schriftstellern Keller proj. *Consumption* §. 93—96, Wetzell *Civilproz.* §. 17 Note 16, Windscheid die *Actio r.* §. 226. 227, Brinz I. §. 131.

³ *Exceptiones perpetuae, peremptoriae — temporales, dilatoriae.* Gai. IV. 120—122, §. 8—10 I. de exc. 4. 13, l. 2 §. 4 l. 3 D. eod. 44. 1.

⁴ Dieses letztere noch in doppelter Beziehung, entweder der Quantität nach, z. B. bei der Einrede aus dem f. g. *beneficium competentiae* (l. 7 pr. D. de exc. 44. 1), oder der Dualität nach, so daß eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, z. B. bei der *exceptio SCⁱ Macedoniani*.

⁵ L. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 3. „*Metus causa (exceptio) . . distat aliquid a doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa facit aliquid, sed an omnino metus causa factum est a quocunque, non tantum ab eo qui agit.*“ Vgl. l. 2 §. 1 eod., l. 57 §. 1 D. de pactis 2. 14.

⁶ L. 2 §. 2 D. de dol. exc. 44. 3. „*Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.*“ — *Exceptiones rei — personae cohaerentes*, l. 4 D. de exc. 44. 1; l. 57 §. 1 D. de pact. cit.

⁷ Ohne alle Bedeutung für das heutige Recht ist die Eintheilung der *exceptiones* in solche, welche auf dem Civil-, und solche, welche auf dem prätorischen Rechte beruhen (Gai. IV. 118, §. 7 I. de exc. 4. 13), ferner die Begriffe der *exceptio utilis* (l. 21 D. de praesc. verb. 19. 5) und der *exceptio in factum* (= ausführlich specificirte, nicht mit einem kurzen Namen bezeichnete *exceptio*, l. 2 §. 5 l. 4 §. 16. 32 D. de dol. exc. 44. 4). Unpractisch ist ferner auch der Begriff der f. g. *exceptio doli generalis* oder *praesentis* (*si in ea re nihil dolo malo Aⁱ Aⁱ fiat*). Diese *exceptio doli* war für die Römer nichts als ein Mittel, dem Juxdy die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen, auch ohne daß sie in der Formel speciell genannt war, denn: „*dolo facit, quicunque quod quacuna exceptione elidi potest petit*“ (l. 4 §. 5 D. de doli exc. 44. 4). Vgl. aber auch Hänel *Arch. f. civ. Pr.* XII. §. 429

Von der Einrede in dem hier erörterten Sinn des Wortes ist zu unterscheiden die Einrede im prozessualischen Sinn des Wortes. Eine Einrede im prozessualischen Sinn des Wortes ist in allen Fällen vorhanden, wo der Beklagte sich nicht darauf beschränkt, die vom Kläger aufgestellten Behauptungen zu verneinen, sondern ihnen fernerseits eine Behauptung entgegenstellt. Eine Einrede im materiellen Sinne des Wortes ist auch eine Einrede im prozessualischen Sinne des Wortes; aber nicht jede Einrede im prozessualischen Sinne des Wortes ist auch eine Einrede im materiellen Sinne des Wortes; denn die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung kann auch von der Art sein, daß damit Entstehen oder Fortbestehen des klägerischen Anspruchs an und für sich unverträglich ist⁸.

§ 48.

Der Einrede kann eine Gegeneinrede entgegenstehen. Das will sagen: die Hemmung eines Anspruchs kann durch einen ihr

(1829), Brinz I. S. 135. Eine Aufzählung von Anwendungen der *exc. doli* gibt Hänel a. a. O. S. 422 fg. Vgl. Scuff. Arch. V. 2. VI. 290. IX. 32.

⁸ Es ist eine Einrede im prozessualischen Sinne des Wortes, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß das von dem Kläger angerufene Rechtsgeschäft von einem Wahnsinnigen abgeschlossen worden sei, oder darauf, daß er das empfangene Darlehn bereits zurückgezahlt habe; aber weder in dem einen noch in dem anderen Falle liegt eine Einrede im materiellen Sinne des Wortes vor, und für das römische Recht wäre eine etwaige *exceptio furoris* eine eben so große Monstrosität, wie eine *exceptio solationis*. — Savigny (V. S. 189) hat vorgeschlagen, für die Einrede im materiellen Sinne des Wortes den römischen Ausdruck 'Exception' beizubehalten. Es steht diesem Ausdruck nichts entgegen, als daß er undeutsch ist; aber dieß ist in meinen Augen auch genug. Ich sehe in der Verwendung des deutschen Ausdrucks 'Einrede' auch für die römische *exceptio* keinen Uebelstand. In sehr vielen Fällen wird der Zusammenhang jedes Mißverständniß ausschließen; wo man glaubt, Ursache zu haben, sich gegen Mißverständniß noch besonders zu schützen, mag man sich durch einen Zusatz: im prozessualischen Sinne, prozessualische Einrede — im Sinne des materiellen Rechtes, im materiellen Sinne, im engeren Sinne, helfen. — Man könnte daran denken, den deutschen Ausdruck 'Einwand', welcher jedenfalls von der Rechtsprache noch nicht in Besitz genommen ist, zur Bezeichnung der römischen *exceptio* zu verwenden. Aber dem widerspricht der Geist der deutschen Sprache, welche diesen Ausdruck ganz allgemein für jede Entgegnung gebraucht. Vgl. auch Wächter II. §. 69 Anm. 19, Reinhold Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. ff. XIII. S. 204, Unger II. §. 124 Note 12.

entgegenstehenden Umstand in derselben Weise ausgeschlossen werden, wie der Anspruch selbst durch die Einrede ausgeschlossen wird, d. h. so, daß die Hemmung, obgleich sie fortfährt an und für sich begründet zu sein, doch nicht geltend gemacht werden kann. Ebenso kann die Gegeneinrede ihrerseits wieder durch eine ihr entgegenstehende Gegeneinrede überwunden werden, und sofort¹.

Bei den Gegeneinreden finden sich dieselben Gegensätze, die im vorigen §. von den Einreden bemerkt wurden. Ebenso gibt es, wie Einreden im prozessualischen Sinne, so auch Gegeneinreden im prozessualischen Sinne; auch in dieser Beziehung gilt das im vorigen §. von den Einreden Bemerkte².

Zweites Kapitel.

D a s R e c h t s s u b j e c t.

I. Vom Rechtssubject im Allgemeinen.

Natürliche und juristische Person. Subjectlosigkeit des Rechts.

§ 49.

Das natürliche und der Betrachtung sich zunächst darbietende Verhältniß ist, daß die Rechte und Verbindlichkeiten angeknüpft

¹ Die Gegeneinreden heißen römisch: *replicatio*, *duplicatio*, *triplicatio*. § 48. Gai. IV. 126—129, pr. — §. 3. I. de *replio*. 4. 14, l. 2. §. 1—3 l. 22 D. de *exc.* 44. l. 1. L. 22. §. 1 cit.: „*Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*“. L. 2. §. 1 cit.: — „*sed et contra replicationem solet dari triplicatio (vulg. solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio)*“. Vgl. l. 7 §. 1. 2 D. de *cur. fur.* 27. 10.

² Der Einrede (im Sinne des materiellen Rechtes) kann nicht bloß eine Behauptung entgegengesetzt werden, wodurch die hemmende Kraft der Einrede indirect geschwächt, sondern auch eine solche, wodurch geradezu ihre Existenz verneint wird, z. B. der Einrede der Compensation wird die (prozessualische) Gegeneinrede der Zahlung entgegengesetzt. — Umgekehrt kann auch der Einrede im bloß prozessualischen Sinne des Wortes eine Gegeneinrede im materiellen Sinne des Wortes entgegengesetzt werden, z. B. ein Gläubiger hat versprochen, einen dem Schuldner gewährten Schulderlaß nicht geltend machen zu wollen (*exceptio pacti* gegenüber der *acceptilatio*).

sind an einen (oder mehrere) Menschen, daß sie Rechte und Verbindlichkeiten eines (oder mehrerer) Menschen sind. Das natürliche und nächstliegende Rechtssubject ist der Mensch; denn die nächste Aufgabe der Rechtsordnung ist, die Herrschaftsgebiete der einzelnen sich gegenüberstehenden menschlichen Individuen gegen einander abzugrenzen.

Aber dieses natürliche und regelmäßige Verhältnis ist nicht das allein mögliche und das allein vorkommende. Möglich ist auch das Verhältnis, daß Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, ohne an einen Menschen als ihren Träger angeknüpft zu sein. Die hauptsächlichste Anwendung dieses Verhältnisses ist die, daß Rechte bestehen, welche die Bestimmung haben, einem gewissen Zweck zu dienen, zur Erreichung eines gewissen Zweckes verwendet zu werden, z. B. zur Erreichung des Staatszweckes, zur Pflege und Heilung von Kranken u. s. w.; in gleicher Weise können auch Verbindlichkeiten an einen solchen Zweck angeknüpft werden, so daß eine gewisse Leistung nicht von einem Menschen, sondern von Seiten der mit jenem Zweck in Verbindung gesetzten rechtlichen Macht verlangt werden darf. Aber auch da, wo die Rechte und Verbindlichkeiten nicht für einen Zweck bestimmt sind, sondern in der That für einen Menschen, kann es vorkommen, daß sie bestehen, ohne an diesen Menschen als ihr Subject angeknüpft zu sein, z. B. wenn der zum Nachlaß eines Verstorbenen Berufene die Erbschaft noch nicht angetreten hat¹.

Für das hier beschriebene Verhältnis ist nun aber noch eine doppelte Betrachtungsweise möglich. Auf der einen Seite kann und muß man sagen, daß bei demselben die Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, wie ohne Verknüpfung mit einem menschlichen Individuum, so ohne Verknüpfung mit einem Subject überhaupt. Dieser Auffassung widerstrebt jedoch ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl. Dasselbe sucht auch hier für die Rechte und Verbindlichkeiten ein tragendes Subject, und findet dasselbe (wenigstens regelmäßig) in einer künstlich,

1. C. überbies den folgenden §. und §. 52 Note 5, §. 57 a. E. Ferner 1. 12 §. 5 l. 70 §. 1 D. do usufr. 7. 1. Ein antiquirter hierher gehöriger Fall ist noch der des in Gefangenschaft gerathenen römischen Bürgers; seine Rechte gingen weder unter, noch sofort auf den Erben über.

durch Gedankenoperation, geschaffenen, vorgestellten Person. So werden die Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Staatszwecke zu dienen bestimmt sind, dem Staate zugeschrieben, diejenigen, welche zur Krankenpflege verwendet werden sollen, dem Krankenhause, die durch den Tod des bisherigen Trägers subjectlos gewordenen, auf den Erben noch nicht übergegangenen, der Erbschaft selbst u. s. w.² Eine solche künstlich geschaffene Person

² Personificationen des Unpersönlichen finden nicht bloß zu juristischen Zwecken statt; es gibt tausend und geläufige Personificationen, welche ohne alle juristische Bedeutung sind. Wenn wir z. B. von der öffentlichen Meinung sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, von dem Handel, daß er sich neue Wege suche, so machen wir die öffentliche Meinung und den Handel zu einer Person, aber deswegen nicht zu einem Rechtssubject. Welche der im Leben vorkommenden Personificationen fähig seien, Rechtssubjecte zu werden, ist eine Frage, welche nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiver Bestimmung beantwortet werden kann. Es sind aber unter den Personificationen, welche das Recht als Rechtssubjecte anerkennt, zwei Klassen zu unterscheiden. Die einen sind zunächst aus einem juristischen Bedürfnis nicht hervorgegangen, sie werden nur auch für das Recht verwerthet. So verhält es sich z. B. wenn der Staat, die Gemeinden, die Anstalten als Personen bezeichnet werden. Die Bedeutung des Staates, der Gemeinden, der Anstalten geht darin nicht auf, Rechtssubjecte zu sein; umgekehrt ist für sie das Haben und Erwerben von Rechten und Verbindlichkeiten nur Mittel zum Zweck. Die zweite Klasse von juristischen Personificationen wird lediglich zu dem Ende gebildet, um für sonst subjectlose Rechte und Verbindlichkeiten ein Subject zu gewinnen, wie z. B. wenn die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen seiner Erbschaft zugeschrieben werden. Die Erbschaft wird hier zur Person gemacht; aber dieser Person wird keine andere Bedeutung, keine andere Lebensfunction zugeschrieben, als eben die, jene Rechte und Verbindlichkeiten zu haben, einen Mittelpunkt für sie und den aus ihnen hervorgehenden neuen Erwerb zu bilden. Was die zweite Klasse der juristischen Personificationen angeht, so ist der Zweifel erlaubt, ob es nicht zweckmäßiger sei, sie in der juristischen Theorie ganz zu ignoriren, die ihnen zugeschriebenen Rechte und Verbindlichkeiten lieber geradezu als subjectlose darzustellen. Wollte man aber diese Betrachtungsweise auch bei den juristischen Personificationen der ersten Klasse durchführen (wie das wirklich will Brinz S. XI. u. 172, unter Beifall von Demelius die Rechtsfiction S. 85 u. namentlich Jahrb. f. Dogm. IV. 2 [1860], vgl. dagegen Arnolds krit. Vierteljahrsh. I. S. 93 fg.), so würde man sich mit feststehenden, und auf keiner Unklarheit des Denkens beruhenden Anschauungen des Lebens in Widerspruch setzen, und das soll die juristische Theorie nicht. So wenig wie der Staat u. überhaupt eine „Vogelscheuche“ ist (vgl. Bluntschli krit. Vierteljahrsh. I. S. 494—500), so wenig ist er es als Rechtssubject. Vgl. auch Fitting krit. Vierteljahrsh. I. S. 585. Das

wird mit einem hergebrachten, nicht glücklich gewählten Ausdruck juristische Person genannt², im Gegensatz des Menschen, welcher von der Natur mit Persönlichkeit begabt ist. Eine bessere

ist freilich auf der anderen Seite mit gleicher Entschiedenheit auszusprechen, daß auch für diesen Fall die Annahme einer Person nicht etwa eine begriffliche Nothwendigkeit ist, als wäre das Bestehen von Rechten und Verbindlichkeiten ohne tragendes Subject gar nicht denkbar. Man hat das behauptet, aber ohne allen Grund. Vgl. über diese Frage Kuntze die Obligation S. 59 u. §. 95 und Inhaberpapiere S. 234, Unger krit. Uebersch. VI. S. 160—171, Dvorzaf in Haimert's Anst. Vierteljahrshr. VIII. Litter. Anz. S. 51—53, und auf der anderen Seite Windscheid die Actio r. S. 234 fg. u. krit. Ueberschau VI. S. 219—221, Köppen die Erbschaft §. 1, Demelius die Rechtsfiction S. 79. 82. 85 und in dem oben angeführten Aufsatz passim. S. auch die in Note 1 citirten Stellen.

Person nennen wir das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum. Die s. g. juristischen Personen sind persönlich gedachte Nichtpersonen; daß sie als Personen gedacht werden, beruht auf einem der Menschennatur inwohnenden Zuge, und nicht auf einer Vorschrift des Rechts; insofern kann man sie sogar zu den natürlichen Personen rechnen (vgl. Kuntze Selbstb. krit. Zeitschr. V. S. 359—365). Allerdings werden nun die Ausdrücke Person und Persönlichkeit vielfach auch in einem anderen Sinne gebraucht (nicht immer, wie es scheint, mit einem klaren Bewußtsein dieses Gegensatzes). Man versteht unter Person auch das vom Rechte mit der Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, ausgestattete Individuum, unter Persönlichkeit die Fähigkeit, Rechtssubject zu sein, so daß also Persönlichkeit gleich Rechtsfähigkeit ist. In diesem Sinne sind die juristischen Personen freilich juristische Personen; aber der Mensch ist es nicht minder, denn auch er hat Rechtsfähigkeit nur, weil und insofern sie ihm vom Rechte verliehen ist. Vgl. Kuntze die Obligation S. 377. — Die Römer verstehen unter persona (über die Ableitung des Wortes s. Gell. Noct. Att. V. 7 und Böcking I. §. 30 Note 3) nicht Rechtssubject, sondern Person im nichtjuristischen Sinne des Wortes, so daß sie z. B. keinen Anstand nehmen, von einer persona servi zu reden (l. 86 §. 2 D. de leg. I. 30, l. 215. D. de V. S. 50, l. 22 pr. D. de R. I. 50. 17). Für das, was wir juristische Person nennen, haben sie keine Bezeichnung, sondern sagen, Etwas werde wie eine Person behandelt (l. 22 D. de fidei. 46. 1), oder nennen es geradezu persona (l. 9 §. 1 D. quod motus causa 4. 2, in welcher Stelle die Corporation der „singularis persona“ entgegengesetzt wird, vgl. „persona publicae“ und „persona coloniae“ bei Agg. Urb. und Frontin., röm. Feldmesser ed. Lachmann p. 16. 54). Wenn es in Nov. Theod. XVII. 1 §. 2 und bei Cassiod. Var. VI. 8 von den Sklaven heißt: „personam non habentes“, „personam legibus non habentes“, so soll damit, wie der Zusammenhang deutlich zeigt, lediglich ihre Unfähigkeit, vor Gericht aufzutreten, bezeichnet werden, so daß die Nebenweise nur das „legitimum personam (standi) in iudicio“ der rubr. Cod. 3. 6 wiedergibt, wo per-

Bezeichnung ist 'fingirte Person'⁴, eine noch schlechtere, früher viel gebrauchte 'moralische Person'. Auch der Ausdruck 'mystische Person' findet sich wohl.

Unbestimmtheit des Rechtssubjects.

§ 50.

Die Verknüpfung der Rechte und Verbindlichkeiten mit einem, leiblich existirenden oder nur vorgestellten, Rechtssubject erfolgt regelmäßig in der Weise, daß sie einem bestimmten Subject zugeschrieben werden. Sie kann aber auch in der Weise erfolgen, daß als Subject derselben jede Person bezeichnet wird, welche in ein gewisses Verhältnis, z. B. Besitz oder Eigenthum einer Sache, hineintritt¹. Diesem Falle ähnlich, aber doch wohl von demselben zu unterscheiden, ist der Fall, wo an die wechselnden Personen nicht sowohl das Recht selbst, als vielmehr nur die Ausübung desselben angeknüpft ist, was ebenso auch bei der Verbindlichkeit denkbar ist. Insofern in diesem Falle für das Recht und die Verbindlichkeit nicht durch Personification ein künstliches Subject geschaffen wird, müssen sie wieder als subjectlos bezeichnet werden².

Mehrheit der Rechtssubjecte*.

§ 51.

Die Rechte und Verbindlichkeiten können auch angeknüpft sein an eine Mehrheit von Subjecten. Es ist dieß nicht möglich

sona nichts bezeichnet als Rolle, Function; es heißt her personam habere, wie es sonst heißt: personam ferro, gerere, sustinere, tuori, capere, recipere; bei Theophilus zu §. 2 I. de her. inst. und pr. I. de stip. serv. wird der Sklave ἀρρόσωπος in dem Sinne genannt, daß er als Er nicht in Betracht komme, sondern „ἐκ τοῦ οὐκ εἶναι χαρὰ τὴν ἡλικίαν δεσπότου“.

⁴ Wenn man den Menschen die natürliche Person nennt, so bildet den Gegensatz nicht die juristische, sondern die nur vorgestellte, in Gedanken künstlich geschaffene, also fingirte Person. v. Scheurl (Beiträge I. S. 5—11) will nur diejenigen künstlichen Personen, welche keinen andern Zweck haben, als den, Rechtssubject zu sein, fingirte Personen genannt wissen, die übrigen juristische.

¹ Beispiele: Grunddienstbarkeiten, Reallasten, Obligation aus dem Zwange. §. 50. Vgl. Savigny II. §. 103.

² Vgl. §. 57 Note 10.

* Vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII. S. 162 fg. 181 fg. (1844) und Handbuch II. §. 75, Savigny Obl. R. I. §. 30 fg., Unger I. §. 67.

bei allen Rechten, namentlich nicht bei den Familienrechten; bei denjenigen, bei welchen es möglich ist, kommt es noch in einer doppelten Weise vor. Entweder so, daß jedes Subject die Fülle des Rechtes hat und keines dem anderen in der Ausübung desselben hindernd in den Weg treten darf; ebenso bei der Verbindlichkeit, daß dieselbe gegen jedes Subject geltend gemacht werden kann, ohne daß das in Anspruch genommene Subject berechtigt wäre, den Mitverbundenen zur Mitleidenschaft zu ziehen¹. Oder die mehreren Subjecte haben das Recht und die Verbindlichkeit zusammen, so daß sie nur durch und gegen Alle in Bewegung gesetzt werden können, und zwischen ihnen dem Werth nach getheilt sind². Von dem letzteren Falle ist wohl der zu unterscheiden, wo ein Recht oder eine Verbindlichkeit sich unter mehrere Subjecte in der Weise spaltet, daß jedes Subject ein besonderes für sich bestehendes Recht, oder eine besondere für sich bestehende Verbindlichkeit hat, wie z. B. die Obligation des Erblassers unter die mehreren Erben; das Recht und die Verbindlichkeit sind hier nicht dem Werth, sondern der Substanz nach getheilt, eine Mehrheit der Subjecte für ein und dasselbe Recht, eine und dieselbe Verbindlichkeit ist in der That nicht vorhanden. Von Theilung und Theilbarkeit der Rechte spricht man in dem einen und dem anderen Fall.

II. Der Mensch als Rechtssubject.

A. Beginn und Ende der menschlichen Persönlichkeit.

§. 52.

Der Mensch ist fähig, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechtssubject zu sein, er ist rechtsfähig, von dem Augenblicke seiner Existenz an. Beginnt aber die Existenz des Menschen erst mit der Geburt, oder schon mit der Erzeugung? Die Auffassung des römischen Rechts ist folgende. Das Kind im Mutterleib als solches ist noch nicht Mensch³; wird es aber als rechts-

§. 51. ¹ Beispiel: Correalobligation.

² Beispiel: Miteigenthum.

§. 52. ¹ L. 9 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2 — „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur“. L. 1 §. 1 D. de inspici. ventre 25. 4.

fähiger Mensch geboren, so wird, was seine eigene rechtliche Lage angeht², seine Existenz gerechnet nicht erst von der Zeit der Geburt, sondern bereits von der Zeit der Erzeugung an³. Fallen daher dem Kinde im Mutterleibe Rechte an, so kann es dieselben, da es noch nicht Mensch, und folglich nicht rechtsfähig ist, zwar einstweilen nicht erwerben; von der anderen Seite ist der Anfall aber auch nicht nichtig, wenn es nur hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird; die Rechte gelten dann als einem rechtsfähigen Subjecte anerfallen⁴: Bis zur Geburt bestehen sie einstweilen als subjectlose fort, und nur in ungenauer Redeweise können sie jetzt schon als Rechte des Kindes bezeichnet werden⁵.

Durch die Geburt wird nicht nothwendig eine menschliche Persönlichkeit und folglich ein Rechtssubject hervorgebracht. Damit

² „Cum de ipsius iure quaeritur“, l. 231 D. de V. 8. 50. 16. In l. 7 D. de statu hom. 1. 5 heißt es: „quoties de commodis ipsius partus quaeritur“. Aber vgl. l. 48 §. 5 D. de fart. 47. 2 (wird an einer schwangeren Sclavin ein furtum begangen, so ist das von ihr geborene Kind res furtiva). Der Gegensatz, welchen die l. 7 cit. hervorheben will, ist der, daß, wo die Existenz eines Menschen einem Anderen einen rechtlichen Vortheil bringt, diese Existenz erst von der Zeit der Geburt an gerechnet werden dürfe. Sie denkt hauptsächlich, wenn nicht allein, an die durch die Gesetzgebung der ersten Kaiserzeit an das Kinderhaben angeknüpften Belohnungen und Straffreien. Vgl. Savigny II. §. 4—6, Dernburg Pfandrecht I. §. 446 fg.

³ In den Quellen heißt es schlechtthin: der Ungeborene wird als bereits geboren angesehen (s. die in der vorigen Note citirten Stellen), — ungenau; denn wird er nicht als rechtsfähiger Mensch geboren, so ist er auch nach rechtlicher Betrachtung nie Mensch gewesen. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. „Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto“.

⁴ L. 30 §. 1 D. de acq. her. 29. 2, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 3. 4 D. si pars her. 5. 4.

⁵ §. 2 I. de her. inst. 2. 14: „servus eius qui in utero est“. Nichtig drückt sich l. 3 D. si pars her. 5. 4 aus: „antiqui libro ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent“. Ruberff (zu Puchta §. 114 b.) erklärt den Ungeborenen für eine juristische Person. Daraus würde folgen, daß er erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlore. Vgl. auch Köppen die Erbsch. §. 46.

es der Fall sei, ist nothwendig, daß das Geborene menschliche Bildung habe⁶, lebendig⁷ und keine Fehlgeburt sei⁸.

§. 53.

Die menschliche Persönlichkeit endet mit dem Tode; der Gestorbene ist nicht mehr rechtsfähig, wie der Ungeborene es noch nicht ist.

Entsteht Streit darüber, ob ein Mensch noch lebe oder nicht, so muß den Tod beweisen, wer sich auf den Tod, das Leben, wer sich auf das Leben beruft. Verschollene gelten aber nach heutigem gemeinen Gewohnheitsrecht als gestorben, sobald seit ihrer Geburt 70 Jahre verfloßen sind; der größeren Sicherheit wegen wird noch eine Edictalcitation erlassen, und daß sie keinen Erfolg gehabt habe, durch eine Erklärung des Gerichtes ausgesprochen (s. g. Todeserklärung)¹. Von der anderen Seite aber gilt der Verstorbene bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt auch

⁶ L. 14 D. de statu hom. 1. 5, 1. 3 i. f. C. de post. 6. 29, 1. 12 §. 1 D. de lib. 28. 2. Vgl. 1. 44 D. de rel. 11. 7.

⁷ L. 3 C. de post. 6. 29, 1. 12 pr. D. de lib. 28. 2, 1. 129 D. de V. 8. 50. 16. Scuff. Archiv II. 124.

⁸ L. 2 C. de post. 6. 29, vgl. Paul. R. S. IV. 9. §. 1. 6. Daß abgesehen hiervon der Geborene, um rechtsfähig zu sein, auch lebensfähig sein müsse, ist vielfach behauptet worden, läßt sich aber nicht nachweisen. Puchta §. 114 d.; Savigny III. Weil. III., Rengerow I. S. 75—77.

§. 53. ¹ Vgl. über diese Lehre jetzt vor Allem die treffliche und erschöpfende Abhandlung von Bruns Jahrb. d. gem. R. 1. 5 (1857). Das römische Recht half, abgesehen von einigen besondern Bestimmungen, durch die Erwägung der Wahrscheinlichkeit im einzelnen Fall. Bruns a. a. O. S. 92—122. Daß das vollendete 70. Jahr das entscheidende sei, hat sich erst im 18. Jahrh. festgestellt, auf Grund von Palm 90 R. 10. Bruns S. 174 fg. Auch der Zeitpunkt des Todes wird durch das vollendete 70. Jahr bestimmt; die s. g. Todeserklärung hat nur declaratorische Wirkung. Bruns S. 176—186. 198—201. Darüber wie zu es halten sei, wenn der Verschollene zur Zeit des Verschwindens das 70. Jahr bereits zurückgelegt hatte, hat sich bei der Seltenheit des Falles eine feste Meinung weder in Theorie noch Praxis bilden können; ein Urtheil der Leipziger Juristen-Facultät von 1748 geht auf da (in der früheren Zeit vielfach als überhaupt entscheidend festgehaltenes) 100. Jahr zurück. Bruns S. 186. 187. 201. — Es können aber auch schon vor dem Ablauf des bezeichneten Termins die nächsten Erben des Verschollenen Auslieferung seines Vermögens zu vormundschaftlicher Verwaltung gegen Caution begehren. Bruns S. 189—192 (vgl. S. 126—132. 140—147. 152—168).

als lebend, so daß sein Leben nicht weiter bewiesen zu werden braucht².

Wie den Tod eines Menschen beweisen muß, wer sich auf denselben beruft, so den Zeitpunkt des Todes, wer sich darauf beruft, daß Jemand zu einem bestimmten Zeitpunkt gestorben sei. Dieß gilt namentlich für den Fall, wo Rechte darauf gegründet werden, daß von zwei Menschen einer den anderen überlebt habe, einer zu Lebzeiten des anderen gestorben sei. Ist es nicht möglich, den Beweis dieser Thatsache zu erbringen, so können die betreffenden Rechte auch nicht in Anspruch genommen werden³. Nur wenn Aeltern und Kinder zusammen umgekommen sind, hilft das römische Recht durch die Präsumtion, daß die geschlechtsreifen Kinder die Aeltern überlebt haben, die nicht geschlechtsreifen vor ihnen gestorben seien⁴.

² Bruns S. 123. 124. 140—142. 167—174. 193—196. Doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht (also: der Sinn der Präsumtion sei nur, nach dem 70. Jahre lebe der Verschollene nicht mehr, nicht auch, bis dahin lebe er) namentlich durch die Ausführung von Cropp (Heise und Cropp jur. Abhandl. II. 5 (1830)) in Theorie und Praxis zu mannichfacher Anerkennung gelangt. Bruns S. 195. Vgl. Scuff. Archiv I. 160. III. 298. V. 31. VII. 356. IX. 254. 310. XII. 1.

³ L. 16—18 1. 9 §. 3 D. de reb. dub. 34. 5, 1. 8 eod., 1. 26 D. de mort. e. don. 39. 6, 1. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, 1. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1 (eine andere Auffassung in 1. 9 pr. D. de reb. dub. 34. 5, 1. 34 pr. 1. 42 pr. D. de vulg. 28. 6).

⁴ L. 9 §. 1. 4 1. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, 1. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Die Präsumtion gilt aber nicht unbedingt: 1. 17 §. 7. ad SC. Treb. 36. 1 (1. 9 §. 2 D. de reb. dub. 34. 5). Mühlentbruch (Arch. f. civ. Pr. IV. 27 (1821)) will sie auch bei anderen Personen anwenden. Diese Ansicht ist zu verwerfen, da kein sicherer Anhaltspunkt für eine analogische Ausdehnung gegeben ist. Aus demselben Grunde darf auch das Erforderniß des zusammen, d. h. durch dieselbe Thatsache, Umgekommenseins nicht nachgelassen werden. A. M. sind in dieser letzteren Beziehung (namentlich auch mit Berufung auf 1. 11 pr. D. de B. P. s. t. 37. 11, welche Stelle aber von unserer Präsumtion nicht spricht) Mühlentbruch a. a. O. S. 397—399, Rieruff S. 92, Böcking I. §. 32 Note 11, Arndts §. 27 Num. 1. Dagegen das Urtheil bei Scuffert II. 25.

II. Rechtlich in Betracht kommende Verschiedenheiten der Menschen.

Geschlecht, Alter, Gesundheit.

§. 54.

Die Verschiedenheit des Geschlechts begründet regelmäßig eine Verschiedenheit der privatrechtlichen Beurtheilung nicht¹. Doch sind Weiber auf der einen Seite zu bestimmten Rechtsverhältnissen unfähig, wie z. B. zur Vormundschaft, auf der anderen Seite werden sie in einigen Fällen milder beurtheilt, als die Männer, wie z. B. bei dem Eintreten in eine fremde Schuld². Ein Zwittergeschlecht erkennt das römische Recht nicht an^{2a}.

Größere Bedeutung hat die Verschiedenheit des Alters. Namentlich kommt in Betracht das jugendliche Alter, weniger das Greisenalter³, jenes hauptsächlich als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit (§. 71). In dem jugendlichen Alter ist aber noch zu unterscheiden: 1) die Zeit der Kindheit⁴, d. h. bis zum vollendeten 7. Jahre⁵; 2) die Zeit der Geschlechtsunreife⁶,

§. 54. ¹ Dapfer I. 196 pr. D. de V. S. 50. 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur“. L. 1. eod. „Verbum hoc si quis tam masculos quam feminas complectitur“. Vgl. I. 52 eod. Daß nicht auch umgekehrt, wenn in gesetzlichen Bestimmungen vom weiblichen Geschlecht die Rede ist, die Bestimmung auf das männliche Geschlecht erstreckt werden darf, ist deswegen nicht weniger sicher, weil I. 45 pr. D. de leg. II. 31 von gesetzlichen Bestimmungen nicht spricht.

² Ein allgemeines Princip versucht aufzustellen I. 2 pr. D. de R. I. 50. 17; vgl. I. 9 D. de statu hom. 1. 5. — Das ältere römische Recht beschränkte die Frauen auch in der Handlungsfähigkeit (Ulp. XI. 27, Gai. I. 189—192), ebenso das ältere deutsche Recht. Von letzterem hat sich in Deutschland particularrechtlich Manches erhalten.

^{2a} L. 10 D. de statu hom. 1. 5.

³ L'hibaut über die Senectus. Arch. f. civ. Pr. VIII. 2 (1825).

⁴ Infantia; infans, is qui fari non potest. Vgl. hierüber und über das Folgende Savigny III. §. 107—111.

⁵ L. 18 pr. C. de iure del. 6. 30, I. 1 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7.

⁶ Impubertas - pubertas, impubes - pubes. Der impubes heißt insofern er unter Vormundschaft steht pupillus (Wänbel). Auch die Ausdrücke prima, secunda aetas kommen vor, z. B. I. 30 C. de ep. aud. 1. 14. In der deutschen Rechtsprache wird die pubertas gewöhnlich als Mündigkeit bezeichnet;

welche nach der Annahme des römischen Rechts beim männlichen Geschlecht mit dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Jahre aufhört⁷; 3) die Zeit der Minderjährigkeit⁸, d. h. bis zum vollendeten 25. Jahre⁹. Minderjährige können nach zurückgelegtem 20. bez. 18. Jahre durch den Regenten für volljährig erklärt werden, ohne dadurch in allen Beziehungen den Volljährigen gleichgestellt zu werden¹⁰.

Was den Zustand der Gesundheit angeht, so ist von rechtlicher Bedeutung namentlich die Störung der geistigen Gesundheit, der Wahnsinn, hauptsächlich als Grund der Ausschließung der Handlungsfähigkeit. Die verschiedenen Formen des Wahnsinns¹¹ begründen eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht¹². Dagegen ist vom Wahnsinn die bloße Unentwickeltheit der geistigen Kräfte wohl zu unterscheiden¹³.

mit Unrecht, denn es ist dieß „weber mit der Sprache des gemeinen Lebens, noch mit der Terminologie unserer älteren Gesetze übereinstimmend“. Kraut Vormundsch. I. S. 254.

⁷ Pr. I. quib. mod. tut. 1. 22, I. 3 C. quando tut. 5. 60. Das zurückgelegte 18. Jahr wird plena pubertas genannt in §. 4 I. de adopt. 1. 11, I. 40 §. 1 D. eod. I. 7; vgl. I. 14 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. Der Ausdruck 'proximus pubertati' geht, wie der entsprechende 'proximus infantiae', auf eine bestimmte Altersstufe nicht.

⁸ Minor-maior aetas; minores XXV. annis-maiores XXV. annis, aber auch, und zwar gewöhnlich, schlechthin minores-maiores. Die maior aetas heißt auch legitima aetas, z. B. I. 5 C. quando dies 6. 53, weil die Festsetzung dieser Altersgränze auf einer lex (Plastoria) beruht. Im Deutschen wird der Gegensatz zur Minderjährigkeit durch die Ausdrücke: Großjährigkeit, Volljährigkeit bezeichnet.

⁹ L. 1 pr. §. 1 D. de min. 4. 4.

¹⁰ Der lateinische Ausdruck für Volljährigkeitserklärung ist venia aetatis. L. 2. 3 C. qui veniam 2. 45.

¹¹ In den Quellen wird unterschieden der furiosus und der mento captus (demens), I. 25. C. de nupt. 5. 4, I. 8 §. 1 D. de tut. et cur. 26. 5.

¹² Für einen einzelnen Fall ausdrücklich anerkannt in I. 25 C. de nupt. 5. 4. Deswegen werden auch wohl die verschiedenen Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht, z. B. I. 7 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10. Der den Quellen geläufigste Ausdruck ist: furiosus.

¹³ L. 2. D. de post. 3. 1.

Religiöses Bekenntniß; Staatsangehörigkeit; Hausunterthänigkeit.

§. 55.

Was die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses angeht, so finden die Nachtheile, welche das römische Recht über Ketzer und Apostaten auch in Betreff ihrer bürgerlichen Rechtsstellung verhängte¹, heutzutage in Deutschland keine Anwendung mehr². Die Unfähigkeit der Juden zur Ehe mit Christen, welche das römische Recht ausspricht³, gilt auch heutzutage gemeinrechtlich in Deutschland⁴.

Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Fremden, welche sich im früheren römischen Rechte findet, hat bereits im Justinianischen fast alle Bedeutung verloren⁵. Aus dem heutigen gemeinen Recht Deutschlands ist sie ganz verschwunden⁶.

Die weit gehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit, welcher die Hauskinder nach dem älteren römischen Rechte unter-

§. 55. 1 Cod. 1. 5 de haereticis et Manichaeis, 1. 7 de apostatis, 1. 11 de paganis.

² Durch den Westphälischen Frieden (J. P. O. V. §. 35) und die deutsche Bundesacte (Art. 16) ist den Bekennern der (drei) christlichen Religionsparteien der Genuß aller bürgerlichen Rechte gewährleistet. Die Anwendung der römischen Bestimmungen auf die anderen religiösen Bekenntnisse ist als durch die Praxis beseligt anzusehen.

³ L. 6 C. de Iud. 1. 9.

⁴ Walter Kirchenr. §. 300, Richter Kirchenr. §. 261. Einige Beschränkungen der bürgerlichen Rechtsstellung der Juden haben Reichsgesetze hinzugefügt, J. B. R. A. 1531 §. 79, R. P. D. 1577 Tit. 20 §. 4. Die deutsche Bundesacte (Art. 16) hat den Juden nur versprochen, in Betracht ziehen zu wollen, wie denselben „der Genuß der bürgerlichen Rechte . . . verschafft und gesichert werden könne“.

⁵ Die römischen peregrini, welche Rechtsfähigkeit nur nach ius gentium, nicht nach ius civile hatten, gehörten einem fremden Volke, aber nicht nothwendigerweise einem fremden Staate an. Dem Justinianischen Rechte erscheint es als die entschiedene Regel, daß die Angehörigen des römischen Staates auch Angehörige des römischen Volkes seien, und der römische Staat reichte so weit, wie die civilisirte Welt.

⁶ Das Institut des Abschusses ist nicht gemeinrechtlich, und wenig practisch. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Wittermaier I. §. 111, Beseler I. S. 347. 348.

lagen, ist im Justinianischen bis zur Unkenntlichkeit zusammengeschrumpft⁷.

Die bürgerliche Ehre*.

§. 56.

Das römische Recht kennt eine doppelte Art der Ehrenminderung.

1. Ehrenminderung kraft der öffentlichen Meinung. Dieselbe

⁷ Hauskinder konnten nichts Eigenes haben; was sie erwarben, erwarben sie nicht für sich, sondern für ihren Gewalthaber. Im Justinianischen Rechte ist davon übrig geblieben, daß sie nicht für sich erwerben, was aus dem Vermögen des Gewalthabers an sie gelangt; nun ist nicht mehr ihre Rechtsfähigkeit beschränkt, sondern in einer einzelnen Beziehung ihre Erwerbsfähigkeit. Außerdem ist ihre Dispositionsfähigkeit insofern beschränkt, als sie über gewissen Erwerb kein Testament machen können. Ueber die Ansicht derer, welche auch für das ältere Recht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben wollen, s. Böcking Inst. §. 45, v. Scheurl Beiträge I. S. 234, Arndts §. 28 Anm. 3.

⁸ Nach römischer Rechtsanschauung wurde durch den Verlust der Civität, des Hauses (der familia), und drittens der Freiheit eine juristische Umgestaltung der Persönlichkeit hervorgebracht. Dieselbe heißt capitis diminutio, und hatte selbständige (von dem Inhalt der Thatfachen, durch welche sie hervorgebracht wurde, unabhängige) Wirkungen. Für uns hat die Lehre von der capitis diminutio keine Bedeutung mehr; denn der Verlust der Freiheit ist bei uns nicht mehr möglich, Verlust der Staatsangehörigkeit privatrechtlich gleichgültig, was aber die durch den Verlust des Hauses begründete capitis diminutio angeht, so sind (wenn man auch darüber hinwegsehen will, daß wir heutzutage etwas der römischen familia Entsprechendes nicht haben) die Wirkungen derselben theils schon im Justinianischen, jedenfalls aber im heutigen Rechte beseitigt. (Der Verlust der Agnation ist nicht Wirkung der o. d., sondern das sie Begründende. Ueber den Untergang der Schulden s. §. 116 Note 2). Vgl. über die o. d.: Savigny II. §. 68—75 u. Beilage VI, Puchta Instit. II. §. 220, Wangerow I. S. 82 fg., Böcking Inst. I. §. 58, v. Scheurl Beiträge I. 9. — In früherer Zeit unterschied man: 1) status civiles, a) libertatis, b) civitatis, c) familiae; 2) status naturales (sexus, aetatis etc.) Das Verwirrendste dabei war, daß man die römische familia mit der heutigen Familie identificirte.

* Marezoll die bürgerliche Ehre (1824), Savigny II. §. 76—83 u. Beilage VII.

hat Einfluß auch auf die privatrechtliche Behandlung des Menschen; jedoch ist dieser Einfluß nicht von umfassender Art¹.

2. Ehrenminderung kraft Rechtsfases, unter dem technischen Namen *infamia*². Ihre Quelle ist das prätorische Edict, an welches sich ergänzende kaiserliche Verordnungen angeschlossen haben³. Auch von dem canonischen Recht und der Reichsgegebung wird sie noch anerkannt⁴. Wenn aber nach ihrer heutigen Anwendbarkeit gefragt wird, so ist vor allen Dingen festzuhalten, daß jede juristische Ehrlosigkeit ihre hauptsächlichste Bedeutung in dem Einflusse auf die öffentliche Meinung hat, welchen der unmittelbare Ausdruck des Gesetzes über den moralischen Werth und Unwerth eines Menschen bei regelmäßigen Verhältnissen auszuüben nie unterlassen wird. Diese Bedeutung kann der römischen Infamie heutzutage schon deswegen nicht zukommen,

§. 56. ¹ Die hauptsächlichste hierher gehörige Bestimmung ist, daß für Geschwister durch Vorziehung einer bescholtenen Person ein Recht zur Anfechtung des Testaments begründet wird. Außerdem kommt die Bescholtenheit namentlich auch da in Betracht, wo der Richter überhaupt auf eine freie Würdigung der Person angewiesen ist, z. B. bei der Bestellung eines Vormundes.

² Die nicht auf Rechtsfaz beruhende Ehrenminderung hat keinen technischen Namen; sie wird *ignominia*, *turpitude*, *nota* genannt. Die Neueren nennen sie *infamia facti*, und stellen ihr die auf Rechtsfaz beruhende als *infamia iuris* entgegen.

³ L. 5 §. 2 D. de extraord. cogn. 50. 13. „*Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeus fastibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae odicto perpetuo infamiae causa enumeratur*“. Das praetorische Edict in l. 1 D. de his qui notantur infamia 3. 2. Vollständige Aufzählung der Gründe der Infamie bei Savigny §. 77, Buchta §. 120, Arndts §. 31 Anm. 1, Bangerow §. 47 Anm. Die neueren unterscheiden *infamia immediata*, d. h. die unmittelbar in Folge einer gewissen Thatsache oder Lebensweise, und *infamia mediata*, d. h. die erst in Folge einer richterlichen Verurtheilung eintretende Infamie.

⁴ c. 2 C. 6 qu. 1. „*Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant*“. Die R. D. von 1512 Tit. 1 §. 2 schließt vom Notariat aus die „*ehrlos infamos genandt*“. Andere Reichsgesetze führen die Ehrlosigkeit als Strafe gewisser Vergehen neu ein, so P. O. Art. 107. 122, R. A. 1581 §. 86, R. S. 1668. 1670. 1731 (Sammlung der Reichsabschiede IV. S. 56. 72. 379), vgl. auch Auth. Frid. I. *Habita* C. de alius pro patre 4. 13 und Auth. Frid. II. *Agricultores* C. quae res pignori 8. 17.

weil die sie verhängenden Bestimmungen nur wenigen Gelehrten bekannt sind, nicht aber dem Volke. Fragt man also nach der heutigen Anwendbarkeit der römischen Infamie, so ist der Sinn der Frage nicht der, ob auch heutzutage noch für ehrlos zu erachten sei, wer durch jene Bestimmungen für ehrlos erklärt wird, sondern, ob der durch sie für ehrlos Erklärte noch fortwährend den mit dieser Ehrloserklärung in Verbindung gebrachten Nachtheilen unterliege. Diese Frage ist aber für das, hier allein in Betracht kommende, Privatrecht müßig, da sich unter jenen Nachtheilen privatrechtliche bereits nach Justinianischem Rechte nicht mehr befinden⁵. Die Nachtheile, welche das einheimische Recht an die Ehrlosigkeit anknüpft, beziehen sich auf einen Begriff

⁵ Die an die *infamia* im Justinianischen Rechte angeknüpften Nachtheile sind folgende. a) Der *infamis* wird zum *postulare pro aliis* nur in beschränktem Maße zugelassen, l. 1 §. 7. 8 D. de post. 3. 1, bestätigt durch das canonische Recht: c. 2 C. 3 qu. 7. Das *postulare pro aliis* bildet nach späterem römischen Recht den Inhalt eines Amtes, des Amtes des Advocaten. Auch heutzutage ist die Advocatur regelmäßig ein vom Staate übertragenes Amt. b) In gleicher Weise ist der *infamis* unfähig zur Prozessprocuratur. Auf diese Unfähigkeit konnte sich früher auch der Gegner berufen; Justinian hat das aufgehoben (§. 11 I. de exc. 4. 13), und wenn das canonische Recht jene Unfähigkeit wiederholt ausgesprochen hat (c. 2 C. 3 qu. 7), so ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß es in dieser Beziehung das römische Recht habe reformiren wollen, so daß sich auch aus ihm nur ein Remotionsrecht des Richters herleiten läßt. Auch die Prozessprocuratur ist übrigens heutzutage vielfach ein vom Staate übertragenes Amt. c) Ausschluß von dignitates und honores, welcher jedoch nicht bloß für *infamos*, sondern für übelbeleumdete Personen überhaupt gilt, l. un. C. de infam. 10. 57, l. 8 C. de decur. 10. 31, l. 2 C. de dignit. 12. 1. Die R. D. Tit. 1 §. 2 hat hinzugefügt, daß den *infamos* das Notariat nicht übertragen werden soll. Ueber die behauptete Unfähigkeit der *infamos* zum Zeugniß s. Savigny III. S. 222. — Hiernach reducirt sich die Frage, ob die Nachtheile der *infamia* heutzutage fortbauern, auf die Fragen: ob sie Grund des Ausschlusses von einem öffentlichen Amte (mit Einschluß der Advocatur, Procuratur und des Notariats) ist, und: ob, wo Advocatur und Procuratur Amt nicht sind, der Richter befugt ist, den *infamia* von diesen Thätigkeiten auf eigene Hand zu removiren. Beides sind nicht privatrechtliche Fragen. Sollen sie übrigens beantwortet werden, so ist in Betreff der letzteren zu sagen, daß dem Richter das Recht der freien Cognition über die Zulassung von Personen, welche nicht in eigenem Namen vor ihm auftreten, überhaupt nicht bestritten werden darf, in Betreff der ersteren aber, daß die Fähigkeit und Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern sich nur nach dem öffentlichen Recht des betreffenden Staates bestimmen kann.

der Ehrlosigkeit, für welchen die römische Lehre von der Insamie, wenn sie auch auf seine Entwicklung mit eingewirkt hat, nicht mehr maßgebend ist⁶.

Verwandtschaft und Schwägerschaft*.

§. 56a.

Ein Verhältniß der Person, welches im Rechte mannichfach in Betracht kommt, ist auch die Verwandtschaft¹. Verwandt ist Jemand mit denjenigen, mit welchen er durch die Gemeinschaft des Blutes verbunden ist²; im Einzelnen: mit denjenigen, von welchen er abstammt, mit denjenigen, welche von ihm abstammen, endlich mit denjenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt. Diejenigen, von welchen er abstammt, sind seine Ascendenten, diejenigen, welche von ihm abstammen, seine Descendenten, diejenigen, mit welchen er von derselben dritten Person abstammt, seine Seitenverwandten; die Verwandtschaft der Ascendenten und Descendenten bildet die Verwandtschaft in der geraden Linie³. Die Nähe der Verwandtschaft bestimmt sich nach Graden, d. h. durch die Anzahl der Zeugungen oder Geburten, welche zwischen den beiden betreffenden Personen liegen⁴. Die

⁶ Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff der heutigen Anwendbarkeit der römischen Insamie vgl. Savigny III. §. 83, Puchta §. 120, Sinteris I. S. 101, Arndts §. 33, Böcking Grundr. I. §. 24. 32, Seuffert §. 49 Anm. 3, Gerber b. Pr. R. §. 39, Mittermaier b. Pr. R. I. §. 101, Beseler b. Pr. R. I. §. 62, Eichhorn Einleit. §. 87, Fessler Strafrecht §. 175; Marejoll a. a. O. S. 343 fg., Rierulff S. 101, Bangerow §. 52 Anm.

* Böcking I. §. 49—56, Brin; §. 11—14.

¹ Cognatio, näher cognatio naturalis, im Gegensatz der cognatio civilis oder legitima, von welcher unten in diesem §. die Rede sein wird.

² Vgl. I. 1 §. 1 D. unde cogn. 38. 8.

³ Die deutschen Ausdrücke geben unmittelbar wieder die quellenmäßigen lateinischen: ascendentes, descendentes, cognati qui a latere veniunt, cognatio in linea recta, cognatio quae ex transverso, a latere numeratur, pr. I. de grad. cogn. 3. 6, I. 10 §. 9 D. de grad. 38. 10, I. 68 D. de R. N. 23. 2. Andere Bezeichnungen für die Ascendenten und Descendenten sind 'parentes' und 'liberi', vgl. I. 1 pr. D. de grad. 38. 10, I. 51. 220 pr. D. de V. S. 50. 16, I. 4 §. 2 D. de in ius voc. 2. 4.

⁴ L. 10 §. 9. 10 D. de grad. 38. 10. — Das canonische Recht hat ein anderes Princip der Zählung; es zählt nach Generationen. Jedoch führt dieses

Verwandtschaft kann auch eine mehrfache sein, d. h. zwei Personen können in mehrfacher Weise durch Zeugung oder Geburt unter einander oder jede mit einer dritten Person verbunden sein⁶. Die Seitenverwandtschaft ist eine vollbürtige oder halbbürtige, je nach dem das Verbindende ein Paar, oder nur Mann bez. Frau ist⁶. — Eine Verwandtschaft kann auch in künstlicher Weise hervorgebracht werden, durch Annahme an Kindesstatt (Adoption); das Nähere hierüber in der Lehre von der Adoption⁷. —

Außer der hier dargestellten Verwandtschaft kennt das römische Recht noch eine ganz andere, unter dem Namen der Agnation. Dieselbe beruht nicht auf der Gemeinschaft des Blutes, sondern auf der Gemeinschaft des Hauses (der familia), näher der väterlichen Gewalt. Agnaten sind diejenigen, welche unter derselben väterlichen Gewalt stehen, oder gestanden haben, oder stehen würden, wenn der gemeinschaftliche Stammvater noch lebte. Die Agnation kann nur durch Zeugung begründet werden, nicht durch Geburt; in ganz gleicher Weise aber wie durch Zeugung wird sie auch durch Adoption begründet; umgekehrt wird durch künstliche Beendigung der väterlichen Gewalt auch die durch Zeugung

Princip zu einem abweichenden Resultate nur bei der Seitenverwandtschaft; hier zählt das canonische Recht nur die eine Seite.

⁵ Das Kind von Geschwisterkindern ist mit den Urgroßvätern durch die väterliche, wie durch die mütterliche Linie verwandt; Kinder von zwei Brüdern, welche zwei Schwestern geheiratet haben, sind miteinander sowohl von der väterlichen als von der mütterlichen Seite verwandt. Ganz besondere Fälle der mehrfachen Verwandtschaft in I. 10 §. 14 D. de grad. 38. 10. Vgl. über die mehrfache Verwandtschaft Hugo civil. Magazin IV. 7. 16 (1812. 1813).

⁶ Fratres, sorores ex utroque parente ex uno parente coniuncti. Die Ausdrücke 'consanguinei' und 'uterini' bezeichnen Geschwister, welche den Vater bez. die Mutter gemein haben, ohne daß damit gleichzeitige Gemeinschaft der Mutter bez. des Vaters geseugnet würde. Germani sind leibliche Geschwister, gleichgültig ob sie durch Vater und Mutter, oder nur durch eine dieser Personen verbunden sind. Ueber „das Verhältniß der Vollbürtigkeit zu der mehrfachen Verwandtschaft“ s. den Aufsatz von Friß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 2 (1841).

⁷ Den adoptirten Kindern gegenüber heißen die leiblichen liberi naturales. — Als Ehehinderniß kommt auch das durch die Tauspatschaft begründete Verhältniß (s. g. cognatio spiritualis) in Betracht, schon nach römischem Recht (I. 26 l. f. C. de nupt. 5. 4), in noch umfassenderem Maße nach canonischem.

begründete Agnation aufgehoben⁸. Dieser Begriff der Agnation ist aber für das heutige römische Recht nur noch von verschwindender Bedeutung⁹. — Der deutschrechtliche Begriff der Agnation ist ein ganz anderer; Agnation im deutschrechtlichen Sinne ist Blutsverwandtschaft durch Mannesstamm, und zwar mit Beschränkung auf die männlichen Verwandten. —

Neben der Verwandtschaft ist noch die Schwägerschaft zu nennen. Die Schwägerschaft setzt sich zusammen aus Verwandtschaft und Ehe; verschwägert ist Jemand mit den Verwandten seines Ehegatten, und mit den Ehegatten seiner Verwandten¹⁰.

§. 56b.

Unter den Thatfachen, auf welchen die Verwandtschaft beruht, ist eine, deren Beweis nicht bloß schwierig, sondern geradezu unmöglich ist; das ist die Zeugung. Für Kinder aber, welche in einer Ehe concipirt sind, ersetzt das Recht diesen Beweis durch eine Präsuntion, die Präsuntion, daß das Kind von dem Ehemanne der Mutter erzeugt sei¹, wobei es jedoch den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt². Die Zeit der Conception wird durch Zurückrechnung von der Zeit der Geburt gefunden, und zwar ist die juristische Regel die, daß wenigstens 182 Tage zurück-

⁸ Die Legaldefinition, daß *agnati* die *cognati* durch Mannesstamm seien (*Gai.* I. 166. III. 10, *Ulp.* XI. 10, §. 1 *I. de leg. agn. tut.* 1. 15, §. 1. *I. de leg. agn. succ.* 3. 2) ist zu eng und zu weit.

⁹ Daß er im Justinianischen Rechte seine Bedeutung ganz verloren habe, darf nicht behauptet werden, s. I. 8 C. de *codic.* 6. 36 und vgl. v. Buchholz's Abhandlungen S. 96—105.

¹⁰ L. 4 §. 3 D. de *grad.* 38. 10. Die Sprache des Lebens bezeichnet die Schwägerschaft theilweise als Stiefverwandtschaft. — Auch die Ehegatten selbst werden *affines* genannt, ja selbst auf die Brautleute wird die Bezeichnung ausgebehnt. *Vat. Fr.* 218. 302, I. 8 D. de *cond. c. d.* 12. 4, I. 38 §. 1 D. de *usur.* 22. 1, I. 15 C. de *don. a. n.* 5. 3, I. 5 C. de *her. inst.* 6. 24. Vgl. *W. Sell* *Arch. f. civ. Pr.* XXII. 9 (1839).

§. 56b. ¹ „*Pater est, quem nuptiae demonstrant*“, I. 5 D. de *in ius voc.* 2. 4.

² Dieser Beweis muß auf die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann gerichtet werden; er kann nicht etwa dadurch erbracht werden, daß nachgewiesen wird, daß die Ehefrau auch mit einem anderen Manne geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. L. 11 §. 9 D. ad *leg. Iul. de adult.* 48. 5, I. 29 §. 1 D. de *prob.* 22. 3, I. 6 D. de *his qui sui* 1. 6. *Seuff. Arch.* I. 162. VIII. 229. XII. 36.

gerechnet werden müssen, und höchstens 10 Monate zurückgerechnet werden dürfen³. — Für Kinder, welche nicht in einer Ehe concipirt worden sind, bleibt es dabei, daß sie die Erzeugung durch einen bestimmten Mann nicht nachweisen können; sie haben daher keinen Vater und keine väterliche Verwandtschaft⁴. Jedoch ist zu bemerken, daß nach der Vorschrift des canonischen Rechts die Ungültigkeit der Ehe den Kindern nicht schadet, wenn dieselbe den Ehegatten oder wenigstens einem derselben unbekannt war⁵. Eine Mutter und mütterliche Verwandtschaft haben uneheliche Kinder, wie eheliche⁶, und durch Legitimation können sie auch einen Vater und väterliche Verwandtschaft gewinnen⁷.

³ L. 12. D. de *statu hom.* 1. 5, I. 3 §. 11. 12 D. de *suis* 38. 16. Die Frist von 182 Tagen beruht auf I. 3 §. 12 cit., während I. 12 cit. sagt, daß ein im 7. Monate der Ehe, also am 181. Tage, geborenes Kind, ein eheliches sei. Man ist darüber einverstanden, daß Letzteres nur ein ungenauer Ausdruck ist (vgl. *Savigny* IV. §. 181 h., *Böding* I. §. 181 Note 18). Auch die Praxis hält constant an der Frist von 182 Tagen fest. Vgl. *Seuff. Arch.* I. 161. 163. II. 254. V. 175. VIII. 229. IX. 124. X. 170. XI. 10. 11. XII. 12. — Aus dem Grade der Reife des Kindes darf ein Gegen Grund gegen die Anwendung der gesetzlichen Regel nicht hergenommen werden. *Seuff. Arch.* I. 161. VIII. 229. XI. 11; vgl. aber auch VI. 210 a. E.

⁴ §. 12 I. de *nupt.* 1. 10, I. 23 D. de *statu hom.* 1. 5.

⁵ Man spricht in diesem Falle von einer putativen Ehe. C. 2. 8. 14. 15. X. *qui filii sint leg.* 4. 17.

⁶ L. 4 §. 3 I. 5 D. de *in ius voc.* 2. 4, I. 4 D. unde *cogn.* 38. 8.

⁷ Das Nähere über die Legitimation im Familienrechte. — Der Legitimation steht die bloße Anerkennung nicht gleich, obgleich sie für das Verhältnis des Anerkennenden zu dem Kinde nicht ohne Bedeutung ist. Das spätere römische Recht behandelt nämlich die von einem Manne im Concubinate erzeugten Kinder (*liberi naturales* in diesem Sinne, vgl. §. 56 a Note 7) in einzelnen Beziehungen als seine Kinder; dieß hat die deutsche Praxis auf die unehelichen Kinder überhaupt, ihre Anerkennung vorausgesetzt, übertragen. — Uebrigens erfordert die Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht, daß das uneheliche Kind zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits geboren war. Daher ist jedes in der Ehe, gleichgültig binnen welcher Frist nach Eingehung derselben, geborene Kind ein eheliches, wenn es nur vom Ehemanne anerkannt ist. L. 11 C. de *lib. nat.* 5. 27, Nov. 89 c. 8; *Seuff. Arch.* I. 163. XI. 10.

III. Die juristische Person*.

A. Begriff und Arten.

§. 57.

Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existirende, sondern nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird (§. 49).

Nicht alle Rechtsverhältnisse aber können mit einer juristischen Person als ihrem Subjecte in Verbindung gebracht werden. Es ist das nicht möglich bei denjenigen, welche eine menschliche Existenz zur Grundlage haben, d. h. bei den Familienverhältnissen. So ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf das Vermögensrecht beschränkt¹.

Als juristische Personen kommen in unserem Rechte folgende vor.

1. Mehrheiten von physischen Personen. Wie Sachen und Rechte (§. 42 Note 2), so können auch Personen in der Weise zusammengefaßt werden, daß sie in ihrer Zusammenfassung als eine neue, von den einzelnen zusammengefaßten Personen verschiedene und ihnen gegenüber selbständige Existenz, als ein Personenganzes (Personengesamtheit)², erscheinen. Regelmäßig ist die zusammengefaßte Mehrheit eine zugleich gleichzeitige und successive, so namentlich, wenn Personen-Vereinigungen zu

* Savigny II. §. 85—102, Puchta Rechtslexicon III. S. 65 fg. und kleine Schriften Nr. 28, Pfeifer die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und württemb. R. (1847).

§. 57. ¹ D. h. die privatrechtliche Rechtsfähigkeit, welche hier allein in Betracht kommt. Juristische Personen können aber auch Träger von Gewalten und Befugnissen sein, welche dem öffentlichen Recht angehören. Für das öffentliche Recht ist der Begriff der juristischen Person nicht minder wichtig, als für das Privatrecht.

² Als eine universitas. Es ist eine Eigenthümlichkeit aller universitates, daß ihre Identität von dem Wechsel ihrer Theile unabhängig ist. L. 7 §. 2 D. quod cuiusque univ. nom. 3. 4. „In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem (l. *idem*) maneat, an pars maneat, vel omnes immutati sint“. L. 76 D. de iud. 5. 1.

juristischen Personen zusammengefaßt werden, wobei dann die Verbindung noch entweder ein mehr natürliches Dasein haben kann, oder mehr ein auf menschlicher Willkühr beruhendes^{2a}. Wesentlich ist es jedoch nicht, daß die zusammengefaßte Mehrheit zugleich eine gleichzeitige sei: auch eine nur successive Mehrheit kann als juristische Person gedacht werden, so z. B. die Gesamtheit der successiven Inhaber eines Amtes³. Die heutzutage gebräuchliche Bezeichnung für eine solche aus einer Mehrheit von physischen Personen bestehende juristische Person ist Corporation; doch wird dieser Ausdruck⁴ nicht gerne da gebraucht, wo die

^{2a} Beispiele: Gemeinden; Zünfte; Gesellschaften zu gemeinnützigen, wissenschaftlichen, künstlerischen, Handels-, Industrie- u. c. Zwecken. — Ueber die römische societas publicanorum vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI. S. 166—183, Roesler Schr. f. Handelsr. IV. S. 274—300. Letzterer behauptet, diese societates seien regelmäßig juristische Personen nicht gewesen.

³ Wenn Jemand ein Vermögensstück in der Weise aussetzt, daß der Genuß desselben den successiven Inhabern eines Amtes zu Gute kommen soll, so ist das Subject dieses Vermögensstückes nicht der jedesmalige einzelne Beamte, welcher es genießt, sondern die ideale Einheit aller Beamten, wenn man nicht, was allerdings auch möglich ist, den Gesichtspunkt der Stiftung will eintreten lassen (s. diesen §. a. E.). Natürlich ist es nicht anders, wenn das Amt von einer gleichzeitigen Mehrheit von Personen verwaltet wird. Das darf man nun freilich nicht so ausdrücken: auch die Aemter seien zu den juristischen Personen zu rechnen. Man würde dadurch die Vorstellung erwecken, daß es möglich sei, Vermögen mit einem Amte als seinem Subjecte in der Weise in Verbindung zu bringen, daß es zu den Zwecken dieses Amtes verwendet werden dürfte. Das Subject eines mit dieser Bestimmung ausgesetzten Vermögensstückes würde nicht das Amt sein, sondern der Staat, welchem gegenüber das einzelne Amt keine selbständige Existenz hat. — Zum Beweise des eben Gesagten darf man sich allerdings nicht auf l. 25 D. ad mun. 50. 1, und noch viel weniger auf l. 9 §. 8 D. de admin. rer. 50. 8 und l. 56 D. de leg. II. 31 berufen. Vgl. über diese Frage Heise Grundriß S. 25, Böcking I. S. 232—234, Senffert §. 54; und auf der anderen Seite Hieruff S. 130, Savigny II. S. 237. 376. 379, Puchta §. 27 l., Sintonis I. §. 15 Note 7, Pangerow I. S. 107, Unger I. S. 325—327.

⁴ Der Ausdruck corporatio findet sich in Nov. Severi tit. II; von corporati ist die Rede in l. 5 C. de commerc. 4. 63, rubr. und l. un. C. de priv. corporat. 11. 14. Der dem klassischen Sprachgebrauch angehörige Ausdruck corpus, welcher an und für sich eben so allgemein ist, wie universitas, scheint nur auf die Corporationen, welche eine mehr willkührliche Existenz haben, also nicht auf die Gemeinden bezogen zu werden. Ein entsprechender Ausdruck ist der Aus-

Mehrheit der zusammengefaßten Personen nur eine successive ist.

2. Anstalten zur Verfolgung frommer oder sonst gemeinnütziger Zwecke, Armenhäuser, Hospitäler, Schulen u. s. w.⁶ Hierher gehört es auch, wenn von einer Kirche als Vermögenssubject gesprochen wird; unter Kirche wird hier eine zur Verfolgung eines religiösen Zweckes errichtete Anstalt verstanden. Andererseits freilich kann als Subject des Kirchenvermögens auch die Kirchengemeinde, also eine Corporation, gedacht werden⁶.

3. Vermögensbegriffe. Als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten wird das Vermögen selbst gedacht, zu welchem sie gehören. Dieß ist z. B. der Fall bei der ruhenden Erbschaft (§. 39 zu Note 1). Es ist ferner aber auch der Fall beim Fiscus; denn Fiscus bedeutet seiner Wortbedeutung nach die Staatscasse⁷. Indem also der Fiscus als juristische Person behandelt wird, wird personificirt nicht die Gesamtheit der zum Staate vereinigten Individuen, sondern das Staatsvermögen. Derselbe Gesichtspunkt liegt aber endlich auch zu Grunde, wenn von Stiftungen als juristischen Personen geredet wird. Denn unter Stiftung läßt sich nur verstehen das zu einem bestimmten Zweck gestiftete Vermögen. Wenn die Verfolgung dieses Zweckes

brud collegium. Savigny II. S. 260. 261. — Von den Corporationen handelt Pfeifer §. 12—42.

⁶ In den Quellen des römischen Rechts werden nur Anstalten zu frommen Zwecken genannt (vgl. l. 23 C. de ss. ocl. l. 2, l. 35. 46 C. de ep. et cler. l. 3); daher der Ausdruck der Neueren *pium corpus* (die ältere Doctrin identificirte die Begriffe der juristischen Person und der Corporation, Glück II. S. 262, Höpfner Commentar S. 82, vgl. Roth in Jahrb. f. Dogm. I. S. 189), oder *pia causa*. — Es ist — auch für das heutige Recht, oder wenigstens für das römische und canonische — die juristische Persönlichkeit der *pia causa* ganz geleugnet und die Behauptung aufgestellt worden, das wahre Subject des ihnen zugewendeten Vermögens sei die betreffende Kirche oder weltliche Gemeinde. Rothhirt Arch. f. civ. Pr. X. S. 321—325 (1827), Friß Erläuter. I. S. 153, Roth Jahrb. f. Dogm. I. S. 190—201. Diese Ansicht „beruht auf einer Verwechslung der Verwaltungsverhältnisse mit der Existenzfrage“, Puchta §. 27 k.; vgl. außerdem Mühlensbruch in der Fortsetzung von Glück XL. S. 79 fg., Kierulff S. 148—150, Savigny II. S. 271, Bangerow §. 60 Anm.

⁶ Savigny II. S. 265—267.

⁷ Savigny II. S. 272—274.

sich in einer Anstalt verkörpert, — was nicht nöthig ist⁸, — so concurrirt mit der Personificirung des Vermögens die Personificirung der Anstalt⁹.

Aus dem Gesagten ergibt sich der wichtige Satz, daß eine und dieselbe juristische Person unter verschiedenen Gestalten erscheinen kann. Ob man sagt: der Staat, oder: der Fiscus, Kirche oder Kirchengemeinde, Anstalt oder Stiftung, Familienstiftung oder Familie, ist gleich; man meint dieselbe Person, obgleich man Verschiedenes personificirt. Es kann daher das in der juristischen Person Personificirte, ihre Unterlage, ihr Substrat, für ihr Wesen nicht bestimmend sein. Vielmehr wird, wenn auf das Wesen gesehen wird, folgendermaßen zu unterscheiden sein. Es handelt sich von einem Vermögen

1) welches bestimmt ist, zur Erreichung eines gewissen Zweckes verwendet zu werden. Dieser Zweck kann ein gemeinnütziger sein, wie bei dem Fiscus, den Gemeinden, gemeinnützigen Anstalten und Vereinigungen, er kann aber auch auf den Vortheil (Vermögens- oder sonstigen Vortheil) der die juristische Person bildenden Individuen gerichtet sein, so bei den Actienvereinen, Lesegesellschaften, Kunstvereinen, Vereinen zu geselligen Zwecken u. c. u. c. Oder es handelt sich von einem Vermögen,

2) welches zum Genuße¹⁰ gewisser Personen bestimmt ist,

⁸ Z. B. bei der Familienstiftung. Es soll der Genuß eines Vermögens den Gliedern einer Familie nach einer gewissen näheren Bestimmung zu Gute kommen.

⁹ Von Stiftungen handelt Pfeifer §. 42—43, Roth Jahrb. f. Dogm. I. 4 (1857).

¹⁰ Welches zum Genuße gewisser Personen bestimmt ist. Dieß setzt voraus, daß nicht nur die Einzelnen, welche zum Genuße gelangen, nicht über die Substanz des Vermögens verfügen können, sondern dasselbe auch im Uebrigen in seinem rechtlichen Bestande von den Ereignissen, welche den jeweiligen Inhaber betreffen, unabhängig ist. Ist dieß nicht der Fall, so ist kein Grund vorhanden, ein anderes Subject des Vermögens anzunehmen, als den jeweiligen Inhaber des Vermögens. — Der hier aufgestellte Gesichtspunkt ist auch entscheidend für die Streitfrage, ob als Subject der Grunddienstbarkeit der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, oder das Grundstück selbst anzusehen, letzteres also als juristische Person zu denken sei. Man muß sich für die erstere Alternative entscheiden, weil jeder Eigenthümer des herrschenden Grundstückes die Dienstbarkeit ganz in derselben Weise hat, als wenn vor und

so bei den Familienstiftungen¹¹, Stipendienstiftungen, der deutschen Realgemeinde, oder

3) welches in gewöhnlicher Weise für eine Person bestimmt ist, die es aber noch nicht erworben hat, wie bei der ruhenden Erbschaft.

B. Rechtsverhältniß.

I. Die juristische Person als Rechtssubject.

§. 58.

Juristische Personen können Subjecte von (Vermögens-) Rechten und Verbindlichkeiten sein und werden, wie natürliche. Daraus folgt jedoch nicht, daß die juristischen Personen in allen Stücken den natürlichen Personen ganz gleich behandelt werden müßten. Wie sich bei ihnen vielfach Privilegien geltend machen, namentlich beim Fiscus¹, so sind sie auf der anderen Seite auch wohl ungünstiger gestellt, als die natürlichen Personen².

nach ihm kein Anderer stände, was sich namentlich auch im Falle der Confusion zeigt. Vgl. über diese Streitfrage Heise Grundr. S. 25, Böcking I. S. 231. II. S. 212, Savigny II. S. 379. 380, Puchta §. 27 I. a. G., Baugherow I. §. 53 Anm., Sintenis I. §. 15 Note 10, Arndts §. 41 Anm. 4, Eivers die römische Servitutenlehre S. 93 fg. Arndts macht gegenüber der Ausdrucksweise der Quellen: praedio servitus debetur und Ähnlichem darauf aufmerksam, daß es auch heißt: „pecori debetur appulsus“ (I. 1 §. 18 D. de aqua 43. 20) und: „ager itineri servit“ (I. 13 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3). Man kann auch den servus poenae hinzufügen. Vgl. auch noch §. 201 Note 4 und Demelius Jahrb. f. Dogm. IV. S. 180.

¹¹ Vgl. Zeitschr. f. deutsches R. XVI. 7 (1856); Gerber Jahrb. f. Dogm. II. 7 (1858).

¹ Eine Zusammenstellung von Privilegien juristischer Personen bei Sintenis I. §. 15 Note 48.

² So können collegia, wenigstens nach römischem Recht, nicht zu Erben eingesetzt werden, I. 6 C. de her. inst. 6. 24. Persönliche Dienstbarkeiten, welche an und für sich ein physisch existirendes Subject voraussetzen, sind den übrigen juristischen Personen auf künstlichem Wege zugänglich gemacht worden, nicht so auch der ruhenden Erbschaft, I. 26 D. de stip. serr. 45. 3. Die vielbesprochene I. 10. de I. F. 49. 14 sagt: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit“, was jetzt Böcking

Das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten ist die juristische Person als solche^{2a}, nicht also bei der Stiftung etwa die Einzelnen, denen das Stiftungsvermögen schließlich zu Gute kommt, und namentlich bei der Corporation nicht die Mitglieder derselben². Von der anderen Seite ist es mit dem Begriffe der juristischen Person wohl verträglich, daß den Mitgliedern einer Corporation an dem Corporationsvermögen Rechte zustehen, z. B. an den Sachen der Corporation Dienstbarkeiten oder andere Genusrechte, es ist das ganz in derselben Weise zulässig, wie es zulässig ist, daß ein Mensch an dem Vermögen eines anderen Menschen Rechte habe². Auch das thut dem Begriffe der juristischen Person keinen Eintrag, daß das Vermögen der Corporation lediglich dazu da ist, um von den Mitgliedern der Corporation nach Maßgabe der ihnen an denselben zustehenden Rechte genossen zu werden, wie z. B. bei der deutschen Realgemeinde; selbst das nicht, daß das Vermögen der Corporation unter die einzelnen Mitglieder seinem Werthe nach vertheilt ist, wie bei den modernen Actiengesellschaften. Es liegen in diesem Falle besonders geeignete Corporationen

(I. §. 45 Note 9 u. §. 96 Note 21) nur von der Auslegung der Privilegien des Fiscus verstanden wissen will.

^{2a} In Betreff des Fiscus ist zu bemerken, daß nicht etwa die verschiedenen fiscalischen Klassen als selbständige juristische Personen aufgefaßt werden dürfen, I. 2 C. de sol. 8. 43, I. 1 C. ne fisc. rem. 10. 5. Die I. 1 C. de comp. 4. 31, welche die Compensation mit einer Forderung verbietet, welche dem fiscalischen Schuldner gegen eine andere fiscalische Klasse zusteht, beruht auf administrativen Rücksichten. Vgl. Keller S. 66—68.

³ L. 7 §. 1 quod cui. un. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent“. Vgl. I. 6 §. 1 D. de D. R. 1. 8, I. 1 §. 7 D. de quaest. 48. 18, I. 10 §. 4 D. de in ius voc. 2. 4. Wenn mehrere Personen als solche an einem Rechtsverhältniß theilhaft sind, so spricht man von einer communio, und wo die Gemeinschaft durch Vertrag begründet ist, von einer societas. In nicht technischem Sinne wird jedoch der Ausdruck societas, ganz wie der entsprechende deutsche Ausdruck Gesellschaft, auch zur Bezeichnung eigentlicher juristischer Personen gebraucht, I. 1 pr. §. 1 D. quod cui. un. 3. 4, I. 3 §. 4 D. de B. P. 37. 1, I. 31 §. 1 D. de furtis 47. 2, — societas publicanorum, Actiengesellschaft.

⁴ Vgl. R. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXVI. S. 160 fg., Unger fr. Reberch. VI. S. 171—176. Von einer Obligation der Corporation gegen ihre Mitglieder spricht I. 1 §. 15 D. ad SC. Treb. 36. 1, von einem Prozesse zwischen beiden I. 9 D. quod cui. univ. 3. 4.

Windscheid, Pandekten. I. Aestig.

vor; aber der Begriff der Corporation (juristischen Person) ist nicht alterirt⁵.

⁵ Es sind doch immer nicht die Einzelnen Vermögenssubjecte, sondern Vermögenssubject ist etwas Anderes außer ihnen, ihre Gesamtheit, — wenn man nicht sagen will, was auf dasselbe hinauskommt, daß das Vermögen als subjectloses bestehe. Dies ist selbst in dem Falle wahr, wo das Corporationsvermögen von den Nutzungsrechten der Mitglieder ganz absorbiert wird; man wird nie z. B. das Eigentumsrecht durch Zusammenrechnung der einzelnen Befugnisse, welche es gewährt, darstellen können, eben weil es etwas Anderes ist, als die Summe, das Aggregat, dieser Befugnisse (§. 167. §. 169 Note 9). Vgl. Scuff. Archiv XIII. 124. In dem Falle, wo ein Vermögen zwischen mehreren Personen seinem Werthe nach vertheilt ist, wird man unterscheiden müssen. Ist, wie bei der Actiengesellschaft, der Antheil eines Jeden in Geld ausgebrückt, so versteht es sich von selbst, daß die Einzelnen an dem Vermögen selbst keinen Theil haben; denn dieses Vermögen (die Rechte und Verbindlichkeiten, aus denen es besteht), ist etwas Anderes, als Geld. Die Einzelnen haben gegen das wahre Vermögenssubject (die Actiengesellschaft) Forderungenrechte (das gilt nicht minder in Betreff des Ertrages des Vermögens, als in Betreff des Vermögens selbst; ökonomisch ist das Einkommen der Gesellschaft Eigentum der Actionäre, aber nicht juristisch; das verkennen Diezel die Bestener. der Actiengesellschaften [1859] S. 24 fg., Fitting fr. Vierteljahrschr. I. S. 588 fg.). Sind dagegen die Antheile der Genossen als Bruchtheile des Vermögens selbst ausgebrückt, so liegt eine wahre Gemeinschaft vor. Jedoch wird man auch in diesem letzteren Falle zusehen müssen, ob nicht dennoch als eigentlicher Gegenstand des Antheils nicht sowohl das Vermögen selbst, als vielmehr sein Geldwerth zu denken sei, wie das z. B. bei den Gewerkschaften zum gemeinschaftlichen Betriebe des Bergbaues das Richtige sein möchte. — Die Meinung, daß in diesen Fällen eine Umgestaltung des Begriffes der universitas, eine Vermittelung zwischen universitas und communio, vorliege, ist namentlich von Beseler vertreten worden (Erbverträge I. S. 73—88 [1835], Volkrecht und Juristenrecht Kap. VI. [1843], deutsch. Pr. R. I. §. 68. II. §. 83); vgl. außerdem Bluntschli Staats- u. R. Gesch. v. Zürich I. S. 82 u. deutsch. Pr. R. S. 107. 127. 130. 147. 148, Weiske pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. R. III. S. 144 fg., und dagegen: Thöl Volkrecht ic. S. 18—62, R. Schimid Arch. f. civ. Pr. XXXVI. S. 167 fg., Gerber Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XII. S. 193. 198. 206—211. 215—216, Unger fr. Uebersch. VI. S. 171 fg. Entschiebener noch aber als dieser Ansicht ist derjenigen entgegenzutreten, welche den Actiengesellschaften, so wie den sonstigen heut zu Tage so häufigen Vereinigungen zu privaten und öffentlichen Zwecken, Gesellschaftern, Kunstvereinen, Clubs, Missionsvereinen ic. mit dem, nur durch Vertrag (bloß in Betreff des Ausschlusses der Theilungsklage wird ein abänderndes Gewohnheitsrecht angenommen), modificirten Recht der societas glaubt gerecht werden zu können (vgl. nam. Gerber deutsch. Pr. R. §. 195 Anm. 1 u. §. 198 und Zeitschr.

2. Handlungen der juristischen Person.

§. 59.

Von Handlungen kann bei einer juristischen Person, da sie kein Mensch ist, an und für sich nicht die Rede sein¹. Sie gewinnt Handlungsfähigkeit nur dadurch, daß das Recht den Handlungen gewisser Menschen dieselbe Bedeutung beilegt, als wären sie Handlungen der juristischen Person. Darüber, welche Personen befugt sind, mit dieser Wirkung für die juristische Person zu handeln, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei dem Fiscus entscheidet darüber die Verfassung und Verwaltungsorganisation des betreffenden Staates, bei den Stiftungen der Wille des Stifters, und ergänzend der Staat als obervormundschaftliche Behörde². Bei den Corporationen ist zunächst auf ihre Verfassung zu sehen, welche auf Gesetz, Autonomie (Statut), Herkommen (Observanz) beruhen kann. Haben sie eine genügend ausgebildete Verfassung nicht³, so bleibt nichts anderes übrig, als den Willen

f. Civ. u. Pr. R. §. XII. S. 202—205, Thöl Handelsr. I. §. 44—47, R. Schimid Arch. f. civ. Pr. XXXVI. S. 184 fg. Wie will man es z. B., um nur Eines hervorzuheben, mit diesem Material erklären, daß der Erwerber einer Actie, der doch mit den übrigen Gesellschaftern in keiner Weise einen Vertrag abschließt, sich die Dispositionen der Majorität über „seine“ Rechte gefallen lassen muß? Vgl. Schüler in Jur. Abhandl. u. Rechtsfälle von Ortloff ic. I. S. 246 fg., Unger 88. Pr. R. I. S. 330. 331 u. fr. Uebersch. VI. S. 181 fg., Arnolds §. 42 Anm. 3, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV. S. 130 fg., Bekker Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 557 fg. (der aber die Actiengesellschaften auch nicht als „juristische Personen“ anerkennt, sondern nur von „Zweckvermögen“ geredet wissen will). Ueber den von Anderen aufgestellten Begriff von f. g. Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit s. Unger fr. Uebersch. VI. S. 180. 181. Ueber die Actiengesellschaften im Besonderen s. die Aufsätze von Reitschke Zeitschr. f. deutsch. R. V. 11, Jolly das. XI. 10, Reyscher das. XIII. 11, Fied Zeitschr. f. Handelsr. V. 1.

¹ Diesen Sinn hat es, wenn es in l. 1 §. 22 D. de acq. poss. 41. 2 heißt: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (d. h. als Gesamtheit) consentire non possunt“. Vgl. Ulp. XXII. 5, l. un. §. 1 D. de lib. univ. 38. 3.

² Roth Jahrb. f. Dogm. I. S. 215—218, vgl. aber auch Gerber das. II. S. 353 fg.

³ Darauf bezieht sich die (nicht quellenmäßige) Eintheilung in universitas ordinatas und inordinatas.

der Corporationsglieder als den Willen der Corporation anzusehen, wobei die auf gehörige Ladung nicht Erschienenen nicht mit gerechnet werden⁴. Ist aber Einstimmigkeit der Erschienenen erforderlich? Man muß unterscheiden. Handelt es sich nur um Verwaltungsmaßregeln oder um solche Dispositionen über das Corporationsvermögen, welche durch die Zwecke der Corporation gegeben sind, so reicht ein Majoritätsbeschluß hin⁵; abgesehen davon muß allerdings Einstimmigkeit erfordert werden. Selbst diese aber wird in dem Falle nicht für ausreichend erachtet werden dürfen, wo die Corporation nicht lediglich im Privatinteresse ihrer Mitglieder besteht; sobald das öffentliche Interesse bei derselben betheiligt ist, ist die Gültigkeit auch des Einstimmigkeitsbeschlusses an die Staatsgenehmigung gebunden. In gleicher Weise kann auch da, wo es sich um ein Vermögen handelt, welches zum Genusse von successiv nach einem gewissen Determinationsmodus eintretenden Personen bestimmt ist, den jeweilig vorhandenen Genossen nicht die Befugniß zugestanden werden, die nach ihnen Berufenen durch Dispositionen über das vorhandene Vermögen des an sie fallenden Genusses zu berauben; solche Dispositionen können nur durch einen Act der Gesetzgebung zu rechtsbeständigen gemacht werden⁶.

Die der juristischen Person künstlich gewährte Handlungsfähigkeit erstreckt sich nicht auf Delicte, d. h. wenn die zur Vertretung einer juristischen Person an und für sich Befugten, wenn gleich in ihrer Eigenschaft als Vertreter, ein Delict begehen, so haben sie nicht das Recht, die Verantwortung für die von ihnen

⁴ Sie müssen angesehen werden, als hätten sie auf ihr Stimmrecht verzichtet. — Wie Viele erschienen sind, ist gleichgültig, so lange nicht eine besondere Vorschrift die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Mitgliedern verlangt. In den Quellen des römischen Rechts wird für die Gültigkeit eines Beschlusses des *ordo decurionum*, der aber die Stadtgemeinde nicht ist, sondern sie nur vertritt, Anwesenheit von $\frac{2}{3}$ seiner Mitglieder verlangt, l. 2. § D. de decr. ab ord. fac. 50. 9, l. 46 C. de decur. 10. 31. Senff. Arch. XIV. 200.

⁵ Vgl. l. 19 D. ad munic. 50. 1, l. 160 §. 1 D. de R. I. 50. 17.

⁶ Vgl. über die verschiedenen Ansichten *L'hibaut civil*. Abhandl. Nr. 18 (1804. 1814), Gaudlitz s. Haubold de finibus inter ius singulorum et universitates regundis (1804; auch in Hauboldi opusc. vol. II. p. 540—620), cf. p. LXIII—LXXIX), Kori in v. Langenn u. Kori Erörter. II. 1 (1839), Savigny II. §. 96—99, Meier deutsch. Pr. R. I. §. 69.

begangene That auf die juristische Person abzuwälzen. Dieser aus der Natur der Sache sich ergebende Grundsatz ist im römischen Rechte ausdrücklich anerkannt⁷, zu anderen Zeiten aber nicht immer festgehalten worden⁸.

C. Entstehung.

§. 60.

Die juristische Person existirt nicht in der Wirklichkeit, sondern nur in der Gedankenvorstellung. Aber diese Gedankenvorstellung hat zur Grundlage etwas Thatsächliches, an welches sie sich anlehnt, ein real existirendes Substrat, welches eben in Gedanken zur Person erhoben wird. Sie entsteht also dadurch, daß ein juristisch personificirbares Substrat, eine Personenvereinigung, eine Anstalt, ein selbständiges Vermögen, zur concreten Existenz gelangt.

Vielfach wird aber behauptet, daß für die Entstehung gewisser juristischer Personen noch etwas Anderes erforderlich sei, nämlich, daß dem vorhandenen Substrat die Rechtsfähigkeit durch einen besonderen Act der Staatsgewalt verliehen werde. Man geht dabei von dem richtigen Satze aus, daß die Rechtsfähigkeit eines jeden Subjectes Anerkennung durch die Rechtsordnung voraussetze. Diese Anerkennung, gibt man zu, könne möglicherweise auch in einer von der Rechtsordnung ein für alle Male aufgestellten Regel enthalten sein; und so sei es bei der natürlichen Person (dem Menschen), bei dem Staate (dem Fiscus), den politischen und kirchlichen Gemeinden, der ruhenden Erbschaft. Dagegen wird nicht zugegeben, daß es sich nach gemeinem Rechte in derselben Weise auch mit den Anstalten und Stiftungen und der willkühr-

⁷ L. 15 §. 1 D. de dolo 4. 3, Nov. Maioriani tit. VII. §. 11 (Haenel p. 320). L. 9 §. 1. § D. quod metus c. 4. 2 ist nicht von dem Ansprüche gegen den Delinquenten, sondern von dem Ansprüche gegen den Bereicherten (l. 9 §. 8 eod.) zu verstehen. Vgl. Schliemann Lehre vom Zwang S. 34 fg.

⁸ C. 4 de censibus in VI^o. §. 20 (anders c. 5 de sent. excomm. in VI^o. §. 11), Auth. Frid. II. *Item nulla* und *Item quacuncuo* C. de op. l. 3, Aurea bulla c. 15 §. 4, Landfriede von 1548 Tit. 2. 14. 29 §. 4, RÖD. II. 10 §. 1. Vgl. überhaupt Savigny II. §. 94. 95, Kierulff S. 135. 136, Pangerow §. 55 Anm., Sintenis I. S. 122—126.

lichen Personenvereinigung verhalte; für diese also müsse die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit in jedem einzelnen Fall von der Staatsgewalt eingeholt werden¹. Diese Ansicht ist aber nicht zu billigen. Allerdings findet sich im römischen Rechte die Regel, daß den bezeichneten Klassen der juristischen Personen auch ohne besondere Verleihung Rechtsfähigkeit zukomme, nicht ausdrücklich ausgesprochen; aber ausdrücklich ausgesprochen wird sie auch nicht für andere juristische, und nicht für die natürlichen Personen; sie wird hier wie dort vorausgesetzt². Zu unterscheiden ist übri-

§. 60. ¹ Was die Stiftungen angeht, so ist diese Frage namentlich bei Gelegenheit des Stäbel'schen Erbfalles verhandelt worden. Vgl. darüber Mühlensbruch in der Fortf. von Glück XL. §. 1488 b. und die dort citirten Schriften. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit erklären bei den Stiftungen für überflüssig: Ebers Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigk. jur. Pers. S. 167 (1827), Northoff die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu erachtenden milden Stiftung S. 93 fg. (1833), Puchta Pand. §. 28 u. fr. Jahrb. IV. S. 707—712, Arndts Pand. §. 46 u. Rechtslexicon III. S. 915. 916, Beseler d. Pr. R. I. §. 72, Bluntschli d. Pr. R. I. §. 45, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV. S. 139—146, vgl. auch Kierulff S. 150—152. Personenmehrheiten erkennen als juristische Personen auch ohne specielle Verleihung der Rechtsfähigkeit (Ertheilung von „Corporationsrechten“) folgende Schriftsteller an: Beseler d. Pr. R. I. §. 72, Bluntschli d. Pr. R. I. §. 34, Schäfer in Jur. Abhandlungen u. Rechtsfälle von Orloff zc. I. Nr. 5 §. 8, Unger krit. Ueberschau VI. S. 148—156, Fitting fr. Vierteljahrscr. I. S. 585. 586, Demelius Jahrb. f. Dogm. IV. S. 137. 138. Ueber die entgegengesetzte Ansicht vgl. namentlich: Mühlensbruch a. a. D., Savigny II. §. 89, Pfeifer §. 13—15. 44, Roth Jahrb. f. Dogm. I. S. 205 fg. Seuff. Archiv XII. 58. XIII. 206. XIV. 199.

² Die Ansicht, die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen sei etwas nicht Natürliches, und deswegen reiche bei ihnen eine andere als ausdrückliche Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit nicht aus, ist in keiner Weise haltbar. Die Persönlichkeit der Stiftungen und Personenvereinigungen beruht auf einer Vorstellung, welche dem Leben kaum weniger geläufig ist, als die Vorstellung von der Persönlichkeit des Menschen; und warum sollte das Recht die erstere nicht eben so einfach und ohne Weiteres acceptiren können, wie es mit der letzteren unzweifelhaft thut? Daß aber das römische Recht es mit den Anstalten zu frommen Zwecken und den Personenvereinigungen wirklich in dieser Weise gehalten hat, wird man bei unbefangener Betrachtung der Quellen nicht leugnen können. Anstalten der genannten Art werden als Personen behandelt kraft ihrer bloßen Existenz, ohne daß das Erforderniß der Verleihung der juristischen Persönlichkeit irgendwie erwähnt würde, z. B. l. 23 C. de ss. eccl. l. 2, l. 35 C. de ep. et cler. l. 3; ebensowenig wird es er-

gens von der Verleihung der Rechtsfähigkeit die polizeiliche Genehmigung, welche zur Bildung eines Vereins und zur selbständigen Verwendung eines gewissen Vermögens nach dem besonderen Recht des betreffenden Staates erforderlich sein kann. Und ferner ist es eine andere Frage, ob es sich nicht für die Gesetzgebung empfehle, wenigstens bei Personenvereinen die Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit an eine besondere Verleihung zu knüpfen. Dafür läßt sich sagen, daß es in einem gegebenen Falle sehr zweifelhaft sein kann, ob die zusammentretenden Personen als diese Einzelnen, oder als Gesamtheit, d. h. eben als juristische Person, in Betracht kommen wollen, und doch es für die mit ihnen in Verkehr Tretenenden von der äußersten Wichtigkeit ist, über diesen Punkt im Klaren zu sein.

Darüber, welche Zahl von Mitgliedern erforderlich sei, damit ein Personenverein als juristische Person in Betracht kommen könne, läßt sich aus der Natur der Sache eine allgemeine Regel nicht herleiten³.

D. Ende.

§. 61.

Die juristische Person erreicht ihr Ende dadurch, daß ein juristisch personificirbares Substrat nicht mehr vorhanden ist. Aber auch ohne das erreicht sie ihr Ende dadurch, daß das vor-

wähnt in l. 46 C. de ep. et cler., wo gerade von der Begründung einer solchen Anstalt die Rede ist, und wenn letztere Stelle nicht glossirt ist, so wird man ihr wenigstens unterstützende Kraft nicht abprechen können. Auch daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß das römische Recht nur von Anstalten zu frommen Zwecken spricht; es spricht von anderen nicht deswegen nicht, weil es sie als juristische Personen nicht hätte anerkennen wollen, sondern weil es andere nicht vorfand. Was die Corporationen angeht, so waren bei den Römern nicht alle Personenvereinigungen erlaubt; aber daß die erlaubten, um als Personen anerkannt zu werden, noch einer besonderen Verleihung der Rechtsfähigkeit bedurft hätten, davon findet sich keine Spur. S. l. 1 §. 1 D. quod cui. univ. 3. 4 (vgl. l. 1 pr. eod. u. l. 1—3 D. de colleg. 47. 22), l. 20 D. de reb. dub. 34. 5.

³ Nach l. 85 D. de V. 8. 50. 16. ist die Dreizahl erforderlich; aber diese Stelle will mehr einen Anhalt für die richterliche Beurtheilung, als eine absolute Vorschrift geben.

handene Substrat aufhört ein erlaubtes zu sein, so z. B. durch Zurücknahme der polizeilichen Genehmigung der Stiftung oder des Vereins, wo diese particularrechtlich erforderlich ist. Es ist dann für den Staat ein von ihm als tauglich anerkanntes Substrat der juristischen Person nicht mehr vorhanden. Mit der polizeilichen Genehmigung des Substrates ist aber auch hier nicht zu verwechseln die Verleihung der Rechtsfähigkeit an dasselbe; da die letztere zur Entstehung der juristischen Person nicht erforderlich ist, so darf man auch nicht sagen, daß durch Zurücknahme derselben die juristische Person ihre Endchaft erreiche¹.

Es ist aber nun noch näher zu bestimmen, was unter Wegfall des Substrates der juristischen Person zu verstehen ist. Das Substrat derselben darf nicht schon dann als weggefallen angesehen werden, wenn es in einem gegebenen Momente thatsächlich nicht vorhanden ist, sondern erst dann, wenn seine Wiedererneuerung ausgeschlossen ist². So hört eine Stiftung nicht dadurch auf, als Person zu existiren, daß in einem gegebenen Moment kein Stiftungsvermögen vorhanden ist; eine ihr in einer solchen Zeit gemachte Zuwendung ist nicht Begründung einer neuen Stiftung. Ebenfowenig hört eine Corporation mit dem Wegfall ihrer Mitglieder auf, so lange ihr Zweck und die Aussicht fort dauert, daß die Verfolgung desselben neue Träger finden wird³. Unter dieser

Voraussetzung vermag auch ein von den gegenwärtigen Mitgliedern gefasster Auflösungsbeschluß die Corporation nicht aufzuheben, während ihr abgesehen davon durch einen solchen Beschluß ihre Existenz allerdings entzogen wird⁴.

§. 62.

Was das Schicksal des Vermögens der aufgehobenen juristischen Person betrifft, so steht zunächst fest, daß durch die Aufhebung einer juristischen Person die Rechte, welche Einzelne an ihrem Vermögen haben, nicht beseitigt werden können, und so namentlich auch nicht die Rechte der Mitglieder einer Corporation an dem Corporationsvermögen. Ist daher dasselbe unter die Corporationsglieder seinem Werthe nach vertheilt (§. 58), so dauert dieses Verhältniß auch nach der Auflösung der Gesellschaft fort, und der Unterschied ist nur der, daß jetzt die ideelle Theilung in eine reelle verwandelt werden kann. Abgesehen von diesem Fall ist zu unterscheiden, ob die aufgehobene juristische Person vor ihrer Aufhebung über das künftige Schicksal ihres Vermögens einen gültigen Beschluß gefaßt hat, oder nicht. Im ersten Falle ist jener Beschluß in Ausführung zu bringen, im zweiten Fall fällt das Vermögen der juristischen Person als herrenlos an den Staat. Ein gültiger Beschluß der angegebenen Art ist nicht denkbar bei einer Anstalt oder Stiftung, deren Vermögen nicht der ihm gegebenen Bestimmung entzogen werden darf. Bei einer Corporation setzt er voraus: 1) unter allen Umständen Einstimmigkeit, 2) wenn das Vermögen der Corporation nicht bloß dem Privatnutzen der Mitglieder zu dienen bestimmt ist, Staatsgenehmigung, 3) wenn es sich um ein Vermögen handelt, zu dessen Genuß nach einem gewissen Determinationsmodus aufein-

⁴ Ihre Existenz als juristische Person, weil ihr Substrat, die zusammengehörende Personenmehrheit. Es beschließt nicht die Corporation, daß sie aufhören wolle, Rechtssubject zu sein, sondern die Corporationsmitglieder beschließen, auseinanderzugehen. Dieß gegen Puchta §. 28 v. und Rechtslexicon III. S. 73, vgl. Unger krit. Uebersch. VI. S. 176—178. Daß zu einem solchen Beschluß Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist, versteht sich von selbst. Ist dieselbe nicht vorhanden, so setzen die Verneinenden die Corporation fort, während es den Anstößwollenden unbenommen ist, auszuscheiden.

S. 61.

¹ Durch einen Act der Gesetzgebung kann freilich wie Alles, so auch das zum Recht gemacht werden, daß eine bestehende juristische Person nicht mehr Rechtssubject sein solle. Aber das meint man nicht, wenn man (z. B. Puchta §. 28. a. C.) lehrt, daß die juristische Person auch durch Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staates aufgehoben werde; man hat dabei einen Act derjenigen Behörde im Sinne, welcher der Staat die Befugniß, Privilegien zu ertheilen, übertragen hat.

² Es ist, wie beim Verluste des Besitzes (l. 8 D. de acq. poss. 41. 2) ein in contrarium agi nothwendig.

³ In l. 7 §. 2 D. quod cui. univ. 3. 4 heißt es: „Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis“. Aber dasselbe ist auch zu sagen, „wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nach einander hinstirben“, Savigny II. S. 280. S. auch Puchta §. 28 o. (mit treffender Verweisung auf l. 85 §. 1 D. de R. f. 50. 17: „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet illo casu exstiterit, a quo initium capere non potuerunt“) und Arnolds §. 45 Ann. 1.

anderfolgende Personen berufen sind, Autorisation der Gesetzgebung (§. 59)¹.

Drittes Kapitel.

Entstehung, Untergang, Veränderung der Rechte.

I. Allgemeines.

Entstehung und Untergang.

§. 63.

Daß ein Recht entstanden sei, will sagen, daß ein Thatbestand zur concreten Wirklichkeit gelangt sei, an welchen die Rechtsordnung ein Wollendürfen bestimmten Inhalts anknüpft. Von Untergang eines Rechts spricht man, wenn ein Thatbestand wirklich geworden ist, kraft dessen die Rechtsordnung die früher gemachte Verleihung eines Wollendürfens wieder zurücknimmt. Bei den Ansprüchen kann diese Zurücknahme nicht bloß eine directe sein, so daß dem Anspruch nun gar keine rechtliche Anerkennung mehr zur Seite steht, sondern auch eine indirecte, so daß der Anspruch an und für sich noch immer anerkannt wird, aber durch eine Einrede zurückgewiesen werden kann. Uebrigens ist es ebenso möglich, daß der Anspruch als sogleich mit einer Einrede behaftet geboren wird¹.

Veränderung.

§. 64.

Eine Veränderung kann mit den Rechten vorgehen sowohl in Betreff ihres Inhalts, als in Betreff ihres Subjects.

1 Die Behauptung, daß das Vermögen der aufgelösten Corporation immer an ihre Mitglieder falle, ist eben so irrig, als die entgegengesetzte, daß dieß nie der Fall sei. Ersteres wird nicht bewiesen durch l. 3 pr. D. de colleg. 47. 2, welche Stelle von Vereinen handelt, die juristische Personen sein möchten, aber wegen Unerlaubtheit nicht sind. Vgl. Unger fr. Uebersch. VI. S. 178. 179.

2 Vgl. §. 47.

Der Inhalt¹ eines Rechtes kann ein anderer werden entweder in quantitativer oder in qualitativer Beziehung.² In quantitativer Beziehung: der jetzige Zustand des Rechts unterscheidet sich von dem früheren nur durch ein Mehr oder Minder, so z. B. wenn die Sache, an welcher Jemand Eigenthumsrecht hat, durch Anschwemmung einen Zuwachs erhält, wenn der Gläubiger zum Theil befriedigt wird. In qualitativer Beziehung: das Recht gewährt jetzt eine andere Art der rechtlichen Herrschaft, als früher, wie z. B. das Eigenthumsrecht nach seiner Verletzung (§. 43), oder es ist, wenn auch die Art der rechtlichen Herrschaft unverändert geblieben ist, doch dasjenige, was kraft derselben verlangt werden kann, ein Anderes geworden, wie sich z. B. das Forderungsrecht auf Leistung einer individuellen Sache dadurch, daß seine Erfüllung dem Schuldner durch seine Schuld unmöglich wird, in ein Forderungsrecht auf Geldentschädigung verwandelt. Dabei findet noch der Unterschied statt, daß möglicherweise das Recht nur in der veränderten Gestalt fortexistirt, wie z. B. in dem zuletzt genannten Fall, möglicherweise aber auch die neue Gestalt, welche es angenommen hat, seinem ursprünglichen Bestande keinen Eintrag thut, wie in dem zuerst erwähnten Beispiel².

§. 65.

In Betreff ihres Subjectes erleiden die Rechte eine Aenderung dadurch, daß an die Stelle des bisherigen Subjectes ein anderes tritt. Bei obligatorischen Rechten und Ansprüchen kann nicht bloß das berechnigte, sondern auch das mit der Verbindlichkeit behaftete Subject wechseln. Die technische Bezeichnung für dieses Eintreten eines Subjectes an die Stelle eines andern ist (Rechts-) Nachfolge (Succession); das neu eintretende Subject ist der (Rechts-) Nachfolger (Nachmann, Successor), das bisherige der (Rechts-) Vorgänger (Vormann)¹.

1 Vgl. Savigny III. S. 4.

2 Der Eigenthümer ist deswegen nicht weniger Eigenthümer mit allen im Eigenthumsrechte liegenden Befugnissen, weil er dadurch, daß eine bestimmte Person ihm seine Sache vorenthält, einen Anspruch gegen dieselbe gewonnen hat. Dieser Anspruch ist aber nicht sowohl ein neues Recht, als das alte in einer neuen Function (die intentio der actio geht nicht auf restitui oportere, sondern auf rem actoris esse).

1 Vgl. Savigny III. §. 105, Wächter II. §. 79. 80, Unger II. §. 74. 1. 65.

Nicht alle Rechte können ihr Subject wechseln; ihre Hauptanwendung findet die Rechtsnachfolge auf dem Gebiete des Vermögensrechtes. Die vermögensrechtliche Nachfolge ist aber entweder Nachfolge in ein Vermögen als Ganzes (§. 42), und damit in alle einzelnen Bestandtheile, oder sie ist eine Nachfolge in Vermögensstücke als einzelne, — Gesamtnachfolge, Sondernachfolge (Universalsuccession, Singularsuccession)² 3.

* *Passe Arch. f. civ. Pr. V. S. 19* fg. — Die römischen Ausdrücke sind: *succedere* (*successio*) in *universum ius*, in *omne ius*, in *ius* (*iuris successor*), *per universitatem* (*universitatis successio*), in *universa bona* — in *rem*, in *rei dominium*. in *singularum rerum dominium*. Es findet sich auch ein Sprachgebrauch, nach welchem die Ausdrücke *succedere* etc. bloß von der Gesamtnachfolge gebraucht werden. *Vgl. l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et tr. 21. 3, l. 37 D. de acq. v. om. her. 29. 2, l. 3 pr. D. de B. P. 37. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 §. 13 D. quod leg. 43. 3, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1. Passe a. a. D. S. 40* fg., *Savigny a. a. D. S. 17* fg. — Der Ausdruck *succedere* (*successio*) in *locum* ist nicht nothwendigerweise von der Rechtsnachfolge zu verstehen; er wird auch da gebraucht, wo Jemand mit einem neu entstandenen Rechte an die Stelle eines bisher Berechtigten tritt. *Dernburg Arch. f. civ. Pr. XLI. S. 3* fg.

² Der aufgestellte Begriff der Rechtsnachfolge ist neuerdings von *Kunze* (die *Obligation* etc. §. 15—20) für die Sondernachfolge bestritten worden. *Kunze* behauptet, bei derselben dauere nicht das bisherige Recht fort, sondern es werde aus dem bisherigen Recht ein neues geschaffen. S. dagegen *Windscheid die Actio* etc. S. 157—160, *Beller Heibel. fr. Zeitschr. III. S. 452—455*, auch *Arndts* §. 56 *Anm. 2*. *Kunze* wird durch die Betrachtung bestimmt, daß das Subject etwas zum Wesen des Rechtes Gehöriges sei; ist dieß wirklich der Fall, so muß allerdings durch den Wechsel des Subjects auch das Recht selbst ein anderes werden. Aber der bezeichnete Ausgangspunkt ist ein irriger; vgl. §. 49 *Note 2 a. C.* Die Rechte haben, wie die erscheinenden Wesen, ihre Individualität durch ihre Erzeugung; jedes Recht ist dasjenige Individuum, welches es ist, deswegen, weil es auf diejenige bestimmten, an einen concreten Thatbestand sich anschließenden, Ausspruch der Rechtsordnung beruht, und fährt, weil es darauf beruht, trotz alles Wechsels fort, dasselbe, identische, Individuum zu sein. Der Rechtsnachfolger beruft sich für sein Recht auf denselben concreten Ausspruch der Rechtsordnung, auf welchen sein Vorgänger sich berief; deswegen ist sein Recht dasselbe Recht, wie das des Vorgängers. — Auch *Brinz* (*Jahrb. d. gem. R. III. S. 31. 32*) will das Wesen der Rechtsnachfolge darenin gesetzt wissen, daß das Recht des Nachfolgers aus dem Recht des Vorgängers geschaffen werde. Dabei ist er jedoch nicht der Ansicht, daß das Recht des Nachfolgers nicht dasselbe Recht sei, wie das des Vorgängers; aber diese Identität, meint er, finde nicht bloß bei

Erwerb und Verlust der Rechte.

§. 66.

Erwerb eines Rechts ist die Verknüpfung desselben mit einem bestimmten Subject; Verlust eines Rechtes ist die Lostrennung desselben von dem Subjecte, mit welchem es bisher verknüpft war.

Erwerb eines Rechtes ist nicht nothwendigerweise zugleich Entstehung desselben. Er wäre es, wenn es keine Rechtsnachfolge gäbe; aber der Rechtsnachfolger erwirbt ein Recht, ohne daß es jetzt erst entstünde. In gleicher Weise ist der Verlust, welcher den Rechtsvorgänger betrifft, nicht Untergang des Rechtes¹.

Der Rechtserwerb, welcher sich durch Rechtsnachfolge vollzieht, bildet eine Art des abgeleiteten Erwerbes. Unter abgeleitetem Erwerb versteht man jeden Erwerb, welcher sich auf ein bereits bestehendes Recht stützt, bei welchem das erworbene Recht von einem vorher bestehenden abgeleitet wird. Außer dem Erwerbe durch Rechtsnachfolge gehört auch der Fall hierher, wo ein vorhandenes Recht ein Recht anderer Art aus sich erzeugt, z. B. das Eigenthumsrecht eine Dienstbarkeit. Derjenige, von dessen Recht das erworbene Recht abgeleitet wird, heißt der Rechtsurheber². Den Gegensatz des abgeleiteten Erwerbes bildet der selbständige Erwerb³.

der Rechtsnachfolge statt, sondern z. B. auch bei der Erfindung, — eine Behauptung, welche mir durch das von *Brinz* Vorgebrachte in keiner Weise bewiesen zu werden scheint. — *Lenz* (*Recht des Besitzes* S. 45—76) denkt sich das Verhältniß so: der an einem Object bisher Berechtigte gebe sein Recht zu dem Ende auf, damit ein Anderer die Herrschaft über das Object als ein nun herrenloses erwerbe. Es hängt dieß zusammen mit seiner eigenthümlichen und seltsamen Auffassung des Wesens des (subjectiven) Rechtes überhaupt, wonach dasselbe seinen Grund nicht in der Rechtsordnung, sondern in dem Willen des Berechtigten haben soll (vgl. §. 113 *Note 1*).

¹ Ein anderer Grund, warum Erwerb und Entstehung, Verlust und *s. 66.* Untergang des Rechtes nicht nothwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Möglichkeit des subjectlosen Bestehens der Rechte.

² *Auctor. L. 175 §. 1 D. de R. I. 50. 17* (vgl. *l. 54 l. 177 pr. eod.*) Der Ausdruck wird vorzugsweise bei der Sondernachfolge gebraucht; vgl. jedoch *l. un. C. Hormog. de success. 12*.

³ Die hergebrachten Ausdrücke sind: *derivativer* — *originärer Erwerb*. Der letztere Ausdruck ist hier durch den Ausdruck 'selbständiger Erwerb' in dem Sinne wiedergegeben worden, weil der Erwerb ein Erwerb ist, der seine *origo* in sich trägt.

Die juristischen Thatfachen.

§. 67.

Die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte tritt ein auf Grund gewisser Thatbestände, d. h. gewisser Gestaltungen der factischen Verhältnisse. Die einzelnen Momente der Thatbestände nennen wir Thatfachen. Ein Thatbestand kann aus einer einzelnen Thatfache bestehen, er kann aber auch durch ein Zusammensein mehrerer Thatfachen gebildet werden. In dem letzteren Falle können die den Thatbestand bildenden Thatfachen auch der Zeit nach auseinanderfallen, entweder möglicherweise (z. B. die beiden einen Vertrag ausmachenden Willenserklärungen), oder auch nothwendiger Weise (so setzt z. B. die Erziehung voraus einmal eine gewisse Art der Besitzerglangung, sodann eine gewisse Dauer des so erlangten Besitzes).

Die juristischen Thatfachen können nicht bloß positiver, sondern auch negativer Art sein. Eine Unterlassung z. B. kann so gut rechtliche Folgen haben, wie eine Handlung.

Ob einer Thatfache rechtliche Wirkung zukomme oder nicht, und welche ihr zukomme, braucht nicht nothwendigerweise sogleich mit ihrem Wirklichwerden entschieden zu sein; möglicherweise kann dafür erst eine spätere Gestaltung der Verhältnisse entscheidend sein. In diesem letzteren Falle ist einstweilen ein Zustand der Ungewißheit oder der Schweben vorhanden¹.

§. 67. ¹ Die Quellen sagen in einem solchen Falle: *pendet, in pendenti, in suspenso est*, entweder von dem Rechtsverhältniß (z. B. *dominium l. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1, causa obligationis l. 20 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, servi status l. 86 §. 2 D. de leg. I. 30*), oder auch von der Thatfache selbst (z. B. *traditio, stipulatio l. 14 §. 1 D. de eastr. pec. 49. 7, alienatio l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7, mutui datio l. 8 D. de R. C. 12. 1, actus l. ult. D. comm. praed. 8. 4*). In einem solchen Falle ist aber die Thatfache nicht nothwendigerweise aller sofortigen Wirkung bahr; sie kann möglicherweise schon jetzt, wenn auch nicht die ihr an und für sich zukommende, doch eine andere Wirkung äußern. So wird in Folge der bedingten Willenserklärung das übertragene Recht nicht eher erworben, bis die Bedingung erfüllt ist; aber jedenfalls ist der Uebertragende sofort gebunden, er kann den Erwerb des Rechtes für den Fall der Erfüllung der Bedingung nicht mehr verkümmern (§. 89). Nur wo dieses Verhältniß stattfindet, hat der Begriff des zukünftigen Rechtes rechtliche Bedeutung, während im Uebrigen das zukünftige Recht einfach ein Nichtrecht ist. Dieses Verhältniß ist es auch, worauf sich der von

Die juristischen Thatfachen äußern die ihnen zukommende rechtliche Wirkung regelmäßig nur für die Zeit, welche vor ihnen liegt; sie wirken nur für die Zukunft. Es kommt jedoch auch vor, daß das Recht einer Thatfache Wirkung beilegt auch für die hinter ihr liegende Zeit, für die Vergangenheit, d. h. daß es vorschreibt, es solle Alles so gehalten werden, als sei die erst jetzt eingetretene rechtliche Wirkung bereits früher eingetreten². In einem solchen Falle sagt man, daß die Thatfache rückwirkende Kraft habe, oder auch, daß sie zurückbezogen werde³.

Das zuletzt gedachte Verhältniß kann auch so ausgedrückt werden: es solle Alles so gehalten werden, als sei die Thatfache selbst bereits in früherer Zeit eingetreten. In gleicher Weise kommt es auch vor, daß eine Rechtsregel vorschreibt, auf Grund eines Thatbestandes solle dieselbe rechtliche Wirkung eintreten, wie

einem neuern Schriftsteller (Fitting über den Begriff der Rückziehung [1856]) aufgestellte Begriff der 'Vorwirkung' bezieht. Vgl. dazu die Recensionen von Winbscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 49 fg. und v. Scheurl in der krit. Ueberschau V. S. 24 fg.

² L. 193 D. de R. I. 50. 17. „*Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes existissent*“. L. 138 pr. eod., l. 54 D. de acq. v. om. her. 29. 2. — L. 44 §. 1 D. de leg. I. 30: — „*ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur (sc. res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis*“. L. 86 §. 2 eod. — L. 17 §. 1 l. 35 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „*retro accrevisse dominium ei videtur*“. — L. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1: „*retro fructuarii fuisse*“. L. 43 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. — Vgl. l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7: — „*pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis*“. L. ult. D. comm. praed. 8. 4: — „*cum postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur*“.

³ L. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28: — „*cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrorahatur, et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt*“. L. 25. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: — „*confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus conscripta sunt*“. In l. 11 §. 2. 9 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und l. 40 D. de m. e. don. 39. 6 wird von dem befähigten nützigen Rechtsgeschäft selbst gesagt: *retro agitur, retro ducitur* (insofern nämlich die Befähigung eines nützigen Rechtsgeschäfts eigentlich neuer Abschluß desselben ist). In l. 15 D. de reb. dub. 34. 5 heißt es im Allgemeinen: *res retro ducitur*. — Vgl. über dieses Verhältniß die in Note 1 citirte verdienstliche Schrift von Fitting.

wenn dieser Thatbestand seinem Inhalt nach ein anderer wäre. Man spricht in diesen Fällen von einer Fiction⁴.

§. 68.

Eine Uebersicht über die verschiedenen juristischen Thatfachen gewährt folgende Betrachtung. Einen vorzugsweise wichtigen Grund der Entstehung des Untergangs und der Veränderung der Rechte bilden

- 1) die darauf gerichteten Willenserklärungen von Privatpersonen; man nennt sie Rechtsgeschäfte. Ihnen stehen gegenüber
- 2) die richterlichen Willenserklärungen, und
- 3) alle anderen Thatfachen. In diesem letzteren Falle spricht man von einer gesetzlichen Entstehung der Rechte¹.

Nicht alle juristischen Thatfachen erheischen und gestatten eine allgemeine Betrachtung, wie sie hier allein angestellt werden kann und darf. Einer solchen allgemeinen Betrachtung sind vielmehr nur folgende zu unterwerfen:

- 1) die Rechtsgeschäfte (§. 69—100);
- 2) das unerlaubte Verhalten (§. 101);
- 3) der Ablauf der Zeit. Die Zeit kann aber nicht bloß selbst juristische Thatfache sein, sondern es kann auch eine andere Thatfache erst durch ihre zeitliche Beziehung zu einer juristischen werden. Insofern ist von der rechtlichen Bedeutung der Zeit überhaupt zu handeln (§. 102—113)².

⁴ Das römische Recht liebt den Gebrauch der Fictiōnen besonders. So heißt es in der Formel der Arrogation (Gell. N. A. V. 19. 9), der Arrogirte solle in dieselbe rechtliche Lage kommen, als wäre er vom Arrogirenden erzeugt. Statt zu sagen, daß die (rechtliche) Freiheit des römischen Bürgers durch feindliche Gefangenschaft nicht beeinträchtigt werde, sagt das römische Recht: er sei, möge er aus der Gefangenschaft heimkehren oder in derselben sterben, anzusehen, als sei er nie in der Gefangenschaft gewesen, l. 12 §. 6 l. 16. 18. 22 pr. D. de capt. 15. Vgl. Demelius die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858) und dazu die Rec. von Arnolds krit. Vierteljahrscr. I. S. 93 fg.

¹ Die Vorstellung, welche dieser durchaus gebräuchlichen Bezeichnung zu Grunde liegt, ist: die Rechte entstehen 1) durch menschlichen Willen, 2) durch den Willen des Gesetzes. Es braucht nicht erst bemerkt zu werden, daß auch in dem ersten Falle das Entscheidende nicht der menschliche Wille ist, sondern der Wille des Gesetzes, welcher jenen mit rechtlicher Wirksamkeit begabt.

² Als Thatfache allgemeiner Bedeutung wird in den Lehrbüchern noch der

Eine Lehre giebt es aber noch, welche sich auf die juristischen Thatfachen überhaupt bezieht, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; diese ist zum Schluß darzustellen (§. 114—120).

II. Die Rechtsgeschäfte.

A. Begriff und Arten.

§. 69.

Rechtsgeschäft ist die Willenserklärung einer Privatperson des Inhalts, daß ein Recht entstehen, untergehen, oder eine Veränderung erleiden solle¹.

Die wichtigste Eintheilung der Rechtsgeschäfte ist die in einseitige und zweiseitige. Entweder nämlich genügt zur Hervorbringung der beabsichtigten rechtlichen Wirkung die Willenserklärung desjenigen, der sie hervorbringen will; oder es ist nothwendig, daß zu derselben die übereinstimmende Willenserklärung einer andern Person hinzutrete. Das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem

Tob hervorgehoben, insofern nämlich, als die Klagen aufgezählt werden, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (s. z. B. Savigny V. §. 230, Fuchta §. 88, Arnolds §. 104). In dieser Beziehung ist zu bemerken: 1) wenn es im römischen Rechte heißt, daß es actiones gebe, welche durch den Tod des Berechtigten oder Verpflichteten untergehen (vgl. z. B. §. 1 I. de perpet. et temp. act. 4. 12), so sind diese actiones für uns Ansprüche (§. 44); 2) wenn man die Ansprüche aufzählen will, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, so hat es keinen Sinn, dieß nicht für die Rechte überhaupt zu thun; 3) von einer Aufzählung der Rechte oder Ansprüche, welche den Tod des Subjects nicht überdauern, läßt sich ein Vortheil nicht absehen; es genügt die Bemerkung, daß es solche Rechte gibt, und, was das Nähere angeht, die Verweisung auf die besonderen Rechtslehren. Vgl. Windscheid die Actio xc. §. 5. — Ueber den f. g. concursus actionum s. §. 121 Note 9.

¹ Ueber die Definition des Rechtsgeschäfts herrscht kein Einverständnis s. 69. unter den Schriftstellern. Vgl. Buchholz jur. Abhandl. Nr. 9, Savigny III. S. 5. 6, Sintenis I. §. 19 Anm. 1, Wächter II. S. 634. 635, Unger II. S. 40. Man darf nicht sagen, Rechtsgeschäft sei die auf die Begründung zc. eines Rechts gerichtete Willenserklärung (Fuchta §. 49, Arnolds §. 63), weil darnach auch das richterliche Urtheil ein Rechtsgeschäft sein würde. Von der andern Seite wird die Definition zu enge, wenn man sie auf die eigenen Rechtsverhältnisse des Erklärenden stellt; ein Rechtsgeschäft kann auch Windscheid, Pandekten. I. Kothlg.

geläufigeren Ausdruck Vertrag². Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesammten Rechtsgebiet³, nicht bloß im Obligationenrecht.

Außerdem werden die Rechtsgeschäfte unterschieden in lästige und wohlthätige⁴, je nach dem sie eine Aufopferung enthalten (mag demselben ein Vortheil gegenüberstehen oder nicht), oder lediglich einen Vortheil bringen. Ferner in Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf Todesfall⁵; letztere sind diejenigen, welche bestimmt sind, die Rechtsverhältnisse des Erklärenden für die Zeit nach seinem Tode zu ordnen.

Hervorzuheben sind endlich noch die Begriffe der Veräußerung und des Verzichts⁷.

Von Veräußerung⁸ wird in verschiedenem Sinne gesprochen. Im engeren und eigentlichen Sinne versteht man darunter ein Rechtsgeschäft, wodurch Jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen Andern überträgt⁹. Im weiteren Sinne spricht man von Veräußerung auch da, wo ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne daß mit dieser Aufgabe die Uebertragung auf einen Andern verbunden ist¹⁰. Die Veräußerung wird aber endlich auch in einem weitesten

auf die Bestimmung von Rechtsverhältnissen Dritter gerichtet sein. Wächter II. S. 636 Note 4.

² Pactio, conventio. L. 1 §. 2. 3 D. de pactis 2. 14; cf. l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12.

³ Savigny III. §. 140, 141, Unger II. §. 93.

⁴ Letzteres war die in früherer Zeit herrschende Ansicht. Sie hing damit zusammen, daß man nicht zwischen den verschiedenen Arten der Verbindlichkeiten unterschied, den Begriff der Verbindlichkeit mit dem der obligatio identificirte. Noch jetzt ist dieser Ansicht Vangerow I. S. 857. S. demwider Arnbt's §. 63 Anm. 1.

⁵ Andere sagen: entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte. In den Quellen ist die Rede von einem Erwerbe ex causa lucrativa (l. 1. 23 §. 15 D. de A. E. V. 19. 1); freilich nicht auch von einem Erwerbe ex causa onerosa.

⁶ Inter vivos-mortis causa, welche Ausdrücke quellenmäßig sind, l. 3. 3. 1. 25 D. de inoff. 5. 2.

⁷ Alienatio; renuntiatio.

⁸ Savigny IV. §. 145—148, Wächter II. S. 638—643, Unger II. S. 173—179.

⁹ Der Uebertragung steht der Fall gleich, wo Jemand durch ein einem Andern bestelltes Recht sein Recht nur beschränkt, l. 7 O. de rob. al. 4. 54.

¹⁰ L. 5 §. 8 D. de rob. eor. 27. 9. „Fundum autem legatum repudiare

Sinne gefaßt, in welchem sie aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ganz ausscheidet; man versteht darunter nämlich auch jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechtes, wengleich das den Verlust Begründende etwas Anderes ist, als die Willenserklärung des Verlierenden¹¹. In welchem Sinne der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen¹².

Verzicht¹³ ist die Aufgabe eines Rechtes schlechthin, also gleich Veräußerung in der zuvor angegebenen zweiten Bedeutung; in weiterem Sinne des Wortes wird aber auch die Erklärung, ein Recht, dessen Erwerb möglich ist, nicht erwerben zu wollen, unter dem Verzicht mit begriffen. Darüber was zu einem bindenden Verzicht gehöre, läßt sich eine durchgreifende Rechtsregel nicht aufstellen¹⁴.

pupillus sine Praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat“. Vgl. l. 28 pr. i. f. D. de V. S. 50. 16.

¹¹ L. 8 pr. D. de V. S. 50. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem“. Dem ersten Theil der Stelle gibt eine engere Erklärung Savigny IV. S. 567—570. Auch der Fall der Zahlungsannahme, welchen Wächter und Unger unter Nr. 2 stellen, gehört hierher. Gai. II. 84, l. 15 D. de sol. 46. 3.

¹² So ist das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Pupill ohne auctoritas tutoris nichts veräußern könne (l. 5 §. 8 D. de reb. eor. 27. 9), keine alienatio im Sinne der Rechtsregel, daß der Gläubiger nichts in fraudem creditorum veräußern dürfe (l. 6 §. 4 D. quae in fr. cred. 42. 8). Das Nichtunterbrechen einer laufenden Verjährung ist keine alienatio gegenüber dem Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken (l. 16 D. de fundo dot. 23. 5), aber es ist eine alienatio für das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten, insofern wenigstens der Werth der Bereicherung zurückgefordert werden darf (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1).

¹³ Frij im Arch. f. civ. Pr. VIII. 15 (1825), Bachar Jahrb. f. Dogm. V. 5 (1861). Savigny IV. S. 544—547, Wächter II. S. 643—650, Unger II. S. 179—188.

¹⁴ Doch läßt sich so viel sagen, daß regelmäßig zu einem bindenden Verzicht die bloße Willenserklärung des Verzichtenden nicht genügt. So ist beim Eigenthum körperliche Aufgabe (Dereliction) erforderlich (§. 191), in anderen Fällen Acceptation von der Gegenseite.

B. Erfordernisse der Gültigkeit.

Einteilung.

§. 70.

Damit ein Rechtsgeschäft im Stande sei, die von ihm beabsichtigten rechtlichen Wirkungen hervorzubringen, muß es gewisse Erfordernisse an sich tragen. Fehlt ihm eines derselben, so ist es ein ungültiges Rechtsgeschäft. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ist unten näher zu handeln (§. 82); jedoch ist schon gleich hier zum Verständniß des Folgenden hervorzuheben, daß die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit sein kann, d. h. das ungültige Rechtsgeschäft hat gar keine Wirkungen, oder Anfechtbarkeit d. h. es hat an und für sich Wirkungen, aber denselben kann entgegengetreten werden.

Ueber die Erfordernisse der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist hier zunächst eine Uebersicht zu geben. Damit von einem Rechtsgeschäfte überhaupt geredet werden könne, ist nöthig, daß eine auf die Entstehung, Beendigung oder Umänderung eines Rechtes gerichtete Willenserklärung vorliege. Das Recht erkennt aber nicht die Willenserklärungen aller Personen an; es schreibt nicht allen Personen Handlungsfähigkeit zu (§. 71). Die Willenserklärung muß ferner die gehörige äußere Beschaffenheit haben (§. 72). Damit steht die Frage in Verbindung, ob die Willenserklärung auch durch dritte Personen erfolgen könne (§. 73. 74). Wenn ferner die Willenserklärung auch, von Außen betrachtet, allen gesetzlichen Anforderungen genügt, so kann das Rechtsgeschäft doch möglicherweise deswegen ungültig sein, weil die abgegebene Erklärung nicht dem wirklichen Willen entspricht (§. 75—77), oder weil der wirklich vorhandene Wille durch ungehörige Motive bestimmt worden ist (§. 78—80), oder weil der Inhalt desselben dem Rechte nicht genehm ist (§. 81). —

Wenn eine rechtliche Bestimmung ein Rechtsgeschäft verbietet oder für dasselbe etwas verlangt, so hat die Verletzung der Bestimmung Ungültigkeit zur Folge, wenngleich dieselbe nicht ausdrücklich angedroht ist; es müßte denn die Rechtsbestimmung ausdrücklich

eine andere, mit der Ungültigkeit nicht vereinbare, Folge ihrer Verletzung bezeichnen¹.

Ein Rechtsgeschäft, mit welchem das Gesetz umgangen wird, ist in derselben Weise ungültig, wie das direct gegen das Gesetz verstoßende².

1. Handlungsfähigkeit.

§. 71.

Unter (juristischer) Handlungsfähigkeit versteht man die vom Rechte gewährte Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung; auf Rechtsgeschäfte angewandt¹ ist sie also die Fähigkeit, durch Willenserklärung die einer Willenserklärung dieses Inhalts an und für sich zukommende rechtliche Wirkung erzeugen zu können. Diese Fähigkeit erkennt das Recht nicht in allen Personen an; andern gesteht es sie nur in beschränktem Maße zu².

1) Vollständig spricht das Recht sie ab den Wahnsinnigen (§. 54)³, die also durch ihre Willenserklärungen sich nicht nur nicht in eine ungünstigere, sondern auch nicht in eine günstigere Lage versetzen können⁴. Das Recht hat hier die natürliche That-

¹ L. 5 C. de legib. 1. 14; c. 64 de R. I. in VI^o. Scuff. Arch. s. 70. III. 258.

² L. 29. 30 D. de legib. 1. 3, l. 5 C. cit.

³ Die Lehre von der Handlungsfähigkeit findet bei den Rechtsgeschäften §. 71. nicht ihre einzige, aber doch eine vorzugsweise wichtige Anwendung; zugleich hat sie gerade bei diesen eine besondere Ausbildung erfahren. Deswegen erscheint es zweckmäßig, von der herrschenden Sitte abzuweichen, und sie zunächst für die Rechtsgeschäfte im Besonderen, nicht im Allgemeinen für Handlungen überhaupt darzustellen.

⁴ Vgl. im Allgemeinen Savigny III. §. 106—112.

⁵ Reyscher über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. deutsch. R. XIII. 9 (1852), v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geistesranke und Verschwender (1861).

⁶ §. 8 I. de inut. stip. 3. 19, l. 5 D. de R. I. 50. 17, l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 D. de acq. poss. 41. 2, l. 1 §. 12 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 12 cit. „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est“. Vgl. Scuff. Arch. III. 139. In etraoigen lichten Zwischentäumen findet jedoch vollständige Handlungsfähigkeit Statt, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70, l. 9 C. qui test. 6. 22, l. 2 C. de contr. omt. 4. 38. Nach neueren Gesetzgebungen fällt dieß weg, sobald eine gerichtliche Wahnsinnigkeitserklärung vorliegt; Arnold a. a. O. S. 49—52.

sache anerkannt, daß bei den Wahnsinnigen im Grunde von einem Willen gar nicht geredet werden könne.

2) In gleicher Weise wie mit dem Wahnsinn verhält es sich auch mit den Zuständen vorübergehender Geistesabwesenheit, wie sie durch Krankheit, Trunkenheit u. u. herbeigeführt werden können⁵.

3) Auch die Kinder im ersten Lebensalter ermangeln der natürlichen und deswegen auch vollständig der juristischen Handlungsfähigkeit⁶. Diesen Zustand läßt das römische Recht bis zum vollendeten 7. Jahre dauern (§. 54).

4) Unerwachsene Personen, welche das Kindesalter zurückgelegt haben, sind nicht vollständig handlungsunfähig, aber sie sind in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt, und zwar nach folgenden näheren Regeln.

a) Geschlechtsunreife (§. 54) können ohne Mitwirkung ihres Vormundes ihre rechtliche Lage nicht verschlechtern: jedes darauf gerichtete Rechtsgeschäft, welches sie ohne Mitwirkung ihres Vormundes vornehmen, ist nichtig⁷.

b) Geschlechtsreife Minderjährige (§. 54) können ohne Zustimmung ihres Vormundes kein Rechtsgeschäft abschließen, welches eine Veräußerung enthält; der Mangel der nöthigen Zustimmung hat auch hier Nichtigkeit zur Folge⁸.

⁵ L. 17 D. qui test. 28. 1. Ueber Trunkenheit vgl. Seuff. Arch. III. 4. 140. XIII. 140. Auch der höchste Grad des Zornes bringt Vernunftlosigkeit mit sich; der Zorn aber an und für sich ist kein Ungültigkeitsgrund. Die zu allgemein redende l. 48 D. de R. I. 50. 17 erhält ihr richtiges Verständniß durch l. 3 D. de div. 24. 2, wo die Rede des Paulus vollständiger wiedergegeben ist.

⁶ L. 1 §. 12. 13 D. de O. et A. 44. 7, §. 10 I. de inut. stip. 3. 19. Da sie keinen wirklichen Willen haben, so kann auch durch Mitwirkung des Vormundes eine Willenserklärung derselben nicht hervorgebracht werden, l. 1 §. 2 D. de adm. 26. 7. Singuläre Ausnahme in l. 32 §. 2 D. de acq. poss. 41. 2. Vgl. §. 155 Note 13.

⁷ Pr. §. 1 I. de auct. 1. 21, l. 9 pr. — §. 4 D. eod. 26. 8, l. 11 D. de A. R. D. 41. 1. Mitwirkung des Vormundes: auctoritas tutoris. Ueber die Erfordernisse derselben im Gegensatz des bloßen Consensus s. §. 2 I. de auct. 1. 21, l. 9 §. 5. 6. D. eod. 26. 8. Testamente werden auch durch die Mitwirkung des Vormundes nicht gültig. Ebenso ist für die Ehe Geschlechtsreife absolutes Erforderniß.

⁸ L. 3 O. de i. i. r. min. 2. 22. In dieser Stelle ist nur von Verkäufen die Rede, die Ausdehnung ihrer Vorschrift aber auf alle eine Veräußerung

c) Gegen jedes an und für sich zu Recht bestehende Rechtsgeschäft, welches in der Minderjährigkeit, gleich viel ob vor oder nach der Geschlechtsreife, abgeschlossen worden ist, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden (§. 117)⁹.

enthaltenden Rechtsgeschäfte (§. 69) unbedenklich. Die Ausnahme, welche die Stelle für den minor sine curatoris constitutus macht, ist heutzutage, wo Minderjährige nothwendig einen Vormund haben, unpractisch. Ueber die Fälle, wo die Zustimmung des Gerichtes erforderlich ist, s. die Lehre von der Vormundschaft. — Die früher herrschende, auch jetzt noch von Vielen festgehaltene Ansicht ging dahin, daß das römische Recht auch die Verpflichtungen, welche der Minderjährige ohne Zustimmung des Vormundes eingehe, für nichtig erkläre, gegen l. 101 de V. O. 45. 1: „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari“, welche Stelle „offenbar nicht interpretirt, sondern nur angenommen sein (will)“ (Brinz I. S. 43). Vgl. über diese Streitfrage Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 12 (1829), Wangerow I. §. 291 Anm. 2, und auf der anderen Seite Puchta §. 51 d. und dazu Vorles. I. S. 113—115. Nur in Ausnahmefällen hat der Mangel des Consensus des Vormundes nach römischem Recht Nichtigkeit der Verpflichtung des Minderjährigen allerdings zur Folge, l. 60. 61 pr. D. de I. D. 23 3, l. 26. C. de adm. tut. 5. 37. Vgl. dazu aber Rudorff zu Puchta Vorl. I. S. 115 Anm. 6 und S. 114 Anm. 3, Brinz I. S. 44.

⁹ Dieß sind die römischen Grundsätze. Die heutige Anwendbarkeit derselben ist aber sehr bestritten. Von Vielen wird behauptet, daß es im heutigen Recht einen Unterschied zwischen der Handlungsfähigkeit der impuberes und der der minores (abgesehen von Ehe und Testament) nicht mehr gebe, daß die minores in gleicher Weise wie die impuberes, zwar nicht an die Mitwirkung, aber doch an die Zustimmung ihrer Vormünder gebunden seien. In früherer Zeit war dieß sogar die herrschende Meinung (Glück XXX. S. 54), und auch heutzutage wird sie noch von sehr achtungswerthen Stimmen vertreten, s. namentlich Kraut Vormundschaft II. S. 97 fg., außerdem Savigny Zeitschr. f. geschichtl. RW. X. S. 295—297, Seuffert Pand. §. 257. 502, Sintenis I. §. 17 Note 32 u. III. S. 145 Note 1, Arnolds §. 452 Anm. 1, Gerber deutsch. Privatr. §. 244, Beseler deutsch. Privatr. II. S. 269, Bluntzschli deutsch. Privatr. §. 16. Aber ebensowenig fehlt es, und hat es von jeher an Dissidenten gefehlt, s. Glück XXX. S. 55 fg. 69 fg. 476 fg., Rudorff Recht der Vormundschaft. I. S. 114 fg. und II. S. 91, Göschen Vorl. über das gemeine Civilr. II. 2. §. 429, Puchta §. 334, Wangerow I. S. 612, Brinz S. 45, Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 319, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 428. Ihr Hauptargument nimmt die erste Meinung aus der Bestimmung der R. P. D. (1548 Tit. 31 §. 1, 1577 Tit. 32 §. 1) über die Nothwendigkeit der Vormundschaft für minores; aber mehr enthält dieselbe doch auch, wenigstens ihrem Wortlaute nach, nicht. Die bei Seuffert (I. 270. III. 311. XI. 25. XIII. 241) mit-

5) Interdicirte Verschwenber stehen den Geschlechtsunreifen gleich; die Willenserklärungen, welche auf eine Verschlechterung ihrer rechtlichen Lage gerichtet sind, sind ohne Zustimmung des ihnen beigeordneten Vermögenspflegers nichtig¹⁰.

6) Bei juristischen Personen kann ihrem Begriffe nach von Handlungen keine Rede sein; es können ihnen nur die Handlungen anderer Personen als ihre Handlungen angerechnet werden (§. 59).

2. Form der Willenserklärung.

§. 72.

Zur Gültigkeit der Willenserklärung gehört ferner, daß sie die gehörige äußere Beschaffenheit habe. Ist für die Willenserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben¹, und dieselbe ist nicht beobachtet, so ist die Willenserklärung nichtig². Die hauptsächlichsten Formen, welche im gemeinen Recht für die Gültigkeit der Willenserklärungen erforderlich werden, sind: Zuziehung von Zeugen³, schriftliche Aufzeichnung, Beurkundung durch das Ge-

getheilten Urtheile haben sich übrigens sämmtlich für die erste Meinung ausgesprochen.

¹⁰ L. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 10 pr. D. de cur. fur. 27. 10, l. 9 §. 7 D. de B. O. 12. 1, l. 25 D. de fidei. 46. 1. Von ihren Testamenten gilt dasselbe, wie von den Testamenten Geschlechtsunreifer. Scuff. Arch. XII. 2. XIII. 9. Vgl. die in §. 71 Note 3 angeführte Schrift von v. Arnob.

§. 72. ¹ Ueber die Bedeutung der Form im Allgemeinen und im römischen Recht im Besonderen, und über den Werth derselben s. außer Savigny III. §. 130 vor Allem die treffliche Abhandlung von Thering Geist des röm. Rechts II. §. 45—47 (1858), welche übrigens nicht bloß auf Rechtsgeschäfte Rücksicht nimmt. Vgl. auch v. Biberdorff die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten (1857).

² Es ist aber von der Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft in bestimmter Form errichtet werden müsse, zu unterscheiden die Vorschrift, daß ein Rechtsgeschäft nur durch gewisse Beweismittel, z. B. Urkunden, solle bewiesen werden können. Im Zweifel ist nicht das Letztere als der Sinn einer Formvorschrift anzusehen.

³ Ueber den Unterschied zwischen Solemnitäts- und Beweiszweugen s. Thering Jahrb. f. Dogm. II. S. 293—295, Unger II. §. 90 Note 13.

richt⁴. Es kommt auch vor, daß Bestätigung des Gerichtes⁵ oder gar des Landesherrn verlangt wird. — Ist eine bestimmte Form für die Willenserklärung nicht vorgeschrieben⁶, so kann sie in jeder beliebigen Weise gemacht werden. Es ist in diesem Falle sogar nicht nothwendig, daß sie ausdrücklich gemacht werde, d. h. durch Aeußerungen, welche keine andere Bestimmung haben, als die, diesen Willen zu erklären⁷. Sondern es genügt auch eine stillschweigende Willenserklärung⁸, d. h. der Wille wird als gehörig an den Tag gelegt angesehen, wenn ein Benehmen (Thun oder Unterlassen) vorliegt, aus welchem auf das Vorhandensein des Willens ein sicherer Schluß gezogen werden kann⁹. Wann

⁴ Dafür haben die Quellen den Ausdruck: *actis, gestis insinuare* (*acta, gesta* = das Gerichtsprotocoll). Auch heutzutage spricht man noch von gerichtlicher Insinuation oder Insinuation schlechthin.

⁵ In diesem Falle muß das zuständige Gericht thätig werden, während die bloße Beurkundung durch jedes Gericht geschehen kann. Vgl. auch Thering Jahrb. f. Dogm. I. S. 299—302.

⁶ Man nennt die Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, eine formlose, — dem Sprachgebrauche gemäß, und deswegen nicht ungenügend mit Recht, weil auch sie, wie jedes Ding, eine äußere Erscheinung (Form in diesem Sinne) hat.

⁷ Eine ausdrückliche Willenserklärung kann nicht bloß durch Worte, sondern auch durch Gebärden gemacht werden, l. 52. §. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 pr. D. de leg. III. 32.

⁸ Besondere Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Kori über die stillschweigende Willenserklärung (1817), Heyne de voluntatis tacite patentiae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). S. außerdem Savigny III. §. 131. 132, Unger II. §. 86, Schlicmann Lehre vom Zwange (1861) §. 12.

⁹ L. 57 pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat“. L. 15 D. de acq. v. om. her. 29. 2. „Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis“. L. 5 D. ratam rem 46. 8. „Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu. Denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem“. Andere Beispiele in: §. 7 I. de her. qual. 2. 19, l. 20 D. de acq. v. om. her. 29. 2, — l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14, l. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 14 C. de solut. 8. 43, — l. 13 §. 11 D. loc. 19. 2, l. 26 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 37. pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1, — Scuff. Arch. IV. 8. — Schlicmann a. a. D. will von einer stillschweigenden Willenserklärung schon dann gesprochen wissen, wo der zum Zwecke der Willenserklärung gemachten Aeußerung nicht von der allgemeinen Sitte die Bestimmung, Ausdruck des Willens

dieß der Fall sei, darüber lassen sich nähere Regeln nicht angeben; es ist auf die Umstände des einzelnen Falles zu sehen. Auch Schweigen kann unter Umständen als genügender Willensausdruck angesehen werden müssen¹⁰. — Eine ausdrückliche Erklärung, wodurch sich Jemand dagegen verwahrt, daß in seinem Benehmen eine stillschweigende Willenserklärung gefunden werde, nennt man eine Protestation¹¹, speciell eine Reservation, wenn sie den Zweck hat, den Schluß auf einen Verzicht abzulehnen¹².

zu sein, beigelegt werde, — aus ungenügenden Gründen. Wichtig dagegen ist die Bemerkung, daß in einer ausdrücklichen Willenserklärung auch eine stillschweigende liegen kann, so z. B. in der Entlastung eines Erbschaftsschuldners der Antritt der Erbschaft.

¹⁰ Das c. 43 de R. I. in v¹⁰, welches zu allgemein sagt: „qui tacet consentire videtur“, wird durch die unmittelbar folgende Stelle (c. 44 eod.) corrigirt: „is qui tacet non fatetur, sed nec atique negare videtur“. Letztere Stelle wiederholt dem Inhalt nach die l. 142 D. de R. I. 50. 17. Fälle, in welchen die Quellen in dem Schweigen eine stillschweigende Willenserklärung finden, s. in l. 7 §. 1 l. 12 pr. D. de spons. 23. 1, l. 5 C. de nupt. 5. 4, l. 5 D. de adopt. 1. 7, l. 1 §. 4 D. de agnosc. 25. 3, l. 12. 16 D. de SC⁰ Mac. 14. 6, l. 19 D. de aqua 39. 3. Vgl. Seuff. Arch. I. 40. IV. 211. V. 117. X. 252. XI. 80.

¹¹ Die Protestation ist aber nur dann wirksam, wenn die betreffende Handlung eine andere Auslegung als die abgelehnte möglicherweise zuläßt, nicht die s. protestatio facto contraria. So würde z. B. eine Protestation in den Fällen der l. 57 pr. D. de pactis 2. 14 (vgl. l. 2 §. 6 D. de dol. m. exc. 44. 4) und l. 5 D. ratam rem 46. 8 unwirksam sein. Vgl. Seuff. Arch. III. 315.

¹² Es kommt im römischen Recht auch vor, daß rechtliche Folgen, welche ohne alle Willenserklärung eintreten, vorgestellt werden als auf einer Willenserklärung beruhend. In dieser Weise werden z. B. die gesetzlichen Pfandrechte (vgl. namentlich Dig. 20. 4 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) behandelt. So wird ferner der Satz, daß, wenn die Tochter wahnstinnig sei, der Vater die an sie gefallenene Dos auch ohne ihre Einwilligung einziehen könne, in l. 2 §. 2 D. sol. matr. 24. 3 so ausgedrückt: da sie nicht widerspreche, sei sie als einwilligend anzusehen. Man spricht in einem solchen Falle von einer fingirten Willenserklärung; vgl. Savigny III. §. 133 (ber aber auch Fälle hierher zählt, welche nicht hierher gehören, bei welchen entweder die Quellen den bezeichneten Gesichtspunkt nicht anlegen [so l. 35 pr. D. de proc. 3. 3, l. 21 C. eod. 2. 13]), oder in denen eine stillschweigende Willenserklärung vorliegt [l. 4 §. 1 l. 7 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6]). Besser gibt man die ganze Vorstellung auf, da weder ein Nutzen von derselben abzusehen ist, noch in den Quellen selbst irgendwelches Gewicht auf dieselbe gelegt wird. Vgl. auch Böcking I. §. 118 Anm. und Unger §. 85 Note 17.

3. Willenserklärung durch Andere*.

§. 73.

Die Erklärung des Willens kann, insofern die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form kein Hinderniß in den Weg legt, auch durch einen Andern erfolgen¹. Wenigstens ist dieß die Regel; eine Ausnahme findet namentlich beim Testamente Statt.

Mit dem Gesagten ist gemeint, daß Jemand den Willen, welchen er hat, durch einen Andern erklären, daß derjenige, welcher die Erklärung thatsächlich abgibt, Organ der Aeußerung eines fremden Willens sein könne. Es entsteht aber die Frage, ob Jemand durch einen Andern auch in der Weise rechtlich thätig werden kann, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt, mit der Bestimmung jedoch, daß die Willenserklärung als von demjenigen ausgegangen gelten soll, in dessen Namen er sie abgibt². Diese Frage hat das römische Recht im Principe durchaus

* Savigny III. §. 113 (1840), Wächter II. §. 88 (1851), Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852), und dazu Brinz krit. Blätter Nr. 2 (1852) und Dernburg in Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 1 fg. (1853), Savigny Obligationsrecht II. §. 54—56 (1853), Ruffrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854), Bangerow III. §. 608 Anm. (1856), Ihering Jahrb. f. Dogm. I. 7 (1857), Unger II. §. 90 (1857), v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II. 1 (1858), Ihering das. II. 3 (1858).

¹ L. 2 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 3 l. 15 D. de pec. const. §. 73. 13. 5.

² Man brüdt diese Frage gewöhnlich so aus: ist bei Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig? Im Texte ist dieser Ausdruck vermieden worden, weil er in der That die Frage nicht präcis bezeichnet. Denn eine Stellvertretung liegt auch da vor, wo Jemand Organ der Aeußerung eines fremden Willens ist; er ist nur nicht Vertreter in Betreff des Willens, sondern Vertreter in Betreff der Erklärung des Willens. In Stellvertretung ist auch da vorhanden, wo Jemand, der die Geschäfte eines Andern führt, in Folge und auf Grund dieser Geschäftsführung ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne im Geschäft selbst als Stellvertreter hervorzutreten, also auf eigenen Namen und für sich vorbehaltend, die dadurch erzeugten Wirkungen später auf den Principal zu übertragen (s. das im Text sogleich Folgende). Man hat zwar für den einen wie für den anderen Fall geltend, daß in demselben eine Stellvertretung vorliege, aber offenbar im Widerspruch mit dem Sprachgebrauch; wie das denn für den letzteren Fall auch von Anderen anerkannt worden ist, welche

verneint³, indem es den Ausweg eröffnet, daß der Vertreter die Handlung in eigenem Namen und zunächst mit Wirkung für sich selbst vornehme, hinterher aber die für ihn entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf den Principal übertrage⁴, wobei es unter Umständen in der Weise zur Hülfe kommt, daß es den Uebertragungsact für überflüssig erklärt, und auch ohne denselben die Rechte und Verbindlichkeiten als übergegangen annimmt⁵. Das römische Recht ist aber nicht im Stande gewesen, das aufgestellte Princip ohne Ausnahmen durchzuführen. Eine solche Ausnahme liegt zwar nicht in dem Erwerbe der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen⁶; hier wird das bezeich-

in ihm von einer mittelbaren oder unvollkommenen Stellvertretung reden. Daraus folgt, daß der Begriff der Stellvertretung ein viel zu allgemeiner ist, um juristisch brauchbar zu sein. Stellvertretung liegt überall da vor, wo Jemand statt eines Andern handelt; aber das kann, wie aus dem Besagten hervorgeht, in sehr verschiedener Weise geschehen. — Fast noch mehr, als durch die Verkennung dieses Punktes ist die Lehre von der Stellvertretung dadurch verwirrt und verbunkelt worden, daß man auch den Erwerb und die Verpflichtung der Gewalthaber durch die ihrer Gewalt Unterworfenen hineingezogen hat, obgleich hier gar kein Handeln statt eines Andern, sondern nur ein Handeln mit Wirkung für einen Andern vorliegt (vgl. Noten 6—9). — Um die Reinigung des Begriffs der Stellvertretung haben sich namentlich verdient gemacht Brinz, Scheurl, Fhering in den oben genannten Abhandlungen.

³ L. 6 C. si quis alteri 4. 50. — „Si — ab initio negotium uxoris corens comparasti nomine uxoris, emti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum quae tibi non vis nec illi potes“.

⁴ Es ist klar, daß ein anderer Ausweg noch näher gelegen haben würde, der, daß der Vertreter zwar in eigenem Namen handelte, aber mit der Bestimmung, daß seine Handlung nicht für ihn, sondern für den Andern, den er vertreten wollte, Wirkung haben sollte. Aber diesem Auswege stellte sich ein anderes Princip des römischen Rechtes entgegen, wornach nur diejenige Willenserklärung (unter Lebenden) anerkannt wird, welche auf die Erzeugung von rechtlichen Wirkungen für die eigene Person des Erklärenden gerichtet ist. L. 1 C. per quas pers. 4. 27. „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitali iuris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegrata rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est“. L. 11 D. de O. et A. 44. 7. Freilich ist auch dieses Princip, so wenig wie das andere, ausnahmslos durchgeführt worden. S. das Obligationenrecht.

⁵ Darüber im Obligationenrecht.

⁶ Ulp. XIX. 18, Gai. II. 86—90, pr. §. 3 I. per quas pers. 2. 9.

nete Princip durch ein anderes Princip durchbrochen, kraft dessen die Erwerbshandlungen der Gewaltunterworfenen nach rechtlicher Nothwendigkeit, also auch wenn sie es nicht wollen, als Handlungen der Gewalthaber gelten⁷. Eine solche Ausnahme liegt auch nicht in der unter Umständen eintretenden Verpflichtung der Gewalthaber durch die Rechtsgeschäfte der Gewaltunterworfenen⁸; auch hier handelt es sich nicht um Handlungen, welche als Handlungen eines Andern gelten wollen, sondern um Handlungen, welche Jemand in eigenem Namen vornimmt, denen aber das Recht außer für ihn auch Wirkungen für einen Andern beilegt⁹. Eine solche Ausnahme liegt aber namentlich¹⁰ in der zugelassenen Möglichkeit des Erwerbes des Besizes, und dadurch des Eigenthums, für einen Andern¹¹, so wie darin, daß für einen Andern ein Pfandrecht erworben¹², und unter Umständen eine Erbschaft an-

⁷ §. 4. 13 I. de inut. stip. 3. 19; vgl. 1. 79 D. de acq. v. om. her. 29. 2.

⁸ Gai. IV. 69—75, tit. I. quod cum eo 4. 7.

⁹ Das Nähere im Obligationenrecht.

¹⁰ Ueber einen anderen wichtigen hierher gehörigen Fall s. Fhering Jahrb. f. Dogm. II. S. 87—120, mit dem ich freilich in der Auffassung nicht ganz einverstanden bin. Das Nähere im Obligationenrecht.

¹¹ Auch diese Möglichkeit ist erst allmählig anerkannt worden, vgl. 1. 41 D. de usurp. 41. 3 mit 1. 1 C. de acq. poss. 7. 32. Was den Eigenthumserwerb angeht, s. §. 5 I. per quas pers. 2. 9, 1. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1. — Zunächst lag doch auch in der Zulassung des Besitzerwerbes durch einen freien Vertreter keine Ausnahme von dem aufgestellten Princip. Denn derjenige, welcher für einen Andern mit dem Willen desselben Besitz ergreift, vertritt denselben nicht in einer Willenserklärung, sondern in dem factischen Haben der Sache; er ist Organ nicht seines Willens, sondern seiner factischen Beherrschung der Sache. Ebenso läßt sich sagen, daß auch bei dem an den Besitz angeknüpften Eigenthumserwerb der Vertreter, welcher zu dem was er thut speiell beauftragt worden ist, nicht seinen eigenen Willen im Namen des Andern erklärt, sondern nur Träger und Ueberbringer des fremden Willens ist. Aber weder die eine noch die andere Auffassung ist da möglich, wo der Auftrag des Vertretenen so allgemein ist, daß der Vertreter in der Besizergreifung und dem Eigenthumserwerb seinen eigenen Entschluß ausführt, oder wo der Vertreter gar willenlos, Kind, wahnstinnig, juristische Person u. s. w. In diesen Fällen liegt in der That eine eigene Handlung des Vertreters vor, welche aber als Handlung des Vertretenen rechtlich angesehen wird. Vgl. §. 155 Note 10.

¹² Nach Justinian's Bestimmung in 1. 2 C. per quas pers. 4. 27. Das ältere Recht in 1. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7. Die der letzteren Stelle

getreten werden kann¹³. Trotz dieser Ausnahmen hat das Princip selbst im Justinianischen Rechte noch seine volle Geltung behalten¹⁴. Dagegen gilt es im heutigen Rechte nicht mehr; es ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt. Für das heutige Recht bildet es umgekehrt die Regel, daß Rechtsgeschäfte durch einen Anderen auch in der Weise abgeschlossen werden können, daß dieser Andere seinen eigenen Willen erklärt. Sobald Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er im Namen eines Anderen handle¹⁵, hat seine Willenserklärung, vorausgesetzt, daß er die Grenzen seiner Vertretungsbefugniß (§. 74) nicht überschritten hat, für ihn gar keine Wirkung, für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche,

widersprechende l. 21 D. de pign. 20. 1 hält man für interpolirt, vgl. aber auch Kuborff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. S. 214, Dernburg Pandv. I. S. 204, v. Scheurl krit. Vierteljahrsschr. II. S. 444.

¹³ Namentlich bei der bonorum possessio. Man versteckte sich hier hinter den Namen, um dem Bedürfnis des Lebens gerecht werden zu können. Das Nähere im Erbrecht.

¹⁴ Nach einer namentlich von Savigny (s. besonders Obligationenrecht II. S. 42 fg.) vertretenen Ansicht steht die Sache im Justinianischen Rechte so, daß bei allem naturalen Erwerb (welchen Savigny mit dem formlosen indentificirt) Stellvertretung (in dem hier in Betracht kommenden Sinne) zugelassen sei, nicht aber bei dem civilen. Diese Ansicht wird gestützt auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1. „Ea quae civiliter acquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiruntur, sicuti est possessio, per quemlibet voluntibus nobis possidere acquiruntur.“ Nach meiner Meinung ist aber in dieser Stelle nicht von dem Gegensatz zwischen ius civile und ius naturale, sondern von dem Gegensatz zwischen Recht und Thatsache die Rede; der Erwerb des Besitzes für einen Andern ist Begründung einer Thatsache für denselben, nicht Begründung eines Rechtes. Vgl. Note 11 und §. 148 Note 12. Diese Erklärung ist auch schon von Anderen aufgestellt worden, s. Mühlenthal Cession S. 44 Note 71, Ruffstrat a. a. O. S. 36, Wächter II. S. 677. Puchta (Inst. II. §. 203 n., Vorles. zu Pand. §. 52), welcher sich ebenfalls gegen Savigny erklärt hat, beseitigt die Stelle auf eine sehr willkürliche und doch nicht genügende Weise.

¹⁵ Ob er dann aber sagt, z. B. ich kaufe, im Namen meines Principals, oder für meinen Principal, oder einfach ich kaufe, ist gleichgültig. Indem er sich bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts als Vertreter zu erkennen gibt, hat er hinlänglich an dem Tag gelegt, daß er seine Willenserklärung rechtlich nicht als die seinige, sondern als die des Principals angesehen wissen will. Ruffstrat a. a. O. S. 45—50.

als hätte dieser sie selbst abgegeben¹⁶. Von der anderen Seite ist es thatsächlich immer der Wille des Vertreters, welcher erklärt wird, und daher ist nicht nur die Frage, ob der erklärte Wille wirklich vorhanden ist, aus seiner Person und nicht aus der des Vertretenen zu beantworten¹⁷, sondern auch bei der ferneren

¹⁶ Das Gewohnheitsrecht, auf welches dieser Satz im Texte gegründet worden ist, wird bewiesen durch die Anführungen bei Buchta S. 221 fg. und einen Blick auf das heutige Verlebensleben. S. auch Scuff. Arch. V. 13. VI. 33. VIII. 255. XI. 149. XIII. 313. Nicht beigetreten ist der Art und Weise, wie Savigny (Obligationenrecht II. §. 56. 57) den bezeichneten Satz aus dem römischen Recht selbst herzuleiten versucht hat. Savigny beruft sich auf l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, nach welcher im Justinianischen Rechte die Stellvertretung nur noch bei der heutzutage unpractischen Stipulation ausgeschlossen sei, — s. darüber Note 14, — sowie auf die bereits im römischen Rechte zugelassene Abschließung eines Rechtsgeschäfts durch Voten (vontii), indem er den Begriff des Voten auf alle Fälle des Handelns im Namen eines Dritten ausdehnt; gegen das Letztere ist (abgesehen von Anderem, vgl. Thöl Handelsrecht I. S. 100—102) die Bemerkung genügend, daß der Principal auch willensunfähig sein kann. — Es wird aber der im Texte aufgestellte Satz nicht von allen Schriftstellern anerkannt, und namentlich für obligatorische Rechtsgeschäfte von Vielen behauptet, daß durch dieselben auch heutzutage noch zunächst und unmittelbar der Vertreter berechtigt und verpflichtet werde, s. Buchta §. 52. 273 und dazu Vorl., Bangerow III. S. 314—316, v. Scheurl Jahrb. f. Dogm. II. S. 72, vor Allem aber Thöl Handelsrecht I. §. 25 Anm. 2. Der Grundgedanke der Thöl'schen Polemik ist, daß der Contract des Einen nicht der Contract des Andern sein könne. Gewiß kann die Thatsache, daß A. contrahirt hat, nicht die Thatsache sein, daß B. contrahirt hat; aber darum handelt es sich hier auch nicht. Es handelt sich darum, daß der Contract des Einen als der Contract des Andern gedacht, vorgestellt (wie man sich gewöhnlich ausdrückt, fingirt [§. 67 a. E.]) werde. Nun läßt sich allerdings ferner sagen, daß der Contract des A. als der Contract des B. auch nicht gedacht werden könne; denn denke man den Contract des B., so denke man eben nicht den Contract des A., sondern statt des Contractes des A. einen andern Contract. Will man daher ganz genau sprechen, so muß man so sagen: es wird für die rechtliche Beurtheilung angenommen, daß (nicht: der Contract des Vertreters, sondern) ein Contract wie der des Vertreters von dem Vertretenen abgeschlossen worden sei, — in welcher Formel man bloß für Contract Willenserklärung zu setzen hat, um sie für die Lehre von der Stellvertretung überhaupt brauchbar zu machen. Die bezeichnete Ungenauigkeit im Ausdruck ist übrigens, wie sie dem Leben durchaus geläufig ist, so auch für die juristische Betrachtung, wenn man einmal darauf aufmerksam geworden ist, ungefährlich.

¹⁷ Wenn z. B. der Vertreter sich in einem wesentlichen Irrthum befindet (§. 76), so ist die Willenserklärung auch für den Vertretenen nichtig, wenn-

Beurtheilung der Gültigkeit und Wirkung der Willenserklärung, so weit dabei Regeln zur Anwendung kommen, die einen gewissen Zustand des Innern des Urhebers des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben¹⁸, auf seine Person zu sehen¹⁹.

§. 74.

Das Recht, ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abzuschließen, kann begründet sein 1) in einem öffentlichen Amte, z. B. der Vormundschaft, 2) in der Verfassung einer juristischen Person, 3) in einer von dem Geschäftsherrn erteilten Vollmacht¹.

gleich dieser den Irrthum nicht theilt, d. h. das von dem Vertreter Erklärte wirklich wollte. Er hat seinen Willen nicht erklärt, der Vertreter das Erklärte nicht gewollt.

¹⁸ Wenn der Vertreter bei einem Kauf den Fehler der gekauften Sache kennt, so hat der Vertretene wegen des Fehlers keinen Anspruch, wenngleich derselbe ihm unbekannt war. Ist der Vertreter zu der Willenserklärung durch Zwang oder Betrug bestimmt worden, so ist sie auch für den Vertretenen ungültig, obgleich derselbe nicht gezwungen oder betrogen worden ist. — Dagegen ist in allen anderen Beziehungen die Gültigkeit und Wirkung der Willenserklärung aus der Person des Vertretenen zu beurtheilen, und nicht aus der Person des Vertreters. So ist die Willenserklärung für den Vertretenen nicht ungültig, wenn der Vertreter minderjährig ist (anders wenn derselbe wahnsinnig ist, denn dann liegt gar nicht die Erklärung eines Willens vor). Wäre etwa für den Vertreter eine Form vorgeschrieben, nicht für den Vertretenen, so bedürfte die Willenserklärung einer Form nicht, und ebenso umgekehrt, u. s. w. — Die ganze Frage wartet übrigens noch einer eingehenden Behandlung. Vgl. einflussreichen Puchta a. a. O. S. 227 fg., Dernburg a. a. O. S. 17 fg., Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. 8. VII. S. 269—276.

¹⁹ Möglicherweise freilich kann es auch zugleich auf den Zustand des Innern des Vertretenen ankommen, und es ist dies wirklich der Fall, wenn derselbe zum Abschluß des Rechtsgeschäfts einen speziellen Auftrag gegeben hat. Wenn er z. B. Auftrag zum Ankauf einer bestimmten Sache in Kenntniß ihrer Fehlerhaftigkeit gegeben hat, so kann er aus derselben einen Anspruch nicht erheben, wenn sie auch dem Vertreter unbekannt war. Ebenso ist das von dem Vertreter ohne Zwang oder Verleitung durch Betrug abgeschlossene Rechtsgeschäft für den Vertretenen ungültig, wenn Zwang oder Betrug angewendet worden sind, um ihn zur Ertheilung des Auftrags zu bestimmen.

¹ Die römische Rechtssprache bezeichnet die Vollmacht mit dem nämlichen Ausdruck, mit welchem auch der Auftrag bezeichnet wird (mandatum). Unsere Rechtssprache ist in dieser Beziehung reicher. 'Auftrag' bezeichnet die Seite des Verhältnisses, daß Einer für einen Andern etwas thun muß, 'Vollmacht'

Der Umfang der Vollmacht muß, wo er zweifelhaft ist, durch Auslegung gefunden werden².

Hat Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen, ohne dazu berechtigt zu sein, so kommt es darauf an, ob der Andere das Rechtsgeschäft genehmigt³, oder nicht. Bis sich dieß entscheidet, befindet sich das Rechtsgeschäft in dem Zustand der Schwebung; seine rechtliche Wirkung ist nicht negirt, aber suspendirt⁴. Erfolgt die Genehmigung, so wird dadurch der Mangel der ursprünglichen Berechtigung des Vertreters erseht, und das Rechtsgeschäft wird für den Genehmigenden wirksam, als wenn es von Anfang an mit seiner Vollmacht abgeschlossen worden wäre⁵. Dieß gilt nicht bloß für den Inhalt des Rechtsgeschäftes,

die Seite, daß Einer für einen Andern etwas thun darf. Allerdings liegt in dem Auftrage auch eine Vollmacht; wer für mich handeln muß, darf auch für mich handeln.

² Die Unterscheidung der Vollmacht in eine generelle und specielle hilft dabei nicht; es sind dieß rein relative Begriffe: eine Vollmacht ist generell oder speziell, je nach dem sie genereller oder spezieller ist, als eine andere. Ueber die Auslegung einer Vollmacht zur Verwaltung des ganzen Vermögens s. I. 58. 60. 63 D. de proc. 3. 3, l. 12 D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. D. de don. 39. 5, c. 4 de proc. in VI^o l. 19.

³ Ratam habere, ratihabito. Von Genehmigung und ratihabito wird übrigens nicht bloß bei Rechtsgeschäften, welche ein Anderer in unserm Namen abgeschlossen hat, gesprochen (s. §. 81 Note 3, §. 83 Note 4. 9), ferner nicht bloß bei Rechtsgeschäften (vgl. z. B. l. 1 §. 14 D. de vi 43. 16, l. 13 §. 6 D. quod vi aut clam. 43. 24); genehmigen heißt im Allgemeinen: eine (fremde) Handlung billigen, gutheissen. Von der Genehmigung überhaupt handeln: Busse de ratihabitione (1834) und Beckhaus über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1859), beide ungenügend. Vgl. über diese schwierige und bestrittene Lehre außerdem: Wächter II. §. 100, Böcking §. 116 o. sqq., Vangerow I. S. 149. 150, Sintenis I. S. 156 fg., Unger II. §. 92, Fhering Jahrb. f. Dogm. I. S. 295—302, Dernburg Pfandrecht I. S. 207—209. 229—231.

⁴ Das Rechtsgeschäft ist nicht ungültig, es befindet sich in derselben Lage, wie das bedingte Rechtsgeschäft (§. 89). Daher ist der andere Contractent auch vor erfolgter Genehmigung gebunden. Dieser wichtige Satz wird bewiesen durch l. 24 D. de neg. gest. 3. 5.

⁵ „Ratihabito mandato comparatur“. L. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. de R. I. 50. 17, c. 10 in VI^o de R. I. 5. 13. Durch die Genehmigung gelangt zur Wirksamkeit das damals abgeschlossene Rechtsgeschäft, nicht aber ein in der Genehmigung liegendes neues. (A. W. Wächter II. S. 682, welcher der Genehmigung als solcher nur insoweit Wirkung zugestehen will, als sie die Vollmacht bestätigt.)

sondern auch für die Zeit, mit welcher seine Wirksamkeit beginnt; mit anderen Worten, die Genehmigung hat rückwirkende Kraft. Aus allgemeinen Gründen läßt sich das zwar in dieser Unbedingtheit nicht rechtfertigen; aber es ist im römischen Recht ausdrücklich so bestimmt⁶. Jedoch kann der Genehmigende erworbene Rechte Dritter, wie er über dieselben überhaupt keine Macht hat, auch durch seine Genehmigung nicht verkürzen; ihnen gegenüber scheidet also die rückwirkende Kraft der Genehmigung⁷. — Erfolgt die Genehmigung nicht, so hat das Rechtsgeschäft für den Vertretenen gar keine Wirkung; aber auch keine für den Vertreter, welcher ja für sich keine Wirkung hat erzeugen wollen; nur ist derselbe bei Verträgen, insofern er sich zur Beibringung der Genehmigung aus-

will, als durch das genehmigte Rechtsgeschäft ein noch jetzt fortbestehendes „factisches Verhältniß“ erzeugt worden sei). Daher braucht bei der Genehmigung die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht wiederholt zu werden, wenn sie von dem Vertreter gewahrt worden ist (l. 24 pr. D. ratam rom 46. 8). Wie ist es, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts an eine gewisse Frist gebunden ist, und die Genehmigung erfolgt erst nach Ablauf derselben? Die so eben citirte l. 24 pr. D. ratam rom entscheidet, daß sie dann unwirksam sei. Diese Entscheidung ist aber inconsequent, und unvereinbar mit dem von l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 (s. d. folgende Note) aufgestellten allgemeinen Princip.

⁶ Man bemerke: 1) es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Genehmigende durch die Genehmigung sich das Rechtsgeschäft aneignet, wie es abgeschlossen worden ist, also auch seinem Zeitverhältniß nach. 2) Daraus folgt aber an und für sich auch nur, daß er demjenigen, welchem gegenüber er die Genehmigung ausgesprochen hat, verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die Wirkung des Rechtsgeschäfts schon damals eingetreten; aber es folgt daraus nicht, daß sie als damals wirklich eingetreten auch vom Rechte anerkannt wird; denn damals entsprach nun einmal das Rechtsgeschäft den Anforderungen des Rechtes nicht. 3) Für entscheidend muß aber gehalten werden die allgemeine Verfügung Justinian's in l. 25 i. f. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“ (vgl. l. 7 C. ad SC. Mac. 4. 28, c. 10. de R. I. in VI^o. 5. 13). S. darüber §. 83 Note 11. L. 56 D. de iud. 5. 1 und l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1. reben von unserem Fall der Genehmigung nicht; bei l. 71 §. 1. 2 D. de sol. 46. 3 und l. 25 §. 1 D. ratam rom 46. 8 bleibt dieß zweifelhaft. S. über diese Stellen §. 83 Note 6.

⁷ Das ist deswegen nicht weniger sicher, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt wird.

drücklich oder stillschweigend anheißig gemacht hat, verpflichtet, dem andern Contrahenten sein Interesse zu vergüten⁸.

4. Wirklichkeit des erklärten Willens.

§. 75*.

Dasjenige, was als gewollt erklärt ist, kann möglicherweise nicht wirklich gewollt sein. Wer dieß behauptet, muß es beweisen¹; steht es aber fest, so ist die abgegebene Willenserklärung ohne alle rechtliche Wirkung.

Daß der Erklärung ein wirklicher Wille nicht entspricht, kann entweder dem Erklärenden bewußt sein, oder es kann ihm nicht bewußt sein.

Unter den Fällen der ersten Art ist der practisch wichtigste² der der Simulation. Man versteht darunter die Erklärung eines nicht wirklichen Willens, welche Jemand zu dem Ende vornimmt, um den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorzurufen. Möglicherweise kann er dabei ein anderes Rechtsgeschäft wirklich gewollt haben; dann entsteht die Frage, ob nicht wenigstens dieses letztere zu Stande gekommen sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob 1) die abgegebene Erklärung als ein gehöriger Ausdruck des vorhandenen Willens angesehen werden kann, und 2) ob nicht, was häufig der Fall sein wird, das Recht diesen Willen wegen seines Inhalts mißbilligt³.

⁸ Und also, insofern das Interesse des andern Contrahenten hierauf geht, den Vertrag selbst zu erfüllen, vgl. S. u. ff. Arch. VI. 33. VIII. 255. XII. 156. Aber der Grund dieser Verpflichtung ist eben, daß er sich zur Erwirkung der Genehmigung anheißig gemacht hat, nicht der in fremdem Namen abgeschlossene Vertrag.

* Savigny III. §. 134.

¹ Damit ist gesagt, daß eine f. g. reservatio mentalis ohne alle rechtliche Bedeutung ist; denn ein innerer Vorgang kann nicht bewiesen werden. Wenn Jemand sagt: ich will, so wird so lange angenommen, daß er wirklich wolle, bis aus objectiv erkennbaren Thatfachen sein Nichtwollen bargethan ist.

² Andere Fälle s. in l. 24 D. de test. mil. 29. 1, l. 3 §. 2 D. de O. et A. 44. 7. Ueber den Fall des Scherzes vgl. Ihering in Jahrb. f. Dogm. IV. §. 74.

³ Cod. IV. 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. de O. et A. 44. 7, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 5 D. de in diem add. 18. 2, l. 30 D. de R. N. 23. 2, l. 3 C. de repud. 5. 17; l. 36.

§. 76*.

Wenn der Erklärende kein Bewußtsein davon hat, daß er das, was er zu wollen erklärt, nicht wirklich will, so befindet er sich in einem Irrthum; er täuscht sich über den Inhalt seiner Erklärung. Gewöhnlich sagt man denn auch, daß in diesem Falle die Willenserklärung nichtig sei wegen des Irrthums, in welchem der Erklärende sich befinde; aber das ist nicht genau. Nicht der Irrthum ist der Grund der Nichtigkeit der Willenserklärung, sondern eben, daß der Erklärung kein wirklicher Wille entspricht¹; der Irrthum ist nur der Grund, weswegen ein nicht wirklicher Wille erklärt worden ist². Daraus folgt der wichtige

88 D. de contr. emt. 18. 1, l. 46 D. loc. 19. 2, l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 D. de don. i. v. o. u. 24. 1, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38, l. 20 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 14 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 5. 6 C. si quis alteri 4. 50, l. 16 C. de don. i. v. o. u. 5. 16. Vgl. Seuff. Arch. V. 146.

* Rißelmann der Einfluß des Irrthums auf Verträge (1837), Savigny III. §. 135—139 (diese Darstellung ist epochemachend für die Lehre vom Irrthum geworden), Wächter II. §. 102, Bangerow III. §. 604 Anm., Unger II. §. 89.

§. 76. ¹ Savigny (III. Weil. VIII. Nr. XXXIV.) nennt ihn deswegen „unächteren“ Irrthum, — offenbar unpassend; ein unächter Irrthum ist ein Irrthum, der nur scheinbar ein Irrthum ist, nicht aber ein Irrthum, der nur scheinbar eine gewisse rechtliche Wirkung ausübt. Deswegen aber, wie jetzt Bekker (krit. Vierteljahrsschr. III. S. 187—201) will, die ganze Unterscheidung zwischen dem Irrthum, welcher die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ausschließt, und dem Irrthum, welcher dieß nicht thut, wegzuerwerfen, halte ich für vollkommen ungerathen; diese Unterscheidung ist meiner Ansicht nach die allein richtige Grundlage einer befriedigenden Theorie vom Irrthum, und ihre Feststellung eines der schönsten Verdienste Savigny's. Bekker will an ihre Stelle folgende andere Unterscheidung setzen: Irrthum, welcher sich auf die Folgen der Handlung bezieht, und Irrthum, welcher sich darauf nicht bezieht. Der Irrthum der ersten Art soll nun zwar nach Bekker's Ansicht ebenfalls bewirken, daß die nicht vorhergesehenen Folgen nicht gewollt seien; doch soll sich daraus keineswegs mit Nothwendigkeit ergeben, „daß darum die Willenserklärung nichtig oder auch nur minder wirksam sein müsse“. Bekker gibt übrigens selbst zu, daß seine „Gedanken“ „festerer Begründung und sorgfältigerer Entwicklung ihrer Konsequenzen bedürfen“. — Nicht beachtet, kaum gelesen zu werden verdient, was Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. namentlich III. 6, vgl. auch VII. 4. 7 (1847. 1850) gegen Savigny vorgebracht hat.

² Ist ein anderer Wille wirklich vorhanden, was in diesem Falle regel-

Satz, daß die Nichtigkeit der Willenserklärung durch Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht ausgeschlossen wird³.

Jedoch reicht es zur Nichtigkeit der Willenserklärung nicht hin, daß der Irrthum eine Willenserklärung hervorgerufen habe, welche in irgend einer Beziehung der Willenswirklichkeit nicht entspricht; es ist nothwendig, daß das als gewollt Erklärte entweder in seinem ganzen Umfang⁴, oder doch in einem wesentlichen Bestandtheil nicht gewollt sei; welcher Satz mit Zugrundelegung des so eben bezeichneten Sprachgebrauchs folgenden Ausdruck annimmt: nicht der unwesentliche, sondern nur der wesentliche Irrthum ist Nichtigkeitsgrund⁵. Als wesentliche Punkte bei einer Willenserklärung stellen sich aber heraus:

- 1) die Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses;
- 2) die Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird⁶;

mäßig der Fall sein wird, so ist dieser ebenso ohne rechtliche Wirkung, wie die abgegebene Erklärung; die Erklärung ist ohne Wille, der Wille ohne Erklärung. L. 9 §. 2 D. de her. inst. 28. 5 enthält keinen Widerspruch (— „quasi plus nuncupatum sit —“).

³ Vgl. §. 79 und Bangerow I. S. 138. 139, Seuff. Arch. IX. 141.

⁴ Wie z. B. wenn Jemand irrtümlich seine Unterschrift unter eine Urkunde setzt, welche er für eine ganz andere Urkunde hält.

⁵ Es ist jedoch hierbei zu bemerken, daß der hergebrachte Sprachgebrauch unter wesentlichem und unwesentlichem Irrthum nicht den sich auf einen wesentlichen oder unwesentlichen Punkt beziehenden, sondern den die Willenserklärung vernichtenden oder nicht vernichtenden Irrthum versteht.

⁶ L. 9 pr. D. de her. inst. 28. 5. Daß die Willenserklärung auf eine nicht gewollte Person gehe, darf man aber nur dann sagen, wenn durch sie in der That ein anderes Individuum bezeichnet wird, als der Erklärende will, nicht aber dann, wenn der Erklärende dasjenige Individuum, welches er wirklich bezeichnen will, für ein anderes Individuum hält. In diesem letztern Fall liegt nur ein Irrthum in den Eigenschaften der Person vor. Man vergleiche folgende Stufenleiter: Jemand schenkt einer vor ihm stehenden Person, welche sich einen falschen Vornamen beilegt, — einen falschen Familiennamen, — den Namen einer andern Person, von deren Existenz der Schenkende nichts weiß, — den Namen einer andern Person, deren Existenz dem Schenkenden bekannt ist; ein Irrthum in der Person liegt im letzten Falle so wenig vor, wie im ersten. Irrthum in den Eigenschaften der Person aber ist, wo durch denselben nicht ein Irrthum über wesentliche Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung begründet wird (Note 11), Nichtigkeitsgrund nicht. Auch enthalten l. 52 §. 21 und l. 66 §. 4 D. de furtis 27. 2, welche von einer

3) der Gegenstand, auf welchen die Willenserklärung gerichtet ist? Ist der Gegenstand der Willenserklärung quantitativ bestimmt, so besteht sie bis zu dem Belange, bis zu welchem sich Wille und Erklärung decken⁶.

4) Was die Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung angeht, so ist zu unterscheiden zwischen solchen Eigenschaften, welche nach den im Verkehr herrschenden Begriffen die Wesenheit dieses Gegenstandes ausmachen, und zwischen solchen, welche dieselbe nicht thun. Werden dem Gegenstande der Willenserklärung irrigerweise Eigenschaften der ersten Art beigelegt, so ist in der That, wenn auch nicht dem Körper, doch der Wesenheit nach, der gewollte Gegenstand ein anderer, als derjenige, auf welchen die Erklärung geht, und die Erklärung demnach nichtig. Dagegen begründet Irrthum in Eigenschaften der zweiten Art Nichtigkeit der Willenserklärung nicht⁷. Und auch was die

Eigentumsübertragung an einen Menschen reden, der statt eines Andern untergeschoben ist, nichts davon, daß das Eigenthum nicht übergehe (abgesehen von dem Falle, wo ein *furtum* vorliegt, welches aber überhaupt den Eigenthumsübergang auch da ausschließt, wo demselben gar kein Hinderniß entgegensteht, vgl. §. 1. 43 pr. D. de fortis). Noch weniger ist es Nichtigkeitsgrund, wenn dem wirklich gewollten Individuum eine einzelne Eigenschaft beigelegt wird, die es nicht wirklich hat, vgl. l. 14 §. 3 D. de in diem add. 18. 2 (mit welcher Stelle l. 30 §. 1 D. de pactis 2. 14 nicht in Widerspruch steht). Eine andere Frage aber ist, ob der Irrthum über Eigenschaften der Person nicht als Irrthum im Beweggrund oder nach dem Rechte der Voraussetzung Wirksamkeit ausüben kann, s. §. 78. 98. — Der herrschenden Meinung entspricht das hier Aufgestellte nicht.

⁶ L. 9 §. 1 D. de hor. inst. 28. 5, l. 4 pr. D. de leg. 1. 30, l. 10 C. de don. 8. 54; §. 28 I. de inut. stip. 3. 19, l. 83 §. 1 l. 137 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 84 pr. D. de acq. v. am. poss. 41. 2. In den zuletzt genannten Stellen wird der Vertrag für ungültig erklärt wegen Mangels des Consensus. Natürlich; wenn der eine Contractant etwas Anderes will, als der andere, liegt kein Consens vor. Aber es ist nicht nothwendig, hierauf Rücksicht zu nehmen, um die Ungültigkeit des Vertrages zu begründen; derselbe ist schon deswegen nichtig, weil es die Willenserklärung des einen Contractanten ist. Daraus folgt, daß er auch dann nichtig ist, wenn beide Contractanten übereinstimmend waren, in welchem Fall von Dissens keine Rede sein kann. Vgl. auch l. 57 D. de O. et A. 44. 7.

⁷ L. 9 §. 3. 4 D. de hor. inst. 28. 5. Ob damit aber das ganze Geschäft befehen kann, von dem die Willenserklärung einen Theil bildet, ist eine andere Frage; s. l. 52 D. loc. 19. 2.

⁸ Ob bei Verträgen darauf Ansprüche anderer Art begründet werden

Eigenschaften der ersten Art angeht, wird die bezeichnete Auffassung nicht unbedingt durchgeführt, sondern nur da, wo der Wille hinter der Erklärung zurückbleibt, nicht da, wo er weiter geht, als die Erklärung¹⁰.

können, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. — Die im Text bezeichnete Unterscheidung ist von Savigny (a. a. D. §. 137. 138) begründet, und die Richtigkeit derselben weder durch die Entgegnung von Krix (in seinen Rechtsfällen IV. 345 fg. [1843]), noch durch die von Renaud (Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 10 [1846]) zweifelhaft gemacht worden. Beispiele: die Wesenheit eines metallenen Gefäßes oder Geräthes hängt davon ab, ob es von edlem oder unedlem Metall ist, aber die Wesenheit eines hölzernen Geräthes hängt nicht davon ab, ob es von besserem oder schlechterem Holz ist. Ein männlicher Slave ist eine Sache anderer Art, als ein weiblicher Slave; nicht so eine Sclavin, welche bereits geboren hat, gegenüber einer Sclavin, die noch Jungfrau ist. Vgl. l. 9 §. 2 — l. 11 l. 14. 41 §. 1 l. 58 D. de contr. emt. 18. 1; l. 45 D. eod., l. 21 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. (Daß in letzterer Stelle nicht gelesen werden darf: *emtionem non esset*, geht daraus hervor, daß bei Nichtigkeit des Verkaufs der Verkäufer gar nicht haften würde; denn arglistig war er nicht, und eine ausdrückliche Garantie in Betreff der Holzart hat er auch nicht übernommen. S. Windscheid Voraussetzung §. 117; vgl. aber auch Savigny III. §. 286—290, Bangerow III. §. 284—286). Auch von den genannten Stellen führen einige die Nichtigkeit des Vertrages auf den Mangel des Consensus zurück; s. Note 7. — Wie ist es, wenn der Gegenstand, auf welchen sich die Willenserklärung bezieht, beschädigt ist? Es liegt auf der Hand, daß eine Brandstätte ein Ding anderer Art, als ein Haus; dagegen ein unverfehrtes Haus kein Ding anderer Art, als ein Haus, dessen Dachstuhl abgebrannt ist. Aber wo ist hier die Grenze? Nach l. 57 D. de contr. emt. 18. 1 soll es darauf ankommen, ob mehr oder weniger als die Hälfte abgebrannt ist, bei Arglist des Gegners aber der Irrende das Geschäft aufrecht erhalten können, wenn auch nur der geringste Theil des Hauses übrig sei. — Uebrigens finden sich in den Quellen auch Spuren der Auffassung, daß der Irrthum über die Eigenschaften der Sache auf die Gültigkeit des Geschäftes keinen Einfluß habe, weil doch über den Gegenstand nicht geirrt worden sei, l. 9 §. 2 l. 45 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, welche letztere Stelle freilich von Andern anders erklärt wird, vgl. Bangerow III. §. 282—284. — Auch von dem Irrthum über Eigenschaften des Gegenstandes gilt wie von dem über Eigenschaften der Person die in Note 6 g. E. gemachte Bemerkung.

¹⁰ Es ist in den Quellen entschieden: wenn Jemand ein Pfandrecht erwerben zu wollen erklärt an einer Sache von Bronze, welche er für eine Sache von Gold hält, so daß also sein Wille auf den Erwerb eines Pfandrechts an einer goldenen Sache gerichtet ist, so ist seine Willenserklärung gültig, l. 1 §. 2 D. de pign. act. 13. 7 (vgl. Dernburg Pfandr. I. §. 196); ebenso, wenn er sich eine solche Sache versprechen läßt, l. 22 D. de V. O. 45. 1. In

Unwesentliche Punkte bei einer Willenserklärung sind z. B. die Eigenschaften der Person, auf welche sich die Willenserklärung bezieht¹¹, der Name dieser Person¹², Name oder unwesentliche Eigenschaften des Gegenstandes der Willenserklärung¹³, Accessionen derselben¹⁴.

§. 77.

Bei Verträgen kann der Irrthum nicht bloß den Schein der Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, sondern auch den Schein der Uebereinstimmung zwischen den mehreren abgegebenen Willenserklärungen hervorrufen, indem nämlich von der einen Seite angenommen wird, daß von der Gegenseite eine andere Willenserklärung abgegeben worden sei, als wirklich der Fall ist. Auch in diesem Falle pflegt man zu sagen, daß der Irrthum es sei, welcher den Vertrag nichtig mache; aber auch hier wieder ist nicht sowohl der Irrthum das Vernichtende, als vielmehr der durch ihn bewirkte und verdeckte Mangel des Consenses zwischen den Partheien¹. Auch hier aber wieder ist der Vertrag nur dann für nichtig zu erachten, wenn der Irrthum, d. h. der Dissens, sich auf einen wesentlichen Punkt bezieht, worüber nach den im vorigen §. aufgestellten Regeln zu ent-

gleicher Weise muß es gehalten werden, wenn er an einer solchen Sache ein Recht weggibt, oder in Beziehung auf sie ein Versprechen leistet. Ebenso muß die Willenserklärung aufrecht erhalten werden, durch welche Jemand sich bereit erklärt, eine Anspieserung für eine Sache zu machen, die werthvoller ist, als er glaubt, z. B. von Gold, während er sie für eine Sache von Bronze hält. Vgl. Savigny III. S. 298—302.

¹¹ Vgl. jedoch Note 6. Was dort darüber gesagt worden ist, daß durch Irrthum über die Eigenschaften der Person ein Irrthum über wesentliche Eigenschaften des Gegenstandes begründet werden kann, ist so zu verstehen, daß eine Leistung je nach den Eigenschaften des Leistenden eine wesentlich andere sein kann. Vgl. Vangerow III. S. 290.

¹² §. 29 I. de leg. 2. 20, I. 4 C. de test. 6. 23.

¹³ L. 4 pr. D. de leg. I. 30, I. 28 D. de reb. dub. 34. 5, I. 7 §. 1 C. de leg. 6. 37, I. 9 §. 1 I. 10 D. de contr. omt. 18. 1, I. 32 D. de V. O. 45. 1. Ceußf. Arch. II. 20.

¹⁴ L. 34 pr. D. de contr. omt. 18. 1.

¹ Daß auch in dem Falle, wo wegen Irrthums bei einem Contrahenten keine Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung stattfindet, gesagt werden könne, der Vertrag sei nichtig aus Mangel an Consens, ist bereits (§. 76 Note 7 u. 9) bemerkt worden.

scheiden ist². Ist der Gegenstand des Vertrages eine Quantität, so ist für die geringere der von den Partheien genannten Quantitäten immerhin Consens vorhanden, ob dieß aber zur Gültigkeit des ganzen Geschäfts genügt, eine andere Frage³.

5. Motive des Willens.

Irrthum. Betrug*.

§. 78.

Unter den Motiven des in einem Rechtsgefächte erklärten Willens ist hier zunächst in Betracht zu ziehen der Irrthum, d. h. eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung von dem Zustand der Dinge, (s. g. Irrthum im Beweggrunde). Der durch eine solche irrige Vorstellung hervorgerufene Wille ist deswegen, weil er durch sie hervorgerufen ist, nicht weniger ein wirklich vorhandener Wille¹; aber er ist allerdings nicht der eigentliche,

¹ ² Natur des Rechtsverhältnisses: I. 18 pr. D. de R. C. 12. 1, I. 3 §. 1 D. de O. et A. 44. 7; Person, in Beziehung auf welche der Wille erklärt wird: I. 32 D. de R. C. 12. 1 (Ceußf. Arch. II. 273. III. 165. V. 271. [vgl. III. 169] XI. 220); Gegenstand der Willenserklärung: I. 9 pr. D. de contr. omt. 18. 1.

³ L. 1 §. 4 D. de V. O. 45. 1; f. außerdem die in §. 76 Note 8 citirte I. 52 D. loc. 19. 2, welche auch hierher gezogen werden kann.

* Grundlegend ist auch hier Savigny III. §. 115 u. Beif. VIII. Vgl. außerdem Mühlensbruch Arch. f. civ. Pr. II. 35 (1821), Rickelmann §. 11. 12, Wächter II. §. 21. 104. 105, Vangerow I. §. 83 Anm. 1, Unger II. §. 77. 81.

¹ Wenn es in den Quellen mehrfach heißt, daß der Irrthum den Willen anschieße (I. 15 D. de iurisd. 2. 1, I. 2 pr. D. de iud. 5. 1, I. 20 D. de aqua et aquae 39. 3, I. 116 §. 2 D. de R. I. 50. 17, I. 8. 9 C. de iur. et fact. ign. 1. 18), so ist das einer von den in ihrer Allgemeinheit falschen Aussprüchen, welche in der römischen Jurisprudenz nicht selten sind, ohne daß dieselbe sich dadurch zu falschen Entscheidungen im Einzelnen verleiten ließe. Wahr ist der aufgestellte Satz, wenn kraft des Irrthums etwas Anderes erklärt wird, als der Erklärende will (§. 76), wahr ist er auch insofern, als bei stillschweigenden Willenserklärungen der Schluß aus einem gewissen Benehmen auf einen gewissen Willen voraussetzt, daß die betreffende Person sich über einen gewissen Punkt nicht im Irrthum befunden habe. Gerade hiervon handeln die meisten der genannten Stellen, während in den beiden letzten jener allgemeine Ausspruch auf eine Erklärung angewendet wird, welche auch abgesehen vom

der wahre Wille des Erklärenden, d. h. er würde ohne jenen Irrthum nicht gefaßt worden sein. Daraus ergibt sich: die Willenserklärung ist keinesfalls nichtig, sie ist höchstens indirect unwirksam, so daß sie nicht geltend gemacht, und das durch sie bereits Verlorene zurückgefordert werden kann. Diese indirecte Unwirksamkeit tritt wirklich ein: bei Willenserklärungen auf Todesfall, sobald nur feststeht, daß ohne den Irrthum nicht gewollt worden sein würde, bei Willenserklärungen unter Lebenden hingegen nur dann, wenn dieß zugleich in einer demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, erkennbaren Weise hervorgetreten ist². Ist dieß nicht der Fall, so reicht der Irrthum als solcher nicht hin, um den Irrenden von den nachtheiligen Folgen seiner Willenserklärung zu entbinden³. Anders ist es aber dann, wenn der Irrthum von dem Gegner in betrügerischer Absicht hervorgerufen worden ist⁴. Zwar ist auch in diesem Fall der ausgesprochene Wille immer noch der wirklich vorhandene Wille, und insofern erklärt das Recht die abgegebene Erklärung auch jetzt noch nicht für nichtig⁵. Aber auf der

Irrthum unverbindlich ist. — Neuerdings hat Herrmann (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. III. 3. 6 (vgl. VII. 4) auszuführen gesucht, daß das römische Recht allerdings die in Folge eines irrigen Beweggrundes abgegebene Willenserklärung für nichtig erkläre, und zwar deswegen, weil der durch Irrthum bestimmte Wille unfrei sei; aber er hat damit auf Niemanden Eindruck gemacht.

² Näher wird von dem Einen und Andern besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt; s. §. 98 Note 6.

³ L. 52. 65 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Nur eine einzelne Spur in einer wegen Irrthums im Beweggrund erteilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet sich in unseren Quellen (l. 1 §. 17 D. de separ. 42. 6, vgl. auch §. 6 l. de her. qual. 2. 19). Die Behauptung Savigny's (III. S. 115), daß auch die äblichen Klagen und die auf irrige causa gegründeten Condictioenen Ausnahmen bildeten, ist irrig; bei jenen ist der Grund des Anspruchs des Käufers der (gesetzlich ausgelegte) Kaufvertrag, bei diesen die ermangelnde Voraussetzung (§. 97).

⁴ Betrug — dolus. Ueber den Begriff desselben, und namentlich darüber, daß er auch durch Verschweigen begangen werden kann, l. 1 §. 2 D. de dolo 4. 3, l. 7 §. 9 D. de pactis 2. 14, l. 43 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1.

⁵ Das Gegentheil war früher die herrschende Meinung, entweder für den Betrug überhaupt, oder doch für den Betrug, durch welchen der Abschluß des Rechtsgeschäftes selbst, nicht bloß eine einzelne Bestimmung desselben veranlaßt worden sei (s. §. dolus causam dans, im Gegensatz des dolus incidens). S. über diese

anderen Seite darf es doch auch nicht gestatten, daß dieselbe dem Betrüger Vortheil bringe, während sie dem Betrogenen zum Schaden gereicht. Demgemäß gewährt es diesem letzteren 1) eine Einrede gegen den durch das Rechtsgeschäft für den Betrüger an und für sich entstandenen Anspruch⁶, 2) einen Anspruch gegen den Betrüger darauf, daß derselbe den früheren Zustand wiederherstelle⁷.

§. 79.

Der Irrthum kann nicht bloß als Motiv des in einem Rechtsgeschäfte erklärten Willens, sondern auch in anderen Beziehungen ein rechtlich relevantes Moment sein¹, entweder in der Weise, daß er selbst Bestandtheil eines rechtlichen Thatbestandes

Frage und namentlich über die für die bezeichnete Meinung hauptsächlich angeführte l. 7 pr. D. de dolo 4. 3 Bangerow III. S. 293—299, auch die folgende Note. Vgl. auch Sintenis I. §. 22 Note 13.

⁶ Exceptio doli. Im bonae fidei iudicium war die exceptio doli (wie überhaupt eine exceptio) nicht nöthig, sowie der dolus in demselben auch klagenweise geltend gemacht werden konnte; vgl. z. B. l. 11 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 C. de resc. vend. 4. 44; denn „contrarius est dolus bonae fidei“ (l. 5 C. cit.). Mit Rücksicht auf jene Entbehrlichkeit der ex. doli heißt es dann in den Quellen auch von einem Gesellschaftsvertrag, er sei „ipso iure nullius momenti“ (l. 3 §. 2 D. pro socio 17. 2, vgl. l. 16 §. 1 D. de min. 4. 4), welcher Anspruch für die frühere Theorie einer der Gründe war, weswegen sie Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes in Folge des Betrugs behauptete. — Die Einrede geht natürlich auf die Erben des Betrügers über, aber auch auf denjenigen, welcher in den durch Betrug erzeugten Anspruch als Sondernachfolger eintritt (s. die Lehre von der Cession). Ist aber durch den Betrug ein Anspruch (eine Obligation) nicht unmittelbar erzeugt worden, sondern zunächst ein dingliches Recht, so haftet der fernere Erwerber desselben der Einrede nur dann, wenn er das Recht unentgeltlich erworben hat, welchem Fall der andere gleichgestellt wird, wo ihm die Sache verpfändet worden ist, l. 4 §. 27—31 dol. 44. 4.

⁷ Actio doli oder de dolo. Der Wiederherstellungsanspruch kann auf Wiederaufhebung der ganzen Wirkung des Rechtsgeschäftes gehen, oder nur auf Aufhebung einer einzelnen Seite der Wirkung desselben; hier hat die Unterscheidung zwischen metus causam dans und incidens ihre gute Berechtigung. — Ist auch in integrum restitutio zulässig? Darüber §. 118 Note 6.

¹ Es empfiehlt sich, das über den Irrthum zu Sagende nicht zu weit auseinanderzureißen. Deswegen wird dieser §., dessen Inhalt über den Kreis der Rechtsgeschäfte weit hinausgeht, hier eingeschoben. §. 79.

ist², oder auch so, daß die an einen Thatbestand an und für sich angeknüpften rechtlichen Folgen durch einen hinzutretenden Irrthum ausgeschlossen werden³.

In allen Fällen nun, in welchen Jemand in der Lage ist, sich zur Erlangung eines Vortheils oder zur Abwendung eines Nachtheils auf einen Irrthum zu berufen, kann er nicht jedweden Irrthum geltend machen, sondern nur einen verzeihlichen oder entschuldbaren⁴. Als verzeihlich aber wird in den Quellen der Irrthum über Thatfachen (s. g. factischer Irrthum), als nicht

² So z. B. bei der Erskung, bei dem Fruchtwerb des redlichen Besitzers.

³ Beispiele: die Antretung und Ausschlagung der Erbschaft ist ungültig, wenn der Antretende oder Ausschlagende über Dasein oder Art der Berufung im Irrthum ist (l. 22. 32—34 D. de acq. vel om. her. 29. 2); die Unwirksamkeit des Forderungsrechts, welches aus Intercession einer Frau oder Darlehnaufnahme eines Haussohnes entstanden ist, wird dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nicht wußte, daß er sich mit einer intercedirenden Frau oder einem Haussohne einlasse (l. 11. 12 D. ad SC. Vell. 16. 1. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6); die nachtheiligen Folgen eines Verschummnisses treffen unter Umständen denjenigen nicht, welcher nicht wußte, daß er zu handeln habe (vgl. §. 104 Note 7).

⁴ Entschuldbarkeit des Irrthums wird also da nicht erfordert, wo es nicht der Irrthum ist, auf welchen sich Jemand zu berufen braucht, so namentlich, wenn er in Folge des Irrthums etwas zu wollen erklärt hat, was er in der That nicht wollte (§. 76 zu Note 3). Entschuldbarkeit des Irrthums wird ferner da nicht erfordert, wo nicht der Irrthum auf seinen Irrthum, sondern sein Gegner auf dessen Wissen sich zu berufen hat, z. B. wenn es sich um die nachtheiligen Folgen des bösen Glaubens handelt; wie unentschuldig der Irrthum auch gewesen sein mag, das Wissen ist immer dadurch ausgeschlossen gewesen. Zwar kann es auch in einem solchen Falle vorkommen, daß das Recht dem Nichtwissenden nicht jedes Nichtwissen zu Gute rechnet; aber das ist dann positive Rechtsvorschrift, keine Consequenz aus dem aufgestellten Princip, und darf daher ohne besonderen Beweis nicht angenommen werden. So wird bei Delicten nicht gestattet die Berufung auf Unkenntniß des Strafgesetzes (weht die Berufung auf sonstige Rechtsunkenntniß, Savigny III. Weil. VIII. Nr. XX—XXII). So hat der Käufer keinen Anspruch wegen der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache, wenn er dieselbe kannte oder kennen mußte, und das inter. quod vi aut clam ist begründet, wenn der Handlende mußte oder wissen mußte, daß er gegen den Willen des Gegners handele (l. 14 §. 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 3 §. 7. 8 l. 4 D. quod vi aut clam 43. 24). — Herrmann (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. IV. 12) behauptet, „daß ein Irrthum in sämtlichen Fällen des dolus, der mala und bona fides nur dann Berücksichtigung finden dürfte, wenn er nicht durch grobe Schuld veranlaßt sey“.

verzeihlich der Irrthum über Rechtsätze (Rechtsirrtum⁵) bezeichnet⁶. Jedoch ist diese Unterscheidung eine sehr äußerliche; in der Wirklichkeit kann sowohl ein Rechtsirrtum verzeihlich sein, wenn es sich nämlich um einen dunkelen, oder nach Zeit oder Ort entlegenen Rechtsatz handelt, und die zugänglichen Hülfsmittel der Belehrung benützt worden sind⁷, als ein factischer Irrthum unverzeihlich, wenn er nämlich auf grober Nachlässigkeit beruht⁸; welches beides freilich von demjenigen, welcher es behauptet, bewiesen werden muß. Außerdem wird gewissen Personen der Rechtsirrtum überhaupt nachgesehen⁹, entweder ohne Ausnahme, wie den Minderjährigen¹⁰, oder doch in gewissen Fällen, so namentlich Frauen, wenn sie keinen Gewinn machen, sondern sich gegen Schaden schützen wollen, jedoch auch dann nicht unbedingt¹¹, ferner Soldaten¹² und Ungebildeten^{13 14}.

⁵ Eine seltene Ansicht über die Begriffe Rechtsirrtum und factischer Irrthum hat neuerdings Weir (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XII. 13 [1855]) aufgestellt. Auch nach ihm bezieht sich zwar der Rechtsirrtum auf Rechtsregeln, der factische Irrthum auf Thatfachen, aber der eine und der andere zunächst auf Befugnisse; der Rechtsirrtum soll sein der Irrthum über eine Befugniß, hervorgegangen aus einem Irrthum über das objective Recht, der factische Irrthum der Irrthum über eine Befugniß, hervorgegangen aus einem Irrthum über eine Thatfache.

⁶ Dig. 22. 6 Cod. 1. 18 de iuris et facti ignorantia. Vgl. namentlich l. 2. 9 pr. §. 5 D. h. t. Auch c. 13 de R. I. in VI^o.

⁷ L. 9 §. 3 D. h. t., l. 10 D. de B. P. 37. 1, l. 2 §. 5 D. si quis ordo 38. 15; c. 1 de const. in VI^o l. 2.

⁸ L. 3 §. 1 l. 6. 9 §. 2 D. h. t., l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6; l. 3 pr. D. h. t., l. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10. Scuff. Arch. IX. 261.

⁹ Savigny III. §. 429 fg.

¹⁰ L. 9 pr. D. l. 11 C. h. t. (l. 3 C. Th. de spons. 3. 5).

¹¹ L. 9 pr. D. h. t., l. 8 eod., l. 3. 11. 13. C. h. t. Savigny a. a. D. §. 432—434.

¹² L. 9 §. 1 D. h. t., l. 1 C. de rest. mil. 2. 51, l. 22 pr. §. 15 C. de iure del. G. 30; l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9. 23. Savigny §. 436.

¹³ L. 8 C. qui admitti 6. 9, l. 1 D. de edendo 2. 13; l. 2 D. de l. F. 49. 14 und Savigny a. a. D. §. 437.

¹⁴ Falsche Verallgemeinerungen enthalten l. 7. 8 D. h. t. L. 7. „iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet“. L. 8 eod. „Error facti ne maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet“. Ueber die verschiedenen

b. Furcht. Zwang*.

§ 80.

Daß der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille durch Furcht hervorgerufen worden ist, hat auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an und für sich keinen Einfluß, und zwar wird hier auch kein Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall gemacht. Anders ist es aber auch hier, wenn die Furcht in widerrechtlicher Weise, durch Drohungen, erzeugt worden ist, in welchem Falle man gewöhnlich von Zwang redet¹. Zwar ist auch das erzwungene Rechtsgeschäft, wie das durch Betrug veranlaßte, nicht nichtig, weil immerhin der wirkliche Wille erklärt worden ist²; aber das Recht gewährt

Ansichten s. Wächter II. §. 21 Note 17, Savigny III. §. 343—353, Vangerow I. §. 83 Anm. 1 Nr. IV. und die bei letzterem Citirten.

* Dig. 4. 2 quod metus causa gestum orit. Cod. 2. 20 de his quae vi metus causa gesta sunt. Savigny III. §. 114, Wächter II. §. 106, Unger II. §. 72. — Schliemann die Lehre vom Zwange (1861).

§. 80. 1 Der Ausdruck Zwang ist eigentlich zu weit, da er auch die körperliche Ueberwältigung umfaßt, bei welcher von Einwirkung auf den Willen keine Rede sein kann, z. B. wenn Jemand dem Anderen mit Gewalt die Hand zur Unterschrift einer Urkunde sührt. Die den Römern geläufige Bezeichnung ist noch weiter; sie sprechen von metus, während das Gebiet früher vis metusvo nannte. L. 1 D. h. t. — Zur Widerrechtlichkeit der Drohung ist nicht erforderlich, daß die Zufügung des gedachten Uebels widerrechtlich sei; unerlaubt ist es auch, die Drohung mit einem Uebel, welches man zufügen darf, zur Erpressung eines Rechtsgeschäfts zu benutzen. L. 7 §. 1 l. 21 pr. D. h. t., Schliemann §. 24—26.

2 L. 21 §. 5 D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto heredem me esse, quis, *quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*“. L. 21 §. 4 cod. l., 22 D. de R. N. 23. 2. Auch hier, wie beim Betrüge, wurde früher vielfach Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts behauptet (ausführliche Dogmengeschichte bei Schliemann §. 179 fg.). Man berief sich namentlich auf l. 116 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 21 §. 3 D. h. t. und l. 6 §. 7 D. de seq. vel om. her. 29. 2. Vgl. darüber Vangerow III. §. 605 Anm. 2. Jetzt ist die im Texte aufgestellte Ansicht die fast unbedingt herrschende, namentlich in Folge der Ausführungen Savigny's a. a. O. Die dagegen von Kriz (Rechtssfälle IV. §. 38 fg.) gerichtete Kritik hat schon Wächter nur noch zu milde „zum Theil ungreiflich“ genannt. Viel mehr Beachtung verdient die Vertheidigung der Nichtigkeit, welche neulich Schliemann in der oben angeführten gründlichen und gebiernen Schrift unternommen hat. Derselbe argu-

gegen die nachtheiligen³ Folgen desselben Schutz, wie beim Betrüge, nur weiter gehen. Es gewährt auch hier Einrede und Wiederherstellungsanspruch, und außerdem Wiedereinsetzung in den vorigen Stand⁴, dieß Alles aber nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern gegen Jeden in Folge des Zwanges Berechtigten⁵. Jedoch ist, damit der Zwang diese weitgehende Wirkung habe, erforderlich, sowohl daß das gedrohte Uebel ein bedeutenderes,

mentirt so: 1) in den Quellen sind keine Auffassungen vertreten, Nichtigkeit und indirecte Ungültigkeit; 2) bei diesem Widerspruch müssen wir uns aus inneren Gründen entscheiden, und diese führen zur Annahme der Nichtigkeit. Aber weder das Eine noch das Andere kann zugegeben werden. Die Stellen, in welchen Schliemann eine Nichtigkeit anerkannt findet, gestatten sämtlich eine andere Auslegung, und wenn nicht zu leugnen ist, daß theilweise diese andere Auslegung nicht die nächstliegende ist, so muß bedacht werden, daß nach allgemeinen Auslegungsregeln ein Widerspruch, gar ein Widerspruch zwischen denselben Schriftstellern, nicht ohne zwingende Nothwendigkeit angenommen werden darf. Zugegeben werden muß nur, daß das römische Recht die erzwungene Freilassung als nichtig behandelte (l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quib. 40. 9, Doct. §. 7); aber das erklärt sich auch vollkommen daraus, daß die Freiheit nicht wiederaufgehoben, und also ohne Nichtigkeit der Freilassung dem Gezwungenen kein voller Ersatz gegeben werden konnte. (Trotz dem findet sich selbst hier die entgegengesetzte Ansicht vertreten, l. 9 §. 2 D. h. t.) Die gleiche Betrachtung macht sich heutzutage für die katholische Auffassung bei der Ehe geltend. Was jedoch die inneren Gründe angeht, so führen dieselben zur Annahme der Nichtigkeit nicht. Schliemann argumentirt: bei dem Zwange ist es jedenfalls zweifelhaft, ob der Erklärung der wirkliche Wille entspricht, ob nicht bloß die Erklärung, nicht der Inhalt derselben, gewollt sei; folglich ist der Schluß von der Erklärung auf den Willen kein sicherer, also der Wille durch die Erklärung nicht darzuthun. Aber die Erklärung ist mehr als Beweismittel für den Willen: sie ist nicht dasjenige, woraus auf den Willen geschlossen wird, sondern die Erscheinung des Willens, sie ist der Wille in seiner Erscheinung. Wer behauptet, daß diese Erscheinung läge, muß die Nichtexistenz des Willens beweisen, es genügt nicht, seine Existenz zweifelhaft zu machen.

3 L. 12 §. 2 l. 14 pr. D. h. t. Schliemann §. 29—31.

4 Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Das Nähere über diese exceptio und actio, sowie über die in integrum restitutio wegen metus s. unten. — Auch im bonae fidei iudicium konnte der Zwang geltend gemacht werden, wenn auch der Jurex nicht ausdrücklich darauf verwiesen war.

5 Die exceptio wie die actio quod metus causa sind in rem scriptae, l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 §. 8 l. 10 pr. l. 14 §. 3. 5 D. h. t. Ueber die Erstredung der Wiedereinsetzung auf Dritte s. unten.

als daß die Furcht vor demselben eine begründete gewesen sei⁶. Ist das Eine oder das Andere nicht der Fall, so fällt der Schutz gegen Dritte weg, nicht aber auch die Einrede und der Wiederherstellungsanspruch gegen den Zwingenden⁷.

6. Inhalt des Rechtsgeschäfts*.

§. 81.

Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hängt endlich auch von seinem Inhalt ab; der Grund, weswegen ihm die rechtliche Anerkennung versagt wird, kann auch der Inhalt des in ihm erklärten Willens sein. Die hierher gehörigen Bestimmungen sind aber zum großen Theil ganz specieller Natur und entziehen sich daher der hier anzustellenden Betrachtung¹; von allgemeiner Bedeutung sind folgende.

1) Nichtig sind die Willenserklärungen, welche auf etwas Unmögliches gerichtet sind².

2) Nichtig sind auch diejenigen, die sich in Widerspruch setzen mit Rechts- oder Sittengesetzen³.

⁶ L. 3 §. 1 l. 9 pr. 1. 22. 23 §. 1. 2 D. h. t., l. 13 C. de transact. 2. 4, l. 7. 8. 10 C. h. t. Die Quellen verlangen „metum maioris malitatis“, und nennen speciell als genügend Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit, während sie umgekehrt Bedrohung des guten Rufes und Bedrohung mit Prozessen als nicht hinreichend bezeichnen. Bei den in den Quellen genannten Fällen stehen zu bleiben, wie Savigny III. S. 105—107 will, oder auch nur, wie Schliemann S. 15—22 thut, daraus das Princip zu bitten, daß unter allen Umständen eine Bedrohung der Person erforderlich sei, erscheint bei der unbestimmten Ausdrucksweise der Quellen bedenklich. Vgl. Seuff. Arch. VIII. 27. Die Quellen verlangen ferner „metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat“, wobei man nur den Superlativ nicht urgiren darf. Schliemann S. 26—28.

⁷ In dem Zwange liegt immer eine bewusste Widerrechtlichkeit, und so ist unter allen Umständen die actio und exceptio doli begründet. Ferner ist begründet die conditio ob turpem causam, bei Bedrohung mit Prozessen auch das edictum de calumniatoribus (Dig. 3. 6).

* Wächter II. §. 90.

§. 81. 1 So z. B. die Bestimmung, daß sich Ehegatten nicht schenken können, daß nicht jedes Maß von Zinsen versprochen werden kann zc.

² L. 1 §. 9—11 D. de O. et A. 44. 7, l. 35 pr. 1. 97 pr. D. de V. O. 46. 1, l. 31. 185 D. de R. I. 50. 17.

³ §. 36 i. f. I. de leg. 2. 20, l. 112 §. 3 D. de leg. I. 30, l. 26. 27

3) Nichtig sind ferner diejenigen, durch welche über Etwas verfügt wird, worüber der Verfügende nicht verfügen kann. Es kann aber erstens Niemand verfügen über die Rechtssphäre eines Andern⁴, es müßte denn dieser Andere seine Einwilligung dazu gegeben haben⁵, oder das Recht dazu in irgend einer sonstigen Weise gesetzlich begründet sein⁶. Jene Einwilligung kann auch

pr. l. 35 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 39. Seuff. Arch. I. 195. 196. II. 19. III. 20. IV. 18. 231. V. 118. VI. 166. 167. X. 10. 129. 166. XII. 16. XIII. 126. 242.

⁴ Es kann Niemand die Sache eines Andern veräußern, es kann Niemand durch sein Versprechen einen Andern zum Schuldner machen zc.

⁵ L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 §. 2 D. de don. 39. 5, l. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. I. l. 2. 5 C. de reb. al. 4. 51, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Vgl. l. 165 D. de R. I. 50. 17. Durch die Ertheilung seiner Einwilligung eignet sich derjenige an, als wäre sie seine eigene; aber es ist deswegen nicht weniger wahr, daß sie thätlich eine fremde ist. Deswegen geht Ihering (Jahrb. f. Dogm. I. S. 307, vgl. II. S. 125—128) wenigstens im Ausdruck zu weit, wenn er behauptet, daß der Verfügende „am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil (habe)“. Aus seiner Person wird immerhin der Körper des Rechtsgeschäfts genommen, nicht bloß die Erklärung, sondern auch der Wille; deswegen es auch von dem in die Freilassung seines Sklaven einwilligenden Herrn zwar in l. 22 D. de manum. vind. 40. 2 heißt: „ipse manumittit“, aber in l. 30 §. 1 D. qui et a quib. 40. 9: „non manumisi, sed pro eo habendus sum, ac si manumissem“ (vgl. l. 9 §. 2 D. de don. 39. 5). Es ist hier wie in dem Fall, wo Jemand mit Einwilligung eines Andern in dessen Namen eine Willenserklärung abgibt (§. 73), und der Unterthier eben nur der, daß der Verfügende hier in eigenem Namen, nicht als Vertreter eines Andern, handelt. — Zu unterscheiden ist von der Verfügung das Rechtsgeschäft, auf welchem die Verpflichtung dazu beruht. Daher l. 160 pr. D. de R. I. 50. 17. „Aliud est vendere, aliud vendenti consentire“. — Kann die einmal ertheilte Einwilligung zurückgenommen werden? Es kommt zunächst darauf an, ob der Einwilligende sich hat binden wollen. Aber auch wenn er dieß gewollt hat, ist die Regel die, daß er die ertheilte Macht nur nicht zurücknehmen darf, während sein Können, vorbehaltlich zu leistenden Schadenersatzes, nicht ausgeschlossen ist. Jedoch kommt es auch vor, daß die ertheilte Machtbefugniß sich zu einem selbständigen Rechte gestaltet, so bei der Verpfändung, der Cession. Das in diesen Fällen Anerkannte will für das heutige Recht zur Regel erheben Ihering Jahrb. f. Dogm. II. S. 131. 132. 133.

⁶ Hierher gehört im Besondern der Fall des Pfandrechts, nicht bloß des gesetzlichen und gerichtlichen, sondern auch des vertragsmäßigen, da bei dem Windscheid, Pandecten. I. 1081g.

nachträglich gegeben werden¹, in welchem Falle man wieder, wie bei der Anerkennung einer in unserem Namen abgegebenen Willenserklärung (§. 74), von Genehmigung spricht²; näher über dieselbe §. 83. Zweitens kann es auch vorkommen, daß Jemand in der Verfügung über seine eigene Rechtssphäre beschränkt ist. Ein Satz von allgemeinerer Bedeutung, welcher hierher gehört, ist, daß alle unter Pflegschaft gestellten Personen von ihrem Vermögen so wenig etwas veräußern können, als wäre es fremdes Vermögen².

C. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.

Begriff und Arten.

§. 82.

Der Begriff der Ungültigkeit ist im Allgemeinen bereits angegeben worden. Ungültig ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches, weil es nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht, für das Recht nicht gilt, d. h. welchem das Recht die Kraft nicht zugestehet, die von ihm beabsichtigten rechtlichen Wirkungen wirklich herbeizuführen. Der Begriff der Ungültigkeit ist daher enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein, auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein Können gelähmt ist¹.

Letzteren auf die Fortdauer der Einwilligung des Berechtigten nichts ankommt.

¹ L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 4 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 38 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de reb. al. 4. 51.

² Der Ausdruck *ratihabito* wird in den Quellen zwar vorzugsweise von dem Falle der nachträglichen Einwilligung gebraucht, aber nicht mit Strenge auf ihn beschränkt, vgl. z. B. l. 44 §. 1 D. de usurp. 41. 3, l. 4 C. pro emt. 7. 26. Ebenso wird auch *consentire* nicht bloß von vorgängiger Einwilligung gebraucht, vgl. z. B. l. 3. C. de R. V. 3. 32.

³ Möglicherweise, nicht notwendigerweise, geht ihnen auch die Fähigkeit sich zu verpflichten ab, so den Verschwendern. — Insofern ihnen die Verfügungsfähigkeit genommen ist, sind sie in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt. Die Verfügungsfähigkeit (Dispositionsfähigkeit) als eine besondere Eigenschaft der Person der Handlungsunfähigkeit (§. 71) entgegenzusetzen, ist keine Veranlassung vorhanden.

* Savigny IV. §. 102, 103, Wächter II. §. 86, Unger II. §. 91, 92.

¹ So wenn die ihm hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist. Das Rechtsgeschäft entspricht hier allen rechtlichen Anforderungen; daß es nicht wirkt, hat

In dem Begriff der Ungültigkeit gibt es Gegensätze.

1) Der bei Weitem wichtigste dieser Gegensätze ist der ebenfalls im Allgemeinen bereits oben erörterte Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, eben so wenig, als wäre es nie abgeschlossen worden, so daß es für das Recht wie nicht vorhanden ist; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft². Oder ein Rechtsgeschäft ist ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar zunächst erzeugt, dieselbe sich aber als unbrauchbar erweist, um denjenigen tatsächlichen Zustand herbeizuführen, auf dessen Herbeiführung das Rechtsgeschäft gerichtet ist. Dieß letztere ist noch in doppelter Weise denkbar. Entweder so, daß die aus dem Rechtsgeschäfte an und für sich erwachsene rechtliche Wirkung in sich selbst kraftlos ist, oder so, daß ihre Wiederaufhebung verlangt werden kann. Das erste ist der Fall, wenn der von dem Rechtsgeschäft erzeugte

seinen Grund nicht in seinem Nichtkönnen, sondern in seinem Nichtwollen. Ebenso, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, auf welche hin Jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abgeschlossen hat (§. 74). — Es soll zwar nicht geleugnet werden, daß nach dem Wortsinne an und für sich ungültig auch diejenige Willenserklärung genannt werden kann, welche nicht wirkt, weil sie nicht wirken will; man kann auch von ihr sagen, daß sie für das Recht nicht gilt. Aber eine Unterscheidung in der Bezeichnung ist Bedürfnis, und Niemand wird bestreiten, daß der Sprachgebrauch ungültig vorzugsweise dasjenige nennt, was nicht anerkannt wird, obgleich es anerkannt sein möchte. — Jedensfalls aber dürfen diejenigen Fälle nicht unter den Begriff der Ungültigkeit gestellt werden, in welchen die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht in ihm selbst seinen Grund hat, sondern in einer Thatfache, welche die Wirkung trifft, ohne das Rechtsgeschäft zu berühren, z. B. in einer eingetretenen Verjährung. Savigny (IV. S. 542) geht so weit, sogar den Fall der Erfüllung einer Obligation hierher zu ziehen. — Uebrigens kann der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit übergehen; so bei der Voraussetzung (§. 97 Note 5).

² Die entsprechenden römischen Ausdrücke: *negotium nullum*, *negotium nullius momenti* werden in den Quellen nicht mit derjenigen Strenge, mit welcher wir den Ausdruck Nichtigkeit handhaben, von dem anfechtbaren Rechtsgeschäft ferngehalten, vgl. z. B. l. 16 §. 1 D. de minor. 4. 4, l. 3 §. 3 D. pro socio 17. 2, l. 22 D. quas in fraud. erod. 42. 8, sowie umgekehrt *rescindere* auch von dem nichtigen Rechtsgeschäft gebraucht wird, z. B. l. 64 §. 1 D. de cond. 35. 1, Ulp. §. 1. 2.

Anspruch mit einer Einrede behaftet ist, so daß er wider Willen desjenigen, gegen den er begründet ist, nicht durchgeführt werden kann³. Bei dem Zweiten findet noch der Unterschied Statt, daß die Wiederaufhebung entweder durch den Richter zu geschehen hat⁴, oder durch die Thätigkeit desjenigen, zu Gunsten dessen die rechtliche Wirkung eingetreten ist oder gegenwärtig besteht⁵; denkbar ist es auch, daß sie durch eine einfache Erklärung desjenigen, welcher sich durch die eingetretene rechtliche Wirkung beschwert findet, beschafft werden kann. Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschließen, während eine solche Reaction bei dem nichtigen Rechtsgeschäft nicht nur nicht nöthig, sondern nicht einmal denkbar ist⁶. Und diese Reaction muß von bestimmten Personen ausgehen, während auf die Nichtigkeit sich Jedermann berufen kann. Aus dem letzteren Grunde nennt man auch die Ungültigkeit, welche nicht Nichtigkeit ist, relative Ungültigkeit (die Nichtigkeit selbst absolute). Gebräuchlicher ist heutzutage die bereits angegebene Bezeichnung 'Anfechtbarkeit'⁷.

³ Beispiele: *exceptio quod motus causa, doli, SCⁱ Macedoniani, SCⁱ Velleiani.*

⁴ Beispiele: *in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti.*

⁵ Beispiele: *actio doli, actio quod motus causa.*

⁶ Daher hat namentlich eine Nichtigkeitsklage nur Sinn als Präjudicialklage, d. h. als auf Declaration der Nichtigkeit gerichtet. Im Widerspruch hiermit wollte eine früher sehr verbreitete Ansicht in wichtigen Fällen (vgl. Unger §. 91 Note 29. 30) das Dasein der Nichtigkeit von der Durchführung der s. g. *querela nullitatis* abhängig machen, und stellte demgemäß den Satz auf, daß durch die Verjährung dieser Klage die Nichtigkeit geheilt werde. Zur unbeschränkten Herrschaft ist diese Ansicht im Prozeß und im Eherecht gelangt. Vgl. noch *Seuff. Arch.* VI. S. 455—458. (Dem an diesem Orte bezeichneten Bedirfnis hilft die römische *condictio possessionis* ab.)

⁷ Dieser Ausdruck ist durch Savigny zu einer fast allgemeinen Anerkennung gelangt, obgleich er nicht ganz paßt, da er den Fall, wo gegen den von dem Rechtsgeschäft erzeugten Anspruch nur eine Einrede begründet ist, schlecht bezeichnet. — Man begegnet wohl der Ansicht, die Anfechtbarkeit sei nicht selbst Ungültigkeit, sondern eröffne nur die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft ungültig zu machen; dasselbe sei nicht eher ungültig, bis die Anfechtbarkeit geltend gemacht worden sei. Am bestimmtesten ist diese Ansicht von Wächter (II. S. 653 [Note 3]. 656. 657) ausgesprochen worden; vgl. auch *Sintenis* I. S. 211. 218 und unten Note 9 a. E. Wenn der aufgestellte Begriff der Ungültigkeit richtig ist, so ist diese Ansicht unrichtig. Das anfechtbare Rechts-

2) Ein fernerer Gegensatz in der Ungültigkeit ist der, daß sie entweder entschieden oder unentschieden sein kann. Entweder — und dieß bildet den regelmäßigen Fall — ver sagt das Recht von vorne herein dem Rechtsgeschäft seine Anerkennung, oder das Recht läßt es einstweilen noch dahin gestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nichteintreten eines künftigen ungewissen Umstandes abhängig. Dieser Umstand kann namentlich auch die Willenserklärung einer der beim Rechtsgeschäft beteiligten Personen sein; je nach dem diese Person will, ist das Rechtsgeschäft, und zwar von Anfang an, gültig oder ungültig. Die in Folge einer solchen Erklärung eintretende Ungültigkeit kann an und für sich sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit sein; gewöhnlich denkt man nur an den letzteren Fall⁸. Derselbe unter-

geschäft ist dadurch eben, daß es anfechtbar ist, nicht minder in seiner Kraft gehemmt, als das nichtige; es findet hier ein Unterschied in der Art und Weise, und, wenn man will, im Grade der Hemmung statt; aber das thut dem Wesen des Begriffs keinen Eintrag. Offenbar unter dem Einflusse dieser Auffassung steht die Behauptung Wächter's (II. S. 656, vgl. Unger II. S. 161), daß, wenn in Folge der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes seine Wirkung wieder aufgehoben werde, dieß nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit, geschehe. Geht man dagegen davon aus, daß die Anfechtbarkeit selbst schon Ungültigkeit sei, die Wiederaufhebung Folge und Ausdruck der Ungültigkeit, nicht ihr Grund, so gelangt man umgekehrt zu dem Satze, daß die Wiederaufhebung auch für die Vergangenheit wirke, und man wird in den Fällen, wo das positive Recht ihr ausgesprochenermaßen eine solche Wirkung nicht beilegt, nur eine Abweichung von dem Principe erblicken.

⁸ Insofern in demselben die Nichtigkeit von dem Willen einer bestimmten Person abhängt, kann man sie auch eine relative Nichtigkeit nennen, wo denn die entschiedene Nichtigkeit als absolute erscheint. — Es ist gegen die s. g. relative Nichtigkeit eine lebhafteste Opposition erhoben worden in einem gründlich geschriebenen Aufsatz von Brandis (*Arch. f. civ. Pr.* VII. 4. 5 [1834]), und diese Opposition hat vielfachen Anklang gefunden, vgl. z. B. *Vangerow* I. S. 452. 597. 630. II. S. 347, *Sintenis* I. §. 24 Note 17, *Böcking* I. §. 119 d. e. Verstehet man, wie das freilich gewöhnlich geschieht, unter relativer Nichtigkeit eine Nichtigkeit, welche für den Einen vorhanden ist, für den Andern aber nicht, so ist das allerdings ein in sich verkehrter Begriff; versteht man unter ihr das im Text Angegebene, so macht ihr Begriff keinerlei Schwierigkeit. Jedenfalls ist derselbe unembehrlich für das heutige katholische Eherecht. Ob aber alle die Fälle, welche man gewöhnlich zur relativen Nichtigkeit zählt, wirklich unter dieselbe gehören, ist eine andere Frage; was namentlich die s. g. relative Nichtigkeit zweiseitiger Verträge angeht, s. das Obligationenrecht. — Wächter

scheidet sich von der (entschiedenen) Anfechtbarkeit dadurch, daß in ihm das von dem Willen der betreffenden Person Abhängige ist, ob von einer irgend welchen Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt soll geredet werden können, bei der Anfechtbarkeit hingegen, ob die von dem Rechtsgeschäfte zweifellos an und für sich hervorgebrachte rechtliche Wirkung zur thatsächlichen Geltung gelangen soll, oder nicht⁹.

3) Die Ungültigkeit kann eine ursprüngliche oder eine nachfolgende sein; derjenige Umstand, welcher die Willenserklärung ihrer Kraft beraubt, kann sogleich mit der Willenserklärung vorhanden sein, oder er kann erst nach ihr eintreten¹⁰. Es ist aber zu warnen vor dem Irrthum, als ob jeder Umstand, welcher, wenn er sogleich vorhanden wäre, die Willenserklärung ungültig machen würde, auch durch sein späteres Eintreten die Ungültigkeit derselben herbeiführe¹¹.

(II. §. 667, so auch Unger II. §. 149—153) faßt die unentschiedene Nichtigkeit als Gültigkeit auf, welche durch die Erklärung einer Partei zur Nichtigkeit, d. h. zur Unwirksamkeit von Anfang an werde. Für uns wäre das Anfechtbarkeit, da wir nicht zugeben, was Wächter behauptet, daß es im Begriffe der Anfechtbarkeit liege, daß das angefochtene Rechtsgeschäft nur für die Zukunft unwirksam werde (Note 7). In anderen Fällen, welche gewöhnlich als Fälle der relativen Nichtigkeit bezeichnet werden, nimmt Wächter (§. 667) eine Nichtigkeit an, welche durch die Erklärung einer Partei zur Gültigkeit werde, so namentlich in dem Fall, wo ein Geschlechtsunreifer einen zweiseitigen Vertrag ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossen hat. Vgl. auch Schlimmann Lehre vom Zwange §. 137. 138.

⁹ Welcher Unterschied freilich practisch in dem Falle keiner ist, wo die Anfechtung nur Erklärung der betreffenden Person voraussetzt. — Savigny (IV. §. 539) zählt die Anfechtbarkeit selbst zur unentschiedenen Ungültigkeit. Es liegt dem die in Note 7 bezeichnete Verwechslung zu Grunde (vgl. IV. §. 560).

¹⁰ An einer nachfolgenden Ungültigkeit leidet z. B. die Willenserklärung, welche in zulässiger Weise zurückgenommen worden ist, das Testament nach der Geburt eines nicht berücksichtigten Nothverben, die Veräußerung einer Sache nach Eintritt der Bedingung, wodurch dem Veräußernden das Eigenthum genommen wird. Aber nicht wird eine nachfolgende Ungültigkeit durch die Geltendmachung der Anfechtbarkeit begründet (Note 7). Ebenso wenig ist eine nachfolgende Ungültigkeit vorhanden, wenn eine bisher unentschiedene Ungültigkeit sich in eine entschiedene verwandelt; dadurch wird nicht eine Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäftes nachträglich begründet, sondern festgestellt, daß eine Mangelhaftigkeit von Anfang an vorhanden gewesen ist.

¹¹ In den Quellen findet sich diese falsche Abstraction allerdinge. I. 3

4) Die Ungültigkeit bezieht sich entweder auf den gesammten Umfang des in einem Rechtsgeschäfte Gewollten, oder nur auf einen Theil desselben¹².

5) Die Ungültigkeit ist vorhanden entweder für das Recht überhaupt, oder nur für denjenigen Rechtsatz, welchen der das Rechtsgeschäfte Abschließende zunächst in's Auge gefaßt hat. Den Anforderungen, welchen dieser Rechtsatz an ein gültiges Rechtsgeschäfte stellt, genügt das Rechtsgeschäfte nicht; dagegen entspricht es den Anforderungen eines anderen Rechtsatzes, aus welchem die gleiche rechtliche Wirkung hervorgeht¹³. Indem das Rechtsgeschäfte

§. 2 D. de his quae pro non scriptis 34. 8: — „quae in eam causam perveniunt, a qua incipere non potuerunt, pro non scriptis habentur“. Ebenso I. 16 D. ad leg. Aq. 9. 2, I. 98 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1. Dagegen I. 85 §. 1 D. de R. I. 50. 17. „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt“. Ebenso I. 140 §. 2 D. de V. O. 45. 1. So wird keine Willenserklärung dadurch ungültig, daß der Urheber später wahnsinnig wird, die Schenkung nicht dadurch, daß der Schenker und die Beschenkte später eine Ehe eingehen. Fragt man nach der hier zu ziehenden Grenze, so darf diese nicht dadurch bezeichnet werden, daß man sagt: Ungültigkeit trete ein bei dem Hinwegfallen eines solchen Erfordernisses, welches nicht bloß zum Entstehen, sondern auch zum Bestehen des Rechtsgeschäftes erforderlich sei (Unger §. 144, nach Wächter §. 669). Denn das ist nur ein anderer Ausdruck der Frage; zum Bestehen des Rechtsgeschäftes sind eben diejenigen Umstände erforderlich, ohne welche dasselbe nicht gültig ist. Es bleibt nichts Anderes übrig, als im Einzelnen anzugeben, welche Ungültigkeitsgründe von der einen, und welche von der anderen Art sind. Versuche dazu bei Böding §. 119 i., Unger §. 144.

¹² So ist die nicht insinuirte große Schenkung gültig bis zur Insinuationssumme, ungültig, soweit sie dieselbe überschreitet. — Die Ungültigkeit, welche sich auf einen Theil des Gewollten bezieht, hat die Ungültigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes dann zur Folge, wenn ohne den ungültigen Theil auch der andere Theil rechtlich nicht bestehen kann, oder nach der Absicht des Urhebers nicht bestehen soll. So ist das Zinsversprechen ungültig, wenn das Capitalversprechen es ist. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent“, I. 129 §. 1 I. 178 D. de R. I. 50. 17. Sonst heißt es: „utile non debet per inutile vitari“, c. 37 de R. I. in VI^o, I. 1 §. 5 D. de V. O. 45. 1.

¹³ Beispiele. Ein Soldat will nach gemeinem Rechte testiren, und erfüllt nicht die Anforderungen desselben; sein Testament ist immerhin gültig nach dem besondern Recht des Soldatenstandes (I. 3 D. de test. mil. 29. 1). Ein nach dem Recht der acceptilatio ungültig abgeschlossener Erbsvertrug kann gültig sein nach dem Recht des pactum de non petendo (I. 5 pr. D. de res.

nach diesem Rechtsatz aufrecht erhalten wird, befolgt man den präsumtiven Willen seines Urhebers¹⁴. Gewöhnlich spricht man in diesem Falle von einer 'Conversion' des Rechtsgeschäfts¹⁵.

Heilung der Ungültigkeit.

§. 83.

Kann ein ungültiges Rechtsgeschäft hinterher gültig werden? Kann die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts geheilt werden? Die Umstände, welche hier in Betracht kommen, sind folgende.

vond. 18. 5, 1. 8 pr. 1. 19 pr. 1. 23 D. de accept. 46. 4). Ein ungültiges Wechselversprechen kann gültig sein nach dem Rechte des Schutzhelms.

¹⁴ „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec erodendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua“, 1. 3 D. de test. mil. cit. Selbst da nehmen unsere Quellen keinen Anstand, es für das Wahrscheinliche zu halten, daß der Urheber des Rechtsgeschäfts Wirkung desselben nicht bloß nach dem zunächst in's Auge gefaßten Rechtsatz gewollt habe, wo die Wirkung, welche es nach diesem gehabt haben würde, bloß im Wesen mit derjenigen übereinkommt, welche sich aus dem wirklich zutreffenden Rechtsatz ergibt, nicht aber in allen Eigenschaften, so namentlich bei *acceptilatio* und *pactum de non petendo*. Wenn dagegen der wirklich zutreffende Rechtsatz eine Wirkung ganz anderer Art erzeugt, als der in's Auge gefaßte, wenngleich eine Wirkung, welche im Allgemeinen dieselbe Richtung verfolgt, so ist ohne ausdrückliche Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäfts nicht anzunehmen, daß auch diese Wirkung anderer Art gewollt sei. Daraus erklären sich die Entscheidungen in 1. 1 §. 4 D. de pec. const. 13. 5, 1. 9 D. de spons. 23. 1, 1. 1 D. de iuro cod. 29. 7. Daß hier übrigens die Grenze keine scharf gezeichnete ist, und daher im einzelnen Fall der Auslegung viel überlassen werden muß, liegt auf der Hand. In 1. 1 §. 2 D. de V. O. 46. 1 wird Nichterfüllung des Willens auch da angenommen, wo es sich um eine im Wesen gleiche Wirkung handelt. Wenn Unger (Inhaberpapiere S. 92. 93) das mit 1. 47 D. de O. et A. 44. 7 in Verbindung bringt, so kann ihm darin beigetreten werden; er geht aber wohl zu weit, wenn er auf Grund dieser Stelle bei allen Obligationsacten die Präsumtion für die Nichterfüllung sprechen läßt.

¹⁵ Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt. Das Rechtsgeschäft wird nicht dadurch aufrechterhalten, daß es zu einem andern gemacht wird, sondern es wird aufrechterhalten als das, was es ist, es wird nur eine nicht auf der Hand liegende Seite desselben herausgeholt. — Eine besondere Behandlung dieser Lehre hat Römmer (Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 4. [1863]) gegeben; vgl. auch Unger Inhaberpapiere S. 90—94.

¹⁶ Gewöhnlich spricht man von *convalescenz* der Rechtsgeschäfte, obgleich der Ausdruck *convalescere* weder an und für sich auf den Fall beschränkt ist,

1) Wegfallen des Ungültigkeitsgrundes, also Aufhebung der Thatsache, deren Vorhandensein, Entstehen der Thatsache, deren Mangel die Ungültigkeit zu Wege gebracht hat. Auszugehen ist davon, daß hierdurch die Ungültigkeit nicht geheilt wird; es kann jetzt eine Willenserklärung, welcher die rechtliche Anerkennung zu Theil wird, neuerdings abgegeben werden, aber deswegen ist es nicht weniger wahr, daß der abgegebenen die rechtliche Anerkennung nicht zu Theil geworden ist². Nur in Ausnahmefällen begnügt sich das Recht auch mit einem späteren Eintreten des zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts Erforderlichen. So namentlich, wenigstens regelmäßig³, da, wo zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts der Consens einer dritten Person erforderlich ist; die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wird hier durch die nachträgliche Ertheilung dieses Consenses, durch die Genehmigung⁴ dieser dritten Person, geheilt⁵. Diese Genehmigung hat auch rückwirkende Kraft, so jedoch, daß in der Zwischenzeit entstandene Rechte Dritter dadurch nicht beeinträchtigt werden⁶. Ferner gehört hierher, wenig-

wo ein Rechtsgeschäft durch Gültigwerden Wirksamkeit gewinnt, noch in den Quellen darauf beschränkt wird. In 1. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4 wird er sogar von einem nachstehenden Pfandrecht gebraucht, welches durch Wegfallen des vorhergehenden zur vollen Wirksamkeit gelangt.

² L. 29 D. de R. I. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“. Vgl. 1. 201 eod., 1. 1 pr. D. de reg. Cat. 34. 7; 1. 26 D. de stip. serv. 45. 3.

³ Eine Ausnahme findet Statt bei der *auctoritas tutoris* (§. 71 Note 7).

⁴ Es ist die eine der ferneren Anwendungen des Begriffs der Genehmigung (*ratihabitio*), auf welche in §. 74 Note 3 hingewiesen worden ist. Die Literaturangaben s. baselbst.

⁵ Der wichtigste unter den hierher gehörigen Fällen ist der, wo Jemand die Verfügung, welche ein Anderer über seine Rechtssphäre getroffen hat, genehmigt (§. 81 Note 7). Andere Fälle sind: der Curator genehmigt die vom Minderjährigen gemachte Veräußerung, der Vater das dem Haussohne gegebene Darlehn (1. 7 C. ad 80. Mac. 4. 28), der Gläubiger die einem Anderen zum Zwecke der Tilgung der Schuld gemachte Zahlung (1. 12 §. 4 D. de sol. 46. 3). — Nicht ganz auf gleicher Linie mit der Genehmigung steht der Fall, wo zu einem Rechtsgeschäfte in dem Sinne die Mitwirkung Mehrerer erforderlich ist, daß Jeder als selbständig Handelnder aufzutreten hat, wie bei der Bestellung einer Dienstbarkeit an einem im Miteigenthum stehenden Grundstück oder für ein solches Grundstück. Aber auch in diesem Falle ist anerkannt, daß die Willenserklärungen der mehreren Miteigenthümer nicht gleichzeitig zu erfolgen haben, allerdings nur mit einer Beschränkung, und ohne daß der letzten Willens-

stens in einem gewissen Sinne der Fall, wo der Veräußerer das zur Veräußerung berechtigende Eigenthums- oder Verfügungsrecht nicht hat, aber hinterher erwirbt¹.

2) Bestätigung. Unter Bestätigung wird verstanden die Erklärung des Urhebers des Rechtsgeschäftes, daß dasselbe gültig sein solle². Was die Wirkung derselben angeht, so ist zu unterscheiden zwischen dem anfechtbaren und dem nichtigen Rechtsgeschäft. Bei dem anfechtbaren Rechtsgeschäft wirkt sie als Verzicht auf das Anfechtungsrecht, und gewährt so der von Anfang an vorhanden gewesenen Wirkung des Rechtsgeschäftes die Möglichkeit freier Entfaltung³. Was die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes angeht, so wäre an und für sich zu sagen, daß dieselbe als Bestätigung überhaupt keine Wirkung auszuüben vermöge, da das gar nicht Vorhandene auch nicht kräftig gemacht werden könne, sondern nur als neuer Abschluß eines Rechtsgeschäftes des

Erklärung rückwirkende Kraft beigelegt wird, s. l. ult. D. comm. praed. und §. 212 Note 3. 8.

¹ Es gilt hier dasselbe, was oben (§. 74 Note 6) in Betreff der Genehmigung der von einem Dritten in unserem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gesagt wurde, nämlich: daß zwar an und für sich der Genehmigung rückwirkende Kraft nur in dem Sinne beigelegt werden kann, daß der Genehmigende verpflichtet ist, sich so behandeln zu lassen, als wäre die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes schon damals eingetreten, daß aber l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 nöthigt, weiterzugehen, und der Genehmigung rückwirkende Kraft schlechthin zuzuschreiben (s. Note 10), wobei nur die im Texte hinzugefügte Beschränkung sich von selbst versteht. Für die Rückwirkung sprechen auch l. 56 D. de iud. 5. 1 und l. 16 §. 1 D. de pign. 20. 1, obgleich dieselben allerdings keinen unumstößlichen Beweis enthalten, ferner l. 71. §. 1. 2 D. de sol. 46. 3, mit welcher Stelle freilich l. 25 §. 1 D. ratam rom 46. 8 in directem Widerspruch steht (vgl. Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI. S. 179 — 181). Aber auf Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen in Betreff der Wirkung der Genehmigung deutet auch Justinian in der citirten Codexstelle hin.

² Davon näher unten §. 172 Note 5—8, §. 172a Note 3. Vgl. einstweilen l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 42 D. de usurp. 41. 3.

³ Gewöhnlich wird die Bestätigung als Genehmigung bezeichnet, und so thun auch die Quellen, welche regelmäßig von *ratihabitio* und nicht von *confirmatio* sprechen. So ergibt sich also wieder ein neuer Sinn (vgl. Note 4 und §. 74 Note 3) des Ausdrucks Genehmigung (*ratihabitio*). Bei der ohnehin hinreichend großen Vieldeutigkeit desselben ist es gewiß gerechtfertigt, ihn von der Bestätigung fernzuhalten.

¹ Beispiele in l. 3 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 4 C. de his quas vi 2. 20.

gleichen Inhalts. Das römische Recht hat sich jedoch hierüber hinweggesetzt, und die Bestätigung auch des nichtigen Rechtsgeschäftes als Bestätigung allerdings anerkannt. Ja es legt derselben sogar rückwirkende Kraft bei. Dieser letztere Satz erleidet jedoch wesentliche Einschränkungen: er gilt nicht, wenn das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig war wegen Formmangels, oder aus einem Grunde öffentlichen Interesses, und er gilt nicht gegenüber Rechten Dritter, welche in der Zwischenzeit erworben sind¹⁰.

¹⁰ Nach der jetzt herrschenden Meinung (Literaturangaben bei §. 74 Note 3) soll die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes nur als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes wirken, und daher auch der rückwirkenden Kraft ermangeln. Ich wiederhole, daß die Rechtsconsequenz dieß allerdings verlangt; nur müßte hinzugefügt werden, daß der Genehmigende immerhin obligatorisch gebunden sei, sich so behandeln zu lassen, als sei die Wirkung des jetzt abgeschlossenen Rechtsgeschäftes bereits früher eingetreten (§. 74 Note 6). Aber die Rechtsconsequenz wird meiner Ansicht nach überwunden durch die ausdrückliche Vorschrift der l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, wiederholt in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 (c. 10 de R. I. in VI^o 5. 13). Die herrschende Meinung geht zu leicht über diese Stellen hinweg. Zu der ersten schreibt Justinian vor, daß die leztwillige Bestätigung einer Schenkung zwischen Ehegatten oder einer sonstigen wegen Unfähigkeit des Beschenkten nichtigen Schenkung die Schenkung von Anfang an gültig machen solle, wenn beim Abschlusse derselben die Form gewahrt sei, sonst nur von der Zeit der Bestätigung an. Dann fügt er hinzu: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. Das Wenigste nun, was aus diesen Worten entnommen werden muß, ist, daß Justinian eine jede Bestätigung überhaupt als Bestätigung, und nicht als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäftes angesehen wissen will, so daß also z. B., wenn bei dem nichtigen Rechtsgeschäft die Form gewahrt worden ist, dieselbe bei der Bestätigung nicht wiederholt zu werden braucht. Es liegt nahe, den Versuch zu machen, ob sich nicht die genannten Worte so auslegen lassen, daß sie auch nur dieses sagen wollen, so daß also die rückwirkende Kraft der Bestätigung immer noch ausgeschlossen bliebe. Dafür läßt sich anführen, daß Justinian in l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 offenbar selbst seinen Anspruch nur in diesem Sinne anwendet: die Genehmigung ist fähig, der früher vorgenommenen Handlung Wirkung zu verleihen, man darf nicht sagen, daß die Genehmigung unwirksam sei, weil sie ein juristisches Nichts vorfinde. Aber auch diese Auslegung scheitert, wie ich glaube, vollkommen an dem übrigen Inhalt der l. 25 C. cit. Denn der fraglichen allgemeinen Verfügung derselben geht unmittelbar vorher eine Bestimmung, welche der Bestätigung nicht Wirkung überhaupt, sondern Wirkung von der Zeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes an beilegt, und diese Bestimmung eben ist es, welche sie verallgemeinert. So unbefriedigend das Resultat ist, welches sich hieraus ergibt, so wenig kann es, wie ich glaube, beseitigt werden. Unbefriedigend ist das Resultat namentlich aber

3) Ablauf der Zeit. Durch Ablauf der Zeit kann ein ungültiges Rechtsgeschäft insofern gültig werden, als die Berufung auf seine Ungültigkeit durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeit beschränkt sein kann. Dieß ist regelmäßig der Fall, wenn die Ungültigkeit durch einen gegen das Rechtsgeschäft gerichteten Angriff geltend gemacht werden muß; es kommt aber auch bei wichtigen Rechtsgeschäften vor¹¹.

D. Wirkung der Rechtsgeschäfte.

I. Im Allgemeinen.

§. 84*.

Die Wirkung der Rechtsgeschäfte bestimmt sich durch den Inhalt des in ihnen erklärten Willens. Es ist die Aufgabe der Auslegung, diesen Inhalt festzustellen.

Die Auslegung hat auch hier, wie da, wo der Sinn von Rechtsbestimmungen festgestellt werden soll, auszugehen von dem Wortsinne. Dabei ist aber Rücksicht zu nehmen nicht nur auf den besondern Sprachgebrauch des Ortes, an welchem die Willenserklärung abgegeben worden ist, sondern auch auf die individuelle Redeweise des Erklärenden¹. Nur macht sich in letzterer Beziehung bei

auch bewegen, weil der Satz von der rückwirkenden Kraft der Bestätigung nun doch wieder nicht ohne Ausnahmen anerkannt werden kann. Denn auch abgesehen davon, daß durch die rückwirkende Kraft der Bestätigung Rechte, welche für Dritte in der Zwischenzeit entstanden sind, nicht beseitigt werden können, was sich von selbst versteht, geht aus der Stelle selbst hervor, daß die rückwirkende Kraft durch einen Formmangel des ursprünglichen Rechtsgeschäfts ausgeschlossen wird. Und ebensowenig läßt sich annehmen, Justinian habe bestimmen wollen, daß auch in denjenigen Fällen das Rechtsverhältnis rückwärts existent werden sollte, wo das Recht demselben im Interesse der öffentlichen Ordnung seine Anerkennung versagt hatte, wie z. B. in den Fällen der l. 4 §. 6 D. de off. proc. 1. 16, l. 65 §. 1 D. de R. N. 23. 2. Vgl. aus dem früheren Rechte noch l. 11 §. 9 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 40 D. de m. c. don. 39. 6, l. 1 §. 2. l. 4 D. pro don. 41. 6.

¹¹ E. z. B. l. 3 C. si mai. factus 5. 74. Im Uebrigen s. die in Note 2 abgedruckte l. 29 D. de R. I. 50. 17.

* Röchter II. §. 108, Savigny Obligationenrecht II. S. 189—195, Böding I. §. 117.

¹ L. 50 §. 3 D. de leg. I. 30, l. 65 §. 7 l. 69 §. 1 D. de leg. III. 32, l. 18 §. 3 D. de instr. 33. 7, l. 34 D. de R. I. 50. 17.

Verträgen geltend, daß der andere Contrahent nicht verpflichtet ist, diese individuelle Redeweise zu kennen, und daher das Recht hat, sie in demjenigen Sinne zu fassen, in welchem sie Jedermann versteht².

Ist der Wortsinne kein unzweifelhafter, so muß der wirkliche Sinn der abgegebenen Erklärung gefunden werden mit Rücksicht theils auf ihren übrigen unzweifelhaften Inhalt³, theils auf den Werth des Resultates⁴, vorzugsweise aber mit Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände, unter welchen das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist. Führen auch diese Mittel nicht zum Ziele, so ist gegen denjenigen zu entscheiden, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden, also bei Verträgen gegen denjenigen, von dem die Fassung des Vertrags oder der Vertragsbestimmung ausgegangen ist⁵, sodann für die mildere Auslegung⁶, und zu Gunsten gewisser Rechtsverhältnisse, wohin außer der Dox⁷ namentlich die leßwilligen Zuwendungen⁸ gehören.

Von den zuvor erwähnten Mitteln darf aber nicht bloß zu dem Zwecke Gebrauch gemacht werden, um die Zweifel, welche der Wortsinne übrig läßt, zu beseitigen; sie berechtigen auch, bei unzweifelhaftem Wortsinne im Gegensatz zu demselben den wahren

² Vgl. Note 5.

³ L. 50 §. 3 D. de leg. I. 30.

⁴ L. 80 D. de V. O. 45. 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto est“. L. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“. L. 31 D. de evict. 21. 2. Ceußf. Arch. III. 301.

⁵ L. 33 §. 18 l. 99 pr. l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 26 D. de reb. dub. 34. 5. Ceußf. Arch. I. 347. III. 324. Wenn es in den Quellen heißt, daß Kauf- und Mietheverträge gegen den Verkäufer und Vermietter ausgelegt werden sollen (l. 39 D. de pactis 2. 14, l. 21. 33 D. de contr. emt. 18. 1, l. 172 pr. D. de R. I. 50. 17), so ist das mit Maßgabe des im Texte Gesagten zu verstehen, vgl. auch l. 25 pr. l. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

⁶ L. 56 D. de R. I. 50. 17. „Semper in dubiis benigniora praeferrenda sunt“. L. 168 pr. l. 192 §. 1 eod., l. 32 §. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Hierher gehört auch die Regel: „semper in obscuris quod minimum est sequimur“, l. 9. 34 D. de R. I. 50. 17. Vgl. auch l. 47 D. de O. et A. 44. 7.

⁷ L. 70 D. de I. D. 23. 3, l. 85 pr. D. de R. I. 50. 17; l. 2 D. de l. D. S. außerdem l. 179 D. de R. I.

⁸ L. 12 D. de R. I. 50. 17. „In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur“. L. 24 D. de reb. dub. 34. 5, l. 12 §. 2 i. f. D. de usu 7. 8.

Willen des Erklärenden zur Geltung zu bringen⁹, wobei der Auslegung lektwilligen Verfügungen gegenüber eine größere Freiheit gestattet ist¹⁰. Aber selbst bei den letzteren genügt nicht eine bloße Wahrscheinlichkeit, daß der Erblasser etwas Anderes gemeint als gesagt habe¹¹, und auch wenn dieß vollständig feststeht, ist doch immer noch erforderlich, daß seine Erklärung als ein irgend welcher Ausdruck seines wahren Willens angesehen werden könne¹².

Der eigenen Auslegung des Urhebers der Erklärung darf bei Rechtsgeschäften nicht derselbe Werth beigelegt werden, wie bei gesetzlichen Bestimmungen. Während sie bei diesen bindend ist, darf sie bei Rechtsgeschäften nur insoweit beachtet werden, als sie nicht in die Worte etwas hineinträgt, welches dieselben auszudrücken entschieden unfähig sind. Und ferner macht sich, was Verträge angeht, auch hier wieder geltend, daß der andere Contractant ein Recht auf die abgegebene Erklärung in demjenigen Sinne hat, welcher ihr an und für sich zukommt¹³; so findet die eigene Auslegung ihre Hauptanwendung bei lektwilligen Verfügungen¹⁴.

§. 85.

Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäftes ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum

⁹ L. 219 D. de V. S. 50. 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredes eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit“. L. 3 C. de lib. praet. 6. 28: — „cum... manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio numquam tantum valet, ut melior sensu existat“. *Seuff. Arch.* VI. 324.

¹⁰ Note 8.

¹¹ L. 25 §. 1 D. de leg. III. 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“. L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem“.

¹² L. 7 §. 2 D. de suppell. 33. 10. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5: — „qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur“.

¹³ *Bgl.* l. 12 D. de transact. 2. 15.

¹⁴ L. 21 §. 1 D. qui test. 28. 1, l. 96 D. de R. I. 50. 17.

Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert, — die Bestimmungen eines Rechtsgeschäftes sind entweder wesentliche Bestimmungen, oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen¹. —

Die Wirksamkeit des in einem Rechtsgeschäft erklärten Willens kann von dem Erklärenden selbst beschränkt werden, durch Hinzufügung einer Bedingung, Befristung, Voraussetzung. Hiervon muß im Folgenden näher gehandelt werden.

2. Selbstbeschränkungen der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

a. Bedingung².

α. Begriff und Arten.

§. 86.

Bedingung in dem hierher gehörigen Sinn¹ ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen

¹ Dem Kaufvertrage ist z. B. wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäfte wesentlichen Bestimmungen pflegt man *essentialia negotii* zu nennen, die unwesentlichen *accidentalibus*. Wenn man als drittes Glied der Einteilung die *naturalia negotii* hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäftes versteht, welche das Recht an dasselbe anknüpft auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl. l. 11 §. 1 D. de A. E. V. 19. 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate“), so liegt die Schiefheit dieser althergebrachten Einteilung auf der Hand; sie stellt zusammen Gewolltes und Nichtgewolltes.

² Dig. 35. 1 de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; 28. 7 de conditionibus institutionum. Cod. 6. 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis; 6. 46 de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus; 8. 55 de donationibus quae sub modo vel conditione vel certo tempore fiunt.

Savigny III. 116—124, *Mühlenbruch* in der Fortsetzung von *Glück's* Commentar XLI S. 41 — 276, *Wächter* II. § 92—96, *Unger* II. §. 82.

¹ Im weiteren Sinne bezeichnet Bedingung jede bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung. So auch das römische Wort *conditio*, vgl. z. B. l. 10 §. 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 1 D. de in diem add. 18. 2.

Umstandes eintreten solle², und zwar wird sowohl diese Bestimmung selbst, als der Umstand, auf welchen sie gestellt ist, Bedingung

¹ Es ist nicht zu billigen, wenn Andere das Wesen der Bedingung darcin legen, daß durch sie die Existenz des Willens von einem gewissen Umstande abhängig gemacht werde (so Arnolds §. 66, Fuschle Zeitsch. f. Civ. u. Pr. XV. S. 248. 249, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 337. 349, Unger II. S. 56. 57). Nicht die Existenz des Willens wird von der Bedingung abhängig gemacht, sondern die Existenz des Gewollten. Wenn vor dem Eintritt der Bedingung kein Wille existirte, woher sollte denn mit Eintritt der Bedingung ein Wille genommen werden? Die Existenz des Willens, die Thatsache des Wollens, kann gar nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, so wenig wie die Existenz einer Thatsache überhaupt; erst da, wo es von menschlicher Willkühr abhängt, ob Thatsachen gewisse rechtliche Wirkungen haben sollen oder nicht, beginnt der Raum für die Bedingungen. Man läßt sich täuschen durch die Formel, in welcher man die Bedingung auszudrücken pflegt: ich will, wenn —. Diese Formel ist nicht unrichtig, aber sie ist nicht vollständig richtig; es kommt darauf an, wohin man das dazu gehörige 'daß' stellt. Die Formel ist aber nicht: ich will, wenn —, daß —; sondern die Formel ist: ich will, daß —, wenn —. Man wird freilich der Sache die Wendung geben wollen, daß man sagt, unter Existenz des Willens werde hier nicht die factische, sondern die rechtliche Existenz des Willens verstanden. Darauf ist nicht bloß zu antworten, daß es nicht rathsam ist, statt eines unzweideutigen Ausdrucks einen zweideutigen zu gebrauchen, sondern vor Allem, daß die bedingte Willenserklärung weit davon entfernt ist, für das Recht nicht zu existiren; erzeugt sie nicht diejenigen rechtlichen Wirkungen, auf deren Hervorbringung sie gerichtet ist, so schreibt ihr doch in anderen wichtigen Beziehungen das Recht Bedeutung allerdings zu (§. 89). — Das hier Gesagte gilt auch gegen die Formulirung derjenigen, welche als das durch die Bedingung abhängig Gemachte die Existenz des Rechtsgeschäfts bezeichnen (sie findet sich z. B., jedoch neben Anderem, bei Puchta §. 59, Wächter II. S. 689. 690), und wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß diese Formulirung in zahlreichen Aeußerungen unserer Quellen Unterstüßung findet (vgl. die bekannte Rede, daß das Rechtsgeschäft erst mit Eintritt der Bedingung 'perfectur', ein negotium 'perfectum' werde, und außerdem z. B. §. 1 I. de emt. et vend. 3. 23, l. 19 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de per. et comm. 4. 48), so wird doch in anderen Stellen das richtige Verhältniß auch im Ausdruck herausgehört, vgl. l. 10 §. 4 D. de I. D. 23. 3, l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 78 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Mit der hier gewählten Formulirung kommt im Wesen diejenige überein, welche als das von der Bedingung Abhängige die Existenz des Rechtsverhältnisses bezeichnet (so z. B. Savigny III. §. 116, Böcking I. §. 111); dieselbe erscheint nur deswegen als nicht ganz zutreffend, weil die Willenserklärung auch auf Beendigung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein kann. Die richtige Auffassung findet sich auch ausgeführt in dem neuesten Aufsatz über diese Materie von D. Schönemann, Zeitsch. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 1 (1861).

genannt³. Wenn aber hier von einer bei der Willenserklärung gemachten Hinzufügung die Rede ist, so darf das nicht so gedacht werden, als hätte dieselbe der Willenserklärung gegenüber ein Dasein für sich; die bedingte Willenserklärung ist eine einzige, nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens⁴.

Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird, kann den verschiedensten Inhalt haben: Sie kann auf Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsgeschäftes gerichtet sein. Sie kann namentlich auch gerichtet sein auf Wiederauf-

³ Auch in dieser Beziehung gilt das Gleiche von dem römischen Ausdruck *conditio*.

⁴ Fuschle Zeitsch. f. Civ. u. Pr. XV. S. 248, Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1848) S. 24, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 308. 309, Unger II. §. 82 Note 3. Es ist nicht leicht, dieses Verhältniß in der Definition der Bedingung auf unzweideutige Weise zu bezeichnen, und so ist es am Sichersten, vor dem Mißverständniß ausdrücklich zu warnen. Uebrigens scheinen Fuschle, Fitting und Unger zu weit zu gehen, wenn sie sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklären, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung der Willenserklärung genannt werde; muß denn unter Nebenbestimmung einer Willenserklärung nothwendigerweise ein für sich bestehender Theil derselben verstanden werden? — Aus dem Gesagten entscheidet sich auch die viel verhandelte Controverse, ob die Behauptung der Bedingtheit des vom Gegner angerufenen Geschäftes bewiesen werden müsse, oder ob umgekehrt der Gegner die Unbedingtheit darzuthun habe. Das Letztere ist das Richtige, nicht, wie man gesagt hat, weil in der Behauptung der Bedingtheit ein Leugnen der Existenz der Willenserklärung liegt, was eben nicht wahr ist (s. Note 2), sondern weil, wer die Willenserklärung zugibt, aber ihre Bedingtheit behauptet, in der Wirklichkeit nicht eine Thatsache zugibt und eine andere behauptet, sondern Eine Thatsache zugibt, beziehentlich behauptet, die Erklärung eines bedingten Willens, welche Thatsache, eben weil sie nur Eine ist, der Gegner nicht auseinanderreißen darf. In diesem Sinne ist die Frage entschieden in einem Erkenntniß der Juristenfacultät zu Greifswald, welches in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V. S. 1—13 (mit zahlreichen Druckfehlern!) abgedruckt ist (s. auch Seuff. Arch. XIV. 173 a. G.); daselbst ist auch die weitgeschichtete Litteratur angegeben (s. noch Unger §. 82 Note 3, §. 129 Note 39, und Seuffert Pand. 4. Aufl. §. 87 Note 3, D. Schönemann Zeitsch. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 7 [1862; diese neueste Behandlung des Gegenstandes enthält keinen Fortschritt]). Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 370. II. 165. 330. IV. 32. VIII. 311. X. 300. XII. 203. XIII. 189. XIV. 173 vgl. III. 222. V. 239.

Windscheid, Pandecten. I. Abthg.

hebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältnisses. In diesem letzteren Fall nennt man die Bedingung eine auflösende (Resolutiv-) Bedingung, in jedem anderen Falle eine aufschiebende (Suspensiv-) Bedingung⁵. In der That ist es aber nicht die Bedingung, welche in dem genannten Falle auflöst, sondern die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt ist; genauer betrachtet ist die s. g. auflösende Bedingung nichts als die aufschiebende einer auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichteten Nebenwillenserklärung⁶.

§. 87.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ein thatsächlicher, er kann aber auch ein rechtlicher sein, z. B. wenn ich Eigenthümer einer bestimmten Sache werden sollte.

Er kann ein positiver oder negativer sein, nicht nur ein Sein oder Geschehen, sondern auch ein Nichtsein oder Nichtge-

⁵ Die quellenmäßige Ausdrucksweise, auf welche die gewöhnlich gebräuchten Bezeichnungen 'Suspensiv- und Resolutivbedingung' zurückweisen, sind: negotium conditione suspenditur (z. B. l. 4 C. de per. et comm. 4. 43, l. 25 C. de don. 8. 54) — negotium sub conditione resolvitur (s. die folgende Note.)

⁶ So hat schon Thibaut (civil. Abhandlungen S. 359 fg.) gelehrt, und sieht man auf das in unseren Quellen Vorliegende, so muß man ihm unbedingt beitreten. An und für sich zwar empfiehlt sich eine ganz andere Auffassung der auflösenden Bedingung, wornach auch sie nichts Anderes ist, als eine Qualificirung des rechtsverzeugenden Willens, kraft deren derselbe das Erzeugte nur in einem solchen Zustande hervorbringt, daß es einem gewissen Umstande gegenüber nicht Stand zu halten vermag, von demselben wieder weggenommen wird, und ich selbst habe diese Auffassung an einem andern Orte vertreten (die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24); vgl. auch Unger II. S. 65 Note 30. 30a. Aber, wie gesagt, mit dem Inhalt unserer Quellen ist sie nicht vereinbar. Den Quellen ist das Rechtsgeschäft, welchem eine s. g. auflösende Bedingung hinzugefügt ist, gar kein bedingtes, unter einer Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft; es ist ihnen ein unbedingtes Rechtsgeschäft mit einem bedingten Nebengeschäft. Stellen wie l. 2. 4 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 1 D. de lego comm. 18. 3, l. 2 §. 4. 5 D. pro emt. 41. 4 lassen daran nicht den mindesten Zweifel. S. namentlich l. 2 §. 4 cit.: — „sed videamus, utrum conditio sit hoc an conventio“? Vgl. auch l. 44. §. 2 D. de O. et A. 44. 7, wo die auflösende Bedingung eine Bedingung genannt wird, „quae post perfectam obligationem ponitur“. — Wer übrigens diese Auffassung bestrittet, muß nach dem in Note 4 Gesagten auch behaupten, daß die Berufung auf eine auflösende Bedingung nicht zum Beweise verpflichtet.

sehen¹. Darnach theilt man die Bedingungen selbst in positive oder affirmative und negative ein.

Der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, kann ferner entweder in der Vergangenheit liegen, oder in der Gegenwart, oder in der Zukunft. Liegt er in der Vergangenheit oder Gegenwart, so ist sein Sein oder Nichtsein, und damit das Sein oder Nichtsein der gewollten rechtlichen Wirkung objectiv sogleich völlig sicher, sollte auch bei der Willenserklärung darüber subjectiv noch eine Ungewißheit bestehen². Liegt er in der Zukunft, so ist auch eine objective Ungewißheit möglich, freilich nicht nothwendig. Sie ist auch in diesem Falle dann nicht vorhanden, wenn der Umstand, auf welchen die Bedingung gestellt ist, nothwendigerweise eintreten muß³, oder unmöglicherweise eintreten kann⁴, (s. g. nothwendige und unmögliche Bedingungen⁵). Nur diejenige Bedingung, in

¹ L. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1.

² §. 6 I. de V. O. 3. 15, l. 37—39 D. de R. C. 12. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1. §. 6 I. cit. „Conditiones, quae ad praesens vel praeteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt. veluti: si Titius consul fuit, vel si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem; licet apud nos incerta sint“. Man darf nicht sagen, daß doch auch das Sein oder Nichtsein eines zukünftigen Umstandes objectiv sogleich sicher sei, da, wie auch die Zukunft sich gestalten, sie eben so sich habe gestalten müssen, — „nec rerum naturam intuemdam, in qua omnia certa sunt, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspicere debere“, l. 28. §. 5 D. de iud. 5. 1. Es kommt darauf an, ob „quantum in natura hominum sit, possit sciri“, l. 38 D. de R. C. 12. 1.

³ L. 79 pr. D. de cond. 35. 1. „Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur; non enim potest conditio non existere“. L. 9 §. 1 D. de nov. 46. 2. „Qui sub conditione stipulatur, quae omnino exstatura est, pure videtur stipulari“. Nothwendig ist auch das Nichtgeschehen des Unmöglichen, l. 7. 8 D. de V. O. 45. 1. §. 11 i. f. l. de inut. stip. 3. 19, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7. Die Nothwendigkeit kann auch eine juristische sein, l. 20 pr. cit.

⁴ §. 11 I. de inut. stip. 3. 19. „Si impossibilis conditio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixerit: si digito coelum attigero, dare spondes?“. Es kann aber auch die Unmöglichkeit nicht bloß auf einem Naturgeset, sondern auch auf einer Rechtsvorschrift beruhen, l. 35 §. 1 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1. Unmöglich ist auch das Nichtgeschehen des Nothwendigen.

⁵ Die Quellen nennen incorrect impossibilis conditio auch die auf das

Folge deren ein Zustand objectiver Ungewißheit vorhanden ist, erzeugt eine ihr eigenthümliche rechtliche Wirkung; das Verhältniß, welches bei einer sogleich entschiedenen Bedingung stattfindet, kann auch ohne Bedingung vorhanden sein. Dieser Umstand erscheint als so wichtig, daß es von den Bedingungen, welche einen Zustand objectiver Ungewißheit nicht hervorrufen, heißt, sie seien eigentlich keine Bedingung⁶.

Die Bedingung kann möglicherweise auf einen Umstand gestellt sein, von dem es sich von selbst versteht, daß er zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist⁷. Dann ist sie

Nichtgeschehen des Unmöglichen gestellte Bedingung, obgleich dieses Nichtgeschehen notwendig ist. L. 50 §. 1 D. de her. inst. 28. 5, 1. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, 1. 7 D. de V. O. 45. 1. Neuere Schriftsteller gebrauchen dafür den Ausdruck 'negativ unmögliche Bedingungen'. Vgl. Arnolds Beiträge I. S. 163—169.

⁶ L. 39 D. de R. C. 12. 1. „Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confortur“. L. 10 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7, 1. 79 pr. D. de cond. 35. 1, 1. 9 §. 1 D. de nov. 46. 2 (die beiden letzten Stellen abgedruckt in Note 3). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Willenserklärung unter einer uneigentlichen Bedingung in aller und jeder Beziehung einer unbedingten gleichstehe, s. §. 95 Note 3. — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 13) will den Begriff der eigentlichen und uneigentlichen Bedingung anders gefaßt wissen; eigentliche Bedingung sei jede auf die Zukunft gestellte Bedingung, ohne Ausnahme der notwendigen und unmöglichen (und der s. g. *conditio iuris*, s. die folgende Note). Er hat die Quellen gegen sich (in l. 39 de R. C. 12. 1 bildet die Bedingung, welche „in futurum confortur“ den Gegensatz zu der Bedingung, durch welche „*stipulatio suspenditur*“, l. 37 eod.), und die Natur der Sache nicht für sich. Die besondern Wirkungen, welche Fitting dem, was er eigentliche Bedingung nennt, beilegt (a. a. O. S. 347. 348), sind, abgesehen davon, daß sie zum Theil nicht begründet sind, von verschwindender Bedeutung gegenüber der suspendirenden Kraft der Bedingung. Will man aber einmal zwischen eigentlicher und uneigentlicher Bedingung unterscheiden, so soll man die Grenze entweder da machen, wo die Bedingung überhaupt anfängt, irgendwie rechtlich in Betracht zu kommen, oder da, wo ihre Hauptbedeutung liegt. — Das Gesagte gilt auch gegen Unger, welcher (§. 82 Note 5. 16) unter eigentlicher Bedingung jede versteht, über deren Erfüllsein oder Nichterfüllsein der sie Setzende sich in subjectiver Ungewißheit befinde.

⁷ Es versteht sich z. B. von selbst, daß ein Recht, welches an einer noch nicht existirenden Sache verlichen worden ist, nicht existirt werden kann, wenn die Sache es nicht wird, daß ein im Testament gegebenes Vermächtniß Bestand nur dann hat, wenn der Eingesezte Erbe wird u. c. — Insofern von einem solchen Umstande das Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung immerhin ab-

überflüssig, sie ist eine müßige Wiederholung des ohnehin schon Erklärten; die Willenserklärung wird durch sie in der That zu einer bedingten nicht gemacht. Auch eine solche Bedingung ist nur dem Wortlaut nach, nicht aber eine eigentliche Bedingung⁸.

β. Wirkung der Bedingung.

aa. Im Allgemeinen.

§. 88.

Die Wirkung der Bedingung ist durch die Angabe ihres Begriffes im Allgemeinen bereits bezeichnet. Die Wirkung der Bedingung ist die, daß sie das Eintreten der Rechtswirkung, auf welche die Willenserklärung gerichtet ist, abhängig macht von ihrer Erfüllung. Dieß gilt in gleicher Weise von der auflösenden, wie von der aufschiebenden Bedingung; nur ist die von der Erfüllung der auflösenden Bedingung abhängige Rechtswirkung eben die Wiederauflösung der durch das Hauptgeschäft erzeugten Wirkung.

hängig ist, wird er in den Quellen *conditio* auch dann genannt, wenn er in der Willenserklärung nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden ist; es ist eine „*conditio quae inest tacite*“, „*quae extrinsecus venit*“ (nicht aus der Willenserklärung), l. 1 §. 3 l. 99 D. de cond. 35. 1, 1. 6 §. 1 l. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2, 1. 21. 68 D. de I. D. 23. 3. Sehr gebräuchlich ist bei den Neuern auch der Ausdruck *conditio iuris* (nach l. 21 D. de cond. 35. 1).

⁸ Es ist hier zwar eine objective Ungewißheit vorhanden, aber nicht in Folge der Bedingung. L. 22 §. 1 D. quando dies 36. 2. „*Quaedam autem conditiones supervacuae sunt, veluti si ita scribat: Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, X dato*. Nam pro non scripta ea conditio est, ut omnino ad heredem Maevii legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit“. L. 12 D. de cond. inst. 28. 7, 1. 69 D. de her. inst. 28. 5 (cf. l. 65 §. 1 D. de leg. I. 30, 1. 69 D. de cond. 35. 1). — Fitting (Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 312) behauptet (unter Zustimmung von Unger S. 59. 60), jede stillschweigende Bedingung könne dadurch zu einer eigentlichen gemacht werden, daß sie in dieser Absicht ausgesprochen werde. Er hat dafür keinen anderen Beweis, als l. 19 §. 1 D. de cond. 35. 1. Der wahre Inhalt dieser Stelle ist aber, daß die Verfügung: *si Primus heres erit, damnas esto dare* auch so ausgefaßt werden kann: wenn die Erbschaft nicht an den mit oder nach ihm eingesezten Secundus gelangt, und „in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet“ (pr. eod.).

* W. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). Dazu die Recension von Fering in den krit. Jahrb. für RW. XII. S. 865 fg.

Ist nun die Erfüllung¹ der Bedingung sogleich sicher, so tritt auch die Wirkung der Willenserklärung sogleich ein; dieselbe ist gleich einer unbedingten. Bei der auflösenden Bedingung tritt also die Wiederauflösung des Rechtsverhältnisses in demselben Momente ein, wie seine Erzeugung, d. h. mit anderen Worten, das Rechtsverhältnis gelangt gar nicht zur Entstehung. Ist hingegen die Nichterfüllung der Bedingung sogleich sicher, so hat die Willenserklärung ebenso wenig Wirkung, als wenn sie gar nicht abgegeben worden wäre; bei der auflösenden Bedingung ist also das Fortbestehen der Wirkung des Hauptgeschäftes sogleich außer Frage gestellt.

Wie verhält es sich aber bei der eigentlichen Bedingung, d. h. bei derjenigen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung nicht sogleich sicher ist? Hier fragt es sich vor Allem, welcher Zustand statthinde, während die Bedingung schwebt²; davon in §. 89. Der Zustand, welcher durch die Nichterfüllung der Bedingung hervorgerufen wird, bietet der Betrachtung besondere Seiten nicht dar; es ist jetzt die Wirkungslosigkeit der Willenserklärung (bei der auflösenden Bedingung der auf Wiederauflösung gerichteten Willenserklärung) entschieden³. Dagegen ergeben sich für den Fall der Erfüllung der Bedingung wieder besondere Fragen, nämlich: 1) für die eigentliche Bedingung überhaupt die Frage, von welcher Zeit an die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende rechtliche Wirkung der Willenserklärung zu datiren sei, ob von der Zeit der Abgabe der Willenserklärung oder erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung, — wie man sich gewöhnlich ausdrückt, ob die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe oder nicht (§. 91); 2) für die auflösende Bedingung im Besonderen die Frage, in welcher Weise bei dem Eintreten derselben die

§. 88. ¹ Wir sagen: die Bedingung ist erfüllt, eingetreten — nicht erfüllt, vereitelt; die Quellen sagen: *conditio impleta est, expleta est, exstitit — conditio defecta, extincta est.* — Daß die Willenserklärung ohne Hemmung durch eine Bedingung wirke (wenn die hinzugefügte Bedingung erfüllt, oder gar keine [eigentliche] Bedingung hinzugefügt ist), bezeichnen die Quellen durch den eigenthümlichen Ausdruck: *dies coessit*, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Vgl. §. 96 Note 4.

² Die Quellen sagen: *conditio pendet.*

³ Vgl. l. 37 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2.

bis dahin vorhanden gewesenem rechtlichen Wirkungen wieder aufgehoben werden (§. 90).

Für alle Bedingungen, eigentliche wie uneigentliche, ist dann endlich noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß die Bedingung erfüllt sei (§. 92).

bb. Zustand während des Schwebens der Bedingung.

§. 89.

Während des Schwebens der Bedingung ist die Kraft der Willenserklärung noch gehemmt, die von ihr zu erzeugende rechtliche Wirkung ist noch nicht erzeugt¹. Aber deswegen ist sie doch mehr als eine für das Recht gar nicht existirende Willenserklärung². Das Recht hat ihr die Wirksamkeit nicht abgesprochen, sie kann möglicherweise noch zu voller rechtlicher Wirksamkeit gelangen. Wenn sie die rechtliche Wirkung, auf welche sie gerichtet ist, noch nicht hervorgebracht hat, so hat sie doch eine Aussicht auf dieselbe eröffnet, welche dem bedingt Berechtigten nicht mehr verbracht werden kann. Das will sagen: derjenige, zu Lasten dessen diese Aussicht besteht, kann nicht mehr bewirken, daß für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete oder nicht vollständig eintrete; er ist schon jetzt gebunden³. Eine

¹ L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1: — „ante conditionem non recte agi, §. 89. quum nihil interim debeatur“. L. 16 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 1 D. de acq. vel am. poss. 41. 2, l. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4.

² Eine interessante Anwendung davon in l. 16 D. de iniusto 28. 3. S. noch l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6 und dazu Fr. Rniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation S. 5 fg.; l. 40 D. ad leg. Aq. 9. 2.

³ Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 16—22; ders. in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 42—49. Die Quellen erkennen an, daß schon in dem bedingten (obligatorischen) Vertrag ein *contrahere* liege, l. 27 D. pro socio 17. 2, l. 78 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. D. de stip. serv. 45. 3, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6; in anderen Stellen freistich wird unter *contractum negotium* gerade der unbedingte Vertrag verstanden, so in l. 8 §. 1 D. de per. et comm. 18. 6. — In Betreff des hier gebrauchten Ausdrucks 'Gebundenheit' ist zu bemerken, daß derselbe nicht von einer bloß obligatorischen Gebundenheit verstanden werden darf; der bedingt Belastete ist nicht bloß in seinem Dürfen gehemmt, sondern auch in seinem Können. Fitting bezeichnet diese Wirkung der bedingten Willenserklärung (soweit er sie anerkennt) als

wichtige Consequenz dieser Gebundenheit ist, daß alle von ihm in der Zwischenzeit getroffenen rechtlichen Verfügungen, welche mit dem in Aussicht gestellten Rechte in Widerspruch stehen, mit Eintritt der Bedingung hinfällig werden, oder sich doch dem nun entstehenden Rechte unterordnen; dasselbe wird so existent, wie es nach Inhalt der bedingten Willenserklärung existent werden sollte⁴. Ebenso wenig wie rechtliche Verfügungen, sind dem bedingt Belasteten factische Verfügungen gestattet, wodurch das in Aussicht gestellte Recht unmöglich gemacht oder geschmälert wird; er muß dafür nach Eintritt der Bedingung Ersatz geben, und nicht minder haftet er (nach Maßgabe des Inhalts des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses) für Vernachlässigungen⁵. Eine fernere Consequenz der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit ist, daß, wenn der bedingt Belastete stirbt, an seine Stelle seine Erben treten; wäre vor der Erfüllung der Bedingung ein Garnichts vorhanden, so könnte auch auf die Erben nichts übergehen⁶. — Auch

„Vorwirkung“, vgl. §. 67 Note 1, und Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II. S. 253 Note 77. Unzutreffend und verwirrend ist es, wenn Ötting (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. I. 6, vgl. namentlich S. 250, 254, 265, 271) sie auf ein besonderes, das bedingte Rechtsgeschäft begleitendes, Rechtsgeschäft zurückführt.

⁴ Ist es ein Eigenthumsrecht, so verschwindet vor demselben nicht bloß das von dem bisherigen Eigenthümer in der Zwischenzeit einem Andern übertragene Eigenthumsrecht, sondern auch die von demselben bestellten sonstigen Rechte an der Sache. Ist es ein Recht an fremder Sache, so bleibt zwar die von dem Eigenthümer der Zwischenzeit vorgenommene Eigenthumsübertragung aufrecht, nicht aber die von demselben auf die Sache gelegten dinglichen Lasten, so weit dadurch das neu entstehende Recht geschmälert werden würde; ist es ein Pfandrecht, so kommt ihm der erste Rang zu, nicht dem in der Zwischenzeit zur Existenz gelangten. Das gilt in gleicher Weise für die aufsteigende wie für die aufsteigende Bedingung, für die Verfügung auf Todesfall, wie für die unter Lebenden. L. 69 §. 1 D. de leg. 1. 30, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43, l. 12 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 11 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 9 §. 1 l. 11 §. 1 D. qui pot. 20. 4, l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Fitting (über den Begriff der Rückziehung S. 65 fg.) faßt das hier bezeichnete Verhältniß als Gebundenheit der Sache auf, wofür sich allerdings in den Quellen Anhaltspunkte finden, z. B. l. 2 pr. D. de statulib. 40. 7, l. 6 D. si ex nox. causa 2. 9, l. 12 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 82 pr. D. de leg. 1. 30.

⁵ Wächter II. S. 700 Nr. 5.

⁶ In dieser letzteren Weise wird die Sache in der That gefaßt von Ulpian in l. 9 §. 1 D. de I. D. 2. 3. „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis

die dieser Gebundenheit entsprechende Aussicht selbst erweist sich als ein Ding von rechtlicher Consistenz. Zunächst wieder darin, daß auch sie auf die Erben übergeht⁷. Jedoch wird in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen auf Todesfall gemacht. Die Letzteren sind höchst persönlicher Natur; ihr Schwerpunkt liegt viel weniger darin, daß etwas weggegeben, als darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewendet werden soll. In diesem Sinne schreibt das römische Recht vor, daß an die Stelle des durch eine letztwillige Verfügung Bedachten, wenn er nicht bereits vor seinem Tode erworben habe, seine Erben nicht treten sollen; die durch eine letztwillige Verfügung eröffnete Aussicht geht auf die Erben des Bedachten nicht über⁸. Und deswegen wieder wird ihr auch in anderen Beziehungen nicht die gleiche rechtliche Bedeutung zugeschrieben, wie der durch eine Willenserklärung unter Lebenden eröffneten Aussicht. So wird sie nicht dem Gewalthaber erworben, wohl die letztere⁹; die letztere macht das Recht, auf welches sie

dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur conditio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est“. Nur favore dotis will Ulpian in diesem Falle ausnahmsweise helfen. Die dem Princip gemäße Entscheidung in l. 2 §. 5 D. de don. 39. 5. Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche s. Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. IV. S. 51 fg., Sell bedingte Tradition S. 117 fg., Vangerow I. S. 264, Windscheid Wirkung der erfüllten Beding. S. 18 Note 1, Strenpel iusta causa der Tradition S. 69 fg. Daß bedingte obligatorische Verpflichtungen auf die Erben übergehen, scheint nie bezweifelt worden zu sein, §. 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et com. 18. 6, l. 57 D. de V. O. 45. 1. — S. noch l. 27 D. pro socio 17. 2.

⁷ §. 4 I. de V. O. 3. 15. — „Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio existat mors nobis contigerit“. §. 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et com. 18. 6.

⁸ L. 5 pr. §. 2 D. quando dies 36. 2, l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

⁹ L. 18 D. de R. I. 50. 17. „Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub conditione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat“. L. 2 §. 3 D. de coll. 37. 6, l. 40 D. de stip. serv.

hinweist, fähig, Gegenstand von Rechtsgeschäften zu sein, nicht jene¹⁰. Und ganz allgemein heißt es: wer aus einer Verfügung unter Lebenden etwas bedingt zu fordern habe, sei jetzt sogleich als Gläubiger anzusehen, nicht aber, wer aus einer Verfügung auf Todesfall¹¹. Doch kann namentlich auch bei Verfügungen dieser letzteren Art Sicherheit für den Fall der Realisirung der eröffneten Aussicht verlangt werden¹², während gerade bei Willenserklärungen unter Lebenden in dieser Beziehung alles mehr in das Ermessen des Richters gestellt ist¹³.

Die im Vorstehenden erörterten rechtlichen Wirkungen der bedingten Willenserklärung werden auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Belasteten abhängt¹⁴. Wenngleich derselbe die Erfüllung der Bedingung verhindern kann, so ist er deswegen nicht weniger für den Fall der Bedingung gebunden, und kann seinem Gegner

46. 3, l. 28 D. de pign. 20. 1, l. 14 i. f. D. quando dies 36. 2, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46.

10 Acceptilatio: l. 12 l. 13 §. 7. 8 D. de accept. 46. 4. Cessio: l. 17. 19 D. de act. vel her. vend. 18. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1. Vgl. Windscheid in der Feibel's. frit. Zeitschr. IV. S. 45—47.

11 L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. „Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse“. Eine Consequenz daraus in l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9 vgl. l. 6 pr. D. quib. ex causis in po. 42. 4 (darüber l. 14 §. 2 eod., vgl. Dernburg emtio honorum S. 97—101), l. 4 pr. D. de sep. 42. 6.

12 L. 18 D. de cond. 35. 1, l. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11, Dig. 36. 3, Cod. 6. 54. Das Nähere im Erbrecht.

13 L. 41 D. de iud. 5. 1 (— „ex iusta causa“ —), l. 38 pr. D. pro socio 17. 2. Die Meinung von Bähr (Anerkennung §. 69), daß hier unter cautio nur nuda promissio zu verstehen sei, erscheint nicht gehörig fundirt. L. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1 erklärt sich aus der Conception der formula hypothecaria. S. 167 fg. und unt. §. 235 Note 3.

14 Für den Fall, wo die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt, kommt in einer Constitution Justinian's (l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51) der Ausdruck 'conditio potestativa' vor. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Ausdruck, wie gewöhnlich geschieht, auf diesen Fall beschränkt werden mußte, und nicht auch von dem Fall der Willkür des bedingt Belasteten sollte gebraucht werden können.

die ihm für diesen Fall eröffnete Aussicht nicht mehr entziehen¹⁵.

cc. Zustand nach Erfüllung der Bedingung.

aaa. Ueberhaupt.

§. 90.

Mit der Erfüllung der Bedingung tritt die Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden ist, in volle Wirksamkeit, und erzeugt nun die beabsichtigte rechtliche Wirkung. Bei der auslösenden Bedingung ist diese Wirkung Wiederaufhebung der durch die Hauptwillenserklärung geschaffenen Rechtswirkung. Und zwar wird mit

¹⁵ Dieß leugnet die gemeine Meinung, indem sie den Satz aufstellt, daß die Bedingung der bezeichneten Art nicht zurückgezogen werde (§. 91). Gegen die gemeine Meinung haben sich erklärt: Trotsche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. S. 101—108, Schmidt das. N. F. VIII. S. 381 fg., Wächter II. S. 702 Note 19, Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859) S. 55 fg., bedingt Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 51—60. Ich trete jetzt dem unbedingten Widerspruch der genannten Schriftsteller bei. Daß l. 3 D. mod. pign. 20. 6 keine Schwierigkeit machen dürfte, ist von mir a. a. D. gezeigt worden, s. auch §. 93 Note 3. L. 11 §. 2 D. qui pot. 20. 4 handelt gar nicht von einer bedingten Willenserklärung; im Uebrigen s. über diese Stelle die Lehre vom Pfandrecht. Was l. 4 D. quas res pign. 20. 3, l. 11 pr. qui pot. 20. 4, l. 9 §. 1 eod. angeht, so ist vor Allem festzuhalten, daß auch in diesen Stellen nicht von einer bedingten Willenserklärung die Rede ist. Sie sprechen von einer Verpfändung für eine noch nicht existirende Forderung; ein Pfandrecht kann aber ohne Forderung nicht existiren, und so fehlt es hier der Willenserklärung an einem durch ihren Inhalt von selbst gegebenem Erforderniß ihrer Wirksamkeit. Von der andern Seite überträgt sich die obligatorische Gebundenheit auf die Verpfändung; der Verpfänder für eine noch nicht existirende Obligation ist in demselben Maße durch die Verpfändung gebunden, wie er durch die noch nicht existirende Obligation gebunden ist. Hiernach erlebigen sich die beiden ersten der genannten Stellen von selbst. Bedenklich ist nur l. 9 §. 1 D. qui pot. 20. 4; aber eine einengende Auslegung, sodaß die Stelle von einer auf das nackte Wollen gestellten Bedingung (§. 93) zu verstehen ist, erscheint hier ebenso gerechtfertigt, wie sie in l. 17 D. de V. O. 45. 1 unbedingt notwendig ist. Und die auslösende Bedingung *nisi melior conditio allata fuerit*, welche anerkanntermaßen die Verfügungen der Zwischenzeit unwirksam macht (l. 4 §. 3 D. de in dem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6) kann ja ebenfalls ohne den Willen des durch ihre Erfüllung Wertierenden nicht erfüllt werden! Ebenso verhält es sich bei der *lex commissoria*.

Eintritt der auflösenden Bedingung diese Rechtswirkung direct aufgehoben; es wird dadurch nicht bloß eine Verpflichtung des bisher Berechtigten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet¹. Obgleich die Partheien auch dies gewollt haben können²; aber dann liegt eben keine auflösende Bedingung vor³. Es ist jedoch hinzuzufügen, daß das römische Recht die bezeichnete Wirkung der auflösenden Bedingung nur zögernd und widerwillig anerkannt hat⁴.

§. 90. ¹ L. 41 D. de R. V. 6. 1, 1. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2, 1. 8 D. de lege comm. 18. 3, 1. 31 D. de pign. 20. 1, 1. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, 1. 4 C. de pact. inter emt. 4. 54. Gegen die das Gegentheil behauptende Abhandlung Nießer's (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 1. 8 [1829]) f. namentlich Vangerow §. 96 Anm.

² L. 12 D. de praeser. verb. 19. 5, 1. 3 C. de pact. int. emt. 4. 54. Im einzelnen Fall zu bestimmen, was wirklich gewollt sei, kann große Schwierigkeit machen; die gebrauchten Ausdrücke geben nicht immer eine sichere Direction. Vgl. 1. 29 D. de mort. causa don. 39. 6, 1. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

³ Genauer gesprochen: dann liegt nicht ein bedingtes Wollen der Auflösung, sondern ein bedingtes Wollen einer (vom Gegner abzugebenden) auflösenden Willenserklärung vor. Die Quellen sind im Ausdrücke nicht so genau; sie sprechen von einem negotium quod resolutur sub conditione keineswegs bloß da, wo mit einem gewissen Umstande directe Auflösung der bisher bestehenden Wirkung eintritt, 1. 3 D. de contr. emt. 18. 1, 1. 1 D. de don. 39. 5. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II. S. 242—251.

⁴ Das römische Recht ist offenbar von der Anschauung ausgegangen, daß der Wille über die einmal gelegte rechtliche Wirkung keine Macht mehr habe. L. 44 §. 2 D. de O. et A. 44. 7: „conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam ponitur, veluti: *C dare spondes, nisi navis ex Asia venerit*.“ Deswegen erklärte es entweder die auflösende Bedingung für unwirksam, oder es ließ durch sie die Hauptverfügung selbst ungültig werden, oder es ließ aus ihr, gegen den Willen des Verfügenden, nur indirecte, obligatorische Wirkung entstehen, 1. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. §. 283, 1. ult. C. de leg. 6. 37, 1. 55 D. de leg. I. 30, 1. 44 §. 2 (cf. §. 1) D. de O. et A. 44. 7, 1. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1, §. 3 I. de V. O. 3. 15, 1. 4 pr. D. de serv. 8. 1 (welche Stellen zwar zum Theil nur von der auflösenden Befristung reden, aber auf die auflösende Bedingung einen sicheren Schluß erlauben). Von der anderen Seite hat es aber doch in einzelnen Fällen, wenn auch zum Theil erst in späterer Zeit, directe Wirkung der auflösenden Bedingung allerdings anerkannt; f. außer den Stellen in Note 1. 2 C. de don. quas sub modo 8. 55, 1. ult. C. de leg. 6. 37 und 1. 29 D. de m. c. don. 39. 6 (deren von mir in der Schrift über die Voraussetzung S. 66 gegebene Erklärung allerdings wohl nicht haltbar ist), 1. 12 §. 1 C. de

§. 91. Hat die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft?

§. 91.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung.

Die erfüllte aufschiebende Bedingung hat der Regel nach rückwirkende Kraft nicht, d. h. es wird nach ihrer Erfüllung der Regel nach nicht so gehalten, als wäre die nun eintretende rechtliche Wirkung bereits zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung vorhanden gewesen. Der Grund dieses Satzes ist der präsumtive Wille des Urhebers der bedingten Willenserklärung; es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg für den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst dann eintrete, wann sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe; mit anderen Worten, es ist anzunehmen, daß die Bedingung in dem Sinne des sie Setzenden zugleich eine Befristung enthalte. Aber es ist dies eben auch nur im Zweifel anzunehmen, das Gegentheil also nicht bloß dann, wenn eine ausdrückliche Erklärung dafür vorliegt, sondern auch dann, wenn die Umstände eine solche Auslegung der bedingten Willenserklärung gebieten¹.

usufr. 3. 33 (l. 12 pr. eod., Vat. Fr. §. 48. 52, 1. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, 1. 16 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, 1. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6). In dieser Weise erscheint die directe Wirkung der auflösenden Bedingung als das Resultat der Entwicklung des römischen Rechtes, und so dürfen wir dieselbe heutzutage, vorbehaltlich ausnahmsweise Behandlung besonderer Rechtsgeschäfte, z. B. der Erbeseinsetzung, überall da eintreten lassen, wo der Wille unzweifelhaft auf sie gerichtet ist. Vgl. Savigny III. S. 127, Windscheid Voraussetzung S. 149—152, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II. S. 261—268.

¹ Das im Text Gesagte ist näher ausgeführt in folgender Schrift: §. 91. Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1852). Die herrschende Meinung stimmt damit nicht überein; sie behauptet umgekehrt, daß von der Rückwirkung als Regel ausgegangen werden müsse. Jedoch gibt man zu, daß in Betreff der Erfordernisse der Gültigkeit der Willenserklärung in unseren Quellen nicht auf die Zeit ihrer Abgabe, sondern auf die Zeit der Erfüllung der Bedingung gesehen werde (l. 14. 31 pr. D. de nov. 46. 2, 1. 8 pr. D. de per. 18. 6, 1. 3. 4 D. de reg. Cat. 34. 7, 1. 41 §. 2 D. de leg. I. 30, 1. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1), und von bewährten Schriftstellern wird ein Unter-

Dagegen ist bei der auflösenden Bedingung umgekehrt im Zweifel anzunehmen, der Urheber der Willenserklärung habe ge-

schieb gemacht zwischen Existenz und Ausübung des Rechts, und gelehrt, daß die Rücksziehung eben auch nur in Betreff jener, nicht aber auch in Betreff der letzteren eintrete (Vangerow I. S. 164—166, Wächter II. S. 708—710, vgl. I. 15 §. 6 I. 24 §. 1 J. 88 §. 3 D. ad leg. Falc. 35. 2, I. 18 pr. I. 33 D. ad SC. Treb. 36. 2, I. 16 D. de statulib. 40. 7, I. 3 C. de fideic. lib. 7. 4). Neuerdings hat dann Fitting (über den Begriff der Rücksziehung S. 34—45, beistimmend v. Scheurl krit. Ueberschau V. S. 29 fg.) den Nachweis geführt, daß bei bedingten Vermächtnissen überhaupt die Rücksziehung wegfalle; Fitting fügt zwar den unklaren Vorbehalt hinzu „in Beziehung auf den Erwerb“, vgl. aber außer den zuvor und in §. 90 Note 9 genannten Stellen I. 1 C. an serv. 4. 14, I. 7 §. 18 D. de pactis 2. 14, I. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, I. 17 D. quib. mod. usufr. 7. 4, I. 41 D. de cond. 35. 1, I. 11 §. 4 D. de exc. rei iud. 44. 2, I. 12 §. 8 D. de accept. 46. 4, I. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. In der allerjüngsten Zeit will derselbe Schriftsteller die Rückwirkung auch bei der bedingten Eigenthumsübertragung nicht mehr anerkennen, und gesteht, daß ihm in Betreff der Rückwirkung bei bedingten Forderungen Zweifel entstanden seien (Zeitschr. f. Pandekt. II. S. 265 Note 79), so daß er eigentlich als Vertheidiger der Rückwirkung nicht mehr angesehen werden kann, vgl. auch dens. Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 333. Auch Arnolds blickt sich in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs §. 71 sehr vorsichtig aus (vgl. namentlich auch Anm. 3 a. E.). Vielleicht trägt es zur Veröhnung der streitenden Ansichten bei, wenn mit Energie darauf hingewiesen wird (vgl. Fitting Begriff der Rücksziehung S. 118, Windscheid Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 38), daß auch nach Erfüllung der Bedingung der eigentliche Grund der nun eintretenden rechtlichen Wirkung nicht die jetzt erfüllte Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung ist, daß jene dieser rückwärts Kraft verleiht. Will man die unter Rückwirkung der erfüllten Bedingung verstehen, so ist gegen dieselbe nichts einzuwenden, und in diesem Sinne ist sie von mir nie gelehrt worden, nur muß man dabei jeden Gedanken daran aufgeben, daß nach Erfüllung der Bedingung der Zustand der Zwischenzeit rückwärts anders bestimmt werde, als er während des Schwehens der Bedingung bestimmt gewesen sei. Mehr als das Gesagte lehrt im Grunde auch der neueste Vertheidiger der Rückwirkung, Unger II. S. 70 fg., nicht, und so verstanden ist die Rückwirkung dann freilich von dem Willen der Parteien unabhängig (Fitting Begr. der Rücksziehung Note 85, Unger S. 75, vgl. Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 39 etc.) Und mehr ist auch in den Stellen nicht enthalten, auf welche man sich für die Rücksziehung beruft, I. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, I. 16 D. de sol. 46. 3, I. 11 §. 1 D. qui pot. 20. 4 (vgl. zu der letzteren Stelle I. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1), f. Windscheid Wirkung der erfüllten Bedingung S. 14—21 (über I. 72 D. de fidei. 46. 1 bei S. 15. 16), Heidelb. krit. Zeitschr. S. 44—47. Daß die rechtlichen Folgen, welche sich aus

wollt, daß mit der Erfüllung der Bedingung die eingetretene rechtliche Wirkung rückwärts wieder aufgelöst, und somit als nie eingetreten angesehen werden solle. Der erfüllten auflösenden Bedingung kann im Sinne des Urhebers der Willenserklärung im Zweifel keine andere Bedeutung beigelegt werden, als der vereitelten aufschiebenden; für den Fall der Vereitelung der aufschiebenden Bedingung aber ist gar keine rechtliche Wirkung gewollt². Von der anderen Seite läßt sich aber aus unseren Quellen nicht nachweisen, daß das römische Recht diesem auf die Rückwirkung der erfüllten auflösenden Bedingung gerichteten Willen eine andere als obligatorische Wirkung zugestanden habe. So bleibt also auch nach Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich in derselben Weise rechtlich bestimmt, wie er von Anfang an bestimmt gewesen ist, und es entsteht nur für den durch die Auflösung der Bedingung Verlierenden die Verpflichtung, den Gegner in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem derselbe gewesen sein würde, wenn die nun aufgelöste rechtliche Wirkung nie für ihn eingetreten wäre³.

Der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Verbindlichkeit vollständig erklären, keinen Beweis für die Rückwirkung enthalten, versteht sich von selbst. — Gegen die Rückwirkung hat sich auch mit Energie der Verf. des in §. 86 Note 2 a. E. angeführten Aufsatzes ausgesprochen.

² Hiergegen darf auch nicht geltend gemacht werden, daß die aufschiebende Bedingung ja eigentlich eine aufschiebende sei, also keinen andern Sinn haben könne, als diese (Windscheid die Wirkung der erfüllten Bed. S. 24); denn auch die aufschiebende kann ja möglicherweise als rückwirkende gewollt sein, und warum sollte, was möglich ist, hier nicht wirklich sein? Ein positiver Beweis dafür liegt darin, daß nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung die Früchte und jeder andere Gewinn der Zwischenzeit an den Rückwerber herausgegeben werden muß (Nat. Fr. §. 14, I. 4 §. 4 I. 6 pr. I. 16 D. de in diem add. 18. 2, I. 4 pr. I. 5 D. de lege comm. 18. 3, I. 11 §. 10 D. de int. quod vi aut cl. 43. 24, I. 38 §. 3 D. de usur. 22. 1). Ein fernerer Beweis ist aus der Zusammenstellung der Erfüllung der auflösenden Bedingung mit der redhibitio (I. 19 D. de usurp. 41. 3, I. 6 D. de div. temp. praeser. 44. 3), so wie aus I. 2 D. de lege comm. 18. 3 und I. 2 §. 1 I. 3 D. de in diem add. 18. 2 zu entnehmen.

³ Die in der vorigen Note angeführten Stellen geben dem Rückwerber in Betreff des Gewinnes der Zwischenzeit lediglich einen obligatorischen Anspruch, und daß in anderer Beziehung dingliche Rückwirkung eintrete, ist nirgends gesagt. Auf das Unwirkantwerden der Verfügungen der Zwischenzeit darf man sich nicht berufen; dieselbe erklärt sich aus der in §. 89 besprochenen

cc. Wann ist die Bedingung als erfüllt anzusehen?

§. 92.

Die affirmative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden wirklich sein oder werden soll, in der Weise wie es wirklich sein oder werden soll, wirklich ist oder geworden ist. Die negative Bedingung ist erfüllt, wenn dasjenige, was im Sinne und nach dem Willen des sie Setzenden nicht wirklich sein oder werden soll, nicht wirklich ist, beziehentlich es sicher ist, daß es nicht wirklich sein wird¹. Welches der eigentliche Sinn und Wille des die Bedingung Setzenden sei, ist durch Auslegung zu bestimmen². Dabei werden in unseren Quellen besondere Fragen hervorgehoben, so namentlich³ folgende. Wenn die Bedingung auf eine Handlung des

Willensgebundenheit vollkommen. Auf der anderen Seite freilich ist auch nicht, wie Fitting Zeitschr. f. Pandect. II. S. 257—259 glaubt, ein Gegenbeweis gegen die dingliche Rückwirkung aus l. 41 D. de R. V. 6. 1 (vgl. Windscheid Feilb. krit. Zeitschr. IV. S. 37) und l. 4 §. 3 D. de in diem add. 18. 2 und l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 zu entnehmen (— enbigt ein Recht deswegen weniger, weil von nun an angenommen wird, es habe nie bestanden?). — Die herrschende Meinung schreibt der erfüllten auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft schlechtthin zu. Gegen dieselbe haben sich erklärt W. Müller civil. Abhandlungen I. S. 294. 303. 313 und neuerdings Fitting Zeitschr. für Pandect. II. S. 255—259, indem sie jedoch nur die dingliche Rückwirkung, welche freilich allein eine eigentliche ist, bestreiten; vgl. auch v. Scheur krit. Ueberschau V. S. 45, Muger II. S. 78 Note 76. Was ich selbst früher über die Frage gesagt habe (Wirkung der erfüllten Bedingung S. 23—30) ist insofern nicht genügend, als ich die lediglich obligatorische Wirkung der Rückziehung nur für den Erwerb der Zwischenzeit hervorgehoben habe.

§. 92.

1 L. 115 pr. §. 1 D. de V. O. 45. 1. Ist die Bedingung auf die Nichtvornahme einer Handlung gestellt, so wird sie in vielen Fällen erst mit dem Tode der betreffenden Person als erfüllt angesehen werden können, §. 4 I. de V. O. 3. 15, l. 73 D. de cond. 35. 1; vgl. aber auch l. 72 pr. §. 1 l. 101 §. 3 l. 106 D. eod.

2 L. 19 pr. D. de cond. 35. 1. „In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones“. L. 101 pr. eod. — „cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat“.

3 Vgl. außerdem l. 129 D. de V. O. 45. 1, §. 11 I. de her. inst. 2. 14, l. 78 §. 1 D. de cond. 35. 1; l. 101 §. 2 eod.; l. 11 §. 11 D. de leg. III

bedingt Berechtigten gestellt ist, und demselben wird diese Handlung ohne seine Schuld unmöglich⁴, ist dann im Sinne des die Bedingung Setzenden von der Vollziehung der Handlung abzusehen, und auch ohne dieselbe die Bedingung als erfüllt anzunehmen? Man muß davon ausgehen, daß, wer eine Handlung verlangt, eben die Handlung verlangt, und nicht eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung; durch eine bloße Bereitwilligkeit zur Handlung also kann der Bedingung nicht genügt werden⁵. Wie aber, wenn derjenige, welcher handeln soll, wirklich thätig geworden ist, jedoch durch äußere, von seinem Willen unabhängige Umstände verhindert wird, die verlangte Handlung zu Stande zu bringen? Hier findet sich für leztwillige Verfügungen anerkannt, daß damit dem Willen des Erblassers genügt sei; man kann die so

32, l. 15 D. quando dies 36. 2, l. 5 C. de don. quae sub modo 8. 55; l. 68 D. de sol. 46. 3; l. 76 D. de cond. 35. 1, l. 51 §. 1 D. de leg. II. 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 2 D. de leg. II. 31, l. 7 C. de inst. et subst. 6. 25, l. 115 §. 2 D. de V. O. 45. 1.

⁴ Es ist also hier die Rede von der i. g. conditio mixta, d. h. derjenigen, deren Erfüllung nicht rein von dem Willen des Berechtigten (cond. potestativa), und nicht rein vom Zufall abhängt (cond. casualis). Diese Eintheilung findet sich in l. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

⁵ Die Regel des c. 66 de R. I. in VI^o: „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet, ac si impleta fuisset“, ist in dieser Allgemeinheit anerkanntermaßen falsch. Sie ist zwar aus dem römischen Recht entlehnt (l. 23 D. de cond. inst. 28. 7), erhält aber hier ihre Correction durch die genauer redenden Stellen der folgenden Note. Vgl. Scuff. Arch. III. 152. — Es hat keinen Sinn, wenn man lehrt (Mühlensbruch in der Fortsetzung von Glück XLI. §. 1462 i. A., W. Sell Versuche II. S. 214. 215. 227. 228), daß wenigstens bei potestativen Bedingungen der ernstliche Wille zur Erfüllung genüge; denn eine wirkliche potestative Bedingung kann durch Zufall gar nicht vereitelt werden. Versteht man aber unter potestativer Bedingung diejenige, bei welcher der eigentliche Wille des Erblassers nur auf die Bereitwilligkeit zur Erfüllung gerichtet ist, so hat man etwas sehr Wahres gesagt, aber auch etwas sehr sich von selbst Verstehendes. Vgl. Fr. Maaßen civil. Erörterungen (1854) S. 3. 4. 20 fg. Ebensovienig haltbar ist die von Anderen (W. Sell Versuche S. 172. 215—227, Mühlensbruch Fortf. von Glück XLI. S. 221, mir selbst Voraussetzung S. 185 Note 10) aufgestellte Regel, daß (bei der conditio mixta) die Bereitwilligkeit zur Erfüllung wenigstens dann genüge, wenn sie zu einer Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung noch möglich war, an den Tag gelegt worden sei. Als Regel (vgl. Note 8) darf es in keiner Wendung behauptet werden, daß der Wille desjenigen, welcher eine Handlung verlange, auf Bereitwilligkeit zur Handlung gerichtet sei. Maaßen a. a. D. S. 4. Windscheid, Pandecten. I. Abthlg.

ausdrücken: wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige dazu gethan hat, um die Handlung zu Stande zu bringen, so gilt die Bedingung als erfüllt⁶. Jedoch beruht dieser Satz nur auf Willensauslegung; es darf angenommen werden, daß wahrscheinlich der Erblasser dieß gewollt habe⁷, aber es ist zuzugeben, daß in einem gegebenen Falle die Auslegung auch zu einem anderen Resultate führen könne, und zwar sowohl dazu, daß der Wille des Erblassers auf die wirkliche Vollziehung der Handlung, als dazu, daß er auf die bloße Bereit-

⁶ In den Quellen wird dieser Satz für den Fall anerkannt, wo die als Bedingung gestellte Handlung nicht ohne die Mitwirkung eines Dritten vollzogen werden kann, und dieser Dritte seine Mitwirkung versagt. L. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2. „Si qua conditio sit, quae per legatarium non stat, quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussum est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur“. Vgl. auch l. 78 pr. D. de cond. 35. 1. Beispiele: es soll Jemandem gegeben werden, er verweigert die Annahme; es soll eine gewisse Person geheiratet werden, sie verweigert die Eingehung der Ehe. Diese und andere Beispiele in l. 3. 11. 23 D. de cond. inst. 28. 7. l. 14. 31. 84. 101 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 30 §. 5 D. de leg. III. 32, l. 13 pr. D. de annuis 33. 1, l. 1 C. de inst. et subst. 6. 25, vgl. l. 40 pr. D. de cond. 35. 1. Anders, wenn die betreffende Person vorher stirbt, so daß mit der Handlung gar nicht begonnen werden kann; hier kann man nicht sagen, daß der bedingt Berechtigte das Seinige gethan habe, l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 31. 94 pr. l. 112 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 20 §. 3 D. de statulib. 40. 7, l. 4 C. de cond. ins. 6. 46; ebenso wenn die zu heirathende Person bereits verheirathet ist, l. 23 D. de cond. inst. 28. 7. Daß die Handlung, welche unter Mitwirkung der dritten Person vollzogen werden soll, dieser zum Vortheil gereiche, ist nicht erforderlich, und so ist die nach dem Vorgange von Savigny (III. §. 119) von Vielen (z. B. Buchta §. 60, Arnolds §. 69, Sinteris I. S. 176, Wächter II. S. 694) aufgestellte Regel: daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung der Bedingung berechnet sei, darauf freiwillig verzichte, wenigleich richtig, zu enge; es ist auch in den Quellen keine Regel dieses Inhalts ausgesprochen, und namentlich nicht in l. 24 D. de cond. 35. 1 (s. Note 10). Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens bei dem Satze stehen geblieben werden solle, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn die zur Erfüllung nöthige Mitwirkung einer dritten Person versagt werde. Dieß ist die Ansicht von Meassen a. a. O. S. 5 fg. Meiner Meinung aber darf in diesem Satze der Ausdruck der allgemeinen, im Text bezeichneten Regel gefunden werden.

⁷ L. 23 D. de cond. inst. 28. 7: — „plerumque enim haec conditio si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stat, quominus ducat det aut faciat“.

willigkeit zur Handlung gerichtet gewesen sei⁸. Was Verfügungen unter Lebenden angeht, so enthalten die Quellen keine Entscheidung der aufgeworfenen Frage, und es erscheint äußerst bedenklich, die im Vorstehenden bezeichnete Regel auf sie zu übertragen⁹.

⁸ Die letztere Auslegung liegt ganz nahe, wenn auf die Nichtvollziehung der Handlung eine Strafe gesetzt ist, l. 6 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1. Wenn ferner als Bedingung das Bleiben bei einer gewissen Person gestellt ist, so ist hier unter 'Bleiben' im Zweifel 'Nichtverlassen' zu verstehen, so daß die Bedingung als erfüllt angesehen werden muß, auch wenn die betreffende Person gestorben ist oder stirbt, l. 20 pr. D. de annuis 33. 1, l. 13 §. 1 l. 18 §. 1. 2 l. 20 §. 3 D. de alim. 34. 1, l. 84 §. 1 D. de cond. 35. 1. (Gegen die Erklärung dieser Stellen aus der Begünstigung der Alimente spricht l. 10 pr. D. de annuis 33. 1. Vgl. l. 13 §. 1 D. eod.) Auch l. 54 §. 2 D. de leg. I. 30, deren gerades Gegentheil l. 23 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2 enthält, wird man aus dem präsumtiven Willen des Erblassers erklären müssen, wenn man nicht zu her an und für sich wenig anmutenden und außerdem durch den Zusammenhang mit §. 1 zurückgewiesenen Conjectur Savigny's (III. S. 148): mora statt mors greifen will. Ferner gehört hierher l. 39 §. 4 D. de statulib. 40. 7 (*ex testamento!* vgl. l. 20 §. 3 eod.), vielleicht auch l. 54 §. 1 D. de leg. I. 30 und l. 28 pr. D. de cond. 35. 1, von denen wenigstens die erste einen anderen Gesichtspunkt zu verfolgen scheint (vgl. §. 2 eod.), als l. 72 §. 4 D. de cond. (Die besondere Behandlung der Bedingung der Freilassung beruht nicht mehr auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift [constitutum ius], Ulp. II. 6, l. 3 pr. l. 4 §. 2 l. 20 §. 3 l. 28 pr. D. de statul. 40. 7, l. 55 pr. D. de manum. test. 40. 4, l. 94 pr. D. de cond. 35. 1, l. 7 C. de cond. ins. 6. 46.

⁹ Doch kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht den letztwilligen Verfügungen die Schenkungen gleichzustellen seien, da dieselben gleich jenen eine Liberalität enthalten. Daß in der That diese Liberalität der Grund ist, warum bei letztwilligen Verfügungen eine freiere Auslegung gestattet wird, dafür enthält einen Beweis l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5, welche in einem Falle, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität ausnahmsweise nicht enthält, den wirklichen Vollzug der Handlung verlangt. Zwar handelt diese Stelle nicht von einer Bedingung, sondern von einer Voraussetzung, aber die Uebertragung ihrer Entscheidung auf die Bedingung ist erlaubt, nicht nur wegen der Verwandtschaft zwischen Voraussetzung und Bedingung im Allgemeinen, sondern auch speziell deswegen, weil, wo die letztwillige Verfügung eine Liberalität enthält, die Voraussetzung in der hier fraglichen Beziehung wirklich behandelt wird, wie die Bedingung. — Wenn aber gesagt wird, daß die im Texte aufgestellte Regel auf Willenserklärungen unter Lebenden nicht ohne Weiteres übertragen werden dürfe, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß unter besonderen Umständen auch bei ihnen die Auslegung zu dem Resultate führen könne, daß nicht der wirkliche Vollzug der als Bedingung gesetzten Handlung gewollt sei, wie man denn namentlich in dem Falle, wo diese Handlung auf den Vortheil eines Anderen

Nicht auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift beruht die Regel, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung unredlicher Weise durch denjenigen gehindert wird, welcher an ihrer Erfüllung Interesse hat¹⁰.

γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen.

§. 93.

Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen. Die Willenserklärung enthält einen inneren Widerspruch; sie will unterwerfen, und doch nicht unterwerfen, eine Pflicht begründen und doch nicht begründen. Deswegen ist sie nichtig; sie hat gar keine rechtliche Bedeutung. Wird hinterher das Wollen der Unterwerfung ausgesprochen, so liegt eine neue Willenserklärung vor, und diese ist es, welche die rechtliche Wirkung hervorruft, nicht die früher abgegebene. Dieß gilt in gleicher Weise von Willenserklärungen unter Lebenden¹ und auf Todes-

gerichtet ist, bei Verzicht desselben die Bedingung als erfüllt allerdings wird annehmen müssen. Es ist nicht glaublich, daß ihm der Vortheil habe aufgebrängt werden sollen.

10 L. 161 D. de R. 1. 50. 17. „In iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset“. Die l. 161 cit (Ulpian) wiederholt in bestimmterem Ausdruck eine von einem früheren Juristen (Julian) herrührende Stelle, l. 24 D. de cond. 35. 1, in welcher daher zweifelsohne mit der Vulgata non impleri gelesen werden muß. Vgl. aber auch Pangerow I. S. 160. 161. Außer den genannten Stellen s. noch l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 §. 7 D. de V. O. 45. 1; Ulp. II. 5, l. 3 §. 9 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 66. 81 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2, l. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit: „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta conditione cedit, sed id duntaxat quod impediendae libertatis causa factum est“. Vgl. Wächter II. S. 694. 695; Seuff. Archiv IV. 97. X. 128.

§. 93. 1 L. 8 D. de O. et A. 44. 7, l. 17. 46 §. 3 l. 108 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 §. 3 cit. „Illam autem stipulationem, si volueris dari, inutilem esse constat“. L. 108 §. 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit“. L. 7 pr. cit. — — „neque enim debet in arbitrium rei constitutum ferri, an sit adstrictus“. — Aber der obligatorische zweiseitige Vertrag wird

fall², von aufschiebenden und auflösenden Bedingungen³. Auch das macht keinen Unterschied, ob die Bedingung ausdrücklich, auch den Worten nach, auf das Wollen, die Willkür, das Belieben desjenigen, dessen Wille unterworfen werden soll, gestellt ist, oder ob sie nur ihrem Sinne nach darauf geht⁴. — Anders ist es, wenn als Bedin-

dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat. Dieser Contrahent ist zwar nicht gebunden, aber deswegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeugt, sind nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere bestehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation besteht getrennt von der anderen, nur geht jede nicht einfach auf Leistung, sondern auf Leistung gegen Gegenleistung. Keller Jahrb. d. gem. R. IV. S. 341. 342. 362 fg. In diesem Sinne wird namentlich die Gültigkeit des f. g. Kaufs auf Probe in den Quellen als durchaus unzweifelhaft behandelt, §. 4 I. de emt. 3. 23. Savigny III. §. 117 i. steht in derselben eine „ganz einzelne Ausnahme“. Andere haben nach anderen Wegen gesucht, um dieselbe mit der hier besprochenen Regel in Einklang zu bringen; namentlich in der neuesten Zeit ist dieser Punkt auf das Lebhafteste verhandelt worden. S. Goltschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 266—279, Fitting das. II. S. 226—240 und V. 3, Unger das. III. 7, und unt. Note 4 und 6.

² L. 11 §. 7 D. de leg. III. 32, l. 46 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

³ Ist daher einem Kaufvertrage die Bedingung hinzugefügt worden nisi emptori displicuisse (res), und der Käufer macht hinterher von dem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch, so werden dadurch die von ihm in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen nicht unwirksam, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Käufer war (in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags) gar nicht gebunden; die Sache fällt an den Verkäufer zurück nicht kraft seiner früheren Willenserklärung, sondern kraft seiner jetzigen. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 54. — Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II. S. 240 fg. nimmt an, daß eine solche Bedingung nur obligatorisch wirke, Dernburg Pandr. I. S. 215, daß sie sich nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auf die Tradition beziehe.

⁴ Das Gegentheil behauptet Fitting (Note 3 a. E.); nach ihm soll nur dann Nichtigkeit der Willenserklärung eintreten, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Fitting sucht in dieser Weise die Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu rechtfertigen (Note 1); die dem Käufer vorbehaltene Erklärung gehe ihrem Sinne nach freilich darauf, ob er gekauft haben wolle, aber ihrem Wortlaute nach doch nur darauf, ob ihm die gekaufte Sache genehm sei. Ist das in Note 1 Gesagte richtig, so ist die Schwierigkeit, welcher Fitting durch seine Annahme entgehen will, beseitigt. Unter den übrigen Argumenten, auf welche er sich beruft, scheinen mir ohne Gewicht l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (s. Note 6 a. E.) und l. 11 §. 5 D. de leg. III. 32 (wer ein ihm aufgelegtes Vermächtniß nicht mehr von sich abwenden kann, wenn er es nicht sofort gethan hat, ist nicht ungebunden), von

Nicht auf Willensauslegung, sondern auf positiver Rechtsvorschrift beruht die Regel, daß die Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn ihre Erfüllung unredlicher Weise durch denjenigen gehindert wird, welcher an ihrer Erfüllung Interesse hat¹⁰.

γ. Besonderes in Betreff besonderer Bedingungen.

§. 93.

Wenn als Bedingung gesetzt wird, daß derjenige, dessen Willen durch die Willenserklärung unterworfen werden soll, die Unterwerfung wollen sollte, so wird sein Wille gar nicht unterworfen. Die Willenserklärung enthält einen inneren Widerspruch; sie will unterwerfen, und doch nicht unterwerfen, eine Pflicht begründen und doch nicht begründen. Deswegen ist sie nichtig; sie hat gar keine rechtliche Bedeutung. Wird hinterher das Wollen der Unterwerfung ausgesprochen, so liegt eine neue Willenserklärung vor, und diese ist es, welche die rechtliche Wirkung hervorruft, nicht die früher abgegebene. Dieß gilt in gleicher Weise von Willenserklärungen unter Lebenden⁴ und auf Todes-

gerichtet ist, bei Verzicht desselben die Bedingung als erfüllt allerdings wird annehmen müssen. Es ist nicht glaublich, daß ihm der Vortheil habe aufgebrängt werden sollen.

10 L. 161 D. de R. I. 50. 17. „In iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset“. Die l. 161 cit (Ulpian) wiederholt in bestimmterem Ausdruck eine von einem früheren Juristen (Zulian) herrührende Stelle, l. 24 D. de cond. 35. 1, in welcher daher zweifelsohne mit der *Bulgata non impleri* gelesen werden muß. Vgl. aber auch Bangerow I. S. 160. 161. Außer den genannten Stellen s. noch l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 §. 7 D. de V. O. 45. 1; Ulp. II. 5, l. 3 §. 9 D. de cond. e. d. 12. 4, l. 66. 81 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2, l. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit: „Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta conditione cedit, sed id duntaxat quod impediendae libertatis causa factum est“. Vgl. Wächter II. S. 694. 695; Seuff. Archiv IV. 97. X. 128.

§. 93. 1 L. 8 D. de O. et A. 44. 7, l. 17. 46 §. 3 l. 108 §. 1 D. de V. O. 45. 1, l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 §. 3 cit. „Illam autem stipulationem, si volueris dari, inutilem esse constat“. L. 108 §. 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quas ex voluntate promittentis statum capit“. L. 7 pr. cit. — — „neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit adstrictus“. — Aber der obligatorische zweiseitige Vertrag wird

fall², von aufschiebenden und auflösenden Bedingungen³. Auch das macht keinen Unterschied, ob die Bedingung ausdrücklich, auch den Worten nach, auf das Wollen, die Willkür, das Belieben desjenigen, dessen Wille unterworfen werden soll, gestellt ist, oder ob sie nur ihrem Sinne nach darauf geht⁴. — Anders ist es, wenn als Bedin-

dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Contrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet hat. Dieser Contrahent ist zwar nicht gebunden, aber deswegen nicht auch der Andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeugt, sind nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere bestehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation besteht getrennt von der anderen, nur geht jede nicht einfach auf Leistung, sondern auf Leistung gegen Gegenseitigung. Keller Jahrb. d. gem. R. IV. S. 341. 342. 362 fg. In diesem Sinne wird namentlich die Gültigkeit des f. g. Kaufs auf Probe in den Quellen als durchaus unzweifelhaft behandelt, §. 4 I. de emt. 3. 23. Savigny III. §. 117 i. sieht in derselben eine „ganz einzelne Ausnahme“. Andere haben nach anderen Wegen gesucht, um dieselbe mit der hier besprochenen Regel in Einklang zu bringen; namentlich in der neuesten Zeit ist dieser Punkt auf das Lebhafteste verhandelt worden. S. Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 266—279, Fitting das. II. S. 226—240 und V. 3, Unger das. III. 7, und unt. Note 4 und 6.

² L. 11 §. 7 D. de leg. III. 32, l. 46 §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

³ Ist daher einem Kaufvertrage die Bedingung hinzugefügt worden *nisi emptori displicuisset (res)*, und der Käufer macht hinterher von dem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch, so werden dadurch die von ihm in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen nicht unwirksam, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Der Käufer war (in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags) gar nicht gebunden; die Sache fällt an den Verkäufer zurück nicht kraft seiner früheren Willenserklärung, sondern kraft seiner jetzigen. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 54. — Fitting Zeitschr. f. Handelsr. II. S. 240 fg. nimmt an, daß eine solche Bedingung nur obligatorisch wirke, Dernburg Pfanbr. I. S. 215, daß sie sich nur auf den obligatorischen Vertrag, nicht auf die Tradition beziehe.

⁴ Das Gegentheil behauptet Fitting (Note 3 a. E.); nach ihm soll nur dann Nichtigkeit der Willenserklärung eintreten, wenn die Bedingung auch ihrem Wortlaute nach auf das reine Wollen des zu Bindenden gestellt sei. Fitting sucht in dieser Weise die Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu rechtfertigen (Note 1); die dem Käufer vorbehaltene Erklärung gehe ihrem Sinne nach freilich darauf, ob er gekauft haben wolle, aber ihrem Wortlaute nach doch nur darauf, ob ihm die gekaufte Sache genehm sei. Ist das in Note 1 Gesagte richtig, so ist die Schwierigkeit, welcher Fitting durch seine Annahme entgegen will, beseitigt. Unter den übrigen Argumenten, auf welche er sich beruft, scheinen mir ohne Gewicht l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (s. Note 6 a. E.) und l. 11 §. 5 D. de leg. III. 32 (wer ein ihm auferlegtes Vermächtniß nicht mehr von sich abwenden kann, wenn er es nicht sofort gethan hat, ist nicht ungebunden), von

eine Handlung desjenigen gesetzt wird, dessen Wille unterworfen werden soll (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Wollens, daß die Willensunterwerfung eintreten solle), mag es auch ganz in seinem Belieben stehen, ob er die Handlung vornehmen will oder nicht. Das Resultat ist zwar auch hier, daß die durch die Willenserklärung zu begründende Willensunterwerfung nur eintritt, wenn er will; aber immerhin ist das Eintreten dieser Wirkung nicht davon abhängig gemacht, daß er dieses Eintreten, sondern davon, daß er etwas Anderes wollen sollte. Von einem inneren Widerspruch der Willenserklärung kann hier keine Rede sein; wer sagt: ich will, daß Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß Dieses sein solle, spielt mit Worten; wer sagt: ich will, daß Dieses sein solle, wenn ich wollen sollte, daß Jenes sein solle, sagt etwas sehr Vernünftiges. Deswegen ist in dem letzteren Falle die Willenserklärung nicht nichtig; wenn hinterher das als Bedingung gesetzte Wollen eintritt, ist sie es, auf welcher die nun entstandene rechtliche Wirkung beruht, so wie sie auch schon vorher diejenige Gebundenheit erzeugt, welche die Folge einer bedingten Willenserklärung ist (§. 89 a. E.)⁵.

geringem l. 68 D. de her. inst. 28. 5, l. 52 D. de cond. 35. 1. (bei der Erklärung: der Sache nach kann das Vermächtniß auf den Willen gestellt werden, aber nicht der Form nach, kann unsere Auffassung sehr gut bestehen), von größerem l. 46 §. 2 D. de V. O. 45. 1; aber selbst wenn für diese letztere Stelle gar keine andere Erklärung übrig bleiben sollte, als die Annahme eines Irrthums des Juristen, (daß Andere anderer Meinung gewesen seien, sagt die Stelle selbst), und vgl. in Betreff desselben Falles die sich selbst widersprechende Entscheidung in l. 11 §. 6 D. de leg. III. 32), würde ich mich lieber zu derselben entschließen, als mich zu dem Glauben an einen Cultus des Wortes belehren, dessen innere Berechtigung mir durch die Ausführungen Fittings (V. S. 547 fg.) um nichts eintuchtender geworden zu sein scheint. Und das gerade hier, in der Lehre von Bedingung, Kauf, letztwilliger Verfügung! Was Stipulationen angeht, vgl. u. a. l. 41 pr. l. 81. 94. 111 D. de V. O. 45. 1.

⁵ Der Beweis für das im Texte Gesagte ist enthalten einmal in der unbestrittenen Gültigkeit des Versprechens einer Strafe für den Fall eines Thuns oder Unterlassens, sodann, was letztwillige Verfügungen angeht, in l. 3 D. de leg. II. 31. „Si ita legatur: *heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit*, utilis legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere“. Schwierigkeit macht jedoch l. 43 §. 2 D. de leg. I. 30 („*Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest*“), indem nämlich hier, wenn die Stelle mit dem übrigen Inhalt der Compilation in Einklang stehen soll, unter voluntas Willkührhandlung verstanden werden muß, da nach

Nur muß nicht die Bedingung des Handelns (des Wollens eines Andern) eine bloße Verkleidung des Wollens (des Wollens der rechtlichen Wirkung der Willenserklärung) sein; der Urheber der Willenserklärung muß das zur Bedingung gestellte Handeln als ein von selbständigen Erwägungen abhängiges, nicht als einen bloßen Ausdruck des Willens, daß die fragliche rechtliche Wirkung eintreten solle, angesehen haben⁶. Von der andern Seite ist

l. 52 D. de cond. 35. 1, vgl. l. 68 D. de her. inst. 28. 5, das Vermächtniß auf den bloßen Willen auch nicht eines Dritten gestellt werden kann. Die Stelle aus dem Verbote des *legatum poenas nomine relictum* zu erklären (vgl. Bangerow II. S. 112), erscheint, namentlich auch wegen l. 2 D. de his quas poenas 34. 6, sehr bedenklich. Viele nehmen an, daß der Verfasser der l. 43 §. 2 cit., Ulpian, in Betreff der Zulässigkeit der Abhängigmachung eines Vermächtnisses von dem reinen Willen eines Dritten allerdings seine eigene Meinung gehabt habe, indem sie sich dafür noch auf l. 1 pr. D. de leg. III. 32 und l. 46 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5 berufen, welche doch auch eine andere Erklärung gestatten. Vgl. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen S. 188—190, Unger Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 399—404, Fitting das. V. S. 119 Note 44. Von Andern wird der im Text aufgestellte Satz ganz geleugnet, und die Behauptung aufgestellt, daß die auf eine Handlung des bedingt Verpflichteten gestellte Bedingung die Willenserklärung immer in gleicher Weise ungültig mache, wie die auf das bloße Wollen gestellte. Vgl. Sinteren's I. §. 20 Note 45, Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V. S. 120, 124, auch Serber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde zc. zc. §. 28—30.

⁶ Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte §. 17. Dagegen Fitting Zeitschr. f. Handelsr. V. S. 124—126. 139. — Wie ist es, wenn als Bedingung nicht ein Handeln, sondern eine rein innerliche Bestimmtheit der betreffenden Person, z. B. ein Gefallen, ein Zufriedensein mit Etwas gesetzt wird? Wird eine solche Bedingung ihrem Wortlaute nach genommen, so bringt sie in die Willenserklärung eben so wenig einen Widerspruch, wie die Bedingung des Handelns, da sie auf etwas Anderes geht, als auf das Wollen der durch die Willenserklärung zu begründenden rechtlichen Wirkung. Eine andere Frage aber ist, ob sie ihrem Wortlaute nach genommen werden darf, ob sie nicht nach der Meinung des Urhebers der Willenserklärung als auf die, keiner weiteren Controle mehr unterliegende, Erklärung des Gefallens, des Zufriedenseins gerichtet verstanden werden muß, wie dieß gerade in Betreff der Bedingung *si placuerit* (*res emta*) gegen Unger Zeitschr. f. Handelsr. III. 7 in Vertbeidigung der herrschenden Meinung Fitting das. V. S. 86 fg. ausführt. Ist dieß der Fall, so ist die Bedingung in der Wirklichkeit auf das reine Belieben des zu Bindenden gestellt. In diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1. (Verkauf eines Slaven, „*si rationes domini computasset arbitrio*“). Ist das *arbitrium* als reines *arbitrium* zu fassen, so kann der Herr zu jeder Zeit sagen, die Rechnung sei nicht gelegt, wie er wolle, selbst

es auch möglich, daß die Bedingung des Wollens ihrem wahren Sinne nach nicht sowohl auf die reine Willkühr, als vielmehr auf das vernünftige und billige Ermessen geht; da dieses ein objectiv zu bestimmendes ist, so enthält sie dann eine Bindung des Willens, wie jede andere¹.

Einen Widerspruch in die Willenserklärung bringen auch die f. g. perplexen Bedingungen, d. h. diejenigen, welche eine Thatsache verlangen, mit welcher das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung unverträglich ist; auch sie machen daher die Willenserklärung nichtig².

§. 94*.

Unmögliche Bedingungen schließen ihrem Begriffe nach die Wirksamkeit der Willenserklärung sogleich definitiv aus (§. 87). Das römische Recht hat ihnen jedoch diese Wirkung nur bei Willenserklärungen unter Lebenden gelassen¹; was Willenserklärungen auf Todesfall angeht, so ist die Ansicht durchgedrungen, daß bei ihnen unmögliche Bedingungen als nicht hinzugefügt anzusehen seien². Die näheren Regeln für diesen Satz sind folgende.

wenn er dieselbe ausdrücklich gut geheißen hat; wer weiß, ob er das nicht aus Mitleid, in Schenkungsabsicht u. c. gethan hat.)

¹ L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 pr. D. de leg. I. 30, l. 11. §. 7 D. de leg. III. 32, l. 46 pr. §. 3 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 22 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Fitting Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 91—95. 141.

² L. 16 D. de her. inst. 28. 5. „Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto. Iulianus inutilem esse institutionem scribit, quia conditio existere non possit“. L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Vgl. l. 88 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2.

* W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilrechts, 2. Theil, 1834).

§. 94. ¹ §. 11 I. de inut. stip. 3. 19, l. 9 §. 6 D. de R. C. 12. 1, l. 1 §. 11 l. 31 D. de O. et A. 44. 7, l. 7. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de fidei. 46. 1.

² Gai. III. 98, §. 10 I. de her. inst. 2. 14, l. 16 i. f. D. de iniusto 28. 3, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 3 D. de cond. 35. 1. Gaius l. c. — „legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adiecta non fuisset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest“. L. 3 cit. (Ulpianus). „Obtinuit inutiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas“. Wie das zu denken sei, darüber Savigny III. §. 124, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 322. Vgl. auch Note 16.

Er gilt nur für diejenigen Bedingungen, deren Erfüllung gleich anfänglich zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist, nicht für solche, deren Erfüllung erst hinterher unmöglich wird³, und nur für diejenigen, deren Erfüllung bleibend, nicht für diejenigen, deren Erfüllung bloß zur Zeit der Willenserklärung unmöglich ist⁴. Von der anderen Seite gilt er nicht bloß für absolut unmögliche Bedingungen, d. h. für solche, deren Erfüllung unter allen Umständen unmöglich ist, sondern auch für relativ unmögliche, d. h. solche, deren Erfüllung nur deswegen unmöglich ist, weil es in dem gegebenen Fall an den erforderlichen Voraussetzungen ihrer Erfüllung fehlt⁵; ja auch solche Bedingungen, deren Erfüllung zwar an und für sich unmöglich, aber mit außerordentlichen, unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht zu überwindenden Schwierigkeiten verbunden ist, werden den unmöglichen gleichgestellt⁶. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die Erfüllung der Bedingung nie möglich gewesen, oder nur vor der Willenserklärung unmöglich geworden ist⁷, und ebenso wenig, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gekannt hat, oder nicht⁸.

Wie die unmöglichen Bedingungen werden auch die unerlaubten Bedingungen behandelt, d. h. diejenigen, durch welche die Willenserklärung einen unerlaubten oder doch mißbilligten Inhalt annimmt; auch sie machen Willenserklärungen unter Lebenden sogleich definitiv unwirksam, während sie bei Willens-

³ S. §. 92.

⁴ L. 58 D. de cond. 35. 1. „Si ancillae alienae cum ea nupsisset legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere“. Nur muß es nicht unerlaubt sein, eine Veränderung der betreffenden Art zu erwarten, vgl. l. 35 §. 1 l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 34 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. Ueber die verschiedenen Ansichten f. Sell S. 58 fg., Savigny III. S. 134—139, Wächter II. §. 96 Note 8. 9, Bangerow II. S. 29—31, Unger §. 82 Noten 88—92.

⁵ J. B. für die Bedingung eine bestimmte Person zu heirathen, wenn dieselbe bereits gestorben ist, l. 45 D. de her. inst. 28. 5, l. 104 §. 1 D. de leg. I. 30, l. 6 §. 1 l. 72 §. 7 D. de cond. 35. 1, l. 26 §. 1 D. de statulib. 40. 7.

⁶ Savigny (III. S. 165) nennt sie passend unerschwingliche Bedingungen. L. 6 D. de cond. inst. 28. 7, cf. l. 4 §. 1 D. de statul. 40. 7.

⁷ L. 6 §. 1 D. de cond. 35. 1.

⁸ Sell S. 77—88, Savigny III. S. 191—192, Bangerow II. S. 128. Vgl. jedoch l. 4 §. 1 D. de statulib. 40. 7 und dazu Bangerow I. S. 136, aber auch Savigny III. S. 195 Note d.

erklärungen auf Todesfall als nicht hinzugefügt angesehen werden⁹. In dem bezeichneten Sinne unerlaubt sind diejenigen, welche auf das verbotene Verhalten einen Vortheil setzen¹⁰, oder auf das gebotene einen Nachtheil¹¹; aber auch diejenigen, welche auf das gebotene Verhalten einen Vortheil setzen, gehören dann hierher, wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen läßt¹². Ferner gehören hierher diejenigen Bedingungen, durch welche in ungewöhnlicher Weise auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt wird, in welchen der Mensch sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen¹³, sobald die Bedingungen, welche

⁹ Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unerlaubtheit ihren Grund in einer Sitten- oder in einer Rechtsvorschrift hat. L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. 28. 7.; l. 123. 137 §. 6 (vv. *vel id facere ei non liceat*) de V. O. 45. 1. — Eine unerlaubte Bedingung (*turpis conditio*) ist also nicht eine solche, die auf etwas Unerlaubtes gerichtet ist. Es kommt nicht auf den Inhalt der Bedingung an, sondern auf den Inhalt der bedingten Willenserklärung. Die auf etwas Unerlaubtes gerichtete Bedingung ist vollkommen erlaubt, wenn die bedingte Willenserklärung auf das Unerlaubte eine Strafe setzt, l. 121 D. de V. O. 45. 1, l. 1. 2 C. si man. 4. 56. Um so weniger ist es gerechtfertigt, wie früher gebräuchlich war, die besondere Behandlung der unerlaubten Bedingung darauf zurückzuführen, daß sie eigentlich eine unmögliche (sittlich unmögliche) sei. Ihre Veranlassung hat diese Auffassung in dem schönen Spruche *Papiani a n's*, welchen er durch seinen Lob besiegelt hat: „*quae facta laudent pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores sunt, ea nec facere nos posse credendum est*“, l. 15 D. de cond. inst. 28. 7. Vgl. *Arnolds Beiträge* S. 172 fg., *Savigny III.* S. 169—172.

¹⁰ L. 123 D. de V. O. 45. 1, Paul. R. S. III. 4 B. §. 2, l. 9. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7. l. 5 C. eod. 6. 25.

¹¹ L. un. i. f. C. de his quae poenae 6. 41.

¹² L. 7 §. 3 D. de pactis 2. 14. *Arnolds a. a. D.* S. 178, *Savigny III.* S. 176—179, *Wächter II.* §. 96 a. C.

¹³ Aus diesem Gesichtspunkt wird in den Quellen für ungültig erklärt das Versprechen einer Strafe unter der Bedingung, daß man eine bestimmte Ehe nicht eingehen, oder daß man von seinem Scheidungsrechte Gebrauch machen sollte, l. 71 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 19 eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39; ferner das Versprechen einer Belohnung unter der Bedingung des Eingehens einer bestimmten Ehe, l. 97 §. 2 de V. O. 45. 1 (*Savigny III.* §. 123 i.). Nicht ebenso gilt für unzulässig das Aussetzen eines testamentarischen Vortheils für den Fall eines bestimmten Verhaltens in Ehesachen, so daß also die betreffende Bedingung nicht erlassen wird, l. 71 §. 1 cit.: „*aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari*“, l. 63. 64 eod.; mit Ausnahme jedoch (vgl. auch die folgende Note) des Falles, wo ein Vortheil unter

eine Beförderung der Ehelosigkeit enthalten¹⁴, und endlich die Bedingung, daß der Bedachte irgend eine zukünftige Leistung vorher eidlich verspreche¹⁵.

Die hier bezeichnete besondere Behandlung der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen bei Willenserklärungen auf Todesfall ist aber daran geknüpft, daß die letztwillige Verfügung wie gewöhnlich, so auch im gegebenen Falle wirklich, eine Liberalität enthalte¹⁶. Daraus folgt im Besonderen, daß, wenn die unmög-

der Bedingung der Ehescheidung ausgelegt wird, weil sich hier der Gesichtspunkt der Unsittlichkeit einmischt, l. 8 §. 1 D. de usu 7. 8, l. 5 C. de cond. inst. 6. 25. *Savigny III.* S. 180—184. — Aus demselben Gesichtspunkt wird die einer testamentarischen Verfügung hinzugefügte Bedingung der Wahl eines bestimmten Aufenthaltsortes gestrichen, arg. l. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1, sowie das Versprechen einer Conventionalstrafe für den Fall, daß nicht in einer gewissen Weise über den Nachlaß verfügt werden sollte, für ungültig erklärt, l. 61 D. de V. O. 45. 1 (bei Willenserklärungen auf Todesfall greift hier das Verbot captatorischer Verfügungen ein, s. unten im Erbrecht). — Für unerlaubt muß nach diesem Gesichtspunkt endlich auch die Willenserklärung gehalten werden, welche auf den Entschluß in Betreff der Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntnisses durch Belohnung oder Strafe einzuwirken bestimmt ist, so daß sie also als Willenserklärung unter Lebenden nichtig ist, als Willenserklärung unter Lebenden durch Abzug der Bedingung zu einer erlaubten gemacht wird. Die Ansichten sind jedoch hier sehr verschieden, vgl. nam. *Bangerow I.* S. 158 u. die dort Citirten, außerdem *Wächter* §. 96 Note 18, *Böttig I.* §. 112 Note 17, *Unger II.* S. 86. 87.

¹⁴ Nach einer ausdrücklichen Bestimmung der *lex Julia* und *Papia Poppaea*, l. 22. 63. 64. 72 §. 4, l. 77 §. 2, l. 79 §. 4 l. 100 D. de cond. 35. 1. Vgl. *Wächter II.* §. 96 Note 17, *Bangerow I.* S. 159. Anders behandelt das spätere römische Recht die Bedingung der Nichteingehung einer zweiten Ehe, worin es ein Verdienst sieht, l. 2. 3 C. de ind. vid. 6. 40, Nov. 22 c. 43. 44.

¹⁵ *Conditio iurisiurandi*. Die Bedingung wird hier in eine Auflage (Voraussetzung) verwandelt. L. 8 D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 D. de cond. 35. 1, l. 19 §. 6 D. de don. 39. 5. L. 8 pr. cit. . . — „*cum . . . faciles sint nonnulli homines ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequenter aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit*“. *Savigny III.* S. 185—190, *Fuchs'sche Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XIV. 12 (1840), *Bangerow II.* S. 133—135.

¹⁶ Wie man sich diese besondere Behandlung auch zurechtlegen mag, jedenfalls wird als letzter Grund derselben anzusehen sein, daß der Verfügende sein Vermögen hat vergehen, nicht um eines zu erreichenden Zweckes willen die Vermögenszuwendung gemacht hat. Auch wird bei der Voraussetzung, wo die gleiche Behandlung eintritt, dieselbe darauf zurückgeführt, daß dem Bedachten

liche Bedingung einer letztwilligen Verfügung als auflösende hinzugefügt worden ist, sie aufrecht erhalten werden muß, wie jede andere¹⁷.

d. Statthaftigkeit der Bedingungen.

§. 95.

Es gibt Bedingungen, welche bei keinem Rechtsgeschäfte statthaft sind; das sind die widersprechenden und die unerlaubten (§. 93. 94). Es gibt Rechtsgeschäfte, bei denen gewisse Bedingungen nicht statthaft sind; sie werden im Laufe der Darstellung genannt werden¹. Es gibt aber auch Rechtsgeschäfte, bei denen gar keine Bedingungen statthaft sind; dieß sind die Emancipation und die Erbschaftsantrittung². Die Hinzufügung einer Bedingung

eine Liberalität hat erwiesen werden sollen, l. 37 D. de cond. 35. 1. Auf der anderen Seite liegt es auch hier nahe (vgl. §. 92 Note 9), das für letztwillige Verfügungen Anerkannte auf Schenkungen auszudehnen, um so mehr, als das unter einer unmöglichen Voraussetzung Geschenke anerkanntermaßen auch bei Nichterfüllung der Voraussetzung nicht zurückgefordert werden kann (§. 100 Note 4).

¹⁷ Sie ist in diesem Falle die Bedingung nicht der Verteilung, sondern der Entziehung einer Liberalität. Die Hauptverfügung besteht also, als wenn ihr gar keine Bedingung hinzugefügt worden wäre. — Ist die auflösende Bedingung eine unsittliche, so hängt auch hier Alles davon ab, ob der Inhalt der Verfügung durch die Bedingung ein unerlaubter wird, oder nicht. Vgl. auch Savigny III. S. 192. 193, Unger II. §. 82 Note 94, Wächter II. S. 724.

¹ So verträgt z. B. die Erbeinsetzung keine auflösende Bedingung, die Erbeinsetzung eines Notherben keine andere (ausschiebende) Bedingung, als eine solche, deren Erfüllung lediglich von seiner Willkür abhängt. Vgl. Maassen civil. Erörterungen S. 11—18.

² L. 77 D. de R. I. 50. 17. (Papinianus.) „Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem vel conditionem, veluti [e]mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem“. Vgl. c. 50 de R. I. in VI^o. Das in Klammern eingeschlossene fehlt in der Florentina. Der Begriff der actus legitimi bleibt dunkel (vgl. Fhering Geist des röm. R. II. S. 681 Note 920), so daß jede Ausdehnung der Vorschrift der l. 77 auf Grund desselben unzulässig erscheint. Statt emancipatio hat Papinian ohne Zweifel mancipatio geschrieben; von dieser ist auch sonst bezeugt, daß sie keine Bedingung vertragen habe, Vat. Fr. §. 329. (Wie es sich in dieser Beziehung mit der in iure cessio verhalten habe, darüber das. §. 48—50). Die Unzulässigkeit der Bedingung bei der acceptilatio erklärt sich aus dem wörtlichen Inhalt derselben; es hat keinen

macht diese Rechtsgeschäfte nichtig, und zwar nicht bloß die Hinzufügung einer eigentlichen, sondern auch die einer uneigentlichen³.

b. Befristung*.

§. 96.

Befristung oder Betagung ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung erst mit einem gewissen Zeitpunkte eintreten solle. Ist die gewollte rechtliche Wirkung das Wiederaufhören der rechtlichen Wirkung einer andern gleichzeitigen Willenserklärung, so spricht man, wie in dem entsprechenden Falle von einer auflösenden Be-

Sinn, zu sagen: ich habe empfangen, aber nur für diesen oder jenen Fall. Nicht das Gleiche darf aber von dem, was heutzutage der acceptilatio entspricht, der Quittung, gesagt werden. Was die servi optio angeht, b. h. die Wahl desjenigen, welchem eine Sache vermacht worden ist, die er sich aus einem Kreise von Sachen des Erblassers aussuchen soll, so wird die Unzulässigkeit der Bedingung bei derselben den Sinn gehabt haben, daß eine bedingte Wahl den Untergang des Vermächtnisses durch den Tod des Vermächtnisnehmers nicht ausschloß (§. 23 I. de leg. 2. 20). Nach Justinianischem Recht aber geht das Wahlvermächtniß auch ohne Wahl auf den Erben über; wenn jetzt der fragliche Satz überhaupt noch Sinn haben soll, so muß man ihn dahin verstehen, daß der Vermächtnisnehmer durch eine bedingte Wahl nicht gebunden werde. Aber gerade das erscheint höchst bedenklich; warum sollte er nicht gebunden werden? Unter tutoris datio endlich ist nicht die testamentarische, sondern die obrigkeitliche Ernennung eines tutor zu verstehen (l. 6 D. de tut. 26. 1, l. 8 pr. §. 1 D. de test. tut. 26. 2), so daß sie nicht hierher gehört. Vgl. über l. 77 cit. im Allgemeinen noch Elvers des röm. Servitutenlehre S. 179. 180, Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 340—347. — Gehört nicht auch die tutoris auctoritas hierher? L. 8 D. de auct. tut. 26. 8, Fhering Geist des röm. R. II. S. 682 Note 921. Die Bestellung einer Dienstbarkeit? L. 4 D. de serv. 8. 1, Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Elvers die röm. Servitutenlehre §. 19 und unten §. 212 Note 9. In Betreff der Ehe s. c. 7 X. de cond. appos. 4. 5.

³ Die l. 77 cit. fährt fort: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum“. L. 51 §. 2 D. de acq. v. om. her. 29. 2. „Sed si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.“ Fitting Arch. f. civ. Pr. XXXIX. S. 311. 339.

* Savigny III. §. 125—127, Wächter II. §. 97, Unger II. §. 83.

dingung, so hier von einer auflösenden Befristung, in jedem anderen Falle von einer aufschiebenden^{1 2}.

Die Wirkung der Befristung bestimmt sich durch ihren Inhalt; sie schiebt das Eintreten der durch die Willenserklärung zu erzeugenden rechtlichen Wirkung bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt hinaus. Bei der auflösenden Befristung ist also bis dahin die rechtliche Wirkung des Hauptgeschäftes vollkommen vorhanden, bei der aufschiebenden ist einstweilen eine rechtliche Wirkung überhaupt nicht vorhanden³. Von der anderen Seite ist jedoch auch bei der aufschiebenden Befristung die künftige Existenz der rechtlichen Wirkung vollkommen sicher, die Existenzfrage darf für sie nicht mehr aufgeworfen werden⁴, und so kann auch gesagt werden, daß sie

§. 96. ¹ Sehr gewöhnlich sagt man: dies a quo — dies ad quem. Die Quellen sagen: ein Rechtsverhältniß sei begründet a die oder in diem — ad diem. Ueber in diem vgl. *l. 3. §. 2 I. de V. O. 3. 15, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 22 D. de cond. inst. 28. 7; — vereinzelt l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.*

² Für die Bestimmung des Wesens der auflösenden Befristung muß dasjenige, was für die auflösende Bedingung gilt, unmittelbar maßgebend sein. Ist nun die auflösende Bedingung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Bedingung (s. 86 Note 6), so ist auch die auflösende Befristung eine einer anderen gleichzeitigen Willenserklärung hinzugefügte Willenserklärung mit aufschiebender Befristung. Die aufschiebende Befristung hingegen ist so wenig eine besondere Willenserklärung, wie es die aufschiebende Bedingung ist; sie ist wie diese eine Qualifikation der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt ist; auch die befristete Willenserklärung ist nicht die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willens, sondern die Erklärung eines einzigen, so gezeigenschafteten Willens. Demgemäß muß auch für die Beweislast das Nämliche gelten, wie bei der Bedingung, d. h. die auflösende Befristung muß von dem sie Behauptenden bewiesen werden, nicht aber die aufschiebende. *A. M. Bayer* Vorträge S. 739, *Unger* II. §. 83 Note 3.

³ *L. 41 §. 1 D. de V. O. 45. 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur“. Gai. III. 124. IV. 131, l. 76 §. 1 l. 89 D. de V. O. 45. 1, l. 46 D. de leg. II. 32, l. 9 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 14 D. de R. I. 50. 17; l. 1 §. 1 D. de cond. 35. 1, l. 45 §. 1 D. de leg. II. 31; l. 23 §. 1 D. de manum. test. 40. 4.*

⁴ *Gai. III. 124: — „pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, . . . certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur“. L. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9: — „si ex die proprietates legata sit, . . . quia certum sit, ad eum proprietatem . . . perventurum“. L. 1 §. 1 D. de cond. 35. 1. „Cum dies certus adscriptus est (sc. legati), quamvis dies nondum venerit,*

sofort existiren, nur noch nicht geltend gemacht werden könne⁵. Kommt der bezeichnete Zeitpunkt heran, so tritt die gewollte recht-

solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri“. L. 73 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2. Nur diese Sicherheit des künftigen Erwerbes des befristeten Vermächtnisses soll bezeichnet werden, wenn es von ihm heißt: dies eius cedit statim post mortem testatoris; Beweis dafür ist, daß, sobald dieser künftige Erwerb aus anderen Gründen unsicher ist, der dies cedens bis zum wirklichen Erwerb hinauszugeschieben wird. L. 2. 3. 5 §. 1 D. quando dies 36. 2, l. un. §. 3 D. quando dies usufr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Ebenfalls wird mit dem dies legati cedens nicht auch das durch das Vermächtniß verliehene Recht existiren, l. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 72 §. 5 D. de cond. 35. 1, l. 69 pr. D. de leg. I. 30, l. 80 D. de leg. II. 31, l. 7 §. 6 l. 8 l. 17 D. quando dies 36. 2.

⁵ *§. 2 I. de V. O. 3. 15: — „quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies venerit non potest“. L. 46 pr. D. de V. O. 45. 1. „Centesimo Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio“. L. 7 pr. D. de compens. 16. 2, l. 9 D. ut leg. 36. 3, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Die herrschende Ansicht (vgl. jedoch *Thibaut* Pand. §. 95, *Mühlenbruch* doctrina pandect. I. §. 110, aber auch Fortsetzung von *Glück* XLI. S. 56, *Sintenis* I. S. 179, namentlich *Unger* II. S. 89—91 und nach ihm *Arndts* §. 73 Note 6) bestimmt die Wirkung der aufschiebenden Befristung von vorne herein und ohne Weiteres dahin, daß sie nur die Ausübung, nicht das Dasein des verliehenen Rechtes hinauszuschiebe. Dieß steht im Widerspruch mit dem Inhalt der befristeten Willenserklärung, und muß daher nothwendigerweise zu Verwirrung führen. Wer sagt: du sollst Eigentümer sein vom 1. des künftigen Monats sagt nun einmal nicht: du sollst sogleich Eigentümer sein. Daher muß ausgegangen werden davon, daß die aufschiebende Befristung auch die Existenz des verliehenen Rechtes hinauszuschiebe. Nur darf dabei mit der eigentlichen Befristung nicht verwechselt werden ein hinzugefügter Nebenvertrag, durch welchen auf die Geltendmachung des sogleich erworbenen Rechtes für eine gewisse Zeit verzichtet wird (pactum de non petendo in tempus). Es ist ein Unterschied zwischen dem Fall, wo Jemand einen nach 3 Monaten zahlbaren Wechsel acceptirt, und dem Falle, wo ausgemacht wird, daß ein empfangenes Darlehn erst nach 3 Monaten zurückgezahlt werden solle; jener will Schuldner werden erst nach Ablauf der drei Monate, in dem letzteren Falle wird ein Ausstand von drei Monaten bewilligt. Ob das Eine oder das Andere gewollt sei, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein; aber practische Wichtigkeit hat die Unterscheidung auch nicht. Denn das freilich darf nicht bezweifelt werden, daß — auf Grund der im Text bezeichneten Betrachtung — in unseren Quellen auch das eigentlich befristete Recht als an und für sich schon existirend angesehen wird. Nur daraus erklärt sich der Uebergang des befristeten Vermächtnisses auf den Erben und den Gewaltthaber (l. 5 pr. §. 1. 7 l. 14 §. 3 D. quando dies 36. 2, l. 18 D. de R. I. 50. 17, vgl. §. 89 zu Note 8), ferner daß bei*

liche Wirkung ein, also bei der auflösenden Befristung die Wiederaufhebung der durch das Hauptgeschäft erzeugten; und zwar wird dieselbe direct wiederaufgehoben; es gilt in dieser Beziehung Alles, was von der auflösenden Bedingung gesagt worden ist (§. 90)⁶.

§. 96 a.

Der Zeitpunkt, an welchen die Befristung die gewollte rechtliche Wirkung bindet, kann entweder direct bestimmt werden, durch Bezeichnung eines Kalenderpunktes¹, oder indirect, durch Beziehung auf ein künftiges Ereigniß², oder die Vollenbung einer

Erfüllung eines befristeten Anspruchs die *indebiti condictio* ausgeschlossen ist (l. 10 vgl. l. 16 pr. D. de cond. ind. 12. 6), und daß die Verpfändung für eine befristete Schuld die *actio hypothecaria* erzeugt (l. 14 vgl. l. 13 §. 5 D. de pign. 20. 1). Allerdings finden sich Consequenzen auch aus der Auffassung gezogen, daß das befristete Recht noch gar nicht existire, — l. 45 §. 1 D. de leg. 11. 32, l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1; es darf jedoch angenommen werden, daß darin (die betreffenden Stellen sind von Pomponius und Gajus) sich nur eine frühere Entwicklungsphase darstelle. Das versteht sich von selbst, daß als Beweise für die sofortige Existenz des befristeten Rechtes nicht diejenigen Sätze aufgeführt werden dürfen, welche auch für das bedingte gelten (§. 89), so namentlich nicht der Satz, daß das befristete Recht durch keine spätere Verfügung verkümmert werden kann, l. 12 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43, vgl. auch l. 27. 28 D. pro socio 17. 2, l. 17 D. de her. vend. 18. 4, l. 12 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. Uebrigens wird ein Mal (l. 26 D. de stip. serv. 46. 3) das Wesen auch der bedingten Obligation dahin bestimmt ist, daß sie „*ex praesenti viros accipit quamvis petitio ex ea suspensa sit*“.

⁶ Nur tritt natürlich keine Rückwirkung ein. Im Uebrigen geht die Behandlung der auflösenden Befristung und der auflösenden Bedingung im römischen Rechte Hand in Hand; für das heutige Recht dürfen wir als Regel behaupten, daß auch jener, wie dieser, directe Wirkung zukomme. §. 1. 15. §. 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. §. 283, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, l. 55 D. de leg. 1. 31, l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 §. 4 D. de V. O. 45. 1, §. 3 I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1; Vat. Fr. §. 48. 50. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 pr. C. de usufr. 3. 33, l. 16 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, vgl. auch die §. 90 Note 1 citirten Stellen.

1 Savigny III. §. 127 c.

2 J. B. den Eob, die Heirath, die Anstellung einer gewissen Person. L. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 107 §. 1 D. de leg. 1. 30, l. 21 pr. D. quando dies 36. 2, l. 8 C. de test. manum. 7. 2.

gewissen Dauer eines Zustandes³. In diesem letzteren Falle ist aber zuzusehen, ob es auch sicher ist, daß das fragliche Ereigniß eintreten, der fragliche Zustand die bezeichnete Dauer erreichen werde⁴; ist dieß nicht der Fall, so liegt nicht sowohl eine Befristung vor, als eine Bedingung⁵. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter; es kommt auf die Auslegung des Willens an⁶. Von der anderen Seite wird bei letztwilligen Verfügungen auch die auf ein gewiß eintretendes Ereigniß gestellte Befristung als Bedingung behandelt, wenn es ungewiß ist, ob die bedachte Person dieses Ereigniß erleben wird⁷.

³ J. B. es wird Jemandem etwas gegeben „am Tage seiner Volljährigkeit“, d. h. am Tage, wo sein Leben 25 Jahre gedauert haben wird. L. 21 pr. 1. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 §. 2. 3 D. de leg. 1. 30.

⁴ Es ist z. B. für jeden Menschen sicher, daß er sterben, aber nicht, daß er sich verheirathen, ein Amt erlangen, ein gewisses Lebensalter erreichen wird. Die Quellen sprechen in diesem Falle von einem *dies incertus* (vgl. jedoch auch Note 7). Ein neuerer Sprachgebrauch bezeichnet die nach Note 2 und 3 verschiedenen Fälle des *dies incertus* als: *dies incertus an*, *incertus quando* und: *dies incertus an*, *certus quando*. Derselbe Sprachgebrauch nennt aber auch den durch ein gewiß eintretendes Ereigniß bezeichneten Zeitpunkt *dies incertus*, — *dies incertus quando*, *certus an*. Es liegt in diesen Bezeichnungen keine Herabsetzung des Verständnisses. Vgl. Savigny III. §. 207. 208.

⁵ L. 21 pr. 1. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 §. 2 D. de leg. 1. 30, l. 16 §. 1 l. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 §. 16 D. de v. O. 45. 1. Umgekehrt wird auch die Bedingung als *dies incertus* bezeichnet, l. 30 §. 4 D. de leg. 1. 30. — Man hat sich mit Lebhaftigkeit dagegen erklärt, daß gesagt werde, der *dies incertus* sei eine Bedingung; man müsse sagen, der *dies incertus* enthalte eine Bedingung; durch den ersten Ausdruck werde die doch auch vorhandene Befristung geleugnet. Aber daß die Bedingung eine Befristung in sich schliesse, versteht sich für die aufschiebende im Zweifel von selbst, und ist in diesem Falle selbst für die auflösende außer Zweifel (§. 91). Vgl. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 21 pr. eod. (Arnbt's §. 73 Note 4), l. 49 §. 2 D. de leg. 1. 30.

⁶ In dieser Beziehung erweist sich namentlich der Begriff des *dies incertus an*, *certus quando* als fruchtbar. Wenn die gewollte rechtliche Wirkung an die Vollenbung einer gewissen Dauer eines Zustandes angeknüpft wird, so kann das möglicherweise auch so auszulegen sein: die rechtliche Wirkung solle existent werden zu der Zeit, wo die bezeichnete Dauer vollendet sei, oder vollendet sein würde, wenn der fragliche Zustand bis dahin gewährt hätte; dann ist Befristung vorhanden, und keine Bedingung. L. 46 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53, l. 18 §. 2 D. de alim. 34. 1. Es ist dieß jedoch nicht der einzige hierher gehörige Fall. Vgl. Wächter §. 731.

⁷ L. 79 §. 1 D. de cond. 35. 1. „*Heres meus cum ipse morietur C* Windscheid, Pandecten. I. 187b.

Die Rechtsgeschäfte, bei welchen keine Bedingung zulässig ist (§. 95), vertragen auch keine Befristung².

c. Voraussetzung* 1.

§. 97.

Die Voraussetzung² ist eine unentwickelte Bedingung. Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenfalls,

Titio dato. Legatum sub conditione relictum est: quamvis enim heredem mortuorum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum⁴. L. 4 D. quando dies 36. 2. „Si cum heres morietur legatur, conditionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero cum ipsa legatarius morietur legatur, certum est legatum ad heredem transmitti“. L. 13 i. f. eod., l. 1 §. 2 D. de cond. 35. 1, l. 12 §. 1 D. de leg. II. 31. Die Quellen sprechen auch in diesem Falle von einem dies incertus. Vgl. Drinz S. 950. 951.

⁴ L. 77 D. de R. 1. 50. 17.

* Windscheid die Lehre von der Voraussetzung (1850).

1 Die herrschende Meinung (vgl. jedoch auch Rudorff zu Fuchta's Pand. §. 63 6. Aufl., Bähr die Anerkennung S. 15. 62) stellt als Drittes neben Bedingung und Befristung nicht die Voraussetzung, sondern, unter der Bezeichnung 'Modus' (vgl. die folgende Note), die auf eine Schenkung oder letztwillige Zuwendung gelegte Auflage; eine Selbstbeschränkung des Willens sei in derselben insofern enthalten, als durch sie der Werth der ursprünglichen Gabe gemindert werde (vgl. z. B. Savigny III. S. 230, Arndts §. 74, Unger §. 84 Note 4). Man beachtet dabei nicht, daß der Gesichtspunkt, welchen man in dieser Weise neben juristische stellt, kein juristischer, sondern ein öconomischer ist. Freilich kann dieser Gesichtspunkt auch wieder juristische Bedeutung gewinnen, z. B. da, wo die Stillsigkeit einer Zuwendung von ihrem Vermögenswerthe abhängt, und hierauf legt denn auch Böcking Pand. §. 115 alles Gewicht. Aber es leuchtet nicht ein, warum aus diesem Grunde von der möglichen Minderung des Werthes einer Gabe in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen, und überhaupt an einem andern Orte gehandelt werden sollte, als da, wo die betreffenden Rechtsfälle vorzutragen sind. Wenn in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen nach den möglichen Selbstbeschränkungen derselben gefragt wird, so dürfen nur solche genannt werden, durch welche die durch die Willenserklärung zu erzeugende rechtliche Wirkung afficirt wird. Eine Selbstbeschränkung dieser Art liegt nun allerdings auch in dem Modus, insofern nämlich die gesetzte rechtliche Wirkung durch ihn zu einer für den Fall seiner Nichterfüllung rücknehmbaren gemacht wird; aber der Grund, weswegen der Modus in dieser Weise wirkt, ist ein Grund, welcher ganz in gleicher Weise noch in vielen andern Fällen sich geltend macht, der nämlich, daß bei Nichterfüllung des Modus die gesetzte rechtliche Wirkung nicht dem eigentlichen Willen

wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen solle; aber er macht nicht das Dasein der Wirkung von diesem Zustand der Verhältnisse abhängig. Die Folge davon ist, daß die gewollte rechtliche Wirkung besteht und fortbesteht, auch wenn die Voraussetzung ermangelt. Aber dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung entspricht das nicht, und deswegen ist ihr Bestehen, obgleich formal gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund. In Folge davon kann der durch die Willenserklärung Beeinträchtigte³ sich sowohl durch Einrede gegen die aus derselben hergeleiteten Ansprüche schützen, als auch seinerseits einen Anspruch

des Urhebers der Willenserklärung entspricht. Wenn man dieß nicht leugnen kann, und zum Theil erkennt man es ausdrücklich an (vgl. z. B. Erlleben die cond. sine causa 2. Abth. Vorrede S. VI, Arndts §. 74, P. Witte die Vereicherungsklagen S. 66), so ist nicht abzusehen, warum man dagegen Einspruch erheben will, daß auch im Allgemeinen von benennigen Zusätzen zu einer Willenserklärung gehandelt werde, durch welche die gewollte rechtliche Wirkung in die Lage kommen kann, dem eigentlichen Willen des Erklärenden nicht zu entsprechen. Man kann es tabeln, daß Zusätze dieser Art Voraussetzungen genannt werden; es steht frei, eine bessere Bezeichnung vorzuschlagen. Man kann auch darüber verschiedener Meinung sein, in welchem Umfange dieser Gesichtspunkt zur Geltung gelangt sei; ihn ganz zu verwerfen scheint mir keinen Sinn zu haben, wenn man nicht auch die Consequenzen desselben verwerfen will.

² Für das, was hier Voraussetzung genannt wird, fehlt es in den Quellen an einer feststehenden technischen Bezeichnung. Gebraucht werden die Ausdrücke *conditio* (vgl. z. B. l. 2 §. 7 l. 3 D. de cond. 39. 5, l. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28. 7, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45), *causa* (z. B. l. 75 §. 2 D. de leg. I. 30, l. 23 pr. §. 3. 4 D. de cond. ind. 12. 6), *modus*. Dieser letztere Ausdruck wird speziell gebraucht zur Bezeichnung der auf eine Zuwendung gelegten Auflage, ohne daß jedoch dadurch gerade auf die Voraussetzungs-natur der Auflage hingewiesen würde, l. 17 §. 4 D. de cond. 35. 1, l. 3 §. 6 D. de leg. praest. 27. 5, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45, rubb. titt. Dig. 35. 1, Cod. 6. 45, 8. 55. Windscheid a. a. O. §. 4.

³ Der Beeinträchtigte ist bei Willenserklärungen unter Lebenden der Urheber der Willenserklärung, bei Willenserklärungen auf Todesfall derjenige, welchem durch die Willenserklärung etwas genommen wird, was er sonst bekommen haben würde. Windscheid S. 68. 69. 79. 80.

auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung gegen den, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist, erheben⁴ 5.

Der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist, kann, wie bei der Bedingung, ein thatsächlicher oder ein rechtlicher, ein positiver oder ein negativer, ein vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger sein; eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung wird durch diese Gegensätze nicht bedingt. Die Voraussetzung kann ferner entweder auf ein momentanes Ereigniß, oder auf ein bleibendes Verhältniß gehen; dieser Gegensatz ist insofern von Bedeutung, als eine Voraussetzung der letzteren Art nicht bloß durch Nichtsein, sondern auch durch Wiederaufhören des betreffenden Verhältnisses ermangeln kann⁶.

§. 98.

Die Voraussetzung kann durch einen ausdrücklichen bei der Willenserklärung gemachten Zusatz erklärt werden, sie kann aber auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich von selbst als gewollt ergeben. Hierher gehört namentlich Folgendes.

1) Jede Willenserklärung hat eine erste Absicht; hinter dieser Absicht können möglicherweise andere Absichten stehen, welche durch das zunächst zu Erreichende ferner erreicht werden sollen, möglicherweise auch nicht; eine erste Absicht hat jede Willenserklärung. Durch die Bezeichnung dieser ersten Absicht nun wird mit Nothwendigkeit auch eine Voraussetzung der Willenserklärung bezeichnet;

⁴ Die römische Form der Einrede ist *exceptio doli* oder *in factum concepta*, die des Anspruchs *condictio (sine causa)* oder auch, wo die Voraussetzung sich bei einem *contractus bonae fidei* geltend macht, die betreffende *actio bonae fidei*. L. 2 §. 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 17 §. 5 D. comm. 13. 5, l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1; Windscheid §. 5. 6.

⁵ Ist das Rechtsgeschäft bei ermangelnder Voraussetzung ungültig oder unwirksam im weiteren Sinne? Einerseits wird hier die Unwirksamkeit zur Geltung gebracht kraft des wahren Willens des Erklärenden, auf der andern Seite aber im Widerspruch mit seinem zur Zeit der Willenserklärung wirklichen Willen. So geht hier der Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne in den der Ungültigkeit über (§. 82 Note 1 a. C.).

⁶ Vgl. l. 1 §. 2. 3 l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7. Ein Versuch einer vollständigen Uebersicht der Fälle, in welchen in unseren Quellen eine Voraussetzung anerkannt ist, bei Windscheid §. 2. 3.

daß für den Fall ihrer Vereitelung die gewollte rechtliche Wirkung dem wahren Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht entspreche, ist ebenso sicher, als daß ohne alle Absicht Niemand eine Willenserklärung abgibt¹.

¹ Man darf nicht die erste Absicht einer Willenserklärung mit ihrem ersten Inhalt verwechseln (wie Witte Bereicherungslagen S. 66 thut). Die Willenserklärung muß zuerst überhaupt einen Inhalt haben, ehe von einer Absicht derselben geredet werden kann. — Unter den möglichen ersten Absichten, welche der Hervorrufung einer rechtlichen Wirkung zu Grunde liegen können, befindet sich eine, welche nicht erreicht sein kann, sobald nur die gewollte rechtliche Wirkung eingetreten ist; dieß ist die Schenkungsabsicht. Bei ihr kann also von Einrede und Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht die Rede sein; die Voraussetzung kann nicht ermangeln. Anders bei den übrigen möglichen ersten Absichten. Eine vollständige Aufzählung derselben darf die Theorie gar nicht unternehmen wollen; eine Uebersicht der in unseren Quellen vorkommenden s. bei Windscheid S. 85—102 (vgl. damit Bähr Anerkennung §. 10, Witte Bereicherungsl. S. 58—62). Im Einzelnen bemerke man: Absicht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen (l. 1 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 13 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4, l. 26 §. 13 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58 pr. D. de sol. 46. 3 u. a. m., Windscheid Nr. 10—12); Absicht, eine Verbindlichkeit zu erzeugen (bei Windscheid übergangen, s. z. B. l. 9 §. 4—7 D. de R. C. 12. 1); Absicht, den Empfänger zu einer Gegenleistung zu bewegen (l. 1 pr. l. 3 pr. — §. 2 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 19, aber auch Nr. 102); Absicht, der Bedingung einer freiwilligen Zuwendung nachzukommen (l. 1 §. 1 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 22); Absicht, daß das Geleistete bei dem Empfänger eine gewisse Function erfülle, z. B. *Artha* oder *Dos* sei, oder in gewisser Weise verwendet werde (l. 11 §. 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 §. 3 l. 8 D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4, l. 40 §. 5 l. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1 u. a. m., Windscheid Nr. 14. 20. 66. 79); Absicht, dem Empfänger die Geltendmachung einer Befugniß zu sichern oder zu erleichtern (l. 2 §. 3 D. de dol. m. exc. 44. 4 u. a. m., Windscheid Nr. 13). Eine früher herrschende, noch immer sehr verbreitete, Ansicht glaubte alle ersten Absichten der Willenserklärungen auf eine Dreitheilung: *animus donandi*, *solvendi*, *credendi* oder *obligandi* zurückführen zu können. Dagegen Windscheid a. a. D. S. 89, Erleben *conditiones sine causa* I. S. 33, Witte Bereicherungslagen S. 57; dafür wieder Schlesinger *Formalcontracte* S. 5. — Beispiele von Absichten, welche nicht erste Absichten sind, in l. 3 §. 7 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4, l. 25. 34 C. de transact. 2. 4. Windscheid Nr. 62, aber auch Nr. 69. — An die Stelle der hier benutzten Kategorie der ersten Absicht will Witte Bereicherungslagen S. 55 fg. eine andere setzen. Es könne dann zurückgefordert werden, wenn die Leistung bei dem Empfänger nicht den beabsichtigten 'Charakter' habe. Es ist dieß Vertauschung eines bestimmten Begriffs mit einer unbestimmten Vorstellung.

2) Wenn bei einer Zuwendung dem Empfänger eine Auflage gemacht wird², so bildet die Erfüllung dieser Auflage die Voraussetzung der Zuwendung. Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in untrennbare Verbindung gebracht ist, so entspricht es seinem wahren Willen nicht, daß ohne ihre Erfüllung die Zuwendung bestehe³. —

Aber nicht bloß aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung, sondern auch aus den dieselbe begleitenden Umständen kann sich eine Voraussetzung, ohne daß sie ausdrücklich ausgesprochen ist, als gewollt ergeben. In dieser Beziehung dürfen jedoch Willenserklärungen unter Lebenden und Willenserklärungen auf Todesfall nicht auf gleiche Linie gestellt werden⁴. Bei Willenserklärungen unter Lebenden muß die Voraussetzung aus den begleitenden Umständen nicht bloß überhaupt erkannt werden können, sondern dieselbe muß auch in einer demjenigen, zu Gunsten dessen die Willenserklärung abgegeben worden ist, erkennbaren Weise hervorgetreten sein⁵. Dagegen genügt bei Willenserklärungen auf Todesfall, daß jetzt, wo die Willenserklärung der rechtlichen Beurtheilung unterzogen wird, aus den begleitenden Umständen die Ueberzeugung gewonnen werden könne, daß der Erblasser

² Es wird hier angenommen, daß die Erfüllung der Auflage nicht die erste Absicht der Willenserklärung bilde. Windscheid Nr. 66. 68. 79.

³ L. 8 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45 u. a. m. Windscheid Nr. 68. 79. — Es muß sicher sein, daß der Zuwendende auch wirklich eine Auflage habe machen, nicht bloß einen Rath habe ertheilen wollen (l. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 13 §. 2 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 114 §. 14 D. de leg. I. 30, l. 38 §. 4 l. 93 pr. D. de leg. III. 32), und ferner, daß die Auflage auch wirklich eine Auflage auf die Zuwendung sei (l. 28 §. 1 l. 32—36 pr. D. de excus. 27. 1). Windscheid Nr. 69. 79. Von der anderen Seite braucht die Auflage nicht ausdrücklich gemacht zu sein, l. 28 D. de don. 39. 5 (wo der Schluß von der actio praescriptis verbis auf die conditio ein sicherer ist).

⁴ Ueber die Gründe, warum dieß nicht zulässig ist, s. Windscheid Nr. 57.

⁵ Daß aber, wenn dieß der Fall ist, auch bei Willenserklärungen unter Lebenden ein irgendwelches Hervortreten der Voraussetzung in der Willenserklärung selbst nicht erforderlich ist, dafür u. a. l. 32 §. 27 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 43 §. 1 D. de adm. et per. 26. 7. Windscheid Nr. 71—77. Senff. Arch. III. 323. X. 147.

eigentlich nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Zustandes der Verhältnisse gewollt habe. Mit anderen Worten: für Willenserklärungen auf Todesfall ist der Satz aufzustellen, daß sie als unwirksam angefochten werden können, sobald nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser, wenn er den wirklichen Zustand der Verhältnisse zur Zeit seiner Verfügung, oder die Gestaltung derselben, wie sie seitdem eingetreten ist, gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde⁶.

§. 99.

Ist die Voraussetzung gerichtet auf eine Handlung desjenigen, zu dessen Gunsten die Willenserklärung abgegeben worden ist, so kann demselben zugleich eine Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung auferlegt sein. Man darf nicht sagen, daß das Eine mit dem Anderen unverträglich sei, daß die Verpflichtung die Voraussetzung ausschliesse. Möglich ist es allerdings, daß in der Auferlegung der Verpflichtung von der Voraussetzung Abstand genommen sei, aber nöthig ist dieß nicht; um es annehmen zu können, ist ein besonderer Grund erforderlich¹. Nur das kann

⁶ Das läßt sich auch so ausdrücken: bei Willenserklärungen auf Todesfall ist der Irrthum im Beweggrunde Unwirksamkeitsgrund (§. 78). Freilich ist dazu erforderlich, daß der Irrthum wirklicher Bestimmungsgrund, nicht bloß Veranlassung gewesen sei (§. 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 §. 2 D. de cond. 35. 1); aber ist es sicher, daß ohne den Irrthum in der That die Verfügung nicht getroffen worden sein würde, so ist sie hinfällig. Die Hauptstelle ist l. 72 §. 6 D. de cond. 35. 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legatarus non fuisse“. Vgl. Windscheid S. 139. 140. Anwendungen in l. 5 C. de test. 6. 23, l. 7 C. de her. inst. 6. 24, l. 10 C. de leg. 6. 37, l. 28 D. de inoff. test. 5. 2, l. 92 D. de her. inst. 28. 5 u. a. m. Windscheid Nr. 26—28. 81—83.

¹ Einen solchen besonderen Grund sehen l. 4. 7 C. de rer. perm. 4. 64 §. 99. in dem Abschluß einer Stipulation über die auferlegte Verpflichtung, indem sie davon ausgehen, daß dieselbe novandi animo abgeschlossen worden sei, was doch nicht nothwendig ist (l. 71 pr. D. pro socio 17. 2). Daß durch die actio praescriptis verbis die Rückforderung wegen ermangelnder Voraussetzung nicht ausgeschlossen werde, ist in zahlreichen Stellen der Quellen anerkannt, s. u. a. l. 5 §. 1. 2 D. de praeser. verb. 19. 5. Windscheid Nr. 100. 101; im Allgemeinen übereinstimmend Erleben cond. sine causa II. S. 349 fg. 479 fg., abweichend Schlesinger Formalcontracte S. 199. Darüber besteht

gefragt werden, ob nicht wenigstens davon ausgegangen werden müsse, daß die Erfüllung der Verpflichtung zunächst und vorzugsweise gewollt sei. Dieser Gesichtspunkt findet sich auch wirklich bei Willenserklärungen auf Todesfall durchgeführt², während bei Willenserklärungen unter Lebenden, wenn die Auflage zum Besten des Urhebers der Willenserklärung selbst hinzugefügt ist, es ihm, wie seinen Erben, überlassen bleibt, ob sie die Verpflichtung geltend machen wollen oder die Voraussetzung³, und nur da, wo die Auflage zu Gunsten eines Dritten gemacht ist, auch hier dieser Dritte in der Geltendmachung der Verpflichtung dem Urheber der

kein Zweifel, daß alle Rückforderung wegen nicht erfolgter Handlung des Empfängers wegfalle, sobald ein zweiseitiger Contract vorliegt; denn dann ist gar nicht um der Handlung des Empfängers, sondern um der eigenen Verpflichtung willen geleistet worden. Windscheid Nr. 102, Erleben a. a. D. II. S. 471 fg.

² Daher geht namentlich, wenn die Erfüllung eines Vermächtnisses verweigert wird, der Vermächtnisnehmer dem durch das Vermächtnis Beschränkten (welcher die Ermangelung der in dem Vermächtnis liegenden Voraussetzung geltendzumachen befugt wäre) vor. Bei testamentarischen Auflagen, die keine Vermächtnisse sind, z. B. dem Erblasser ein Grabdenkmal zu errichten, wird in verschiedener Weise geholfen. Ist die Zuwendung, worauf die Auflage gelegt ist, ein Vermächtnis, so braucht sie dem Bedachten nicht eher verabsolgt zu werden, bis er Sicherheit für die Erfüllung der Auflage geleistet hat (l. 19 D. de leg. III. 32, l. 80 D. de cond. 35. 1, l. 40 §. 5 l. 71 eod., l. 7. 48 D. de fideic. lib. 40. 5). Ist die Auflage einem Erben gemacht, so kann auf Erfüllung der Auflage (oder Sicherheit) dafür bei der Erbtheilung gebrungen werden (l. 18 §. 2 D. fam. her. 10. 2, l. 7 D. de annis 33. 1); aus bewegenden Gründen schreitet sogar das Gericht mit außerordentlichem Zwange ein (l. 7 cit., l. 50 pr. D. de H. P. 5. 3), und so auch bei Vermächtnissen, wenn sie ohne jene Sicherheitsleistung erlangt worden sind (l. 92 D. de cond. 35. 1). In letzter Linie wird aber auch bei letztwilligen Verfügungen die Voraussetzungs-natur der gemachten Auflage herausgeholt, und bei Nichterfüllung derselben dem Bedachten das ihm Zugewendete zu Gunsten des durch ihn Beschränkten genommen (l. 17 D. de usu 33. 2, l. 24 §. 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 1 §. 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 §. 6 D. de cond. inst. 28. 7). Windscheid Nr. 105, 106, Erleben cond. sine causa II. S. 270—289 (welcher aber [S. 285 Note 70] die Anwendbarkeit des Gesichtspunktes der Voraussetzung auf die Erbeseinsetzung leugnet).

³ Der Empfänger der Leistung kann nicht etwa verlangen, daß sie, bevor sie die Voraussetzung geltendmachen, die ihnen zu Gebote stehenden Zwangsmaßnahmen, um die Erfüllung der Verpflichtung zu erwirken, gegen ihn anwenden. Jedenfalls in seinem Interesse ist es nicht, daß vorzugsweise die Erfüllung der Auflage gewollt ist.

Willenserklärung und seinen Erben in der Geltendmachung der Voraussetzung vorgeht⁴.

§. 100.

Unerlaubte Voraussetzungen werden bei letztwilligen Verfügungen behandelt, wie unerlaubte Bedingungen, d. h., wenn die Verfügung eine Liberalität enthält, werden sie als nicht hinzugefügt angesehen, sonst machen sie die Verfügung ungültig¹. Bei Willenserklärungen unter Lebenden ist ihre Behandlung diese: trifft der Vorwurf den Empfänger, so kann der Geber die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung geltend machen trotz der Erfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf den Geber, so kann er die Unwirksamkeit seiner Willenserklärung nicht geltend machen trotz der Nichterfüllung der Voraussetzung; trifft der Vorwurf beide Partheien, so kann sich auf das Geschäft keine von beiden berufen (weder der Empfänger auf die Willenserklärung, noch der Geber auf die Ermangelung der Voraussetzung), und es wird daher der bestehende factische Zustand aufrecht erhalten².

Unmögliche (von Anfang an unmögliche) Voraussetzungen machen Willenserklärungen unter Lebenden von vorne herein unwirksam³, mit Ausnahme jedoch der Schenkungen, bei denen sie, wie bei Willenserklärungen auf Todesfall, wenn nicht diese ausnahmsweise keine Liberalität enthalten, für nicht geschrieben zu erachten sind⁴.

¹ Natürlich muß er aber ein klagbares und unwiderrufliches Forderungsrecht erworben haben. Das Nähere gehört nicht hierher. Vgl. Windscheid Nr. 105, Erleben a. a. D. S. 296—310.

² L. 37. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1 (l. 44 D. de manum. test. 40. 4), §. 100. l. 7 i. f. D. de annis 33. 1. Jedoch kann es auch sein, daß eine Conversion der Auflage als das dem Sinne des Erblassers am Meisten Entsprechende erachtet werden muß, l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, vgl. l. 4 D. de adm. rerum 50. 8. Windscheid Nr. 108.

³ L. 1—4 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 4—6 C. eod. 4. 7.

⁴ L. 3 §. 5 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 59 §. 2 D. de l. D. 23. 3, l. 1. 5. 6 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Erleben a. a. D. S. 452 fg.

⁵ Für Willenserklärungen auf Todesfall ist entscheidend die Analogie der Bedingungen und der unerlaubten Voraussetzungen, vgl. auch l. 6 pr. D. de cond. 35. 1. Was Schenkungen angeht, s. l. 8 C. de cond. ob c. dat. 4. 6, Windscheid Nr. 111. A. M. Erleben a. a. D. S. 461—463.

Ist die Erfüllung der Voraussetzung nicht von Anfang an unmöglich, sondern wird es erst hinterher, so ist die Regel die, daß, in gleicher Weise bei Willenserklärungen auf Todesfall wie bei Willenserklärungen unter Lebenden, Unwirksamkeit der Willenserklärung eintritt. Es machen sich aber bedeutende Modificationen dieser Regel in dem Falle geltend, wo der Empfänger der Leistung an der Unmöglichkeit nicht Schuld ist. In diesem Fall wird 1) bei Willenserklärungen auf Todesfall von der wirklichen Erfüllung der Voraussetzung abgesehen, sobald der Empfänger das Seinige zu ihrer Erfüllung gethan hat⁵; 2) geht die Voraussetzung geradezu auf eine Handlung des Empfängers, so gilt bei allen Willenserklärungen, ohne Unterschied zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und auf Todesfall, die bloße schuldlöse Unmöglichkeit der Erfüllung der Erfüllung gleich⁶. Jedoch wird dieser letztere Satz nicht unbedingt durchgeführt, nämlich da nicht, wo Jemandem etwas zur Verwendung im eigenem Interesse gegeben worden ist, oder auch zur Verwendung in fremdem Interesse, ohne daß die Absicht vorlag, ihm eine Liberalität zu erweisen⁷.

⁵ L. 71 §. 3 D. de cond. 35. 1 (v. quod si nolit eam uxorem ducere, causa legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum videtur). L. 6 pr. eod., l. 1 C. de his quas sub modo 6. 45. Vgl. § 92.

⁶ Diese, dem Wesen der Voraussetzung nicht entsprechende, Behandlung hat sich unter dem Einflusse der die Voraussetzung begleitenden Verpflichtung ausgebildet. Doch wird für Willenserklärungen unter Lebenden die entgegengesetzte noch vorgetragen in l. 16 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4 (Celsus). S. dagegen l. 5 §. 1 D. de praesor. verb. 19. 5 (Paulus) und vor Allem die allgemein reberbe l. 10 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6 (Diocletian u. Maximian). Vgl. ferner l. 8. 11 C. eod., l. 1 §. 13 D. de extraord. cogn. 50. 13, l. 3 §. 3 l. 5 pr. D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4. Windscheid Nr. 110. 111, Bangerow III. S. 233 fg. und die dort Citirten. A. M. Erleben a. a. D. S. 386—444, welcher die Regel der l. 10 C. cit. nur angewendet wissen will, wo die Leistung unter der Voraussetzung einer Handlung des Empfängers in einen tauschartigen Contract übergeht. S. auch Brinz S. 408. Was testwillige Verfügungen angeht, s. l. 8 §. 7 (vgl. §. 6) D. de cond. inst. 28. 7. A. M. auch hier Erleben a. a. D. S. 444—452, welcher als Regel nur zugeben will, daß die Voraussetzung als erfüllt anzusehen sei, wenn ihre Erfüllung an der verweigerten Mitwirkung einer dritten Person scheitert.

⁷ L. 2 §. 7 D. de don. 39. 5, l. 20 §. 1 D. de don. lib. 38. 2, l. 7. 24 §. 12. 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 10 pr. D. de leg. II. 31, l. 8 D. de alim. 34. 1, l. 51 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5. Windscheid Nr. 112. 113. Anders stellt die Ausnahmen Witte Verreichungsklagen §. 14. 17.

III. Unerlaubtes Verhalten*.

§ 101.

Unerlaubt ist ein Verhalten entweder bloß deswegen, weil dadurch ein fremdes Recht verletzt wird, oder es ist an sich unerlaubt, nicht bloß deswegen, weil dadurch ein fremdes Recht verletzt wird, oder trotz dem, daß dadurch ein fremdes Recht nicht verletzt wird¹. Ein an sich unerlaubtes Verhalten ist ein Vergehen (Delict). — Von den Folgen der Verletzung eines fremden Rechts wird in dem folgenden Kapitel (§. 122 fg.) besonders gehandelt werden. Die (privatrechtliche) Wirkung der Vergehen besteht entweder in der Erzeugung eines obligatorischen Anspruchs auf Strafe oder Ersatz, — davon ist näher im Obligationenrechte zu handeln (vgl. aber auch diesen §. a. E.), — oder in dem Verluste eines Rechtes für den Vergehen (Verwirkung), — das Nähere hierüber wird bei den einzelnen Rechten, bei welchen sich diese Wirkung geltend macht, angegeben werden². An diesen Ort gehören aber folgende allgemeine Bemerkungen in Betreff des unerlaubten Verhaltens überhaupt.

Unerlaubt kann nicht bloß ein Thun, sondern auch ein Unterlassen sein³.

Unerlaubt ist ein Verhalten entweder schon durch seinen Erfolg an sich⁴, oder es muß zu der Rechtswidrigkeit des Erfolgs

* Wächter II. §. 109—114, Unger II. §. 100—102.

¹ Der Diebstahl z. B. verletzt das Eigentumsrecht des Bestohlenen, aber s. 101. er ist nicht bloß deswegen unerlaubt, weil er dasselbe verletzt, sondern weil der Dieb sich in bewussten Widerspruch mit der Rechtsordnung setzt. Der Betrug verletzt gar kein Recht; er ist unerlaubt als bewusste Schadenszufügung. Vgl. Unger §. 109 und über die Bemühungen der neueren Strafrechtswissenschaft um Gewinnung einer begriffsmäßigen Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten des Unrechts Balthar krit. Vierteljahrsschr. II. S. 332 fg.

² Beispiele. Wer seinem Miteigentümer die auf die Reparatur des gemeinschaftlichen Hauses verwendeten Kosten nicht binnen gewisser Frist ersetzt, verliert an denselben sein Miteigentum. Wer seine Forderung an den Vermund seines Mündels cebirt, verliert seine Forderung.

³ Unerlaubt ist z. B. die Nichtbefriedigung des Gläubigers durch den Schuldner.

⁴ So z. B. die Inbesitznahme einer fremden Sache, die Nichtbefriedigung des Gläubigers.

hinzukommen, daß dem Urheber aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann, daß ihn eine Schuld⁵ trifft. Als Schuld wird aber bald nur gerechnet das positive Wollen der Rechtswidrigkeit, die Arglist⁶, bald auch der Mangel der gehörigen Sorgfalt, durch welche die Rechtswidrigkeit hätte vermieden werden können, die Fahrlässigkeit⁷. Der Maßstab, nach welchem bemessen wird, ob ein Benehmen den Vorwurf der Fahrlässigkeit verdient, ist der eines ordentlichen Mannes; als Fahrlässigkeit wird jedes Benehmen angesehen, welches ein solcher Mann sich nicht zu Schulden kommen läßt⁸. Jedoch kommt es bei obligatorischen Verhält-

⁵ Culpa. Das Hauptwerk über diesen Gegenstand ist: J. Chr. Fasse die Culpa des römischen Rechts (1815), 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg (1838). Vgl. außerdem v. Ehr Theorie der Culpa (1806), Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808) u. Magazin für RB. u. Gesetzg. IV. 25 (1844), Fr. Rommsen Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 374 fg. (1855). Keine Beachtung verdient F. W. Schaaf Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1. Band. Zur Lehre von der Culpa (1858); vgl. krit. Ueberschau VI. S. 254—257. — Die Lehre von der Schuld ist keineswegs eine bloß obligatorische, obgleich sie bei Obligationen eine besondere Ausbildung erfahren hat; für dingliche Ansprüche hat der Begriff der Schuld ganz dieselbe Bedeutung, wie für obligatorische.

⁶ Dolus. Wollen der Widerrechtlichkeit ist vorhanden, sobald das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit vorhanden ist; auf das Motiv des Verhaltens kommt es dabei nicht an, nur scheuen die Römer da, wo dieses Motiv kein geradezu unstatliches ist, den Ausdruck dolus. L. 7 pr. D. dep. 16. 3, l. 8 §. 10 D. mand. 17. 1, l. 7 §. 7 D. de dolo 4. 3. Fasse S. 375—379, Rommsen S. 348 Note 1. Umgekehrt schließt Mangel des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit auch die Arglist aus (l. 1 §. 47 D. dep. 16. 3, l. 46 §. 7 l. 61 §. 5 D. de furtis 47. 2); nur kann sich Niemand auf Unkenntniß der Rechtswidrigkeit berufen, welche ein Verhalten für widerrechtlich erklärt (§. 79 Note 4). — Vgl. übrigens Walthers a. a. D. S. 339 fg.

⁷ Negligentia, desidia etc. Die eigentliche technische Bezeichnung dieses Begriffs im römischen Recht ist jedoch die allgemeine 'culpa', so daß dieser Ausdruck dadurch eine spezielle Bedeutung gewinnt, in welcher er dem dolus entgegengesetzt wird. Dieß ist der regelmäßige Sprachgebrauch; Stellen, in denen culpa Schuld im Allgemeinen bedeutet, sind z. B. l. 5 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. dep. 16. 3, l. 91 §. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 38 D. sol. matr. 24. 3.

⁸ L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „culpam autem esse, quod, cum a diligenti providi potuerit, non esset provium“. L. 13 §. 1 l. 14 D. de pign. act. 13. 7: — „venit et culpa, . . . ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur“. L. 11 D. de per. et comm. 18. 6

nissen ausnahmsweise vor, daß nur diejenige Fahrlässigkeit angerechnet wird, welche die betreffende Person in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt⁹. Eine Fahrlässigkeit, bei welcher zwischen eigenen und fremden Angelegenheiten unterschieden wird, hat aber noch eine andere Seite; sie schlägt in die Arglist über, und muß sich daher auch gefallen lassen, als Arglist rechtlich behandelt zu werden. Gleiches gilt von der Fahrlässigkeit, welche über alle Grenzen geht¹⁰. — Alle Schuld setzt voraus, daß der Geisteszustand der betreffenden Person es erlaubt, sie für die Folgen des Tollens und Nicht Tollens verantwortlich zu machen (Zurechnungsfähigkeit). Die Zurechnungsfähigkeit wird namentlich durch Wahnsinn¹¹ und

(Zeitschr. für Civ. u. Pr. R. F. IV. S. 281. VIII. S. 101. IX. S. 278, Arnolds §. 86 Anm. 1): — „quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinere“. L. 137 §. 2. 3 D. de V. O. 45. 1. Die Ansicht, daß unter Umständen auch für eine noch geringere Nachlässigkeit (s. g. culpa levissima) eingestanden werden müsse, ist durch das Passelle'sche Werk vollständig beseitigt. Vgl. Bangerow I. §. 107 Anm.

⁹ L. 72 D. pro socio 17. 2. „Socius socio etiam culpa nomine tenetur, i. e. desidia atque negligentia. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet“. Das Nähere im Obligationenrecht.

¹⁰ Eine solche Fahrlässigkeit, welche sich gar nicht mehr als bloße Fahrlässigkeit ausgeben darf, und daher rechtlich als Arglist behandelt wird, nennt das römische Recht lata culpa. L. 226 D. de V. S. 50. 16. „Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est“. L. 1 §. 1 D. si mentor 11. 6. — „lata culpa . . . dolo comparabitur“. L. 1 §. 5 D. de O. et A. 44. 7: — „magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere“. L. 8 §. 3 D. de prec. 43. 26. L. 32 D. dep. 16. 3. „Quod Nerva diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad eum modum curam in deposito praestat, fraude non caret“. L. 213 §. 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt“. L. 223 pr. D. eod. Fasse §. 21 fg., Rommsen S. 374 fg., Windscheid Heibelb. krit. Zeitschr. III. S. 278—281. 281—284. Im Gegensatz zur lata culpa heißt diejenige Fahrlässigkeit, welche in die Arglist nicht über schlägt, die eigentliche Fahrlässigkeit, levis culpa das Nähere im Obligationenrecht. — Gilt die Gleichstellung der lata culpa und des dolus allgemein, oder nur bei contractlichen Verhältnissen? Für das Letztere s. Hering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 12. Vgl. Scuff. Arch. IX. 144.

¹¹ L. 5 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2. „Et ideo quaerimus, si furiosus damnus dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim

jugendliches Alter¹², in gleicher Weise aber auch durch vorübergehende Zustände von Geistesgestörtheit ausgeschlossen¹³.

Eine vorzugsweise wichtige rechtliche Folge unerlaubten Verhaltens ist die Verpflichtung zum Ersatz des dadurch verursachten Nachtheils. Bei der Bestimmung desselben kann nun entweder auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten Rücksicht genommen, oder es kann ein objectiver Maßstab angelegt werden. Dieser Gegensatz wird durch die Ausdrücke 'Interesse' und 'wahrer Sachwerth' bezeichnet¹⁴.

IV. Der Einfluß der Zeit auf die Entstehung, den Untergang und die Veränderung der Rechte*.

A. Im Allgemeinen.

§. 102.

Die Thatbestände (§. 67), an welche sich die Entstehung, der Untergang oder die Veränderung der Rechte anknüpfen, können ein Zeitmoment in sich schließen. Dieß ist noch in verschiedener Weise möglich¹.

in eo culpa est, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur legis Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 61 D. de adm. tut. 26. 7. Bangerow III. S. 40—43.

¹² Die Grenze ist hier keine juristisch bestimmte; es kommt auf die geistige Ausbildung im einzelnen Fall an. Ausgegangen aber wird davon, daß nicht zurechnungsfähig das Kind, zurechnungsfähig der pubertati proximus sei. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 5 §. 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 23 D. de furtis 47. 2, l. 13 §. 1 l. 14 D. de dolo 4. 3, l. 1 §. 15 D. dep. 16. 3 u. a. m. Savigny III. S. 41—44.

¹³ Jedoch kann eine Schuld auch darin begründet sein, daß dieser Zustand nicht vermieden worden ist, so bei der Trunkenheit, c. 7 C. 15 qu. 1.

¹⁴ *Id quod interest-verum rei pretium.* Auch die Lehre vom Schadenersatz gehört nicht ausschließlich in das Obligationenrecht; auch kraft eines dinglichen Anspruchs kann Schadenersatz gefordert werden. Doch empfiehlt es sich allerdings, die nähere Ausführung dieser Lehre in das Obligationenrecht zu verschieben.

* Savigny IV. §. 177—201, Wächter II. §. 117—121, Unger II. §. 103—106.

§. 102. ¹ Vgl. Savigny III. §. 177.

1) Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Zeitpunkte oder dem Zeitraum ab, welchem sie angehört².

2) Die rechtliche Bedeutung einer Thatsache hängt von dem Maße der Zeit ab, welche nach ihr verfloßen ist³.

3) Der Abfluß der Zeit ist für sich von rechtlicher Bedeutung, indem derselbe, allein oder in Verbindung mit anderen Thatsachen, auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirkt. Unter den hierher gehörigen Fällen ist von besonderer Wichtigkeit der der Verjährung⁴.

Von der Verjährung ist im Folgenden näher zu handeln. Vorher aber sind die rechtlichen Grundsätze anzugeben, welche sich auf die Bestimmung und Berechnung der Zeit beziehen.

B. Bestimmung und Berechnung der Zeit.

§. 103.

Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können in doppelter Weise bestimmt werden.

² Beispiele: Die *bonorum possessio* muß binnen 100 Tagen bez. 1 Jahre erbeten, eine übertragene Vormundschaft, die man nicht anzunehmen braucht, binnen 50 Tagen abgelehnt, das erbchaftliche Inventar binnen 3 bez. 12 Monaten errichtet, der vertragsmäßig gestattete Rücktritt von einem Rechtsgeschäft binnen der durch den Vertrag festgesetzten Frist, in Ermangelung einer solchen Festsetzung binnen einer gesetzlichen Frist von 60 Tagen erklärt werden, — sonst sind Erbetung, Ablehnung, Inventarerrichtung, Rücktrittserklärung rechtlich gleichgültige Handlungen. Schutz im Besitz einer Wegegerechtigkeit wird gewährt auf Grund 30maliger Ausübung im letzten Jahre; die Thatsache, daß eine beschädigte Sache im letzten Jahre bez. Monate einen gewissen Werth gehabt hat, berechtigt nach der *lex Aquilia* zur Einforderung dieses Wertes; die Geburt gibt dem Kinde einen Vater, wenn dieselbe in einem solchen Zeitverhältnisse erfolgt, daß durch Zurückrechnung von höchstens 10 Monaten und wenigstens 182 Tagen die Mutter als verheißelt vorgefunden wird.

³ Beispiele: das unter einer Befristung verliehene Recht entsteht erst mit Ablauf der Frist; das Urtheil wirkt Execution erst nach Ablauf von 30 Tagen, Urtheilszinsen nach Ablauf von 4 Monaten.

⁴ Sonstige Beispiele: die Wirkung der Rechtsgeschäfte hängt wesentlich ab von dem Alter des Handelnden (der Thatsache, daß seit seiner Geburt so und so viele Zeit verfloßen ist), die *exceptio non numeratae pecuniae* wird verloren durch den Ablauf von 2 Jahren nach Abschluß des Rechtsgeschäfts, nach älterem römischem Recht hörte durch den Ablauf derselben Zeit die Ver-

1) Sie können bestimmt werden durch Angabe des Kalenderpunktes, welcher dem Zeitpunkte entspricht, bez. mit welchem der Zeitraum abgelaufen ist¹. Wird dabei, wie es gewöhnlich geschieht, nur der betreffende Kalendertag genannt, nicht aber auch Stunde, Minute zc. zc., so ist, wenn es sich um einen Zeitpunkt handelt, zu sagen, daß jeder Punkt dieses Tages der Bestimmung Genüge leihe²; handelt es sich um einen Zeitraum, so ist als Sinn der Zeitbestimmung im Zweifel anzunehmen, daß der Zeitraum nicht vor dem letzten Momente des bezeichneten Tages abgelaufen sein solle³, möglicherweise freilich kann ihr Sinn auch der sein, daß der Zeitraum nur bis an den Anfang des bezeichneten Tages gehen, also mit dem Schluß des vorhergehenden enden solle.

2) Ein Zeitpunkt und ein Zeitraum können aber auch bestimmt werden durch Angabe der Erstreckung der Zeit, welche von einem gewissen Ausgangspunkte verfließen muß, damit der Zeitpunkt erreicht, der Zeitraum erfüllt sei⁴. Auf diesen Fall beziehen sich folgende Regeln.

a. Ist die angegebene Zeiterstreckung in Tagen, oder Complexen von Tagen (lit. c. d.) ausgedrückt, so sind darunter nicht bewegliche, sondern Kalendertage zu verstehen, d. h. nicht Zeiträume von vier und zwanzig Stunden, begrenzt durch den Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit (den Moment der Geburt,

pflichtung des sponsor und des adpromissor auf, in gewissen Fällen zieht eine durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Unthätigkeit den Verlust eines Rechtes nach sich, so die fortgesetzte Säumnis in der Errichtung des Canon oder des Mieth- oder Pachtgelbes den Verlust der Emphyteuse, des Mieth- oder Pachtrechtes.

§. 103. 1 B. B. Jemand verspricht zu leisten am 1. Juli 1861; ein Contrahent beßt sich vor, daß er bis zum 1. Juli 1862 vom Vertrage zurücktreten könne.

2 Wer am 1. Juli 1862 zu leisten versprochen hat, erfüllt durch Leistung in jedem Augenblick des 1. Juli seine Verpflichtung.

3 Ist ein Miethbrauch „bis zum 31. December 1862“ bestellt, so ist das im Zweifel auszulegen: bis zum 31. December einschließlich. Ebenso wurde bei den Römern die Präposition *intra* interpretirt. „*Intra Kalendas etiam ipsae Kalendas aunt*“, l. 1 §. 9 D. de succ. ed. 38. 9. S. auch l. 48 D. de cond. 35. 1. l. 5. C. quando dies 6. 53.

4 B. B. Jemand verspricht „in 4 Wochen“; das erbshafliche Inventar soll binnen drei Monaten nach erlangter Kenntniß von der Delation errichtet werden; Jemand wird großjährig mit Ablauf des 25. Jahres nach seiner Geburt.

des Vertragsschlusses zc. zc.) und die entsprechenden Momente der je folgenden Tage (natürliche Berechnung)⁵, sondern Zeiträume von Mitternacht zu Mitternacht (juristische Berechnung)⁶. Diese Regel beruht zwar zunächst nur auf der Auslegung des Willens des Bestimmenden; sie hat aber für die im römischen Rechte geordneten und die heutigen processualischen Fristen bindende Kraft erhalten, für jene durch das römische Recht selbst⁷, für diese durch eine feststehende Praxis⁸, — und muß auch was die heutzutage anderweitig, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung oder Privatfestsetzung, bestimmten Fristen angeht, so lange festgehalten werden, als im gegebenen Fall nicht entscheidende Gründe dafür sprechen, daß das Gegentheil gewollt sei⁹. Dabei ergeben sich aber noch folgende Fragen¹⁰. 1) Welcher Tag ist

⁵ Die Mitternacht ist die Grenze der Kalendertage bei uns, wie den Römern. Savigny IV. S. 326.

⁶ „Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus“, l. 134 D. de V. S. 50. 16. L. 6 D. de usurp. 41. 3, l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4. Die Römer nennen das: *civiler* computare, l. 134 pr. cit. Der Ausdruck *naturaliter computare*, *naturalis computatio* kommt in den Quellen nicht vor, ist aber dem Sprachgebrauch derselben vollkommen entsprechend. Vgl. §. 148 Note 12.

⁷ Principiell wird diese Regel zwar nirgends ausgesprochen, aber es wird in einer Reihe von Stellen nach derselben verfahren. L. 5 D. qui test. 28. 1, l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 6. 7 D. de usurp. 41. 3, l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16. Nur in einem einzigen Falle wird ausnahmsweise die natürliche Berechnung zur Anwendung gebracht. L. 3 §. 3 D. de min. 4. 4. „*Minorem autem XXV. annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restitatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur*“. Daß dieß eine Ausnahme sei, wird heutzutage allgemein anerkannt, während ältere Schriftsteller umgekehrt die natürliche Berechnung als die Regel ansahen, vgl. Glük III. S. 570 fg., v. Ehr Arch. f. civ. Pr. XI. S. 424.

⁸ Nur die zehntägige Appellationsfrist berechnet die Praxis von dem Momente der Urtheilspublikation bis zu dem entsprechenden Momente des 10. Tages. In Nov. 23 c. 1, worauf es geküht wird, findet dieß keine Rechtfertigung.

⁹ Die Rechnung von Moment zu Moment setzt voraus, daß der Moment des die Frist in Bewegung setzenden Ereignisses (Geburt, Vertragsschluß zc. zc.) sowohl unzweifelhaft fest stehe, als auch mit Sicherheit im Gedächtniß festgehalten werde. Daher ist sie äußerst beschwerlich, und schon deswegen ist ohne besondere Gründe nicht anzunehmen, daß sie gewollt sei. Vgl. Unger §. 106 Note 6.

¹⁰ Dieselben haben eine sehr reichhaltige Literatur. Die ältere s. bei Bangerow I. §. 196. Aus der neueren Zeit sind außer Bangerow a. a. O. Windscheid, Pandekten. I. 166fg.

als der erste zu rechnen, derjenige, in welchen der Anfangsmoment der zu berechnenden Zeit fällt, oder der folgende? Es ist anzunehmen, daß das römische Recht die von ihm geordneten Fristen in der ersten Art rechnet¹¹, so daß also der letzte Tag eines einjährigen Zeitraumes, welcher am 1. Januar begonnen hat, der 31. December desselben Jahres ist, und nicht der 1. Januar des folgenden¹². Für die processualischen Fristen ist das Gegentheil

hauptsächlich zu nennen: Savigny IV. §. 182 fg., Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 2. 11 (1843), Fuchske das. N. F. II. S. 166 fg. (1846).

¹¹ S. die folgende Note. Ueber den römischen Sprachgebrauch vgl. Bachofen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. S. 47 fg., gegen Savigny IV. S. 360. 361 und Weil. XI.

¹² Die Frage ist äußerst streitig, und namentlich hat Savigny IV. §. 182 fg. auszuführen gesucht, daß als letzter Tag derjenige anzusehen sei, in welchen der mathematische Endpunkt der Frist fällt, also in dem im Texte genannten Beispiel der 1. Januar des folgenden Jahres. Savigny gelangt jedoch zu diesem Resultate nicht dadurch, daß er den ersten Kalendertag außer Ansatß läßt, sondern dadurch, daß er die Frist in ihrem Laufe gar nicht nach Kalendertagen, sondern nach beweglichen Tagen rechnet, und nur den letzten beweglichen Tag nicht in seinem mathematischen Endpunkt schließen läßt, sondern den Kalendertag, in welchen dieser mathematische Endpunkt fällt, als untheilbares Ganze ansieht. Gegen Savigny und für die im Texte bezeichnete Rechnung haben sich die meisten Neueren erklärt (über l. 8 D. de feriis 2. 12 f. Bachofen a. a. O. S. 42 Note 1), vgl. jedoch Sintenis I. S. 228 fg. Die Quellen gewähren ein vollkommen unzweifelhaftes Resultat nicht. L. 1 §. 9 D. de succ. ed. 38. 9, l. 30 §. 1 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5, l. 134 D. de V. S. 50. 16, l. 1 §. 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4 beweisen für den 31. December nur, wenn man annimmt, daß sie den ersten Tag mit rechnen, was eben die Frage ist, und von Savigny geleugnet wird. Gar nichts entnehmen läßt sich aus l. 6. D. de O. et A. 44. 7 und l. 132 pr. D. de V. S. 50. 16, die keine Andeutung darüber enthalten, welcher Tag der dies novissimus oder extremus sei, — nichts Entscheidendes aus l. 1 D. de manum. 40. 1, in welcher 'post sextam noctis pridie Kalendas' sowohl bedeuten kann: nach Mitternacht des 31. December, als: nach Mitternacht am 31. December. Eher für den 1. Januar spricht l. 7 D. de usurp. 41. 8, in welcher 'pridie Kal. Ianuarias' kaum anders als genitivisch gefaßt werden kann, wegen des unmittelbar vorhergehenden 'Kalendarum Ianuarias'. Doch bleibt hier die Erklärung übrig, daß nicht sowohl der Anbruch des 1. Januar, als vielmehr der vollständige Ablauf des 31. December verlangt sei (s. die folgende Note), und dieselbe Erklärung läßt sich auf Goll. Noct. Att. III. 2 („Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. Kal. Ian. sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII. tabb. deberet, quoniam tertias noctis posteriores sex horae alterius

durch eine constante Praxis anerkannt¹³. Für die sonst heutzutage festgesetzten Fristen ist es mißlich, eine allgemeine Regel aufzustellen; es muß im einzelnen Falle der Wille des Bestimmenden nach den gebrauchten Ausdrücken ausgelegt werden¹⁴. 2) Welches ist der Schlüsselpunkt der zu berechnenden Zeiterstreckung, der Anfangs- oder der Endpunkt des letzten Tages? Im Zweifel ist für das Letztere zu entscheiden; man wird nicht sagen dürfen, daß eine Zeiterstreckung vollendet sei, so lange noch ein Moment eines zu ihr gehörigen Tages nicht verfloßen ist. Nur aus besonderen Gründen wird angenommen werden dürfen, daß zur Vollendung eines Zeitraums im Sinne der Zeitbestimmung der Anbruch des letzten Tages genüge. Das römische Recht hat dieß für einzelne Fälle anerkannt¹⁵; daraus eine allgemeine Regel zu bilden, erscheint bedenklich¹⁶.

anni essent, qui inciperet ex Kalendis“) anwenden. L. 101 D. de R. I. 50. 17 würde für den 1. Januar beweisen (obgleich auch sie den Anfangstag, wenn nicht mit rechnet, jedenfalls mit zählt), wenn es feststände, daß sie den Monat zu 60 Tagen rechnet (vgl. Note 20). Es bleibt übrig l. 5 D. qui test. 28. 1, und diese kann ohne den äußersten Zwang nicht anders als auf den 31. December gebeutet werden. — Keller §. 73 gibt zwar für das römische Recht den 1. Januar auf, nicht aber für das heutige.

¹³ Linde Civilproceß §. 174, Beyer Vorträge S. 475.

¹⁴ Unger (II. S. 298) ist der Ansicht, daß bei heutzutage durch Rechtsgeschäft festgesetzten Fristen im Zweifel der erste Tag nicht mit gerechnet werden dürfe; es leuchtet nicht ein, warum es dann bei gesetzlichen Fristen anders gehalten werden soll. Wächter (II. S. 828. 829) will die Nichtanrechnung des Anfangstages als die „deutsche“ Art der Berechnung bei allen „Instituten des deutschen und unseres Particularrechts und bei vertragsmäßigen, testamentarischen und richterlichen Fristen“ angewendet wissen. Vgl. allg. deutsche W. D. Art. 32: — „Bei Berechnung der Frist wird der Tag, an welchem der nach Dato zahlbare Wechsel ausgestellt, oder der nach Sicht zahlbare zur Annahme präsentirt ist, nicht mit gerechnet“. — Wird von Datum zu Datum gerechnet (Note 23), so ist dadurch die Frage erledigt.

¹⁵ Für das Alter des anniculus (l. 132 pr. l. 134 D. de V. S. 50. 16), für das zur Freilassung und zur Errichtung eines Testamentes befähigende Alter (l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 5 D. qui test. 28. 1), endlich in l. 15 pr. D. de div. temp. praeser. 44. 3 für die Erfindungszeit, während in l. 7 D. de usurp. 41. 3 wahrscheinlich der Ablauf des letzten Tages verlangt wird. (Goll. Noct. Att. III. 2 [Note 12] sagt, wenigstens unmittelbar, nicht, daß die Erfindung der Manus, sondern daß das erste Ehejahr sich mit dem Ablauf des letzten Tages ende.) Vgl. noch l. 49 D. de cond. 35. 1.

¹⁶ Savigny (IV. S. 410 fg.) hat die Regel aufgestellt, der Anbruch des

b. Fällt in die zu berechnende Zahl von Tagen ein Schalttag, so darf derselbe bei den gesetzlichen Fristen des römischen Rechts nicht mit gerechnet werden. Denn der römische Kalender zählt den Schalttag als besonderen Tag nicht, sondern führt ihn als Zusatz zu seinem Nebentage auf¹⁷, und auf diese Eigenthümlichkeit des römischen Kalenders nimmt das römische Recht bei gesetzlichen Fristen Rücksicht, so daß eine jede solche Frist sich durch den Schalttag um einen Tag verlängert¹⁸, während es bei Fristen, welche durch Privatfestsetzung bestimmt sind, als das Wahrscheinliche annimmt, daß der Bestimmende den Schalttag als besonderen Tag gezählt wissen wolle^{18a}. Bei den heutzutage, gleichviel ob durch Privatbestimmung, richterliche Verfügung oder

letzten Tages genüge in allen Fällen, in denen es sich um den Erwerb eines Rechtes handele, während der Ablauf erforderlich sei, wenn durch Unthätigkeit während einer gewissen Zeit ein Recht verloren werde (vgl. l. 6 D. de O. et A. 44. 7), und die meisten Neueren sind ihm darin gefolgt. S. dagegen namentlich Wachsen a. a. O. S. 64 fg. 335 fg., auch Wächter II. §. 121 Note 20, Unger II. S. 300. 301. Die ältere Doctrin sah gerade darin das Wesen der *civilis computatio*, daß „dies ultimus coeptus pro completo habetur“. Vgl. Unger II. §. 106 Note 8.

¹⁷ L. 98 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4, c. 14 X. de V. S. 5. 40. Der Tag, zu welchem der Schalttag hinzugefügt wird, ist der 24. Februar, nach römischer Bezeichnung: a. d. VI. Kal. Martias, weswegen der Schalttag ebenfalls als a. d. VI. Kal. Martias aufgeführt wird, und davon *bisextum* heißt. (Wenn *bisextum* in l. 3 §. 3 D. de min. 4. 4 zur Bezeichnung des Doppeltages gebraucht wird, welchen der Schalttag mit seinem Nebentage bildet, so steht diese Ausdrucksweise ganz vereinzelt da, Th. Mommsen Jahrb. d. gem. R. III. S. 359. 364.) Wird aber der Schalttag vor den 24. Februar vorgeschoben, oder an den 24. Februar angehängt? Jenes ist die herrschende Meinung, vgl. namentlich Arnolds Jahrb. d. gem. R. III. 10. Dagegen, was den Kalender der Kaiserzeit angeht, mit gewichtigen Gründen Th. Mommsen röm. Chronologie S. 279 fg. der zweit. Ausg. u. Jahrb. des gem. R. III. 14. In unserem heutigen Kalender wird der Schalttag unzweifelhaft vorgeschoben, und ist daher der 24. und nicht der 25. Februar, da der Mathiastag, welcher in einem Gemeinjahre auf den 24. Februar fällt, in einem Schaltjahre auf den 25. Februar rückt. Ganz verkehrt ist die Meinung, daß der Schalttag der 29. Februar sei. Vgl. namentlich Savigny IV. S. 457 fg., Bangerow I. S. 393. 394.

¹⁸ L. 2 D. de div. temp. praesecr. 44. 3.

^{18a} L. 2 cit. i. f. (wo zu lesen ist: *sed et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus XXX pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori? Mihi contra videtur*.) Savigny IV. S. 193.

Gesetz festgesetzten Fristen ist dieses Letztere, da unserm Kalender jene römische Einrichtung durchaus unbekannt ist, unbedingt als gewollt anzunehmen¹⁹.

c. Ist die zu berechnende Zeiterstreckung in Monaten ausgedrückt, so sind darunter, wenn es sich um eine gesetzliche Frist des römischen Rechts handelt, Complexe von 30 Tagen zu verstehen²⁰, so jedoch, daß dabei nach dem zuvor Gesagten der Schalttag unberücksichtigt bleibt²¹. Dagegen verdient für die heutzutage, durch Rechtsvorschrift, richterliche Verfügung²² oder Privatbestimmung, festgesetzten Fristen die Rechnung von Datum zu

¹⁹ Auf die gesetzlichen Fristen des römischen Rechts darf diese Berechnungsweise nicht erstreckt werden, weil die römischen Rechtsvorschriften in ihrem Sinne auszulegen sind; sie verstanden aber unter Tagen die Tage des römischen Kalenders, und daß sich in dieser Beziehung ein abänderndes Gewohnheitsrecht gebildet habe, „ist wohl kaum zu behaupten“ (Beseler deutsch. Privatr. I. S. 255). So auch die gemeine Meinung; dawider Unger II. §. 106 Note 37. Ueber die neueren Gesetzgebungen s. Savigny IV. S. 476 fg.

²⁰ Daß das römische Recht unter Monaten Zeiträume von 30 Tagen versteht, ist die herrschende Meinung. Sie stützt sich auf l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 4 §. 1 l. 11 §. 6 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5 vgl. mit l. 29 §. 5 eod. und l. 1 §. 10 D. ad SC. Turp. 48. 16, l. 22 §. 2 C. de iuro del. 6. 30 vgl. mit §. 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul. R. S. IV. 9 §. 5 vgl. mit Censor. de die nat. c. 9. Damit ist allerdings schwer zu vereinigen l. 101 D. de R. I. 50. 17, in welcher als letzter Tag einer zweimonatlichen Frist der 61^{te} bezeichnet wird (über Emendationen, durch welche man zu helfen gesucht hat, s. Reinfelder der *annus civilis* S. 150—161, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. S. 166—180). Nicht widerspricht l. 2 C. de temp. et rep. app. 7. 63; hier wird nicht der Monat zu 31 Tagen gerechnet, sondern es wird nach Ablauf eines jeden Monats ein Tag zugegeben. Noch weniger widerspricht l. 7 §. 1 D. sol. matr. 24. 3, oder gar l. 3 §. 12 D. de suis 38. 16 in Verbindung mit l. 12 D. de statu hom. 1. 5. Savigny IV. S. 339. 340. — Die herrschende Meinung ist in der neueren Zeit namentlich von Reinfelder der *annus civilis* (1829) S. 116 fg. und Savigny IV. §. 181 verteidigt worden. Andere Meinungen sind aufgestellt worden von Schrader civil. Abhandlungen Nr. 3 (er geht davon aus, der Monat werde von den Römern als $\frac{1}{12}$ von 365 Tagen gerechnet) und Wachsen Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. S. 353 fg. (1843), der in den Quellen bereits die Rechnung von Datum zu Datum findet (Note 23), mit Ausnahme jedoch der Bestimmung, daß eine zweimonatliche Frist von 61 Tagen gerechnet worden sei. Er hat Eindruck gemacht auf Wächter II. §. 121 Note 6, Unger II. §. 105 Note 11.

²¹ Vgl. l. 2 D. de div. temp. praesecr. 44. 3.

²² Für prozessualische Fristen kommt jedoch noch R. G. D. II. 30 §. 4 in Betracht.

Datum als die wahrscheinlich gewollte entschieden den Vorzug²³.

d. Das Jahr ist in römischen gesetzlichen Fristen als Zeitraum von 365 Tagen zu rechnen²⁴, wieder mit Außerachtlassung des Schalttags²⁵. Für heutige Fristen gilt das Nämliche, was vorher in Betreff der Monate gesagt worden ist.

§. 104.

Eine besondere Art der Berechnung eines Zeitraums kommt da vor, wo an eine Unthätigkeit, welche durch eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt wird, ein Verlust angeknüpft ist. Sie besteht darin, daß in den Zeitraum nicht alle Tage eingerechnet werden, sondern nur diejenigen, an welchen es der betreffenden Person möglich war, die verlangte Handlung vorzunehmen¹. Es gelten dafür folgende nähere Regeln.

²³ Wer „heute über 3 Monate“ verspricht, von dem ist im Zweifel anzunehmen, daß er, wenn 'heute' der 13. April 1862 ist, für den 13. Juli 1862 habe versprechen wollen. Dafür namentlich Savigny II. §. 341, Wächter II. §. 824. 825; dawider (ohne Angabe von Gründen) Bangerow I. §. 380. Vgl. allgem. deutsche W. D. Art. 32. „Bei Wechseln . . . tritt die Verfallzeit ein: . . . wenn die Frist nach Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, an demjenigen . . . Tage des Zahlungsmonates, der durch seine . . . Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation entspricht“. A. L. N. II. 8. §. 855. Code de commerce art. 32. Ueber das Oesterreichische Gesetzbuch s. Unger II. §. 289. 290. — Fehlt in dem letzten Monate der dem Anfangstage entsprechende Tag, so muß man die Frist mit dem letzten Tage desselben ablaufen lassen; eine Monatsfrist, welche am 31. Januar beginnt, endet am 28. bez. 29. Februar. Vgl. allgem. deutsche W. D. a. a. D., A. L. N. II. 8 §. 856.

²⁴ L. 51 §. 2 D. ad leg. Ag. 9. 2, l. 4 §. 5 D. de statulib. 40. 7, l. 134 pr. D. de V. 8. 50. 16.

²⁵ L. 2 D. de div. temp. praeser. 44. 3.

§. 104.

¹ Der technische Ausdruck der Quellen für diese Art der Berechnung ist: tempus utile numeratur, dies utiles numerantur; den Gegensatz bildet: tempus continuum, dies continui. L. 2 pr. D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praeser. 44. 3, §. 16 I. de excus. 1. 25. Ebenso bei der Zusammenfassung der Tage zu Monaten und Jahren, l. 19 §. 6 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Eivers Themis I. §. 125—134 will unter utilis annus das Amtsjahr des betreffenden Praetors verstanden wissen. Dagegen Savigny IV. §. 451—453, Arnolds Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 1.

1. Diese Art der Berechnung bildet eine Ausnahme, und darf nur da zur Anwendung gebracht werden, wo sie vom Rechte ausdrücklich anerkannt ist. Von den Fällen, in welchen sie vom römischen Rechte anerkannt ist², ist für uns practisch nur noch der Fall der einjährigen und kürzeren Anspruchsverjährung (§. 110)³.

2. Rücksicht genommen⁴ wird auf jede Verhinderung, welche ihren Grund in einer äußeren, dem Versäumenden nicht zur Last fallenden, vorübergehenden⁵ Thatsache⁶, oder auch in einem entschuldbaren Irrthum des Versäumenden⁷ hat.

² Das römische Recht erkennt sie nur an 1) bei Fristen, die auf Rechtsvorschrift beruhen, 2) bei Fristen von höchstens Einem Jahre, 3) bei Fristen, innerhalb deren eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden soll, aber 4) auch nicht in allen Fällen, in welchen diese Merkmale zusammentreffen. Savigny §. 424 sq.

³ S. außerdem l. 2 pr. D. quis ordo 38. 15, l. 11 §. 5. 6 l. 29 §. 5 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 1 §. 7 D. quando app. 49. 4, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53, l. 1 pr. C. de ann. exc. 7. 40.

⁴ L. 2 D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praeser. 44. 3.

⁵ Für dauernde Zustände der Verhinderung, Unmündigkeit, Wahnsinn u. s. w. in anderer Weise gesorgt. Savigny IV. §. 436—440.

⁶ Bei den Römern kam namentlich in Betracht die Unzulänglichkeit des Richters, welche bei uns in demselben Maße nicht mehr besteht. Außerdem werden genannt: Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit im Staatsdienst, Gefängniß, Krankheit, Unwetter, durch welches die Reise aufgehalten wird, Unerreichbarkeit des Gegners. Savigny §. 428—433.

⁷ Letzteres leugnet Savigny (IV. §. 433—436. III. §. 403—417), indem er jedoch zugibt, daß der Versäumende sich dann auf den Irrthum berufen dürfe, wenn er beweisen könne, daß derselbe besonders schwer zu entdecken gewesen sei. Aber diese Beschränkung geht aus l. 15 §. 4. 5 D. quod vi 43. 24, l. 6 D. de calumn. 3. 6, l. 55 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21 nicht hervor, und daß in l. 1 D. si quis ordo 38. 15, wie Savigny behauptet, der Irrthum nur wegen ausdrücklicher Rechtsvorschrift in Betracht gezogen werde, ist unabweislich. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 6 §. 14 l. 10 §. 18 D. quas in fr. or. 42. 8, l. 29 §. 5 D. ad leg. Iul. de ad. 48. 5 und l. 1 §. 10. D. ad SC. Turp. 38. 16 aber, worauf sich Savigny noch beruft, wollen nur den Anfangspunkt der Frist im Allgemeinen fixiren, keineswegs aber sagen, daß derselbe nicht durch Irrthum verrückt werden könne. Vgl. auch Wächter II. §. 121 Note 14. — Die Berücksichtigung des Irrthums kann aber auch stattfinden, ohne daß utile tempus gerechnet wird, z. B. §. 16 I. de excus. 1. 25. Früher nannte man das: tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus. Darüber, wie über das f. g. tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus s. Savigny IV. §. 446—453.

C. Die Verjährung*.

1. Im Allgemeinen.

§. 105.

Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als aufgehoben werden. Man versteht darunter, daß sie begründet oder aufgehoben werden dadurch, daß der thatsächliche Zustand ihrer Ausübung oder Nichtausübung eine längere Zeit hindurch bestanden hat. Dieser thatsächliche Zustand verwandelt sich durch seine Fortdauer in einen zu Recht bestehenden, nicht mehr angreifbaren¹.

Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt², erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloß auf dem rechtlichen Gebiete geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann; was lange bestanden hat, erscheint uns bloß deswegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstößliches; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden³. Dazu kommt, daß die Zustände, welchen

* Unterholzner ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. 1. Aufl. 1828. 2. Aufl., neu bearbeitet von Schirmer, 1858.

§. 105. ¹ Die Römer haben für das, was wir Verjährung nennen, eine entsprechende Bezeichnung nicht. Der von den Neueren gebrauchte Ausdruck 'praescriptio' bezeichnet in der römischen Rechtsprache (eine besondere Art der) Einrede, und so denn auch die Einrede der Verjährung, temporis oder temporalis praescriptio. Aber schon die Stoffatoren, und nach ihnen das canonische Recht, verstehen unter praescriptio Verjährung geradezu. Die beiden möglichen Richtungen der Verjährung werden dann bezeichnet als praescriptio acquisitiva und praescriptio extinctiva. Letztere Ausdrücke übersetzt man gewöhnlich durch: erwerbende — erlöschende Verjährung. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß diese Uebersetzung schlecht ist; dann noch lieber, wie Andere sagen: Acquisitiv- und Extinctiv-Verjährung. Ich werde die Ausdrücke 'begründende Verjährung' oder auch 'Erwerbsverjährung' — 'aufhebende Verjährung' gebrauchen. Insofern die erstere Besitz voraussetzt, wird sie passend Ersthung genannt. Diesem letzteren Ausdruck entspricht der römische Ausdruck usucapio.

² Vgl. zu dem folgenden Savigny IV. §. 305—308. V. §. 267—272, Wächter II. §. 804.

³ L. 1 D. de usurp. 41. 3. „Bono publico usucapio introducta est, ne

die Verjährung den Stempel der Rechtmäßigkeit ausdrückt, ja nicht nothwendigerweise unrechtmäßige waren. Vielleicht bestand das ausgeübte Recht wirklich, und das nicht' ausgeübte war in der That nicht vorhanden; ja es spricht dafür sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit: denn würde sonst der Gegner den bestehenden Zustand so lange unangefochten gelassen haben? Ist das aber nicht der Fall, verwandelt wirklich die Verjährung die nackte, unrechtmäßige Thatsache in Recht, so erleidet jedenfalls derjenige, dem die Verjährung etwas nimmt, seinen Verlust nicht unbilligerweise; denn er hätte ihn durch Unterbrechnung des bestehenden Zustandes abwehren können, während längerer Zeit abwehren können; da er das nicht gethan hat, mag er die Folgen davon tragen⁴.

Es wird denn auch nicht leicht ein positives Recht der Verjährung die Anerkennung ganz versagen; die Grenzen ihrer Anerkennung können verschieden gezogen werden.

Das römische Recht hat die Verjährung nicht bei allen Rechten anerkannt. Es ist weit davon entfernt, den Satz aufzustellen, daß die Rechte durch fortgesetzte Ausübung erworben, und fortgesetzte Nichtausübung verloren werden. Nur bei bestimmten Rechten hat es das Eine oder das Andere oder Beides anerkannt⁵; die Verjährung muß für jedes Recht, auf welches sie angewendet

scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent“. L. 5 pr. D. pro suo 41. 10: — „ut aliquis litium finis esset“. L. 2 pr. D. de aqua et aquae 39. 3: — „vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa“. Justinian drückt das in seiner Art so aus: „ne possessores . . . prope immortali timore teneantur“, l. 7 pr. C. de praescr. XXX. 7. 39. Vgl. Cic. pro Caecina: „usucapio . . . hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium . . .“.

⁴ Die in der vorigen Note citirte l. 1 D. de usurp. 41. 3 fährt fort: „cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium“. Vgl. l. 2 C. de ann. exc. 7. 40: — „ut . . . sit aliqua inter desides et vigilantes differentia“; l. 3 eod.: — „contra desides homines et iuris sui contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt“.

⁵ Die begründende Verjährung hat es anerkannt namentlich bei dem Eigenthum und den Dienstbarkeiten, die aufhebende bei den Dienstbarkeiten und bei den Ansprüchen. Ueber die Anwendung der Verjährung auf die übrigen dinglichen Rechte s. unten bei diesen. Keine Anwendung findet die Verjährung auf die Obligationen, insoweit dieselben nicht durch die Verjährung der Ansprüche berührt werden, und auf die Familienrechte.

werden soll, besonders nachgewiesen werden. Eben deswegen gibt es im römischen Recht auch keine allgemeine Theorie der Verjährung; es gibt nur Grundsätze für die einzelnen Anwendungen der Verjährung⁶.

Hiernach könnte es scheinen, als dürfte an diesem Orte, im allgemeinen Theil des Systems, von der Verjährung des Weiteren

⁶ Dieß hat die ältere Theorie vielfach verkannt, und die Reaction dagegen ist nicht ausgeblieben; vgl. namentlich Savigny IV. §. 178. Aber von der anderen Seite ist es auch zu weit gegangen, wenn man nun den Begriff der Verjährung am liebsten aus der Rechtslehre ganz ausweisen möchte. Man sollte das schon deswegen nicht thun, weil dieser Begriff im Leben vorhanden ist, und also immer wieder sich eindrängen wird, — wenn er nicht geregelt wird, ungeregt. Allerdings ist es, wenn auch nicht für die Verjährung überhaupt, doch für die aufhebende Verjährung wahr, daß ihre Grenzen sich nicht verwischen. Es ist sehr richtig, wenn man sagt: Verjährung liegt nur da vor, wo ein Recht verloren wird auf Grund seiner Nichtausübung während einer gewissen Zeit, nicht da, wo es mit Ablauf einer gewissen Zeit deswegen verloren wird, weil die Rechtsordnung ihn aus anderen Gründen von vorne herein nur eine gewisse Zeitdauer zugestanden hat, wie es sich z. B. mit dem ohne nähere Zeitbestimmung stipulirten Rücktrittsrecht verhält (I. 31 §. 22 D. de aed. ed. 21. 1), oder mit dem Rechte gegen den sponsor und adpromissor nach der lex Furia (Gai. III. 121), vgl. namentlich Demelius Untersuchungen aus dem Civilrecht S. 5—7, Unger II. S. 275—277, — und man wird nicht in jedem einzelnen Fall mit Sicherheit erkennen können, ob eine rechtliche Bestimmung dieser letzteren Art oder eine wirkliche Verjährungsbestimmung vorliegt, oder auch nur behaupten dürfen, daß eine rechtliche Bestimmung im Sinne ihres Urhebers immer ausschließlich die eine oder die andere Natur haben müsse. Also ist es wahr, daß man sich mit dem Verjährungsbegriff auf einen abschließigen Boden begibt, und die ältere Theorie zeigt, bis wohin man auf demselben gelangen kann. Sprach man doch sogar vom Verlust eines Rechtes durch „momentanea praescriptio“, womit man den Fall meinte, wo ein Recht nur in einem gegebenen Augenblick ausgeübt werden kann, wie z. B. das Recht der Nothwehr im Augenblick des Angriffs, und man diesen Moment vorübergehen läßt, — wogegen denn freilich schon *Rave de praescriptionibus* p. 3 sich erklärt. Vgl. über diese älteren Auffassungen namentlich die Nachweisungen bei Unger II. §. 104. Vor diesem Abwege soll man warnen, und man mag hinzufügen, daß der allgemeine Begriff der Verjährung eben wegen dieser Leichtigkeit des Ueberschlagens in andere Begriffe gar nicht fähig ist zur Grundlage einer juristischen Theorie zu werden, jedenfalls soll man mit Nachdruck hervorheben, daß er es im römischen Rechte nicht geworden ist; aber das Alles thut dem keinen Eintrag, daß es einen Begriff der Verjährung wirklich gibt, und die juristische Theorie wird nicht zur Aufklärung beitragen, wenn sie denselben ignorirt.

nicht die Rede sein. Daß dem nicht so ist, hat einen doppelten Grund.

1. Nach römischem Rechte gehen zwar nicht die Rechte überhaupt, aber doch die Ansprüche überhaupt durch die Fortdauer ihrer Nichtausübung unter; der Begriff des Anspruchs aber ist in gleicher Weise, wie der des Rechtes, ein allgemeiner (§. 43).

2. Im neueren Rechte hat sich eine besondere Anwendung der Verjährung ausgebildet, welche sich allerdings auf die Rechte überhaupt bezieht, die s. g. unvordenkliche Verjährung⁷.

Von der Verjährung der Ansprüche und von der unvordenklichen Verjährung muß also hier näher gehandelt werden.

2. Die Verjährung der Ansprüche*.

Einleitung.

§. 106.

Ansprüche gehen dadurch verloren, daß sie, obgleich ihnen der tatsächliche Zustand nicht entspricht, eine längere Zeit hindurch unausgeübt bleiben. Jedoch sind hiermit die Bedingungen der Anspruchsverjährung nur ganz im Allgemeinen angegeben, das Nähere wird in den §§. 107—111 vorgetragen werden.

Wie die Römer den Anspruch überhaupt als Klagerecht, *actio*, auffassen (§. 44), so erscheint bei ihnen auch die Verjährung der Ansprüche als Verjährung der Klagerechte, *actiones*. Demgemäß ist es auch heutzutage durchaus gebräuchlich, statt von der Verjährung der Ansprüche, von der Verjährung der Klagen zu handeln. Man gibt damit den Ausdruck der Römer wieder, aber nicht die Sache¹. —

⁷ *Praescriptio immemorialis*, auch *indefinita*, im Gegensatz der *praescriptio definita*.

* Reinhardt die *usucapio* und *praescriptio* des R. R. (1832) S. 232 fg., Rieruff S. 189—215, Savigny V. §. 237—252, Wächter II. §. 117—119, Unger II. §. 119—122.

¹ Wenn die Römer von *actio* reden, so wollen sie nicht das specifische §. 106. Moment der Klagbefugniß, das Moment der Befugniß, das Gericht anzurufen, im Gegensatz der Berechtigung an sich, hervorheben, sondern sie wollen die Berechtigung selbst bezeichnen; gerichtliche Verfolgbarkeit ist ihnen der Ausdruck für Berechtigung. Wenn wir heutzutage von Verjährung der 'Klagen' reden,

Die Verjährung der Ansprüche (actiones) ist kein ursprüngliches römisches Institut. Ursprünglich war keine actio der Verjährung unterworfen; zuerst der Praetor stellte auf Zeit beschränkte actiones auf; andere einzelne Bestimmungen traten später hinzu; die Regel der Verjährung ist erst im 5. Jahrh. ausgesprochen worden².

so unterliegen wir fortwährend der Gefahr, aus dem specifischen Moment der Klagebefugniß Consequenzen abzuleiten, welche sehr unrdmisch sind. — Einzelne Schriftsteller haben das auch richtig erkannt. Linde (Zeitschr.-f. Civ. u. Pr. II. S. 153) spricht von Verjährung der 'Rechte', was freilich zu weit ist, da damit auch die Verjährung der dinglichen Rechte umfaßt ist, welche mit der Verjährung der actio nichts zu thun hat. Umgekehrt ist es zu enge, wenn Wächter (II. S. 806, vgl. S. 476) von 'Schulbverjährung' geredet wissen will, da der dingliche Anspruch unter den Ausdruck 'Schuld' schlecht untergebracht werden kann. Vgl. Windscheid die Actio x. S. 38.

² Von Theodosius II. a. 424 (l. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4. 14 = l. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39). Als regelmäßige Verjährungszeit bestimmte Theodosius 30 Jahre, unter Befähigung jedoch der kürzeren Verjährungsfristen. Das Nähere über das Geschichtliche s. bei Buchta Instit. II. §. 208. Zu vergleichen ist auch: Demelius Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (1856) Nr. 1. Dieser Schriftsteller nimmt einen principuellen Gegensatz zwischen der älteren vorthodosiischen, und der durch Theodosius eingeführten Anspruchsverjährung an; nur diese letztere sei eine eigentliche Verjährung, nur sie habe ihren Grund in der fortgesetzten Unthätigkeit des Berechtigten, während die älteren Bestimmungen einzelne actiones von vorne herein, mit Rücksicht auf den besonderen Inhalt des Rechtsverhältnisses, auf bestimmte Zeit beschränkt, zu actiones temporales gemacht hätten. Man kann zugeben, daß hier in der That ein Gegensatz vorhanden sei, obgleich die Frage ist, ob er so scharf gefaßt werden darf, wie Demelius thut; denn ziehen nicht auch die älteren Bestimmungen die verbunkelnde und nivellirende, „Recht und Unrecht verwebende“ (Wrinz Pand. S. 164) Macht der Zeit wenigstens mit in Betracht, indem sie dieselbe zwar nur bei gewissen Ansprüchen anerkennen, bei diesen aber auch wegen ihrer besonderen Natur besonders früh eintreten lassen? (Vgl. §. 106 Note 6). Jedenfalls wird man aus diesem Gegensatz keine Consequenzen ziehen dürfen. Demelius gibt selbst zu, daß er bereits für das spätere römische Recht nicht mehr vorhanden gewesen sei, und daß daher die in den Kaiserconstitutionen getroffenen Bestimmungen auf die alten actiones temporales mit zu beziehen seien. Aber er will nicht auch umgekehrt das Recht der letzteren auf die neuere Verjährung übertragen wissen. Nach meiner Ansicht mit Unrecht; was das römische Recht selbst als ein einziges Institut ansieht, dürfen wir nicht deswegen auseinanderreißen, weil wir zu erkennen glauben, daß der Grund der unter dasselbe gehörenden Rechtsätze ein verschiedener sei. — Dieselben Ideen, wie bei Demelius, finden sich, unabhängig von ihm, bei Wrinz Pand. §. 47.

Diese Regel gilt jetzt für uns als ausnahmslose. Die Ausnahmen, welche im römischen Rechte stehen geblieben sind, beziehen sich theils auf heutzutage nicht mehr vorkommende Verhältnisse³, theils werden sie im heutigen Rechte nicht mehr anerkannt⁴. Was man gewöhnlich anführt, daß der Anspruch auf Theilung nicht verjähre, ist keine Ausnahme, da dieser Anspruch in jedem Momente der Gemeinschaft neu entsteht⁵. Auch durch Vertrag kann die Verjährung nicht ausgeschlossen werden, da sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist⁶.

a. Bedingungen.

α. Nichtausübung des Anspruchs.

§. 107.

Die erste Bedingung der Anspruchsverjährung ist Nichtausübung des Anspruchs bei unbefriedigtem Zustande. So lange er befriedigt ist, läuft ihm keine Verjährung¹; aber auch wenn er nicht befriedigt ist, wird sie ausgeschlossen durch seine Ausübung; man sagt: die Verjährung werde durch seine Ausübung unterbrochen². Zum Ausschluß der Verjährung ist aber nicht die

³ L. 3 C. de l. t. praescr. quae pro lib. 7. 22, l. 5 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 23 pr. C. de agric. 11. 47.

⁴ Die Unverjährbarkeit der Steuerforderungen des Fiscus, l. 6 C. de praescr. XXX. 7. 39.

⁵ Es versteht sich von selbst, daß die sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft der gewöhnlichen Verjährung unterworfen sind, l. 1 §. 1 C. de ann. exe. 7. 40, vgl. l. 6 C. fin. reg. 3. 39.

⁶ Ein Anderes ist der Verzicht auf die durch die Verjährung erworbene Rechtsstellung; dieser ist vollkommen zulässig. Savigny V. S. 411—413.

¹ Durch die Befriedigung des Anspruchs wird derselbe in den meisten Fällen aufgehoben, so daß schon deswegen von Verjährung keine Rede sein kann. Aber es ist das nicht notwendig, wie es denn namentlich bei den auf Nichtthun gerichteten Ansprüchen, ferner bei denjenigen positiven, welche auf das Bewirken eines dauernden Zustandes gerichtet sind, nicht der Fall ist. Zu den negativen Ansprüchen gehören auch die dinglichen, ehe die dingliche Herrschaft gestört ist; sie gehen lediglich auf Nichtstörung derselben. S. §. 108.

² Quellenmäßige Ausdrücke: interruptio temporis, praeteriti temporis, interrupta temporum curricula, temporalis interruptio, interruptum silentium, interruptio schlechthin. L. 1 §. 1. 1. 2. 3 C. de ann. exe. 7. 40, l. 7 pr. §. 5 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 5 C. de duob. reis 8. 40. Die Idee der

volle Ausübung des Anspruchs, d. h. die Verwirklichung des dem Anspruch entsprechenden Verhaltens des Verpflichteten erforderlich; es genügt, daß kraft des Anspruches überhaupt etwas von dem Gegner erlangt wird, z. B. Zinsen, Abschlagszahlung, Pfand, Bürgschaft, neue Schuldburkunde³, oder etwas ihm Gehührendes vorenthalten wird⁴. Ja noch mehr, schon das genügt zum Ausschluß der Verjährung, daß der Berechtigte das Seinige thut, um sich die Befriedigung seines Anspruches zu sichern, d. h. daß er Klage gegen den Verpflichteten erhebt⁵, während durch bloße

Unterbrechung gehört erst der späteren Verjährung an, Demelius Untersuchungen S. 60—64. 96 fg.

³ L. 7 §. 5 l. 8 §. 4 C. de praeser. XXX. 7. 39, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 5 C. de duob. reis 8. 40. Vgl. Savigny S. 314—316, Seuff. Arch. VIII. 9. X. 228. Genügt einfache Anerkennung? Dagegen Bruns Zeitschr. f. Rechtsgech. I. S. 108. — Manche behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermin ausschliesse (Savigny S. 306 fg., Wächter II. §. 118 Note 16, Vangerow I. S. 256; dagegen Demelius Untersuch. I. S. 170, Schirmer zu Unterholzner II. S. 308 Note *, Unger II. S. 408 in der Ann.). Sieht man den Grund, weswegen die Zinszahlung die Verjährung unterbricht, nach der richtigen Ansicht darin, daß in den Zinsen der Gläubiger seinen Anspruch genießt, so ist jene Ansicht von selbst widerlegt (die Zinsen müßten denn zum Voraus gezahlt sein). Die herrschende Ansicht sieht aber jenen Grund in der in der Zinszahlung liegenden Anerkennung, und diese, behauptet Savigny, wirke bis zum nächsten Termine fort; auch das ist gewiß unhaltbar. — Wird die Verjährung auch dadurch ausgeschlossen, daß Zinsen von dem dritten Besitzer der Hypothek erlangt werden? Bejahend beantwortet durch einen Plenarbeschluß des geh. Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842 bei Seuff. Arch. I. 158.

⁴ L. 7 §. 5 C. de praeser. XXX. 7. 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis“. Savigny S. 314. Andere (Unterholzner II. S. 308, Unger II. §. 121 Note 23a) verstehen diese Stelle, gegen ihren Wortlaut, von der Ueberlieferung eines versprochenen Pfandes und der darin liegenden Anerkennung, so daß also der Pfandbesitz als solcher kein Grund der Ausschließung der Verjährung sein würde.

⁵ Entscheidend ist der Zeitpunkt der Ladung, im schriftlichen Prozeß der Mittheilung der Klageschrift an den Gegner. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. §. 5 C. de praeser. XXX. 7. 39. Bei den alten temporales actiones war der entscheidende Moment die Niedersetzung des iudicium, die litis contestatio; der Prätor hatte iudicium bloß für eine gewisse Zeit versprochen, binnen dieser Zeit mußte iudicium auch erlangt worden sein. Zwei darauf

Wahnung die Verjährung nicht unterbrochen wird⁶. Die Klage kann vor dem öffentlichen Richter erhoben werden, wobei jedoch erforderlich ist, daß derselbe für die Sache competent sei⁷, aber auch vor dem vereinbarten Schiedsrichter⁸. Ist der Gegner nicht zu erreichen, so kann die Verjährung durch eine mündliche oder schriftliche Protestation vor Gericht, wenn auch diese nicht zu bewerkstelligen ist, durch schriftliche Protestation vor der Gemeindebehörde, im Nothfall durch Anschlag einer von einem Notar oder drei Zeugen unterschriebenen Protestation am Wohnorte des Gegners unterbrochen werden⁹.

beglückliche Stellen sind aus Versehen ohne Aenderung in die Pandekten aufgenommen worden, l. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, vgl. auch l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17. Auf Grund derselben wollen Einige bei den alten actiones temporales auch heutzutage noch auf die litiscontestatio sehen, so Vangerow I. S. 268; dagegen Savigny V. S. 318, Wächter Erörterungen III. S. 293. Auch bei den Schriftstellern, welche zwischen der alten und neuen Verjährung nicht unterscheiden, finden sich abweichende Ansichten. 1. Die Unterbrechung der Verjährung trete erst mit der Zeit der litiscontestatio ein, werde aber auf die Zeit der Anstellung der Klage zurückbezogen; so Unterholzner I. §. 124. 2. Sie trete mit der Ladung ein, aber mit gleicher Rückbeziehung auf die Zeit der Anstellung; so Puchta Pand. §. 90 p., Vorl. I. S. 207. 3. Sie trete ohne Weiteres mit der Anstellung der Klage ein; so Sintonis I. §. 31 Note 52, Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. VIII. S. 276 fg. Die im Text ausgesprochene Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden; vgl. namentlich L. E. Pfotenhauer über die Unterbrechung der Klagenverjährung (1843), Savigny V. S. 316—318, Wächter Erörterungen III. S. 89 fg., Puchta und Hubbe Entscheidungen des D. A. G. zu Kofod II. S. 44—48, Seuff. Arch. XIII. 231 (VIII. 228). — Die Verjährung der alten temporales actiones wurde auch durch Ueberreichung der Klageschrift an den Kaiser unterbrochen (l. 2 C. quando lib. 1. 20, l. 3 C. de praeser. XXX. 7. 39), was natürlich für uns ohne Bedeutung ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilprocesses I. §. 38.

⁶ Savigny V. S. 315, Wächter II. S. 816. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

⁷ L. 7 C. de statu def. 7. 21. Dopp Arch. f. civ. Pr. XLII. S. 97 fg. Seuff. Arch. XI. 7. — Wie ist es, wenn die Klage angebracht worden ist, aber abgewiesen wird? Dopp a. a. D. S. 106, Unterholzner I. S. 446, Sintonis I. §. 31 Note 53, Unger S. 428. Seuff. Arch. VI. 133, VIII. 228, IX. 250, 251.

⁸ L. 5 §. 1 C. de rec. arb. 2. 56.

⁹ L. 2 C. de ann. exc. 7. 40. Die Stelle verweist in Ermangelung des Gerichts an den Bischof oder defensor civitatis; die Gemeindebehörde substituirt passend Wächter II. S. 817. Vgl. Seuff. Arch. IX. 249.

§. 108.

Von Nichtausübung eines Anspruchs kann nicht eher die Rede sein, bis er entstanden ist; seine Verjährung beginnt daher nicht eher, bis er entstanden ist? ¹ Wann ist er entstanden? ²

1. Der Anspruch ist entstanden, sobald das ihm zu Grunde liegende Recht entstanden ist; der Anspruch ist nichts, als das Recht selbst in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens (§. 43). Das ist in gleicher Weise wahr für den dinglichen, wie für den persönlichen Anspruch. Wenn nichtsdestoweniger die Verjährung des dinglichen Anspruchs nicht in gleicher Weise mit der Entstehung des dinglichen Rechts beginnt, wie die Entstehung des persönlichen Anspruchs mit der Entstehung des persönlichen Rechts: so hat dieß seinen Grund darin, daß der mit dem dinglichen Recht entstehende Anspruch, so lange nichts vorliegt, als das dingliche Recht, auch befriedigt ist. Er ist darauf gerichtet, daß Niemand die durch das dingliche Recht gegebene Herrschaft über die Sache störe: so lange dieß Niemand gethan hat, hat der Berechtigte das, was er kraft des dinglichen Anspruchs verlangen kann. Die Verjährung des dinglichen Anspruchs beginnt daher erst dann, wenn von einer bestimmten Person eine Störung der dinglichen Herrschaft ausgegangen, und dadurch dem Berechtigten etwas entzogen worden ist, was er kraft seines Anspruches haben sollte ³. Anders bei dem persönlichen Anspruch. Zwar, wenn

§. 108. ¹ L. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40: „— ex quo ab initio competit, et semel nata est (actio)“. L. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39: „— actiones XXX. annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem“. L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Neueren pflegen den Ausdruck 'actio nata' als technischen zu gebrauchen. Vgl. Demelius Untersuchungen S. 116. 204.

² Diese Frage, die Frage nach der „actio nata“, nach der „Nativität der Klagen“ hat eine umfangreiche Literatur. Vgl. außer den oben bei §. 106 genannten Schriftstellern Unterholzner Verjährungslehre I. §. 88. II. §. 206. 264—266, Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 1 (1835), Lenz Studien u. Kritiken zc. Nr. 4 (1847), Bangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 12 (1850) und Pand. §. 147 Anm., Brackenhöft Arch. f. pract. Wissensch. IV. Nr. 3 (1856), Demelius Untersuchungen Nr. 2 (1856), Unger II. §. 116.

³ Wie ist es aber, wenn die Störung mit dem Willen des Berechtigten erfolgt ist, z. B. der Eigenthümer hat seine Sache mit Vorbehalt künftiger

das persönliche Recht, mit welchem er entsteht, auf ein Nichtthun des Verpflichteten geht, gilt von ihm das Gleiche, wie von dem mit dem dinglichen Recht entstehenden Anspruch; der Anspruch, wie er entstanden ist, ist auch befriedigt, und verjährt daher nicht von der Zeit seiner Entstehung, sondern erst von der Zeit an, wo der Verpflichtete aufhört, ihm nachzukommen. Geht dagegen der persönliche Anspruch auf eine Thätigkeit des Verpflichteten, so ist, so lange diese Thätigkeit nicht eintritt, der Anspruch ein unbefriedigter, und daher beginnt seine Verjährung sogleich, ohne daß es etwa nöthig wäre, daß dem Verpflichteten die Erfüllung angefallen worden sei und dieser sie verweigert habe ⁴.

Rückgabe einem Anderen freiwillig hingegeben? Die Störung ist deswegen nicht weniger vorhanden, und deswegen der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer sogleich begründet (vgl. I. 9 D. de R. V. 6: 1). Ob er sogleich verjährt, hängt davon ab, ob der Eigenthümer verpflichtet ist, dem Besitzer die Sache eine gewisse Zeit hindurch zu lassen, oder nicht. Im ersten Falle (z. B. bei der Miete) verjährt der Anspruch erst nach Ablauf jener Zeit, wegen der ihm bis dahin entgegenstehenden Einrede (§. 109, I. 7 §. 6 D. de praescr. XXX. 7. 39); im zweiten Falle (z. B. beim Precarium), wo dieses Hinderniß der Geltendmachung des Anspruchs nicht entgegensteht, beginnt seine Verjährung sogleich (I. 2 C. de praescr. XXX. 7. 39 handelt von der Ersetzung, Demelius Unterfuch. S. 111 Note 2). Vgl. Note 4 a. E. und Unger §. 116 Note 15. §. 120 Note 7a.

⁴ Darüber ist im Allgemeinen auch kein Streit, lebhafter nur in Betreff Einer Klasse von Fällen, derjenigen nämlich, wo der Berechtigte, ohne an die Einhaltung einer bestimmten Frist gebunden zu sein (darüber daß dann die Verjährung erst nach Ablauf dieser Frist beginne, herrscht Uebereinstimmung, s. Note 6 mit Text und §. 109 Note 2), doch ausdrücklich, oder stillschweigend erklärt hat, einsteilen von seinem Anspruch keinen Gebrauch machen zu wollen, wie z. B. bei einem Darlehn, welches schlechthin, oder auch mit der Erklärung, daß der Empfänger es behalten könne, bis der Darleiher es zurückfordere, gegeben worden ist, beim Depositum, Precarium, beim vorbehaltenen Rückkaufsrechte (der gewöhnlich ebenfalls hierher gestellte Fall der commodatio gehört nicht hierher, weil der Leihende gebunden ist, die Sache dem Empfänger bis zum gemachten Gebrauche zu lassen, vgl. Demelius Unterfuch. S. 178 fg., Unger II. S. 383). Für diese Fälle behaupten namhafte Schriftsteller (Kierulff S. 191 fg., Savigny V. S. 291 fg., Sintonis I. S. 281, Puchta Vorles. I. S. 204—206, Keller S. 172. 173), actio nata sei erst vorhanden, wenn der Verpflichtete auf die Aufforderung des Gläubigers die Leistung verweigert habe. Diese Behauptung wird nicht sowohl auf die Quellen gestützt, gegen deren Ansprüche sie sich vielmehr nur vertheidigt, und zwar nach richtiger Interpretation ohne Erfolg (I. 1 §. 22 D. dep. 16. 3, I. 94 §. 1 D. Windscheid, Pandekten. I. 167fg.).

2. Ein bedingter Anspruch ist noch kein entstandener Anspruch (§. 89); seine Verjährung beginnt daher erst mit dem Eintritte der Bedingung⁵. Ebenso ist aber auch ein befristeter Anspruch noch kein entstandener Anspruch (§. 96); seine Verjährung beginnt daher erst mit Herankommen des Zeitpunktes, auf welchen er gestellt ist⁶. Bei Ansprüchen auf periodisch wieder-

do sol. 46. 3, l. 3 §. 7 D. de prec. 43. 26, und darüber Windscheid die Actio re. re. §. 42 Note 11 (wo aber auf §. 43 in der zweiten Zeile der Note v. o. statt „nicht“ „nicht nicht“ zu lesen ist!), als vielmehr auf die Natur der Sache, indem nämlich geltend gemacht wird, daß vorher der Schuldner in der Nichtleistung kein Unrecht thue. Von diesem Argument wird die hier vertretene Ansicht, welche als das Verjährende den Anspruch ansieht, nicht betroffen, für die herrschende Auffassung, welche als das Verjährende das Klagerecht ansieht, ist dieses Argument äußerst bedenklich; ein Klagerecht, ein Recht sich zu beklagen und den Staat um Hülfe anzurufen, kann Niemandem zugestanden werden, der nicht Unrecht erlitten hat. Diejenigen, welche dieß leugnen (Thon S. 33 fg., Lenz S. 237 fg., Vangerow Arch. S. 295 fg. und Pand. S. 249 fg., Unger S. 377 fg.), verstehen in der That unter 'Klagerecht, Klage' nichts Anderes, als was hier 'Anspruch' genannt wird, so daß nur ein Streit über den Namen übrig bleibt. Wenn Wächter (II. S. 413. 807) behauptet, ein die Klage begründendes Unrecht liege schon in der Unbefriedigtheit des Anspruchs selbst, so muß das sowohl im Allgemeinen bestritten werden (§. 122), als namentlich auch für den vorliegenden Fall: wie kann sich Jemand über einen Zustand beklagen, der mit seinem Willen besteht? Auch Demelius (Untersuch. S. 146 fg.) steht in dem objectiven Zustand der Unbefriedigtheit des Anspruchs das, zwar nicht das Klagerecht, aber doch seine Verjährung Begründende; das Klagerecht entstehe sogleich mit dem zu Grunde liegenden Rechte (actio nata in einen Sinne), aber erst seine Nichtbefriedigung fordere es zur Thätigkeit heraus, so daß fortan von einem unthätigen Klagerechte geredet werden könne (actio nata in anderen Sinne). Man sehe wieder statt 'Klagerecht' 'Anspruch', so ist dagegen in der Sache nichts einzuwenden. Aeltere Schriftsteller halfen sich durch die Aufstellung der Regel: totius praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Sie findet sich noch bei Unterholzner II. §. 260, ist aber seit dem Angriffe von Thon (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 1 §. 1—12 (1835) allgemein aufgegeben. Jedoch enthält sie einen wahren Kern, s. die folgende Note. Ueber das Ganze: Windscheid die Actio re. re. §. 41—45. — Uebrigens wiederholt sich die gleiche Frage für die dinglichen Ansprüche, obgleich sie auf dieselben gewöhnlich nicht bezogen wird. Von dem Eigentumsanspruch desjenigen, der eine Sache precario gegeben hat, gilt ganz in gleicher Weise, wie von seinem persönlichen Anspruch, daß er sogleich begründet ist, und daß der Besitzer vor der Rückforderung durch seine Nichterfüllung nicht Unrecht thut. S. Note 3.

⁵ L. 7 §. 4 C. de praeser. XXX. 7. 39.

⁶ L. 7 §. 4 C. cit., vgl. l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71. Für den befrist-

kehrende Leistungen (Renten, Zinsen, Mieth- und Pachtgelber) läuft deswegen eine besondere Verjährung für jeden einzelnen fällig werdenden Posten; jedoch ist positiv bestimmt, daß die Verjährung des Anspruchs auf das Kapital auch jeden weiteren Zinsanspruch ausschließt⁷. —

Einen Fall gibt es, in welchem die Verjährung eines Anspruchs schon beginnt, ehe er entstanden ist. Dieß ist der Fall, wo die Entstehung des Anspruchs auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist. Einen Anspruch, den ich durch ein Wort in's Leben rufen kann, kann ich ganz in der nämlichen Weise geltend machen, wie einen Anspruch, der mir jetzt schon zusteht, und meine Unthätigkeit in Beziehung auf denselben kann daher keine andere Bedeutung haben, als meine Unthätigkeit in Beziehung auf einen bereits entstandenen Anspruch⁸.

steten Anspruch ist aber auch eine andere Auffassung möglich, nämlich, daß er sofort existent sei, nur nicht sofort geltend gemacht werden könne (§. 96). Fast man ihn in dieser Weise auf, so gehört der Satz, daß die Befristung die Verjährung ausschließt, nicht hierher, sondern in den folgenden §.

⁷ L. 7 §. 6 C. de praeser. XXX. 7. 39, l. 26 pr. C. de us. 4. 32. — Nach der herrschenden Ansicht unterliegt aber auch das Recht auf die terminliche Leistung als solches einer Verjährung, wenigstens dann, wenn ihm Widerspruch entgegensteht worden ist. Unterholzner II. S. 306, Savigny v. S. 312, Sintenis I. §. 31 Note 35; Scuff. Arch. I. 156. 157. III. 138. VI. 4. 132. IX. 117. XI. 6 (Note). XIV. 110. Dagegen mit guten Gründen Demelius Untersuch. S. 200—203, vgl. Schirmer zu Unterh. §. 262 Note 740, Unger §. 120 Note 10. Gegen jene Ansicht spricht die cit. l. 5 §. 6 C. de praeser. XXX. und l. 46 §. 9 C. de ep. et cl. l. 3, Stellen, deren Gewicht durch l. 14 C. de fund. patr. 11. 61 nicht aufgehoben werden kann (vgl. Unterholzner a. a. D. Note 741).

⁸ Dieß ist, wie ich glaube, der wahre Kern der am Schluß der Note 4 erwähnten Regel. Die herrschende Ansicht stimmt damit nicht überein; aber sie verwickelt auch wenigstens diejenigen, welche den in der Note 4 genannten Fall entscheiden, wie dort geschehen, in unerträgliche Schwierigkeiten. Dieselben müssen z. B. annehmen, daß, wenn bei einem Kaufvertrage der Käufer sich ein Rücktrittsrecht vorbehalten habe, sein Anspruch gegen den Verkäufer erst von der Zeit des erklärten Rücktritts an verjähre, während sie den Anspruch aus dem bedingenen Rückkaufsrechte (paetum de retro vendendo) von der Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages oder der Uebergabe der Sache (das Erstere ist gewiß das Richtigere) verjähren lassen. (Dagegen zwar Demelius Untersuch. S. 194 fg., aber nicht überzeugend; vgl. auch Unger §. 116 Note 11). Ferner: wenn ein Darlehn „auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“ gegeben ist, lassen sie die Verjährung sogleich beginnen, wenn „bis acht Tage nach ge-

§. 109.

Nicht jede Nichtausübung des Anspruchs bewirkt, daß er verjährt. Unter gewissen Voraussetzungen findet, trotz dem daß der Anspruch nicht ausgeübt wird, Verjährung nicht Statt. Man sagt: die Verjährung steht still, ruht¹.

1. Die Verjährung läuft nicht, so lange dem Ansprüche eine Einrede entgegensteht. Indem das Recht eine Einrede gegen den Anspruch gewährt, macht es die Geltendmachung desselben selbst unmöglich, und würde daher mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es an die Nichtgeltendmachung desselben einen Nachtheil anknüpfen wollte². Jedoch gilt von diesem Satze eine natürliche

„schonere Kündigung“, erst acht Tage nach geschonener Kündigung, so daß ohne Kündigung ein solches Darlehn noch nach 100 und mehr Jahren zurückgefordert werden kann! „Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Entscheidung „mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch steht“, Unger S. 410; aber „von rein theoretischem Standpunkt“ glaubt dieser Schriftsteller nicht anders entscheiden zu können. Sollte da nicht der „theoretische Standpunkt“ unrichtig sein? Nach der im Texte aufgestellten Regel ist ein solches Darlehn zu behandeln als ein Darlehn, welches nach acht Tagen zurückgefordert werden kann, so daß der Anspruch aus demselben nach acht Tagen zu verjähren beginnt. So auch Wächter II. §. 118 Note 15 und die Urtheile bei Scuff. I. 312. IV. 201. VI. 3. XIII. 6 (welche aber sämmtlich nur von verzinslichen Darlehn sprechen; das letzte nimmt sogar beim unverzinslichen Darlehn ausdrücklich das Gegentheil an). Dagegen namentlich: Thon S. 3 fg., Vangerow Arch. S. 312. Pand. 254, Demelius S. 177, Unger II. §. 120 Note 6. — Nur muß man auch bei der im Texte aufgestellten Regel stehen bleiben, und nicht so weit gehen, auch dann sofortigen Beginn der Verjährung anzunehmen, wenn es in dem Belieben des Berechtigten steht, durch eine Handlung (genauer: eine andere Handlung, als die Erklärung des Willens) den Anspruch entstehen zu machen; dies ist die unrichtige Seite der Regel: *toties praescribitur etc. etc.* Daher beginnt die Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Pfandsache erst mit Tilgung der Schuld (I. 9 § 3 D. de pign. act. 13. 7), nicht sogleich mit Eingabe der Pfandsache. Vgl. Savigny S. 283. 299 fg., Vangerow Pand. I. S. 256, Unger §. 120 Note 5; darüber, mit Berufung auf jene Regel, Unterholzner II. §. 264.

¹ Die Neueren sagen: *praescriptio dormit*.

² Die Neueren sagen: *agere non valenti non currit praescriptio*. Namentlich gehört hierher auch der Fall eines dem Schuldner gewährten, dem Gläubiger bindenden Ausstandes. Gewöhnlich werden noch folgende Fälle besonders hervorgehoben: a) der Fall eines dem Schuldner gewährten Moratoriums,

Ausnahme: der Berechtigte kann sich dann auf die seinem Ansprüche entgegenstehende Einrede nicht berufen, wenn er sie beseitigen könnte, und es ihm zum Vorwurf gereicht, daß er es nicht gethan hat³.

1. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71; b) der Fall, wo ein Erbe mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat: während der für die Errichtung des Inventars ihm gewährten Frist darf er von den Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden, l. 22 §. 11 C. de iuro del. 6. 30; c) der Fall, wo Baumaterial in ein fremdes Gebäude eingebaut ist; so lange dieses Gebäude steht, kann Herausgabe des Baumaterials nicht gefordert werden, §. 29 I. de R. D. 2. 1. Gerade in diesem letzteren Falle aber kommt nach der richtigen Meinung die aufgestellte Regel nicht in Anwendung; Beweis dafür ist, daß durch die Einfügung des Baumaterials auch die Errichtung desselben nicht unterbrochen wird. Das Recht gibt hier für die ausgeschlossene Eigentumsklage Ersatz in einem Entschädigungsanspruch. Vgl. §. 182 Note 13 in der zweiten Hälfte.

³ Die Frage nach der Einwirkung einer dem Anspruch entgegenstehenden Einrede auf seine Verjährung ist noch wenig genügend behandelt. Savigny (V. S. 290) behauptet, daß keine Exception die Verjährung ausschliesse, und darin folgt ihm für die peremptorischen Unger II. S. 410. Die dilatorischen sollen nach dem letzteren die Verjährung dann ausschließen, wenn sie zu beseitigen „nicht in der Macht des Klageberechtigten liegt“; übereinstimmend Vangerow S. 252 Nr. 3. Das ist in der Sache allerdings (Prinz S. 167), trotz des Zeugnis Ungers (a. a. D. Note 7a), ein Mißfall in die Regel: *toties praescribitur etc. etc.* Die im Texte aufgestellte Regel verlangt außer der Macht des Berechtigten auch, daß er die Einrede hätte beseitigen sollen. Danach ist z. B. zu entscheiden bei der Retentionseinrede (der Berechtigte hätte den Gegner für seinen Anspruch befriedigen sollen), bei der Excussioneinrede (daß der Gläubiger den Schuldner nicht belangt hat, war Nachlässigkeit) etc. etc. — In dem gewöhnlich hier besonders hervorgehobenen Fall des Anspruchs aus einem zweiseitigen Vertrage bei Nichterfüllung der eigenen Verpflichtung liegt die Sache n. A. noch anders. Hier ist gar nicht ein an und für sich begründeter Anspruch mit entgegenstehender Einrede vorhanden; der Käufer hat gar nicht an und für sich einen Anspruch auf Lieferung der Kaufsache, er hat nur einen Anspruch darauf, daß die Kaufsache ihm gegen Zahlung des Kaufgelbes geliefert werde. Dieser Anspruch ist existent sogleich mit dem Kaufvertrage, und verjährt von dieser Zeit an (l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19. 1 will nur sagen, daß ohne Zahlung des Kaufpreises die Sache nicht verlangt werden könne). Ebenso hat derjenige, der seinem Gläubiger ein Faustpfand gegeben hat, nicht an und für sich einen Anspruch auf Rückgabe mit entgegenstehender Einrede der nicht getilgten Schuld; derselbe hat aber andererseits auch nicht einen Anspruch auf Rückgabe gegen Tilgung der Schuld in dem Sinne, wie der Käufer einen Anspruch auf Lieferung gegen Zahlung des Kaufgelbes, da seine Verpflichtung zur Tilgung über Schuld nicht das Äquivalent seines Anspruchs auf Herausgabe der Pfandsache bildet. Er hat einfach einen Anspruch auf Rückgabe des Pfandes nach

2. Die rechtliche Unfähigkeit des Berechtigten, seinen Anspruch geltend zu machen, ist im Allgemeinen als Hemmungsgrund für die Verjährung nicht anerkannt, da sie durch die ihm zugeordnete Vertretung wieder aufgehoben wird⁴. Davon sind jedoch für wichtige Fälle Ausnahmen gemacht: es läuft keine Verjährung gegen die Kinder, deren Vermögen der väterlichen Verwaltung und Nutznießung unterworfen ist⁵, keine gegen die Geschlechtsunreifen, und keine unter 30 Jahren gegen die Minderjährigen⁶. Steher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Verjährung des Eigenthumsanspruchs auf Herausgabe einer in fremder Hand befindlichen Dotalsache gegen die Frau erst von der Zeit an zu laufen beginnt, wo die Dos an dieselbe gefallen ist⁷.

3. Factische Hindernisse der Geltendmachung des Anspruchs werden in Betracht gezogen, wo die in §. 104 erwähnte Berechnung der Zeit eintritt. Außerdem wird die Verjährung nur⁸ noch durch feindlichen Einbruch⁹, und bei Ansprüchen der römischen Kirche durch ein Schisma gehemmt¹⁰.

getilgter Schuld, also keinen Anspruch vor getilgter Schuld, einen Anspruch, welchen er zwar hervorrufen kann, sobald er will, aber nicht durch eine einfache Willenserklärung (§. 108 Note 8 a. E.).

⁴ So bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Verschwendern. Unterholzner I. §. 39, Savigny IV. S. 436 fg. Seuff. Arch. XII. 121.

⁵ L. 1. §. 2 C. de ann. exc. 7. 40, l. 4 i. f. C. de bon. quas lib. 6. 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Unterholzner I. §. 34. Seuff. Arch. II. 196.

⁶ L. 3 C. de praeser. XXX. 7. 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. Unterholzner I. §. 35, Paimberger Arch. f. civ. Pr. XXI. S. 229—234, Vangerow I. S. 258. Für die Gleichstellung der Minderjährigen mit den Geschlechtsunreifen im heutigen Recht das Urth. bei Seuff. VII. 143; darüber die Note des Herausgebers und X. 224.

⁷ L. 30 C. de I. D. 5. 12. Die Sache liegt insofern nicht ganz gleich, wie in den zuvor genannten Fällen, weil der Frau vor Anfall der Dos der Anspruch gar nicht zusteht. Aber da sie in denselben eintritt, wie der Mann ihn hatte, so müßte sie eigentlich die dem Manne gegenüber abgelaufene Verjährungszeit auch sich gegenüber anerkennen; dieß schließt die Constitution aus.

⁸ Namentlich nicht durch Unwissenheit des Berechtigten, vgl. l. 12 C. de praeser. l. t. 7. 33, l. 3 C. de praeser. XXX. 7. 39. Savigny III. S. 407 fg. — Eine andere Frage ist, ob gegen den Ablauf der Verjährung nicht Wiedereinführung in den vorigen Stand begehrt werden kann, s. §. 119.

⁹ c. 13. 14. C. 16 qu. 3, c. 10 X. de praeser. 2. 26. Darüber eine besondere Abhandlung von Marejoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 8; Unterholzner I. §. 88, Vangerow I. S. 694.

¹⁰ c. 14 X. eod.

β. Beitablauf.

§. 110.

Die Nichtausübung des Anspruchs, wie sie im Vorhergehenden näher bestimmt worden ist, muß die vorgeschriebene Zeit hindurch gedauert haben. Die Verjährungszeit beträgt regelmäßig 30 Jahre¹. Für einzelne Ansprüche erhöht dieselbe sich auf 40², in einem Falle sogar auf 100 Jahre³; für andere erniedrigt sie sich auf 20, 10, 5, 4 Jahre, 1 Jahr, $\frac{1}{2}$ Jahr, 2 Monate⁴.

¹ L. 3 C. de praeser. XXX. 7. 39, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40. §. 110.

² In 40 Jahren verjähren a) die Ansprüche der Kirchen und der milden Stiftungen, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Nov. 111. 131 c. 6; Unterholzner I. §. 40. 41, Savigny V. S. 354 fg.; b) der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes, unter gewissen Voraussetzungen, l. 7 pr. §. 3 C. de praeser. XXX. 7. 39; c) jeder Anspruch, wenn seine Verjährung einmal durch Prozeß unterbrochen worden, dieser aber liegen geblieben ist, l. 9 C. eod., l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, f. g. Verjährung der Litispensenz. Eine besondere Abhandlung darüber von Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 5. 6 (1829); vgl. außerdem Savigny V. S. 332—336, Wächter Erörter. III. S. 96. 97; Seuff. Arch. II. 127. III. 2. VI. 5. Einige, auch solche, welche die Unterbrechung der Verjährung früher eintreten lassen, verlangen für diese neue 40jährige Verjährung, daß der Prozeß bis zur Litiscontestation geblieben sei, indem sie auf dieselbe im Sinne des Justinianischen Rechtes die in §. 107 Note 5 genannten Stellen beziehen, in welchen gesagt wird, daß die Litiscontestation die Ansprüche gegen den Einfluß des Zeitablaufes sichere, Puchta §. 96. f., Schirmer zu Unterh. I. §. 124 Note 425a a. E. S. dagegen Wächter Erörter. III. S. 97. — Nicht gehören hierher, wie von Einigen behauptet wird, die Ansprüche der Städte (L. 23 C. de sa. eccl. 1. 2, Nov. 111); Unterholzner I. §. 45, Savigny V. S. 359, Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 6; Seuff. Arch. III. 297. XLI. 7 (s. aber auch III. 137). Ebenfowenig die des Fiscus; Unterholzner I. §. 46, Savigny V. S. 359, Seuff. Arch. III. 296.

³ Für die Ansprüche der römischen Kirche, welche sonst in 10, 20 oder 30 Jahren verjähren würden, Auth. *Quas actiones* ad l. 23 C. de sa. eccl. 1. 2, c. 17 C. 16 qu. 3, c. 13. 14. 17 X. de praeser. 2. 26, c. 2 eod. in VI^o 2. 13. Unterholzner I. §. 42, Savigny V. S. 257. 258.

⁴ S. die Aufzählungen bei Börschen Civiltrecht I. §. 250 und Böcking Grundr. S. 57. 58. Hervorzuheben sind, als von allgemeinerer Natur, folgende Bestimmungen. In 20 Jahren verjähren die Ansprüche des Fiscus aus besonderen fiscalischen Rechten, l. 13 pr. D. de div. temp. praeser. 44. 3, l. 2 §. 1 — l. 4 §. 1 D. de requir. 48. 17, l. 1 §. 3 D. de I. F. 49. 14 (Ausnahmen: l. 1 C. de quadr. praeser. 7. 37, l. 2 C. de vect. 4. 61). In Einem Jahre

Während dieser Zeit muß die Nichtausübung des Anspruchs ununterbrochen fortgedauert haben. Jede Unterbrechung der Nichtausübung unterbricht auch die Verjährung⁵, in der Weise, daß alle bis dahin abgelaufene Zeit der Nichtausübung unschädlich geworden ist, und eine fernere Verjährung neu begonnen werden muß⁶.

Die Verjährungszeit braucht nicht zwischen denselben Personen abzulaufen. Wenn durch Rechtsnachfolge in den Anspruch ein anderer Berechtigter oder Verpflichteter eintritt, so wird dadurch der Anspruch kein anderer, und deswegen läuft auch seine Verjährung ungestört weiter. Aber auch wenn bei dem Wechsel der Personen die Identität des Anspruchs nicht erhalten bleibt, kann es vorkommen, daß in die Verjährung des jetzt bestehenden Anspruchs die Verjährung des früher dagewesenen eingerechnet werden darf. Es ist dieß dann der Fall, wenn die Sache, auf welche ein dinglicher Anspruch begründet ist, durch Rechtsnachfolge an einen andern Besitzer gelangt⁷.

γ. Redlichkeit des Verjährenden*.

§. 111.

Nach römischem Recht setzt die Anspruchsverjährung Redlichkeit (guten Glauben) des Verjährenden, d. h. Unkenntniß von

verjähren die aus dem prätorischen Rechte stammenden Delictansprüche, auch die auf Schadenersatz, welche Regel jedoch nicht unbedingt wahr ist; Savigny V. S. 353, Puchta §. 91 Note f.

⁵ Vgl. §. 107 Note 1.

⁶ Eine Hemmung der Verjährung (§. 109) bewirkt nur, daß eine gewisse Zeit als Verjährungszeit nicht gerechnet wird; nach Aufhören der Hemmung läuft aber die alte Verjährung fort (wenn nämlich eine Verjährung bereits begonnen hatte), es beginnt nicht eine neue.

⁷ Dafür spricht die Analogie der Erstgung und l. 7 §. 1. 2 i. f. C. de praeser. XXX. 7. 39. L. 8 §. 1 C. eod. ist von einem Falle zu verstehen, wo die Sache ohne Rechtsnachfolge an einen neuen Besitzer gelangt ist. Vgl. Savigny V. S. 362—364, Dernburg (der ältere) Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 12 (1851), Wächter II. S. 815, Demelius Unterf. S. 95 Note 15, Bekker Jahrb. d. gem. R. IV. S. 199. — Uebrigens unterscheidet man gewöhnlich zwischen den im Text genannten Fällen nicht, und spricht in beiden von accessio temporis, von welcher doch nur im zweiten Falle geredet werden darf.

* Unterholzner I. §. 92, Müllenthiel über die Natur des guten

dem gegen ihn begründeten Anspruch, entschieden nicht voraus. Das Gegentheil ist im canonischen Recht bestimmt¹, jedoch nicht für alle Ansprüche, sondern nur für diejenigen, welche auf Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen fremden Sache gehen².

c. Wirkung der Anspruchsverjährung.

§. 112.

Die Verjährung hebt den Anspruch auf. Nicht an und für sich: an und für sich fährt er fort zu bestehen; aber durch Begründung einer ihn ausschließenden Einrede¹.

(Glaubens bei der Verjährung §. 19—31 (1820), Gilbenbrand de bona fide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem haud necessaria (1843), ders. Geschichte der Bestimmungen des canon. R. bei der Erstgung und Klageverjährung, Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 2 (1853).

¹ Nach Gratian trägt das reine römische Recht vor (c. 15 C. 16 qu. 3). §. 111. Dagegen zwei untergeschobene canones, die im Corp. iur. can. als c. 3 u. 5 X. de praeser. 2. 26 stehen; ihr Inhalt wurde durch das 4. lateranensische Concil (c. 20 X. eod.) bestätigt. Gilbenbrand a. a. O.

² Seuff. Arch. VI. 3. VII. 4. XI. 6. 266. Die früher herrschende Meinung (f. Savigny §. 244 l., Gilbenbrand im Arch. S. 45) bezog die genannten Stellen auf die Verjährung der Ansprüche überhaupt, obgleich sie nur von Ansprüchen gegen Besitzer fremder Sachen reden (vgl. auch Gilbenbrand im Arch. S. 48); sie wird von neueren Schriftstellern nicht mehr vertheidigt. Es ist aber unter denselben Streit darüber, ob unter diesen Ansprüchen gegen Besitzer fremder Sachen (genauer: Ansprüchen gegen Besitzer von Sachen, an welchen einem Andern ein dingliches Recht zusteht, Savigny S. 337) bloß dingliche, oder auch persönliche (z. B. aus dem Mietvertrage) zu verstehen seien. Man wird sich für die letztere Meinung erklären müssen, da ein genügender Grund für die Beschränkung jener Stellen gegen ihren Wortlaut nicht vorliegt. Auch steht auf dieser Seite die Mehrzahl der Schriftsteller, Unterholzner, Müllenthiel, Savigny, Gilbenbrand an den angef. Orten, Sintonis I. S. 293, Wächter §. 118 Note 23, Arnolds §. 109; für die erstere Meinung sind Puchta §. 99 aa., Brinz I. S. 172. Entschieden unrichtig, und namentlich in Widerspruch mit der Geschichte dieser Bestimmung (Gilbenbrand a. a. O.) ist eine vierte Meinung, welche dieselbe gar nicht auf die Anspruchsverjährung, sondern nur auf die Erstgung, für welche das Erforderniß fortbauender guten Glaubens habe eingeführt werden sollen, bezieht (Kieruff S. 208. 209, Seuffert Erörterungen S. 133 fg., Seuff. Arch. I. 6 (vgl. XIV. 203), I. 403. VII. 4. XII. 245. XIII. 80). Vgl. auch Savigny V. S. 332—334, Schirmer zu Unterf. I. S. 310 Note*.

¹ Um so weniger darf behauptet werden, daß der Richter auf die Anspruchs- §. 112.

Mit der Beseitigung des Anspruchs ist nicht nothwendigerweise auch das ihm zu Grunde liegende Recht beseitigt. In dieser Beziehung ist wieder zu unterscheiden zwischen dinglichen und persönlichen Rechten. Das persönliche Recht geht in dem Anspruch auf, es besteht in dem Anspruch; der Untergang des Anspruchs ist also auch sein Untergang. Dagegen geht das dingliche Recht in dem Anspruch, welcher aus demselben gegen eine bestimmte Person erwachsen ist, nicht auf; dieser Anspruch ist nur eine Aeußerung desselben, der eigentliche Inhalt des Rechts besteht in der Beherrschung der Sache, und dieser Inhalt dauert auch nach Beseitigung jenes Anspruchs im Uebrigen ungeschmälert fort². — Wenn vielfach behauptet wird³, daß die Verjährung des obligatorischen An-

verjährung von Amts wegen Rücksicht nehmen dürfe. So auch die gemeine Meinung, Unterholzner I. §. 138, Bayer Vorträge S. 622, Bopp im Arch. f. civ. Pr. XLII. S. 107—109. Dagegen Pfeiffer pract. Ausführungen I. Nr. 2 S. 10 fg. VII. Nr. 2 S. 17 fg. Zwischen der alten und neuen Verjährung will unterscheiden Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. IX. S. 104 fg.

² Kommt daher nach Verjährung des Eigenthumsanspruchs die Sache in den Besitz eines Andern, der nicht Rechtsnachfolger desjenigen ist, welcher die Verjährung gegen den Anspruch vollendet hat, so kann der Eigenthümer sie zurückfordern, als wenn gar keine Verjährung gegen ihn abgelaufen wäre; I. 8 §. 1 O. de praeser. XXX. 7. 39.

³ Namentlich von Savigny Syst. V. §. 248—251, Obl. R. I. S. 96—98, außerdem unter den Neueren von Franke civil. Abhandlungen Nr. 2 (1826), Guypet Arch. f. civ. Pr. XI. 5 (1828), Puchta Instit. II. S. 410—412, Pand. §. 96, Vorles. dazu mit Beil. VI, und von den in der folgenden Note Genannten. Die entgegenge setzte Meinung ist am Ausführlichsten vertheidigt worden von Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 1 (1832, 2. Aufl. 1847 mit Anh.); f. außerdem Föhr Arch. f. civ. Pr. X. 2 (1827), Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 22 (1828), Vermehren das. II. 9 (1829), Kierulff S. 210 fg., Sintenis I. S. 294 fg., Wächter II. §. 119, Wangerow I. §. 151 Anm., Dahn über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obl. (1855), Keller Jahrb. d. gem. R. IV. 14 (1860), Schwaneert die naturalis obligatio §. 22 (1861; die beiden letzteren Schriftsteller lassen aber nach der Verjährung außer dem Pfande [s. Note 5] auch den Bürgen fortkommen); Seuff. Arch. IX. 253 (vgl. II. 163, XIII. 8). Eine mittlere Meinung unterscheidet zwischen der alten und der theodosischen Verjährung; jener schreibt sie die stärkere Wirkung zu, dieser die schwächere. So Unterholzner Schulverb. I. S. 528, Brinz I. S. 164. 165, während Demelius Unterjuch. S. 64. zwar der alten Verjährung mit Bestimmtheit die stärkere Wirkung beilegt, in Betreff der späteren aber die Frage offen läßt. Dagegen namentlich Bekker a. a. O. S. 424 fg.

pruchs das obligatorische Recht nicht vollständig, sondern nur in dem Maße beseitigt, daß eine natürliche Verbindlichkeit mit den ihr eigenthümlichen Rechtswirkungen übrig bleibe⁴, so fehlt es dieser Ansicht an der gehörigen Begründung⁵.

⁴ Man schreibt der *s. g. naturalis obligatio* alle Rechtswirkungen zu, welche überhaupt einer Obligation zukommen, mit Ausnahme des Klagerrechts. Das Richtige ist, daß sie alle diese Rechtswirkungen haben kann, ohne sie nothwendigerweise haben zu müssen. Unter den Vertheidigern der schwächeren Wirkung finden sich denn auch Solche, welche wenigstens keine Gegenrechnung gegen Forderungen des Schuldners nach vollendeter Verjährung mehr zulassen wollen, so Mühlenthaler II. §. 481, Unterholzner Verjähr.-Lehre I. §. 258, Schuldverhältnisse I. §. 247.

⁵ Diese Ansicht hat zwei Hauptquellen, welche sich freilich nicht bei allen ihren Vertheidigern in gleicher Weise geltend machen, welche ihr aber abgegraben werden müssen, wenn sie nicht immer wiederkehren soll. 1. Man sagt: es verjährt ja nur die Klage; also bleibt das Recht, insofern es ohne Klage bestehen kann, unberührt. Dieses Argument trifft uns nicht, die wir in der actio nicht die Klage, sondern den Anspruch sehen; vgl. Windeisch die Actio S. 38—41. Die Widerlegung derjenigen, welche von Klagenverjährung reden, kommt auch hier wieder (vgl. §. 108 Note 4) auf dasselbe hinaus. 2. Es ist nicht zu leugnen, daß das natürliche Rechtsgefühl die verjährte Schuld nicht weniger als Schuld anerkennt; der rechtliche Mann erfüllt sie, obgleich sie verjährt ist. Es ist auch wahr, daß die *naturalis obligatio* des römischen Rechts gerade die auf dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation ist (s. das Obligationenrecht). Aber es ist nicht wahr, daß jede auch dem natürlichen Rechtsgefühl beruhende Obligation auch von dem positiven Recht wenigstens bis zu einer gewissen Grenze anerkannt werde (I. 25 §. 11 D. de H. P. 5. 3). — Unter dem, was an Quellenzugnissen für die hier verworfene Meinung beigebracht worden ist, hat bei Weitem den meisten Schein, daß die Verjährung des persönlichen Anspruchs den Pfandanspruch nicht aufhebt (I. 7 C. de praeser. XXX. 7. 39, vgl. I. 2 C. de lit. pign. 8. 31). Aber der Pfandanspruch kann bestehen auch ohne eine außer ihm liegende Forderung, er kann seine Forderung in sich selbst tragen; das römische Recht hat das in solchen Fällen anerkannt, wo die durch das Pfandrecht verstärkte Obligation ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist (I. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, I. 59 pr. D. ad S. C. Treb. 36. 1, I. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3), theoretisch aber durch die Annahme vermittelt, daß eine *naturalis oblig.* übrig bleibe („*romanet propter pignus naturalis obligatio*“, I. 59 pr. cit.); es wird also nicht Fortdauer des Pfandrechts wegen der nat. obl., sondern Fortdauer der nat. obl. wegen des Pfandrechts, und nicht weiter, angenommen. Dieß gegen Savigny V. S. 391 fg., Brinz S. 164 unt. Vgl. §. 225. — Wenn man nach den Gründen für die hier vertheidigte Ansicht fragt, so ist zu antworten, daß ein besonderer Beweis für dieselbe nicht geführt zu werden braucht; denn es ist eine entscheidende Anomalie, wenn eine zerstörende Einrede nicht die ganze

Mit der hier zuletzt behandelten Frage steht eine andere in unmittelbarem Zusammenhange, die nach der Verjährbarkeit der Einreden⁶. Einreden als solche sind der Natur der Sache nach der Verjährung nicht unterworfen, da der Berechtigte sie nicht geltend machen kann, wann er will, sondern zu diesem Ende die Erhebung des Anspruches abwarten muß⁷. Einreden können daher nur in der

Obligation wegnimmt (Wächter II. §. 119 Note 2). Sie ist also als die richtige anzunehmen, bis ein Gegenbeweis gegen dieselbe geführt ist, und dieser kann nicht geführt werden. Was den aus der Fortdauer des Pfandrechts gezogenen Beweis angeht, s. zuver: gegen die Argumentation aus l. 19 pr. 1. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6 f. Savigny selbst S. 375 fg.; gegen seine Berufung darauf, daß die Einrede der Verjährung auf dem positiven Rechte, nicht auf dem *ius gentium* beruhe (S. 377 fg.), spricht die exc. 80¹ Velleiani, der gegenüber Savigny sich nur durch Annahme einer Ausnahme zu helfen weiß, und die *ex. legis Cincias* (Vat. Fr. §. 266); wenn man endlich geltend macht, daß Exceptionen nicht verjähren, so hat dieser Satz nicht den Sinn, daß auch das den Exceptionen zu Grunde liegende Recht nicht durch Verjährung verloren werden könne. Von der anderen Seite ist zuzugeben, daß die für die hier gebilligte Ansicht angeführten Quellenzeugnisse einen vollkommen entscheidenden Beweis für dieselbe nicht enthalten, weder diejenigen, in denen es heißt, daß durch Ablauf der Zeit Befreiung des Schuldners oder Beendigung der Obligation eintrete (l. 10 pr. D. si quis caut. 2. 11, l. 8 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 9 §. 3 D. de iurei. 12. 2, l. 1 §. 3 D. quando de pec. 15. 2, l. 1 §. 7 D. de contr. tut. act. 27. 4, l. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 §. 2 D. de fidei. 46. 1 n. a. m.), weil es bei diesen Stellen theils nicht sicher ist, daß sie von der Verjährung handeln, jedenfalls aber mit ihrem Ausdruck Fortdauer einer *naturalis obl.* verträglich ist, — noch l. 37 D. de fidei. 46. 1, l. 38 §. 4 D. de sol. 46. 3, l. 25 §. 1 D. ratam. rom. 46. 8, bei denen ebenfalls die Beziehung auf eine sonstige Zeitwirkung immerhin möglich bleibt (für l. 37 cit. gibt noch eine andere Erklärung Savigny S. 397 fg.). Dieses letztere Argument haben Unterholzner Verjährungslehre II. S. 298 und Buchta Vorles. I. S. 471 auch gegen l. 18 §. 1 D. de pec. const. 13. 5 geltend zu machen gesucht; Andere geben, wie es kaum anders möglich ist („temporali actionis obligatum“), zu, daß derselbe von der Verjährung handle. Ist dieß aber der Fall, so will auch die Möglichkeit nicht einleuchten, wie ihr gegenüber die schwächere Wirkung zu halten ist (unbefriedigende Versuche s. bei Savigny S. 401. 402, Schirmer zu Unterh. S. 294, vgl. Demelius Unterh. S. 74 fg.; die neueste Stimme darüber Bruns Zeitschr. f. Rechts- gesch. I. S. 71—73.

⁶ Sommer rechtswissenschaftliche Abhandlungen (Gießen 1818) S. 1—52, Unterholzner I. S. 156—160, Pfeiffer pract. Ausführungen III. S. 73—82, VII. S. 313—330, Savigny V. 253—255, Sintenis I. S. 314—317, Unger II. S. 510—513, Keller §. 92.

⁷ L. 5 §. 6 D. de doli exc. 44. 4: — „cum actor quidem in sua potestate

Weise durch Verjährung beseitigt werden, daß das Recht verjährt, auf welchem sie beruhen, und zwar ohne eine natürliche Verbindlichkeit übrig zu lassen; denn eine Einrede kann ohne Zweifel auch auf Grund einer natürlichen Verbindlichkeit erhoben werden. Nach der hier vertretenen Ansicht wird also durch die Verjährung eines Anspruches auch die Möglichkeit beseitigt, denselben einredeweise geltend zu machen. Jedoch ist wohl zuzusehen, ob es auch wirklich nur der verjäherte Anspruch ist, welcher die Einrede begründet; hat dieselbe neben dem Anspruch eine selbständige Existenz, so wird sie natürlich von der Verjährung desselben nicht berührt⁸.

3. Die unvordenkliche Verjährung*.

§. 113.

Eine unvordenkliche Verjährung liegt da vor, wo ein Zustand seit Menschengedenken bestanden hat¹. Daß ein solcher Zustand

habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur¹.

⁸ Savigny a. a. O. behauptet ohne Grund, daß wenn neben einem Anspruch eine Einrede anerkannt sei, dieselbe immer eine selbständige Existenz habe. Vgl. Unger II. §. 125 Note 44—46, Brinz S. 171. Beispiele: die Einrede des Betruges hat neben dem Anspruch aus dem Betruge auf Schadensersatz eine selbständige Existenz, daher l. 5 §. 6 D. de doli exc. 44. 4 (vgl. Windscheid die Actio re. S. 44 Note 5, aber auch Savigny S. 431 unt.); dagegen ist die Einrede desjenigen, der eine fehlerhafte Sache gekauft hat (l. 59 D. de aed. ed. 21. 1) nur darauf gegründet, daß er Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann. Die Durchführung dieser Unterscheidung ist übrigens das Schwierige in dieser Lehre. Wenn die s. g. *exceptio non adimpleti contractus* überhaupt eine Einrede ist (vgl. §. 109 Note 3), so hat auch sie ohne Zweifel eine selbständige Existenz; sie gründet sich nicht darauf, daß der Gegner seinerseits leisten müsse, sondern darauf, daß er nicht einen Anspruch schlechthin, sondern einen Anspruch gegen eine Gegenleistung erworben habe. Ueber l. 5 und 6 C. de exc. 8. 36 f. Savigny S. 432—435.

* Unterholzner I. S. 140—150, Pfeiffer pract. Ausführungen II. I (1828), Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1835), Arnolds Beiträge I. 3 (1837), Savigny IV. §. 195—201 (1841), Buchta der unvordenkliche Besitz (1841), Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1845), Pfeiffer pract. Ausführungen VII. 8 (1844).

¹ — „cuius origo memoriam exessit“ l. 3 §. 4 D. de aqua quot. 43. 20; §. 113.

nicht weiter angefochten werden dürfe, ist in einzelnen Anwendungen bereits im römischen Rechte anerkannt²; das canonische Recht faßt die unvorventliche Verjährung auf als allgemeine Ergänzung der ordentlichen Verjährung für solche Fälle, wo deren Bedingungen nicht vorliegen³, und in diesem Umfange ist das Institut durch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht um so bereitwilliger anerkannt worden, als sich im älteren deutschen Rechte ähnliche Ideen finden⁴.

Die unvorventliche Verjährung sanctionirt alle Zustände der Rechtsausübung und Rechtsnichtausübung (der Freiheit von einer Last)⁵. Sie setzt voraus, daß der betreffende Zustand ununterbrochen so lange bestanden habe, wie das Gedenten der jetzt lebenden Generation reicht. Dieses Gedenten beruht aber nicht

— „an operis facti memoria exstat“ l. 28 D. de prob. 22. 3; — „cuius memoria non exstat“ l. 2 §. 7 cf. §. 1. 3. 4. 5. 8 D. de aqua et aquae 39. 3; — „cuius contrarii memoria non exstat“ c. 1 de praescr. in V10. 2. 13.

² Das römische Recht gebraucht dabei den Ausdruck *vetustas*. L. 1 §. 23 l. 2 pr. §. 1. 3. 5. 7. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, — l. 26 eod., l. 3 §. 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 7. C. de serv. 3. 34, — l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. 43. 7. Gegen die Beziehung der *vetustas* auf die Unvorventlichkeit hat sich erklärt Schmidt von Zimenau civil. Abhandl. S. 173 fg. 186 fg. 195.

³ Es wendet auch bereits den Ausdruck *praescriptio* auf dieselbe an. C. 1 de praescr. in V10. 2. 13; f. auch l. 26 X. de V. S. V. 40.

⁴ Gegen die Herleitung des Institutes aus dem altgermanischen Rechte (Buchta, Friedländer) f. Pfeiffer Zeitschr. f. deutsches R. VIII. 1. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. §. 66 Note 4, Beseler deutsch. Privatr. I. S. 269—262. — Anwendungen in Reichsgesetzen: A. B. c. VIII. §. 1. 2. c. XXVIII. §. 5, R. A. 1548 §. 56. 59. 64, R. A. 1576 §. 105.

⁵ Die Ansicht Savigny's, welcher die unvorventliche Verjährung auf Rechte von publicistischem Character beschränken will (IV. S. 484. 510. 513), hat in der Theorie wenig Anklang gefunden (vgl. Friedländer II. S. 67 fg.), und auf die Praxis geringen Einfluß ausgeübt; ihr folgt ein Erl. bei Seuff. IV. 112, f. dagegen das. V. 250. VI. 144. IX. 120. Umgekehrt wird sie gerade bei solchen Rechten für unanwendbar erklärt in dem Erl. bei Seuff. I. 70. — Ueber die Anwendung der unvorventlichen Verjährung auf Befreiungen f. Pfeiffer II. S. 15. 16. VII. S. 178; Seuff. Arch. I. 171. V. 55. — Die unvorventliche Verjährung ist auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse, insofern bei denselben eine dauernde Ausübung möglich ist, anwendbar. Seuff. Arch. VII. 5. 269. XIII. 127; dagegen I. 183. Vgl. Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 8. (1855). — Ueber die f. g. *res merae facultatis* f. Pfeiffer II. S. 17—20. 107. VII. S. 188—193.

bloß auf eigener Wahrnehmung, sondern auch auf den Verächten, welche die jetzt Lebenden von den bereits Gestorbenen vernommen haben. Der Beweis der unvorventlichen Verjährung ist also auf ein Doppelles zu richten: 1) darauf, daß die jetzt lebende Generation den betreffenden Zustand nur als bestehenden gekannt hat, 2) darauf, daß sie auch von ihren Vorfahren nicht das Gegentheil gehört habe⁶. Als gehörig qualificirte Repräsentanten der jetzt lebenden Generation aber läßt man in der Praxis schon solche Personen zu, deren Erinnerung wenigstens die letzten 40 Jahre umfaßt⁷. Dieser Beweis kann nicht durch den Gegenbeweis beseitigt werden, daß der betreffende Zustand zu irgend einer Zeit nicht bestanden habe, was für alle Zustände ohne Weiteres sicher ist⁸, wohl aber nach einer in Theorie und Praxis durchaus feststehenden Annahme durch den Gegenbeweis, daß der betreffende Zustand zu irgend einer Zeit einen solchen Anfang genommen habe, welcher ein Recht zu begründen nicht im Stande ist⁹.

⁶ L. 2 §. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 28 D. de prob. 22. 3. Ueber die letztere Stelle vgl. Savigny IV. S. 518. 535, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. IV. S. 301—305. Ueber den negativen Theil des Beweises überhaupt f. Pfeiffer II. S. 27. 28 §. 10. 11. VII. §. 10. 11; Seuff. Arch. I. 172.

⁷ Dieß ist angenommen worden mit Rücksicht auf c. 1. de praescr. in V10. Unterholzner §. 148, Pfeiffer II. S. 21. 22. 36—38. VII. S. 193. 194, Savigny S. 520; Seuff. Arch. III. 416. XI. 12. XIV. 9; XIV. 205. — Beweis durch andere Beweismittel als Zeugen: Pfeiffer II. §. 14. 15. VII. §. 14. 15; Seuff. Arch. VII. 6. IX. 121. XI. 12.

⁸ Ueber den Gegenbeweis überhaupt Pfeiffer II. §. 16—18. VII. §. 16—18.

⁹ Unterholzner I. §. 150, Pfeiffer VII. S. 242—245 (II. S. 70. 71), Savigny S. 351 fg. und die dort citirten Aelteren; Seuff. Arch. XI. 12. Ist diejenige Auffassung der unvorventlichen Verjährung richtig, welche als die herrschende bezeichnet werden kann (Arndts a. a. D., Savigny IV. 201., darüber namentlich Pfeiffer II. §. 19. VII. §. 19. 20, vgl. Unterholzner §. 147, Buchta §. 77 f. a. E., Beseler deutsch. Privatr. I. S. 264), wornach sie nicht sowohl selbst den Rechtszustand begründet, als den Beweis seiner Begründung ersetzt, so ergibt sich der im Texte aufgestellte Satz als unmittelbare Consequenz. Aber auch diejenigen nehmen ihn an, welche diese, allerdings problematische, Auffassung nicht theilen.

V. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*.

A. Begriff und Wesen.

§. 114.

Juristischen Thatsachen kann aus bestimmten Gründen die ihnen an und für sich zukommende rechtliche Wirkung durch richterlichen Spruch wieder entzogen werden. Für besondere juristische Thatsachen gelten in dieser Beziehung besondere Grundsätze¹; es gibt aber auch Grundsätze über die Wiederaufhebung rechtlicher Wirkungen durch richterlichen Spruch, welche sich auf die juristischen Thatsachen überhaupt beziehen. Diese Grundsätze bilden die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand².

Das charakteristische der Wiedereinsetzung i. d. v. St. besteht zunächst darin, daß einer juristischen Thatsache die rechtliche Wirkung, welche sie ausgeübt hat, wieder entzogen wird³. Diese

* Das Hauptwerk über diese Lehre ist immer noch: Dürcharbi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Außerdem sind zu bemerken: v. Schröder über Wesen und Umfang der in *integrum restitutio*, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 3 (1833), Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des r. R. S. 216—307 (1834), Savigny VII. §. 317—343; Wächter II. §. 124—127, Bangerow I. §. 175—188.

§. 114. ¹ Dahin gehören namentlich die *honorum possessio contra tabulas* und die *querela inofficiosi testamenti*.

² Der römische Ausdruck ist in *integrum restitutio* oder *integri restitutio*. Die Wortfolge *restitutio in integrum* ist äußerst selten. Savigny VII. §. 315 a.

³ Wenn man, wie gewöhnlich geschieht, bei der Betrachtung der Wiedereinsetzung davon ausgeht, daß sie die Wiederherstellung eines früheren Zustandes sei, so muß man scharf urteilen, daß unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei Herstellung eines gleichen Zustandes, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung des identischen früher dagewesenen, was eben nur durch Negation der Abänderung (der abändernden Kraft) möglich ist. Macht man diese Unterscheidung nicht, so ist jener Ausgangspunkt verwirrend; es stellt sich dann von ihm aus Vieles als zur Wiedereinsetzung gehörig dar, was nichts mit ihr gemein hat, und erst mit Mühe wieder entfernt werden muß. Namentlich die Keitern wußten eine große Menge von uneigentlichen Restitutionen zu nennen. Man muß sich nur wundern, daß sie zur Wiedereinsetzung nicht auch den Fall rechneten, wenn der Erwerber einer Sache das Eigenthum derselben aus irgend einem Grunde dem früheren Eigentümer

Thatsache ist unter Umständen eingetreten, unter denen das Recht es nicht zulassen zu können glaubt, daß sie die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung ausübe⁴. Statt ihr aber diese Wirkung selbst abzusprechen, überläßt es das — und darin liegt die zweite Eigenthümlichkeit der Wiedereinsetzung — dem Richter, und sichert sich damit eine erschöpfende Beachtung der besonderen Momente des einzelnen Falles⁵. — Ein anderer Weg,

überträgt; auch in diesem Falle liegt — in jenem vagen Sinne — die Wiederherstellung eines früher dagewesenen Zustandes vor. Den hier getabelten Standpunkt theilt noch Dürcharbi §. 1. — Richtig ist allerdings, daß der Sprachgebrauch der Quellen kein ganz strenger ist, daß sie die Ausdrücke in *integrum restituere*, in *integrum restitutio* zuweilen auch für andere Wiederherstellungen früherer Zustände, als diejenigen, um welche es sich hier handelt, gebrauchen. Vgl. l. 58 D. de pactis 2. 14, l. 1 §. 9. 10 D. de post. 3. 1, l. 1 §. 2 D. ad leg. Jul. de ambitu 48. 14, l. 1 C. de sent. passis 9. 51 und die Stellen in Note 6.

⁴ Man pflegt jetzt zu betonen, daß die Wiedereinsetzung ihren Grund in der Reaction der Gerechtigkeit gegen die Härten des bestehenden Rechtes habe, vgl. namentlich Buchta Instit. II. §. 177. Es ist das ohne Zweifel richtig; aber ich glaube nicht, daß damit etwas der Wiedereinsetzung Eigenthümliches bezeichnet ist. Die in *integrum restitutio* §. 9. D. der Minderjährigen ist eingeführt worden, weil es unbillig erschien, daß der Minderjährige durch seine Rechtshandlungen in Nachtheil komme; aber auch die *exceptio SCi Velleiani* ist aus keinem anderen Grunde eingeführt worden, als weil es unbillig erschien, daß die Frau durch ihre Bürgschaften zc. in Nachtheil komme. Daß der Schutz der Minderjährigen durch das prätorische Edict eingeführt worden ist, der Schutz der Frauen durch eine civilrechtliche Quelle, rechtfertigt nicht die Annahme, daß es sich in jenem Falle mehr, als in diesem, um die Realisirung dessen gehandelt habe, was dem geltenden Recht gegenüber als die höhere Gerechtigkeit erschien. Denn auch der Prätor ist Organ der Rechtsordnung. Aber auf diesem Wege wurde Dürcharbi (S. 3) ganz consequent zu der Annahme gedrängt, daß die in *integrum restitutio* eine Sache nicht des Rechts, sondern der Gnade sei. S. dagegen Schröder S. 169 fg. Vgl. aber auch Savigny S. 117.

⁵ Daß sich der römische Prätor bei der Ertheilung der in *integrum restitutio* eine besondere Freiheit des Ermessens vorbehalten habe, geht aus l. 3 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 1 §. 1 D. de min. 4. 4 hervor, und darauf beruht es auch, daß die i. i. r. ein *extraordinarium auxilium* genannt wird (l. 16 pr. D. de min. 4. 4). Ebenso wahr ist freilich, daß bereits der spätere römische Richter eine ganz andere Stellung einnahm (vgl. namentlich Savigny §. 317). Daher „muß bei unbefangener Betrachtung eingeräumt werden, daß dieses Institut des römischen Rechts weniger, als die meisten anderen, einen inneren Grund des Fortbestehens und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt“ (Savigny S. 113).

welchen das Recht hier einschlagen kann, ist der, daß es dem durch das Eintreten der rechtlichen Wirkung Benachtheiligten gegen denjenigen, zu Gunsten dessen sie eingetreten ist oder jetzt besteht, einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gibt. Die Verwechslung dieses Falles mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt nahe; der Unterschied ist aber der, daß in demselben die Herstellung des früheren Zustandes, wenn sie auch durch richterlichen Spruch erzwungen werden kann, immerhin nicht durch richterlichen Spruch, sondern durch Privatthätigkeit erfolgt, und nicht dadurch, daß der Thatsache, auf welcher der bisher dagewesene Zustand beruht, ihre wirkende Kraft entzogen wird, sondern dadurch, daß das von ihr Gewirkte durch die Erzeugung einer anderen rechtlichen Wirkung verdrängt wird (vgl. Note 3). Es handelt sich in diesem Falle um obligatorische Ansprüche gewöhnlicher Art, die sich von anderen obligatorischen Ansprüchen nur durch ihren Inhalt unterscheiden⁶; ihre nähere Betrachtung gehört in das Obligationenrecht⁷.

⁶ Ihr Inhalt ist ein restituere; aber es findet bei ihnen keine in integrum restitutio statt. Doch gebrauchen einzelne Stellen der Quellen bei ihnen selbst diesen letzteren Ausdruck (l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. 23 §. 7 D. de aed. ed. 21 1, l. 10 C. de resc. vend. 4. 44, vgl. l. 10 §. 22 D. quae in fraud. cred. 42 8). S. Savigny S. 103 fg.

⁷ Was die Stellung der Wiedereinsetzung im Systeme angeht, so weisen Viele (so namentlich Savigny, Puchta, Arndts, Sintenis) derselben ihren Platz in dem s. g. allgemeinen Actionenrecht, in der civilrechtlichen Lehre von der processualischen Hilfe, an. Das ist gewiß nicht richtig, schon deswegen nicht, weil es sich hier nicht um die allgemeinen Grundsätze für die processualische Hilfe überhaupt, sondern um die speciellen Grundsätze für eine processualische Hilfe sehr bestimmten Inhalts handelt; aber auch deswegen nicht, weil für die Wiedereinsetzung der richterliche Spruch, welchen sie erfordert, erst in zweiter Linie charakteristisch ist, in erster aber, daß durch sie juristischen Thatsachen ihre wirkende Kraft wieder entzogen wird. Andere behandeln die Wiedereinsetzung in einem besonderen Kapitel des allgemeinen Theils (z. B. Dagerow), oder als Anhang zu dem genannten Rechtssystem (z. B. Heise, Senffert). Auch damit geschieht ihrem Wesen nicht Gerechtigkeit. Sie gehört in der That in die allgemeine Lehre von den juristischen Thatsachen, deren Wirkungen sie cassirt. Bezüge sie sich bloß auf Rechtsgeschäfte, so würde sie in die Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte zu stellen sein; da sie über dieselben hinausgeht (§. 115 Note 8), so ist ihr Platz an diesem Orte. Man kann sagen: es gibt eine Ungültigkeit nicht bloß der Rechtsgeschäfte, sondern auch der juristischen Thatsachen überhaupt, und die Form derselben ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

B. Voraussetzungen.

1. Eine benachtheiligende rechtliche Wirkung.

§. 115.

Die erste Voraussetzung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist, daß überhaupt eine rechtliche Wirkung eingetreten sei. Ist eine rechtliche Wirkung gar nicht eingetreten, so ist für die Wiedereinsetzung kein Raum. Aber auch dann ist für dieselbe kein Raum, wenn eine rechtliche Wirkung zwar an und für sich eingetreten ist, aber das Recht selbst gegen dieselbe in anderer Weise erschöpfenden Schutz gewährt¹.

1 — „nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium“, l. 16 pr. D. de min. 4. 4. Als Beispiele werden in dieser Stelle und den folgenden §§. obligatorische Ansprüche angeführt, welche entweder nichtig sind, oder doch von der Art, daß der Beklagte ihnen gegenüber keiner Verteidigung in iure bedarf. Hiernach könnte schon das zweifelhaft erscheinen, ob eine exceptio (im römischen Sinne des Wortes) hinreichte, um die Wiedereinsetzung auszuschließen. S. jedoch dagegen l. 2 C. de litiofam. min. 2. 23, nach welcher die in integrum restitutio nicht gegeben werden soll, wenn die exceptio SCⁱ Macedoniani begründet ist. Und noch weiter geht der Anfang der eben citirten l. 16 pr. D. de min. „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem“. Von der andern Seite steht aber fest, daß die in integrum restitutio nicht ausgeschlossen wird durch die actio tutelae (l. 45 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 25. 39 §. 13 D. de adm. et per. 26. 7), nicht durch die actio quod metus causa (l. 9 §. 3. 4 l. 21 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20), während sie der actio de dolo sogar vorgezogen wird (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3), und nach der richtigen, allerdings sehr bestrittenen Interpretation der l. 16 §. 2 D. de min. 4. 4 (vgl. Dagerow I. S. 341) thut ihr auch die conditio indebiti keinen Eintrag. Hiernach wird man behaupten müssen, daß jedenfalls ein Erfasungsanspruch, von welcher Art alle genannten Actionen sind, als erschöpfender, die Wiedereinsetzung ausschließender Rechtsschutz nicht angesehen werden darf. Dabei kann es denn auch keinen Unterschied begründen, daß der Erfasungsanspruch nicht bloß als solcher, sondern auch auf Grund eines abgeschlossenen Contracts (römisch: mit einer bonae fidei actio) geltend gemacht werden kann, obgleich auf der andern Seite zugegeben werden muß, daß für die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung neben der bonae fidei actio die dafür gewöhnlich angeführten Stellen (l. 3 C. quib. ex caus. mai. 2. 54, l. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44) einen zwingenden Beweis nicht enthalten. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Franke Beiträge S. 66, Burckhardi S. 99 fg., Schneider S. 224 fg., Savigny

Die eingetretene rechtliche Wirkung muß aber ferner für denjenigen, welcher die Wiedereinsetzung begehrt, einen Nachtheil² zu Wege gebracht haben. Derselbe braucht nicht nothwendigerweise ein Vermögensnachtheil zu sein, obgleich die Wiedereinsetzung hauptsächlich diesen Fall im Auge hat³. Vermögensnachtheil ist übrigens nicht bloß erlittener Schaden, sondern auch entbehrter Gewinn⁴; nur kann wegen entbehrten Gewinns dann keine Wiedereinsetzung begehrt werden, wenn durch Vereitelung desselben der Gegner gegen Schaden geschützt worden ist⁵. Es reicht aber nicht jeder Nachtheil zur Wiedereinsetzung hin; derselbe muß nicht demjenigen gegenüber, welcher durch die Aufhebung der rechtlichen Folge für den Gegner entsteht, unverhältnißmäßig gering sein⁶.

§. 143—145, Vangerow §. 177 Anm. 1, Brinz §. 112, und gegen die Zutäffigkeit der Wiedereinsetzung neben der *bonae fidei actio* speciell Kufstrat Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. IV. 8.

¹ Die Neuerer sprechen mit Vorliebe von einer „Läsion“. Die Ausdrücke *laesio*, *laedoro* sind nicht unquellenmäßig (l. 1 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 8 X. de i. i. r. 1. 41, ol. un. eod. 1. 11), finden sich aber nicht in den Pandekten. In denselben ist die Rede von einem „*damnum*“, welches Jemand erlitten habe, dann davon, daß er „*lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus*“ sei, welche Ausdrücke nicht nothwendig, und regelmäßig nicht, von einem Betrage zu verstehen sind.

² Burchardi §. 7. L. 3 §. 6 l. 6 l. 35 D. de min. 4. 4, l. 41 D. de rec. 4. 8, l. 2 C. si adv. rem iud. 2. 27, l. 8 C. quando app. 7. 64. Vgl. Scuff. Arch. V. 247.

³ L. 7 §. 6 l. 44 D. de min. 4. 4, l. 27 D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

⁴ Wie z. B. bei der Erstlung. L. 18. 20 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 37 pr. D. de min. 4. 4, l. 17 §. 3 D. de usur. 22. 1. Burchardi §. 6, Savigny §. 121—124.

⁵ L. 4 D. de i. i. r. 4. 1. In einzelnen Fällen wird verlangt, daß der Nachtheil nicht bloß relativ, sondern auch an und für sich ein bedeutender sei, l. 49 pr. D. de min. 4. 4 (§. 117 Note 3), l. 9 pr. eod., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 29 (§. 120 Note 3). Daraus mit der herrschenden Meinung (dafür auch das Erf. bei Scuff. XIV. 206) eine Regel zu bilden, erscheint bedenklich. Andere Stellen, welche man hierher zu ziehen pflegt, gehören entschieden nicht hierher, so l. 9 §. 1 D. de min. 4. 4 und l. 1 C. si adv. don. 2. 30, wo den Minderjährigen die Wiedereinsetzung deswegen versagt wird, weil keine Handlung vorliegt, die nicht auch ein Großjähriger vorgenommen haben würde, ferner l. 1 C. si adv. fac. 2. 37, wo die Worte „*pretio longe minoris*“ nicht den Grund der Entscheidung bezeichnen. Vgl. Burchardi §. 8, Vangerow §. 176 Anm.

Die Wiedereinsetzung findet an und für sich Statt gegen jede nachtheilige rechtliche Wirkung⁷, und namentlich nicht bloß gegen die durch Rechtsgeschäfte begründeten rechtlichen Wirkungen⁸. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen⁹. Wiedereinsetzung wird nicht gegeben gegen die nachtheiligen Folgen der Arglist¹⁰, gegen fisciische Veräußerungen¹¹, gegen die 30- und 40jährige Verjährung¹², gegen die Eingehung einer Ehe¹³, und endlich können auch Descendenten keine Wiedereinsetzung gegen ihre Ascendenten verlangen¹⁴.

2. Ein rechtfertigender Grund.

a. Ueberhaupt.

§. 116.

Die Wiedereinsetzung setzt ferner voraus, daß die benachtheiligende rechtliche Wirkung unter Umständen eingetreten sei, welche ihre Wiederaufhebung als billig erscheinen lassen. Ob

⁷ Burchardi §. 9, Savigny §. 319.

⁸ Freilich ist dieß ihre wichtigste Anwendung. Hervorzuheben ist außerdem noch ihre Anwendung bei Versäumnissen. Vgl. im Allgemeinen Cod. II. 27—35.

⁹ Burchardi §. 10, Vangerow §. 177 Anm. 2.

¹⁰ L. 9 §. 2. 4. 5 l. 37 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 26 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 2. 3 C. si minor se maior. 2. 43. Gegen Vergehen, die auf bloßer Fahrlässigkeit beruhen, wird die Wiedereinsetzung nicht versagt, l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. del. 2. 35. Ueber diese Stellen, so wie über l. 9 §. 2. 3 D. de min. f. Savigny §. 321 f. g.

¹¹ L. 5 C. de fide et iure hastas fsc. 10. 3.

¹² L. 3 C. de praeser. XXX. 7. 39. Savigny III. §. 421—423. A. M. Burchardi §. 135—138, Vangerow I. §. 344.

¹³ Nach katholischem Kirchenrecht, weil die Ehe gar nicht, nach protestantischem, weil sie nur aus gewissen Scheidungsgründen auflösbar ist. Burchardi §. 141 fg., Savigny §. 142. 143. Anders bei Verträgen, Scuff. Arch. IX. 39.

¹⁴ L. 2 C. qui et adv. quos 2. 42; Scuff. Arch. I. 269. Auf die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit will dieß beschränken Francke Beiträge §. 67. Ausnahmen: 1) wenn die Wiedereinsetzung gerade gegen das Descendentenverhältniß begehrt wird, l. 3 §. 6 D. de min. 4. 4, l. 2 C. si adv. rem iud. 2. 27; 2) im Falle der l. 8 §. 1 C. de bon. quas lib. 6. 61. Eine dritte Ausnahme hat heutzutage keine Geltung, weil die Stelle, welche sie enthält (Nov. 155) nicht glossirt ist. Vgl. Vangerow §. 342 mit Savigny §. 223—226.

dieß der Fall sei, ist, wenn es sich um die nachtheiligen Folgen eines Verschümmnisses handelt, in ausgedehntem Maße in das Ermessen des Richters gestellt (§. 119). Dagegen ist derselbe bei der Ertheilung der Wiedereinsetzung gegen positive Handlungen an bestimmte Gründe gebunden, welche er nicht überschreiten darf. Diese sind: Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrthum¹; vereinzelt wird in unseren Quellen auch erwähnt eine Wiedereinsetzung gegen Veräußerungen, die zur Beeinträchtigung der Gläubiger vorgenommen worden sind². Der practisch wichtigste unter allen

§. 116. ¹ Aufzählungen der Wiedereinsetzungsgründe finden sich in l. 1. 2 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. R. S. I. 7 §. 31. (Die „absentia“ ist derjenige Grund, aus welcher sich die spätere allgemeine Wiedereinsetzung gegen Verschümmnisse entwickelt hat, s. §. 119; über „status mutatio“ s. die folgende Note.)

² §. 6 I. de act. 4. 6. Schröder S. 131—142. Andere sehen in dieser Wiedereinsetzung eine Wiedereinsetzung wegen Arglist, Schneider S. 271—278, Bangerow S. 346—347. Aber die genannte Stelle beschränkt die Wiedereinsetzung keineswegs auf den Fall, wo der Erwerber an der Unredlichkeit Theil genommen hat. Wäre es nothwendig, wie es jedenfalls zulässig ist, die Worte 'bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis' auf das Vorhergehende, und nicht auf das Folgende, zu beziehen, so würde dieser ganze Fall der Wiedereinsetzung für uns ohne Anwendbarkeit sein, da nach heutigem Recht die Veräußerungen des Schuldners nach Eröffnung des Concurfes — welche der römischen missio in possessionem entspricht — nichtig sind. — Antiquar ist die Wiedereinsetzung gegen den Untergang der Contractschulden durch capitis diminutio minima (Gai. III. 84. IV. 38, tit. D. de capite minutis 4 5). Diese Wiedereinsetzung hatte bereits im römischen Rechte die Natur der Wiedereinsetzung ganz verloren: sic wurde ohne alle Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles, nach feststehender Regel ertheilt, und war daher auch der gewöhnlichen kurzen Verjährung nicht unterworfen (Savigny S. 210—212). Im heutigen Recht kann sie überhaupt nicht mehr anerkannt werden, da demselben die Idee der capitis diminutio im Allgemeinen, und so im Besonderen auch der auf diese Idee gegründete Untergang der Schulden vollkommen fremd ist. Wächter II. S. 484: „Jedenfalls ging in Deutschland die Sache nie in das practische Recht über“. Nach Burchardi S. 278 fg. soll diese Wiedereinsetzung schon durch das römische Recht selbst beseitigt sein; dagegen Schneider S. 304—307, Bangerow §. 187 Anm. — Gegen alienatio iudicis mutandi causa hat es eine Wiedereinsetzung wohl nie gegeben, sondern nur einen Entschädigungsanspruch; l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. un. C. eod. 2. 55 beweisen für die Wiedereinsetzung nicht (§. 114 Note 6). Schröder S. 145—149. Jedenfalls ist diese Wiedereinsetzung später weggefallen. Savigny S. 103—105. 212—213. — Gegen zwei andere von Schröder (S. 127. 142—143) angenommene Fälle (wegen

Wiedereinsetzungsgründen, und derjenige, dessen Theorie von den römischen Juristen am sorgfältigsten ausgebildet worden ist, ist die Minderjährigkeit. Dadurch bestimmt sich auch die Anordnung im Folgenden³.

b. Minderjährigkeit*.

§. 117.

Minderjährigen wird Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachtheile, in welche sie durch den ihrem Alter eigenthümlichen Mangel an Besonnenheit und Erfahrung verstrickt worden sind¹. Gegen rechtliche Nachtheile, welche ihren Grund in diesem Mangel nicht haben, die also auch ein Großjähriger nicht vermieden haben würde, wird ihnen Wiedereinsetzung nicht gegeben². Von der anderen Seite aber ist mit Bestimmtheit in den Quellen anerkannt, daß der Beistand und selbst die Vertretung ihrer Vormünder, ja sogar die Autorisation der Obrigkeit,

verhinderten Erscheinens vor Gericht und beim SC. Velleianum) s. Schneider S. 257 fg., Bangerow S. 345—346.

³ Ueber das chronologische Verhältniß der einzelnen Wiedereinsetzungsgründe s. Burchardi S. 148—150. 213—217, Savigny S. 134—137.

* Dig. 4. 4 de minoribus, Cod. 2. 22 de in integrum restitutione minorum.

¹ Der Prätor hatte edicirt: „Quod cum minore quam XXV annis natus gestum s. 117. erit, uti quaeque res erit, animadvertam“ (l. 1 §. 1 D. h. t.). Dazu bemerkt Ulpian (l. 1 pr. eod.): „hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, .. cum inter omnes constat, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum“. — Ueber die Tragweite des Ausbruchs 'gestum' s. l. 7—11 §. 2 D. h. t. L. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit“. Zu dem 'quid aliud' gehören auch Verschümmnisse, l. 7 §. 11. 12 cit., l. 9 §. 2 l. 38 §. 1 D. h. t. — Wie ist es, wenn die betreffende Thatsache zum Theil innerhalb, zum Theil außerhalb der Minderjährigkeit liegt? L. 3 pr. §. 1 D. h. t.; Brinz S. 116.

² L. 11 §. 4. 5 l. 24 §. 1 l. 44 D. h. t., l. 9 §. 4 D. de iurei. 12. 2, l. 1 C. qui et adv. quos 2. 42. In l. 9 §. 4 cit. heißt es: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit“, und in l. 24 §. 1 cit. wird darauf aufmerksam gemacht, daß eine unbedingte Wiedereinsetzung, gegen jedes nur im Erfolge nachtheilige Rechtsgeschäft, nicht einmal im Interesse der Minderjährigen selbst liege, — „ne magno incommodo huiusmodi aetatis homines adficiantur, nemine cum iis contrahente, et quodammodo commercio iis interdicitur“.

sie des Anspruchs auf Wiedereinsetzung gegen eine an und für sich nicht gerechtfertigte Handlung oder Unterlassung nicht beraubt³.

Wirklich ausgeschlossen wird ihr Anspruch auf Wiedereinsetzung durch die Großjährigkeitserklärung⁴, so wie durch eibliche Bestätigung des Geschäfts⁵; außerdem fällt er in einigen einzelnen Fällen weg⁶. Will der Minderjährige durch die Wiedereinsetzung

³ L. 2. 3. 5 C. si tutor 2. 25, l. 4. 5 C. si adv. rem iud. 2. 27, l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. h. t., l. 7 §. 8 l. 49 eod.; l. 11 C. de praed. et al. reb. min. 5. 71. Scuff. Arch. II. 197. Deswegen ist die Wiedereinsetzung auch anwendbar auf Geschlechtsunreife. Man wird jedoch bei gehöriger Vertretung nach l. 49 D. h. t. eine größere Erheblichkeit des erlittenen Nachtheils verlangen müssen (§. 115 Note 6). — Es läßt sich nicht verkennen, daß in dieser Erstreckung der Wiedereinsetzung ein Hinausgehen über ihren Grundgedanken liegt, welches durch das Bedürfnis nicht gerechtfertigt wird, und daß namentlich im heutigen Recht, in welchem die Vormundschaft in weit umfassenderem Maße, als nach römischem Recht, der obrigkeitlichen Oberaufsicht unterliegt, „ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution Minderjähriger nicht mehr vorhanden ist“ (Savigny S. 149). Vgl. aber auch Brinz S. 117. 118. — Von der Regel, daß die Autorisation der Obrigkeit die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, gibt es eine Ausnahme, s. Note 6.

⁴ L. 1 C. de his qui veniam 2. 45, l. 5 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Die gemeine Meinung stellt den Fall gleich, wenn der Minderjährige zu einer bestimmten Art der Thätigkeit öffentlich autorisirt worden ist. Glük v. S. 456—459, Burchardi S. 222—224. Scuff. Arch. V. 138.

⁵ Auth. *Sacramenta puberum* C. si adv. vend. 2. 28. Die Gültigkeit des Eides setzt Geschlechtsreife voraus.

⁶ a) Bei Zahlungen, welche dem Vormunde des Minderjährigen in Folge richterlichen Decrets geleistet worden sind, l. 25 C. de adm. tut. 5. 37, §. 2 l. quib. al. 2. 8; älteres Recht in l. 7 §. 2 D. h. t., l. 1 C. si adv. sol. 2. 33. A. M. Savigny S. 151. b) Bei einem Darlehn, welches ein in väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger auf Geheiß des Vaters genommen hat, l. 3 §. 4 D. h. t., l. 1 [2] C. de fil. fam. min. 2. 23. Diese Ausnahme, für welche freilich kein innerer Grund spricht, sucht durch Interpretation bez. Emendation zu beseitigen Savigny VII. Beil. XVIII. c) Bei einem Darlehn, welches ein wenigstens achtzehnjähriger Minderjähriger zum Zweck der Befreiung seiner Ascendenten oder anderer von ihm beerbter Personen aus der Gefangenschaft aufgenommen hat, Nov. 115 c. 3 §. 13. d) Bei einem Vergleiche unter nahen Verwandten (die betreffende Stelle nennt Geschwister) zum Zweck der Befreiung eines Vermächtnisses, welches ihnen gegenseitig für den Fall des früheren Todes auferlegt worden ist („cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius vobis improbabili retineatur“), l. 11 C. de transact. 2. 4 e) Keine Wiedereinsetzung wird dem Minderjährigen ertheilt gegen eine Wiedereinsetzung, welche er gegen eine von seinem Vater für ihn gemachte Annahme oder Ausschlagung

den erlittenen Nachtheil auf einen anderen Minderjährigen abwerfen, so steht ihm der Grundsatz entgegen, daß, wenn für beide Theile gleich viel spricht, der bestehende Zustand aufrecht erhalten wird⁷.

Den Minderjährigen sind durch gesetzliche Bestimmung gleichgestellt Gemeinden⁸ und kirchliche Corporationen⁹.

c. Zwang, Betrug, Irrthum.

§. 118.

Die Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwanges ist in bedeutendem Grade dadurch gemindert, daß neben derselben ein Ersatzanspruch gewöhnlicher Art, und zwar nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen den unschuldigen Dritten, aus

einer Erbschaft erlangt hat, l. 8 §. 6 C. de bon. quas lib. 6. 61. f) Gegen den Verkauf von Pfändern wird ihm Wiedereinsetzung nur gegeben, wenn Käufer und Verkäufer sich einer gemeinschaftlichen Unrechtheit schuldig gemacht haben, l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29, l. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 2 C. de praed. min. 5. 71. Älteres Recht; Paul. R. S. l. 9 §. 8. Wenn in l. 2 C. si adv. vend. pign. darauf Gewicht gelegt wird, daß das Pfandrecht nicht von dem Minderjährigen selbst bestellt worden sei, so hat das den Sinn, weil sonst eine Wiedereinsetzung auch gegen die Verpfändung begründet sein würde. A. M. Savigny S. 152, gegen den aber die Worte 'qui hanc venundari passi sunt' entscheiden. — Antiquirt sind die Ausnahmen der l. 3 §. 11 C. de iud. 3. 1, l. 1 §. 1 C. de plus pet. 3. 10. Keine Ausnahme enthalten l. 1 C. de i. i. r. min. 2. 22 (Burchardi S. 252, Vangerow S. 360) und l. 1 C. si adv. don. 2. 20 (§. 115 Note 6). Daß der Minderjährige nicht wiedereingesetzt wird, wenn er sich arglistiger Weise für großjährig ausgegeben hat (l. 2. 3 si minor so mai. 2. 43), und daß er seinen Anspruch auf Wiedereinsetzung durch Bestätigung nach erlangter Großjährigkeit verliert (Cod. 2. 46 si maior factus ratum habuerit), sind keine Ausnahmen, welche sich speciell auf die Wiedereinsetzung Minderjähriger beziehen (§. 115 Note 10, §. 83).

⁷ L. 128 pr. D. de R. l. 50. 17, l. 11 §. 6 l. 34 pr. D. h. t. Scuff. Arch. I. 155. V. 101. 102. 249. VII. 141.

⁸ L. 3 C. de iure reip. 11. 29, l. 1 C. de off. eius l. 50, l. 4 C. quib. ex caus. mai. 2. 54. Scuff. Arch. I. 404.

⁹ c. l. 3. 6 X. de i. i. r. l. 41, c. 11 X. de reb. eccl. 3. 13. Ueber und gegen die Erstreckung des Privilegiums der Minderjährigen auf andere juristische und andere bevormundete Personen s. Burchardi S. 258 fg., Savigny S. 160. 161. Vgl. Scuff. Arch. II. 156. III. 190. 191. V. 98. 103. VI. 138.

dem erzwungenen Rechtsgeschäft Vereicherten, einhergeht¹. Von der andern Seite darf man nicht so weit gehen, durch diesen Erfasungsanspruch die Wiedereinsetzung wegen Zwanges für ganz ausgeschlossen zu halten²; sie ist neben demselben sowohl in unsern Quellen ausdrücklich anerkannt³, als auch für besondere Fälle von entschiedener practischer Wichtigkeit⁴.

Auch neben der Wiedereinsetzung wegen Betrugs geht ein Erfasungsanspruch, wenn auch nicht gegen den unschuldigen Dritten, einher⁵. Bei ihr kommt aber hinzu, daß ihre Existenz zwar an und für sich sicher, ihre Anwendbarkeit aber in anderen als den in den Quellen ausdrücklich erwähnten Fällen äußerst bedenklich ist, und diese Fälle sind sämmtlich processualischer Natur⁶.

§. 118 ¹ Actio quod metus causa.

² Unter den Neueren vertritt diese Meinung namentlich Puchta §. 100. o., 102. o. d. Dagegen Burchardi §. 19. 20, Schröter §. 116 fg., Savigny §. 330 (namentlich Note g), 332, Bangerow §. 364. 365, Schliemann Lehre vom Zwange §. 58. 59.

³ Im Allgemeinen: l. 1 D. de i. i. r. 4. 1, Paul. R. S. I. 7 §. 1; in besonderen Anwendungen: l. 9 §. 4 l. 21 §. 5. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quas vi 2. 20. — Ueber das Zeitverhältniß dieser beiden Rechtsmittel s. Burchardi §. 18, Schröter §. 116 fg., Bangerow §. 185 Anm., Schliemann a. a. D. §. 7—12, welche die Wiedereinsetzung für älter halten, und Savigny §. 112—116. 191. 199, der sie für jünger hält.

⁴ Namentlich bei Insolvenz des Gegners, um einen dinglichen Anspruch, statt eines bloß persönlichen zu erlangen. Ein anderes Beispiel bietet die Antrittung und Ausschlagung einer Erbschaft dar, „wegen der unbestimmten, vielleicht unübersehbaren Rechtsverhältnisse, die mit der Erbschaft verbunden sein können“ (Savigny §. 195). S. auch Schliemann a. a. D. §. 41. 42. 59. 60.

⁵ Actio de dolo.

⁶ Der Betrug wird als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen bezeichnet in l. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und bei Paul. R. S. I. 7 §. 2. Aber das braucht nicht den Sinn zu haben, daß er in allen Fällen Wiedereinsetzung begründend solle; sonst müßte man auch den Irrthum für einen allgemein wirkenden Wiedereinsetzungsgrund erklären, da derselbe bei Paulus a. a. D. und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1 gleichfalls als Wiedereinsetzungsgrund im Allgemeinen angeführt wird. Es kommt also auf die einzelnen Quellenentscheidungen an, in denen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs zur Anwendung gebracht wird. Dieß sind, wenn man bei dem Sicherem stehen bleibt, l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1 und l. 33 D. de re iud. 42. 1; l. 18 D. de interr. 11. 1 nennt den Betrug nicht und kann vom Irrthum verstanden werden, l. 3 §. 1 D. de eo per quem fact. erit 2. 10 erklärt sich vollkommen aus den Grundätzen über

Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums findet in dem Gebiete des materiellen Rechtes nur in einem einzigen Falle Anwendung, wenn Erbschaftsgläubiger durch einen entschuldbaren Irrthum bewogen sich die Rechtswohlthat der Gütertrennung haben lassen⁷.

die Wiedereinsetzung wegen Verjähreniß (Franke Beitr. §. 79), die von Vielen behauptete Wiedereinsetzung wegen Betruges gegen bonas fidei contractus kann nicht bewiesen werden (§. 115 Note 1). Jene sicheren Anwendungsfälle der Wiedereinsetzung wegen Betrugs sind aber sämmtlich processualischer Natur; dieß gilt auch von der sich allerdings ziemlich allgemein ausdrückenden l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1 (ver. boni praetoris est potius restituere litem). Wenn es nun überhaupt schon mißlich ist, Sätze, welche für den Prozeß gelten, auf das materielle Recht auszudehnen, so kommt hier ein Anderes hinzu. Nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen soll die Wiedereinsetzung wegen Betrugs die (insamirende) actio de dolo anschießen (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3); so enthalten alle Stellen, in denen eine actio de dolo für zulässig erklärt wird, ein indirectes Zeugniß gegen die Wiedereinsetzung wegen Betrugs; vgl. namentlich l. 18 §. 4 l. 38 D. de dolo 4. 3. — Der hier vertretenen Meinung sind Schröter §. 128, Bangerow l. §. 366, Sintenis I. §. 374, Wächter II. §. 843; dagegen Burchardi §. 20 und namentlich Savigny VII. §. 332.

⁷ Die Wiedereinsetzung wegen Irrthums wird, wie bereits in der vorigen Note bemerkt wurde, im Allgemeinen erwähnt von Paul. R. S. I. 7 §. 1 und in l. 2 D. de i. i. r. 4. 1; in Beziehung auf sie herrscht aber allgemeine Uebereinstimmung darüber, daß sie über die in den Quellen genannten Anwendungsfälle nicht ausgebeugt werden darf. Diese Anwendungsfälle sind nun wieder vorzugsweise processualischer Natur, und selbst diese größtentheils antiquirt (so vor Allem die im Ebdichte ausdrücklich erwähnte Wiedereinsetzung gegen denjenigen, der sich falso tutore auctore auf einen Prozeß eingelassen hat, l. 1 §. 6 D. quod falso tut. 27. 6, vgl. außerdem Gai. IV. 53. 57, §. 33 I. de act. 4. 6, l. 8 §. 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, l. 11 §. 8. 10. 11 D. de interr. 11. 1). Nicht auf den Prozeß bezieht sich nur die bei uns nicht mehr anwendbare l. 3 §. 31 D. ad SC. Silan. 29. 5 (vgl. §. 119 Note 16) und die l. 1 §. 14 D. de sep. 42. 6, welche den im Text bezeichneten Satz ausspricht (l. 17 D. de his quas ut ind. 34. 9 enthält keinen Wiedereinsetzungsfall). Vgl. Savigny III. §. 384 fg., VII. §. 331; außerdem Franke Beitr. §. 84 fg., Burchardi §. 21, Bangerow §. 186 Anm.

d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse* 1.

§. 119.

Gegen die nachtheiligen Folgen von Versäumnissen² wird Wiedereinsetzung ertheilt in allen Fällen, in welchen das Versäumnis seinen Grund in einem äußeren, nach dem Ermessen des Richters die Wiedereinsetzung rechtfertigenden, Hindernis hat³. Eine Reihe solcher Hindernisse zählen die Quellen ausdrücklich auf.

1. Hindernisse in der Person des Versäumenden. Vor Allem gehört hierher die Abwesenheit vom Wohnorte⁴; sie muß aber eine durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigte gewesen sein⁵. Der Abwesenheit wird gleichgestellt die

* Dig. IV. 6 ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituantur. Cod. II. 54 ex quibus causis maiores in integrum restituantur.

§. 119. 1 Die in den vorstehend genannten Titelnrubriken und sonst vorkommende Bezeichnung dieser Wiedereinsetzung als in integrum restitutio maiorum erklärt sich aus der verhältnismäßig geringen practischen Wichtigkeit der Wiedereinsetzung wegen Zwangs, Betrugs und Irrthums. Savigny VIII. S. 163.

2 Unter den nachtheiligen Folgen eines Versäumnisses ist besonders wichtig, und deswegen im prätorischen Edict besonders hervorgehoben (l. 1 §. 1 D. h. t.) die Verjährung. S. außerdem l. 15 §. 2 l. 17 §. 1 l. 41. 43 D. h. t., l. 1. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Vgl. Franke Weitr. S. 68—72.

3 In dem prätorischen Edict (l. 1 §. 1 D. h. t.), die Wortinterpretation bei Savigny S. 165. 166) heißt es nach Aufzählung einer Reihe von besonderen Restitutionsgründen, unter welchen die Abwesenheit der hauptsächlichste ist: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum, quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licet“. Die früher herrschende Meinung gab dieser „generalis clausula“ (l. 26 §. 1 l. 33 pr. D. h. t.) einen ganz allgemeinen Sinn, und überließ demnach die Wiedereinsetzung überhaupt dem Ermessen des Richters. Andere wollten diese Clausel auf Fälle der Abwesenheit beschränken, welche im Edicte nicht genannt seien. Glück VI. § 471. Jetzt ist allgemein anerkannt, daß beide Meinungen unrichtig sind, die generalis clausula nicht bloß auf Fälle der Abwesenheit, aber auch nicht auf positive Handlungen, und namentlich nicht auf Rechtsgeschäfte, zu beziehen ist. Vgl. besonders Burcharbi S. 191 fg., Franke Weitr. S. 73 fg., Savigny S. 167, Dagerow I. S. 371—374. Gegen jene zu allgemeine Auffassung der generalis clausula beweist unmittelbar l. 26 §. 9 D. h. t.

4 Seuff. Arch. V. 104.

5 Das Edict nannte Abwesenheit aus Furcht (begründeter, l. 2 §. 1 l. 3

Freiheitsberaubung⁶. Ferner gehört hierher die dem Angebornen gewährte Wiedereinsetzung⁷. Daß der Versäumende einen Vertreter hatte, nimmt ihm, abgesehen von dem Falle, wo ein rechtskräftiges Urtheil gegen ihn erlassen worden ist, den Anspruch auf Wiedereinsetzung nicht⁸, wohl, daß er keinen

D. h. t.) und in Staatsgeschäften (l. 4—7 l. 33 §. 1 l. 38 l. 45 D. h. t.). Auf Grund der clausula generalis wurde die Wiedereinsetzung für zulässig erklärt „quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate absuit“ (l. 26 §. 9 D. h. t.), ja auch bei freiwilliger Abwesenheit, „si quis de causa probabili absiderit“ (l. 28 pr. D. h. t.). Vgl. noch l. 2 C. de ux. mil. 2. 52. Unter causa probabilis darf man freilich nicht eine „böbliche“ Ursache verstehen, wie Savigny (S. 174—176) thut, um dann gegen dieses Erfordernis der Pöblichkeit zu polemisieren. Vgl. noch l. 8. 26 §. 1 l. 40. §. 1 l. 42 D., l. 1 C. h. t., l. 1. 2 C. de ux. mil. 2. 52.

6 „In vinculis esse“, l. 1 §. 1 D. h. t., l. 9. 10 eod. Diejem Fall wird ex clausula generali gleichgestellt, wenn Jemand unter Bürgschaft versprochen hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, l. 28 §. 1 D. h. t. Im Edicte war auch die Kriegsgefangenschaft noch besonders genannt, welche nach der der Abwesenheit ex clausula generali gegebenen Ausdehnung nun unter diese fällt, ferner das in servitute esse (sich thätächlich im Zustande eines Sklaven befinden). L. 11—15 §. 1 D. h. t.

7 L. 45 pr. D. de min. 4. 4.

8 Daß das Vorhandensein eines Vertreters die Wiedereinsetzung nicht ausschließt, sagt ausdrücklich l. 26 §. 9 D. h. t.: — „ot saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non“. Damit stimmt überein l. 15 pr. D. h. t. (der apud hostes befindliche wird deswegen nicht weniger restituirt, weil seinem Vermögen ein Curator gesetzt worden ist) und l. 8 D. de i. i. r. 4. 1 (Wiedereinsetzung, wenn der Vertreter die Appellationsfrist versäumt hat). Diesen Stellen steht nun entgegen, außer l. 8 cit. in ihrem übrigen Inhalt (s. unten), namentlich l. 39 D. h. t. „Is, qui reipublicae causa aberat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur“. Die Ansichten gehen hier sehr auseinander; eine Uebersicht gibt Friß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 3. S. 68 fg. Savigny (S. 178. 180) ist geneigt, mit Burcharbi (S. 166 fg.) eine allmähliche Entwicklung des Rechtes zu größerer Milde anzunehmen. Nach meiner Ansicht ist l. 39 cit., gemäß des eigentlich technischen Sinnes von defensor, von einem rechtskräftigen Urtheil zu verstehen, und aus derselben also lediglich der Satz herzuleiten, daß der Vertretene gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils nicht restituirt werden sollte, welchen Satz auch l. 8 D. de i. i. r. cit. enthält. So im Resultate auch Friß a. a. O., dem aber nicht beigeistimmt werden kann, wenn er diesen Satz darauf zurückführt, daß die Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit sich überhaupt nicht auf Urtheile, weil nicht auf die Uebernahme von Verbindlichkeiten, beziehe.

Vertreter hatte, wo er einen hätte haben sollen⁹, und nach Analogie dieser letzteren Entscheidung muß ihm die Wiedereinsetzung auch dann versagt werden, wenn er in der Auswahl des Vertreters ein ihm zur Last fallendes Versehen begangen hat.

2. Hindernisse in der Person desjenigen, in Betreff dessen eine Handlung hätte vorgenommen werden sollen, namentlich wieder Abwesenheit und Freiheitsberaubung¹⁰, sodann wenn dessen Belangung in Folge seiner Arglist, oder wegen geschäftlicher Abhaltung, oder wegen einer ihn von der Einlassung entbindenden Eigenschaft¹¹, oder weil er wahnsinnig, Kind, juristische Person ist, unmöglich gewesen ist¹². Erforderlich ist aber, daß auch kein Vertreter desselben aufgefunden werden konnte¹³.

3. Hindernisse in der Person des Richters, z. B. Verschleppung, Rechtsverweigerung, außerordentliche Ferien¹⁴.

4. Sonstige Hindernisse; so wenn eine Dienstbarkeit nicht ausgeübt wird, weil der Zustand der dienenden Sache es nicht zuläßt¹⁵. Es darf nur nicht auch der Irrthum hierher gezählt werden¹⁶.

⁹ L. 20 pr. D. de min. 4. 4, l. 26 §. 1 l. 28 pr. D. h. t. Das steht mit dem in der vorigen Note Bemerkten nicht in Widerspruch. Der Abwesende kann nicht einwenden: er würde ja auch Wiedereinsetzung haben begehren können, wenn er einen Vertreter gehabt hätte; es ist nicht anzunehmen, daß der Vertreter seine Pflicht nicht erfüllt haben würde. Fritz a. a. O. S. 62 fg. will dieß ohne Grund auf die Wiedereinsetzung ex clausula generali beschränken.

¹⁰ L. 1 §. 1 D. h. t.; l. 21 §. 1 l. 23 pr. §. 3 eod.

¹¹ L. 1 §. 1 D. h. t.; l. 23 §. 4 l. 24. 25. 26 §. 2 eod.

¹² L. 22 §. 2 D. h. t.

¹³ L. 21 §. 2. 3 l. 22 pr. l. 26 §. 3 D. h. t. Vgl. §. 1. 4. 5 I. de satisd. 4. 11, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40; Savigny VII. S. 184.

¹⁴ L. 26 pr. §. 4—7 D. h. t.

¹⁵ L. 34 §. 1 l. 36 D. de S. P. R. 8. 3, l. 14 pr. D. quemadm. serv. 8. G. l. 1 §. 9 D. de itinere 43. 19.

¹⁶ Wegen Irrthums (Nichtwissens) wird gegen Veräumnisse Wiedereinsetzung ertheilt in l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, in welcher von einem prozeßualischen Fall die Rede ist, und in l. 3 §. 31 ad SC. Sil. 29. 5: „si ideirco ignoratum est, quia metu Senatusconsulti (Silaniani) aporiri tabulae non potuerunt“. Wollte man aus dieser (heutzutage unanwendbaren) Entscheidung eine allgemeine Regel machen, so würde namentlich die Anspruchsverjährung einen großen Theil ihrer Bedeutung und ihres Nutzens verlieren. Vgl. §. 118 Note 7 (f. aber auch Senff. Arch. XI. 203). Auf den Ausschluß des

C. Die Wiedereinsetzung selbst.

§. 120.

Begehrt werden kann sie durch den Verletzten und seine Rechtsnachfolger, Gesamt-¹ wie Sondernachfolger².

Begehrt werden kann sie gegen denjenigen, zu Gunsten dessen die verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist, und gegen seine Gesamtnachfolger. Gegen diejenigen, welche durch einen abgeleiteten Erwerb anderer Art auf Grund der verletzenden rechtlichen Wirkung etwas erworben haben, kann sie nur dann begehrt werden, wenn dieselben bei dem Erwerbe das Wiedereinsetzungsverhältniß gekannt haben, oder in anderer Weise ein bedeutender Nachtheil von dem Verletzten nicht abgewendet werden kann³;

Irrthums bezieht sich der in den Text aufgenommenen Zusatz: „äußeres“ Hinderniß.

¹ L. 6 D. de i. i. r. 4. 1, l. 18 §. 5 D. de min. 4. 4; vgl. l. 3 §. 9. §. 120. 10 eod.

² D. h. die Sondernachfolger in den Wiedereinsetzungsanspruch; der Anspruch auf Wiedereinsetzung kann cedirt werden, wie jeder andere Anspruch, l. 24 pr. D. de min. 4. 4. Vgl. l. 25 D. de admin. 26. 7; l. 20 §. 1 D. de tutelae 27. 3. Dagegen wäre es vollkommen ungerathigt, wenn man den Anspruch auf Wiedereinsetzung auch dem Sondernachfolger in ein Recht zugehen wollte, welches durch eine rechtliche Wirkung geschmälert worden ist, gegen die der Rechtsurheber Wiedereinsetzung hätte begehren können (Beispiel: Eigenthum — Belastung der Sache mit einer Dienstbarkeit). — Ebenjowenig kann der Anspruch auf Wiedereinsetzung durch den Bürgen geltend gemacht werden, l. 7 §. 1 i. f. D. de exc. 44. 1 (wo zuerst von der exc. legis Plaetoriae, dann von der Wiedereinsetzung des Minderjährigen die Rede ist); vgl. l. 95 §. 3 D. de solut. 46. 3. Eine andere Frage ist es, ob die dem Verletzten ertheilte Wiedereinsetzung auch seinem Bürgen zu Gute kommt; f. Note 17. Ueber das Ganze: Dürcharbi S. 398—416, Savigny S. 216—219, Bangerow §. 179 Anm.

³ Daß die Wiedereinsetzung bald in rem, bald nur in personam ertheilt werde, sagt Paul. R. S. I. 7 §. 4. Die im Texte aufgestellte Regel spricht am Entschiedensten aus l. 13 §. 1 l. 14 D. de min. 4. 4 (wo als Fall, in welchem ohne Wiedereinsetzung gegen den Dritten der Verletzte nicht zu dem Seinigen gelangen würde, namentlich der hervorgehoben wird, wenn der zunächst Betheiligte zahlungsunfähig sei). Damit stimmt überein l. 9 pr. eod., welche Stelle die Restitution gegen die Pfändung auf diejenigen, die durch den Pfandverkauf erworben haben, für den Fall erstreckt, „si grande damnum sit minoris“, und von demselben Fall ist auch die l. 1 C. si adv. vend. 2. 29, in

nur die Wiedereinsetzung wegen Zwanges wird unbedingt gegen jeden Dritten gewährt⁴. Dritte, welche das dem Verletzten Fehlende ohne allen Rechtsgrund in Händen haben, können natürlich auf bessere Behandlung keinen Anspruch machen⁵.

Begehrt werden muß sie bei dem, nach den Regeln des Prozeßrechtes zuständigen, Richter⁶. Derselbe entscheidet nicht, ohne vorher dem Gegner Gehör gestattet zu haben⁷. Ist nach erteilter Wiedereinsetzung noch ein Rechtsstreit zwischen den Partheien übrig⁸, so ist derselbe in einem besonderen Verfahren zu erlebigen; er kann aber auch sogleich mit dem Wiedereinsetzungsverfahren verbunden werden⁹.

Welcher dieselbe Entscheidung enthalten ist, zu verstehen (v. *pignori captis praedictis*). Diesen Stellen gegenüber darf l. 17 pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6 beschränkend interpretirt werden, was bei l. 39 pr. D. de evict. 21. 2, die einen ganz andern Gesichtspunkt hervorheben will, ohne alles Bedenken ist; l. 30 §. 1 D. ex quib. caus. mai. von einer Wiedereinsetzung gegen den Dritten zu verstehen, ist in keiner Weise nothwendig. Die Meinungen gehen auch hier sehr auseinander. Vgl. Burchardi S. 416—420, Savigny S. 223. 269—273, Wetzoll disput. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit. Marb. 1850, Wächter II. S. 847, Arnolds §. 123.

⁴ Nach Analogie der actio quod metus causa und nach l. 3 C. de his quae vi 2. 20.

⁵ Seuff. Pand. 665 Note 28, Arnolds §. 123 Ann.

⁶ Burchardi §. 28, Savigny §. 334.

⁷ L. 13 pr. l. 29 §. 2 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. dot. 2 34, Nov. 119 c. 6.

⁸ Was nicht nöthig ist, z. B. wenn der Minderjährige gegen ein ihn beschwerendes Kaufgeschäft wiedereingesetzt wird. Umgekehrt kann die Wiedereinsetzung auch gerade die Absicht haben, einen Rechtsstreit erst möglich zu machen, z. B. wenn sie gegen den Ablauf einer Anspruchsverjährung erteilt wird.

⁹ Die Neueren unterscheiden darnach zwischen dem iudicium rescissorium und iudicium rescissorium; der letztere Ausdruck ist quellenmäßig (abwechselnd gebraucht mit restitutorium iudicium oder restitutoria actio), nur nicht auf die Wiedereinsetzung beschränkt, vgl. l. 16 C. ad SC. Voll. 4. 29, l. 8 §. 7. 12. 13 D. eod. 16. 1. Nach dem classischen römischen Recht bildete die Erkenkung beider Verfahren die Regel, da die Wiedereinsetzung nur vom Magistratus erteilt werden konnte, und derselbe einen gewöhnlichen Rechtsstreit nur in außerordentlichen Fällen entschied. (Auf die magistratische Entscheidung des nach der Wiedereinsetzung noch übrigen Rechtsstreites bezieht Savigny S. 235 auch l. 2 D. ex quib. caus. mai. 4. 6; andere Stellen, welche dafür

Begehrt werden muß die Wiedereinsetzung binnen einer vierjährigen Frist¹⁰. Dieselbe läuft von dem Tage an, wo der Wiedereinsetzungsgrund weggefallen ist¹¹, für die Wiedereinsetzung von Gemeinden und kirchlichen Korporationen von dem Tage der Verletzung an¹². Gegen den Ablauf dieser Frist kann wieder Wiedereinsetzung begehrt werden¹³, wenn ein rechtfertigender Grund vorliegt¹⁴, jedoch, wenn derselbe erst eintritt, nachdem die Frist bereits zu laufen begonnen hat, nur binnen der von der Frist noch übrigen Zeit¹⁴.

angeführt zu werden pflegen, wie l. 13 §. 1 l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4, l. 39 pr. D. de evict. 21. 2, sprechen nur von der Vollstreckung des Wiedereinsetzungsdecrets bei nicht vorhandenem weiterem Streit). Vgl. über das Ganze Burchardi §. 24—36, Savigny §. 337.

¹⁰ An die Stelle des früheren annus utilis hat Justinian ein quadriennium substitutum gesetzt, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 (vgl. l. 2 C. Th. de integr. rest. 2. 16). Die Bestimmung, daß binnen dieser Frist das Wiedereinsetzungsgesuch nicht bloß angebracht, sondern auch erledigt sein müsse, hat die Praxis beseitigt. Vgl. über die Verjährung des Anspruches auf Wiedereinsetzung überhaupt Unterholzner Verjährungslehre II. §. 151—155, Burchardi §. 27, Savigny S. 242—264.

¹¹ Ausdrücklich vorgeschrieben für die Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit und gegen Versäumnisse, l. 7 §. 1 C. de temp. i. i. r. 2. 53, bestritten für Zwang, Betrug, Irrthum, vgl. Vangerow S. 351—353. Besonders für den Fall der Großjährigkeitserklärung in l. 5 C. eod.; aber l. 28 §. 3 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 f. Savigny S. 252 Note a.

¹² c. 1. 2 de rest. in VI^o l. 21, cl. un. de rest. 1. 11. Vgl. aber auch Seuff. Arch. XI. 204. — Kenntniß der erlittenen Verletzung verlangt auch das canonische Recht (c. 1. 2 de rest. in VI^o) nicht. Savigny S. 248—250. A. M. Kgil Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 16. Dagegen Vermehren das. XXXIX. 16 (vgl. X. 18). Seuff. Arch. I. 270. III. 191. VIII. 10.

¹³ Von Anderen wird dieß gelehrt wegen l. 20 pr. D. de min. 4. 4, welche aber die Wiedereinsetzung bloß deswegen versagt, weil ein rechtfertigender Grund eben nicht vorliegt (§. 119 Note 9). Vgl. auch l. 19 eod.; l. 1—3 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 1. i. f. de rest. in VI^o l. 21. Savigny S. 258—263, Arnolds §. 122 Ann. 3.

¹⁴ Mit anderen Worten: derjenige Theil der Wiedereinsetzungsfrist, welcher verfließt, während ein Wiedereinsetzungsgrund besteht, wird nicht gerechnet. L. 19 D. de min. 4. 4, l. 5 §. 1. 2 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Ein späteres Eintreten eines Wiedereinsetzungsgrundes kann namentlich auch so vorkommen, daß der zur Wiedereinsetzung Berechtigte innerhalb der Frist stirbt und einen Erben hinterläßt, in dessen Person ein Wiedereinsetzungsgrund vorhanden ist. Gerade von diesem Falle sprechen die zuvor erwähnten Stellen.

Die Wirkung der Wiedereinsetzung ist Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes¹⁵. Dieselbe erfolgt aber nicht bloß zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Wiedereingesetzten, so daß derselbe herausgeben muß, was er durch die eingetretene rechtliche Wirkung gewonnen hat, vorausgesetzt daß er es nicht in Folge gerade des Wiedereinsetzungsgrundes wieder verloren hat¹⁶. Dem Bürgen des Wiedereingesetzten kommt die Wiedereinsetzung dann zu Gute, wenn er sich nicht mit Rücksicht gerade auf das Wiedereinsetzungsverhältnis verbürgt hat¹⁷.

Viertes Kapitel.

Ausübung, Verletzung, Schutz der Rechte.

I. Ausübung der Rechte*.

§. 121.

Bisher sind die Rechte nur von der Seite ihrer Existenz betrachtet worden, nicht von der Seite ihrer Thätigkeit. Ihre Bestimmung ist aber die Thätigkeit, nicht die Ruhe. Es ist ihre Bestimmung, den ihnen gemäßen Zustand wirklich hervorzurufen. Indem der Berechtigte den seinem Rechte entsprechenden Zustand kraft seines Rechtes verwirklicht, übt er dasselbe aus.

In Betreff der Ausübung der Rechte ist Folgendes zu bemerken.

¹⁵ L. 7 §. 5 l. 27 §. 2. 3 l. 33. 40. pr. l. 48 §. 2 l. 50 D. de min. 4. 4, l. 23 §. 2 l. 26 §. 7. 8 l. 28 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 19 D. de nov. 46. 2, l. 1 §. 1 C. de reput. 2. 48.

¹⁶ L. 24 §. 4 l. 1. 27 §. 1 l. 40 §. 1 l. 47 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 1 pr. §. 1 C. de reput. 2. 48.

¹⁷ L. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 95 §. 3 D. de solut. 46. 3 (vv. sine contemplatione iuris praetorii), Paul. R. S. l. 9 §. 6; l. 3 §. 4 D. de min. 4. 4, l. 51 pr. D. de proc. 3. 3; l. 7 §. 1 D. de except. 44. 1, l. 1. 2 C. de fidel. min. 2. 24. Savigny S. 217—222, Bangerow §. 183 Anm. 1 Vgl. Seuff. Arch. IX. 5.

* Wächter II. §. 32, Unger I. §. 68, Sintenis I. §. 27.

Es gibt Rechte, welche in der Ausübung zu Grunde gehen, andere, deren Bestand durch die Ausübung nicht afficirt wird¹.

Die Ausübung eines Rechtes ist deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch ein Anderer Schaden hat²; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden³.

Im Besonderen ist die Ausübung eines Rechtes deswegen nicht widerrechtlich, weil dadurch die Ausübung des Rechtes eines Andern unmöglich gemacht, oder das Recht eines Andern zerstört wird^{4 5}, es müßte denn das Recht des Andern einen rechtlichen

¹ Von der letzteren Art sind die dinglichen Rechte, von der ersteren die s. 121. Forberungsrechte und überhaupt die Ansprüche, mit Ausnahme jedoch der auf ein dauerndes (positives oder negatives) Verhalten gerichteten.

² Man pflegt zu sagen: qui iure suo utitur, nomini facit iniuriam. Der Grundsatz ist anerkannt in l. 55. 151, 155 §. 1 D. de R. I. 50. 17. Anwendungen in l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 11. 21 l. 21 D. de aqua et aquas 39. 3.

³ Lediglich zu dem Ende, um einem Andern zu schaden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Berechtigte an der Ausübung seines Rechtes kein irgendwelches anderes Interesse habe. Es ist natürlich nicht an ihm, ein solches Interesse darzuthun; der Gegner muß ihm die Abwesenheit desselben nachweisen, und dieser Beweis ist sehr schwer zu führen. Deswegen ist die ganze Bestimmung nicht sehr practisch; man geht aber auf der anderen Seite zu weit, wenn man auch mit dieser Maßgabe ihre Allgemeingültigkeit bestreitet (so namentlich Wächter II. S. 194, Unger I. S. 616), s. auch die Citate bei Bangerow I. S. 634; eine Mittelmeinung bei Sintenis I. S. 234), und sie auf die speciellen Fälle, in welchen sie in den Quellen erwähnt wird, beschränken will. Die betreffenden Stellen (l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 12 l. 2 §. 5. 9 D. de aqua et aquas 39. 3, vgl. l. 8 pr. D. de op. publ. 50. 10) enthalten keine Andeutung von einer solchen Beschränkung; sie wollen offenbar ein Princip anwenden.

⁴ Man spricht in diesen Fällen von Collision der Rechte. Ueber diese Lehre sind zu vergleichen: Thibaut Versuche II. 14, Stahl über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte (1826), Kieruff I. S. 230—240, Wächter II. §. 46, Böding I. §. 128, Unger I. §. 70.

⁵ Der Gläubiger thut nicht Unrecht, wenn er durch die Eintreibung seiner Forderung dem Schuldner die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger nimmt. Der Correalgläubiger kann deswegen nicht weniger seine Forderung geltend machen, weil er dadurch den andern Correalgläubiger seiner Forderung beraubt. Es gilt in diesen Fällen der Grundsatz: occupantis oder possidentis melior est conditio. Vgl. l. 6 §. 7 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8; l. 2 D. de duob. reis 45. 2; l. 9 §. 4 D. de Publ. act. 6. 2; l. 10 D. de pign. 20. 1; l. 32 D. de proc. 3. 3; l. 33. 126 §. 2 l. 128 pr. D. de R. I. 50.

Vorzug genießen⁶. In besonderen Fällen tritt bei einer solchen Collision eines Rechts mit einem andern Theilung des Genusses⁷, oder Entscheidung durch das Loos ein⁸.

Die Ausübung eines Rechtes kann beeinträchtigend auch auf ein anderes Recht des nämlichen Berechtigten wirken. Dieß ist bei Ansprüchen der Fall, wenn sie auf Dasselbe gehen; es kann dann nicht für jeden Anspruch Befriedigung begehrt werden, sondern die Befriedigung des einen ist auch die Befriedigung des andern⁹.

17, c. 65. de R. I. in VI^o 5. 12. In dem Falle, wo durch die Ausübung eines Anspruchs ein anderer zerstört wird, gilt als Ausübung auch schon die Erlangung eines neuen Anspruchs auf Grund des ursprünglichen, z. B. durch Urtheil (l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 10 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 10 l. 4 D. de in rom verso 15. 3), aber auch durch Vertrag (l. 10 D. de pec. const. 18. 5).

⁶ Widerrechtlich ist es daher z. B. allerdings, wenn ein Weibeberechtigter so viel Vieh auf die Weide treibt, daß dadurch die Ausübung einer früher bestellten Weideregerechtigkeit geschmälert wird.

⁷ Namentlich bei dem Concurse, so weit sich bei demselben nicht der Vorzug der dinglichen Rechte vor den persönlichen, und der Forderungsprivilegien geltend macht.

⁸ L. 5 D. fam. herc. 10. 2, vgl. l. 14 D. de iud. 5. 1, l. 24 §. 17 D. de ad. lib. 40. 5. L. 3 C. comm. de leg. 6. 43 gehört nicht hierher; wenn mehrere Vermächtnisnehmer, welche sich einen Gegenstand aussuchen sollen, sich über die Wafst nicht vereinigen können, so liegt nicht eine Collision von Rechten vor, sondern an und für sich Hinfälligkeit des Vermächtnisses wegen Nichterfüllung seiner Bedingung; an die Stelle dieser Hinfälligkeit hat Justinian die Ausschilfe durch das Loos gesetzt.

⁹ Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, l. 57 D. de R. I. 50. 17; vgl. l. 43 §. 1 eod., l. 41 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. So hat der bestohlene Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache 1) aus dem Diebstahl, 2) aus seinem Eigenthum, 3) möglicherweise aus einem Contractsverhältnisse, in welchem er mit dem Diebe steht; aber er kann deswegen die Sache nicht mehr als ein Mal einfordern, l. 9 §. 1 D. de furtis 47. 2, l. 45. 47 pr. D. pro socio 17. 2, l. 2 §. 1 D. de tutelae 27. 3, l. 34 §. 1. 2 D. de O. et A. 44. 7. Andere Anwendungen in: l. 13 D. de R. V. 6. 1, l. 36 §. 2 D. de H. P. 6. 3, l. 18. 27 §. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 §. 1 D. commod. 13. 6, l. 47 §. 1 l. 50 D. pro socio 17. 2, l. 43 D. loc. 19. 2; l. 2 §. 3 D. de priv. del. 47. 1; l. 14 §. 13 D. quod met. causa 4. 2, l. 35 §. 1 D. loc. 19. 2; l. 38 §. 1 D. pro socio 17. 2; l. 28 D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 §. 12 D. de dote prael. 48. 4. — Die herrschende Auffassung spricht hier von Untergang der „Klagen“ durch „Concurrenz“, obgleich zugestanden wird, daß das, was untergeht, nicht die Befugniß zur gerichtlichen Verfolgung

Auf Dasselbe gehen aber zwei Ansprüche dann, wenn der durch sie zu erreichende Zweck derselbe ist¹⁰. Identität des verpflichteten Subjects ist dabei nicht erforderlich¹¹.

Die Ausübung eines Rechtes läßt regelmäßige Stellvertretung

des Anspruchs sei, sondern der Anspruch selbst, daß auch der Untergang nicht durch das bloße Zusammentreffen zweier Ansprüche (Klagen) bewirkt werde, sondern durch die Befriedigung des einen. Daß man vom Untergange der Klagen, statt von dem Untergange der Ansprüche redet, hat auch hier seine Veranlassung in der Ausdruckweise der Römer, die statt des Anspruches die actio nennt. Vgl. Windscheid die Actio re. re. mit Hierulff S. 241—268, Savigny V. §. 231—236, Wächter II. §. 67, Brinz I. §. 40, Unger II. §. 117. Eine eigene (wenig empfehlenswerthe) Schrift über diesen Gegenstand ist die von Martens: über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen (1856).

¹⁰ Diese Formel, gegen welche ich mich früher erklärt habe (an dem in der vor. Note angeführten Orte) erscheint unter den bisher vorgeschlagenen immer noch als die beste. Es kommt nicht auf den Inhalt der Willensbestimmung an, auf welche der Anspruch geht, sondern auf den Zweck, welcher durch dieselbe erreicht werden soll. Der Anspruch auf Verschaffung einer bestimmten individuellen Sache, welcher Jemandem aus einem Kaufe zusteht, wird durch die Befriedigung des Anspruchs, welchen er auf Verschaffung derselben Sache aus einer Schenkung hat, nicht beseitigt; die Verschaffung hat im ersten Fall den Zweck, ihm ein Aequivalent für das von ihm gezahlte oder zu zahlende Kaufgeld zu geben, im zweiten, ihm eine Liberalität zu erweisen. Dagegen hat der Anspruch auf Herausgabe des Besizes einer Sache denselben Zweck, mag er auf Grund des Eigenthums, oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses, z. B. eines Hinterlegungsvertrages, erhoben werden; im ersten Falle geht zwar der Anspruch zunächst auf Herstellung des dem Eigenthumsrechte entsprechenden Verhältnisses, im zweiten auf Erfüllung eines Versprechens, aber der Zweck beider Leistungen ist kein anderer, als der, daß der Berechtigte die Sache besitze. So haben ferner Ansprüche auf Ersatz eines bestimmten Schadens denselben Zweck, mögen sie auf die Delictsnatur der schädlichen Handlung, oder auf eine Vertragspflicht gegründet werden. — Keller (§. 83) will jetzt Alles auf die Identität der begründenden Thatsache bei Mehrheit der auf dieselbe passenden rechtlichen Gesichtspunkte gestellt wissen; aber wie paßt das z. B. auf rei vindicatio und actio commodati? — Für die Römer war hier eine spezielle Frage von besonderer Wichtigkeit: gehen die mehreren Ansprüche auf Strafe, welche aus einer mehrere Strafgesetze verletzenden Handlung entstehen, auf Dasselbe (Strafe) oder nicht auf Dasselbe (Strafen)? Vgl. über diese bei uns unpractische Frage l. 32. 34 pr. l. 53 pr. l. 60 D. de O. et A. 44. 7, l. 130 D. de R. I. 50. 17; Savigny V. §. 234, Bangerow III. §. 572 Anm.

¹¹ L. 5 §. 15 D. eomm. 13. 6, l. 1 §. 43 D. dep. 16. 3, l. 1 §. 10 l. 2—4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 14 §. 15 D. quod met. c. 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3.

zu; es gibt aber auch Rechte, welche durch Stellvertreter nicht ausgeübt werden können¹². Wo Stellvertretung zulässig ist, kann die Ausübung eines Rechtes einem Andern auch zu seinem eigenen Nutzen überlassen werden. Dieß ist noch in doppelter Weise möglich. Entweder so, daß der Berechtigte nur verpflichtet ist, die an und für sich ihm zustehende Ausübung seines Rechtes einem Andern zu gestatten; oder so, daß der Andere ein eigenes, folglich auch gegen Dritte geltend zu machendes, Recht zur Ausübung des fremden Rechtes hat. In diesem Falle ist das fremde Recht, die unkörperliche Sache, in derselben Weise Gegenstand eines Rechts, wie die fremde körperliche Sache Gegenstand eines Rechts sein kann¹³.

II. Rechtsverletzung.

§. 122.

Verletzt ist ein Recht, wenn demselben der tatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten nicht entspricht; eine Rechtsverletzung begeht derjenige, durch welchen der tatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist. Je nach dem das Recht (der Anspruch) auf ein Thun oder Nichtthun geht, besteht die Rechtsverletzung in einem Nichtthun oder Thun¹. Daß der Berechtigte den Willen, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, besonders an den Tag gelegt habe, ist Bedingung der Rechtsverletzung nicht, wohl, daß er den Willen an den Tag gelegt habe, von seinem Rechte gerade jetzt Gebrauch zu machen².

¹² Zu allgemeinen o. 68 de R. I. in VI^o. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“.

¹³ Dieses Verhältniß, welches nicht immer gehörig erkannt, oder doch nicht gehörig hervorgehoben wird, findet namentlich Statt bei der Veräußerung des Nießbrauchs und (nach römischem Rechte) der Forderungsrechte, und bei der Verpfändung unkörperlicher Sachen. S. diese Lehren.

¹ Beispiele: Jemand entzieht dem Eigenthümer den Besitz seiner Sache; auf einem Grundstück, welches mit einer das Bauen verbietenden Dienstbarkeit belastet ist, wird ein Gebäude errichtet; der Schuldner befriedigt seinen Gläubiger zur Verfallzeit nicht.

² Oder mit andern Worten: Aufschieben des Sichineinklangehens mit dem Rechte ist Rechtsverletzung nur dann, wenn der Berechtigte erklärt hat, er wolle keinen Aufschub; Sichinwiderspruchsetzen mit dem Rechte ist Rechtsverletzung unter allen Umständen. Daß der Berechtigte ein solches Sichin-

Die Folge der Rechtsverletzung ist, daß der Verletzte von dem Verlezer Wiederaufhebung der Verletzung verlangen kann; das Recht gestaltet sich durch seine Verletzung zum Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung. Dieser Anspruch kann in seinem practischen Gehalt möglicherweise mit dem verletzten Rechte ganz zusammenfallen, möglicherweise kann sein practischer Gehalt ein anderer oder doch ein weitergehender sein³. Wird die Befrie-

widerpruchsetzen nicht wolle, ist selbstverständlich; daß er auch keinen Aufschub des Sichineinklangehens wolle, ist nicht selbstverständlich. So wenigstens das römische Recht; Beweis dafür ist die Lehre vom Verzug (s. das Obligationenrecht). Zu bemerken ist aber, daß die Erklärung des Berechtigten, gerade zu dieser Zeit von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, auch stillschweigend und auch im Voraus abgegeben werden kann. Nach dem Gesagten hat die Verletzung des dinglichen Rechtes eine Erklärung des Berechtigten, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, nie zur Voraussetzung. Denn kraft des dinglichen Rechtes kann von Andern nur ein negatives Verhalten verlangt werden, Nichtstörung der dinglichen Herrschaft; wer aber kraft eines Rechts zu einem Nichtthun verpflichtet ist, befindet sich mit dem Rechte entweder in Einklang, so lange er nicht thut, oder in Widerspruch, wenn er gegen die Vorschrift thätig wird. Aus demselben Grunde ist eine Erklärung des Berechtigten nicht erforderlich bei Forderungsrechten (obligatorischen Ansprüchen), welche auf ein Nichtthun gehen. Aber auch bei solchen, welche auf ein Thun gerichtet sind, ist eine Erklärung dann nicht erforderlich, wenn das Thun unter gewissen vorübergehenden Umständen zu geschehen hatte, z. B. Jemand sollte bei einer Auction etwas ansteigern; hier ist das Nichtthun nicht Aufschieben, sondern Bereitelung der Befriedigung des Anspruchs. So ist also eine Erklärung des Berechtigten nur bei solchen Ansprüchen erforderlich, welche auf ein trotz des Nichtthuns immer noch möglich bleibendes Thun gehen; dabei macht es aber auch keinen Unterschied, ob der Anspruch ein dinglicher oder ein obligatorischer ist. Auch die Nichterfüllung des auf ein solches Thun gerichteten dinglichen Anspruchs ist Unrecht, Rechtsverletzung, nicht ohne daß der Berechtigte eine Zeit für seine Befriedigung bestimmt hat und diese verstrichen ist. Man unterscheidet also zwischen der Verletzung des dinglichen Rechtes (z. B. des Eigentums durch den Besitz eines Andern) und der Verletzung des dadurch erzeugten Anspruchs auf Wiedereigentum der Verletzung (in dem angegebenen Falle auf Herausgabe der Sache); die letztere setzt eine besondere Erklärung des Eigenthümers voraus, nicht die erstere. — Der Begriff der Rechtsverletzung hat bisher die Theorie noch weniger beschäftigt, als wünschenswert wäre. Das Eingehendste darüber findet sich bei Unger II. §. 109, der aber weder scharf genug zwischen dem Sichinwiderspruchsetzen mit dem Rechte und dem Aufschieben des Sichineinklangehens, noch m. A. richtig zwischen den verschiedenen Klassen der Rechte unterscheidet. Vgl. auch Demelius Untersuchungen S. 146 fg.

³ Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, der ihn nicht zur

bigung dieses Anspruchs verweigert, so kann sich der Berechtigte klagend an den Staat wenden, und von demselben verlangen, daß er den Verpflichteten zur Befriedigung des Anspruchs zwingt; sein Recht gestaltet sich zum Klagerecht⁴.

rechten Zeit befriedigt hat, geht, wenn der Schuldner nicht in Verzug ist, genau auf dasselbe, wie das Recht oder der Anspruch, der vor der Nichtbefriedigung vorhanden war; er geht auf Befriedigung. Ist der Schuldner in Verzug, so geht er auf Befriedigung und Leistung des Interesse wegen der zu späten Befriedigung. Der Anspruch des Eigentümers gegen denjenigen, der ihm seine Sache vorenthält, geht auf etwas ganz Anderes, als das dingliche Recht, woraus er entstanden ist; dieses hat zum Inhalt die Beherrschung einer Sache, jener Anspruch enthält eine Forderung gegen die Person des Besitzers auf Herausgabe der Sache und die damit zusammenhängenden Leistungen.

⁴ Das Klagerecht in diesem Sinne ist ein Recht gegen den Staat. Man kann unter Klagerecht aber auch ein Recht gegen den Gegner verstehen, die Befugniß, durch Klage zu verfolgen, was man von ihm in Anspruch nimmt. Vgl. Windscheid die Actio, Abwehr zc. zc. §. 11. 12. In dem einen und dem anderen Sinne ist das Klagerecht nicht eher begründet, bis der Wille des Verpflichteten sich mit dem Willen des Berechtigten in directe Opposition gesetzt, bis der Verpflichtete erklärt hat, dem Anspruche des Berechtigten nicht Genüge leisten zu wollen; klagt der Berechtigte früher, so wird zwar, wenn der Beklagte jetzt Widerspruch entgegensezt, dadurch seine Klage hinterher zu einer begründeten, erklärt aber der Beklagte, daß er gar nicht gesonnen sei, sich seiner Leistungspflicht zu entziehen, so wird die Klage abgewiesen, und der Gegner in die Kosten verurtheilt; das Letztere würde nicht der Fall sein, wenn seine Klage begründet gewesen wäre. Vgl. Windscheid die Actio zc. zc. S. 222. Wenn die Kläger dem Berechtigten 'actio' auch vor der Verweigerung der Befriedigung seines Anspruchs, ja vor der Rechtsverletzung zuschreiben, so erklärt sich dieß daraus, daß sie als actio den rechtlich anerkannten Anspruch überhaupt bezeichnen, daß für sie 'Gerichtsanspruch' der Ausdruck ist für 'Rechtsanspruch' (§. 44). Indem die Neueren dieß weniger verkennen, als nicht genügend beachten, nehmen sie auch für das heutige Recht ein concret begründetes Klagerecht (im Gegensatz des abstracten oder eventuellen; gegen diesen Begriff mit unzureichenden Gründen Beller Jahrb. d. gem. R. IV. 6) wenigstens sofort nach der Rechtsverletzung an, theilweise auch schon bei Nichtbefriedigung des Forderungsrechtes, die dann aber auch wohl mit der Rechtsverletzung identificirt wird. Vgl. über die verschiedenen Ansichten, die sehr aus- und durcheinander gehen Haffe d. S. Rhein. Mus. VI. S. 1 fg., Thon Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. S. 36 fg., Kieruff I. §. 9. 11, Savigny V. §. 205. 239, Sintonis I. §. 29. 31, Puchta §. 81. 90 und Vorl. dazu, Wächter II. S. 413. 807, Bangerow Arch. f. civ. Pr. XXXIII. S. 295 fg. und Pand. I. S. 249 fg., Böcking §. 131 a., Demelius Unters. Nr. 2, Arnolds §. 96. 107, Brinz I. §. 48, Unger II. §. 113. 116. Das practisch Wichtige ist 1) daß folgende Scala richtig erkannt werde: a) Recht mit dem demselben

Der Staat gewährt aber Rechtshilfe nicht auf einseitiges Anrufen des Klägers; er hört vorerst den Beklagten. Behauptet dieser nun, daß das Recht auf seiner Seite und nicht auf der des Klägers sei, so tritt darüber eine Verhandlung ein. Das aus dieser Verhandlung sich ergebende Resultat wird in einem Urtheile zusammengefaßt, und nur wenn dasselbe dem Kläger günstig ist, wird gegen den auch jetzt noch widerspenstigen Beklagten Zwang, die Execution, verhängt⁵. — Die Organe, durch welche der Staat zum Zwecke der Realisirung der Rechtshilfe thätig wird, sind die Gerichte; die Gesamtheit der zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Acte nennen wir den Proceß. — Der Proceß muß sich nach gewissen Regeln bewegen; davon ist hier nicht zu reden. Der Proceß hat aber auch Wirkungen nach der Seite des materiellen Rechtes; diese Wirkungen gehören hierher (§. 124—132). Nur eine Lehre des Processes gibt es, welche aus einem unten anzugebenden Grunde hier nicht ganz übergangen werden kann, die Lehre vom Beweise (§. 133).

Vor Allem diesem ist aber noch ein anderer Punkt zu erörtern, das Verbot der Selbsthilfe.

III. Verbot der Selbsthilfe*.

§. 123.

Wer in einem Rechte verletzt ist, oder verletzt zu sein glaubt, muß sich um Hülfe an den Staat wenden; er darf sich nicht

entsprechenden Anspruch, b) Nichtbefriedigung dieses Anspruchs, c) Nichtbefriedigung, trotz dem, daß er befriedigt sein sollte (Rechtsverletzung), d) Weigerung, die Rechtsverletzung wieder gut zu machen; 2) daß die römischen Grundsätze von der actio richtig angewandt werden, und hier hängt Alles von der Einsicht ab, daß die actio eine Rechtsverletzung nicht voraussetzt.

⁵ Möglicherweise kann das Gericht bloß zu dem Ende angerufen werden, um einen zwischen den Partheien streitigen Punkt fest zu stellen. Auch in diesem Falle wird heutzutage der Ausdruck 'Klage' gebraucht, obgleich hier Hülfe gegen wiederfahrenes Unrecht nicht angerufen wird. Besser paßt der römische Ausdruck actio (actio praeiudicialis), insofern actio zunächst gerichtliche Verfolgung im Allgemeinen bezeichnet. — Von noch anderer Art ist die Anrufung des Gerichts zu dem Ende, daß es eine eingetretene rechtliche Wirkung wieder ansche (in integrum restitutio, querela inofficiosa). Für diesen Fall ist der Ausdruck Klage heutzutage nicht durchweg üblich; bei der Wiedereinsetzung spricht man von 'Imploration'.

* Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 21 (1828), Bensey Rhein. Mus.

selbst helfen. Die Selbsthilfe widerspricht dem Wesen der staatlichen Ordnung; sie unterwirft den Schwächeren dem Irrthum und dem bösen Willen des Stärkeren. Daher ist sie als solche unerlaubt¹. Während aber das römische Recht dieß im Allgemeinen anerkennt², indirekt auch dadurch, daß es die Selbstvertheidigung ausdrücklich für erlaubt erklärt³, hat es doch nachtheilige Folgen nicht an die Selbsthilfe überhaupt, sondern nur an die hauptsächlichsten Formen derselben angeknüpft; im Uebrigen überläßt es sie sowohl in civilrechtlicher als criminalrechtlicher Beziehung den allgemeinen Bestimmungen über Eigenmacht, widerrechtlichen Zwang und Gewaltthätigkeit⁴. — Auf die Selbsthilfe als solche beziehen sich folgende Bestimmungen⁵.

1) Der Gläubiger, welcher zum Zwecke seiner Befriedigung Sachen seines Schuldners wider dessen Willen und ohne richterliche Erlaubniß fortnimmt, oder den Schuldner zur Hingabe von solchen Sachen zwingt, verliert sein Forderungsrecht⁶. Dieser Satz ist auf den Fall ausgedehnt worden, wo der Gläubiger an den Sachen eines Dritten oder an den Kindern seines Schuldners

VII. 1 (1836), Sartorius Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 1 (1845), Wächter II. §. 61, Unger II. §. 111.

§. 123. 1 A. M. Puchta Pand. §. 80 und Vorles. dazu. Vgl. auch Briegleb Jurmar. Prozesse S. 182 fg., 370 fg.

² L. 9 C. sol. matr. 5. 18; vgl. l. 176 pr. D. de R. l. 50. 17.

³ L. 1 §. 4 l. 3 D. de I. et l. 1. 1, l. 4 pr. l. 29 §. 1 l. 45 §. 4 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 1 §. 27. 28 l. 3 §. 9 l. 17 D. unde vi 43. 16, l. 1 C. quando liceat 3. 27, l. 1 C. unde vi 8. 4, c. 18 X. de homic. 5. 12. Vgl. l. 29 §. 3 l. 49 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 §. 4 D. quod vi 43. 24, l. 3 §. 7 D. de incoad. 47. 9.

⁴ Interdictum unde vi, interdictum uti possidetis, interdictum quod vi aut clam, actio quod metus causa, crimen vis.

⁵ Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Strafen s. Seuff. Arch. V. 248. IX. 158. X. 5. XII. 4; aber auch Seuffert Pand. §. 36 Note 6.

⁶ Dieser Satz beruht auf einer Entscheidung des Kaisers Marc Aurel, und ist daher bekannt unter dem Namen des decretum D. Marci. Er kommt in den Quellen zweimal vor, in einer engeren und in einer weiteren Gestalt (hingekommen ist die Erwähnung des Zwanges), l. 7 D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7, l. 13 D. quod met. causa 4. 2, l. 12 §. 2 eod. Unter Sachen des Schuldners sind nicht bloß solche zu verstehen, deren Eigenthümer er ist, sondern alle, an deren Behalten er ein Interesse hat, arg. l. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47. 8, Bensey S. 22—25. Gewalt bei der Wegnahme ist nicht erforderlich, Seuff. Arch. V. 248. X. 5.

sich Recht zu verschaffen versucht⁷. Das Forderungsrecht geht ganz unter, ohne daß eine natürliche Verbindlichkeit übrig bliebe⁸.

2. In gleicher Weise verliert der Eigenthümer, wenn er seine in fremdem Besitze befindliche Sache dem Besitzer wegnimmt, sein Eigenthumsrecht an den Besitzer. Ist der Wegnehmende gar nicht Eigenthümer, so wird er um den Werth der Sache gestraft⁹.

Erlaubt ist die Selbsthilfe, wenn ohne dieselbe ein unwiederbringlicher Verlust entstehen würde¹⁰, so wie nach deutschrechtlichen Grundfägen soweit das f. g. Pfändungsrecht reicht¹¹.

⁷ Nov. 52 c. 1, 134 c. 7.

⁸ Das Gegentheil behaupten Bensey S. 14, Sartorius S. 4, Schwapert naturalis obl. S. 474 auf Grund der l. 19 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Allerdings heißt es hier ganz allgemein: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet“. Aber die Anwendung solcher abstracter Ansprüche der Quellen auf Fälle, für welche ein besonderer Anhalt nicht vorliegt, erscheint äußerst bedenklich (man denke z. B. an das „errantis nulla voluntas est“ [§. 78 Note 1] und an l. 7. 8 D. de I. et F. l. 22. 6 [§. 79 Note 14]); der Verf. jener Stelle hatte ohne Zweifel die Vorschrift des SC. Macedonianum im Auge. — Bei Obligationen aus zweiseitigen Verträgen entsteht die besondere Frage, ob der Schuldner, welcher durch die gegen ihn geübte Selbsthilfe frei geworden ist, die Gegenleistung fordern könne (Vangerow §. 133 Anm.), oder nicht (Durchardi Arch. f. civ. Pr. XVIII. 16). Man muß unterscheiden, ob die Selbsthilfe gerichtet war auf Leistung gegen Gegenleistung (z. B. auf Zahlung des Kaufpreises unter Anbieten des Kaufgegenstandes, wie in dem von Durchardi a. a. D. angeführten Fall), oder auf Leistung schlechthin (z. B. Zahlung des Kaufpreises). Im ersten Fall verliert der Gläubiger auch nur das Recht auf Leistung gegen Gegenleistung, d. h. der Schuldner ist zwar an den Vertrag nicht mehr gebunden, aber er kann aus demselben nicht fordern, ohne seinerseits zu leisten; im zweiten Fall verliert der Gläubiger das Recht auf Leistung schlechthin, d. h. der Schuldner braucht aus dem Vertrage nicht zu leisten, und kann doch aus demselben fordern, bez. behalten, was er bereits erlangt hat. Diese Unterscheidung ist zwar in l. 50 D. de A. E. V. 19. 1 nicht gemacht; aber es ist auch eine unbewiesene Annahme, daß dieselbe sich auf die Strafe der Selbsthilfe beziehe oder mitbeziehe. Vgl. Keller Jahrb. d. gem. R. IV. S. 355.

⁹ Dieser Satz beruht auf einer Constitution von 389, l. 7 C. unde vi 8. 4. Vgl. l. 10 eod., §. 1 I. vi bon. rapt. 1. 2, §. 6 I. de interd. 4. 15.; c. 18 de praeb. in VI^o 4. 3, R. G. D. 1521 Tit. 32 §. 2, R. A. 1532 Tit. 3 §. 15. Seuff. Arch. IX. 158.

¹⁰ L. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

¹¹ Das deutsche Rechtsbewußtsein war von jeher der Selbsthilfe weit weniger abgeneigt, als das römische; das genannte Pfändungsrecht ist das

IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses*.

A. Der Beginn des Processes**.

§. 124.

Schon der Beginn des Processes übt einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten aus. Dieser Einfluß zeigt sich vorzugsweise in einer Steigerung des klägerischen Anspruchs. Hiervon wird in diesem §. die Rede sein, von den anderen civilrechtlichen Wirkungen des Proceßbeginnes im folgenden.

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs macht sich geltend nach einer doppelten Richtung. Einmal wird durch den Proceßbeginn der Anspruch fähig gemacht, Einflüssen zu widerstehen, denen er sonst unterliegen würde; sodann erweitert sich sein Umfang. In der einen und der andern Richtung ist jedoch die Steigerung des Anspruchs keine absolute, d. h. sie findet nur Statt für diesen Proceß und die in demselben erfolgende Verurtheilung; kommt es in diesem Prozesse zu einer Verurtheilung nicht, so ist der Anspruch für einen später etwa zu erhebenden Proceß nur so vorhanden, wie er vorhanden sein würde, wenn der Proceß gar nicht geführt worden wäre¹.

lechte Ueberbleibsel dieses Zuges. S. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Beseler I. §. 55, Serber §. 68—71, Bluntzschli §. 102. 103.

* Keller über Litiscontestation und Urtheil nach klassischem römischem Recht (1827). Wächter II. §. 71—73, und Erörterungen 3. Heft (1846). Buchta die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. 2 Bde. (1846. 1847). Savigny System 6. B. (1847).

** Vgl. außer den zuvor citirten Schriftstellern Kierulff S. 270—284, Fangerow I. S. 277—294, Unger II. §. 127. 128, Wetzell Civilproceß §. 14, Windscheid die Actio rc. §. 8. 9.

§. 124. ¹ Es liegt ungemein nahe, dieß so auszudrücken, daß man sagt, durch den Beginn des Processes verwandele sich der klägerische Anspruch in einen Condemnationsanspruch, für den dann besondere Grundfläche maßgebend seien. Hiergegen ist aber Zweierlei zu erinnern. 1) Unter Condemnationsanspruch wird man nicht gut etwas Anderes verstehen können, als einen Anspruch auf

Die Steigerung des klägerischen Anspruchs, von welcher hier die Rede ist, hat ihren Grund hauptsächlich in folgender Betrachtung:

Condemnation; einen Anspruch auf Condemnation hat aber der Kläger nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Richter, und die Einmischung dieses publicistischen, nicht privatrechtlichen, Begriffs ist verwirrend. Will man auch hiervon absehen, so ist doch jedenfalls 2) die Vorstellung abzuweisen, als erfolge die Condemnation des Beklagten, wenn sie erfolgt, nicht auf Grund des ursprünglichen, sondern auf Grund eines durch den Beginn des Processes neu entstandenen Anspruchs; der Beklagte wird verurtheilt, weil der von dem Kläger in den Proceß eingeführte Anspruch begründet ist, nicht weil durch den Proceß eine besondere Verpflichtung, sich verurtheilen zu lassen, für ihn entstanden wäre. Will man also eine Ver wandelung annehmen, so hat man sich darunter auch nur eine solche zu denken, welche das Alte, indem sie es in seiner Substanz unberührt läßt, bloß ändert, nicht aber eine solche, welche an die Stelle des Alten ein Neues setzt; mit anderen Worten, nicht sowohl eine Ver wandelung, als eine Veränderung. — Für das classische römische Recht war die Idee der Ver wandelung durch folgenden Umstand noch näher gelegt. Nach classischem römischem Recht konnte ein Anspruch nicht zweimal den Gegenstand eines Processes bilden: de eadem re ne bis sit actio (Keller prozessualische Consumption §. 3). Wurde er in einem zweiten Prozesse geltend gemacht, so konnte, welches auch das Schicksal des ersten Processes gewesen sein mochte, der Beklagte sich in gewissen Fällen mit der einfachen Negation seiner Existenz, in anderen mit einer Einrede (*exceptio rei in iudicium deductae*) vertheidigen (Gai. III. 180. 181. IV. 106—108). Wer also über einen Anspruch Proceß erhoben hatte, erhielt aus demselben ganz gewiß nur, was ihm in diesem Prozesse zugesprochen wurde, in jeder anderen Beziehung hatte er ihn verloren; er hatte den Anspruch nur noch innerhalb dieses Processes, nicht mehr außerhalb desselben. Von da bis zu dem Satze: er hat den alten Anspruch gar nicht mehr, aber statt desselben einen neuen, war ein leicht zu machender Schritt, und so sehen wir denn auch im römischen Recht in der That die Vorstellung der Novation auftreten. Freilich auch nur die Vorstellung; Konsequenzen werden daraus nicht gezogen. Vgl. Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46. 2; auch l. 2 §. 8 D. de her. vend. 18. 4. Wenn die Quellen in dem Proceßbeginne sogar ein „*contrahere*“ erblicken (l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1, l. 22 D. de tutelae 27. 2), so muß man sich nur erinnern, in wie weitern und unbestimmtem Sinn sie diesen Ausdruck gebrauchen (vgl. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 1 D. de rol. 11. 7, l. 3 §. 3 l. 4 D. quib. ex caus. 42. 4, l. 13 §. 3 C. de iud. 3. 1). Im Justinianischen Rechte ist die negative Wirkung des Proceßbeginnes abgestorben, obgleich nicht alle Spuren derselben aus der Compilation getilgt worden sind (vgl. Windscheid die Actio rc. S. 65. 66). Die auch heutzutage geltende s. g. *exceptio litis pendens* hat einen ganz andern Sinn, als die *exceptio rei in iudicium deductae*; sie macht geltend, daß derselbe Anspruch nicht in zwei Processen zu gleicher Zeit verfolgt werden dürfe. — Die neueren Schriftsteller nehmen es mit der Idee der in dem Proceßbeginne

tung. Der Kläger, dessen Anspruch begründet ist, kann eigentlich verlangen, daß ihm sogleich zu dem Seinigen geholfen werde. Dieß ist aber wegen der durch den Widerspruch des Beklagten nothwendig gewordenen Verhandlung und richterlichen Prüfung nicht möglich; dieselbe nimmt immer eine gewisse, und oft eine geraume Zeit in Anspruch. Soll dadurch der Kläger Nachtheil haben? Offenbar ist dieß unbillig, und so erscheint es als das Rechte, daß der Beklagte, wenn es zum Urtheil kommt, dem Kläger auf Alles condemnirt werde, was derselbe gehabt haben würde, wenn er sogleich zur Zeit des erhobenen Processes befriedigt worden wäre. Das römische Recht spricht denn auch diesen Satz wirklich aus², ist jedoch weit davon entfernt, denselben unbedingt durchzuführen. In der That würde eine unbedingte Durchführung desselben eine gleiche Unbilligkeit für den Beklagten enthalten, wie diejenige ist, gegen welche er den Kläger zu schützen bestimmt ist. Wenn es recht ist, daß der Kläger keinen Nachtheil davon habe, daß er den Proceß führen muß, ist es denn recht, daß der Beklagte einen Nachtheil davon habe, daß er sich gegen einen Anspruch vertheidigt, den er für unbegründet hält? Dieß führt zu folgender Vermittelung. Der Beklagte haftet auf das, was der Kläger bei sofortiger Befriedigung gehabt haben würde, nur 1) wenn er sonst lediglich durch die Fortdauer des Processes einen Gewinn machen würde³, 2) wenn ihn eine Schuld trifft. In letzterer Beziehung ist aber zu bemerken, daß gerade durch den Proceß eine Schuld begründet sein kann, welche ohne den Proceß nicht vorhanden sein würde. Und zwar

liegenden Umwandlung des klägerischen Anspruchs, theils für das römische Recht, theils auch für das heutige, mehr oder minder ernst. Vgl. Keller §. 8—14, Rierulff S. 274 fg., Buchta §. 1—7. 12—14. 18—21, Wächter Erdr. S. 1—61, Savigny §. 258, Keller die processualische Consumption im classischen römischen Recht (1853), Wegell Civitproceß §. 14, Windscheid die Actio re. §. 8. 9, Unger II. S. 527—531, Sintonis I. §. 30 Note 6.

² Ein kürzerer Ausdruck dafür ist: es müsse dem Kläger *causa rei* geleistet werden. S. §. 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 §. 1 l. 20 D. de R. V. 6. 1, l. 31 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 35. 75 D. de V. 8. 50. 16.

³ L. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1; — „lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coepit, facere non debet“. L. 35 §. 1 eod.

gehört dahin noch ein Doppeltes. a) Der Beklagte, welcher von seinem Unrecht überzeugt ist und den Proceß dennoch führt, ist eben dadurch in Schuld, daß er den Proceß überhaupt führt⁴. b) Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muß nach dem Beginn des Processes sich wenigstens das zum Bewußtsein bringen, daß er trotz seiner redlichen Ueberzeugung doch möglicherweise Unrecht haben könne; er darf daher den Proceßgegenstand, welcher ihm doch immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr darüber verfügen und ihn nicht mehr vernachlässigen, er ist dafür verantwortlich wie für einen fremden⁵.

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich im Einzelnen folgende Regeln.

1) Nach dem Beginne des Processes erstreckt sich der klägerische Anspruch auch auf die Früchte des Proceßgegenstandes. Unbedingt auf diejenigen, welche der Beklagte zur Zeit des Urtheils noch hat. Was diejenigen angeht, welche er zur Zeit des Urtheils nicht mehr hat, so ist zu unterscheiden zwischen dem unredlichen und dem redlichen Beklagten. Der erste haftet für die Früchte, welche er nicht mehr hat, wenn der Kläger, falls er ohne Proceß befriedigt worden wäre, dieselben oder ihren Werth jetzt haben würde; der redliche Beklagte haftet nur dann, wenn er sie in Folge seiner Absicht oder seiner Nachlässigkeit nicht mehr hat. Für die nicht gezogenen Früchte haftet der unredliche Beklagte, wenn der Kläger, der redliche, wenn er selbst bei Anwendung

⁴ Er ist in (schuldhaftem) Verzug, und muß daher nach den Grundsätzen vom Verzuge dem Kläger sein Interesse prästiren. „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“, l. 82 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Das gilt in gleicher Weise von dinglichen, wie von persönlichen Ansprüchen. Vgl. Windscheid Heib. krit. Zeitschr. III. S. 259.

⁵ Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß, wenn die Quellen geradezu sagen, durch den Proceßbeginn werde das redliche Bewußtsein des Beklagten in ein unredliches verwandelt (l. 20 §. 11 l. 25 §. 7 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de fructib. 7. 51, vgl. jedoch über diese letztere Stelle Savigny VI. §. 264 h.), damit jedenfalls zu viel gesagt ist. Vielleicht ist es auch nicht im allgemeinen Sinne gemeint, sondern hat eine spezielle Beziehung auf ein antiquirtes Rechtsverhältniß (die *improba usucapio pro heredo*). Vgl. namentlich Savigny VI. S. 84 fg. Eine richtige Bezeichnung des Verhältnisses findet sich in l. 10 C. de poss. 7. 32: — „ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet et dubitet“.

gehöriger Sorgfalt sie hätte ziehen können⁶. Den Früchten steht der sonstige Zuwachs der Sache gleich⁷.

2) In gleicher Weise wie in Betreff der Früchte und des Zuwachses ist auch zu unterscheiden, wenn der Prozeßgegenstand selbst zur Zeit des Urtheils nicht mehr, oder nicht mehr in unterlehrtem Zustande in den Händen des Beklagten, und

⁶ Die Stellen, welche von der Verhaftung des Beklagten für Früchte handeln, sagen zum Theil nur ganz im Allgemeinen, daß die Früchte, oder die gezogenen Früchte herausgegeben werden müssen, so §. 2 in. I. de off. iud. 4. 17. l. 17 §. 1. l. 20 l. 36 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 6. 7 D. ad exh. 10. 4, l. 5 §. 5 D. si usufr. 7. 6, l. 16 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 2. 38 §. 7 D. de usur. 22. 1. Diejenigen, welche nähere Bestimmungen enthalten, wie §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 33. 62 D. de R. V. 6. 1, l. 4 §. 2 D. An. reg. 10. 1, l. 19 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 1 §. 1 C. de H. P. 3. 31, l. 5. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 2 C. de fruct. 7. 51, sagen nichts davon, daß der unredliche Besitzer auch für die durch Zufall, und jeder Besitzer für die durch seine Nachlässigkeit verlorenen Früchte hafte. Aber das in dieser Beziehung für die Hauptsache Geltende (Note 8. 9) ist auf die Accessionen ohne Weiteres zu übertragen. Was die im Texte bezeichnete Verhaftung des unredlichen Besitzers für die versäumten Früchte (nicht bloß die nicht geernteten, wie Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 fg. will, sondern auch die nicht erzeugten, vgl. Wächter Erörter. I. S. 64—68, Schmid Pandbuch des gem. R. I. §. 15 Note 108, Vangerow I. S. 745) angeht, so ist dieselbe eine unmittelbare Consequenz des Satzes, daß der Verzug zur Leistung des vollen Interesses verpflichtet, eine Consequenz, welche in l. 62 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 39 §. 1 D. de leg. I. 30, vgl. l. 4 C. unde vi 8. 4, ausdrücklich anerkannt ist. Allerdings wird in anderen Stellen auch von dem unredlichen Besitzer gesagt, er hafte für diejenigen Früchte, welche er hätte ziehen sollen, nicht: welche der Kläger hätte ziehen können (l. 5 C. de R. V. 3. 32, §. 2 I. de off. iud. 4. 17, cf. l. 1 C. Th. de fruct. 4. 18); aber es liegt auf der Hand, daß hier die engere Bestimmung aus der weitergehenden corrigirt werden muß, und nicht umgekehrt. N. M. namentlich Savigny VI. S. 113; Literaturangaben bei Vangerow I. S. 745, Unger I. §. 56 Note 27, hinzuzufügen Rommensen Mora S. 230—233. — Zu den Früchten gehören namentlich auch die Zinsen (§. 144 Note 4), und daher haftet auch für diese der Beklagte, selbst wenn er nicht in Verzug ist, soweit die Gewinnung derselben ihm zugemuthet werden konnte (l. 34 D. de usur. 22. 1. l. 1 §. 1 C. de P. H. 3. 31, l. 20 §. 11 D. de H. P. 5. 3, l. 1. 2 C. de us. et. fr. 6. 47). Mit Unrecht wird dieß von Einigen (Wächter Erörter. II. S. 54. III. S. 106, Wetzel Civilproz. I. §. 14 Note 55) bestritten. Vgl. namentlich Savigny VI. §. 268—271 (über l. 62 pr. D. de R. V. das. S. 151—154). Seuff. Arch. II. 148. III. 17. V. 261. VII. 291.

⁷ L. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 §. 1. l. 20. 34 D. de R. V. 6. 1, l. 5 §. 5 D. si usufr. 7. 6, l. 9 §. 7 D. ad exh. 10. 4.

im Allgemeinen, wenn die Leistung oder die vollständige Leistung des zu Leistenden dem Beklagten zur Zeit der Leistung unmöglich ist. Der redliche Beklagte haftet auf Schadenersatz, wenn seine Absicht oder seine Nachlässigkeit der Grund der Unmöglichkeit ist⁸, der unredliche Beklagte haftet auch für den Zufall, wenn bei rechtzeitiger Befriedigung der Kläger entweder von dem Zufall nicht betroffen worden wäre, oder die empfangene Leistung vorher in ihren Werth umgesetzt haben würde⁹. — Nach denselben Grundsätzen ist zu entscheiden, wenn während des Processes eine Preiserminderung des Prozeßgegenstandes eintritt. Da der Beklagte an derselben nicht Schuld ist, so haftet er für dieselbe nur im Falle der Unredlichkeit, aber, da sie beim Kläger, wenn dieser so gleich befriedigt worden wäre, ebenfalls eingetreten sein würde, auch in diesem Falle nur, wenn der Kläger vor Eintritt der Preiserminderung den Prozeßgegenstand in seinen Werth umgesetzt haben würde¹⁰.

3) Im älteren römischen Recht gab es noch einen andern

⁸ L. 21. 33. 36 §. 1 l. 51 D. de R. V. 6. 1.

⁹ L. 15 §. 3 l. 16 pr. l. 17 §. 1 l. 1. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 §. 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 14 §. 11 D. quod met. causa 4. 2. Von dem Falle der Unredlichkeit des Beklagten handeln auch, obgleich sie es nicht ausdrücklich sagen, l. 12 §. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 12 §. 3 l. 14 §. 1 D. dep. 16. 3. — Der Kläger braucht nicht zu beweisen, daß er bei rechtzeitiger Befriedigung von dem Zufall nicht betroffen worden wäre; der Beklagte hat nur das Recht, seinerseits zu beweisen, daß der Kläger von demselben betroffen worden wäre. Gegen diesen Beweis kann sich dann der Kläger wieder dadurch schützen, daß er den Beweis führt, er würde die betreffende Sache vor dem Eintritt des Zufalls in ihren Werth umgesetzt haben. Die Behauptungen stehen sich hier folgenbermaßen gegenüber; 1) ich habe die Sache ohne meine Schuld verloren; 2) aber beim Beginn des Processes, wo es keine Pflicht war, sie mir herauszugeben, hastest du sie noch; 3) aber du würdest sie nicht behalten haben; 4) aber ich würde sie, ehe sie mir verloren gegangen wäre, verwerthet haben. Die Quellen sagen dieß zwar nicht ausdrücklich, aber sie widerprechen auch nicht; vgl. außer den oben citirten Stellen noch l. 47 §. 6 D. de leg. I. 30. Doch gehen die Ansichten hier auseinander; vgl. Savigny VI. §. 274, Rommensen Lehre von der Mora §. 20, Vangerow III. §. 588 Anm. 3, Windscheid Heibelb. krit. Zeitschr. III. S. 261—263.

¹⁰ Was auch hier der Kläger beweisen muß. Die Entscheidungen der Quellen (vgl. l. 3 §. 3 l. 21 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1) stehen mit dem im Texte Gesagten nicht in Widerspruch. In der Lehre von der Mora ist näher auf die Frage einzugehen.

hierher gehörigen Satz¹¹, nämlich den, daß der Beginn des Processes den Anspruch gegen die Einwirkung einer erst später vollendeten Verjährung schütze¹². Im Justinianischen Recht wird durch die Erhebung des Processes eine jede Verjährung unterbrochen¹³, d. h. der Proceß bewirkt nicht mehr, daß die vollendete Verjährung nicht schadet, sondern daß die begonnene Verjährung nicht vollendet werden kann¹⁴. —

Dagegen hat nicht in den oben entwickelten Grundsätzen ihren Ursprung diejenige Steigerung des klägerischen Anspruchs, welche sich darin zeigt, daß gewisse an und für sich an die Person geknüpfte Ansprüche nach dem Beginn des Processes auf und gegen die Erben übergehen¹⁵.

¹¹ Doch gehörte dieser Satz nicht in seinem ganzen Umfange hierher, s. Note 15 a. C.

¹² §. 3 I. de off. iud. 4. 17, 1. 18—21 D. de R. V. 6. 1, 1. 35 D. de V. S. 50. 16, 1. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5.

¹³ Anerkannt ist dieß für die Anspruchsverjährung (§. 107 Note 5); aber auch für die übrigen Verjährungen muß es behauptet werden, obgleich es hier freilich sehr bestritten ist. S. §. 180 Note 7, §. 213 Note 4, §. 216 Note 12.

¹⁴ Dieser Gegensatz ist auch kein bloß formaler, sondern es knüpft sich eine wichtige practische Folge an denselben an. Gegen die Einwirkung der vollendeten Verjährung schützte nämlich der Proceß den Anspruch nur für das in diesem Prozesse erfolgende Urtheil; die Unterbrechung der Verjährung, welche in demselben liegt, wirkt für alle Zeiten. Vgl. 1. 1 C. de praeser. 1. t. 7. 33.

¹⁵ §. 1 I. de corp. et temp. act. 4. 12, 1. 8 §. 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, 1. 26. 58 D. de O. et A. 44. 7, 1. 29 D. de nov. 46. 2, 1. 139 pr. 1. 164 D. de R. I. 50. 17. Es ist dieß eine positive Bestimmung des römischen Rechtes, zurückweisend darauf, daß der Prätor in gewissen Fällen zwar actionem versprochen hatte, aber nicht heredi oder in herodem. Die gewährte actio (das niedergelegte iudicium) erfaßte also auch den Erben. Insofern der prätorische Anspruch: actionem dabo, heutzutage bedeutet: es besteht ein Rechtsanspruch, ergibt sich daraus eben der Satz: gewisse an und für sich nicht vererbliche Ansprüche gehen in und mit dem über sie begonnenen Proceß auf die Erben allerdings über. Nirgends aber in den Quellen wird dieser Satz auf die Regel der von dem Beklagten nach dem Beginn des Processes zu prästirenden omnis causa zurückgeführt. Auf ganz gleiche Linie mit diesem Satz von dem Uebergange des Anspruchs auf den Erben stellen die Quellen den Satz, daß die temporalis actio nach Beginn des Processes gegen den Zeitablauf unempfindlich wird, 1. 8. §. 1. D. de fidei. et nom. 27. 6, 1. 29. D. de nov. 46. 2, 1. 139. pr. D. de R. I. 50. 16 (vgl. Note 15).

§. 125.

Die in dem vorigen §. bezeichnete Steigerung des klägerischen Anspruchs ist nicht die einzige Wirkung, welche der Proceßbeginn auf das materielle Rechtsverhältniß ausübt¹.

1. Nach dem Proceßbeginn darf sowohl der Proceßgegenstand, als der darauf erhobene Anspruch nicht mehr veräußert werden²; jedoch gilt dieser Satz, was den Proceßgegenstand angeht, nur für den Fall, wo der auf denselben erhobene Anspruch ein Eigenthums- oder Theilungsanspruch ist³. Erfolgt die Veräußerung dennoch, so ist sie nichtig⁴; der Beklagte braucht sich mit dem neuen Erwerber nicht einzulassen⁵, der Kläger kann verlangen, daß der veräußerte Gegenstand an den Beklagten zurückgegeben werde, überdieß aber hat er die Befugniß, das

¹ Außer dem im Folgenden Genannten wird als Wirkung des Proceßbeginnes gewöhnlich auch noch die Verpflichtung desjenigen, qui liti se obtulit, (1. 45 D. de H. P. 5. 3, 1. 26—27 pr. D. de R. V. 6. 1) aufgeführt. An und für sich gewiß richtig; nur wird hier durch den Proceß nicht das zwischen den Partheien bestehende Rechtsverhältniß modificirt, sondern ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen neu begründet.

² Das ältere römische Recht verbot nur die Veräußerung des Proceßgegenstandes, und (abgesehen von dem Fall der Theilungssage, s. die folgende Note) nur durch den nicht bestzenden Kläger (Gai. IV. 117, fr. de iuro soci §. 3). Die Unveräußerlichkeit des im Streite befangenen Anspruchs ist als Regel erst von Justinian verfügt worden (1. 4 C. de litig. 8. 37, vgl. jedoch 1. 3 eod.; nach 1. 4 cit. ist 1. 2 eod. interpolirt, vgl. 1. 1 C. Th. eod. 4. 5). Gleichfalls erst von Justinian rührt das (allgemeine) Verbot der Veräußerung des Proceßgegenstandes durch den bestzenden Beklagten her (1. 4 C. cit.). Vgl. über das Geschichtliche der Lehre Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilr. Nr. 2, Bangerow I S. 287 fg., Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXV. 13.

³ Nov. 112 c. 1; 1. 9 D. fin. reg. 10. 1, 1. 13. 25. §. 6 D. fam. herc. 10. 2, 1. 1 C. comm. div. 3. 37, 1. 3 C. de comm. reb. al. 4. 52. Die von Zielen behauptete Ausdehnung des Verbotes auf andere Fälle des Streitiges (Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVI. S. 5 will alle dinglichen und possessorischen Klagen hierher ziehen) erscheint nicht gehörig gerechtfertigt. Scuff. Arch. I. S. 201; vgl. noch III. 23.

⁴ Fr. de iure soci §. 8, 1. 27 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1, 1. 2. 4 C. de lit. 83. 7.

⁵ S. g. exceptio litigiosi. Gai. IV. 117, 1. 1. §. 2 D. quae res pign. 20. 3, 1. 1 §. 1 D. de litig. 44. 6., 1. 4 C. cit.

erstrittene siegreiche Urtheil ohne weiteres gegen den neuen Erwerber, als wäre es gegen ihn erstritten, geltend zu machen⁶. Das Verbot dauert nur so lange, wie der Proceß dauert, hört also auf, wenn derselbe liegen bleibt. Bei gewissen Veräußerungen fällt es ganz weg⁷.

2. Durch die Erhebung des Processes wird die Verjährung unterbrochen; nach der Erhebung des Processes ist derjenige Zustand nicht mehr vorhanden, auf dessen ununterbrochener Fortdauer die Verjährung beruht⁸.

3. Wenn dem Kläger die Wahl zwischen zwei verschiedenen Ansprüchen, oder zwischen zwei verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs zusteht, so kann er jedenfalls nachdem der Proceß über den einen begonnen hat, auf den anderen nicht mehr zurückkommen⁹. In gleicher Weise ist der Proceßbeginn entscheidend, wenn verschiedenen Personen ein Wahlrecht zusteht, so daß von mehreren Ansprüchen der eine der einen, der andere der anderen zu Gute kommen soll, oder wenn mehrere Personen in Betreff eines Anspruchs in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen, so daß er nur von einer soll erhoben werden dürfen; in beiden Fällen geht derjenige vor, der zuerst den Proceß erhoben hat¹⁰. Wird der

⁶ Dieß nach einer feststehenden Praxis. Vgl. namentlich Zimmermann Arch. f. civ. Pr. XXXVI. S. 54–56, auch Wächter II. S. 529.

⁷ Der Natur der Sache nach bei rechtlich notwendigen Veräußerungen, außerdem bei Veräußerungen zum Zwecke der Ausstattung einer Heirath, bei Vergleichs-, Erbtheilungen (vgl. Seuff. Arch. VIII. 22), Vermächtnissen. L. 4. C. h. t., Nov. 112. c. 1. — Daß die römischen Bestimmungen heutzutage gar nicht mehr anwendbar seien, ist oft behauptet, aber „bisher nirgends bewiesen“ worden (Vangerow I. S. 292); dieß gilt auch von den neuesten Abhandlungen von Zimmermann und Partter (Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 3. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 14). Was die Praxis angeht, s. Seuff. Arch. III. 21. V. 10. XII. 89. Nur über die heutige Unanwendbarkeit der Vermögensstrafen, welche das römische Recht der verbotenen Veräußerung außerdem droht (fr. de iure fisci §. 8, l. 4. C. h. t.), ist man allgemein einverstanden.

⁸ Der Anspruch ist kein unausgeübter mehr, der Besitz kein ungeführter mehr etc. Vgl. §. 124 Note 13 und 14 und die dort gegebenen Citate.

⁹ L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. C. de cod. 6. 36. Möglicherweise kann sein Wahlrecht schon früher ausgeschlossen sein, s. 3. D. 1. 4. §. 2. D. de lege comm. 18. 3.

¹⁰ Von dem ersten der genannten Fälle handelt l. 33. D. de leg. I. 30, von dem zweiten l. 11. §. 21 D. de leg. III. 32; ferner gehört dahin der Fall

Proceß nicht weiter fortgesetzt, so kann dadurch die einmal getroffene Entscheidung nicht wieder rückgängig gemacht werden.

§. 126.

In Betreff der in den beiden vorigen §. §. bezeichneten Wirkungen des Proceßbeginnes ist nun aber noch die Frage zu beantworten, wann man sagen könne, daß der Proceß begonnen habe. Drei Zeitpunkte sind an für und sich möglich: 1) der Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei Gericht; 2) der Zeitpunkt der Mittheilung der Klage an den Beklagten, der Zeitpunkt der Ladung; 3) der Zeitpunkt, wo es durch die dem klägerischen Anspruch widersprechende Antwort des Beklagten sicher geworden ist, daß eine weitere Verhandlung nöthig ist, der Zeitpunkt des Streitbeginnes. Das römische Recht hat ursprünglich allein auf den letzteren Zeitpunkt Gewicht gelegt¹; es ist davon jedoch in

der activen Correalobligation. — Dagegen wird ein dem Beklagten zustehendes Wahlrecht durch den Streitbeginn nicht alterirt, was man irrthümlicher Weise namentlich wegen l. 2. §. 3 D. de eo quod certo loco 13. 4. angenommen hat. Wächter Erört. III. S. 117 Note 64, vgl. Vangerow III. S. 21. 22. Anders ist es jedoch in dem Fall, wo eine Verpflichtung nicht auf Eines oder das Andere geht, sondern auf Eines mit der Maafgabe, daß der Schuldner die Befugniß hat, sich der Erfüllung seiner Verpflichtung durch eine andere Leistung, an dieselbe oder eine andere Person, zu entziehen; diese Befugniß verliert er durch den Proceßbeginn. L. 21. §. 12 l. 22 D. de rec. 4. 8, l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 9 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de sol. 46. 3. Vgl. über die ganze Lehre Wächter Erörterungen III. S. 115–119.

¹ Nach dem Ausdruck des römischen Rechts ist dann *lis contestata*, liegt §. 126. *lis contestatio* vor, welchen Ausdruck die frühere deutsche Jurisprudenz durch den Ausdruck „Kriegsbefestigung“ wiedergab. Im classischen römischen Recht trat die *lis contestatio* äußerlich sehr prägnant in dem Uebergang der Sache von dem Magistratus an den Iudex (*ex iure in iudicium*) hervor. Im Justinianischen Proceß ist das natürlich weggefallen; jetzt heißt es einfach, *lis contestatio* sei vorhanden „post narrationem propositam et contradictionem obiectam“ (l. 14. §. 1 C. de iud. 3. 1, vgl. l. un. C. de lit. cont. 3. 9). Auch im canonischen Recht und den Reichsgesetzen ist der Begriff der *litiscontestatio* kein anderer; auf Grund einer nicht gerechtfertigten Auslegung des §. 37 des 3. R. A. ist aber in der Doctrin die Ansicht herrschend geworden, daß unter *litiscontestatio* die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatfachen zu verstehen sei, gleichgültig ob in derselben eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs liege oder damit verbunden sei, oder nicht. Bei dieser Lage der Sache thut man

seiner späteren Entwicklung in wichtigen Beziehungen abgewichen. Unbestritten ist dieß in Betreff der Veräußerung des Proceßgegenstandes; nach ausdrücklicher Vorschrift des späteren römischen Rechts tritt dieselbe bereits mit der Ladung ein². Unzweifelhaft ist es in Betreff der Unterbrechung der Anspruchsverjährung; sie tritt ebenfalls mit der Ladung ein³, und das Gleiche muß für jede andere Verjährung behauptet werden⁴. Aber auch was die gesteigerte Verhaftung des Beklagten (§. 124 Nr. 1. 2) angeht, sprechen überwiegende Gründe dafür, daß dieselbe im Sinne des neuesten Rechts bereits mit der Ladung, und nicht erst mit dem Streitbeginn eintrete⁵. Hingegen sind

besser, für das heutige Recht nicht, wie es hergebracht ist, von den Wirkungen der Litiscontestation, sondern von den Wirkungen des Streitbeginnes zu reden. Vgl. Savigny §. 257. 259, Wächter Erörter. III. S. 74 fg., Bayer Vorträge §. 180—182.

² Nov. 112. c. 1. Die Stelle spricht nur von dem Proceßgegenstand, nicht von dem klägerischen Anspruch; es ist ungerechtfertigt, ihre Bestimmung auf den letzteren zu übertragen. Wächter Erörter. III. S. 114. 115.

³ S. §. 107 Note 5.

⁴ Insofern man nach neuestem Recht überhaupt annimmt, daß eine jede Verjährung durch die Erhebung des Prozesses unterbrochen werde, kann es nicht fraglich sein, daß auch als Zeitpunkt der Unterbrechung der Zeitpunkt der Ladung bezeichnet werden muß. Denn das Hauptargument für die Unterbrechung der Verjährung überhaupt ist, daß nach l. 2 C. de ann. exc. 7. 40 im Falle der Unlabbarkeit des Gegners durch die dort näher bezeichnete Protestation nicht bloß die Anspruchsverjährung, sondern jede Verjährung soll unterbrochen werden können. Die Frage ist nur die, ob in dieser Vorschrift der Ausdruck des Gebankens gefunden werden dürfe, daß auch für den Fall der Erreichbarkeit des Gegners für die Unterbrechung der Verjährung überhaupt das Gleiche gelte, wie für die Unterbrechung der Anspruchsverjährung.

⁵ Außer Zweifel ist wieder Eines, nämlich daß der Verzug des Beklagten bei persönlichen Ansprüchen bereits mit der Ladung beginnt; denn in ihr liegt, wenn die Mahnung nicht bereits erfolgt ist, eine solche gewiß. Das ist auch nicht erst eine spätere Entwicklung des römischen Rechts, sondern hat von Anfang an gegolten. Schon zweifelhafter ist aber, ob dieß auch für die dinglichen Ansprüche behauptet werden darf; wenn die obligatorische Lehre vom Verzuge auf sie schließlich übertragen wird, muß man dann nicht sagen, daß bei ihnen ein Verzug mit seinen Folgen auch schon durch eine außergerichtliche Mahnung begründet werde? Was die Verantwortlichkeit des reblichen Beklagten angeht, so kommt es vorzugsweise auf zwei Stellen im Titel der Pandekten de hereditatis petitione an, l. 20. §. 11 und l. 25. §. 7, vgl. l. 20. §. 6 eod. In denselben heißt es, daß das unrebliche Bewußtsein (nach der oben §. 124 Note 5 gegebenen Berichtigung: das Bewußtsein möglichen Unrechts) bereits mit

die übrigen Wirkungen des Proceßbeginnes sowohl nach römischem Recht immer an den Beginn des Streites geknüpft geblieben⁶, als auch nach heutigem Rechte bei diesem Anfangspunkt zu belassen; ein Grund, welcher es rechtfertigte, sie auf die Ladung, oder gar auf die Einreichung der Klage zu übertragen, liegt nicht vor⁷.

der Ladung beginne. S. namentlich l. 25. §. 7 cit.: — „post litem contestatam omnes incipiunt malas fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam, . . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur“. Die Frage ist, ob diese Stellen ein singuläres Recht für die Erbschaftsklage enthalten (daß sie auch für diese nur rechtshistorische Bedeutung hätten, wie Savigny VI. S. 93. 94 behauptet, ist gewiß nicht richtig), oder ob sie einen allgemein gültigen Satz in Anwendung auf die Erbschaftsklage aussprechen. Für das Letztere scheint namentlich l. 25. §. 7 cit. ein überwiegendes Gewicht in die Waagschale zu legen. Dazu stimmt auch, daß nach §. 2 I. de off. iud. 4. 17 die Verantwortlichkeit des Beklagten „post inchoatam litem“ beginnen soll. Beginnt aber nun hiernach im Sinne des Justinianischen Rechtes die Verantwortlichkeit des reblichen Beklagten bereits mit der Ladung, so kann das keinem Zweifel unterliegen, daß auch für den Verzug des unreblichen das Gleiche gelten muß. Vgl. namentlich Wächter Erörter. III. S. 108—110. 131—134, Savigny VI. S. 92—95, Buchta II. §. 15.

⁶ Eine vereinzelte Ausnahme in l. ult. C. de cod. 6. 36. Das Gegenheil wird von Manchen auch für das Vererblichwerden der Strafansprüche behauptet, auf Grund der l. 33 D. de O. et A. 44. 7. Dieselbe darf aber auf Privatansprüche überhaupt nicht bezogen werden. Vgl. l. 20 D. de accus. 48. 2. Wächter Erörter. III. S. 112. 113, Savigny VI. S. 19—21, Buchta II. S. 63 fg., Vangerow I. S. 245.

⁷ Die Bestimmung der R. G. D. II. 9 §. 6, daß bei Landfriedensbruchsachen nach ihrer Anhängigmachung bei dem Kammergerichte die Verpflichtung zum Ersatz und zur Privatstrafe auf die Erben übergehen solle, darf nicht ausgedehnt werden. Wächter Erörter. III. S. 113. 114, Buchta II. S. 153—155, Savigny VI. S. 249. 250; a. M. Sintenis I. §. 33 Note 7. — Von neueren Schriftstellern wird ohne Grund behauptet, daß principiell für das heutige Recht an die Stelle der römischen Litiscontestation die Ladung (theilweise sogar die Einreichung der Klage) zu setzen sei (Kierulff S. 280—284, Sintenis Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilprozesses I. Nr. 4, Civilrecht I. §. 33, Savigny VI. §. 278. 279). Vgl. dagegen Windscheid die Actio r. S. 70—72 und gegen Sintenis (welcher die Form mit der Sache verwechselnd, behauptet, die römische litis contestatio, weil ein zweiseitiger Act, finde sich im heutigen Prozesse gar nicht wieder) namentlich Wächter III. S. 71 fg. Nach allgemeinen Grundsätzen ist aber hinzuzufügen, daß der Beklagte durch unrebliche Verzögerung des Streitbeginns die dem Kläger vortheilhaften Folgen desselben nicht ausschliesse

B. Das Urtheil*.

Einleitung.

§. 127.

Bedeutender noch als der Beginn des Processes wirkt die in dem Urtheil liegende Beendigung desselben auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Partheien ein. Das Urtheil nämlich, wenn es nicht mehr angefochten werden kann, — und in jedem Prozesse kommt es einmal zu einem nicht mehr anfechtbaren, nach dem technischen Ausdruck: zu einem rechtskräftigen Urtheil¹, — bildet fortan die unverrückbare Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagtem. Mag es den Anspruch des Klägers anerkannt und demgemäß den Beklagten verurtheilt haben, oder mag es den Anspruch des Klägers zurückgewiesen und demgemäß den Beklagten freigesprochen haben², in dem einen

kann. Wächter a. a. O. S. 86. 87 behauptet das Gleiche schon von jeder sich später als ungegründet ausweisenden Verzögerung.

* Vgl. außer den vor §. 87 citirten Schriftstellern Rieruff S. 249 fg. S. 303 fg., Arnold praktische Erörterungen Nr. 9 (S. 260 fg.), Vangerow I. S. 304—326, Windscheid die Actio r. §. 10—13, Wegeß Civilproz. §. 46. 47, Brinj §. 46. 46, Unger II. §. 131—133.

1. 127. ¹ „Sententia indubitata, quas nullo remedio attemptari potest“, l. 23 §. 1 i. f. D. de cond. ind. 12. 6. Jetzt ist nach dem Sprachgebrauch des heutigen und des canonischen Rechtes (c. 13. 15. X. de sent. 2. 27) 'res iudicata' vorhanden, während das römische Recht (f. j. D. l. 7 pr. D. de transact. 2. 14) res iudicata bei jedem Urtheil annimmt. Savigny VI. S. 298. 299. Die Rechtskraft des Urtheils tritt ein, wenn die gegen dasselbe zulässigen Rechtsmittel erschöpft sind, oder wenn das Recht auf diese Rechtsmittel durch Versäumung der Nothfrist oder Verzicht der Partheien verloren ist. Der Sprachgebrauch, wornach Rechtskraft des Urtheils schon angenommen wird, sobald gegen dasselbe nur kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist (Bayer Vorträge S. 428. 429, Wegeß Civilproz. S. 506) kann hier dahingestellt bleiben. In diesem letzteren Sinne ist Rechtskraft = Vollziehbarkeit.

² Ueber die Freisprechung des Beklagten kann das Urtheil, welches dem Kläger Unrecht gibt, nicht hinausgehen; es kann nicht auch den Kläger verurtheilen. Darüber im Allgemeinen Savigny VI. §. 289. 290. Der Kläger kann nur dann verurtheilt werden, wenn der Beklagte auch seinerseits einen Anspruch gegen denselben erhoben hat, j. D. auf Ersatz der durch den

und dem anderen Falle kann seine Entscheidung von keiner der Partheien mehr in Frage gestellt werden³, keine der Partheien darf mehr den Beweis unternehmen wollen, daß seine Entscheidung eigentlich nicht die rechte sei⁴. Von dieser Wirkung des Urtheils

Prozess veranlaßten Kosten, oder auch einen selbständigen Anspruch, j. D. der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, oder auf Rückgabe eines Darlehns; aber dann entscheidet das Urtheil eben über zwei Ansprüche, und nicht bloß über Einen des Klägers. Von diesem in der Natur der Sache begründeten Satze gibt es nur Eine Ausnahme; bei den Theilungsklagen kann der Richter zum Zwecke der Theilung auch ohne von Seiten des Beklagten gestellten Antrag den Kläger verurtheilen, gemäß des Grundsatzes, daß er der Art und Weise der Theilung vollkommen freie Hand hat. Dies gilt nicht in auch für die übrigen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen des Klägers, j. D. Ersatz gezogener Früchte oder angerichteten Schadens. Wenn es in den Quellen von den Theilungsklagen überhaupt heißt, also auch insofern sie die vorhin bezeichneten Prästationen umfassen, daß bei ihnen der Beklagte auch Kläger sei, und ebenso von den interdicta retinendae possessionis (l. 10 D. in. reg. 10. 1, l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7), so hat das nur den Sinn, daß bei diesen Klagen die Formel so concipirt war, daß der Jurex auf einen von dem Beklagten gestellten Antrag auch den Kläger verurtheilen konnte. Deswegen hat der Begriff der actio duplex oder mixta, wie jene Klagen in den Quellen genannt werden, abgesehen von dem einen oben bezeichneten Punkt, für das heutige Recht keine Bedeutung mehr. Man bestreitet das, indem man geltend macht, daß bei den actiones duplices, anders als bei anderen vom Beklagten geltend gemachten Ansprüchen, „Einheit des Streitverhältnisses“ stattfinde. Aber was heißt das? Ist in dieser Beziehung ein Unterschied, ob der auf Theilung Belangte Ersatz für die vom Kläger aus der gemeinschaftlichen Sache gezogenen Früchte verlangt, oder der auf Herausgabe der Kaufsache Belangte Zahlung des Kaufpreises? Oder glaubt man, daß in beiden Fällen „in Ansehung der prozessualischen Verhandlung“ Verschiedenes gelte? Vgl. Windscheid die Actio r. S. 27 Note 3, Abmehrer S. 40. 41, Savigny VI. S. 328—330, Wegeß Civilproz. §. 5 Note 6. 7, §. 46 Note 18, Arnolds §. 99 Anm., Unger §. 131 Note 26.

³ Man pflegt zu sagen: das Urtheil begründet eine Fiction der Wahrheit, oder: es begründet formelles Recht. Die Stellen der Quellen, in welchen diese Wirkung des Urtheils im Allgemeinen anerkannt wird, sind l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 1 §. 16 l. 3 pr. D. de agnosc. 25. 3, l. 65 §. 2 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 12 §. 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. de exc. rei ind. 44. 2.

⁴ Es ist ohne Zweifel ein Uebel, wenn in dieser Weise in einem einzelnen Falle das Unrecht zum Recht gemacht wird; aber ein viel größeres Uebel ist es, wenn es nie ein Ende des Streites gibt. Vgl. namentlich Savigny VI. §. 280.

— man nennt sie die Rechtskraft des Urtheils im materiellen Sinn — ist näher zu handeln (§. 129—132). Vorher aber ist (§. 128) eine andere Frage zu beantworten, die Frage nämlich, in welchem Falle das Urtheil zu verurtheilen, in welchem es freizusprechen habe. Die Regel, daß es zu verurtheilen habe, wenn es den klägerischen Anspruch begründet finde, freizusprechen, wenn es ihn unbegründet finde, reicht deswegen nicht aus, weil es, wie bereits bemerkt wurde, für den Richter unmöglich ist, in demselben Moment zu entscheiden, in welchem der Proceß bei ihm angebracht wird. Es kann also vorkommen, daß der beim Beginne des Proceßes begründete Anspruch zur Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, nicht mehr begründet ist, und umgekehrt, daß der Anspruch zur Zeit des Urtheils begründet ist, während er beim Beginne des Proceßes nicht begründet war: wie ist hier zu entscheiden?

Voraussetzung der Verurtheilung.

§. 128.

1. Hört der zur Zeit des Beginnes des Proceßes begründete Anspruch hinterher auf, begründet zu sein¹, so ist davon auszugehen, daß der Beklagte freigesprochen werden muß; das Princip ist, daß er nur dann verurtheilt werden kann, wenn der Anspruch gegen ihn zu der Zeit begründet ist, wo er verurtheilt werden soll². Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der Anspruch

3. 128.

¹ Eine besondere Abhandlung über diesen Fall ist: H. Römer das Ererbte des klägerischen Rechtes nach der Einleitung des Proceßes in seinem Verhältniß zum Endurtheil (1852). Dazu die Rec. von Vetter und Dernburg in der Preib. lit. Zeitschr. I. S. 253 fg.

² A. C. J. Schmid im Arch. f. civ. Pr. XXX. 7. Gewöhnlich wird als Princip der entgegengesetzte Satz aufgestellt, hauptsächlich auf Grund von Cai. IV. 114, welche Stelle (wahrscheinlich) sagt, daß die Proculianer bei *stricti iudicii actiones* im Falle der Befriedigung des Klägers die Condemnation dennoch hätten eintreten lassen wollen. Jedoch ist jedenfalls dieser Satz später verschwunden (§. 2 I. de perp. et temp. act. 4. 12), und auch für das frühere römische Recht ist es sehr zweifelhaft, ob aus der Befriedigung des Klägers ein Schluß auf andere Aufhebungsgründe erlaubt ist. Vgl. die guten Bemerkungen von Dernburg a. a. D. S. 261. 262; Rudorff röm. Recht. II. S. 270. Gegen die herrschende Meinung sprechen I. 16 pr. I. 27 §. 1 D. de R. V. G. 1, I. 7 §. 7 D. ad ex. 10. 4, I. 14 pr. D. de cond. furt.

durch den Beginn des Proceßes gegen gewisse Aufhebungsgründe unempfindlich wird³, und ferner, daß das römische Recht allerdings in Einer Beziehung ausnahmsweise lediglich auf die Begründung des Anspruchs zur Zeit des Beginnes des Proceßes sieht, so daß eine später eintretende Aenderung nicht schadet: wenn nämlich ein Anspruch nur auf dasjenige geht, worum der Beklagte aus einer gewissen Thatfache reicher ist, so soll für die Frage, ob eine Bereicherung vorhanden sei, die Zeit des Beginnes des Proceßes, nicht die Zeit, wo das Urtheil gesprochen wird, maßgebend sein⁴.

2. Wenn der zur Zeit des Proceßbeginnes nicht begründete Anspruch vor dem Urtheil begründet zu sein anfängt, so ist zu unterscheiden, ob es die wesentliche Grundlage des Anspruchs ist; welche erst hinterher eintritt, oder ein sonstiger zu seiner Begründung erforderlicher Umstand. In dem letzteren Falle ist der Beklagte zu verurtheilen⁵; in dem ersteren ist die Regel die, daß er frei-

13. 1, I. 12 §. 3 I. 14 §. 1 D. dep. 16. 3, I. 37 §. 6 D. de op. lib. 33. 1. Vgl. Wächter Erörter. III. S. 124 fg.

³ Er wird unempfindlich gegen die eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn dabei den Beklagten eine Schuld trifft, unempfindlich gegen den Tod des Berechtigten und Verpflichteten, und (nach älterem römischen Recht, s. §. 124 Note 13) unempfindlich gegen eine Verjährung, wodurch das ihm zu Grunde liegende Recht aufgehoben wird. (Will man dieses letztere so ausdrücken: nach älterem römischen Recht falle der Anspruch an und für sich weg, die Condemnation aber erfolge dennoch, weil er zur Zeit des Proceßbeginnes begründet gewesen sei, so ist dagegen im Uebrigen nichts einzuwenden; nur darf man darin keinen Beweis für das in der vorigen Note geleugnete Princip sehen, da es sich hier jedenfalls um Wiederaufhebung eines Gewinnes handelt, welcher dem Beklagten lediglich durch die Dauer des Proceßes zugegangen ist.)

⁴ I. 37 pr. §. 1 D. de neg. gest. 3. 5, I. 20 D. quod met. causa 4. 2, I. 34 pr. D. de min. 4. 4, I. 7 pr. §. 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, I. 47 D. de sol. 46. 3, f. jedoch auch I. 36 §. 4 D. de H. P. 5. 3. — Dagegen darf nicht als fernere Ausnahme angeführt werden, daß der mit einem Realanspruch Belagte auch dann condemnirt werde, wenn er nach dem Proceßbeginn das Eigenthum der seine Verhaftung begründenden Sache verliere; denn das ist nur für den Fall bezeugt, wo er das Eigenthum durch seine That, also seine Schuld, verliert. Die Stellen, auf welche es hier ankommt, sind I. 1 §. 12. 13. 16 D. si quadr. 9. 1, I. 37. 38 D. de nox. act. 9. 4, f. namentlich I. 1 §. 13 I. 38 pr. citt.

⁵ Das Princip, von welchem das römische Recht ausgeht, ist: das in der *intentio* Bezeichnete muß zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein, das in der *intentio* nicht Bezeichnete nur zur Zeit des Urtheils. In diesem Sinne

zusprechen, und der Kläger auf einen neuen Proceß zu verweisen ist. Es soll aber nach einer Vorschrift des canonischen Rechtes diese Regel dann eine Ausnahme erleiden, wenn in der Klage ein Erwerbgrund für das geltend gemachte Recht nicht angegeben worden ist; in diesem Falle soll es genügen, daß das Recht nur vor dem Urtheil erworben worden sei⁶.

Als Beginn des Processes sieht das römische Recht auch hier erst den Streitbeginn an, und auch hier ist kein Grund vorhanden, diese Vorschrift im heutigen Proceß nicht zur Anwendung zu bringen.

heißt es in l. 23 D. de iud. 5. 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est“; vgl. l. 85 eod. und l. 30 pr. D. de pec. 15. 1 (s. unten). Anwendungen des Principes sind folgende. Bei der Eigenthumsklage muß das Eigenthum zur Zeit des Proceßbeginnes vorhanden sein (vgl. l. 11 §. 4. 5 D. de exc. rei iud. 44. 2), bei der Exhibitionklage das Interesse des Klägers (l. 7 §. 7 D. ad exh. 10. 4); dagegen schadet es bei beiden Klagen nicht, daß der Besitz des Beklagten erst hinterher eingetreten sei (l. 27 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 4 l. 8 D. ad exh. 10. 4), ebenso wenig bei der Erbschaftsklage (l. 18 §. 1 D. de H. P. 5. 3) und bei der Klage aus dem Hinterlegungsvertrage (l. 1 §. 21 D. dep. 16. 3). Ferner genügt es für die Klage aus dem Pfandvertrage, daß die Zahlung der Schuld nur vor dem Urtheil eingetreten sei (l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13. 7); bei der Klage aus dem Auftrag ist es nicht nöthig, daß die Handlung des Beauftragten, welche dem Anspruch seine concrete Richtung gibt, z. B. wirkliche Einziehung der Schuld, die eingezogen werden sollte, schon beim Beginn des Processes vorgenommen gewesen sei (l. 17 D. mand. 17. 1, vgl. Savigny VI. S. 68); die actio de peculio setzt nur voraus, daß zur Zeit des Urtheils etwas in peculio sei (l. 30 pr. D. de pec. 15. 1, l. 7 §. 15 D. quib. ex caus. 42. 4) — auch ohne daß etwas beim Proceßbeginn in peculio ist, „sonst actio de peculio“ und „intenditur recto“. Das im Texte Gesagte scheint der für das heutige Recht richtige Ausdruck des in seiner Form unanwendbaren römischen Principes zu sein; gewöhnlich wird zwischen rechtlichen und factischen Voraussetzungen der Klage unterschieden, so von Keller S. 190 fg., Savigny S. 73 fg., Wächter Erörter. III. S. 126 fg., Vangerow I. S. 283. Vgl. auch Dernburg Pfandr. I. S. 158, Unger II. §. 131 Note 1.

⁶ c. 3 de sent. et re iud. in VI^o 2. 14. Ob heutzutage eine Klage ohne Angabe des Erwerbgrundes zulässig ist, ist eine prozessualische, übrigens wohl zu verneinende Frage. Die Interpretation von Wächter (Erörter. III. S. 122 Note 72), nach welcher die genannte Stelle auch bei Angabe des Erwerbgrundes das spätere Eintreten des genannten Erwerbgrundes (nur nicht eines andern) gestatten soll, ist nicht zu billigen.

Rechtskraft des Urtheils.

§. 129.

Das verurtheilende Urtheil gibt dem Kläger einen neuen und selbständigen Grund, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen. Er braucht auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß nicht mehr zurückzugehen, und ebenso wenig braucht er sich aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß noch Einwendungen gefallen zu lassen; er hält dem Gegner einfach das Urtheil entgegen, und verlangt von ihm, daß er demselben gehorche; thut der Gegner das nicht, so tritt unmittelbar Zwang gegen ihn ein¹. Insofern kann man auch sagen, daß für den Kläger durch das Urtheil ein neuer Anspruch begründet worden sei, und in der That findet sich diese Auffassung in den Quellen nicht bloß ausgesprochen², sondern in einzelnen Anwendungen auch practisch durchgeführt³. Aber sie wird nie durchgeführt zum Nachtheil des Klägers; wo der Kläger durch dieselbe Schaden erleiden würde, wird die andere Seite der Sache, welche ebenso wahr und wahrer ist, herausgekehrt, nämlich die, daß der durch das Urtheil begründete Anspruch materiell doch kein anderer ist, als der in der Klage geltend gemachte, daß

¹ Natürlich nicht ohne ein neues Gesuch des Klägers. Dasselbe ist aber §. 129. keine eigentliche Klage, weil es von dem Richter keine Entscheidung verlangt; man hat es im Gegensatz zur Klage eine imploratio iudicis genannt. WegeII Civilproz. S. 444; vgl. Buchta II. S. 214 fg., Savigny VI. §. 295 e.

² Es wird gesagt, aus dem Urtheil entspreche die actio iudicati, und in l. 4 §. 7 D. de re iud. 42. 1 ist geradezu von einer „obligatio quas ex causa iudicati descendit“ die Rede (in l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1 heißt es: „iudicati velut obligatio“). Vgl. l. 9 §. 8 D. de pec. 15. 1, l. 16 §. 6 D. de pign. 20. 1, l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1.

³ Der Urtheilsanspruch ist vererblich, wenn auch der Klagenanspruch es nicht war, und ebensowenig unterliegt er der Verjährung des ersten, l. 6 §. 3 D. de re iud. 42. 1. Er erfaßt das Peculium, auch wenn der Anspruch es nicht that, l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1. In l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 wird das Aufhören des Zinsenlaufs nach gefälligem Urtheil darauf zurückgeführt, daß jetzt eine neue Verbindlichkeit vorliege (vgl. Note 5). S. auch l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1 (dazu Windscheid die Actio ic. S. 114) und l. 37 §. 6 D. de op. lib. 38. 1.

das Urtheil einen Anspruch nicht sowohl schafft als anerkennt⁴. Das Verhältniß ist also kein anderes, als das in Folge des Proceßbeginnes eintretende; auch durch das Urtheil wird nicht der bestehende Anspruch aufgehoben, und ein anderer an dessen Stelle gesetzt: es erhält nur der von Anfang an vorhandene Anspruch durch das Urtheil seine definitive Gestaltung⁵.

Das freisprechende Urtheil beseitigt den klägerischen Anspruch, wenn er wirklich begründet war, so daß er fortan nicht mehr vorgebracht werden kann; geschieht es dennoch, so wird ihm aus dem Urtheil eine Einrede, die Einrede der abgeurtheilten Sache, entgegengesetzt⁶. Daß diese Beseitigung des klägerischen Anspruchs eine natürliche Verbindlichkeit übrig lasse, ist eine nicht zu rechtfertigende Behauptung⁷.

⁴ Festwegen dauert nach dem Urtheil die Verhaftung des Bürgen fort (l. 8. §. 3 D. de fidei. 46. 1, l. 28C. eod. 8. 41), und der Verpflichtete, welcher in Verzug war, hört durch das Urtheil nicht auf, es zu sein (l. 3 pr. D. de usur. 22. 1). Die Fortdauer des Pfandrechts (l. 13. §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 8 C. eod. 8. 14) gehört nicht hierher; sie erklärt sich schon daraus, daß „*sub conditiones habet hypothecaria actio*“ (vgl. oben §. 112 Note 5).

⁵ Auch für das Urtheil ist die Frage, ob es eine Novation enthalte, vielfach aufgeworfen, und oft bejaht worden. Man hat sich dafür auf Gai. III. 180 und l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 berufen. Aber diese Stellen haben gegenüber den in der vorigen Note angeführten Thatfachen keine Beweiskraft. Ueber die letzte Stelle im Besonderen s. Wächter Erörter. III. S. 48 und Windscheid die Actio r. S. 116. Im Allgemeinen vgl. Wächter a. a. D. S. 47 fg., Buchla II. §. 209 fg., Savigny V. §. 258 f. und S. 307, Bekker prozessual. Consumption S. 293 fg., Windscheid die Actio r. §. 12, Wetzell Civilproz. S. 419, Unger II. §. 133.

⁶ Die *exceptio rei iudicatae*.

⁷ Die Frage ist sehr bestritten. Für die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit haben sich unter den Neueren erklärt namentlich Kierulff S. 43 Note * (für das heutige Recht behauptet dieser Schriftsteller jedoch das Gegentheil), Buchla I. S. 315 fg. (mit derselben Unterscheidung, s. II. S. 200. 201), Fein Arch. f. civ. Prox. XXV. 7. 13, Savigny Obligationenrecht I. S. 81 fg., Schwauert *naturalis obl.* S. 437 fg. (diese beiden Letzteren aber mit bedeutenden Modifikationen); dagegen v. d. Pfordten Arch. f. civ. Pr. XXIV. 4, Flach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 12, Wächter Erörter. III. S. 135 fg., Bangerow I. S. 305—312. Entscheidend gegen die Fortdauer ist, daß darin ja eben die Bedeutung der Rechtskraft des Urtheils besteht, daß durch dasselbe das Rechtsverhältniß der Partheien definitiv festgestellt werden soll; ferner die Befreiung der Pfänder durch das freisprechende Urtheil (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 1, gegen welche Stelle l. 27 D. de pign. 20. 1 selbst

§. 130*.

Die Einrede der abgeurtheilten Sache setzt aber nicht nothwendig voraus, daß der zurückgewiesene Kläger ganz das Gleiche vorbringe, was er in dem früheren Prozesse vorgebracht hat; ja sie setzt nicht nothwendig voraus, daß es ein zurückgewiesener Kläger sei, welcher zum zweiten Mal auftritt: sie kann auch einem verurtheilten Beklagten entgegenstehen. Sie ist begründet, so oft eine von zwei Proceßpartheien etwas vorbringt, in Betreff dessen in einem früheren zwischen denselben Partheien ergangenen rechtskräftigen Urtheil gegen sie entschieden worden ist¹. Hierüber ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

1. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der in dem früheren Proceß vorgebrachte Anspruch gegenwärtig unter Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, unter Berufung auf einen andern Rechtsfact, wieder vorgebracht wird. Indem entschieden ist, daß ein Anspruch nicht

dann nichts vermögen würde, wenn es auch nöthig wäre, sie von einem Urtheil zu verstehen (Prozeßverjährung!) — die Fortdauer des Pfandrechts beweist nicht für die natürliche Verbindlichkeit, wohl aber seine Nichtfortdauer gegen dieselbe. Von der anderen Seite beruft man sich auf l. 28 und l. 60 D. de cond. ind. 12. 6. Aber die erste Stelle schließt das Rückforderungsrecht des Gezahlten offenbar deswegen aus, weil sie annimmt, der Zahlende habe gewünscht, daß er nicht zu zahlen brauche (durch das „*iudex . . male absolvit*“ soll erklärt werden, wie der Zahlende dazu komme, dennoch zu zahlen). Mehr Schwierigkeit macht l. 60 cit. Man erwäge aber Folgendes. Die Stelle entscheidet, daß der wahre Schuldner, welcher zahle, ohne den Ausgang des Processes abzuwarten, nicht mit Berufung darauf zurückfordern könne, daß er möglicherweise, wenn er den Proceß fortgesetzt hätte, hätte freigesprochen werden können. Diese unzweifelhaft richtige Entscheidung motivirt sie nun nicht damit, daß er eben als wahrer Schuldner gezahlt habe, sondern mit der Berufung darauf, daß er auch im Falle der Freisprechung nicht hätte zurückfordern können, weil er immerhin *debitor naturalis* geblieben wäre. Diese unrichtige Motivirung einer richtigen Entscheidung reicht nach meiner Ueberzeugung nicht im Entferntesten hin, um die oben angeführten Gründe zu überwinden.

* Dig. 44. 2. de exceptione rei iudicatae.

¹ „*Quoties eadem quaestio inter eandem personas revocatur*“, l. 3. 7 §. 130. §. 1. 4 l. 19. 22. 30 §. 1 D. h. t. In anderen Stellen wird verlangt, daß es sich in dem zweiten Proceß um „*eadem res*“ handle, l. 5. 7 pr. 1. 14 pr. 1. 27 D. h. t. Man wird hier unter „*eadem res*“ nichts Bestimmteres verstehen dürfen, als was das Wort sagt: dieselbe Sache.

begründet sei, ist entschieden, daß er überhaupt, nicht bloß, daß er nach diesem oder jenem rechtlichen Gesichtspunkt nicht begründet sei².

2. Berufst man sich für das in dem früheren Proceß in Anspruch Genommene gegenwärtig auf einen andern Thatbestand (Erwerbsgrund), so ist zu unterscheiden³, ob es ein dingliches oder ein obligatorisches Recht ist, welches geltend gemacht wird. Ist es ein obligatorisches Recht, so ist durch Aenderung des Erwerbsgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache ausgeschlossen; das frühere Urtheil hat nicht entschieden, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts, sondern, daß ein obligatorisches Recht dieses Inhalts auf Grund dieses Thatbestandes nicht begründet sei⁴. Ist es dagegen ein dingliches Recht, so ist trotz des geänderten Erwerbsgrundes die Einrede der abgeurtheilten Sache dennoch begründet; das frühere

¹ Wenn Jemand den Anspruch erhebt, daß ein von ihm Beauftragter ihm eine bestimmte Summe Geldes, welche er für ihn eingezogen habe, herausgebe, und sich dafür auf die Grundsätze vom Auftragsvertrag beruft (actio mandati), aber abgewiesen wird, so kann er nicht dieselbe Summe Geldes ein zweites Mal mit Berufung auf die rechtlichen Grundsätze von der freiwilligen Geschäftsführung (negotiorum gestio) oder mit Berufung darauf einklagen, daß der Gegner aus seinem Vermögen ohne rechtfertigenden Grund bereichert sei (condictio sine causa), l. 5 D. h. t. (eine Stelle, welche, wenn sie ursprünglich ohne Zweifel von der cautio iudicio sisti gehandelt hat, doch jedenfalls von den Compilatoren auf die exceptio rei iudicatae bezogen worden ist). Wer mit der Klage auf Rückgängigmachung des Geschäfts wegen Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache (actio redhibitoria) abgewiesen worden ist, kann nicht ein zweites Mal auftreten und sich darauf berufen, er könne verlangen, daß der Kaufpreis um so viel gekürzt werde, als die Sache wegen des Fehlers weniger werth sei (actio quanti minoris), nun aber sei sie ihm gar nichts werth, also müsse ihm doch das Gezahlte gegen Rückgabe der Sache wiedergegeben werden; und ebenso gilt das Umgekehrte. L. 25. §. 1 D. h. t.

² Zu allgemein ist es, wenn für die exceptio rei iudicatae überhaupt in l. 27 D. h. t. Identität der „causa proxima actionis“, in l. 14 pr. eod. Identität der „causa petendi“ verlangt wird, wie letztere Stelle im Verlaufe (§. 2) selbst anerkennt.

³ L. 14. §. 3 D. h. t. „Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes singulas causas sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitatur“. Es kann nicht ein Urtheil, welches eine Kauforderung auf 100 abspricht, einer Darlehnsforderung auf 100 entgegengekehrt werden. Vgl. l. 22 i. f. D. h. t., l. 18 D. de O. et A. 44. 7, l. 93. §. 1 D. de leg. III. 32. Seuff. Arch. V. 237.

Urtheil hat entschieden, daß ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache, nicht bloß, daß auf Grund dieses Thatbestandes ein Recht dieses Inhalts an dieser Sache nicht begründet sei⁵. Jedoch ist dieß nur unter der Voraussetzung wahr, daß nicht durch die Klage die Verhandlung auf einen bestimmten Erwerbungsgrund beschränkt worden ist⁶; und ferner liegt es auf der Hand, daß die Einrede der ab-

⁵ L. 14. §. 3 cit. „At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest“. L. 11. §. 5 eod.: — „qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit“. L. 11 §. 1 l. 30 pr. D. h. t., l. 159 D. de R. l. 50. 17, l. 3 §. 4 D. de poss. 41. 2.

⁶ Ueber diesen Punkt herrscht viel Streit. Was das römische Recht angeht, so kommt es auf die Auslegung von l. 11 §. 2 und l. 14 §. 2 D. h. t. an. In früherer Zeit galt es für unzweifelhaft, daß in diesen Stellen der Satz enthalten sei, daß durch Nennung eines bestimmten Erwerbungsgrundes in der Klage die Kraft des Urtheils auf diesen Erwerbungsgrund beschränkt werde. Hiergegen trat Puchta (Rhein. Museum II. S. 251 fg. III. S. 467 fg. [1828. 1829], fl. Schriften Nr. IX) auf, indem er die entscheidenden Worte „causa adiecta“ und „non expressa causa“ erklärte: wenn später ein anderer Erwerbungsgrund eingetreten ist, und: da der Erwerbungsgrund, wie es nothwendig ist, nicht genannt ist. Puchta sind andere Schriftsteller gefolgt, so Vangerow I. S. 321. 322, Puchta I. S. 145, Sinteris I. S. 34 Note 46 und Erläuterungen I. S. 220 fg.; gegen ihn s. namentlich Savigny VI. Weil. XVII. Auch ich halte die Puchta'sche Erklärung nicht für richtig, glaube aber andererseits aus den angeführten Stellen für das heutige Recht den gewöhnlich daraus hergeleiteten Satz nicht unbedingt herleiten zu dürfen. Damit die Kraft des Urtheils nicht über den geltend gemachten Erwerbungsgrund hinausgehe, war nach römischem Rechte ein Zusatz in der intentio oder eine praescriptio nöthig, also Beschränkung der Verhandlung auf diesen einen Punkt. Eine solche Beschränkung muß also auch nach heutigem Rechte verlangt werden; dieselbe liegt aber in der bloßen Nennung des Erwerbungsgrundes in der Klage nur dann, wenn man von dem Satze ausgeht, daß auch für dingliche Rechte die Anführung eines Erwerbungsgrundes in der Klage nothwendig sei, aus welchem Satze sich dann unmittelbar der fernere ergibt, daß ein anderer Erwerbungsgrund als der in der Klage genannte später nicht mehr geltend gemacht werden kann. Diejenigen, welche jenen Satz nicht annehmen, also die Nennung des Erwerbungsgrundes in der Klage für unwesentlich, und damit die Geltendmachung eines jeden anderen als des wirklich genannten für zulässig erklären, dürfen dem Urtheil eine beschränkte Wirkung nur dann zuschreiben, wenn der Kläger ausdrücklich erklärt hat, nur diesen einen Erwerbungsgrund zum Gegenstand der Verhandlung machen zu wollen. Aus dem Gefagten ergibt sich, daß die ganze im Texte

geurtheilten Sache auch dann nicht begründet ist, wenn der jetzt vorgebrachte Erwerbungsgrund später ist, als das früher gefällte Urtheil; dasselbe hat natürlich das dingliche Recht nicht für alle Zeiten negirt, sondern nur für die Zeit, wo es gefällt worden ist⁷.

3. Die Entscheidung über das Ganze ist auch die Entscheidung über den Theil; wem das Ganze abgesprochen ist, dem ist auch der Theil abgesprochen. Das gilt nicht bloß von dem Gegenstande des Rechtes⁸, sondern auch von dem Rechte selbst⁹. Nur muß, damit die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet sei, der Theil auch wirklich als Theil, und nicht als ein Selbständiges, in Anspruch genommen werden¹⁰. — Umgekehrt ist aber auch die Entscheidung über den Theil die Entscheidung über das Ganze; wem wirklich der Theil als Theil abgesprochen worden ist, dem ist auch das Ganze abgesprochen, da der Theil als Theil nichts für sich Existirendes, sondern nur eine Erscheinungsform des Ganzen ist¹¹. Daher ist ferner auch die Entscheidung

gemachte Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten für uns nur unter der Voraussetzung Bedeutung hat, daß die Anführung eines Erwerbungsgrundes für das dingliche Recht in der Klage nach heutigem Prozeßrecht nicht erforderlich ist. Vgl. noch Buchla II. S. 192 fg., Wächter II. S. 445, Schmitz Handb. des gem. deutsh. R. I. S. 318—322, Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III. S. 18—22.

⁷ L. 11 §. 4. 5 l. 25 pr. D. h. t., l. 10. D. de exe. 44. 1, l. 25 §. 1 l. 42. D. de lib. causa 40. 12.

⁸ Zu allgemein ist es daher wieder, wenn in l. 12. 13 D. h. t. für die *ex. rei iudicatae* überhaupt „*idem corpus*“, „*eadem quantitas*“ verlangt wird. Vgl. auch l. 14 pr. eod.

⁹ L. 7 pr. D. h. t. „*Si quis, eum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petatum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure*“. So ist z. B. nicht bloß die Entscheidung über das Recht auf das Gebäude die Entscheidung über das Recht auf die Baumaterialien, sondern auch die Entscheidung über das Erbrecht (die Gesamtheit der vom Erblasser hinterlassenen Vermögensrechte) die Entscheidung über die einzelnen Vermögensrechte. Vgl. l. 3. 7 pr. §. 4. 5 l. 21 §. 1. 3 D. h. t., l. 22 §. 8 D. ratam rem 46. 8 (l. 27 §. 8 D. de pactis 2. 14).

¹⁰ Daraus erklärt sich l. 7 §. 2 D. h. t.: — „*is, qui insulam petit, si caementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius ineula est, non utique et caementa sunt*“.

¹¹ L. 1. Mommsen röm. Geschichte I. S. 66 Anm. **. „Der „Theil“ ist, wie der Jurist weiß, nichts als ein ehemaliges oder auch zukünftiges Ganze,

über den einen Theil die Entscheidung über den anderen¹². — Wenn es sich nicht von dem Verhältniß eines Ganzen zu seinem Theil, sondern nur von einem Mehr oder Minder handelt, so ist zu sagen, daß zwar die Aberkennung des Minder auch die Aberkennung des Mehr enthält¹³, dagegen die Aberkennung des Mehr die Anerkennung des Minder nur dann, wenn der Sinn des Urtheils ist, daß das Mehr nicht gebühre, nicht der, daß nicht das Mehr gebühre¹⁴.

4. Indem dem Kläger ein seiner Natur nach ausschließliches Recht zuerkannt wird, wird damit zu gleicher Zeit erkannt, daß dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe. Bringt derselbe daher später

also in der Gegenwart ohne alle Realität“. Daher liegt in der Entscheidung über ein einzelnes Erbschaftsrecht gerade so eine Entscheidung über das Erbrecht, wie in der Entscheidung über das Erbrecht eine Entscheidung über die einzelnen Erbschaftsrechte liegt, l. 3. 7 §. 4. 5 D. h. t. Vgl. Windscheid die *Actio r. r.* S. 91—94. S. auch l. 14 §. 6 D. h. t. (Die Zurückweisung des Anspruches auf *iter* ist keine Zurückweisung des Anspruches auf *actus*; denn das Recht auf *iter* ist nicht ein Theil des Rechtes auf *actus*, sondern ein anderes Recht.)

¹² Die Zurückweisung des Anspruches auf die eine Erbschafts Sache begründet die *ex. rei iudicatae* gegen den Anspruch auf die andere. — Als Theil gegenüber dem Ganzen ist auch das Recht auf eine einzelne fällige Leistung gegenüber dem Recht auf eine periodische Prästation überhaupt anzusehen, z. B. das Recht auf den einzelnen Zinsposten gegenüber dem Recht auf eine periodische Prästation überhaupt. Daher enthält die Zurückweisung des Anspruches auf einen einzelnen Zinsposten die Zurückweisung des Anspruches auf Zinsen überhaupt, und somit auf alle ferneren Zinsposten (l. 23 i. f. D. h. t. und l. 3 C. de iud. 3. 1 handeln von der *ex. rei iudicatae* in ihrer f. g. negativen Function, s. Note 22). A. M. Wetzel Syst. des Civilproz. S. 428, Unger II. S. 657.

¹³ L. 26 pr. D. h. t. (Die Aberkennung einer Dienstbarkeit auf Erhöhung der Oberfläche bis zu 10 Fuß enthält die Aberkennung der Dienstbarkeit auf Erhöhung bis zu 20 Fuß. Vgl. Scuff. Arch. V. 236.

¹⁴ Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühre die eingeklagten 10 nicht, so ist damit gesprochen, es gebühre ihm nichts. Wenn gesprochen ist: dem Kläger gebühre nicht 10, so ist die Frage, ob ihm nicht 9 oder 8 oder irgend eine andere Quantität unter 10 gebühre, offen gelassen, oder es ist ihm geradezu eine bestimmte Quantität unter 10 zugesprochen. Von dem ersten Fall handeln l. 7 pr. D. h. t. (vv. *idem erit probandum*), l. 21 §. 2 l. 30 pr. eod. Wo es sich von einem wirklichen Ganzen handelt, ist der zweite Fall gar nicht möglich; denn das Ganze ist eine Einheit, ein seinen Theilen gegenüber Selbständiges, ein anderes Ding als seine Theile, und daher der Spruch: nicht das Ganze gebührt, nothwendigerweise — das Ganze gebührt nicht.

dieses Recht klagend vor, so steht ihm aus dem ihn verurtheilenden Erkenntniß die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen¹⁵.

5. In den bisher betrachteten Fällen enthält das früher gefällte Urtheil die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch unmittelbar. Dasselbe kann aber auch für die Entscheidung über den jetzt vorgebrachten Anspruch mittelbar bestimmend sein.

a. Wenn der in dem früheren Urtheil zurückgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung des jetzt vorgebrachten bildet, so ist durch dasselbe mittelbar auch der jetzt vorgebrachte zurückgewiesen, und steht demselben daher die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegen¹⁶. Ebenso kann aber auch das frühere

¹⁵ L. 40 §. 2 D. de proc. 3. 3, l. 30 §. 1 D. h. t., l. 15 eod. L. 40 §. 2 cit.: — „cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse“. L. 15 cit.: — „Si meam esse (hereditatem pronunciatum est), nocet tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod rem meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua.“

¹⁶ Das Urtheil, welches Eigenthum abspricht, steht entgegen dem Theilungsanspruch (l. 8 D. h. t., l. 1 §. 1 D. fam. herc. 10. 2, l. 18 D. de exc. 44. 1, ebenso beim Erbrechte, l. 8. 11 §. 3 D. h. t., l. 25 §. 8 D. fam. herc. 10. 2), dem Anspruch auf die Früchte (l. 18 D. de exc. 44. 1) und den Zuwachs (l. 26 §. 1 D. h. t., l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1), dem Anspruch auf eine dem betreffenden Grundstück zustehende Dienstbarkeit (l. 16 D. de exc. 44. 1), dem von dem Eigenthum abgeleiteten Pfandanspruch (l. 11 §. 10 D. h. t., l. 3 §. 1 D. de pign. 20. 1). In gleicher Weise ist für den Pfandanspruch das Urtheil über die Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, bestimmend (l. 13 D. quib. mod. pign. 13. 6), das Urtheil über die Vater-schaft bestimmend für den Alimentenanspruch (l. 7 D. de agnosce. 25. 3). Vgl. auch l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 8 §. 1 D. de in ius voc. 2. 4. — Mit dem, was eben gesagt worden ist, daß die Entscheidung über das Eigenthum auch für das Recht auf die Früchte maßgebend sei, steht in scheinbarem Widerspruch l. 7 §. 2 D. h. t. Ueber die verschiedenen Bereinigungsversuche (das 'non' vor 'noceat' zu streichen? das erste Urtheil für den Kläger lautend? die Früchte kraft anderen Rechtes gefordert? die Einrede nur nach der Regel vom Ganzen und Theil geltend?) s. Savigny VI. §. 508, Buchka I. §. 141, Vangerow I. §. 319, Bekker proz. Consumption §. 237. 238. 247, Unger II. §. 132 Note 94, Wetzell Syst. des Civilproz. §. 47 Note 41, Windscheid die Actio x. x. §. 97. 98. — Zu der citirten l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1 ist noch zu vergleichen l. 14 §. 1 D. h. t. und Windscheid die Actio x. x. §. 98. 99, Wetzell §. 47 Note 43. 92.

Urtheil entgegengesetzt werden, wenn der in demselben zurückgewiesene Anspruch in einer späteren Sache als Einrede wiederholt wird¹⁷.

b. Wie ist es aber in dem umgekehrten Fall, wenn der jetzt vorgebrachte Anspruch in einer früheren Sache als Voraussetzung eines andern Anspruchs oder als Einrede gegen denselben verhandelt, und in dieser Eigenschaft verworfen worden ist: kann auch diese Vorentscheidung des früheren Urtheils dem jetzt vorgebrachten Anspruch entgegengesetzt werden¹⁸? Dieselbe Frage wiederholt sich für die Entscheidungen über die Thatfachen, auf Grund derer das frühere Urtheil zu seinen Entscheidungen über die Rechte, und so zuletzt zu seiner Hauptentscheidung gelangt ist: kann auch einer in diesem Prozesse vorgebrachten tatsächlichen Behauptung, welche in dem früheren Prozesse zurückgewiesen worden ist, die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengesetzt werden? Die Beantwortung dieser Frage, welche man in nicht passender Weise als Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe bezeichnet hat¹⁹, ist sehr bestritten²⁰

¹⁷ Wenn z. B. ein früher zurückgewiesener Forderungsanspruch als Compensationseinrede, ein früher zurückgewiesener Eigenthumsanspruch als Einrede gegen die Publicianische Klage berührt wird. Von dem letzteren Fall handelt l. 24 D. h. t. Die Einrede der abgeurtheilten Sache wird hier zu einer Replik der abgeurtheilten Sache.

¹⁸ Ist also z. B. die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet, wenn nach Verwerfung eines Servitutenanspruchs wegen mangelnden Eigenthums des herrschenden Grundstücks dieses Eigenthum, wenn nach Verwerfung einer Compensationseinrede die Forderung, auf welche dieselbe gestützt worden ist, geltend gemacht wird?

¹⁹ Die Bezeichnung ist aus einem doppelten Grunde nicht passend: 1) weil es sich jedenfalls nur um richterliche Entscheidungen handelt, und die Erwägungen, durch welche der Richter zu denselben gelangt, die man doch auch nicht anders als Entscheidungsgründe nennen kann, ganz gewiß nicht rechtskräftig werden; 2) weil diese Bezeichnung die ganz falsche Vorstellung hincinzuziehen geeignet ist, als handele es sich hier um den Gegensatz zwischen dem was als 'Urtheil' und dem was als 'Entscheidungsgründe' äußerlich bezeichnet wird. Savigny gebraucht die Ausdrücke 'subjective Gründe', 'objective Gründe' oder 'Elemente des Urtheils'.

²⁰ Für ihre Bejahung hat sich in neuerer Zeit namentlich Savigny VI. §. 291—293. 298 ausgesprochen; ferner bekennen sich zu dieser Ansicht Wächter II. §. 557 fg., Vangerow I. §. 314—318, Mayer Vorträge §. 434 fg., Schäffer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XII. 9, Windscheid die Actio x. x. §. 89 fg. 100 fg., und was das heutige Recht angeht

und nicht unzweifelhaft; überwiegende Gründe sprechen aber für ihre Bejahung²¹. —

Kierulff S. 260 und Buchta II. S. 184 fg., während diese letzteren Schriftsteller für das römische Recht entgegengesetzter Ansicht sind (S. 248 fg., I. S. 300—312). Auch für das heutige Recht vertheidigen die entgegengesetzte Ansicht Beller *proq.* Consumption §. 15. 18. 19, Brinz I. S. 153 fg., Wetzell S. 487 fg., Unger II. S. 621—649 (dessen Darstellung besonders hervorzuheben ist). Vgl. auch Vinde *Arch. f. civ. Pr.* XXXIII. 13. Seuff. *Arch.* I. 367. II. 260. VIII. 99; VIII. 171. IX. 86. X. 294; X. 295.

²¹ Festsieht, daß die Zurückweisung der in der Compensationseinrede vorgebrachten Forderung gegen jede fernere Geltendmachung der Forderung die *exe. rei iudicatae* begründet, l. 7 §. 1 D. de *compons.* 16. 2, l. 8 §. 2 D. de *neg. gest.* 3. 5; Seuff. *Arch.* I. 367. V. 286. Warum soll nun für andere einredeweise vorgebrachte Rechte das Gegenteil gelten, z. B. in dem Falle, wo dem Publicianischen Anspruch das Eigenthum entgegengesetzt worden ist? Macht aber die Entscheidung über die einredeweise vorgebrachten Rechte Rechtskraft, so liegt auf der Hand, ein wie bedeutendes Argument schon hierin für die Annahme liegt, daß das Gleiche auch für die Entscheidung über solche Rechte gelte, welche in dem früheren Prozesse als Voraussetzung des eigentlich zur Entscheidung stehenden Anspruchs vorgebracht worden sind. Dafür spricht ferner, wenn man auch von der Analogie des Eides (l. 13 §. 2 D. de *iurei.* 12. 2) absehen will, in entscheidender Weise l. 1 D. h. t. (Windscheid die *Actio re. re.* S. 103). Die Stellen auf der anderen Seite, welche man dagegen vorgebracht hat, sind nicht durchgreifend. Die beweisend, l. 1 C. de *ord. iud.* 3. 8, kann doch immer davon verstanden werden, daß sie nur sagen wolle, der Richter brauche sich der Hauptentscheidung nicht deswegen zu enthalten, weil er für eine Vorfrage nicht competent sei, da ja diese nicht den unmittelbaren Gegenstand seines Spruches bilde, — wobei als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, daß seine Entscheidung über die Vorfrage, eben weil er für diese nicht competent sei, auch nicht rechtskräftig werde. Vgl. auch l. 3 C. de *iud.* 3. 1. l. 15 §. 4 D. de *re iud.* 42. 1 und l. 5 §. 8. 9 D. de *agnos.* 25. 3 (vgl. §. 18 *cod.*, l. 10 D. de *his qui sui* l. 6) sprechen von einer Entscheidung auf Grund eines *summam cognoscere*, also einer die Sache nicht erlebigenden Untersuchung; nimmt man die Briegleb'sche Erklärung des *summam cognoscere* an, daß es nicht die Zulassung ungenügender Beweise, sondern die Ausschließung illiquider Einreden bedeute, so erklärt sich auch, warum es in l. 5 §. 8 *cit.* heißt „*ei constiterit alium esse*“, ohne daß deswegen die Entscheidung mehr Anspruch auf Rechtskraft gewönne. Briegleb *summar. Prozesse* §. 54. 57. 75—90. Wenn l. 17 D. de *exe.* 44. 1 und l. 23 D. h. t. die *exe. rei iudicatae* für unzulässig erklären, so sagen sie mit keinem Worte, daß in dem früheren Prozesse das betreffende Recht aberkannt worden sei. — Am Wichtigsten bleibt die Annahme, daß nicht bloß die Vorentscheidungen über Rechte, sondern auch die Vorentscheidungen über Thatsachen rechtskräftig werden sollen, obgleich die Consequenz schwer ab-

Uebrigens ist die im Vorstehenden entwickelte Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache nicht diejenige, welche diese Einrede ursprünglich im römischen Recht gehabt hat. Ursprünglich war die Bedeutung derselben nicht, daß durch sie der Inhalt, sondern daß das Dasein eines früheren Urtheils geltend gemacht werden sollte; die Regel lautete nicht, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, wogegen entschieden sei, sondern, daß nicht mehr vorgebracht werden könne, worüber entschieden worden sei²². In fortschreitender Entwicklung aber hat das römische Recht erkannt, daß diese Regel nicht im Stande sei, der Rechtskraft des Urtheils vollständige Geltung zu verschaffen²³, und es ist an

zulehnen ist. — Ferner, wenn z. B. ein Servitutenanspruch bestritten wird 1) weil nicht der Kläger, sondern der Beklagte Eigentümer des herrschenden Grundstücks sei, 2) weil die Servitut dem Grundstück gar nicht erworben sei, und zu 1) wird für den Kläger entschieden, zu 2) für den Beklagten: wird dann auch die Entscheidung zu 1) rechtskräftig, und kann man dem Beklagten zumuthen oder auch nur gestatten, gegen ein Urtheil Rechtsmittel einzulegen, welches ihm gegen den klägerischen Anspruch vollkommen Ruhe schafft? Gegen diese Ausdehnung der Rechtskraft der Entscheidungsgründe s. Seuff. *Arch.* II. 250 a. E. III. 209. VIII. 10.

²² Sie war eine andere Form der *exceptio rei in iudicium deductae*. Die durch die *litia contestatio* begründete *exceptio rei in iudicium deductae* verwandelte sich mit dem Urtheil in die *exceptio rei iudicatae*.

²³ Die *exceptio rei iudicatae* in ihrer ursprünglichen Function (man hat sie in nicht glücklicher Weise [vgl. Windscheid die *Actio re. re.* S. 110] die negative, die spätere die positive genannt) beruht auf folgender nahe liegenden Betrachtung. Kein Kläger kann ein zweites Urtheil begehren; denn entweder ist für ihn entschieden worden, dann hat er in dem Urtheil auch seine Befriedigung, — oder es ist gegen ihn entschieden worden, dann verdient er keine Befriedigung. Man wurde jedoch bald auf Fälle aufmerksam, in denen der Satz sich als trügerisch erwies, daß der siegreiche Kläger durch das erfahrene Urtheil auch Befriedigung habe, in denen derselbe trotz des Urtheils sich genöthigt sah, auf den früher geltend gemachten Anspruch zurückzukommen. In solchen Fällen half man sich damit, daß man dem Kläger gegen die *exceptio rei iudicatae* eine *replicatio rei secundum se iudicatae* gab; von derselben ist noch die Rede in l. 9 §. 1 D. h. t., l. 16 §. 5 D. de *pign.* 20. 1, vgl. auch l. 9 *pr.* D. h. t. Noch entscheidender aber trat das Ungenügende jener Auffassung hervor, als man sich zum Bewußtsein zu bringen begann, daß die *auctoritas rei iudicatae* verletzt werden könne, auch ohne daß der abgewiesene Kläger mit dem nämlichen Anspruch auftrete, wenn z. B. der mit einem Präbialservitutenanspruch wegen Mangels des Eigenthums des herrschenden Grundstücks Abgewiesene hinterher das Eigenthum des herrschenden Grundstücks als solches verfolgte, oder wenn der in der Eigenthumsklage besiegte Beklagte seinerseits

ihre Stelle diejenige gesetzt worden, welche im Vorhergehenden näher entwickelt worden ist; sie ist die für das heutige Recht allein maßgebende²⁴.

§. 131.

In demselben Umfange, in welchem die wiederholte Vorbringung eines in einem früheren Urtheil zurückgewiesenen Punktes

auf Eigentum klage. In solchen Fällen lag über den jetzt vorgebrachten Anspruch eben kein Urtheil vor; sollte er deswegen zugelassen werden? Nein, sagte man; denn durch das frühere Urtheil ist der jetzt vorgebrachte Anspruch mit aberkannt. So hatte man auch in diesen Fällen eine *exc. rei indicatas*, nur eine *exc. rei indicatas* ganz andern Sinnes, eine Einrede nicht der gesprochenen, sondern der abgespröchenen Sache. — „Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten aber verschiedenen Gestalten oder Functionen ist das glänzende Verdienst des Werkes von Keller (§. 28. 29. 30)“. So Savigny VI. S. 280. In der neueren Zeit ist aber diese Keller'sche, durch ihn zur allgemeinen Herrschaft gelangte, Lehre bestritten worden von Keller in seiner Schrift über die prozessualische Consumption (namentlich S. 18 fg. 132 fg.); ihm sind Dernburg Heib. krit. Zeitschr. II. S. 347 fg., Pring §. 45. 46, Rudorff röm. R. Gesch. II. S. 262 Note 5 gefolgt. Diese Schriftsteller schreiben der *exc. rei indicatas* nur die negative Function zu. Ihre Lehre scheitert aber an dem nachgewiesenen Umfang derselben. S. Windscheid die *Actio r. r.* §. 10, namentlich S. 104 fg.

²⁴ Es wird behauptet (Weyell Syst. des Civilproz. §. 47 Note 15, Huger II. S. 682—685), daß auch nach heutigem Recht der Einrede der abgeurtheilten Sache insofern noch eine negative Function zukomme, als sie dem siegreichen Kläger entgegengesetzt werden könne, wenn derselbe auf Grund des früher geltend gemachten Anspruchs nachfordere, was er im ersten Prozesse nicht gefordert und deswegen nicht zugesprochen erhalten habe, z. B. Verzugszinsen, oder auch fernere 20 an Kapital zu den früher eingeforderten 100. Daß hier im römischen Recht die *exc. rei indicatas* begründet war, ist unzweifelhaft, l. 4 C. dep. 4. 34. l. 1 C. si adv. rom iud. 2. 27. l. 4 C. de iud. 3. 1. l. 4 §. 3 D. de nox. act. 9. 4. Erkennt man aber an, daß einerseits die spezifische Aufgabe auch der *exc. rei indicatas* in ihrer negativen Function doch keine andere gewesen sei, als die, der Rechtskraft des Urtheils zu dienen, und andererseits auch die Regel: *de eadem re no bis sit actio* keine Geltung mehr habe, so wird man jenen Satz als Consequenz eines überwundenen Standpunktes aufgeben müssen. Für uns kann es sich nur darum handeln, ob nicht in einem gegebenen Falle in der Beschränkung der ersten Klage ein Verzicht auf jede Nachforderung gefunden werden müsse. — Gegen die hier vertheidigte Ansicht entschied (aber nur mit einfacher Stimmenmehrheit) das D. S. G. zu Mannheim in dem Falle bei Senff. XII. 92; für dieselbe Reyscher Zeitschr. f. deutsch. R. XVII. 1 (1857). — Die Bestimmung der l. 3 C. de fruct. et lit.

ausgeschlossen ist, in demselben Umfang ist auch ausgeschlossen die Bestreitung eines in einem früheren Punkte anerkannten¹. Aus der Geltendmachung dieser Seite der Rechtskraft ergibt sich zwar keine Einrede, da die Einrede ihrem Begriffe nach nur gegen eine Behauptung möglich ist; es ist jedoch das Wesen des hier stattfindenden Verhältnisses kein anderes, als in dem zuvor betrachteten Fall. Wie dort die Behauptung, so wird hier die Bestreitung durch die Berufung auf das rechtskräftige Urtheil gelähmt; in Folge davon gilt sie als nicht gemacht, und der Richter legt daher das bestrittene Recht oder Factum seinem Urtheil zu Grunde, als wäre eine Bestreitung nicht erfolgt². Im Einzelnen ist zu erwähnen, daß in der Zuerkennung des Ganzen eine Zuerkennung des Theils, und in der Zuerkennung des Theils eine Zuerkennung des Ganzen ebenso liegt, wie dieß oben von der Abweisung bemerkt worden ist³; daß ebenso ein zuerkanntes Recht auch dann nicht weiter bestritten werden kann, wenn auf Grund desselben

exp. 7. 51 ist offenbar rein positiver Natur, und daher auch heute noch anwendbar.

¹ Dieser Satz, welcher sich unmittelbar aus dem Wesen der Rechtskraft §. 131. ergibt, ist deswegen nicht weniger sicher, weil er in den Quellen bei weitem weniger hervorgehoben wird, als sein Gegenstück. Vgl. l. 11 §. 3 l. 12 D. de iurei. 12. 2, l. 8 §. 1 D. de in ius voc. 2. 4, l. 1 §. 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3, l. 50 §. 1 D. de leg. 1. 30, l. 6 D. si in gen. 40. 14, l. 18 D. de exc. 44. 1. Windscheid die *Actio r.* S. 109—112, Huger II. S. 672 fg. Die Gründe, aus denen Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 4. 10 diese Wirkung des Urtheils bestritten hat, sind ungenügend; vgl. Windscheid a. a. O. S. 109 Note 50, dagegen aber wieder, für das classische Recht, Dernburg Pandrecht I. S. 558. Uebereinstimmend mit dem hier Vorgebrachten Senff. Arch. I. 282. VI. 67. VIII. 394. IX. 306; dagegen, in einem allerdings besonderen Falle, IV. 226.

² Das Urtheil steht also dem Geständniß gleich; es begründet wie dieses eine Ausnahme von dem Satz, daß das Bestrittene für den Richter nicht vorhanden sei, bis der Behauptende es bewiesen habe. Man kann auch sagen, es begründet eine *praesumptio iuris et de iure* (§. 133 Note 10).

³ Handelt es sich aber nicht von einem Ganzen und seinen Theilen, sondern von einem bloßen Mehr und Minder, so enthält zwar die Zuerkennung des Mehr auch die Zuerkennung des Minder, aber natürlich nicht die Zuerkennung des Minder auch die Zuerkennung des Mehr. Der Theil ist dem Ganzen gegenüber nichts Selbständiges, wohl aber die geringere Quantität der größeren gegenüber.

etwas Anderes in Anspruch genommen wird⁴, oder wenn es einem Anspruch des Gegners als Einrede entgegengesetzt wird⁵, daß endlich auch das in der Vorentscheidung des früheren Urtheils Anerkannte in gleicher Weise der Bestreitung in einem ferneren zwischen den Partheien stattfindenden Proceß entzogen ist⁶.

§. 132.

Die Rechtskraft des Urtheils wirkt nur zwischen den Partheien, zwischen welchen dasselbe ergangen ist; Dritten kann es weder in seiner negativen Wirkung (§. 129), noch in seiner positiven (§. 130) entgegengesetzt werden¹. Sie müßten denn das Urtheil als für sich wirkend anerkannt haben, was nicht bloß hinterher, sondern auch im Voraus, nicht bloß aus-

⁴ Z. B. auf Grund des zuerkannten Eigenthums die Früchte der Sache, l. 18 i. f. D. de exc. 44. 1.

⁵ Z. B. eine zuerkannte Forderung als Compensationseinrede.

⁶ Namentlich kann also auch das frühere Urtheil angerufen werden, wenn durch dasselbe auf Grund des Rechtes, um welches es sich jetzt handelt, der Beklagte, welcher dieses Recht als Einrede entgegengesetzt hat, absolvirt worden ist, z. B. es ist der Beklagte auf Grund einer Compensationseinrede absolvirt worden, welche er auf die jetzt geltend gemachte Forderung gestützt hat. Unger II. S. 636 fg. leugnet dieß, während er für den Fall, wo die Einrede verworfen und deswegen der Beklagte condemnirt worden ist, die Verurteilung auf das frühere Urtheil gestattet, wie er dieß freilich nach den in §. 130 Note 21 angeführten Stellen muß; er meint, in diesem letzteren Falle liege die Aberkennung der Einrede unmittelbar in der Anerkennung des klägerischen Anspruchs, dagegen in jenem ersteren nicht in gleicher Weise auch die Anerkennung der Einrede unmittelbar in der Aberkennung des klägerischen Anspruchs. Aber diese Unterscheidung beruht auf einem Irrthum. Auch im Falle der Verurteilung enthält nicht das condemnatorische Urtheil eine Aberkennung des von dem Beklagten vorgebrachten Rechtes, sondern es gelangt zur Condemnation auf Grund der Aberkennung dieses Rechtes; es entscheidet: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, und 2) das ihm entgegengesetzte Recht nicht begründet. In gleicher Weise entscheidet es im Falle der Freisprechung: 1) der klägerische Anspruch sei an und für sich begründet, 2) es sei aber auch das ihm entgegengesetzte Recht begründet.

§. 132. ¹ L. 2 C. quib. res iud. 7. 56. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praesudicium solent irrogare“. L. 7 §. 4 D. h. t. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur“. - L. 1. 3. 22. 29 eod., l. 63 D. de re iud. 42. 1, l. 2 C. de exc. 8. 36.

drücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann². Aber auch abgesehen von der Anerkennung muß derjenige, welcher sein Recht von einem Andern ableitet, sich das gegen diesen Anderen gesprochene Urtheil gefallen lassen³, wogegen er aber auch umgekehrt sich auf das für denselben gesprochene berufen kann. Ferner gibt es einige positive Ausnahmen von der aufgestellten Regel. Die wichtigste ist, daß wenn das persönliche Verhältniß einer Parthei im Streite mit derjenigen Person festgestellt worden ist, welche dabei zunächst betheilt ist, diese Feststellung auch für Dritte wirkt⁴. Sodann ist das zwischen dem gesetzlichen und

² Eine im Voraus und stillschweigend gegebene Anerkennung liegt vor, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae“ (l. 63 D. de re iud. 42. 1). Anders wenn „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur; nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit“. Der Unterschied liegt darin, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est“ (l. 63 cit.). Vgl. c. 25 X. de sentent. 2. 27; Freudentheil Arch. f. civ. Pr. XLII. 5; Seuff. Arch. VIII. 170. Hierher gehört nach römischem Recht auch der Fall der Stellvertretung, da das Urtheil nicht, wie es bei uns der Fall ist, auf den Kopf des Vertretenden, sondern auf den Kopf des Vertreters gestellt wurde. Vgl. l. 4. 11 §. 7 l. 25 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2. und Keller Litisc. und Urth. §. 39-44.

³ Das gilt nicht bloß für den Gesamt-, sondern auch für den Sondernachfolger, und nicht bloß für den Erwerb durch Rechtsnachfolge, sondern für jeden anderen abgeleiteten Erwerb. L. 9 §. 2 l. 11 §. 3. 9. 10 l. 28 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 25 §. 8 D. fam. her. 10. 2, l. 3 §. 1 D. de pign. 20. 1. Natürlich wird aber vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege; ein späteres Urtheil schadet dem Erwerbe ebenso wenig, wie eine das Recht des Urhebers vernichtende Thatfache. L. 11 §. 10 l. 29 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 3 pr. D. de pign. 20. 1. Vgl. Seuff. Arch. VI. 67. VIII. 303. 304.

⁴ Wenn die Vaterschaft dem Vater gegenüber festgestellt ist, ist sie auch den Geschwistern gegenüber festgestellt, l. 1 §. 16 l. 2 D. de agnos. 25. 3; ist dem Kinde gegenüber festgestellt, daß Jemand nicht Vater sei, so kann derselbe das Kind auch nicht von einem Dritten abfordern, l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43. 30. Gleiche Kraft ist dem Urtheil beizulegen, wenn die Existenz einer Ehe zwischen den Ehegatten festgestellt oder negirt worden ist. Bei den Römern

dem Testamentserben über die Gültigkeit des Testaments ergangene Urtheil maßgebend auch für die Vermächtnisnehmer⁵, und für die Erbschaftsgläubiger wenigstens berechtigend⁶. Ferner: ist auf Grund eines Rotherbenrechts von Jemandem, welchen dieses Rotherbenrecht nicht zusteht, ein das Testament umstoßendes Urtheil erwirkt worden, so kann sich darauf der wirkliche Rotherbe berufen⁷. Endlich wirkt, wenn bei einer Grunddienstbarkeit das herrschende oder dienende Grundstück im Miteigenthum steht, das von einem oder gegen einen der Miteigenthümer erstrittene Urtheil auch für und gegen die übrigen⁸.

Anhang. Der Beweis.

§. 133.

Die Lehre vom Beweise ist keine Lehre des materiellen Rechtes, sie gehört dem Proceßrechte an. Aber sie hat Seiten, welche zu dem materiellen Rechte in einer unmittelbaren Beziehung stehen. Diese sind hier darzustellen.

1. Wer muß beweisen¹? Der Kläger muß diejenigen That-

gehörte auch der Fall der Freiheit und Freigeborenenheit hierher, l. 25 D. de statu hom. l. 5, l. 42 D. de nox. act. 9. 4, l. 14 D. de iure patr. 37. 14, l. 5 C. de ord. cogn. 7. 19. In allen diesen Fällen wirkt jedoch das Urtheil gegen Dritte nicht so weit, daß denselben benommen wäre, zu behaupten, daß sie selbst die bei dem Rechtsverhältniß unmittelbar Beteiligten seien. So kann das Urtheil über die Paterschaft nicht demjenigen entgegengesetzt werden, welcher selbst behauptet, der wahre Vater zu sein. Vgl. l. 42 D. de lib. causa 40. 12, l. 1. 5 D. si ingon. 40. 14. Keller Vindict. u. Urtheil §. 47, Wächter II. S. 571, Buelow de praesudicialibus formulis (Wratislaviae 1859) p. 41 sqq.

⁵ L. 3 pr. D. de pign. 30. 1, l. 14 D. de appell. 49. 1, l. 50 §. 1 D. de leg. 1. 30, l. 8 §. 16 l. 17 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2, l. 12 pr. §. 2 C. de pet. her. 3. 31.

⁶ L. 50 §. 1 i. f. D. de leg. 1. 30, l. 12 §. 1 C. de pet. her. 3. 31.

⁷ L. 6 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2.

⁸ L. 4 §. 3. 4 l. 19 D. si serv. 8. 5.

¹ Aus der Literatur über die Lehre von der Beweislast ist hier hervorzuheben: Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß

sachen² beweisen³, welche er zur Begründung des von ihm geltend gemachten Anspruchs behaupten muß⁴. Zu behaupten braucht er aber a) nur solche Thatfachen, welche den geltend gemachten

(1805), 3. Ausg. besorgt von Hefster (1845), Bethmann-Hollweg Versuche Nr. V (1827). Die neuesten Schriften (beide empfehlenswerth) sind: Gerber Beiträge zur Lehre vom Flaggrunde und der Beweislast (1858), Magen über Beweislast, Einreden und Exceptionen (1861).

² Rechtsätze bilden keinen Gegenstand des prozessualischen Beweises; Aufgabe der Parteien ist Herbeischaffung der Thatfachen; die Rechtsregeln thut der Richter aus dem Seinigen dazu. Iura novit curia. Allerdings gibt es Fälle, in welchen die offizielle Kenntniß eines Rechtsatzes dem Richter nicht zugemuthet werden kann (z. B. wenn der Rechtsatz einem der Zeit oder dem Ort nach entlegenen Recht, oder dem Wohnheitsrecht angehört); in solchen Fällen muß freilich die Partei, welche Anwendung dieses Rechtsatzes verlangt, dem Richter Ueberzeugung von demselben verschaffen; aber das ist kein prozessualischer, nach den Regeln des Prozeßrechtes zu führender Beweis. Vgl. §. 14 Note 3. 4, §. 17 Note 2 und Weßell Syst. des Civilproz. S. 111, Bayer Vortr. S. 682—684.

³ Vorausgesetzt, daß sie bestritten und bestrittbar sind. Was nicht bestritten (was vor Gericht zugestanden) ist, muß der Richter ohne Weiteres seinem Urtheil zu Grunde legen, ganz abgesehen davon, ob er von der Wahrheit desselben überzeugt ist oder nicht; es genügt, daß die Partei will, daß es als wahr angenommen werde. Unbestreitbar sind einmal die s. g. notorischen Thatfachen, sodann diejenigen, deren Bestreitung eine Rechtsregel verbietet, z. B. die durch ein rechtskräftiges Urtheil festgestellten (vgl. Note 11). Ueber das Geständniß s. Savigny VII. §. 303—308, über die Notorität Weßell Syst. des Civilproz. S. 112 sq., Bayer Vorträge S. 719 sq.

⁴ Das Princip der Beweislast ist ein sehr einfaches: beweisen muß, wer behauptet, nicht wer bestrittet. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (l. 2 D. de prob. 22. 3); — „cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est“ (l. 23 C. eod. 4. 19). Deswegen liegt der Beweis auch zunächst dem Kläger ob, da dieser zunächst der Behauptende ist, nicht dem Beklagten. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit“ (l. 21 D. h. t. l. 8. 20 C. eod.). Aber in der Einrede behauptet auch der Beklagte; daher „in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere“ (l. 19 pr. D. h. t., l. 25 §. 2 C. eod.). Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast. — Ein böses Mißverständnis des Satzes „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ ist es, wenn man unter negare nicht Bestreitung einer gegnerischen Behauptung, sondern Behauptung einer negativen Thatfache begreift. Was eine Partei behaupten muß, muß sie auch beweisen, ohne Unterschied, ob es eine positive oder negative Thatfache ist. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 324—331.

Anspruch zu begründen im Stande sind, nicht solche, aus welchen seine gegenwärtige Existenz hervorginge. Thatsachen dieser letzteren Art gibt es gar nicht; beruft sich der Gegner darauf, daß der einmal entstandene Anspruch gegenwärtig nicht mehr existire, so ist es an ihm, Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche ihn aufzuheben im Stande waren⁵. b) Dem Anspruch kann, obgleich er an und für sich begründet ist, eine Thatsache entgegenstehen, welche seine Wirksamkeit hemmt; es ist nicht an dem Kläger, die Abwesenheit solcher Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, sondern der Beklagte muß ihr Dasein behaupten und beweisen⁶. c) Eine Thatsache kann einen Anspruch zu begründen an und für sich im Stande sein, ohne daß sie ihn unter allen Umständen erzeugte, ihrer rechts erzeugenden Kraft können sich Hindernisse entgegenstellen; für solche Hindernisse gilt dasselbe, was zuvor bemerkt wurde, es muß nicht der Kläger ihre Abwesenheit, sondern der Beklagte ihr Dasein behaupten und beweisen⁷. — Für die Vertheidigung des Beklagten sind die gleichen Grundsätze maßgebend, wie für den Angriff des Klägers. Auch er also braucht nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche an und für sich fähig sind, die zur Vertheidigung angerufene rechtliche Wirkung zu einer an und für sich begründeten zu machen, mag diese Wirkung ein eigener Anspruch sein, wie z. B. bei der Compensationseinrede, oder Wiederaufhebung des klägerischen Anspruchs, oder Lähmung seiner Wirksamkeit, oder Aus-

⁵ L. 12 D. l. 1 C. h. t.

⁶ Mit anderen Worten: Einreden im civilrechtlichen Sinne (römische *exceptioes*) muß der Beklagte beweisen. Vgl. Note 4.

⁷ Mit anderen Worten: auch die Einreden im prozessualischen Sinne muß der Beklagte beweisen. Beispiel: wer sich auf eine Willenserklärung beruft, braucht nicht die Geistesgesundheit des Urhebers nachzuweisen, der Gegner muß den Wahnsinn darthun (l. 5 C. de codic. 6. 36); ebensowenig braucht er die Nichtjurisdiction zu beweisen, der Beweis der Jurisdiction trifft den Gegner (l. 22 D. h. t., l. 22 D. de leg. II. 31, l. 11 §. 12 D. de leg. III. 32); derjenige, dem zwei Mal dieselbe Summe vermacht worden ist, braucht nicht zu beweisen, daß die zweite Verfügung in der Absicht, ihm ein ferneres Recht zu geben, vermacht worden sei, der Gegner muß das Gegentheil darthun (l. 12 D. h. t.); der Vermächtnisnehmer braucht nicht zu beweisen, daß die Vorschrift des falschlichen Gesetzes nicht Platz greife, der beschwerte Erbe muß darthun, daß sie Anwendung finde (l. 17 D. h. t.)

schließung seiner Entstehung. Und wie die Vertheidigung des Beklagten, ist natürlich auch die Gegenvertheidigung des Klägers zu behandeln, u. s. w. — Wie aber in Gemäßheit der hier aufgestellten Regeln im einzelnen Fall das zu behauptende und zu beweisende Material unter die Partheien zu vertheilen sei, und namentlich, was dazu gehöre, damit man sagen könne, eine rechtliche Wirkung sei an und für sich begründet und nur gehemmt, was, damit von einer an und für sich wirkenden Thatsache geredet werden könne: das sind Fragen, die nur aus der besonderen Natur der zur Frage stehenden Rechtsverhältnisse beantwortet werden können, und dieß ist eben die civilrechtliche Seite der Lehre von der Beweislast, wegen deren es nothwendig war, hier ihre Principien darzulegen⁸.

2. Was die Beweisgründe und Beweismittel angeht, so ist darüber hier Folgendes zu bemerken.

a. Der Beweis kann unter Anderem⁹ auch geführt werden durch Verweisung auf Schlüsse aus anderen feststehenden Thatsachen, in welchem Falle man von einem indirecten (künstlichen) oder Vermuthungsbeweise spricht. Solche Schlüsse sind nun entweder der eigenen Einsicht des Richters überlassen, oder sie sind vom Rechte einerseits autorisirt und andererseits dem Richter zur Pflicht gemacht¹⁰; in welchen Fällen dieß Letztere der Fall

⁸ Eine Reihe von hierher gehörigen Fällen ist zusammengestellt bei Unger II. §. 123 Note 22—25 und S. 468—471, §. 129 Note 28—33 a und S. 572—577, ferner bei Ragen S. 109 fg.

⁹ Außerdem durch Verweisung auf eigene sinnliche Wahrnehmung oder auf glaubwürdige Aussagen anderer Personen (Beweis durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid).

¹⁰ In diesem Falle spricht man von einer Rechtsvermuthung, s. g. *praesumptio iuris* im Gegensatz zur *praesumptio facti s. hominis*. Vgl. über die Rechtsvermuthungen die Darstellung bei Unger §. 130. — Bei den Rechtsvermuthungen findet noch der Unterschied statt, daß das Recht entweder den Gegenbeweis gestattet, daß der von ihm autorisirte Schluß in dem vorliegenden Fall nicht zutrefte, oder daß es diesen Gegenbeweis ausschließt (s. g. *praesumptio iuris et de iure* [sc. *contrarii probationem non admittens*]). Das letztere Verhältniß läßt sich auch so ausdrücken, daß das Recht die Bestreitung der betreffenden Thatsache verbietet, so daß dieselbe also nicht sowohl eine bewiesene, als vielmehr eine des Beweises nicht bedürftige ist. Vgl. Note 3.

sei, ist wieder eine im Civilrecht bei der Darstellung der einzelnen Materien zu beantwortende Frage¹¹.

b. Durch den Eid des Behauptenden kann der Beweis regelmäßig nur geführt werden, wenn die Gegenpartei sich damit zufrieden erklärt hat, daß seinem Eide geglaubt werde¹², oder der Richter ihm die Ergänzung eines unvollständigen Beweises durch Eid gestattet¹³. Ausnahmsweise aber hat er das Recht, auch ohne diese Voraussetzungen durch seinen Eid zu beweisen¹⁴, und die Bedingungen dieses Rechtes sind wieder civilrechtlicher Natur. Dieser Eid findet nämlich bei gewissen Ansprüchen zur Strafe des Verpflichteten Statt, wenn der Anspruch durch seine Arglist unerfüllt bleibt¹⁵; der Berechtigte kann hier durch seinen Eid sein Interesse bestimmen, vorbehaltlich jedoch des Ermäßigungsrechtes des Richters, der aus erheblichen Gründen den Eid auch ganz verweigern darf¹⁶. Die Ansprüche, bei denen dieß gilt, sind: der Anspruch auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes, der Anspruch auf Herstellung des einem dinglichen Rechte ent-

¹¹ Beispiele von (widerlegbaren) Rechtsvermutungen in l. 12 D. de statu hom. l. 5 in Verbindung mit l. 6 D. de his qui sui l. 6, l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de apoch. publ. 10. 22.

¹² S. g. iusiurandum voluntarium, Haupt- oder Schiedseid. Vgl. Savigny VII. §. 309—314.

¹³ S. g. iusiurandum suppletorium, Erfüllungseid. Ist nicht das Uebergewicht des Bewiesenen auf Seite des Behauptenden, so erkennt der Richter in gleicher Weise auf Begränzung des gelieferten Anfanges von Beweis durch den Eid des Leugnenden, s. g. iusiurandum purgatorium, Erfüllungseid. Für beide Eide gebraucht man heutzutage den Ausdruck iusiurandum necessarium.

¹⁴ Iusiurandum in litem, Schätzungs- oder Würdigungseid. Dig. 12. 3, Cod. l. 58 de in litem iurando. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 11. VIII. S. 159. 160, Vangerow l. §. 171.

¹⁵ Entweder weil er nicht erfüllen will, oder weil er nicht erfüllen kann. Der erste Fall der Anwendung des Schätzungseides war im klassischen römischen Rechte ungleich wichtiger, als er bei uns ist, da der Beklagte, welcher den klägerischen Anspruch nicht freiwillig erfüllte, nie anders als auf Geiß condemnirt werden konnte. Die technische Bezeichnung für die Weigerung der Erfüllung durch den Beklagten ist contumacia. L. 1. 2 §. 1 l. 4 §. 4 l. 5 §. 3 D. h. t., l. 18 pr. §. 1 D. de dolo 4. 3, l. 68 D. de R. V. 6. 1. 1. 25 §. 1 D. sol. matr. 24. 3. Der Arglist wird auch hier die grobe Fahrlässigkeit gleichgestellt, l. 2 C. h. t.

¹⁶ L. 3. 4 §. 1—3 l. 5 §. 1. 2 D. h. t., l. 18 pr. D. de dolo 4. 3.

sprechenden Zustandes, der Anspruch auf Vorweisung einer Sache¹⁷. Im Nothfall, wenn ein anderer Beweis nicht möglich ist, wird dieser Eid aber auch bei anderen Ansprüchen und bei jeder Schuld des Verpflichteten zugelassen¹⁸.

V. Cautionen.

§. 134.

Außer dem in den vorigen §. §. dargestellten gerichtlichen Schutz gibt es noch andere Mittel, welche den Zweck haben, die Verwirklichung des einem Rechte entsprechenden Zustandes zu sichern. Man faßt sie zusammen unter der allgemeinen Bezeichnung 'Cautionen'. Dieselben haben im Einzelnen eine verschiedene Richtung.

1. Es soll dadurch das Recht der Möglichkeit wirksamer Bezweifelung entzogen werden¹. Diesem Zwecke dienen vor Allem die Beweismittel²; es gehört dahin aber auch die Zusammen-

¹⁷ Die Römer sagen, daß iusiurandum in litem finde Statt bei den actiones auf restituere und exhibere (l. 2 §. 1 l. 5 pr. D. h. t., l. 68 D. de R. V. 6. 1). Exhibere rem heißt, eine Sache vorweisen (l. 2 l. 9 §. 5 D. ad exh. 10. 4, l. ult. pr. D. de V. S. 50. 16). Restituere umfaßt das Zwiefache, im Texte Bezeichnete; ein restituere wird sowohl z. B. mit dem Eigenthumsanspruch verlangt, obgleich vielleicht der Eigenthümer bisher nie im Besitz war, als z. B. mit dem Anspruche aus Zwang oder gewaltsamer Entziehung (l. 17 §. 1 l. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 7 D. quod met. causa 9. 4, l. 5 D. de interd. 43. 1, l. 1 §. 31. 41. 42 D. de vi 43. 16, l. 22 §. 2 D. quod vi 43. 24, l. 81 D. de V. S. 50. 16; l. 7 D. si serv. 8. 5, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1). — Nach römischem Recht fand dieser Eid aber nicht bei allen actiones auf restituere und exhibere Statt, sondern nur bei den bonae fidei und arbitrarie actiones dieses Inhalts (l. 5 pr. l. 6 D. h. t., l. 3 §. 2 D. comm. 13. 6). Diese Beschränkung, welche in der Formelconception ihren Grund hatte, gilt heutzutage nicht mehr.

¹⁸ L. 5 §. 4 D. h. t.

¹ Vgl. Bähr Anerkennung §. 1. 2.

² Für den Sprachgebrauch der Quellen; l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14: „si debitori meo reddiderim cautionem“ —; l. 47 §. 1 eod.: „instrumentum . . . cuiusque summae, . . . cautiones ex quocunq[ue] contractu“ —; l. 15 D. de prob. 22. 3: „cautione exsoluti fideicommissi“. Andere Stellen für Dieses und das Folgende bei Gneiss formelle Beiträge S. 233 fg.

Windscheld, Pandekten. I. Abthlg.

fassung des vorhandenen Rechtsverhältnisses in einen neuen, seinen Inhalt und seine Begrenzung feststellenden Vertrag³ (s. g. Verbalcaution).

2. Es soll dadurch der gute Wille des Verpflichteten gesichert werden. Zu diesem Ende dienen Strafversprechen und Eid⁴.

3. Es soll dadurch die Verwirklichung des Rechtes gegen factische Hindernisse, wobei von vorzugsweiser Wichtigkeit die Unzureichendheit der Vermögensmittel des Beklagten ist, gesichert werden (s. g. Realcaution). Diesem Zwecke dienen Bürgschaft⁵, Pfandbestellung⁶, Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem

³ Nach römischem Recht diente dazu der Stipulationsvertrag. Deswegen heißt auch die Stipulation *cautio*, und selbst dann, wenn durch sie das Rechtsverhältniß erst erzeugt wurde. Gewöhnlich wurde über die Stipulation eine Urkunde errichtet; daraus entsteht die Bedeutung von *cautio* = Stipulationsurkunde. Vgl. *l. 1. 31 D. de cond. ind. 12. 6. 1. 122 §. 5 D. de V. O. 45. 1.*; *l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7. 1. §. 4 D. de stip. praet. 46. 5.*; *l. 40 D. de R. C. 12. 1. 1. 25 §. 4 D. de prob. 22. 3. 1. 11 §. 2 D. de duob. reis 45. 2.* — Nach einer Vorschrift Justinian's soll, wenn (in einem letzten Willen) eine *cautio* auferlegt sei, darunter nur eine Stipulation verstanden werden, *l. 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38.* Es unterliegt keinem Zweifel, daß für eine heutzutage Jemandem auferlegte „Sicherheit“ diese Interpretationsvorschrift nicht maßgebend sein kann (obgleich Justinian neben den Ausdruck '*cautio*' die Ausdrücke '*securitas*' '*ἀσφάλεια*' stellt).

⁴ *Cautio iuratoria*, §. 2 I. de satisd. 4. 11. Der Eid tritt hier als promissorischer, nicht als assertorischer auf. Von Strafe und Eid als Bestrafungsmitteln der Verträge s. das Nähere im Obligationenrecht.

⁵ *Satisdatio*, s. g. *cautio fideiussoria*. *L. 1 D. qui satisd. 2. 8. 1. 188 §. 1 D. de V. S. 50. 16.* Vgl. *l. 1 §. 5—8 D. de stip. serv. 46. 5.* Wo Bürgschaft gemäß einer Rechtsvorschrift geleistet werden muß (eine durch Rechtsvorschrift auferlegte *cautio* nennt man heutzutage *cautio necessaria*), tritt beim Fiscus und bei Stadtgemeinden an die Stelle derselben juratorische Caution, *l. 1 §. 18 l. 6 §. 1 D. ut leg. 36. 3. 1. 3 §. 1. 5 D. si cui plus 35. 3.*, vgl. *l. 2 §. 1 D. de fundo dot. 23. 5.* Bei prozessualischen Cautionen findet Dasselbe Statt zu Gunsten von Personen, die Grundstücke in Eigentum oder Emphyteuse haben (*l. 15 D. qui satisd. 2. 8. 1. 26 §. 6 C. de episc. aud. 1. 4. 1. 4 §. 1 C. de sport. 3. 2. 1. 12 pr. C. de prox. sac. scrip. 12. 19.*), oder die keinen Bürgen finden können (*Nov. 112 c. 2*, vgl. jedoch *l. 7 §. 2 D. qui satisd. 2. 8.*) Nach römischem Rechte waren außerdem gewisse Beamte privilegiert, *l. 17 pr. C. de dign. 12. 1. 1. 12 pr. C. de prox. sac. scrip. 12. 19. 1. 3 §. 3 D. de privil. schol. 12. 30.*

⁶ *S. g. cautio pignoratitia*. *L. 1 §. 9 D. de coll. 37. 6. 1. 4 §. 8 D. de fideic. lib. 40. 5.*

unbetheiligten Dritten⁷, richterliche Einweisung in den Besitz einer Sache oder eines Vermögens⁸, richterliche Arrestverfügung⁹.

Anhang zum 1. und 2. Buche.

Von den Privilegien*.

§. 135.

Die regelmäßige, und bisher allein betrachtete Art und Weise, wie die Rechtsordnung verfährt, ist die, daß sie Regeln aufstellt, welche an gewisse Voraussetzungen gewisse rechtliche Wirkungen anknüpfen, und nach welchen, so oft sich in einem gegebenen Falle jene Voraussetzungen realisiren, diese rechtlichen Wirkungen wirklich eintreten. Ausnahmsweise kommt es aber auch vor, daß die Rechtsordnung auf Grund eines concreten vorliegenden Thatbestandes eine bestimmte rechtliche Wirkung sofort und unmittelbar eintreten läßt. In diesem Falle spricht man von einem Privilegium, Privilegium im eigentlichen oder engeren Sinne¹, obgleich der Ausdruck nur da paßt, wo

⁷ *Sequestratio*. Dieselbe kann sowohl durch die Partheien, als durch den Richter erfolgen. *L. 17 D. dep. 16. 3. 1. 110 D. de V. S. 50. 16.*; *l. 22 §. 8 D. sol. matr. 24. 3. 1. 3 §. 6 D. de lib. exh. 43. 30.*

⁸ *Missio in possessionem*. *Dig. 42. 4 quibus ex causis in possessionem eatur*. Aus der Nichtzulassung oder Verdrängung des Eingewiesenen entsteht für denselben ein Anspruch auf das Interesse, *l. 1 pr. — §. 5 D. de vis fiat ei 43. 4.* *S.* das Obligationenrecht.

⁹ Personal- oder Realarrest. Jemandem wird die Verfügung über seine eigene Person oder die Verfügung über eine von ihm besessene Sache entzogen (dahin gehört auch die gerichtliche Sequestration).

* Schläyer Zeitschr. f. Civ. u. Proz. R. 8. XII. 2 (1855); Rie-vulff S. 53 fg., Wächter II. §. 2. 3. 22. 122, Unger I. S. 587 fg. S. 312 fg.

¹ Im weiteren Sinne bezeichnet Privilegium auch die Rechtsregel, wo- durch einer Klasse von Personen oder Verhältnissen eine (günstige) Ausnahmsstellung gewährt wird (§. 29).

die durch den Rechtsatz erzeugte rechtliche Wirkung eine Begünstigung enthält².

Die Privilegien können den verschiedensten Inhalt haben. Es gibt nicht bloß privatrechtliche Privilegien, sondern auch solche, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Sie können die Befugniß zu einer Thätigkeit geben (oder nehmen), oder die Befugniß, Anderen etwas zu verbieten³, oder die Befugniß zu einer Unterlassung⁴. Sie können entweder Rechte und Verpflichtungen begründen, oder nur die Möglichkeit gewähren, Rechte zu erwerben oder rechtlich thätig zu werden⁵.

Die rechtliche Wirkung, welche durch das Privilegium begründet wird, kann sich auf eine bestimmte Person beziehen, oder auf die durch den Eintritt in ein concretes Verhältniß jedesmal erst zu bestimmende⁶. Bezieht sie sich auf eine bestimmte Person, so ist noch entweder möglich, daß sie auf deren Rechtsnachfolger übertragbar ist, oder das Gegentheil⁷.

² Daß zur Bezeichnung auch der ungünstigen Ausnahmestellung weber der Ausdruck 'privilegium' in den Quellen gebraucht wird (in l. 1 §. 2 D. de const. pr. 1. 4 findet sich der Ausdruck 'constitutio personalis'), noch nach dem Sprachgebrauch des Lebens unser Ausdruck 'Privilegium' gebraucht werden kann, ist an dem bezeichneten Orte (§. 29) bereits bemerkt worden. Es kann darüber hinweggesehen werden, weil es jedenfalls von verschwindender Seltenheit ist, daß ein Rechtsatz eine concrete rechtliche Wirkung zum Zweck der Benachtheiligung einer Person schafft.

³ Ein solches Verbotungsrecht kommt namentlich häufig bei Gewerbsprivilegien vor; der Inhaber des Gewerbsprivilegiums kann den betreffenden Gewerbsbetrieb jedem Andern untersagen. Ueber privilegierte Gewerbsrechte überhaupt vgl. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 1. 8 (1861).

⁴ Z. B. Privilegium der Steuerfreiheit.

⁵ Beispiele: Ertheilung eines Moratorium, Legitimation eines unehelichen Kindes; Dispensation von einem Ehehinderniß, Ertheilung der *venia aetatis*.

⁶ Daraus beruht die Einteilung in *privilegia personae, rei, causae*. Beispiele: 1) dem A. wird eine Fabricconcession gegeben; 2) dem Grundstück A. (dem jedesmaligen Eigenthümer des Grundstücks A.) wird eine Wegegerechtigkeit oder Steuerfreiheit (l. 1 §. 23 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 3 §. 1 D. de cons. 50. 15) verliehen; 3) es giebt ein Staat Papiere auf den Inhaber aus, denen ein höherer Zinsfuß bewilligt wird, als der gesetzlich erlaubte. Die Ausdrücke werden hier in etwas anderem Sinne genommen, als bei den Privilegien in weiterem Sinne (§. 29 Note 5).

⁷ Darüber, ob das Eine oder das Andere der Fall ist, und wenn Ueber-

§. 136.

Die Entstehung des Privilegiums setzt einen Rechtsatz voraus. Die regelmäßige Quelle desselben ist Gesetz. Das Gesetz, wodurch ein Privilegium begründet werden soll, bedarf derselben Erfordernisse, wie jedes andere Gesetz; es kommt jedoch häufig vor, daß das bestehende Recht selbst einem an und für sich zur Gesetzgebung nicht befugten Organ die Befugniß zur Verleihung von Privilegien ertheilt¹. Gewohnheitsrecht ist principiell nicht ausgeschlossen; jedoch wird es sehr schwer sein, daß sich in Beziehung auf ein individuelles Rechtsverhältniß ein Gewohnheitsrecht bilde². Ist ein Gewohnheitsrecht nicht nachweisbar, so entscheiden über die Frage nach der rechtlichen Wirkung längerer Ausübung lediglich die Grundsätze von der Verjährung³, wobei es auf den besonderen Inhalt des Privilegiums ankommt, in letzter Linie aber die unvordenkliche Verjährung (§. 113) aushelfend eingreift.

Beendet wird das Privilegium durch den Wegfall seiner Voraussetzungen⁴, Verzicht des Berechtigten, aufhebenden Rechtsatz. Ein solcher Rechtsatz ist in seiner Freiheit so wenig beschränkt, wie ein Rechtsatz überhaupt beschränkt ist, daher namentlich auch an die Zustimmung des Berechtigten nicht gebunden. Es ist aber zuzusehen, ob, wenn die Rechtsordnung einem zur Gesetzgebung nicht befugten Organ die Befugniß ertheilt hat, Privilegien zu

tragbarkeit stattfindet, in welchem Umfange sie stattfindet, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen.

¹ Ist das Privilegium unter Voraussetzung eines gewissen Sachverhalts^{§. 136.} ertheilt, so kann der Geltendmachung desselben die Unwahrheit dieses Sachverhaltes entgegengesetzt werden (daß die vorausgesetzten Thatfachen nicht, oder daß außer den vorausgesetzten Thatfachen auch noch andere wahr seien (s. g. *exceptio sub- et obreptionis*). In dieser Beziehung erweisen die Grundsätze unserer Quellen von den Rescripten analoge Anwendung, l. 2—5 C. si contra ius l. 22, l. 2 C. de dil. 3. 11, c. 2. 3 X. de rescr. 1. 3, c. 7 X. de fide instr. 2. 22. *Seuff. Arch.* VIII. 108. IX. 245. XIII. 4. Buchta Pand. §. 14.

² Vgl. *Seuff. Arch.* 1. 3. II. 122. IX. 116. X. 190. XI. 2. XIV. 193.

³ Die Grundsätze von dem Erwerbe der Rechte in subjectiven Sinn durch Verjährung.

⁴ Z. B. Tod des Berechtigten bei Privilegien, welche an die Person geknüpft sind; Ablauf der Zeit, für welche das Privilegium verliehen ist.

gewähren, sie damit auch die Befugniß hat ertheilen wollen, Privilegien zurückzunehmen. Die Frage, ob der durch einen Rechtsatz seines Privilegiums Beraubte Entschädigung in Anspruch nehmen könne, ist keine privatrechtliche Frage. — Nichtgebrauch ist kein allgemeiner Aufhebungsgrund der Privilegien, sondern nur Aufhebungsgrund der durch dieselben gewährten Rechte, wobei, abgesehen von besonderen gesetzlichen Vorschriften, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind⁵.

⁵ Vgl. 1. 1 D. de nund. 50. 11 und c. 6. 15 X. de privil. 5. 33. Steppes Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 5 (1840), Vangerow I. §. 116 Anmerk.

Drittes Buch.

Das Sachenrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

I. Begriff und juristisch bedeutende Verschiedenheiten der Sachen.

Begriff der Sache. Körperliche und unkörperliche Sachen.

§. 137.

Das Sachenrecht enthält die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse an Sachen. Unter Sachen werden hier verstanden die einzelnen Stücke der vernunftlosen Natur¹. Indem der Begriff der Sache in dieser Weise bestimmt wird, ist bereits gesagt, daß zu demselben das Moment der realen Existenz, der Körperlichkeit gehört. Nichtsdestoweniger kennt das Recht auch unkörperliche Sachen. Das will sagen: es kommt vor, daß das Recht bloß gedachte Dinge, wenn auch nicht durchweg, doch in einzelnen Beziehungen, als Gegenstände von Rechtsverhältnissen behandelt, wie körperliche². Unkörperliche Sachen in diesem Sinne sind:

¹ Der weitere Sinn des Ausdrucks Sache, in welchem er nicht bloß das real Existirende, sondern auch das Gedachte bezeichnet, ist für das Recht unbrauchbar. Vgl. jedoch die folgende Note.

² Das Gedachte ist für das Recht nicht Sache, aber das Gedachte kann für das Recht Sache sein. Es gibt juristische Sachen, wie es juristische Personen gibt. Man muß sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte, wenn es vom Rechte als Sache, d. h. als Gegenstand von Rechtsverhältnissen, behandelt wird, nun auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grund-

1) die Sachgesamtheiten, d. h. die ideellen Zusammenfassungen einer Reihe von einzelnen körperlichen Sachen zu einem als besondere Sache gedachten Ganzen, wie z. B. eine Heerde, ein Waarenlager zc. zc.³. Durch diese Zusammenfassung hören jedoch die zusammengefaßten Sachen nicht auf, zugleich als einzelne zu existiren, und können daher als einzelne einem andern Rechtsverhältnisse unterworfen sein, als dasjenige ist, in welchem sie als Bestandtheile des Ganzen stehen⁴.

gelegt werden würde, wie die körperliche Sache. Wie weit das Recht in dieser Beziehung gehe, ist für jede Klasse von unkörperlichen Sachen besonders zu bestimmen. Vgl. Note 4 a. E. 6. 7.

³ Es giebt universitas von Sachen, wie es universitas von Rechten und Personen giebt (§. 42. 57). Näher pflegt man die universitas, von welchen hier die Rede ist, (nach l. 30 pr. D. de usurp. 41. 3, §. 18 l. de leg. 2. 20, l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1, l. 70 §. 3 D. de usufr. 7. 1) als universitas rerum distantium zu bezeichnen; denn das Ganze, zu welchem eine Mehrheit einzelner Sachen zusammengefaßt wird, kann auch eine körperliche Existenz haben, so z. B. beim Hause, beim Schiffe zc. zc. (s. g. universitas rerum cohaerentium). In diesem letzteren Falle liegt in der That eine körperliche Sache vor, keine unkörperliche, während z. B. der Heerde als solcher, d. h. als gedachtem Ganzen, keine körperliche Existenz zukommt, sondern nur den einzelnen zu derselben gehörigen Thieren, und der Ausdruck corpus in den Quellen auf sie nur in dem Sinne angewendet wird (vgl. die oben genannten Stellen), um zu bezeichnen, daß sie eben als Ganzes, d. h. als ein von ihren Bestandtheilen verschiedenes Ding, in Betracht komme. Eine besondere Abhandlung über die universitas rerum ist die von Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XI. 9 (1828).

⁴ Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß das römische Recht nur die einzelnen Stücke der Sachgesamtheit, nicht auch diese als solche, als Gegenstände von Rechten behandle, so namentlich von Wächter Erörter. I. S. 17 fg., Unger I. S. 483 fg., Vagenstecher Lehre vom Eigenthum III. S. 71 fg., Dernburg Pfandr. I. §. 59, vgl. auch Brinz S. 177; dagegen besonders Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 95 fg. Es ist nun zuzugeben, daß der Ausdruck res incorporalis auf die Sachgesamtheiten nicht angewendet wird; es ist ferner zuzugeben, daß sich Stellen wie l. 13 pr. l. 34 pr. D. de pign. 20. 1, l. 22 D. de leg. I. 30, l. 68 §. 2 l. 69 D. de usufr. 7. 1 auch ohne Ausnahme eines Rechtes an der Sachgesamtheit erklären lassen. Dagegen halte ich für entscheidend l. 1 §. 3 l. 3 pr. D. de R. V. 6. 1. Hier wird eine vindication der Heerde als solcher zugelassen, und zwar nicht, wie man gesagt hat, bloß in dem Sinne, daß der Kläger nicht nöthig haben sollte, die einzelnen Stücke speziell zu bezeichnen, sondern es heißt ausdrücklich: „sed enim propter sufficit ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint“, was sich unmittelbar als praktisch in dem Falle erweist, wo der Beklagte nachweisen kann, daß einzelne Stücke der Heerde nicht

2) Auch Rechte können möglicherweise selbst wieder den Gegenstand von Rechtsverhältnissen bilden (§. 42 a. E.); es giebt z. B. einen Nießbrauch und ein Pfandrecht an Forderungen⁵. Wie mit den einzelnen Rechten verhält es sich auch mit der Gesamtheit der Rechte, welche sich im Vermögen darstellt; dasselbe wird zum Gegenstand eines Rechtsverhältnisses bei der Veerbung⁶.

Geht man über den Kreis des römischen Rechtes hinaus, so müssen auch Geistesproducte, wissenschaftliche und Kunstwerke, Erfindungen zc. zc. als unkörperliche Sachen in dem hierher gehörigen Sinne bezeichnet werden. Das moderne Recht behandelt dieselben als Gegenstände von Rechtsverhältnissen, wie körperliche Sachen⁷.

im Eigenthum des Klägers stehen; er muß sie dennoch herausgeben (vgl. l. 23 §. 5 eod.), er müßte denn zugleich nachweisen können, daß sie in seinem Eigenthum stehen, von welchem Falle l. 2 eod. handelt. Ueber l. 21 §. 1 D. de exc. r. i. 44. 2. f. Girtanner a. a. O. S. 133 fg. Daß die universitas rerum distantium nicht Gegenstand des Besitzes sein kann (l. 30 §. 2 D. de usurp. 41. 3), ist zugeständenermaßen kein Argument gegen die hier aufgestellte Ansicht, vgl. Note 2.

⁵ Rechte (Vermögensrechte) werden in den Quellen als res incorporales wirklich bezeichnet, aber freilich auch sie, wenigstens zunächst, nicht unter dem Gesichtspunkte, daß sie Gegenstände von Rechtsverhältnissen sein können, sondern insoweit, als sie, wie die körperlichen Sachen, Vermögensbestandtheile sind (§. 42).

⁶ Auch dies wird bestritten; man leugnet, daß das Recht des Erben von dem römischen Recht als dingliches Recht aufgefaßt werde. Aber Gai. IV. 17! Eine andere Frage ist freilich, welches der nähere Inhalt dieses Rechtes sei. Legt man denselben aus, so kommt man allerdings zu dem Resultate, daß das Recht des Erben darin bestehe, in vermögensrechtlicher Beziehung als der Repräsentant des Erblassers behandelt zu werden. Vgl. Arndts Beitr. S. 18 fg., Puchta Instit. II. §. 243 d., Unger I. S. 535—539, Brinz §. 151. 156, und dagegen (für die hier vertretene Ansicht) Dernburg Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbchaftlichen Singularlagern S. 13 fg., auch Köppen die Erbschaft §. 21. 22.

⁷ Wenn man aber demgemäß von einem geistigen Eigenthum spricht, so ist dieser Ausdruck allerdings insofern von sehr zweifelhaftem Werthe, als er geeignet ist, zu der Annahme zu verleiten, als seien hier ohne Weiteres die Grundzüge von dem Eigenthum an körperlichen Sachen maßgebend. Das deutsche Hauptwerk über diesen in der neueren Zeit viel behandelten Gegenstand ist das von D. Wächter das Verlagsrecht II. 8. (1857. 1858); darüber Schmidt Heibel. krit. Zeitschr. V. S. 425 fg. Vgl. noch Gerber Jahrb. f. Dogm. III. 4. (1859), Schmidt Arch. f. civ. Pr. XXXIV. S. 186 fg. (1861), S. Ortloff Jahrb. f. Dogm. V. 6 (1861).

Einfache und zusammengesetzte Sachen.

§. 138*.

Einfach ist diejenige Sache, in welcher für sich bestehende Bestandtheile nicht unterschieden werden können, zusammengesetzt diejenige, in welcher dieß möglich ist. Eine Art der zusammengesetzten Sachen ist bereits in dem vorigen §. genannt worden, die Sachgesamtheiten². Aber auch körperliche Sachen können zusammengesetzt sein, entweder so, und dieß ist die Regel, daß sie in ihrer Zusammensetzung eine neue, von den verbundenen Sachen verschiedene Sache, ein den Bestandtheilen gegenüber selbständiges Ganze bilden³, oder so, daß durch die Zusammensetzung eine neue Sache nicht entsteht, sondern nichts vorhanden ist, als früher vorhanden war, nur statt mehrerer unverbundener Sachen mehrere verbundene⁴. In dem ersten Fall ist, wie bei der Sachgesamtheit, ein doppeltes Rechtsverhältniß möglich, erstens ein Rechtsverhältniß am Ganzen und insofern an den zu demselben gehörigen Bestandtheilen, zweitens ein Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen, insofern sie doch auch in der Verbindung ihre besondere Existenz nicht verlieren. Nur ist der Unterschied gegenüber der Sachgesamtheit der, daß das Rechtsverhältniß an diesen Bestandtheilen als besonderen Sachen so lange ruht, als die körperliche Verbindung dauert, und erst

* Unger I. §. 52, Fenz Recht des Besitzes S. 118—129.

§. 138. 1 L. 30 pr. D. de usurp. 41. 3 — „Tria . . . genera sunt corporum. Unum, quod continetur uno spiritu, et Graece ἰνωμμένον, i. e. unitum, vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia“.

2 L. 30 cit. — „Tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, velut populus, legio, grex“.

3 L. 30 cit. — „Alterum, quod ex contingentibus, i. e. pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνμμένον, i. e. connexum, vocant, ut aedificium, navis, armarium“. Der Ausdruck universitas wird für diese Art von zusammengesetzten Sachen in gleicher Weise gebraucht, wie für die Sachgesamtheiten, l. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. („universitas aedium“).

4 Hierher zählt l. 5. §. 1 D. de R. V. 6. 1 den Fall, wo Blei und Silber zusammen geschmolzen wird.

dann wieder auflebt, wenn die Bestandtheile als für sich bestehende Sachen auch äußerlich wiederhergestellt sind⁵.

Bewegliche und unbewegliche Sachen.

§. 139.

Die Sachen sind entweder bewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung möglich ist¹, oder unbewegliche, d. h. solche, bei welchen eine Ortsveränderung nicht möglich ist. Unbeweglich sind nur die Grundstücke², d. h. die begrenzten Theile der Erdoberfläche³. Ein in mancher Beziehung wichtiger Unterschied zwischen den Grundstücken ist der, ob sie bebaut sind, oder ob sie zu Kulturzwecken dienen. Dieser Gegensatz wird passend durch die Ausdrücke 'Gebäudegrundstücke', 'Feldgrundstücke' bezeichnet⁴. — Der Gegensatz zwischen den beweglichen und unbeweglichen

⁵ L. 23 pr. §. 2 D. de usurp. 41. 3, l. 7 §. 10 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 44. D. de R. V. 6. 1, l. 40 D. de A. E. V. 19. 1. Das Nähere unten §. 188. 189.

¹ Ob sie ihren Ort durch eigene Kraft zu verändern im Stande sind (res §. 139. so moventes), oder nicht (res mobiles i. e. Sinne), ist juristisch gleichgültig. Bei den Römern konnte hier der Ausdruck 'moventia' Veranlassung zu einer Frage geben. L. 93 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 15 §. 2 D. de re iud. 42. 1.

² Res soli, fundi, praedia. L. 115. 211 D. de V. S. 50. 16. Im engeren Sinne bezeichnet 'fundus' nicht das Grundstück überhaupt, sondern den Gegensatz zu dem Gebäudegrundstück. Gai II. 42, l. 1 §. 3. 6 D. de vi 43. 16.

³ Zum Grundstücke gehört auch der unter und über demselben befindliche Raum, l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 12 D. de aqua et aquas 39. 3, l. 1 pr. l. 9. 14. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 §. 5 l. 14 §. 1 D. si serv. 8. 5, l. 22 §. 4 D. quod vi 43. 24. Die mit dem Grund und Boden verbundenen beweglichen Sachen, wie namentlich Pflanzen und die darauf zu einem Gebäude zusammengefügte Materialien, sind Bestandtheile einer unbeweglichen Sache; insofern sie aber als für sich bestehende Sachen aufgefaßt werden, müssen sie nach wie vor als bewegliche behandelt werden.

⁴ Die Quellen sagen: praedia urbana, praedia rustica, l. 198 D. de V. S. 50. 16, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. D. comm. praed. 8. 4 (vgl. aber auch l. 2 pr. D. de S. P. R. 8. 3, l. 4 §. 1 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Zu welcher Classe die nicht bebauten, aber auch zur Gewinnung von Früchten nicht geeigneten Grundstücke gehören, ist in den Quellen nicht entschieden; vgl. Bächter II. S. 214.

Sachen ist für die germanische Rechtsanschauung wichtiger als für die römische. Namentlich damit hängt es zusammen, daß er in Deutschland auf die unkörperlichen Sachen, d. h. die übrigen Vermögensstücke, übertragen worden ist⁵.

Theilbare und untheilbare Sachen*.

§. 140.

Theilbar sind diejenigen Sachen, welche unbeschadet ihres Wesens und Gesamtwertes in Theile zerlegt werden können; untheilbar sind diejenigen, bei welchen dieß nicht möglich ist¹. Die Theilung

⁵ Unsere Quellen setzen die *res mobiles* und *immobiles* den Rechten (*iura, nomina, actiones, res incorporales*) entgegen, l. 7 §. 4 D. de pec. 15. 1, l. 1 §. 2 D. de re iud. 42. 1, l. 2. 3 C. de quadr. praeser. 7. 37, l. un. §. 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Wenn aber in Deutschland eine Rechtsbestimmung oder eine Privatdisposition einen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen macht, wohin sind dann die Rechte zu rechnen? Natürlich die Rechte an fremden Sachen zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist; aber man streitet in Betreff der Forderungsrechte. Es wird im Zweifel anzunehmen sein, daß es auch hier auf den (mittelbaren) Gegenstand des Forderungsrechtes ankommt, ob derselbe ein Grundstück ist, oder nicht, vgl. l. 15 D. de R. I. 50. 17, l. 143 D. de V. S. 50. 16. Andere zählen die Forderungsrechte unter allen Umständen zu dem beweglichen Vermögen, weil sie unmittelbar nie auf ein Grundstück, sondern auf eine Handlung gehen. Vgl. Wächter II. S. 223—227, Unger I. S. 394—400, Dernburg Pandr. I. S. 505.

* Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII. 7 (1844) und Handbuch §. 43, Unger I. §. 51.

§. 140. ¹ Es ist dieß der juristische Begriff der Theilbarkeit und Untheilbarkeit; denn im natürlichen Sinne ist jede Sache theilbar. Aber im juristischen Sinne ist z. B. untheilbar das Pferd, denn die einzelnen Theile, in welche es zerlegt werden kann, sind keine Pferde mehr; untheilbar der Edelstein, denn die einzelnen Theile, in welche er zerlegt werden kann, haben zusammen nicht mehr den Werth, welchen u. vor der Zerlegung hatte. L. 26 §. 2 D. de leg. 1. 30: — „*sine autem naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest*“; l. 35 §. 3 D. de R. V. 6. 1: — „*quas sine interitu dividi non possunt*“; l. 34 §. 2 C. de don. 8. 54, §. 5 I. de off. iud. 4. 17. Vgl. auch l. 36 D. de evict. 21. 2, l. 13 §. 2 D. de accept. 46. 4, aus welchen Stellen hervorgeht, daß auch die in einem Gebäude enthaltenen Baumaterialien in dem hieser gehörigen Sinne nicht als Theile des Gebäudes angesehen werden dürfen (sie sind, wenn man genau reden will, nicht sowohl Theile, als Bestandtheile); denn sie sind etwas Anderes, als das Gebäude.

einer Sache kann entweder durch Aufhebung ihres körperlichen Zusammenhanges vollzogen werden, oder mit Wahrung desselben². Das Letztere ist nothwendig bei Grundstücken, möglich auch bei beweglichen Sachen³.

Von Theilen einer Sache wird aber auch noch in einem ganz anderen Sinne gesprochen. Man spricht nämlich von Theilen einer Sache auch da, wo nicht der Körper der Sache getheilt ist, sondern ihr Werth; den Gegenstand der Theilung bildet die Sache nicht insofern sie als Körper, sondern insofern sie als Werthobject gedacht wird. Da diese Theile nicht in sinnlicher Wirklichkeit existiren, nennt man sie gedachte, intellectuelle Theile, auch ungetheilte Theile (Rechnungstheile, Bruchtheile, Antheile)⁴.

² In dem letzten Fall liegt es nahe, auch nach vollzogener Theilung noch von Theilen eines Ganzen zu reden (daher die *communio pro diviso* in l. 5 §. 16 D. de reb. eor. 27. 9, l. 29 D. de A. R. D. 41. 1); aber in der Wirklichkeit ist auch in ihm nicht minder, als in dem ersten, nach vollzogener Theilung eine Mehrheit selbständiger Sachen vorhanden. L. 6 §. 1 D. comm. praed. 8. 4: — „*si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus*“; L. 25 §. 1 D. de V. S. 50. 16.

³ L. 5 §. 1 de R. V. 6. 1, l. 27 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 36 D. de S. P. U. 8. 2, l. 83 D. pro socio 17. 2. L. 8 D. de R. V. 6. 1 segnet nur, daß an nicht körperlich abgesonderten Theilen einer beweglichen Sache Besitz möglich sei. Die Meisten nehmen auf Grund dieser Stelle an, daß an Theilen beweglicher Sachen ohne reale Zerlegung eine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses überhaupt nicht stattfinden könne; ja früher wurde sogar auf sie die Meinung gestützt, und zwar war dieß die herrschende Meinung, daß bewegliche Sachen gar nicht, auch nicht unter Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges, theilbar seien. Vgl. hierüber Wächter Arch. a. a. D. S. 158 fg. 179 fg., Unger §. 51 Note 19.

⁴ L. 5 pr. D. de stip. serv. 45. 2. „*Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore*“; L. 25 D. quib. mod. ususfr. 7. 4. „*Placet, vel certae partis vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti*“; L. 66 §. 2 D. de leg. II. 32: — „*plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent*“; L. 5 §. 15 comm. 13. 6: — „*sit, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*“ (zu verbinden pro indiviso mit corporis, pro parte mit dominium). Die herrschende Meinung versteht die f. g. intellectuelle Theilung von einer Theilung des Rechtes, d. h. des Rechtesinhaltes (vgl. z. B. Hieruff S. 325—328, Böcking I. S. 264, Arndts §. 53). Aber ein

Verbrauchbare, abnützbare Sachen.

§. 141.

Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren bestimmungsge-
mäßiger Gebrauch in einer Zerstörung ihrer körperlichen Integrität
besteht¹. Andere Sachen werden zwar durch den Gebrauch, zu
welchem sie bestimmt sind, nicht sofort zerstört, aber allmählig in

Rechtseinhalt kann gar nicht getheilt sein; wer die Befugniß, seinen Willen in
einer bestimmten Weise geltend zu machen, nur zum Theil hat, hat gar Nichts.
Es kann nur ein Rechtseinhalt Mehreren gemeinschaftlich sein, in der
Weise, daß die durch denselben gegebene Befugniß nicht anders als von
Mehreren gemeinschaftlich soll ausgeübt werden können; und für dieses Ver-
hältniß sind die Theile, welche den mehreren Berechtigten zugeschrieben werden,
ganz irrelevant, jeder Berechtigte ist immer an die Zustimmung des andern
gebunden, wie auch das Verhältniß ihrer Anteile sein mag. Die Bedeutung
der Theile, welche ihnen zugeschrieben werden, ist eine ganz andere; es soll
damit gesagt sein, in welchem Maße einem Jeden der Werth des Rechts zu
Gute kommt (vgl. §. 169), und bleibt man daher dabei stehen, die s. g.
intellectuelle Theilung auf das Recht zu beziehen, so darf dieselbe nicht von
dem Inhalt des Rechts verstanden werden, sondern von dem Werthe desselben.
Wie aber nun in einer dem Leben und dem Rechte geläufigen Auffassungs-
weise dem Eigentumsrechte an der Sache die Sache selbst substituirt wird
(§. 42), so auch dem Antheil an dem Eigentumsrechte der Antheil an der
Sache, und da der Antheil am Eigentumsrechte Antheil an dem Werthe des
Eigentumsrechtes bedeutet, so muß der Antheil an der Sache Antheil am
Werthe der Sache bedeuten; welcher Antheil dann auch als Gegenstand anderer
Rechtsverhältnisse, als des Eigentumsrechtes, aufgefaßt wird, so des Nieß-
brauchsrechtes (l. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4). Von den oben abgedruckten
Stellen vertragen sich zwar die zwei letzten recht gut mit einer Beziehung der
s. g. intellectuellen Theilung lediglich auf das Recht, nicht aber die beiden ersten,
vgl. auch noch l. 54 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de sol. 46. 3, l. 19
§. 2 D. de cond. ind. 12. 6. Indem Wächter Arch. a. a. D. S. 162 fg.
und Pandbuch §. 43 Note 12 dieß mit Recht gegen die Ansicht derjenigen
geltend macht, welche die intellectuelle Theilung lediglich auf das Recht beziehen,
sucht er selbst (unter Zustimmung von Unger I. S. 416) die in den Quellen
unzweifelhaft vorkommende Heringziehung der Sache sich dadurch zurechtzulegen,
daß er annimmt, die Sache, obgleich wirklich nicht getheilt, werde als getheilt ge-
dacht. Die hier vertretene Ansicht steht damit nicht in Widerspruch; sie formulirt
nur bestimmter, in welchem Sinne die Sache als getheilt gedacht werde.

§. 141. ¹ So Getreide, Wein &c. Die Quellen sagen: res quas usu consumuntur,
tolluntur, quas in absumptione sunt, quas usu continentur, §. 2 I. de
usufr. 2. 4, l. 5 §. 1 l. 7 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Ueber die Begriffsbe-
stimmung s. Wächter II. S. 219 Note 36, Unger I. S. 401.

einen Zustand versetzt, in welchem sie nicht mehr fähig sind, ihrer
Bestimmung gemäß verwendet zu werden; man nennt sie passend
abnützbar².

In einem ganz besonderen Sinne wird das Geld eine ver-
brauchbare Sache genannt. Es ist verbrauchbar, insofern es
nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden
unterzugehen³.

Gattungs- oder vertretbare, nicht vertret-
bare Sachen*.

§. 142.

Die Sachen pflegen für den Verkehr in Betracht zu kommen
entweder in ihrer individuellen Bestimmtheit, oder nur nach der
Gattung, zu welcher sie gehören; die letzteren nennen wir Gattungss-
sachen, oder auch, weil bei ihnen jedes zu dieser Gattung gehörige
Sachindividuum durch jedes andere zu derselben gehörige vertreten

² Kleider werden durch den ordnungsmäßigen Gebrauch, welcher von ihnen
gemacht wird, nicht ausgebraucht, aber allmählig in Lumpen verwandelt. In
l. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5 werden von den Sachen, welche usu tolluntur,
diejenigen, die usu minuuntur, unterschieden. Im weiteren Sinne kann man
aber auch von den letzteren sagen, daß sie usu consumuntur, und das sagt z. B.
§. 2 I. de usufr. 2. 4 wirklich von den Kleidern.

³ Dadurch, daß das Geld ausgegeben wird, „consumitur“, s. z. B. l. 32
D. de min. 4. 4, l. 13 D. de R. C. 12. 1 u. a. Auch die Aeußerung des
§. 2 I. de usufr. 2. 4 in Betreff des Geldes: „ipso usu assidua permutatione
quodammodo extinguitur“ ist nach dem Zusammenhang unzweifelhaft von der
Verbrauchbarkeit des Geldes, nicht von der allmähigen Abnützbarkeit der einzelnen
Geldstücke zu verstehen. Vgl. übrigens §. 186 Note 16.

* Hierulff S. 313—317, Wächter II. §. 38, Unger I. §. 50,
Hering Jahrb. f. Dogm. IV. S. 400 fg.

¹ Der Begriff Gattungssache wird in l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1 durch §. 142.
den Ausdruck „res quae in genere suo functionem suam recipiunt per solutionem
[magis] quam specie“ bezeichnet. Der Ausdruck species zur Bezeichnung des
Sachindividuum gegenüber der nur generisch bestimmten Sache, des genus,
kommt auch in andern Stellen vor, z. B. l. 54 pr. l. 83 §. 5 D. de V. O.
45. 1 (vgl. aber auch l. 29 D. de sol. 46. 3, wo gerade die Gattungssachen
„res quas communi specie continentur“ genannt werden); ein entsprechender Aus-
druck ist corpus, z. B. in l. 30 pr. l. 34 §. 3. 4 l. 51 D. de leg. I. 30. Die
Bezeichnung „vertretbare Sache“ ist aufgebracht von R. S. Zachariä
(Wächter §. 77 Note 5), wird getabelt von Savigny (VI. §. 268. b.) als

werden kann, vertretbare Sachen¹. Bei den Gattungs- oder vertretbaren Sachen muß in jedem einzelnen Fall die Quantität näher bezeichnet werden, um welche es sich handelt; weßwegen man sie auch Quantitätsfachen nennen kann². Eine andere, und noch immer die gebräuchlichste Bezeichnung für sie ist 'fungibele Sachen'³. Besonders wichtig unter den Sachen dieser Art ist das Geld.

Es liegt auf der Hand, daß es sich mit dem hier bezeichneten Gegensatz anders verhält, als mit den bisher betrachteten Gegensätzen; es ist kein in den Sachen liegender Gegensatz, sondern ein in dieselben hineingetragener, obgleich er mit den natürlichen Eigenschaften der Sachen zusammenhängt. Mit Rücksicht darauf kann man eben auch nur sagen, daß der Verkehr regelmäßig bestimmte Sachen als vertretbare behandeln wird, andere als unvertretbare; das hindert aber nicht, daß in einem gegebenen Fall eine zu der ersten Klasse gehörige Sache nach ihrer individuellen Bestimmtheit, oder eine zu der zweiten Klasse gehörige nur nach ihrem Gattungsverhältnis in Betracht kommen kann⁴.

Gegen die Identificirung des Begriffs 'vertretbare Sachen' mit dem Begriff 'verbrauchbare Sachen' zu warnen, ist fast überflüssig. Die Verwechslung dieser Begriffe, welche früher häufig

„ohne hinzugefügte Erklärung kaum verständlich, da auch alle anderen Sachen einer Vertretung (durch Selbstschädigung) empfänglich sind“.

¹ Die Quellen sagen: *res quae numero, pondere, mensura consistunt* (*constant, continentur, valent*), *J. B. pr. I. quib. mod. re 3. 14, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 42 D. de I. D. 23. 3, l. 1 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 §. 7 D. ad leg. Falc. 35. 2.* Statt 'Quantitätsfachen' sagt Savigny (VI. S. 123) 'Quantitäten', — weniger passend; Wein, Del &c. kommt in einem gegebenen Fall nur als Quantität in Betracht, aber ist selbst keine Quantität. Der Ausdruck *quantitas* bedeutet in den Quellen zunächst Geldsumme; erst in zweiter Linie wird er auch zur Bezeichnung von Quantitäten anderen Inhalts gebraucht; vgl. *l. 34 §. 3. 6 D. de leg. I. 30, l. 87 pr. D. de leg. II. 31, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 15 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 19 §. 1 D. de auro 34. 2.*

² Der barbarische und ganz unbezeichnende Ausdruck *res fungibilis* ist nach *l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1* (Note 1), wie es scheint, von U. Justinus (in §. 80 I. de act. Nr. 17. 18) erfunden. Savigny VI. S. 268. a.

³ *L. 2 §. 1 l. 1. 54 pr. 1. 117 D. de V. O. 45. 1, l. 37 pr. 1. 110 D. de leg. 1. 30, l. 24 D. dep. 16. 3, l. 30 §. 6 l. 34 §. 4 D. de leg. 1. 30, l. 37 D. de V. O. 45. 1.*

war⁵, hat ihre Veranlassung darin, daß die verbrauchbaren Sachen regelmäßig von dem Verkehr auch als vertretbare behandelt werden; aber nicht ist auch das Umgekehrte wahr⁶.

Zubehörungen*.

§. 143.

Zubehörungen (Pertinenzen) sind diejenigen Sachen, welche, ohne Bestandtheile einer anderen Sache zu sein¹, doch zu einer anderen Sache in dem Sinne gehören, daß sie nur um dieser Sache willen vorhanden sind. Der Begriff der Zubehörung hat keine juristische Bedeutung darin, daß jede rechtliche Verfügung, welche über eine Sache getroffen wird, ohne Weiteres auch die Zubehörungen derselben ergreift². Damit man sagen könne, eine Sache sei nur um einer anderen willen vorhanden, ist näher erforderlich:

⁵ Noch der Code Napoléon definiert (Art. 1874) das Darlehen als „*prêt des choses, qui se consomment par l'usage, qu'on en fait*“.

⁶ Man denke *J. B. an Nabeln, Bülcher &c.*

* Funke die Lehre von den Pertinenzen (1827). Kieruff §. 330—333, Wächter II. S. 242—259, Unger §. 53—56, Weseler deutsch. Privatr. II. §. 78.

¹ Dieser negative Theil der Begriffsbestimmung ist bis in die neuere Zeit §. 143. hinab verkannt worden. Und doch ist das Rechtsverhältnis der Bestandtheile ein ganz anderes, viel weiter gehendes, als das der Zubehörungen. Der Bestandtheil folgt in aller und jeder Beziehung dem Rechte des Ganzen, dessen Bestandtheil er ist, die Zubehörung nur in der im Text genannten. Der Bestandtheil hat (als solcher) kein selbständiges Dasein, die Zubehörung hat nur keine selbständige Bedeutung. Wächter Erörter. I. S. 36 fg. und Handbuch II. 243—249, Unger I. S. 427—447.

² *L. 13 §. 31 D. de A. E. V. 19. 1.* „*Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur*“.
L. 91 §. 5 D. de leg. III. 32. — Natürlich kann die Auslegung in einem gegebenen Fall möglicherweise noch weiter führen, so daß außer den Zubehörungen der Sache, worauf sich eine Verfügung bezieht, noch andere Sachen als in ihr mitbepfand angesehen werden müssen (vgl. *J. B. 1. 3 §. 1 D. de trit. leg. 33. 6, l. 3 §. 11 l. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9*); aber wenn man deswegen, wie namentlich Wächter II. S. 257. 258 thut, diese Sachen ebenfalls Pertinenzen nennt, und sie den „natürlichen“ oder „präsumtiven“ Pertinenzen entgegensetzt, so ist das verwirrend. Denn der Begriff der Pertinenzen hat eben nur darin seine Bedeutung, daß er bestimmend ist für den Umfang

1) daß sie die Bestimmung habe, die Verwendbarkeit der Sache zu den in ihrer Natur liegenden Zwecken zu ermöglichen oder zu fördern, wogegen Mittel der Verwendung selbst, d. h. die Sachen, mit deren Hilfe die Verwendung einer Sache zu ihren Zwecken ausgeführt wird, Zubehörungen nicht sind³;

2) daß diese ihre Bestimmung schon wirklich realisiert⁴, und

3) daß dieselbe eine bleibende sei⁵.

Körperliche Verbindung ist für den Begriff der Zubehörung weder erforderlich, noch genügend⁶. Im Uebrigen können nicht bloß unbewegliche Sachen Zubehörungen haben, sondern auch bewegliche⁷, und jene nicht bloß bewegliche, sondern auch unbewegliche⁸. —

Weiter als der Begriff der Pertinenz ist der Begriff der Accession. Accession ist jede Sache, deren rechtliches Verhältnis

einer Willenserklärung, während in dem genannten Fall umgekehrt der aus andern Gründen festgestellte Umfang der Willenserklärung bestimmend ist für die Annahme, daß eine Sache als Zubehörung gemeint sei. Vgl. namentlich Unger I. S. 447—453.

³ Zubehörungen eines Hauses sind z. B. Schlüssel, Vorfenster, Brunnenbedeckel; aber Zubehörung eines Gutes ist nicht das Gutsinventar. Uebrigens liegt es auf der Hand, daß die Grenze zwischen den Mitteln der Verwendbarkeit und den Mitteln der Verwendung im einzelnen Fall eine zweifelhafte sein kann. So bestimmt in unseren Quellen dem Gutsinventar die Qualität als Zubehörung abgesprochen wird (l. 1 pr. l. 2 §. 1 D. de instructo 33. 7, l. 14 D. de sup. leg. 33. 10), so werden doch andererseits die auf einem Gute befindlichen Düngervorräthe, sowie die auf einem Weinberge vorhandenen Rebpfähle als Zubehörungen anerkannt, l. 17 §. 2. 11 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. außer den hier genannten Stellen noch l. 13 §. 31 — l. 18 eod., l. 47—49 D. de contr. emt. 18. 1, l. 91 §. 4. 5 D. de leg. III. 32, l. 8—12 §. 26 D. de instr. 33. 7 (in Verbindung mit l. 1 pr. eod., l. 14 D. de sup. leg. 33. 10), l. 242 §. 2. 4 l. 245 D. de V. S. 50. 16.

⁴ L. 17 §. 10. 11 D. de A. E. V. 19. 1.

⁵ L. 17 §. 7 eod., l. 26 pr. D. de instr. 33. 7.

⁶ L. 17 pr. §. 4. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 245 pr. D. de V. S. 50. 17.

⁷ Dieß wird nicht von Allen anerkannt, so z. B. nicht von Böding l. §. 81 Note 4; aber es folgt aus der Natur der Sache, und wird durch Stellen wie l. 242 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 44 D. de evict. 21. 2, l. 100 §. 3 D. de leg. III. 32 nicht widerlegt; vgl. Wächter II. S. 257. Dafür auch l. 52 §. 9 l. 66 D. de leg. III. 32, l. 3 §. 11 l. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9.

⁸ L. 91 §. 4. 5 D. de leg. III. 32.

irgendwie durch das rechtliche Verhältnis einer anderen Sache bestimmt wird. Zubehörungen sind Accessionen, aber auch Theile und Früchte sind es⁹.

Früchte*.

§. 144.

Bei dem Begriffe der Frucht ist auszugehen von dem Begriffe des organischen Erzeugnisses; Früchte sind zunächst die organischen Erzeugnisse einer Sache. Im engern Sinn werden aber zu den Früchten nur diejenigen organischen Erzeugnisse einer Sache gerechnet, in denen sich der Ertrag der Sache darstellt, d. h. dasjenige, was die Sache ihrer Bestimmung nach abwirft¹, ohne daß sie selbst angegriffen wird². Von der anderen Seite werden die von einer Sache als Ertrag gewährten Sachen auch dann zu den Früchten gerechnet, wenn sie nicht zu den organischen Erzeugnissen gehören³. Ja auch derjenige Ertrag, welchen nicht die Sache selbst gewährt, sondern der von ihr durch Vermittlung eines andern Rechtsverhältnisses gewonnen wird⁴, wird im weiteren Sinne zu den Früchten gezählt⁵. Man spricht in

⁹ Auch bei Rechten ist das Accessionsverhältnis möglich. So ist das Pfandrecht Accession der Forberung.

* Feinbach die Lehre von der Frucht (1843). Wächter Handb. II. S. 259—269 und Erörter. I. 3, Janké das Fruchtrecht des rechtlichen Besitzers und des Pfantgläubigers (1862) S. 4—19.

¹ Ihrer Bestimmung nach. Daher zählt das römische Recht die Kinder §. 144. einer Skavin nicht zu den Früchten: „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant“; l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. l. 68 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1, aber auch Böding I. §. 79 Note 5.

² Daher sind die Bäume eines Grundstücks Frucht desselben nur dann und insoweit, wenn und inwieweit sie nach den Grundsätzen einer vernünftigen Bewirtschaftung geschlagen zu werden bestimmt sind. L. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3, l. 10. 11. 12 pr. D. de usufr. 7. 1.

³ So Steine, Sand, Kreide. L. 77 D. de V. S. 50. 16. „Frugem pro reditu appellari, non solum quod ex frumento aut leguminibus, verum et quod ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur“. L. 7 §. 13. 14 D. sol. matr. 24. 3, l. 9 §. 2. 3 l. 13 §. 5 D. de usufr. 7. 1.

⁴ Was „non natura pervenit, sed iure percipitur“, l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1.

⁵ So namentlich Mietzgelber und Zinsen. Die Quellen sagen nicht

diesem letzteren Falle von juristischen Früchten im Gegensatz zu den natürlichen⁶.

Die natürlichen Früchte sind, so lange sie noch mit der Hauptsache verbunden sind, in dem Sinne Bestandtheil derselben, daß sie eines selbständigen Rechtsverhältnisses gar nicht fähig sind⁷. Erst nach ihrer Trennung sind sie für sich bestehende Sachen und mögliche Gegenstände von Rechtsverhältnissen⁸.

II. Rechtsverhältnisse an Sachen.

§. 145.

Die Sachen sind bestimmt, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke zu dienen. Die rechtliche Form, in welcher sie dies thun, ist regelmäßig die, daß für sie der Wille eines oder mehrerer bestimmten Individuen mit Ausschluß aller anderen Individuen maßgebend ist. Erfasst dabei der berechnigte Wille die Sache in der Totalität ihrer Beziehungen, so bezeichnen wir das Rechtsverhältnis als Eigenthumsrecht, er-

eigentlich, sie seien Früchte, sondern sie würden als Früchte angesehen, — pro fructibus accipiuntur, loco sunt fructuum, vicem fructuum obtinent, in fructu numeranda sunt. L. 29 D. de H. P. 5. 3, l. 19 pr. l. 34 l. 36 D. de usur. 22. 1. Ja in l. 121 D. de V. S. 50. 16 heißt es garabzu: „usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione“. Vgl. auf der anderen Seite aber auch l. 4 §. 2 l. 6 §. 6 D. si serv. 8. 5, l. 49 D. de usur. 22. 1.

⁶ Man sagt: fructus civiles — naturales. Die Ausdrücke 'civilis' und 'naturalis' in diesem Sinne sind quellenmäßig, obgleich sie in Verbindung mit fructus nicht vorkommen.

⁷ L. 44 D. de R. V. 6. 1. „Fructus pendentes pars fundi videntur“. L. 25. §. 6 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

⁸ Wenn die Quellen den „fructus separati“ die „fructus percepti“ entgegenstellen, so wollen sie damit den Gegensatz zwischen der Frucht an sich, und der Inbesitznahme derselben durch eine bestimmte Person bezeichnen, l. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1 l. 13 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 25 §. 1 D. de us. 22. 1, l. 78 D. de R. V. 6. 1, l. 4 §. 2 D. an. reg. 10. 1. Vgl. Wächter Erbrt. I. S. 55 fg. — Der Begriff der fructus percipiendi (vgl. Wächter das. S. 64 fg.) gehört in diese allgemeine Betrachtung nicht. Man versteht darunter Früchte, die, obgleich sie nicht gezogen worden sind, doch hätten gezogen werden sollen; wann das der Fall sei, und welche rechtliche Folgen daraus entstehen, muß bei den einzelnen Rechtsverhältnissen gesagt werden.

faßt er sie nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, so sprechen wir von einem Rechte an fremder Sache. Aber auch schon die bloße thatsächliche Geltendmachung des Willens für die Sache, der Besitz, ist ein Rechtsverhältnis, ein Verhältnis, welches wichtige rechtliche Folgen hat. Von Besitz, Eigenthumsrecht, Rechten an fremder Sache ist im Folgenden näher zu handeln.

§. 146.

Das Rechtsverhältnis, welches an Sachen stattfindet, kann aber auch in einer andern Weise geordnet sein, so, daß für die Sache nicht der Wille eines oder mehrerer bestimmten Individuen ausschließlich maßgebend ist, sondern daß sie dem Gebrauche und der Benutzung Aller offen steht. Diese Ordnung des Verhältnisses hat ihren Grund theils in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen, welche eine andere Art der Verwendung nicht zuläßt, theils in der ihnen durch menschliche Willkür gegebenen Bestimmung. Es findet dabei aber noch der Unterschied statt, daß entweder nichts vorhanden ist, als die Rechtsregel, nach welcher Jedermann die Sache gebrauchen und benutzen kann, oder daß hinter der durch diese Rechtsregel gewährten Gebrauchs- und Benutzungsbefugniß ein Eigenthumsrecht steht, welches sich geltend macht, sobald jene wegfällt oder soweit sie nicht Platz greift. Im Einzelnen gehören hierher folgende Sachen.

1) Die uns umgebende Luft. An ihr ist aus natürlichen Gründen eine irgend welche Privatberechtigung nicht möglich¹.

2) Aus natürlichen Gründen ist auch das Meer mit seinen Küsten dem Gebrauche Aller hingegeben². Jedoch sind die im Meere und auf dessen Küsten gemachten Anlagen der Privatberechtigung nicht entzogen³, und was die Küsten des Meeres angeht, so bilden dieselben immerhin einen Theil des Gebietes des betreffenden

¹ §. 1 I. de R. D. 2. 1 (= 1. 2 §. 1 D. de D. R. 1. 8).

² Die Küste reicht so weit, als die höchste Fluth steigt, §. 3 I. de R. D. 2. 1, l. 96 pr. l. 112 D. de V. S. 50. 16.

³ §. 1 I. cit., l. 4 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 5 §. 1 l. 6 pr. l. 10 D. eod., l. 14 pr. l. 30 §. 4 D. de A. R. 41. 1. Im Widerspruch mit diesen Stellen wird Privateigenthum an den im Meere und auf den Meeresküsten gemachten Anlagen gefugnet in §. 5 I. de R. D. 2. 1.

Staats, und daher ist für die Art und Weise ihrer Benutzung die Gesetzgebung desselben maßgebend⁴.

3) In Betreff der auf dem festen Lande befindlichen Gewässer ist zu unterscheiden zwischen der fließenden Wasserwelle als solcher und der Gesamtheit des Gewässers. Jene ist nicht faßbar und daher kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung⁵, während bei der Gesamtheit des Gewässers eine solche nicht unmöglich ist. Von der anderen Seite jedoch hat die Natur nicht alle Gewässer dazu bestimmt, der ausschließlichen Herrschaft Eines oder Einzelner unterworfen zu sein; die größeren haben die natürliche Bestimmung, dem gemeinen Gebrauche zu dienen. Eine feste Grenze ist hier der Natur der Sache nach schwer zu ziehen, und das römische Recht hat dieß nicht versucht; indem es den Satz aufstellt, daß die Flüsse dem gemeinen Gebrauche unterworfen seien, nicht aber die Bäche⁶, definiert es den Fluß als ein Gewässer, welches sich von dem Bache durch seine Größe oder durch die Auffassung der Anwohnenden unterscheide⁷. Es fügt aber noch die Beschränkung hinzu, daß Flüsse, welche nicht immerwährend fließen, dem gemeinen Gebrauche nicht unterworfen seien⁸.

⁴ Dieß erstreckt sich sogar auf die Kistengewässer. Vgl. überhaupt *Hefter europ. Wasserrecht* (4. Aufl.) §. 73—76^a. In den Quellen wird zwar die Meeresküste dem Meere selbst als *res communis omnium* gleichgestellt (§. 1 I. cit.), und als absolut herrenlose Sache bezeichnet (l. 14 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Aber andererseits heißt es hoch, daß zu Anlagen auf der Meeresküste obrigkeitliche Erlaubniß erforderlich sei (l. 50 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 §. 1 D. de quid in loco publ. 43. 8), und in l. 3 pr. eod. wird geradezu gesagt: „*litorea, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror*“.

⁵ In diesem Sinne wird in §. 1 I. cit. die *aqua profuens* neben Luft und Meer zu den *res omnium communes* gerechnet.

⁶ Von dem Bache muß dasselbe gelten, was l. 1. §. 4 D. de flum. 43. 12 von dem *flumen privatam* (s. Note 8) sagt, daß er „*nil distat a ceteris locis privatis*“. L. 1 pr. §. 1 eod.

⁷ L. 1 §. 1 D. de flumin. 43. 12. „*Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium*“.

⁸ L. 1 §. 3 eod. „*Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit* (über diesen Begriff §. 2 eod.) *Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis*“. Daher heißt es in l. 4 §. 1 D. de D. R. 1. 8: „*flumina pene omnia publica sunt*“, welches pene freilich in dem entsprechenden §. 2 I. de R. D. 2. 1 weggelassen ist.

Daß das heutige Recht noch weiter gehe und auch alle nicht schiff- und flößbaren Flüsse aus der Reihe der öffentlichen Gewässer ausschleide, ist eine oft aufgestellte, aber nicht nachgewiesene Behauptung⁹. — Der Gebrauch, welcher von den öffentlichen Gewässern gemacht werden darf, bestimmt sich näher durch die Vorschriften des betreffenden Staates¹⁰. Die Befugniß zur Erlassung derselben ist ein Ausfluß des Hoheitsrechtes des Staates, und darf nicht etwa auf ein zu Grunde liegendes Eigentumsrecht desselben zurückgeführt werden¹¹. Dagegen kommt in Deutschland das s. g. Wasserregal des Staates, insofern durch dasselbe dem Staate ein vorzugsweises Recht auf gewisse Arten der Nutzung der öffentlichen Gewässer gewährt wird, in Betracht¹². Auch

⁹ Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Laurentbrecher I. §. 180, Mittermaier I. §. 222^a, Gerber §. 63, Veseler II. §. 94, Bluntzschli §. 75. Man beruft sich hauptsächlich auf *Sachsensp. II. 28 §. 4*. „*Stelk water strames vliet, dat is gemene to varene unde to vischene inne*“. Aber abgesehen davon, daß hier sehr wahrscheinlich fließendes Wasser überhaupt im Gegensatz des stehenden gemeint ist (den Gegensatz bildet das „*watere an wilder wago*“ des §. 1 eod., und wilde wago ist nach der Glossen — „*het water, dat sic wegit na deme winde unde anders nicht*“), ist nicht abzusehen, wie der *Sachsenspiegel* einen Satz des heutigen gemeinen Rechts darzutun vermag. Vgl. noch *Görliger Landr. Kap. 34 §. 1*: „*jegelich vlizinde wasser heizet des richen strasse*“. Dieß erkennt auch Gerber a. a. D. an, indem er sich seinerseits auf die Praxis beruft, ohne sie nachzuweisen. Anderer Meinung als die eben genannten Schriftsteller ist Eichhorn *Einl. in d. deutsche Pr. R. §. 268*, welcher die römische Regel für anwendbar hält, soweit nicht hergebrachte Rechte entgegenstehen. Auch sonst finden sich abweichende Ansichten. Eine Uebersicht über die Literatur gibt der Aufsatz von Börner (*Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fließenden Gewässer nach römischem und deutschem Rechte, Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 7. 15* (1855)). Vgl. auch Heimbach sen. *Art. Wasserrecht in Weiske's Rechtslexicon XIV. S. 86* fg., *Sintenis I. S. 413—415* und das Erkenntniß bei *Seuff. XIV. 201* (in welchem auffallender Weise der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen Fluß und Bach macht, ganz ignoriert wird).

¹⁰ l. 17 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 42 D. de ag. quot. 43. 20. Es steht natürlich auch im Belieben des Staates, Fremde auszuschließen, oder nur mit Beschränkungen zuzulassen.

¹¹ Gegen die Annahme eines solchen Eigentumsrechtes sprechen die Sätze, daß die im Flusse entstandene Insel und das verlassene Flußbett den anstoßenden Grundeigentümern gehören, §. 22, 23 I. de R. D. 2. 1.

¹² So ist das Recht der Fischerei in den öffentlichen Gewässern in vielen Staaten Deutschlands Regal. Veseler II. §. 94 Nr. VII, Gerber §. 94.

Privatpersonen können an öffentlichen Gewässern ein, den gemeinen Gebrauch nicht ausschließendes, vorzugsweises Nutzungsrecht durch Privilegium oder unvordenkliche Verjährung erwerben¹³. So weit die Benutzung der öffentlichen Gewässer dieß nöthig macht, können auch ihre Ufer von Jedermann benutzt werden; im Uebrigen sind dieselben Gegenstand des Privateigenthums¹⁴.

4) Sachen, welche durch menschliche Bestimmung dem gemeinen Gebrauch gewidmet sind, wie Straßen, Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Gebäude u. c. c.¹⁵, hören dadurch nicht auf, im Eigenthum des betreffenden Staates oder der betreffenden Gemeinde zu stehen¹⁶, und dieses Eigenthum tritt hervor, sobald die öffentliche Bestimmung der Sache wegfällt, und auch während ihrer Dauer, soweit sie nicht entgegensteht¹⁷. So lange die

Ueber das f. g. Mühlenregal vgl. Gerber §. 63 a. E. mit Beseler II. §. 94 Nr. VI. Man pflegt in dem Wasserregal aber auch Befugnisse des Staates zu befaßen, welche lediglich Ausflüsse seines Hoheitsrechtes sind. Vgl. Gerber a. a. O.

¹³ Vgl. die in Note 10 citirten Stellen und l. 3 §. 4 D. de aq. quot. 34. 20.

¹⁴ L. 5 pr. D. de D. R. 1. 8, l. 15 D. de A. R. D. 41. 1, l. 3 D. de sum. 43. 12.

¹⁵ Als „*loca, quae publico usui destinata sunt*“, sind *res publicae*, wie die öffentlichen Flüsse. L. 2 §. 2—5 D. *ne quid in loco publico* 43. 8; über öffentliche Wege insbesondere f. l. 2 §. 22. 23 eod. Mit dem Ausdruck '*res publicae*' werden aber auch solche Sachen bezeichnet, welche, ohne dem gemeinen Gebrauch unterworfen zu sein, sich von andern Sachen nur dadurch unterscheiden, daß ihr Eigenthümer nicht eine Privatperson, sondern der Staat oder eine Gemeinde ist. L. 2 §. 4 tit. cit., l. 6 pr. l. 72 §. 1 D. *de contr. emt.* 18. 1, l. 17 D. *de V. S.* 50. 16. Im engeren und ursprünglichen Sinne sind übrigens nur die Sachen des *populus Romanus res publicae*. L. 15 D. *de V. S.* 50. 16. „*Bona civitatis abusive publica dicta sunt; sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*.“ Vgl. l. 16. 17 eod.

¹⁶ Zwar heißt es von den *res publicae*: „*nullius in bonis esse creduntur*“, l. 1 pr. D. *de D. R.* 1. 8; aber sogleich wird hinzugesetzt: „*ipsius enim universitatis esse creduntur*“. S. auch l. 6 §. 1 eod. Zwischen den verschiedenen Arten der *res publicae* wird hier nicht unterschieden.

¹⁷ Nach einer andern Auffassung sind wenigstens die öffentlichen Sachen des Staates dem Eigenthumsrechte ganz und vollständig entzogen; es wird behauptet, daß sie nur dem Hoheitsrechte des Staates unterworfen seien. Diese Ansicht wird namentlich vertreten in zwei Gutachten, welche Keller und Ihering in einem Rechtsstreite zwischen den Cantonen Basel-Stadt und

öffentliche Bestimmung der Sache dauert, entscheiden über ihre Benutzung die von der competenten Behörde getroffenen Anordnungen¹⁸; eine, mit dem gemeinen Gebrauch verträgliche, Bevorzugung Einzelner der Gesamtheit gegenüber ist auch hier nicht ausgeschlossen.

Die Handhabung der Ordnung in der Benutzung der dem gemeinen Gebrauch hingegebenen Sachen erfolgt entweder auf polizeilichem Wege, oder dadurch, daß gegen den Verlezer ein Privatanspruch gewährt wird. Das Erste gehört nicht in das Privatrecht, von dem Zweiten wird des Näheren im Obligationenrecht die Rede sein.

§. 147.

Die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen sind durch diese ihre Bestimmung dem Verkehre entzogen, d. h. es können an ihnen nicht nach den für andere Sache geltenden Grundsätzen Rechte erworben werden¹. Rechtsgeschäfte auf

Basel-Land erstattet haben, das erste abgedruckt in der Schrift: (von J. Rüttimann) Nachtrag zu dem Gutachten betreffend die Baseler Festungswerke u. c., Zürich, Druck von Orell, Füssli u. Comp., 1860, — das zweite besonders gedruckt unter dem Titel: *der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Baseler Festungswerke*. Ein Rechtsgutachten von R. Ihering, Leipzig, Breitkopf und Härtel. (1862.) Nach dieser Ansicht fällt auch, was die öffentlichen Staatsfachen noch an Privatnutzung gewähren, z. B. das an den Seiten der öffentlichen Wege wachsende Gras, dem Staate kraft seines Hoheitsrechtes zu; sie muß ferner annehmen, daß, wenn die öffentliche Sache durch eine Bestimmung des Staates dem gemeinen Gebrauche entzogen wird, durch dieselbe zugleich für den Staat ein Eigenthumsrecht erzeugt werde; sie muß endlich auch den Gemeinden an ihren öffentlichen Sachen ein dem Hoheitsrechte des Staates durchaus entsprechendes öffentliches Recht zuschreiben. Vgl. Wächter II. S. 285, Unger I. S. 369.

¹⁸ Namentlich auch über die Zulassung von solchen Personen, welche dem betreffenden Staate und der betreffenden Gemeinde nicht angehören.

¹ L. 34 §. 1 D. *de contr. emt.* 18. 1. „*Omnium rerum, quas quis §. 147. habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*“. L. 6 pr. eod., §. 2 I. *de inut. stip.* 3. 19, l. 83 §. 5 l. 137 §. 6 D. *de V. O.* 45. 1. Zu Betreff der Erstigung f. §. 182. 183. — Andere sehen das Wesen der f. g. *res extra commercium* darin, daß an ihnen Eigenthum unmöglich sei. Dagegen beweisen die in Note 6 genannten Stellen und die römische Formel der Interdiction des Verschwenders: *ob eam rem tibi*

Leistung einer solchen Sache sind Rechtsgeschäfte auf eine unmögliche Leistung, wöüber das Nähere im Obligationenrecht vorgetragen werden wird. Insofern ihre Bestimmung für den gemeinen Gebrauch wegfallen kann, sind sie auch fähig, Verkehrsgegenstände zu werden.

Die Eigenschaft, dem Verkehr entzogen zu sein, ist aber keine ausschließliche Eigenschaft der für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen. Sie zeigt sich namentlich auch bei den für den Gottesdienst geweihten Sachen und den Begräbnisplätzen². Wenn das römische Recht noch weiter ging, und diese Sachen, als aus dem Bereiche menschlichen Rechtes ganz ausgeschieden, für unfähig erklärte, im Eigenthum zu stehen³, so gilt das für das heutige Recht nicht mehr; nach heutigem Rechte stehen die geweihten Sachen im Eigenthum der betreffenden Kirchengemeinde, möglicherweise auch im Privateigenthum⁴, die Begräbnisplätze im Eigenthum der betreffenden Kirchen- oder politischen Gemeinde⁵, oder auch im Privateigenthum. Auch andere Sachen können durch besondere factische Verhältnisse oder rechtliche Bestimmungen dem Verkehr entzogen, oder es kann doch der Verkehr an ihnen mehr oder minder erschwert sein, worüber sich im Allgemeinen nichts Näheres sagen läßt⁶.

„*ea re commercioque interdicto*“ (Paul R. S. III. 4^a §. 7). Vgl. auch die Definition bei Ulp. XIX. 5: „*commercium est emendi vendendique invicem ius*“. Aber freilich, was ein Privatmann nicht erwerben kann, das kann er auch nicht „*habere vel possidere vel persequi*“ (I. 34 §. 1 cit.).

² Die geweihten Sachen heißen *res sacrae*, ein Grundstück, in dem ein Lebtter beerdigt worden ist, heißt *res religiosa*.

³ §. 7—9 I. de R. D. 2. 1, 1. 6 §. 2 I. 9 D. de D. R. 1. 8. Darüber, daß sie dem Verkehr entzogen sind, s. die am Schlusse der Note 1 genannten Stellen. Zu den *res divini iuris* zählt das römische Recht noch die *res sanctae*, d. h. die durch eine besondere Sanction gegen Verletzung geschützten Sachen (§. 8 I. de R. D. 2. 1, 1. 6 §. 2 I. 8. 9 §. 3. 4 D. de D. R. 1. 8). Etwas Entsprechendes haben wir in unseren befristeten Sachen, deren Begriff aber bloß für das Strafrecht Bedeutung hat.

⁴ J. B. Privatsapellen. — Schon Justinian gestattete Veräußerung der beweglichen *res sacrae* zum Zweck der Loskaufung von Gefangenen und der Deckung von Kirchenschulden, §. 8 I. de R. D. 2. 1, 1. 2 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 120 c. 10.

⁵ Walter Kirchenrecht §. 246, 262 (7. Aufl.), Richter Kirchenr. §. 287. 290. Senff. Arch. VI. 140.

⁶ Zu I. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3 wird der Begriff der *res „cuius commercium non est“*, auf die *res litigiosa* wegen des für dieselbe geltenden Veräußerungsverbotes, in I. 39 §. 10 D. de leg. 1. 30 auf die zum patri-

Zweites Kapitel.

Der Besitz*.

I. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

A. Sachbesitz.

§. 148.

Eine Sache besitzen heißt, sie thatsächlich in seiner Gewalt haben¹. Diese thatsächliche Gewalt kann eine rechtlich gerechtfertigte sein, oder nicht; für den Begriff des Besitzes ist dieß gleichgültig. Indem wir von Besitz reden, sehen wir von dem Rechte zu besitzen ab².

monium Cassaris gehörigen Sachen, weil ihre Veräußerung einen besonderen Befehl desselben voraussetze, bezogen.

* Dig. 41. 2 de acquirenda vel amittenda possessione. Cod. 7. 32 de acquirenda et retinenda possessione. — Das Hauptwerk über diesen Gegenstand, die Grundlage aller späteren Forschungen, ist das von Savigny: das Recht des Besitzes I. Aufl. 1803, 6. 1836 (im Folgenden citirt: Savigny schlechthin). Neuere Schriften sind: Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1838). Fenz das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (1860). Ohne allen Werth ist: v. Zielonadi der Besitz nach dem R. R. (1854). Dagegen ist noch zu beachten der von Puchta verfaßte Artf. Besitz in Weiske's Rechtslexicon II. S. 41—73 Kauch in Puchta's civ. Abhandl. Nr. 26).

¹ Die deutsche wie die römische Sprache bezeichnen dieses Verhältniß nach §. 118. einer sehr concreten Auffassung. L. 1 pr. D. h. t. „*Possessio appellata est . . . a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit* . . .“.

² „*Nihil commune habet possessio cum proprietate*“, I. 12 §. 1 D. h. t. „*Separata esse debet possessio a proprietate*“, I. 1 §. 2 D. uti poss. 43. 17. L. 2 eod., 1. 3 §. 5 I. 52 pr. h. t. Es ist eine Unart der Sprache des Lebens, daß sie Besitz sagt, wo sie Eigenthum meint; den Anfänger dagegen ausdrücklich zu warnen, erscheint nicht überflüssig. Uebrigens ist auch der Sprache unserer Quellen diese Unart nicht ganz fremd. 'Possessio' bezeichnet in ihnen auch, was wir 'Besitzung', 'possessor', was wir 'Grundbesitzer' nennen, vgl. z. B. I. 78 D. de V. S. 50. 16, I. 15 D. qui satisd. 2. 8. Auf demselben Zuge beruht die Identificirung der Sache mit dem Eigenthumrecht an der Sache, woraus die Unterscheidung zwischen *res corporales* und *incorporales* entstanden ist.

Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen. In dieser Beziehung ist aber zu unterscheiden zwischen den verschiedenen Arten des Besitzes. Es kommt auf den Zustand des Inneren des Besitzenden an. Dieser kann nämlich möglicherweise den Willen haben, die Sache für sich zu besitzen; oder er kann die Sache für einen Andern besitzen wollen, wie z. B. derjenige thut, dem eine Sache geliehen, dem sie vermietet worden ist; oder es ist endlich auch möglich, daß er gar keinen Willen in Betreff seines Besitzes hat, indem ihm alles Bewußtsein von demselben fehlt.

Der Besitz, bei welchem das Bewußtsein des Besitzens und somit aller Wille des Besitzers fehlt, hat rechtliche Folgen nicht; er ist ein dem Rechte gleichgültiges Factum³.

Der Besitz, welcher durch den Willen des Besitzers festgehalten wird, mag dieser Wille auf ein Besitzen für sich oder auf ein Besitzen für einen Andern gerichtet sein, hat diejenige rechtliche Bedeutung, welche einem jeden thatsächlichen Zustande zukommt, der durch die Macht und den Willen einer Person besteht. Insofern nämlich dieser Zustand dem Rechte nicht entspricht, liegt in der Festhaltung desselben eine Rechtsverletzung, die, wenn sie auf Anfordern des Berechtigten nicht ausgeglichen wird, eine Klage begründet. Von der andern Seite gewährt das thatsächliche Bestehen eines Zustandes demjenigen, welcher ihn mit seinem Willen festhält, auch den Vortheil, daß er die Klage des Gegners abwarten kann, daß er nicht seinerseits gegen denselben klagend aufzutreten braucht, daß er somit frei vom Beweise ist, und gegen den Gegner, wie Einreden überhaupt, so namentlich auch einredeweise solche Ansprüche geltend machen kann, durch deren Befriedigung die Durchführbarkeit des gegnerischen Anspruchs rechtlich bedingt ist (s. g. Retentionsrecht). Alles dieses gilt, wie für thatsächliche Zustände überhaupt, so auch für den Besitz⁴.

Viel wichtiger sind die rechtlichen Folgen, welche dem Besitz, der mit dem Willen verbunden ist, die Sache für sich zu haben, eigenthümlich sind. Dieser Besitz wird nämlich

³ Vgl. Bruns S. 466. 467.

⁴ L. 9 D. de R. V. 6. 1, l. 3 §. 15 l. 4. 5 pr. §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 21 D. de prob. 22. 3, §. 4 l. de interd. 4. 15.

1) gegen alle Eingriffe geschützt, welche eigenmächtiger Natur sind⁵. Der Wille, welcher in ihm sich zur thatsächlichen Geltung bringt, ist, ganz abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts, als solcher gerade so viel werth, wie jeder andere Einzelwille, welcher die Sache sich unterwerfen möchte; will ein anderer Einzelwille sich ihm gegenüber durchsetzen, so mag derselbe die höhere Entscheidung der vom Staate geordneten Organe der Rechtsordnung anrufen; setzt er sich durch eigene Macht durch, so ist das, wie auch sein Inhalt berechtigt sein mag, an sich Unrecht, und muß daher wieder rückgängig gemacht werden⁶.

⁵ Die Prozeßform, welche im Formularprozeß zur Anwendung kam, wenn gegen solche Eingriffe richterliche Hülfe angerufen wurde, war die des Interdicts; daher spricht man noch heutzutage von Interdictenschutz und Interdictenbesitz.

⁶ Ueber den rechtsphilosophischen Grund des Schutzes des Besitzes gegen Eigenmacht ist viel gestritten worden, und wird noch gestritten. Nach der im Texte gegebenen Begründung beruht er auf demselben Gedanken, worauf der Schutz gegen Injurie beruht. Jeder ist im Staate dem Andern gleich; Niemand soll sich über den Andern erheben. Dabei ist aber im Einzelnen noch eine doppelte Auffassung möglich. Man kann die Eigenmacht lediglich als Verletzung eines subjectiven Rechtes der Person, eines Rechtes also dahin gerichtet, daß keine Eigenmacht gegen sie gelibt werde. Ob die erste Auffassung zulässig sei, hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob es für die rechtsphilosophische Betrachtung eine Verletzung der Rechtsordnung ohne Verletzung eines subjectiven Rechtes gibt, eine Frage, welche hier billig auf sich verweisen bleibt. Jedensfalls ist diese Auffassung nicht nöthig; wenn überhaupt als ein Grundprincip der Rechtsordnung anerkannt wird, daß die Person als solche der Person als solcher gleich ist, so ergibt sich daraus unmittelbar eine Mächterweiterung der Person über anderen Person gegenüber des Inhaltes, daß diese Gleichheit nicht verletzt werde. Welches die Auffassung Savigny's sei, kann, obgleich er sich darüber nicht ganz klar ausgesprochen hat, kaum zweifelhaft sein. Zwar wenn er als Grund des Schutzes des Besitzes angibt (S. 40), daß die Person sicher sein solle gegen Gewalt, so kann das in dem einen und in dem andern Sinne verstanden werden; aber zugleich hebt er hervor, daß nicht die publicistische, sondern die privatrechtliche Rücksicht die Grundlage des Besitzrechtes bilde (S. 50), er nennt den Schutz des Besitzes einen Schutz der Persönlichkeit (S. 48), ja er spricht davon (S. 8 vgl. S. 55), daß in dem Besitze ein anderes Recht mit verletzt werde. Jedensfalls aber nahm Gans, indem er bei der Behauptung Savigny's, der Besitz sei kein Recht, — wovon sogleich, — stehen blieb, an, derselbe lasse erst durch die Eigenmacht ein Recht des Verletzten entstehen, und erhob dagegen eine lebhafte,

2) Der bezeichnete Besitz führt unter gewissen Voraussetzungen, im Allgemeinen wenn er redlich und gerechtfertigt ist, durch seine Fortsetzung zum Eigenthum; seine Dauer verwandelt die Thatsache in Recht⁷.

3) Unter anderen Voraussetzungen gewährt er Eigenthum sofort. Dieß ist dann der Fall, wenn die in Besitz genommene Sache eine herrenlose war, oder der bisherige Eigenthümer Eigenthum und Besitz an derselben zu dem Ende aufgegeben hat, damit der neue Erwerber sie habe⁸.

von seinen Anhängern fortgeführte Polemik (Gans System des röm. Civilr. im Grundrisse [1827] S. 202 fg., ders. über die Grundlage des Besitzrechtes, eine Duplit ic. ic. [1839], A. Köppe zur Lehre vom Besitz [1839], Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik des von Savigny'schen Buches [1840, Verfasser ungenannt]), von dem Satze ausgehend, daß das Unrecht kein Recht schaffen könne, vielmehr ohne ein vorausgehendes Recht nicht möglich sei, in welcher Beziehung auf die vorher hervorgehobene Unterscheidung zwischen Criminalunrecht und Civilunrecht zu verweisen ist. Gans selbst formulirte den Grund des Schutzes des Besitzes dahin, daß „der Wille schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes (sei), und daß dieser besondere Wille nur dem höheren Allgemeinen zu weichen habe“. Denselben Gedanken drückt Buchta (Rhein. Mus. III. 17, II. civ. Schriften Nr. 15 [der erste Aufsatz das Nr. 14], krit. Jahrb. für deutsche RW. V. S. 283 fg.) so aus: berechtigt sei der sich selbst, d. h. Anerkennung seiner Freiheit und Persönlichkeit wollende Wille. Bruns (S. 58) lehrt: der Wille ist seinem Wesen nach absolut frei, Zwang und Gewalt gegen ihn sind also schon an sich Unrecht; der Besitz wird, weil er factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt. Ricruff (S. 361) lehnt die Verantwortung der Frage, weswegen „der offene eigenmächtige Widerstreit eines Subjects gegen den wirklichen Willen eines Andern“ Delict sei, ausdrücklich ab. Rudorff (Zeitschr. f. gesch. RW. VII. 3) stellt den Gesichtspunkt der Selbsthilfe in den Vordergrund. Vgl. noch Savigny S. 46—58. Ueber die besondere Ansicht von Lenz s. §. 160 Note 1.

7 Durch Fortsetzung des Besitzes wird die Sache erloszen, usu-capitur. — Die Publicianische Klage setzt nicht redlichen Besitz, sondern nur redlichen Erwerb voraus (§. 198).

8 Savigny (S. 12), welchem die Meisten folgen, will den Eigenthums-erwerb durch Occupatio und Traditio unter den Wirkungen des Besitzes nicht mit aufgezählt wissen, weil der Grund des Eigenthums hier nicht „der Besitz als eigener, dauernder Zustand“ sei. Das ist gewiß richtig; aber deswegen ist es doch nicht weniger der Besitz, welcher Eigenthum wirft, freilich in Verbindung mit Anderem, — aber das ist auch bei der Erstigung der Fall. Ohne alle weitere Voraussetzung ist nur die zuerst genannte rechtliche Wirkung des Besitzes (war nicht das Recht auf Wiederherstellung der gemachten Störung,

Bei dieser weitaus überwiegenden Wichtigkeit der rechtlichen Folgen, welche an den Besitz mit dem Willen, für sich zu haben, geknüpft sind, ist es erklärlich, daß er in der Rechtsprache Besitz schlechthin genannt wird. So ergibt sich für den Ausdruck Besitz ein engerer juristischer Sinn⁹.

Der Ausdruck Besitz hat aber noch einen anderen, noch juristischeren Sinn. Es kann nämlich vorkommen, daß, obgleich in einem gegebenen Fall das thatsächliche Haben und Fürsichhabenwollen wirklich vorhanden ist, dennoch wegen eines begleitenden Umstandes vom Rechte die an einen solchen Besitz an und für sich geknüpften rechtlichen Vortheile nicht gewährt werden. Dann wird im juristischen Sprachgebrauche nicht gesagt, es sei zwar Besitz vorhanden, aber ohne die Besitzesvortheile, sondern geradezu, es sei kein Besitz vorhanden. In gleicher Weise wird aber auch, wenn, wie das ebenfalls vorkommt, in einem gegebenen Fall die Besitzesvortheile gewährt werden, ohne daß Besitz wirklich vorhanden ist, nicht gesagt, es fänden die Besitzesvortheile statt, aber ohne Besitz, sondern geradezu; es sei Besitz vorhanden¹⁰. Die Vorstellung ist also hier die, daß etwas in der thatsächlichen Wirklichkeit Vorhandenes als nicht wirklich, etwas in der thatsächlichen Wirklichkeit nicht Vorhandenes als wirklich angenommen wird. So ergibt sich als letzter und eigentlichst juristischer Sinn des Ausdrucks Besitz folgender: Besitz ist das von dem Rechte als vorhanden angenommene Verhältniß des thatsächlichen Habens und Fürsichhabenwollens einer Sache¹¹.

denn dieses setzt eben die Störung voraus, aber doch das Recht auf Nichtstörung; dieß gegen Sinteris Zeitschr. f. civ. Pr. VII. S. 252 fg.), und so ist sie es vorzugsweise, welche den Besitz rechtlich charakterisirt.

⁹ L. 18 pr. D. h. t.: — nec idem est possidere, et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium“.

¹⁰ Es kann auch vorkommen, daß bei vorhandenem Besitze die Besitzesvortheile nur theilweise abgesprochen, daß sie bei nicht vorhandenem nur theilweise gewährt werden. Dann wird gesagt, der Besitz sei in dieser oder jener Beziehung nicht vorhanden oder vorhanden. Vgl. l. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3.

¹¹ Man verstehe wohl; es heißt nicht: Besitz ist das Verhältniß des factischen Habens und Fürsichhabenwollens, welches vom Rechte als vorhanden angenommen wird, obgleich es in der Wirklichkeit nicht vorhanden ist; sondern es heißt: Besitz ist das bezeichnete Verhältniß, welches vom Rechte als

Zur Auseinanderhaltung dieser verschiedenen Bedeutungen des Wortes Besitz dienen folgende Bezeichnungen. Der Besitz in dem zuletzt erörterten Sinne heißt juristischer Besitz. Das tatsächliche Haben ohne den Willen, die Sache für sich zu haben, wird natürlicher Besitz genannt; eine andere Bezeichnung für dasselbe ist Detention. Soll das in der Wirklichkeit vorhandene, aber vom Rechte als solches nicht anerkannte Haben und Fürsichhaben wollen bezeichnet werden, so wird gesagt werden, es sei wirklicher aber kein juristischer Besitz vorhanden; das bloß vom Rechte angenommene Verhältnis des factischen Habens und Fürsichhabens wird 'bloß juristischer Besitz' genannt werden. Der Ausdruck Besitz schlechthin ist gleichbedeutend mit 'juristischer Besitz' ¹².

vorhanden angenommen wird, und dabei in der Wirklichkeit vorhanden sein und nicht vorhanden sein kann. — Die rechtliche Beimischung des Begriffs des Besitzes wird in den Quellen sehr bestimmt anerkannt. Wenn es auf der einen Seite heißt, der Besitz sei eine „res facti“, „plurimum facti habet“, und daraus die Unanwendbarkeit von Bestimmungen hergeleitet wird, welche bloß das Rechtliche zum Gegenstand haben (l. 1 §. 3. 4 D. h. t., l. 19 D. ex quib. caus. mai. 4. 6), so wird auf der anderen Seite gesagt: „non tantum corporis sed et iuris est“, „plurimum ex iure mutuatur“, und es wird damit umgekehrt die Anwendbarkeit solcher Bestimmungen gerechtfertigt (l. 49 pr. §. 1 D. h. t.). Daß auch l. 10 C. h. t. hierher zu beziehen sei, ist wenig wahrscheinlich. Vgl. Savigny S. 154. 210, Bding §. 126 Note 1.

¹² Ueber die Ausdrucksweise der Quellen bemerke man Folgendes. 1) Das tatsächliche Haben ohne den Willen, die Sache für sich zu haben, wird naturalis possessio genannt; andere Ausdrücke dafür sind: esse in possessione, tenere, naturaliter tenere. L. 3 §. 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 3 §. 15 l. 4 D. ad exh. 10. 4, l. 2 §. 1 D. pro her. 41. 5, l. 10 §. 1 l. 49 pr. D. h. t., l. 9 D. de R. V. 6. 1. Im Gegensatz hierzu heißt das tatsächliche Haben mit dem Willen, für sich zu haben, civilis possessio oder possessio schlechthin; s. die citirten Stellen. Wird es aber als solches vom Rechte nicht anerkannt, so wird auch possessio oder civilis possessio geltend, und das Verhältnis wieder als naturalis possessio, naturaliter tenere, corporaliter tenere bezeichnet. L. 7 §. 1 D. ad exh. 10. 4, l. 38 §. 7. 8 D. d. V. O., l. 24. 49 §. 1 D. h. t., l. 2 §. 2 D. pro her. 41. 5. Umgekehrt, wenn ein solches Verhältnis vom Rechte angenommen wird, ohne daß es wirklich vorhanden ist, so wird gesagt, es sei possessio vorhanden; der Ausdruck civilis possessio kommt hier (zufälliger Weise) nicht vor. L. 1 §. 15 D. h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3. 2) Die Ausdrücke civilis und naturalis possessio werden aber auch zur Bezeichnung eines andern Gegensatzes gebraucht, nämlich zur Bezeichnung des vom Rechte gebilligten und nicht gebilligten Besitzes; in diesem Sinne wird dem beschenkt-ten Ehegatten civilis possessio abgesprochen und nur naturalis possessio zuge-

§. 149.

Als Elemente des juristischen Besitzes sind angegeben worden: 1) die tatsächliche Gewalt über die Sache, 2) der Wille, die

sprochen. L. 1 §. 9. 10 D. de vi 43. 16, l. 26 pr. de don. i. v. s. u. 24. 1, l. 1 §. 2 i. f. D. pro don. 41. 6. 3) Die Grundlage dieses zweiseitigen Sinnes der Ausdrücke naturalis und civilis possessio ist die gleiche; sie bezeichnen in beiden Fällen den Gegensatz zwischen dem Besitz nach der natürlichen und dem Besitz nach der juristischen Auffassung, nur daß dieser Gegensatz in beiden Fällen in einer verschiedenen Wendung auftritt, das eine Mal auf die juristische Anerkennung, das andere Mal auf die juristische Billigung bezogen ist; hier kommt nur die erstere Auffassung in Betracht. 4) Die Ausdrücke 'naturalis' und 'civilis' bezeichnen den Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen, zwischen dem, was nach der natürlichen, und dem, was nach der juristischen Auffassung das ist, was das Wort bedeutet, nicht bloß an dieser Stelle; vgl. z. B. naturales liberi, naturalis interruptio (l. 5 D. de usurp. 41. 3, vgl. das „usurpare ex iure civili“ bei Cic. de orat. III. 28), civilis computatio (l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16), „bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est“ (l. 49 pr. eod.), „factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem“ (l. 41 de pec. 15. 1). 5) Es ist aber festzuhalten, daß der Gegensatz zwischen dem Natürlichen und dem Juristischen nicht nothwendigerweise ein fester ist, daß je nach der Verschiedenheit des angelegten Maßstabes von einem und demselben Ding das Prädicat des Natürlichen und des Juristischen sehr wohl gelten kann und nicht gelten kann. So ist das Haben mit dem Willen, für sich zu haben, Besitz nach der juristischen Auffassung gegenüber dem Haben ohne diesen Willen, welches letztere Haben nur von der natürlichen Auffassung Besitz genannt wird; wird aber in einem gegebenen Fall das Haben mit dem Willen, für sich zu haben, in seinen rechtlichen Folgen vom Rechte nicht anerkannt, wie z. B. das Haben des Rechtsunfähigen, das Haben eines Theils im Ganzen, welcher für das Recht gar keine selbständige Existenz hat, so ist es auch wieder kein Haben für die juristische, sondern nur für die natürliche Auffassung. Der Pfandgläubiger ist bloß Besitzer nach der natürlichen Auffassung, insofern er nicht den Willen hat, für sich zu haben (l. 3 §. 15 l. 5 pr. D. ad exh. 10. 4), Besitzer nach der juristischen Auffassung aber, insofern er geschützt wird wie derjenige, welcher mit diesem Willen besitzt (l. 1 §. 15 h. t., l. 16 D. de usurp. 41. 3; es ist nur Zufall, daß der Pfandgläubiger nicht auch civilis possessor genannt wird, wo dann die scheinbare Verwirrung noch größer sein würde). Hinzufügen läßt sich noch eine nach dieser Seite nicht beachtete Stelle, l. 3 §. 13 h. t.; hier wird das Besitzen mit unmittelbarer körperlicher Berührung naturalis possessio genannt gegenüber dem sub custodia habere; die Meinung ist, daß es doch schon eine juristischere Auffassung sei, wenn auch das letztere possessio genannt werde. — Die hier vorgetragene Ansicht über den Sinn von civilis und naturalis possessio ist nicht die herrschende. Als herr-

Sache für sich zu haben. Diese Elemente müssen jetzt noch näher bestimmt werden.

Unter tatsächlicher Gewalt über die Sache ist zu verstehen die tatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, wobei aber sogleich hier zu bemerken ist, daß die tatsächliche Gewalt über die Sache auch durch Vermittlung eines Andern gehabt werden kann¹. Eben so ist unter Wille, die Sache für sich zu haben, der Wille zu verstehen, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben. Wer die Sache nur in dieser oder jener einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, tatsächlich in der Gewalt hat oder für sich haben will, ist juristischer Besitzer nicht².

schende kann immer noch die von Savigny (Besitz §. 7) entwickelte angesehen werden, obgleich in der neueren Zeit gewichtige Gegner gegen dieselbe aufgetreten sind. Nach Savigny bezeichnet *civilis possessio* den mit den Erfordernissen ausgestatteten Besitz, *naturalis possessio* aber 1) den mit diesen Erfordernissen nicht ausgestatteten, 2) den durch Interdicte nicht geschützten Besitz; *civiliter non possidere* soll ebenfalls einen doppelten Sinn haben, sowohl bezeichnen, daß kein Erstbesitz, als daß aus juristischen Gründen kein Besitz stattfindet. Von Andern ist dieser Savigny'schen Meinung gegenüber eine Ältere verteidigt worden, wornach *civilis possessio* einfach den gegen Eigenmacht geschützten, *naturalis possessio* den dagegen nicht geschützten Besitz bezeichnet. Ueber die Unhaltbarkeit der einen und der anderen Auffassung s. namentlich Vangerow I. §. 199 Anm., vgl. auch Brunos §. 7, Brinz §. 29. Diese Schriftsteller verteidigen nach dem Vorgange von Burcharth Arch. f. civ. Pr. XX. 3 eine mittlere Meinung, welche im Wesentlichen mit der hier entwickelten übereinstimmt. Vgl. außerdem noch Savigny §. 10 und S. LI—LXVII, Brunos S. 106 fg. 262 fg. 369 fg. 388, Rierulff S. 346 fg., Pfeifer was ist und gilt im römischen Recht der Besitz? (1840) S. 4 fg., Arnolds §. 136 Anm. 2, Sintenis I. §. 42 Noten 23 und 24.

§. 149.

¹ Wenn Jemand die Kräfte, durch welche er eine Sache tatsächlich beherrscht, mir in der Weise zur Verfügung stellt, daß für dieselben mein Wille entscheidend sein soll, so habe ich die tatsächliche Gewalt über die Sache in der nämlichen Weise, als wenn ich die Sache mit meinen eigenen Kräften beherrschte. L. 18 pr. D. h. t.: „possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium“. Das Nähere in der Lehre vom Erwerbe des Besitzes.

² Juristischer Besitzer ist also z. B. nicht der Nießbraucher, obgleich derselbe, was den Gebrauch und Genuß der Sache angeht, die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht nur hat, sondern auch für sich haben will. — Daß der juristische Besitz dem Pächter fehlt, hat noch einen andern Zusammenhang. Der Pächter will nicht etwa die Sache nur in einzelnen ihrer Beziehungen für sich haben,

Dagegen thut es dem juristischen Besitz keinen Eintrag, daß die tatsächliche Gewalt oder der Wille, die Sache für sich zu haben, in einer einzelnen Beziehung, oder auch in mehreren und selbst vielen einzelnen Beziehungen, fehlt³; die Gesamtheit der Beziehungen der Sache ist etwas Anderes als die Summe ihrer Beziehungen, und wird durch die Herausnahme einer einzelnen Beziehung oder mehrerer einzelner Beziehungen nicht berührt⁴. — Da unter den Rechten das Eigentumsrecht das Recht ist, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben⁵, so kann man die zum juristischen Besitze erforderliche tatsächliche Gewalt und den zu demselben erforderlichen Willen

er will sie gar nicht für sich haben. Sein Wille ist nicht auf die Unterwerfung der Sache gerichtet, sondern auf die Unterwerfung des Willens des Verpächters. In gleicher Weise verhält es sich mit Allen, welche nur kraft eines obligatorischen Rechtes besitzen.

³ So wenig wie der Nießbraucher selbst juristischer Besitzer ist, so wenig schließt er den Besitz des Eigentümers aus, obgleich er in wesentlichen Beziehungen die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht für diesen, sondern für sich haben will, und wenigleich der Eigentümer diesen seinen Willen anerkennt.

⁴ Aus demselben Grunde wird das Eigentum durch ein an der Sache stattfindendes partielles Recht nicht ausgeschlossen. S. das im Texte unmittelbare Folgende.

⁵ Der Besitz ist das tatsächliche Abbild des Eigentums; derselbe Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt das Eigentum ausmacht, macht, indem er sich tatsächlich zur Geltung bringt, den Besitz aus. Deswegen darf man aber den Besitz nicht, wie man gethan hat, die Ausübung des Eigentums nennen; die Ausübung des Eigentums ist er gewiß nicht, weil das Eigentum noch in ganz anderer Weise ausgeübt werden kann, als durch Besitz, z. B. durch Zerstörung der Sache. Ob man den Besitz eine Ausübung des Eigentums nennen darf, hängt davon ab, was man sich unter Ausübung eines Rechtes denkt. Versteht man darunter die tatsächliche Geltendmachung des das Recht charakterisirenden Willensinhaltes (§. 122), so ist der Besitz gewiß eine Ausübung des Eigentums; versteht man darunter die Geltendmachung jenes Willens als eines rechtlich anerkannten, so ist er es ebenso gewiß nicht. Der Dieb z. B., der doch unweifelhaft juristischen Besitz hat, will ebensowenig Eigentümer (Eigentumsberechtigter) sein, als er glaubt, Eigentümer zu sein. Was die Auffassung der Quellen angeht, so nennen dieselben zwar den Besitz eine Ausübung des Eigentums nicht; jedoch darf mit Bestimmtheit behauptet werden, daß diese Auffassung ihnen gemäß ist. Das geht daraus hervor, daß sie den Rechtsbesitz (§. 151) als Ausübung des Rechtes ausdrücklich bezeichnen (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 7 D. de itinere 43. 19).

auch bezeichnen als diejenige tatsächliche Gewalt und denjenigen Willen, wie sie der Eigenthümer haben darf⁶.

Daß es Fälle gibt, in welchen einer Person Besitz zugeschrieben wird, deren Wille von der hier bezeichneten Art nicht ist, thut nach dem im §. 148 Bemerkten der Richtigkeit der aufgestellten Begriffsbestimmung keinen Eintrag; es sind dieß Ausnahmen, in welchen aus juristischen Gründen als vorhanden angenommen wird, was in der That nicht vorhanden ist⁷.

⁶ Gewöhnlich wird der zum juristischen Besitz erforderliche Wille nicht, wie hier gesehen ist, als Wille, wie ihn der Eigenthümer haben darf, sondern als Wille, wie ihn der Eigenthümer hat, bezeichnet. Genau ist das nicht, da das Eigenthumsrecht, wie jedes andere Recht, von dem realen Wollen unabhängig ist. Es ist auch nicht ungefährlich, da dadurch der Irrthum nahe gelegt wird, als müsse der Besitzer, wenn sich auch kein Recht zuschreiben, doch wie der Eigenthümer ein Recht in Anspruch nehmen. (Vgl. die vorige Note.) Die Quellen sprechen sich über die Natur des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens nicht näher aus, sie sagen einfach: der Wille (animus, affectus) müsse auf juristischen Besitz (possidere) gerichtet sein. Nach Vorgang des in griechischen Quellen (Theoph. II. 9 §. 4. III. 29 §. 2, Basil. 50. 2 c. 7, Harmon. 2. 1 §. 4) vorkommenden *‘ψυχή δεσπόζοντος’* sagt man heutzutage: animus domini. Diejenigen, welche nicht zugeben, daß der Besitzwille als Wille, Eigenthum auszuüben, gefaßt werden dürfe, übersehen den griechischen Ausdruck mit *‘animus dominantis’* oder *‘animus dominandi’*. Vgl. Bruns S. 469. 474.

⁷ Man pflegt diese Fälle unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenzufassen. Ihre vollständige Aufzählung gehört in die Lehre vom Erwerbe des Besitzes; als Beispiele mögen einstweilen dienen der Besitz des Pfandgläubigers und desjenigen, welcher eine Sache precario empfangen hat.

⁸ Indem man die anomale Natur dieser Fälle verkannte, hat man sich Mühe gegeben, entweder den zum juristischen Besitz erforderlichen Willen in einer Weise zu bestimmen, daß derselbe sich auch in diesen Fällen als vorhanden ergebe (Guyet Abhandlungen Nr. 6 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 16, Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XIII. 9, Hierulff S. 353 fg., Pfeifer in der in §. 148 Note 6 angeführten Schrift S. 63 fg., G. E. Schmitt das Commodatium und Precarium S. 21 fg. und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 4, Böcking I. S. 449—452, Lenz S. 101—116), oder nachzuweisen, daß in jenen Fällen der animus domini gar nicht fehle (v. Schröter Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 7, vgl. Bartels das. VI. 4). Diese Versuche sind aber sämtlich mißlungen (vgl. Savigny S. 145—150 und Arndts S. 135 Anm. 1). Das Richtige ist einfach, daß hier kraft positiver Rechtsbestimmung ein Besitzesvortheil gewährt wird auch ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß; wird dieß nun so ausgedrückt, es sei auch in diesen Fällen Besitz

§. 150.

Nach dem bisher Ausgeführten ist es kaum noch nöthig, die viel besprochene Frage ausdrücklich zu beantworten, ob der Besitz ein Recht sei, oder nicht. Der Besitz ist so wenig ein Recht, daß er gar nicht definiert werden kann, ohne daß er als Thatsache dem Rechte entgegengesetzt wird¹. Aber er ist ein Rechtsverhält-

vorhanden, so heißt das, jenes Erforderniß werde als vorhanden angenommen, obgleich es nicht vorhanden sei. In anderer Weise hat Savigny §. 9 die Sache zu vermitteln gesucht; indem er hier unter *possessio* Besitzesrecht versteht, nimmt er eine Uebertragung des dem Verpänder z. eigentl. zusehenden Besitzesrechts auf den körperlichen Inhaber an; woher auch der Ausdruck *‘abgeleiteter Besitz’*. Dieser Auffassung, welche auch jetzt noch als die herrschende bezeichnet werden kann (dafür namentlich Puchta §. 125, Bruns §. 2, Bangerow §. 200 Anm. Arndts §. 135, Brinz S. 34—60 [dieser letztere aber mit der Modification, daß er eine eigentliche Succession in den Besitz annimmt, was Savigny leugnet], — darüber Rosbirt Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 9—11, Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 7. 12 und System I. S. 440—442), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen.

¹ Daß der Besitz kein Recht sei, hätte nie bestritten werden sollen. Recht §. 150. ist (von der Rechtsordnung verliehenes) Wollendürfen; nun aber ist der Besitz kein Wollendürfen, sondern (realisirtes) Wollen. Die Rechtsordnung erkennt als berechtigt nicht das Wollen, die Sache für sich zu haben, an, sondern das Wollen; daß das erstere Wollen nicht durch Eigenmacht überwunden werde, und dieses Wollen ist nicht der Besitz. Wenn nichtsbedenkenlicher Gans und die ihm Folgenden (§. 148 Note 6) den Besitz für ein Recht erklärten, und zwar näher für „anfangendes Eigenthum“, so lag dem die Hegel'sche Idee von der Relativität alles Rechtes zu Grunde; der Sache gegenüber, war die Meinung, sei die Beherrschung als solche Recht, aber sie weiche der von dem allgemeinen Willen anerkannten Beherrschung, dem Eigenthume, wie dieses dem Verträge weiche u. s. w. Neuerdings hat nun Lenz in dem oben angeführten Werke den Satz aufgestellt, der Besitz sei nicht bloß überhaupt ein Recht, sondern das „einzige Recht auf die Sache“. Die Argumentation des Verfassers ist: Wollen ist Recht, denn „das wollende Ich, als sich verwirklichender Geist, kann seiner Natur nach nur das wollen, was vernünftig ist“ (S. 30). Sollte Jemand das leugnen, und zum Ueberfluß sich darauf berufen, daß der Verf. selbst die Möglichkeit eines unrechtmäßigen Wollens zugebe (indem er zwischen dem „Begriffsmäßigen“ und dem Wirklichen unterscheidet, S. 31, 37), so würde er sich von dem Verf. sagen lassen müssen, daß gegen diesen „Standpunkt“ „ein wirklicher Kampf eine wahre Unmöglichkeit“ sei (S. 32). Es wird bei dieser Unmöglichkeit sein Bewenden behalten müssen. — Puschke (K. Jahrb. f. deutsche RW. V. S. 303) lehrt: der Besitz sei kein „eigentliches Recht“,

nitz, und dieß in einem doppelten Sinn. Einmal deswegen, weil an ihn wichtige rechtliche Folgen angeknüpft sind; sodann deswegen, weil er aus juristischen Gründen als vorhanden oder nicht vorhanden in Widerspruch mit der Wirklichkeit angenommen wird. Nur indem man, wie das zwar ungenau ist, aber allerdings von den Quellen geschieht, die an den Besitz angeknüpften rechtlichen Vortheile als ein für sich bestehendes Recht auffaßt², gelangt man zu einem Besitzesrecht (welches natürlich mit dem Rechte zu besitzen nichts gemein hat); aber immer noch nicht zu einem Rechte, welches der Besitz ist³. —

Die Stelle des Besitzes im Systeme des Rechtes bestimmt sich dadurch, daß er ein Rechtsverhältniß zur Sache ist. Er ist das unmittelbarste und einfachste Rechtsverhältniß zur Sache; deswegen wird er an die Spitze des Sachenrechts gestellt⁴.

noch viel weniger aber „reines Faktum“, sondern er entlehne so viel vom Rechte, „als er in seiner Sphäre, mithin ohne selbst a potiori ein Recht zu werden, tragen kann“.

² Von einem *ius possessionis* in diesem Sinne ist die Rede in l. 44 pr. D. h. t. l. 2 §. 38 D. *ne quid in loco publ.* 43. 8, l. 5 §. 1 D. *ad leg. Jul. de vi publ.* 48. 6, l. 5 C. *de lib. causa* 7. 16. In der zweiten Stelle wird der Ausdruck auf den natürlichen Besitz angewendet (*vr. vel conductionis*). In l. 10 C. h. t. ist *ius possessionis* = *ius pos idendi*.

³ Der einzige Weg, um wenigstens für einen bestimmten Fall zu einem Rechte, welches der Besitz ist, zu gelangen, ist der, daß man da, wo das Recht Besitz zugesieht, ohne daß er wirklich vorhanden ist, unter Besitz nicht ein vom Rechte als vorhanden angenommenes Verhältniß, sondern geradezu die Besitzesvortheile versteht. Thut man dieß, — was nahe liegt, aber in den Quellen keinen Anhalt hat, — so hat man einen Besitz, welcher das Recht ist, Schutz gegen Eigenmacht zu verlangen. (Bei Erstlung, Tradition und Occupation besteht der Besitzesvortheil nicht in einem Rechte, sondern in der Möglichkeit eines Rechteerwerbes.)

⁴ Glaubt man das System streng nach den Rechten durchzuführen zu müssen, ohne daß den Rechtsverhältnissen Einfluß auf dasselbe gestattet werden dürfte, so bleibt nichts übrig, als, da die Rechte, zu welchen der Besitz führt, verschiedenen Lehren angehören, von denselben im allgemeinen Theil zu handeln, wie das auch Manche (vgl. namentlich B d i n g I. S. 448) thun. Puchta, indem er bloß auf den Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht Rücksicht nimmt, stellt ihn unter seine „Rechte an der eigenen Person“ (vgl. §. 39 Note 1, §. 148 Note 6). Aber es ist in der That nicht abzusehen, wie, um mit Puchta zu reden, das Recht, den eigenen Willen als freien, d. h. eben, als durch Eigenmacht nicht zu verletzenden, wollen zu dürfen, ein Recht an der eigenen Person genannt werden kann; in diesem Recht wird keine Macht über die eigene Person, sondern eine Macht über fremde Personen gewährt.

B. Rechtsbesitz.

§. 151.

Wenn vorher der Satz aufgestellt worden ist, daß zum juristischen Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, und der Wille, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, erforderlich sei, so hat damit nicht gesagt sein sollen, daß die thatsächliche Gewalt über die Sache in einer einzelnen Beziehung, verbunden mit dem Willen, diese Gewalt für sich zu haben, ohne rechtliche Bedeutung sei. Vielmehr kann ein solches Verhältniß sehr wohl die gleiche rechtliche Bedeutung haben, wie der Besitz der Sache, und hat sie sogar regelmäßig, so daß es also gegen eigenmächtige Störung geschützt wird, und unter gewissen Voraussetzungen die Grundlage für den Erwerb des Rechtes bildet. Ja selbst der Ausdruck Besitz ist auf dieses Verhältniß erstreckt worden, nur spricht man in diesem Falle nicht von einem Besitz der Sache und nicht von einem eigentlichen Besitz, sondern von einem un-eigentlichen und Rechtsbesitz¹.

Was vorher über die rechtliche Natur des Sachbesitzes bemerkt worden ist, gilt auch für den Rechtsbesitz. In der That sind der Rechts- und der Sachbesitz nur Erscheinungen eines und desselben höheren Begriffes: thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache². Für den Lehrvortrag empfiehlt es

¹ Die Quellen sagen: *quasi possessio, iuris possessio, iuris quasi possessio*. §. 151. Pr. I. *de interd.* 4. 15 (Gai. IV. 139), l. 10 pr. D. *si serv.* 8. 5, l. 2 §. 3 D. *de prec.* 43. 26, l. 2 D. *comm. serv.* 8. 4, l. 7 D. *de itin.* 43. 19, l. 23 §. 2 D. *ex quib. caus. mai.* 4. 6. In andern Stellen wird die Möglichkeit einer *possessio* an unkörperlichen Sachen ganz gelugnet, l. 3 pr. D. h. t., l. 4 §. 27 D. *de usurp.* 41. 3, l. 1 §. 8 D. *quod. leg.* 43. 3, l. 32 §. 1 D. *de S. P. U.* 8. 2.

² Vgl. namentlich Bruns S. 475—479. Die Beschränkung, in welcher der Rechtsbesitz die Sache erfasst, wird durch die Bezugnahme auf das entsprechende Recht bezeichnet, weil eine andere gleich kurze Bezeichnung sich nicht darbietet. Dieselbe Auffassung, auf den Sachbesitz erstreckt, würde denselben als Eigenthumsbesitz erscheinen lassen; aber bei ihm ist die Bezugnahme auf das Recht deswegen nicht nöthig, weil der Ausdruck 'eine Sache' besitzen, von selbst auf die unbeschränkte Herrschaft über dieselbe geht. In dieser letzteren Beziehung abweichend Bruns S. 479.

sich aber aus Zweckmäßigkeitsgründen, diesen höheren Begriff der Darstellung nicht zu Grunde zu legen, sondern von beiden Arten des Besitzes getrennt zu handeln³. Demgemäß beziehen sich die folgenden §. §. 152—162 nur auf den Sachbesitz, von dem Rechtsbesitz handeln die §. §. 163 und 164. Der Sachbesitz als eigentlicher Besitz wird Besitz schlechthin genannt werden⁴.

II. Möglichkeit des Besitzes.

§. 152.

Der Besitz ist nicht für alle Personen möglich; er ist nicht an allen Gegenständen möglich; es ist nicht ein mehrfacher Besitz an einer und derselben Sache möglich.

1) Der Besitz ist nicht möglich für solche Personen, welche der Vermögenfähigkeit entbehren; wenn sie auch wirkliche Besitzer sein können, so werden sie doch vom Rechte als Besitzer nicht anerkannt¹. Dagegen ist der Besitz nicht unmöglich für

³ Die Darstellung würde durch die Zusammenfassung beider Arten des Besitzes schwerfällig werden, und an Verständlichkeit einbüßen. Es kommt hinzu, daß der Rechtsbesitz entschieden eine spätere Bildung des römischen Rechtes ist, gleichsam nur als Anhang zu dem Sachbesitz hinzugefügt worden ist.

⁴ Man kann noch weiter gehen und fragen, ob nicht auch der thatächlichen Realisirung eines Willens, welcher irgend einen andern Inhalt hat, als die Beherrschung einer Sache, eine entsprechende rechtliche Bedeutung zukomme? Auch diese Frage ist, zwar nicht vom römischen, aber doch vom heutigen Rechte, wenigstens theilweise bejaht worden, und es ist sogar ebenfalls der Ausdruck Besitz auch auf diese Fälle erstreckt worden. Da aber in ihnen der Besitz nicht mehr ein Verhältniß zur Sache ist, so kann von ihnen an dieser Stelle nicht gehandelt werden.

§. 152. ¹ L. 49 §. 1 D. h. t. „Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt (habere), possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est“. L. 24. 30 §. 3 eod., l. 93 D. de R. I. 50. 17. Von den Gewaltverhältnissen des römischen Rechtes haben wir heutzutage nur noch die väterliche Gewalt, und diese ist nicht mehr Grund der Vermögenunfähigkeit, sondern bloß, und zwar in beschränktem Maße, der Erwerbsfähigkeit, in Betreff des Erwerbes nämlich, welcher aus dem Vermögen des Vaters gemacht wird, §. 1 I. per quas pers. II. 9. Dagegen kommt im heutigen Rechte auch für den Besitz die Vermögenunfähigkeit der Klosterpersonen (c. 2. 6 X. de statu monach. 3. 35) in Betracht.

solche Personen, welche der physischen Willensfähigkeit entbehren, wie Kinder, Wahnsinnige, juristische Personen; wenn sie gleich nicht wirkliche Besitzer sein können, werden sie doch vom Rechte als Besitzer anerkannt².

2) Der Besitz ist nicht möglich aus natürlichen Gründen an unkörperlichen Gegenständen³, aus juristischen an Sachen, welche dem Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen sind⁴, und an solchen Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind; diese letzteren haben für die juristische Betrachtung, so lange die Verbindung dauert, gar keine selbständige Existenz⁵. Jedoch ist diese juristische Betrachtung gerade in der Lehre vom Besitze nicht streng durchgeführt worden: die Erfindung einer Sache soll dadurch nicht unterbrochen werden, daß der Besitzer sie zum Bestandtheile einer anderen von ihm belessenen Sache macht⁶. Theile eines

² Erworben werden freilich kann ihnen der Besitz nur durch einen Stellvertreter. L. 1 §. 22 l. 2 h. t., l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 h. t., l. 26 C. de don. 8. 54, l. 1 §. 20 D. h. t. Was Kinder speziell angeht, s. noch §. 155 Note 13. Personen, welche der nöthigen körperlichen Kräfte entbehren, können auch wirkliche Besitzer sein, indem ihnen nämlich Andere ihre Kräfte dienstbar machen.

³ L. 3 pr. D. h. t., l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3. In der s. g. iuris quasi possessio ist der Gegenstand des Habens und Habentwollens doch die körperliche Sache (§. 151). — Ein unkörperlicher Gegenstand ist auch die Sachgesamtheit; daher ist auch an ihr kein Besitz möglich, l. 30 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Man kann fragen: warum hat das römische Recht nicht auch hier juristischen Besitz anerkannt? Es wird sich nur sagen lassen, daß das römische Recht in der Lehre vom Besitze die natürliche Basis ganz nie verlassen hat, und ein Princip in der Grenzbestimmung sich nicht erkennen läßt.

⁴ L. 30 §. 1 D. h. t.

⁵ L. 7 §. 1 D. ad exh. 10. 4: — „si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, . . . quamvis tunc civiliter non possideas“. L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. „Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligatur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus constant, universitas aedium intelligi non poterit“. L. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 30 pr. h. t. Vgl. §. 138 Note 5.

⁶ L. 30 §. 1 D. de usurp. 41. 3. „Labeo libris epistolarum ait: si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantar rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gommam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum“. Die aufgestellte Ansicht ist im Wesentlichen die von Savigny S. 306 fg. S. LXVII fg. entwickelte,

Grundstücks können als solche besessen werden, da sie in der That selbständige Sachen sind⁷; dagegen ist bei beweglichen Sachen Besitz an unabgetheilten Theilen (im Gegensatz von Bestandtheilen) nicht anerkannt⁸. Endlich können auch s. g. intellectuelle Theile (§. 140) den Gegenstand des Besitzes bilden; es wird dabei aber erfordert, daß der Besitzeswille auf einen bestimmten Theil des Werthes der Sache gerichtet sei⁹.

3) An einer und derselben Sache ist nur Ein Besitz möglich; dieß folgt unmittelbar aus dem Begriff des Besitzes als der tatsächlichen Gewalt über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen¹⁰. Es kann aber der eine Besitz, welchen die Sache

von Windscheid in Scil's Jahrb. I. 12 (1841), Madai Arch. f. civ. Pr. XXV. 10. (1842), Binding das. XXVII. 9. 15 (1844), Wangerow §. 204 Num. 2 verteidigte. Abweichende Ansichten sind: 1) der aufgestellte Satz sei nur wahr für den Fall, wo eine Sache zum Bestandtheil einer beweglichen Sache gemacht werde; werde sie aber mit einer unbeweglichen verbunden, so werde der Besitz verloren, und nur aus Billigkeitsrücksichten werde Fortbauer der Erstigung angenommen, wenn zur Vollendung derselben nicht mehr mehr als 10 Tage (Thibaut Arch. f. civ. Pr. VII. 3 [1824]). 2) Der aufgestellte Satz sei auch für den Fall der Verbindung mit beweglichen Sachen nicht wahr; auch in ihm werde der Besitz der verbundenen Sachen verloren, und es gelte nur für die Erstigung die Ausnahme der 10 Tage (Wape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. 6. [1847]). 3) Der aufgestellte Satz sei weder wahr, noch werde ausnahmsweise gegen denselben eine Erstigung zugelassen; wenn die genannte Stelle Fortbauer der Erstigung anerkenne, so thue sie das nur deswegen, weil sie annehme, die Verbindung sei von der Art, daß die verbundene Sache ihre Selbständigkeit nicht verliere (Kierulff S. 375—377 [theilweise], Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI. S. 373 fg. [1848], Böcking I. §. 124 Note 15, 16, Prinz S. 181, Schirmer zu Unterholzner I. S. 159 Note **, Penz S. 139 fg.). 4) Bei beweglichen Sachen werde immer der Theil im Ganzen besessen, nicht bloß wenn derselbe früher der Gegenstand eines besondern Besitzes gewesen, sondern auch, wenn sogleich das Ganze als solches in Besitz genommen worden sei; bei unbeweglichen Sachen dagegen werde nie der Theil im Ganzen besessen, auch wenn er vor der Verbindung Gegenstand eines besondern Besitzes gewesen sei (Unterholzner Verjährungslehre I. §. 49, 50, Sintenis Arch. f. civ. Pr. XX. 4 [1837] und System I. S. 449—452).

⁷ L. 26. 43 pr. D. h. t. Vgl. §. 140 Note 2.

⁸ L. 8 D. de R. V. 6. 1. Vgl. §. 140 Note 1 und 3.

⁹ L. 26 D. h. t., l. 3 §. 2 eod., l. 32 §. 2 D. de usurp. 41. 3 (Note 12).

¹⁰ L. 3 §. 5 D. h. t.: — „plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id

verträgt, mehreren Personen zustehen¹¹; sie haben dann, entsprechend ihrem Besitzeswillen, die Besitzesvorteile zusammen¹². Nur ein scheinbarer Widerspruch gegen den aufgestellten Satz ist es, wenn die verschiedenen Besitzesvorteile zwei verschiedenen Personen zugeschrieben, und in Folge davon beide auch als Besitzer anerkannt werden¹³.

III. Erwerb des Besitzes.

§. 153.

Der Besitz wird dadurch erworben, daß die beiden Momente seines Begriffes, tatsächliche Gewalt und Wille, die Sache für

tenere videaris . . . Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris“. L. 5 §. 15 D. commod. 13. 6.

¹¹ Die Neueren bezeichnen dieses Verhältniß als *compossessio*.

¹² Der Inhalt ihres Besitzeswillens ist der, daß sie die Sache für sich zusammen haben wollen. Daß dabei jeder einen bestimmten Werththeil für sich haben wolle, ist nicht notwendig. Dieß letztere könnte nur deswegen bezweifelt werden, weil da, wo Einer nicht mit einem Andern zusammen den Besitz der Sache, sondern für sich den Besitz eines Werththeils haben will, die Richtung des Willens auf einen bestimmten Werththeil allerdings erforderlich ist (Note 9). Aber das erklärt sich daraus, weil es ohne diese Richtung in der That dem Besitzeswillen an der gehörigen Bestimmtheit fehlen würde, während der vereinte Wille, der die ganze Sache umfaßt, an einem solchen Mangel nicht leidet. Dieß ist der Sinn von l. 32 §. 2 D. de usurp. 41. 3.

„Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorant, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit“. Indem die zuvor bezeichnete Consequenz eine mera subtilitas genannt wird, wird sie zurückgewiesen. Dieser Erklärung wird zwar von Böcking (I. §. 124 Note 11*) vorgeworfen, daß sie „gegen die Gesetze der Grammatik“ sei, weil das „mera subtilitate“ nicht zu „Labeo scribit“ gehöre; aber gewiß mit Unrecht. Der Sinn ist: Labeo sagt, daß nach mera subtilitas Niemand besitze. Böcking selbst erklärt so: Labeo sagt, daß mera subtilitate, d. h. „ohne Bewußtsein von dem Gegenstande, der Begrenztheit des Objectes des Besitzes, in abstracter Vorstellung, ἀόριστος,“ Niemand besitzen „könne“. Aber von einem Nichtbesitzenden spricht Labeo eben nicht; er sagt, daß die von ihm genannten Personen mera subtilitate nicht besitzen. Heißt also mera subtilitate „in abstracter Vorstellung“, so sagt Labeo, daß keiner der Genannten „in abstracter Vorstellung“, also jeder mit der Richtung des Willens auf einen bestimmten Besitzestheil besitze. Rudorff zu Puchta's Vorlesungen I. S. 484 Note 1 erklärt mera subtilitate = im Rechtsinn, juristisch.

¹³ So bei der Verpfändung (l. 1 §. 15 l. 36 D. h., t. l. 16 D. de

sich, wie eine eigene, zu haben, in einem gegebenen Fall zur concreten Wirklichkeit gelangen¹.

Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache setzt nicht körperliche Berührung derselben voraus², wie andererseits körperliche Berührung als solche nicht hinreicht; sondern es ist wie erforderlich, so genügend, ein solches Verhältnis der Person zur Sache, welches die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit gewährt, nach Belieben auf die Sache einzuwirken³. Unter unmittelbarer und gegenwärtiger Möglichkeit ist eine solche Möglichkeit zu verstehen, deren Verwirklichung nicht durch einen dazwischen stehenden Umstand in eine zu weite Ferne hinausgerückt, oder gar zweifelhaft gemacht ist⁴.

usurp. 41. 3), beim Precarium (l. 3 §. 5 D. h. t., l. 15 §. 4 D. de prec. 43. 26). Vgl. §. 148 Note 10. — Eine später verworfene Meinung des Trebatius nahm an, daß auch der mit Unrecht des Besitzes Beraubte noch als juristischer Besitzer neben dem wirklichen anerkannt werden müsse, l. 3 §. 5 D. h. t., l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17. Vgl. Savigny S. 183 fg. (über l. 17 pr. D. h. t. das. S. 192 Note 3), Kierulff S. 369 Note **, Keller S. 221—223, F. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVIII. S. 250 fg.

§. 153. ¹ L. 3 §. 1 D. h. t.: — „adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore“. L. 8 eod., l. 153 D. de R. I. 50. 17; Paul R. S. V. 2. §. 1.

² Das war früher die herrschende Ansicht, eine Ansicht, welche ihren hauptsächlichsten Grund darin hatte, daß man die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als Ergreifung, Apprehension, bezeichnete. In den Fällen, in welchen nach Ausweis der Quellen körperliche Berührung nicht nötig ist, sprach man dann von einer fingierten Apprehension. Gegen die bezeichnete Ansicht erklärte sich ausdrücklich l. 1. §. 21 D. h. t.: — „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu“. Savigny §. 14.

³ Gewöhnlich setzt man hinzu: und jede fremde Einwirkung auf die Sache zu verhindern (Savigny S. 2). Mir scheint das nicht richtig; es ist nicht erforderlich, daß man mächtiger sei, als alle Andern, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken, sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschliesse.

⁴ Eine bestimmtere Vorschrift läßt sich nicht geben; dieselbe muß im gegebenen Fall durch das Ermessen des Richters ergänzt werden. Anhaltspunkte gewähren folgende Entscheidungen der Quellen. Zu dem Erwerbe des Besitzes eines Grundstücks ist nicht erforderlich, daß dasselbe in allen seinen Theilen betreten werde; ja es braucht gar nicht betreten zu werden, es genügt, daß man sich auf einem benachbarten erhöhten Punkte befindet, von dem man es überschauen und sich ungehindert auf das Grundstück begeben kann (l. 77 D.

hat die Sache bisher bereits einen Besitzer gehabt, so kann die tatsächliche Gewalt über dieselbe entweder mit oder ohne dessen Willen erlangt werden. Im ersten Falle spricht man von Uebergabe (Tradition)⁵; besondere Regeln gelten für diesen Fall

de R. V. 6. 1, l. 3 §. 1 l. 18 §. 2 D. h. t.; Seuffert Arch. XII. 5. XIII. 296). Der Besitz einer beweglichen Sache ist erworben, wenn sie zu unserer Disposition vor uns hingelegt, oder in unserer Gegenwart mit unserem Willen einem Andern übergeben wird (l. 79 D. de sol. 46. 3, l. 1 §. 21 l. 51 D. h. t., l. 31 §. 1 D. de don. 39. 5); aber auch Niederlegung in unserer Behausung genügt (l. 18 §. 2 D. h. t., l. 9 §. 3 D. de I. D. 23. 3). Dagegen genügt nicht, daß die Sache in unserem Grunde und Boden vergraben sei (l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. h. t., l. 3 §. 3 D. h. t. über die letzte Stelle f. Savigny S. 260—265); es genügt ferner nicht Uebergabe der Schlüssel zu dem Raume, in welchem sich die Sache befindet, wenn die Uebergabe nicht in unmittelbarer Gegenwart des Raumes erfolgt (l. 74 D. de contr. emt. 18. 1, aus welcher Stelle zu erklären sind l. 9 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 21 D. h. t.; die entgegenge setzte Meinung in dem Urtheil bei Seuff. III. 5). Den Besitz an einem Thiere, welches wir verfolgen, haben wir nicht schon, wenn wir es verwundet haben, „quoniam multa accideri possunt, ut eam non capiamus, l. 5 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. l. 55 eod., l. 3 §. 14. 15 D. h. t. Ueber das Ganze f. Savigny §. 14—18, und jetzt auch Lenz S. 168—211. 262 fg. (Der Letztere stellt die Formel auf, es sei zum Erwerbe des Besitzes eine objective Sicherheit für den Besitzwillen nötig. Dieselbe könne beschafft werden theils durch eigene oder Andern aufgetragene Bewachung, theils durch besondere Vorkehrungen; bei Grundstücken aber und solchen beweglichen Sachen, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie Grundstücke, weder gestohlen noch beschädigt werden könnten, sei dieselbe schon von selbst gegeben, und daher hier Gegenwart der Person zum Besitzerverwerb nur deswegen erforderlich, damit das nötige Wissen von der Sache erlangt werde. Ebenso sei der Grund der Entscheidung, daß die Uebergabe der Schlüssel in Gegenwart des Lagerungsraumes geschehen müsse, der, weil dieser (der Lagerungsraum) dem Vorstellungsvermögen gehörig eingepägt werden müsse, abgesehen davon, daß der Erwerber sich nicht wohl auf andere Weise die augenscheinliche Ueberzeugung davon verschaffen könne, ob der Lagerungsraum wirklich abgeschlossen sei).

⁵ Die Quellen sagen sowohl tradere rem als tradere possessionem. Im engeren Sinne bezeichnet aber der Ausdruck tradere nur die unmittelbare Uebergabe von Hand zu Hand, und ist daher nur auf bewegliche Sachen anwendbar; spezielle Ausdrücke für die Besitzesübergabe bei Grundstücken sind: inducere in possessionem, mittere in possessionem. Zur Verstärkung wird zu possessio das Wort 'vacua' hinzugefügt: tradere vacuum possessionem, mittere oder inducere in vacuum possessionem. Vgl. l. 36 D. de pactis 2. 14, l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1, l. 18 §. 2 l. 33. 34 pr. D. h. t., l. 5. 12 D. de vi 43. 16, l. 35 §. 1 D. de don. 39. 5.

des Besitzerwerbes nicht⁶. Dagegen gilt für den zweiten Fall die positive Vorschrift, daß der Besitz an einem Grundstück durch heimliche Demächtigung nicht erworben werden kann; das Nähere hierüber in der Lehre vom Verlust des Besitzes.

§. 154.

Der Wille, die Sache für sich, wie eine eigene, zu haben, kann ausdrücklich erklärt werden, oder, was das Gewöhnlichere

⁶ Die I. 1 O. de don. 8. 54 beantwortet nicht die Frage, ob Besitz erworben, sondern ob er mit Willen des bisherigen Besitzers erworben sei (Savigny S. 244—247). — Den im Texte aufgestellten, im Uebrigen allgemein anerkannten Satz leugnet Brinz Jahrb. d. gem. R. III. 2. (1859) für den Fall, wo die Tradition bloß auf Besitz gehe, nicht in und mit dem Besitz zugleich Eigenthum übertragen werde. Er behauptet, in dem bezeichneten Falle liege eine Succession in den Besitz vor. Besitz also werde nur insofern erworben, als der Uebertragende selbst besitze, und das Uebertragungsgeschäft gültig sei. Ueber den „inneren Grund“ dieser verschiedenen Behandlung beider Fälle ist Brinz etwas kurz hinweggegangen (S. 55. 56); man darf behaupten, daß es ihm nicht gelungen ist, begreiflich zu machen, warum derjenige, welchem eine Sache von einem Andern übergeben worden ist, genöthigt sei, sich auf die Tradition zu berufen, und sich demnach die Fehler der Tradition anrechnen zu lassen, warum er nicht einfach dabei stehen bleiben könne, daß er die Sache doch einmal habe und haben wolle. Unter den von Brinz angeführten Quellenstellen ist diejenige, welche verhältnismäßig noch am Meisten für ihn spricht I. 11 D. de A. R. D. 41. 1; aber auch diese will nicht sagen, daß, wer von einem Pupillen ohne Auctoritas des Tutor erwerbe, nicht Besitzer werde, sondern nur, daß er nicht durch die — rechtlich nicht anerkannte — Veräußerung des Pupillen Besitzer werde (vgl. Savigny S. 418 Note 3). Brinz bringt die von ihm aufgestellte Unterscheidung auch mit dem Sprachgebrauch der Quellen in Verbindung; tradere possessionem gehe auf die Uebergabe des bloßen Besitzes, werde aber allerdings auch für den Fall gebraucht, wo in dem Besitze das Eigenthum übertragen werde; dagegen komme der Ausdruck tradere rem für die Uebergabe des bloßen Besitzes nicht vor. Er kommt vor z. B. in I. 22 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, I. 36 D. h. t., I. 238 §. 2 D. de V. S. 50. 16. Vgl. gegen Brinz auch F. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. 8. XVIII. S. 237—249 und Sintonis §. 44 Note 8. — Geht nach heutigem Handelsrecht der Besitz durch Uebergabe des Conossements oder der Faktur über? Vgl. I 81 Handelsrecht I. §. 80, 3 hering Jahrb. f. Dogm. I. S. 176 fg. Die bei Seuffert mitgetheilten Urtheile sind fast ohne Ausnahme dagegen, f. I. 8. 396. II. 86. IV. 232. VI. 241. VII. 8. Besitz- und Eigenthumsübertragung an auswärts befindlichen Schiffen durch Uebergabe der Eigenthumspapiere: Seuff. Arch. VIII. 111. X. 282; vgl. aber auch XI. 213.

ist, in anderen Handlungen hervortreten¹; er kann sogleich bei der Erlangung der thatsächlichen Gewalt vorhanden sein, oder derselben erst nachfolgen².

Der Wille, die Sache für sich, wie eine eigene, zu haben, ist aber zum Erwerbe des Besitzes nicht immer nöthig; in folgenden Fällen wird juristischer Besitz auch ohne diesen Willen anerkannt (s. g. abgeleiteter Besitz, §. 149 Note 7. 8):

1) beim Pfandgläubiger; jedoch fährt der Verpfänder fort, den Erfindungsbesitz zu haben³;

2) bei demjenigen, der eine Sache vergünstigungsweise, aber zum vollen Haben, empfangen hat⁴, auch hier jedoch unbeschadet des beim Hingebenden zurückbleibenden Erfindungsbesitzes⁵;

3) beim Sequester, wenn es nämlich die Absicht der Partheien gewesen ist, daß auf ihn Besitz übergehen solle, was bei der

¹ Vgl. Seuff. Arch. XIII. 82. Liegt in der Zeichnung einer Sache der §. 154. Ausdruck des Besitzeswillens? Möglicherweise ja, möglicherweise nein; I. 1 §. 2 I. 14 §. 1 D. de per. 18. 6. Vgl. Seuff. Arch. III. 143.

² Die Quellen sprechen in diesem Falle davon, daß „solo animo acquiritur possessio“, I. 3 §. 3 D. h. t., I. 9 §. 9 D. de R. C. 12. 1. Wird der Besitzeswille in Folge einer Gestattung desjenigen gefaßt, für welchen der Inhaber bisher die thatsächliche Gewalt ausübte, so nennt man das heutzutage eine brevi manu traditio (im Gegensatz zu der longa manu traditio der I. 79 D. de sol. 46. 3); die Quellen sagen: „res pro tradita est“, I. 62 pr. D. de evict. 21. 2, I. 9 §. 1 D. de Publ. 6. 2. Vgl. I. 9 §. 5 D. de A. R. D. 41. 1.

³ L. 1 §. 15 D. h. t., I. 16 D. de usurp. 46. 3, I. 36 D. h. t., I. 15 §. 2 D. qui satisd. 2. 8, I. 35 §. 1 I. 37 D. de pign. a. 13. 7, I. 40 pr. D. h. t. Alle diese Stellen reden nur von dem Faustpfandgläubiger; für die Gleichstellung des (den natürlichen Besitz erlangenden) Hypothecargläubigers s. Bruns S. 5. 6, darüber Vangerow I. S. 406. Der Grund, weswegen dem Pfandgläubiger der Besitzeswille gegeben ist, ist ein rein historischer. Savigny S. 337 fg.

⁴ L. 4 §. 1 D. de prec. 43. 26, I. 2 §. 3 I. 6 §. 2 eod., I. 10 §. 1 D. h. t.

⁵ So erklären sich am einfachsten I. 15 §. 4 D. de prec. 43. 26, I. 3 §. 5 D. h. t. L. 13 §. 7 D. h. t. hat weder ursprünglich von der Erfindung gehandelt, noch kann sie im Sinne der Justinianischen Compilation auf dieselbe bezogen werden, da in den Erfindungsbesitz des Einen der Besitz eines Andern nur dann eingerechnet werden kann, wenn dieser selbst Erfindungsbesitz hatte, was bei dem Empfänger eines Precarium gewiß nicht der Fall ist. Vgl. Vangerow I. S. 410 und unten §. 181 Note 10.

Sequestration einer streitigen Sache ohne Weiteres anzunehmen ist * 1.

6 Von diesem Falle handelt l. 17 §. 1 D. dep. 16. 3 (vgl. pr. eod.), während l. 39 D. h. t., welche den Nachweis der bezeichneten Absicht verlangt, von der Sequestration im Allgemeinen spricht. Andere bringen beide Stellen dadurch in Einklang, daß sie in der ersten zu den Worten „deposita est“ als Subject nicht res, sondern possessio beziehen; hiernach wäre der Beweis der bezeichneten Absicht unter allen Umständen erforderlich. So namentlich Savigny S. 347, Bruns S. 7, Bangerow I. S. 408. Dagegen Böcking §. 123 Note 18, Ruther Sequestration und Arrest S. 226 fg. Der Letztere sucht die Vereinigung in einer besonderen Auslegung der l. 39 cit.; die Worte derselben „si hoc aperto fuerit approbatum“ sollen von einem „allgemeinen Gewohnheitsrecht“ verstanden werden müssen. Es leuchtet nicht ein, was durch diese gezwungene und nahezu unmögliche Auslegung gewonnen wird.

7 Von den Meisten wird zu diesen Fällen noch der des Emphyteuta, von Vielen auch der des Superficiar hinzugefügt. Dafür spricht der große Umfang der diesen Personen zustehenden Rechte, wodurch deren Erscheinung ganz nahe an die Erscheinung des Eigenthums herantritt, und daß nichts Anderes, als die Nehmlichkeit der Erscheinung mit der Erscheinung des Eigenthums der Grund ist, warum selbst das Verhältniß des Precaristen, dessen Wille doch weit hinter dem jener Personen zurückbleibt, als Besitz anerkannt wird. Aber ein Beweis ist das doch immer noch nicht, — darf aus einer Abweichung von der ratio iuris auf eine andere geschlossen werden? Und ein Beweis ist auch in dem, was man sonst angeführt hat, nicht enthalten. Man hat sich darauf berufen, daß der Emphyteuta und Superficiar utilis rei vindicatio und utilis negatoria und confessoria actio haben, — nach diesem Argument müßte auch der (nicht detinirende) Pfandgläubiger Besitz haben (l. 16 D. de serv. 8. 1, l. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1); darauf, daß der Emphyteuta die Früchte ohne Perception erwerbe, so wie auf die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit seines Rechtes, — soll darin ein anderes Argument liegen, als das zu Anfang erwähnte, so ist zu antworten, daß sein Recht bei aller Steigerung doch immer ein Recht an fremder Sache geblieben ist, er also nicht den Willen hat, die Sache wie eine eigene zu haben; auf l. 15 §. 1 D. qui satisfacere 2. 8, — aber die von der Pflicht zur Caution befreiente „possessio“ dieser Stelle hat offenbar und anerkanntermaßen einen ganz besonderen Sinn, und in den Worten: „qui agrum vectigalem possidet“ das possidens als Bezeichnung gerade juristischen Besitzes zu premiren, hier wo es auf juristischen oder nicht juristischen Besitz, Besitz oder Nichtbesitz gar nicht ankommt, ist willkürlich; endlich neuerdings auf die Analogie des ager publicus, — obgleich die Anwendung der possessoriischen Interdicte auf denselben doch keineswegs sicher ist, — und die Analogie des ager provincialis; das letztere Argument ist nicht ohne Bedeutung, obgleich doch auch hier gefragt werden muß, ob nicht das Eigenthum des römischen Volkes am fundus provincialis in viel weiterem Sinne eine bloß theoretische Bedeutung gehabt habe, als das Eigenthum am

Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter.

§. 155.

Der Besitz kann auch durch einen Andern erworben werden¹. Dies ist zunächst so zu denken, daß nur das Moment der thatsächlichen Gewalt durch einen Andern beschafft wird². Ich habe in meiner thatsächlichen Gewalt auch dasjenige, was sich in der thatsächlichen Gewalt eines Andern befindet, vorausgesetzt daß dieser des Willens ist, es nicht für sich, sondern für mich zu haben³. Daher wird mir der Besitz dadurch erworben, daß dasjenige, was ich besitzen will, ein Anderer in seiner thatsächlichen Gewalt hat, und für mich haben will⁴. Dieser Wille des

gewöhnlichen fundus vectigalis. Für die Superficies ist ein Gegenbeweis in l. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17 enthalten; man hat, um demselben zu entgegen, zu dem sehr unjuristischen Auskunftsmittel gegriffen, einen Besitz am Gebäude ohne den Grund und Boden anzunehmen. Vgl. für die hier nicht angenommene Ansicht Savigny S. 336. 319, Rieruff S. 361, Bruns S. 8—10, Bangerow I. S. 406—408, Böcking I. §. 126 Note 6. 7 und Grundriß §. 82 Note 1, Sintonis I. §. 55 Note 10, §. 56 Note 12, Schmidt (von Imenau) Jahrb. d. gem. R. III. S. 251 Note 10; dagegen Savigny S. 331 fg. (in Betreff der Superficies), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. S. 229—233, Arnolds Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. 111. 9 (1847), Emmerich das. XVII. 1. (1860).

¹ L. 53. 20. §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, §. 5 I. per quas pers. 2. 9, §. 156. l. 1 C. eod. 4. 27, l. 8 C. h. t., Paul. R. S. V. 2 §. 2.

² Paul. R. S. V. 2 §. 1. „Possessionem acquirimus (et) animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno“. L. 3 §. 12 D. h. t. — „animo nostro, corpore etiam alieno possidemus“.

³ Er muß die Sache für mich haben wollen in der Gesamtheit ihrer Beziehungen, was nicht voraussetzt, daß er sie in jeder einzelnen Beziehung für mich haben will (§. 149). So besitze ich durch den Nießbraucher nicht weniger als durch den Pächter, oder denjenigen, welcher die Sache in meinem Auftrag für mich in Besitz genommen hat.

⁴ Es wäre zu enge, zu sagen: dadurch, daß ein Anderer etwas mit dem bezeichneten Willen in seine thatsächliche Gewalt bringt. Denn dieser Wille kann auch nachfolgen; es kann ein Anderer mich auch dadurch zum Besitzer machen, daß er für mich zu besitzen anfängt, was er bis dahin für sich besessen hat, vgl. l. 18 pr. h. t., l. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28. 35 §. 5 C. de don. 8. 54. Die Neueren haben für diesen Fall den besonderen Ausdruck constitutum possessionum erfunden. Vgl. Seuff. Arch. V. 253. VI. 310. X. 229. XII. 122. XIII. 296.

Andern ist wesentlich; ohne denselben werde ich nicht Besitzer⁵. Daher kann durch eine willensunfähige Person für einen Andern Besitz nicht erworben werden⁶. Ob dieser Wille vorhanden sei oder nicht, ist eine thatsächliche Frage, welche im einzelnen Fall beantwortet werden muß⁷. Besonders hervorzuheben ist der Fall, wo Jemandem etwas für einen Andern übergeben wird, und er es ohne Erklärung einer andern Absicht annimmt; hier darf er hinterher nicht behaupten, daß er nicht den Willen gehabt habe, es für den Andern zu nehmen, daß er es für sich selbst oder einen Dritten, habe nehmen wollen⁸. Was sodann den Willen desjenigen angeht, für welchen der Vertreter den Be-

⁵ L. 1 §. 20 D. h. t. „Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere“. Dieß gilt selbst für den Sklaven, l. 1 §. 19 eod.

⁶ L. 1 §. 9. 10 D. h. t.

⁷ Wenn Jemand im Auftrage eines Andern eine Sache kauft, so kann seine Absicht darauf gerichtet sein, den Besitz sogleich für Jenen zu erwerben, sie kann aber auch darauf gerichtet sein, den Besitz zunächst für sich zu erwerben, und ihn dann erst auf jenen zu übertragen. Durch diese Unterscheidung läßt sich der scheinbare Widerspruch folgender Stellen: l. 13 pr. vgl. l. 20 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, l. 42 §. 1 D. h. t. — l. 59 D. eod., l. 2 C. de his qui a non dom. 7. 10, l. 135 §. 2 D. de V. O. 45. 1 u. a. m. Vgl. Savigny S. 353 Note 1, Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 324—335, Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XI. S. 236—249. Seuff. Arch. V. 112. 253. X. 134. XII. 122 (Commissionär). Vgl. auch VII. 7; II. 286. V. 56. 60. VIII. 76. IX. 128 (Frachtfuhrmann und Speditur).

⁸ Von diesem Fall ist zu verstehen l. 13 D. de don. 39. 5. Gewöhnlich lehrt man auf Grund dieser Stelle, daß bei der Tradition nicht der Wille des Empfängers, sondern der Wille des Tradenten entscheide. Es ist das Verdienst Bremers (a. a. D. S. 249 fg.), dieser Erklärung gegenüber die ältere des Donellus wieder zur Geltung gebracht zu haben, durch welche der Inhalt der Stelle „mit anerkannten Rechtsgrundsätzen ganz in Einklang tritt; vgl. Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 334. Wenn diese Schriftsteller (und so auch Scheurl Jahrb. f. Dogm. II. S. 26) ferner behaupten, daß die l. 37 §. 6 D. de A. R. D. 41. 1 von dem umgekehrten Falle zu verstehen sei, wo der Empfänger seinen gegentheiligen Willen beim Empfang an den Tag gelegt habe, so ist das zwar nicht in gleichem Maße unzweifelhaft; es ist aber zuzugeben, daß diese Erklärung immer noch den Vorzug verdient vor der gewöhnlichen: „nihil agitur“, b. h. ex mente procuratoris, anders ex mente tradentis. — In l. 43 §. 1 D. de furt. 47. 2 tritt Besitzerverwerb für den vom Tradenten Bezeichneten deswegen nicht ein, weil dieser den Besitzeswillen nicht hat (der Empfänger ist falsus procurator).

sitz erwerben will, so ist eine besonders häufige und wichtige Art und Weise seiner Aeußerung die, daß Jemand den Auftrag erteilt, eine Sache für ihn in Besitz zu nehmen. Dabei fragt es sich, welchen Grad der Bestimmtheit dieser Auftrag haben müsse. Es ist zu sagen, daß es für den Besitzerverwerb des Auftraggebers weder erforderlich ist, daß der Auftrag auf eine bestimmte, seinem Bewußtsein vorschwebende Sache, noch auch nur, daß er auf einen bestimmten Act der Inbesitznahme gerichtet sei. So genügt namentlich der Auftrag zur Verwaltung des gesamten Vermögens; durch jede Inbesitznahme, welche bei Ausführung derselben der Verwalter für den Geschäftsherrn vornimmt, wird der Letztere ohne Weiteres Besitzer⁹. Allerdings ist aber in den hier

⁹ Die Quellen sagen: per procuratorem etiam ignorantem acquiritur possessio, §. 5 l. per quas pers. 2. 9, l. 49 §. 2 D. l. 1 C. h. t., l. 47 D. de usurp. 41. 3. Aber freilich ist es bestritten, wie weit der Sinn dieser Worte reicht. An und für sich ist ein Dreifaches möglich. 1) Sie wollen sagen, daß, wenn Jemand den Auftrag zu der Inbesitznahme einer speziell bezeichneten Sache gegeben habe, es nicht nöthig sei, daß er die Ausführung seines Auftrages erfahren habe; so (wie es scheint) Savigny S. 365. 2) Sie wollen sagen, daß der Auftraggeber auch von der für ihn in Besitz genommenen Sache kein Bewußtsein zu haben brauche, wie in dem Fall, wo er dem Beauftragten eine mehr oder minder freie Auswahl unter verschiedenen Sachen überlassen hat; so Puchta im Rechtser. II. S. 61, Scheurl Beitr. I. S. 217. 3) Sie wollen sagen, daß der Auftraggeber auch davon kein Bewußtsein zu haben brauche, daß überhaupt für ihn etwas in Besitz genommen werde, wie eben derjenige, welcher einem Andern die Verwaltung seines ganzen Vermögens übertragen hat. So — im Widerspruch gegen fast alle Neuere — Bremer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XI. 7 (1854); gegen seine Ausführungen Schirmer das. XIV. 3 (1857), und gegen diesen wieder Bremer das. XVII. 8 (1860). Ich nehme keinen Anstand, mich für die Bremer'sche Ansicht zu erklären. Die Quellen machen keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der procuratoras; vgl. außer den oben genannten Stellen noch l. 13 pr. l. 20 §. 2 l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 20 D. h. t. Paul R. S. V. 2 §. 2 ist vom nicht beauftragten Geschäftsführer zu verstehen; ebenso verlangt l. 42 §. 1 D. h. t. nur für diesen die Genehmigung des Geschäftsherrn, und das Gleiche gilt für l. 24 D. de neg. gest. 3. 5. (Darüber daß auch der nicht Beauftragte procurator genannt wird, s. Bremer XI. S. 221 Note 3). Will man die Bremer'sche Ansicht nicht annehmen, so muß man die Grenze nicht bei Nr. 3, sondern bei Nr. 2 machen. Zwischen Nr. 2 und Nr. 3 gibt es gar keine feste Grenze (Bremer XI. S. 216. XVII. S. 215), und was den Besitzeswillen angeht, so besteht zwischen dem Falle, wo ich Jemandem den Auftrag gebe, mir auf dem Pferdemarkte ein von ihm

genannten Fällen der Vertreter mehr als Organ der Beschaffung der thatsächlichen Gewalt, er ist auch zugleich Vermittler des Willensmomentes; derjenige, für welchen er den Besitz erwerben will, hat den Besitzeswillen nur insofern, als er sich durch den erteilten Auftrag im Voraus das Wollen seines Vertreters als sein Wollen angeeignet hat¹⁰.

Dies leitet über zu denjenigen Fällen, in welchen der Besitz durch einen Vertreter ohne allen eigenen Willen erworben werden kann. Diese Fälle sind: 1) der Fall des Peculiarerwerbs¹¹,

auszuschickendes Pferd zu kaufen, und dem Falle, wo ich ihm den Auftrag gebe, mir Alles zu kaufen, was er bei Verwaltung meines Vermögens für nöthig erachten werde, nicht der mindeste Unterschied; in keinem der beiden Fälle ist der Besitzeswille unvermittelt vorhanden, in beiden aber wirklich vorhanden durch die Vermittlung des Vertreters. S. auch die folgende Note. Uebereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht Senff. Arch. II. 135. V. 106. X. 134; dawider III. 10. VIII. 231 (theilweise).

¹⁰ Vgl. §. 78 Note 11. So erklärt sich l. 24 §. 1 D. h. t., in welcher Stelle es heißt, daß ich bei eigenem Irrthum über die in Besitz genommene Sache durch meinen nicht irrenden Stellvertreter Besitz erwerben kann. So erklärt sich ferner, daß die Anerkennung des Erwerbs des Besitzes durch Stellvertreter auf *utilitatis ratio* und kaiserliche Constitutionen zurückgeführt wird (l. 1. 8 C. h. t., l. 11 §. 6 D. de pign. n. 13. 7, §. 5 l. per quas pers. 2. 9, vgl. l. 41 D. de usurp. 41. 3); daß ich Besitz erwerben kann durch Jemanden, der mir kloß seine körperlichen Kräfte zur Disposition stellt, ist ein so selbstverständlicher Satz, daß es, um ihm Anerkennung zu verschaffen, nimmermehr der Geltendmachung von Zweckmäßigkeitsrückichten und kaiserlicher Gesetzgebung bedurft hätte, wogegen es sich hier um eine Anwendung des vom römischen Recht prinzipiell verworfenen Grundsatzes der Stellvertretung handelt. Andererseits liegt in Beidem auch wieder ein neuer Beweis dafür, daß der Auftrag wirklich den Besitzerwerb in dem im Text bezeichneten Umfange begründet.

¹¹ L. 1 §. 5 l. 3 §. 12 l. 24. 44 §. 1 D. h. t., l. 31 §. 3 l. 47 D. de usurp. 41. 3. Dieser Erwerb wird zwar in l. 1 §. 5 D. h. t. (vgl. l. 44 §. 1 eod.) auf die in der Concession des Peculiums liegende allgemeine Willenserklärung zurückgeführt, so daß er ganz auf gleicher Linie stehen würde, wie der Erwerb durch den Generalbevollmächtigten; aber daß dieß nicht der eigentliche Grund sein kann, geht daraus hervor, daß in dieser Weise auch willensunfähige Personen erwerben können, l. 1 §. 5 D. l. 32 §. 2 D. h. t. Der wahre Grund liegt in der eigenthümlichen Rechtsstellung des Peculiums, als eines Theils des Gesamtvermögens, welcher in der Person des factischen Inhabers selbständig geworden ist.

¹² L. 1 §. 22 l. 2 D. h. t., in Verbindung mit l. 7 §. 3 D. ad exh. 10. 4.

2) der Fall, wo der Vertreter einer juristischen Person¹² für diese, oder der Vormund für den Bevormundeten¹³ den Besitz erwirbt.

IV. Verlust des Besitzes.

§. 156.

Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden Momente, auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird¹. Unter Aufhebung ist aber nicht zu verstehen einfaches Aufhören,

¹³ L. 13 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 1 §. 20 D. h. t. Besonderes gilt für Kinder. Der Satz, daß sie auch physisch willensunfähig sind, ist gerade in der Lehre vom Besitzerwerb nicht streng durchgeführt worden. In Folge davon ist anerkannt, daß sie Besitz erwerben können nicht bloß durch den Vormund, sondern auch in eigner Person mit Unterstützung des Vormunds (*auctoritate tutoris*), ja, wenn ihnen etwas geschenkt wird, selbst ohne Unterstützung desselben, l. 32 §. 2 D. l. 3 C. h. t. Freilich ist die Interpretation dieser Stellen, und namentlich daß in der letzten von aller Unterstützung des Vormundes abgesehen werde, vielfach bestritten. S. Savigny §. 21, Buchta Rhein. Mus. V. 3 (H. Schr. Nr. 19) und Vorlesungen I. S. 480, Denzinger Arch. f. civ. Pr. XXXI. 7. 13, Vangerow §. 204 Anm. 1, Lenz S. 158—168.

¹ L. 44 §. 2 D. h. t.: — „*possessionem amitti vel animo vel etiam s. 156. corpore*“. Wenn es in l. 153 D. de R. I. 50. 17 heißt: — „*ut. . nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)*“, so soll damit nicht gesagt sein, daß der Besitz durch das in contrarium agi beider Momente, sondern, daß er durch das in contrarium agi sowohl des einen als des andern verloren werde. In diesem Sinne kommt das Wort *uterque* in unseren Quellen auch sonst vor, so in l. 1 pr. D. de cond. tit. 13. 3, l. 10 §. 13 D. de grad. 38. 10, l. 16 §. 2 D. de leg. II. 31; in l. 8 §. 5 C. de bon. quos lib. 6. 61 ist es sogar geradezu = *alteruter*. Savigny §. 30. — Eine andere Erklärung geben Kierulff S. 390. 391, und nach ihm Lenz S. 212—220. Sie sagen: das Habenwollen ohne thatsächliche Realisirung dieses Willens ist kein wahres Wollen, das thatsächliche Haben ohne das entsprechende Wollen kein wahres Haben; so wird also mit dem einen der Besitzesmomente immer auch das andere aufgehoben. Diese Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verständen, welchen sie nach jenen Schriftstellern eigentlich haben sollen. Aber man vergleiche z. B. l. 3 §. 1 D. h. t. (von demselben Verfasser, wie die hier zu erklärende Stelle): — „*adipiscimur possessionem animo et corpore, neque per se animo, aut per se corpore*“.

sondern Verkehrung in das Gegenteil². Daher wird, was das Moment der thatsächlichen Herrschaft angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit, auf die Sache nach Belieben einzuwirken, nicht fortbauert, sondern nur dadurch, daß an die Stelle dieser Möglichkeit die Unmöglichkeit fernerer Einwirkung tritt². Für Grundstücke gilt dabei noch die besondere Regel, daß, wenn diese Unmöglichkeit darin ihren Grund hat, daß ein Anderer das Grundstück occupirt, Verlust des Besitzes nicht eher angenommen wird, bis der Be-

² L. 153 D. de R. I. cit.: — „ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum (est)“. Die Fortdauer des Besitzes hat also andere Voraussetzungen, als seine Entstehung. Genauer ausgedrückt heißt das so: wenn der Besitz einmal entstanden ist, so nimmt das Recht seine Fortdauer unter Umständen an, unter denen er nicht wirklich mehr besteht. Vgl. Bruns Jahrb. des gem. R. IV. 38—46. Lenz (S. 211. 212) sagt seiner Grundrassfassung (§. 150 Note 1) gemäß: der Besitz muß, wie jedes Recht, so lange fortbauern, bis spezielle Aufhebungsgründe seine Beendigung herbeiführen.

³ So wird der Besitz eines Grundstücks nicht dadurch verloren, daß der Besitzer sich von demselben entfernt, auch nicht dadurch, daß er es vielleicht in längerer Zeit nicht wieder besucht — die Quellen sagen in diesem Falle: animo retinetur possessio — (l. 3 §. 11 l. 4 D. h. t., l. 1 §. 25 D. de vi. 43. 16); aber er wird dadurch verloren, daß ein Anderer den Besitzer verdrängt (l. 1 §. 45. 47. 24 D. de vi 43. 16, l. 33 §. 2 l. 4 §. 22 D. de usurp. 41. 3), wobei darauf keine Rücksicht genommen wird, ob der Besitzer auch wirklich der Schwächere ist, und nicht mit Anwendung von Gewalt vielleicht den Andern seinerseits hätte verdrängen können (l. §. 160 zu Note 6); ferner wird der Besitz dadurch verloren, daß das Grundstück vom Wasser bleibend occupirt wird (l. 3 §. 17 D. h. t.). Der Besitz einer beweglichen Sache wird nicht dadurch verloren, daß sie in die Erde vergraben wird, obgleich es zum Erwerb des Besitzes nicht hinreicht, daß ich eine Sache in meinem Grund und Boden habe (§. 153 Note 4, l. 44 pr. D. h. t.), und nicht einmal dadurch, daß ich mich des Orts, wo sie vergraben ist, augenblicklich nicht erinnere; aber er wird dadurch verloren, daß mir die Sache abhanden kommt (anders wenn ich sie innerhalb meines Gewahrsams nur verlege), daß sie mir gestohlen oder geraubt wird, daß sie in's Wasser fällt (l. 3 §. 13 l. 25 pr. l. 15. 13 pr. D. h. t.). Den Besitz an zahmen und gezähmten Thieren verlieren wir nicht dadurch, daß sie augenblicklich sich nicht unter unserer Aufsicht befinden, sondern nur dadurch, daß bei ihnen die Möglichkeit oder die Absicht der Rückkehr aufhört; wilde Thiere besitzen wir so lange, als sie in der Weise in unserem Gewahrsam sind, daß wir uns zu jeder Zeit ihrer bemächtigen können, aber auch nach der Entweichung noch so lange, als wir sie mit der Aussicht auf Wiedererlangung verfolgen. L. 3 §. 13—17 D. h. t., l. 3 §. 2 l. 4. 5 pr. §. 4. 5 D. de A. R. D. 41. 1.

figer von der Occupation erfahren hat⁴. Ebenso wird, was das Willensmoment angeht, der Besitz nicht dadurch verloren, daß in einem gegebenen Falle der Wille, die Sache für sich zu haben, nicht vorhanden ist, sondern nur dadurch, daß der Besitzer den Entschluß faßt, die Sache nicht mehr für sich haben zu wollen⁵,

⁴ L. 18 §. 3 l. 25 §. 2 l. 46 l. 3 §. 7. 8 l. 6 §. 1 l. 7 D. h. t. Wenn der Besitzer den Occupanten unmittelbar nach der Occupation seinerseits hinauswirft, so liegt eine Occupation gar nicht vor (l. 3 §. 9 l. 17 D. de vi 43. 16). Das ist dahin ausgebehnt worden, daß eine Occupation auch dann nicht angenommen werden soll, wenn der Besitzer den Occupanten unmittelbar, nachdem er von der geschickenen Occupation erfahren hat, wieder hinauswirft. Unterliegt er bei dem Verdrängungsversuche, oder macht er einen solchen gar nicht, so hätte man eigentlich sagen sollen, eine wirkliche Occupation sei nun von Anfang an vorhanden gewesen, und daher der Besitzesverlust von Anfang an eingetreten; in den Quellen ist aber das Gegenteil anerkannt. — Faßt man den aufgestellten Satz so, wie hier geschieht, so ist er zwar nicht so „merkwürdig“, wie Savigny (S. 408) glaubt, aber er versteht sich doch auch nicht von selbst, wie Kierulff S. 394 Note * und Bäcking I. §. 125 Note 5 annehmen. Ersterer sucht die Erklärung darin, daß ja durch die Occupation des Andern die Unmöglichkeit für den Besitzer, seine Herrschaft über die Sache zu betätigen, noch nicht constatirt sei; s. dagegen die vorige Note. Bäcking beruft sich auf die oben genannten Stellen, nach welchen der Besitz nicht verloren geht, wenn die fremde Occupation unmittelbar, nachdem sie geschehen, wieder aufgehoben wird; aber um eine unmittelbare Wiederaufhebung handelt es sich hier auch nicht, und es kommt hinzu die oben bemerkte Inconsequenz in Betreff des Zeitpunktes des Besitzesverlustes bei nicht erfolgter Wiedererlangung. Auch Lenz S. 239 fg. findet es ganz natürlich, daß der Besitz an Grundstücken animo retinetur, wie er animo erworben werde (§. 153 Note 4). — Daß man die gleiche Behandlung nicht bei beweglichen Sachen hat eintreten lassen, erklärt sich ohne Zweifel daraus, daß bei ihnen die Inbesitznahme hinter dem Rücken des Besitzers in den bei Weitem meisten Fällen auch Unauffindbarkeit zur Folge hat. — Uebrigens läßt der aufgestellte Satz Fragen übrig, welche in den Quellen nicht beantwortet sind, so namentlich: hat in der Zwischenzeit der Occupant nicht wenigstens Dritten gegenüber den Interdictenschutz? gilt der Satz auch dem gutgläubigen Occupanten und demjenigen gegenüber, an den der Occupant die Detention weiter überträgt? wie ist es, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß durch Krankheit, Abwesenheit, Wahnsinn u. s. w. an der Vertreibung des Occupanten gehindert wird? Vgl. darüber Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. S. 46 fg., und besonders S. Witte Zeitschr. f. Civ. und Pr. R. F. XVIII. S. 255—269.

⁵ L. 17 §. 1 D. h. t.: — „possessio . . . recedit, ut quisque constituit nolle possidere“. L. 3 §. 6 l. 30 §. 4 eod. — Frage: ist der Besitz verloren, wenn er zu dem Ende aufgegeben wird, damit ein Anderer ihn erwerbe,

woraus sich ergibt, daß willensunfähige Personen den Besitz nur durch Aufhebung des Momentes der thatsächlichen Herrschaft verlieren können⁶.

§. 157.

Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, so ergibt sich aus dem Begriffe desselben, daß derselbe verloren wird 1) dadurch, daß der Vertretene den Besitzeswillen aufgibt, 2) dadurch, daß dem Vertreter die beliebige Einwirkung auf die Sache unmöglich wird¹, oder derselbe aufgehört, für den Vertretenen besitzen zu wollen. Jedoch gelten von dem zweiten dieser Sätze eine Reihe von positiven Ausnahmen: der Besitz wird nicht verloren durch den Tod des Vertreters², nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben², nicht dadurch, daß er den Besitz aufgibt³. Durch den Entschluß des

und dieser ihn nicht erwirbt? Diese Frage wird verneint von Ulpian und Papinian (l. 34 pr. D. h. t., l. 18 pr. D. de vi 43. 16), bejaht von Celsus (l. 18 §. 1 D. h. t.). Die erstere Meinung ist offenbar die richtigere, weil beide Theile der Willenserklärung in unzertrennbarer Verbindung stehen (Kierulff S. 398, Windscheid Voraussetzung S. 144—146, Scheurl Beiträge I. S. 202—205), und wäre daher vorzuziehen, auch wenn nicht schon die historische Vereinigung zu demselben Resultate führte (Scheurl a. a. O. S. 204). Umgekehrt meint Brinz S. 71, Celsus habe „nicht so nützlich, aber richtiger gedacht als Ulpian“ (so auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. S. 40). Auch Fenz S. 230 fg. ist der Meinung, daß in der Tradition nicht ohne Weiteres die Bedingung des Besitzerverwerbes durch den Andern liege. — Aus dem Entschlusse, den Willen aufzugeben, hat man auch l. 37 §. 1 D. de usurp. 41. 3 erklären wollen (Savigny S. 424). Aber darf ein solcher Entschluß darin gefunden werden, daß man ein Grundstück unbewohnt liegen läßt, oder längere Zeit abwesend ist? Die Stelle sieht den Grund des Besitzes verlassen in der Aufhebung des körperlichen Momentes, und will nur hervorheben, daß der Besitz trotzdem nicht verloren werde. S. auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XI. S. 401. 402.

⁶ L. 27. 29 D. h. t.

¹ Auf die Person des Vertretenen kommt es in dieser Beziehung nicht an. Daher ist auch bei Grundstücken nicht erforderlich, daß der Vertretene von der durch einen Andern erfolgten Occupation Kenntniß erhalten habe. L. 1 §. 22. 45 D. de vi 43. 16, l. 44 §. 2 D. h. t.

² L. 3 §. 8 l. 25 §. 1 l. 40 §. 1 D. h. t.

³ So hat Justinian in l. 12 C. h. t. entschieden; bei den alten Juristen war dieß streitig, vgl. auf der einen Seite l. 31 D. de dolo 4. 3, l. 3 §. 8

Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder einen Dritten haben zu wollen, wird der Besitz verloren; jedoch kann natürlich dieser Entschluß rechtlich nicht in Betracht kommen, ohne daß er geäußert worden ist⁴.

V. Schutz des Besitzes.

Einleitung.

§. 158.

Nachdem der Erwerb und Verlust des Besitzes bestimmt worden ist, ist von dem rechtlichen Inhalte desselben zu handeln,

l. 44 §. 2 D. h. t., auf der andern Seite l. 40 §. 1 l. 31 eod. — Wird in Folge der Besitzübergabe des Vertreters die Sache von einem Andern in Besitz genommen, so ist nun freilich der Besitz verloren. Es fragt sich aber, ob auch in diesem Falle bei Grundstücken erforderlich ist, daß der Besitzer von der Occupation des Dritten Kenntniß erhalten habe? Diese Frage muß unbedingt für den Fall bejaht werden, wo die Occupation des Dritten erst nach einem Zwischenraum erfolgt; in diesem Falle wird das occupirte Grundstück so wenig durch einen Vertreter besessen, als wenn von Anfang an keine Vertretung stattgefunden hätte. Wie aber, wenn die Besitzübergabe des Vertreters und die Inbesitznahme des Dritten in demselben Momente erfolgen, — der Besitzer gibt den Besitz zu dem Ende auf, damit Jener ihn habe? Man wird sagen müssen: da hier der Vertreter sich nicht als Vertreter gerirt, so muß das Gleiche gelten, als wenn gar kein Vertreter da wäre. Dafür spricht auch Sinn und Ausdruck der l. 12 C. h. t., vgl. namentlich die Worte: „nihil positus domino praesidii generetur“, und ein Gegenbeweis ist auch in l. 44 §. 2 D. h. t. nicht enthalten. Dieser Punkt ist sehr bestritten. Vgl. Savigny S. 441 fg., Kierulff S. 398, Bangerow §. 208 Anm., Arndts §. 143 Anm., S. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVIII. S. 269—277. 283—285, Keller S. 235, Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. S. 43.

⁴ Wenn es in l. 47 D. h. t. heißt: „si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est“, so will hier das „confestim“ nicht die Nothwendigkeit der Aeußerung des Entschlusses, sondern die Nothwendigkeit der Kenntniß des Vertretenen von demselben verneinen (vgl. l. 44 §. 2 — l. 46 eod.). In welcher Weise der Entschluß geäußert worden sei, ist gleichgültig, und namentlich darf nicht verlangt werden (wie mit Savigny S. 430—434 die herrschende Meinung thut), daß er bei beweglichen Sachen gerade durch eine körperliche Behandlung derselben an den Tag gelegt worden sei. L. 3 §. 18 D. h. t. will nicht sowohl contractatio für nothwendig, als bloßes Abkuegen, welches die Absicht, die Sache für sich zu haben, keineswegs ohne Weiteres veransetzt (l. 20 D. h. t.), für nicht hinreichend erklären; jo

b. h. die Frage zu beantworten: welche rechtliche Macht gewährt der Besitz? Im Allgemeinen ist auf diese Frage schon oben geantwortet worden. Die rechtliche Macht, welche der Besitz gewährt, ist die, daß der Besitzer verlangen kann, daß Niemand in seinen Besitz mit Eigenmacht eingreife. Der Besitz bildet zwar, wie wir sahen, auch die Grundlage für wichtige Fälle des Eigenthumserwerbes; aber dabei ist er eben auch nur Grundlage eines Erwerbes, eine von mehreren Voraussetzungen, welche in ihrem Zusammensein zu einer rechtlichen Macht führen, es ist nicht der Besitz als solcher, welcher eine rechtliche Macht gewährt. Deswegen wird von diesen andern rechtlichen Wirkungen des Besitzes nicht in der Lehre vom Besitze, sondern in der Lehre vom Eigenthum gehandelt; in die Lehre vom Besitz gehören nur die rechtlichen Grundzüge über den Schutz des Besitzes. —

Die Eigenmacht, gegen welche der Besitz geschützt wird, kann von doppelter Art sein; sie kann entweder den Besitz nur stören, während sie ihn im Uebrigen bestehen läßt, sie kann ihn aber auch ganz aufheben. —

Der vom römischen Recht gewährte Schutz des Besitzes gegen Eigenmacht beruht vorzugsweise auf dem prätorischen Edict¹; für den Fall der Entziehung des Besitzes wurde auch der civilrechtliche Grundsatz, daß Niemand sich ohne rechtfertigenden Grund aus dem Vermögen eines Andern bereichern dürfe, verwerthet. — Neben dem römischen Recht kommen aber auch die modernen Fortbildungen desselben in Betracht.

auch l. 1 §. 2 l. 67 pr. D. de furtis 47. 2. Vgl. Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. §. XI. 12 (1854), §. Witte das. XVIII. S. 293—299. — Was unbewegliche Sachen angeht, so kann auch in diesem Falle der Besitz nicht ohne Vorwissen des Vertretenen verloren werden; auch in diesem Fall gerirt der Vertreter sich nicht als Vertreter. Auch erlaubt l. 47 D. h. t. einen Schluß a contrario. A. M. §. Witte a. a. D. S. 299—301 wegen l. 12. 18 pr. D. de vi 43. 16, welche aber von einer Dejection des Besitzes reden (in der Person seines Beauftragten).

1 Der Prätor gab zum Schutze des Besitzes interdicia, zum Schutze des Besitzes gegen Störung interdicia retinendae possessionis, zum Schutze des Besitzes gegen Entziehung interdicia recuperandae possessionis. Mit den interdicia retinendae und recuperandae possessionis werden in den Quellen die interdicia adipiscendae possessionis zusammengestellt (Gai. IV. 143—155, §. 2—6 l. de interd. 4. 15); aber die letzteren beruhen nicht auf Besitz, sondern gehen

A. Schutz des Besitzes gegen Störung*.

§. 159.

Gestört, ohne aufgehoben zu werden, wird der Besitz dadurch, daß sich der Wille eines Nichtbesitzers in einer einzelnen Beziehung im Widerspruch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend macht. Dieß kann noch in verschiedener Weise geschehen, sowohl dadurch, daß der Andere selbst auf die Sache einwirkt, als dadurch, daß er dem Besitzer eine Einwirkung auf die Sache unmöglich macht¹. Aus einer solchen Störung entsteht für den Besitzer ein Anspruch² auf Wiederaufhebung der

nur auf Besitz, so daß der Gesichtspunkt der Zusammenstellung ein ganz äußerlicher ist. Vgl. übrigens auch Savigny S. 457—461.

* Dig. 43. 17 Cod. 8. 6 uti possidetis. Dig. 41. 31 utrobi.

Besondere Behandlungen dieses Gegenstandes sind: Albert über das interdictum uti possidetis (1824), Wiederholz das interdictum uti possidetis (1831), Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XI. 9 (1842), Kuborff das. XI. 10 (1842), Vangerow I. §. 336. Anm. 1, Fagenstecher röm. Lehre vom Eigenthum III. S. 225—33. 237—39.

¹ Beide Fälle sagte das im alten Interdictenverfahren vom Prätor ertheilte §. 159. interdium dahin zusammen: es solle der Besitzer nicht verhindert werden, zu besitzen, wie er besitze („uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto“, l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17). Beispiele: Jemand gräbt, sät, baut auf einem in fremdem Besitz befindlichen Grundstück, er läßt den Rausch von seinem Grundstück auf dasselbe hinüberbringen, er bricht auf seinem Grundstück Steine, daß die Späne hinüberfliegen; Jemand (z. B. der Miether) verhindert den Besitzer, auf dem besessenen Grundstück zu bauen, das auf demselben stehende Haus zu repariren, über die auf demselben wachsenden Pflanzen zu verfügen. L. 11 D. de vi 43. 16 (über diese Stelle f. Savigny S. 479 Note 2, vgl. jedoch auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. S. 50), l. 8 §. 5 D. si serr. 8. 6, l. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1, l. 3 §. 2—4. 9 D. uti poss. 43. 17, l. 52 §. 1 D. h. t., l. 12 D. comm. div. 10. 3.

² Interdictum uti possidetis bei unbeweglichen, Interdictum utrobi bei beweglichen Sachen. Im justinianischen Recht ist zwischen beiden Interdicten kein Unterschied mehr, wogegen im klassischen Recht das interdictum utrobi nicht gegenwärtigen Besitz, sondern Besitz die längste Zeit hindurch während des letzten Jahres voraussetzte (l. un. D. utrobi 43. 31, §. 4 l. de interd. 4. 15 vgl. mit Gai. IV. 150). R. a. W. bei beweglichen Sachen gab es im klassischen Recht keinen Schutz gegen Störung des Besitzes, sondern nur einen, in kurzer Zeit verjährbaren, Schutz gegen Verlust des Besitzes, und zwar auf Grund des bloß älteren Besitzes.

Störung, soweit dieselbe nämlich fort dauert, und auf Leistung des vollen Interesse³. Daß gegen die Person des Besitzers Gewalt gebraucht worden sei, ist keine Voraussetzung dieses Anspruchs; es reicht hin, daß gegen seinen Willen gehandelt worden sei⁴. Ebenso wenig ist Voraussetzung dieses Anspruchs, daß der Störende den Besitz der Sache für sich selbst in Anspruch nehme, oder auch nur, daß er den Besitz des Gestörten leugne⁵. Dagegen ist es wesentlich, daß der Gestörte nicht den Besitz durch eine gegen den Störenden verübte Eigenmacht erlangt habe; aus einer solchen Eigenmacht kann der Störende eine Einrede gegen den Anspruch des Gestörten hernehmen⁶. Der Anspruch verjährt in einem Jahre⁷.

Nichtobsohleniger wird das *interdictum utrobi* sehr ausdrücklich als *interdictum retinendae possessionis* bezeichnet. Gai. IV. 148, Paul. R. S. V. 6 §. 1. S. darüber Schmidt (von Immenau) das Interdictenverfahren der Römer S. 69 Note 55 S. 115 Note 33.

³ L. 8 §. 9. 11 D. uti poss. 43. 17. Im klassischen Recht war ein Anspruch auf Leistung des Interesse nur wegen der nach erteiltem Interdicten verübten Störung begründet. Im Justinianischen Recht ist dieß mit dem Interdictenverfahren selbst weggefallen. Vgl. Keller a. a. D. S. 307 fg., Ruborff a. a. D. S. 359, 360, Bruns S. 40—45, namentlich aber Schmidt a. a. D. S. 55—70. 321—331. Kann auch Caution gegen fernere Störung verlangt werden? Savigny S. 489, Bruns S. 52, Schmidt a. a. D. S. 329, 332.

⁴ Dieß ist der Sinn des prätorischen Spruches: *vim fieri veto*. L. 11 D. de vi 43. 16. „*vim facit, qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo*“. Savigny S. 477, 478, Schmidt a. a. D. S. 50, 51.

⁵ Das Letztere hält mit Anderen Vangerow I. S. 776, auch das Erstere Sintenis I. S. 466 für erforderlich. Bruns S. 43, 49 will zwischen der älteren und neueren Zeit unterschieden wissen. Zur Zeit des Gaius sei allerdings das *interdictum uti possidetis* nur begründet gewesen, wenn der Störende für sich selbst Besitz behauptet habe; später sei das weggefallen, jedoch müsse auch im neuesten Rechte noch die Störung „jedenfalls stets eine bestimmte Beziehung auf den Besitz an sich haben, einen Angriff auf den Besitz als solchen enthalten“. S. gegen diese Beschränkungen Schmidt a. a. D. S. 51 Note 32 und vgl. in diesem §. Note 9. 11. Aus der Praxis: Seuff. Arch. I. 60. VII. 41; VIII. 49. XII. 33.

⁶ L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. „*Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis*...“. L. 1 §. 5. 9 l. 2. 3 pr. D. eod., l. 17 D. de prec. 43. 26, §. 4 I. de interd. 4. 15. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 110, 111.

⁷ Welches aber utiliter berechnet wird. L. 1 pr. D. uti poss. 43. 17. Im klassischen Recht bezog sich die Verjährung nicht auf den aus der Störung,

Wenn es nach dem Gesagten auch keine nothwendige Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß derjenige, gegen welchen erhoben wird, sich selbst den Besitz zuschreibe, so ist dieß doch sehr gewöhnlich, wenigstens bei Grundstücken. Sehr häufig wird hier der in Anspruch Genommene, was der Gegner Störung seines Besitzes nennt, als Ausdruck eigenen Besitzes bezeichnen, und sich demzufolge seinerseits nicht minder über Störung im Besitze beklagen, wie der Gegner es thut⁸. In einem solchen Falle ist er im Proceß nicht bloß Beklagter, sondern auch Kläger⁹, und kann daher nicht bloß eigene Absolution, sondern auch Condemnation des Gegners erzielen¹⁰. Streiten zwei Parteien um

sondern auf den aus dem prätorischen Verbot erwachsenden Anspruch. Schmidt a. a. D. S. 119. So weit der Gegner aus der Störung berechtigt ist, verjährt der Anspruch in der gewöhnlichen Zeit (l. 4 D. de interd. 4. 1), und so lange die Störung dauert, verjährt er natürlich gar nicht. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 315.

⁸ Wegen seiner Gewöhnlichkeit war dieser Fall in der Formel des *interdictes* sogleich vorgesehen; das Verbot wurde an beide Parteien gerichtet (l. 1 pr. D. uti poss. 43. 17: „*uti eas aedes... possiditis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*“). D. h. das *interdictum uti possidetis* (und ebenso das *interd. utrobi*) war ein *interdictum duplex*. Gai. IV. 160, §. 7 I. de interd. 4. 15. l. 3 §. 1 D. uti poss. 43. 17, l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7.

⁹ Aber er ist Kläger eben auch nur, wenn er es sein will; er ist es nicht nothwendig. Das liegt in der Natur der Sache, und ist nicht bloß heutzutage so, sondern war so auch im klassischen römischen Rechte. Das erteilte Interdict gab dem Beklagten die Möglichkeit, als Kläger aufzutreten, aber auch nur die Möglichkeit; um wirklich Kläger zu sein, mußte er *sponsio* und *actio* begehren. Die Vertennung dieses Punktes, welche selbst wieder mit einem andern Umstande zusammenhängt (Note 11), ist der Hauptgrund der Meinung, das *interd. uti possidetis* setze Behauptung eigenen Besitzes voraus (Note 5). Daß man sich bei dieser Auffassung, wie setzt Vangerow thut (Note 5), mit einer Bestreitung des fremden Besitzes begnügt, ist eine inconsequente Abschwächung. Vgl. Bruns S. 53, 56.

¹⁰ Vorausgesetzt natürlich, daß er eigenen Besitz beweist. Savigny (S. 483) ist der Ansicht, daß er auch schon dann siege, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers darthue. Dieß haben Andere (Vangerow I. S. 771 [erste Auflage S. 603], Puchta Inst. II. §. 225 l. Keller a. a. D. S. 321, Bruns S. 56—61, Seuff. Arch. VII. 41, — darüber Sintenis I. §. 46 Note 19 und neuerdings auch Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. S. 44—45 —) consequent dahin erweitert, daß auch der nicht bestehende Kläger siegen müsse, wenn er Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Beklagten darthue. Das Eine und das Andere ist haltbar nur auf dem Standpunkte derjenigen, welche neben der

den Besitz, ohne sich gegenseitig Störung desselben vorzuwerfen, so ist die Klage, welche sie gegen einander erheben, keine Klage auf Schutz im Besitze mehr, sondern eine gewöhnliche Anerkennungsklage¹¹.

Nach der Praxis wird provisorischer Schutz im Besitze schon demjenigen gewährt, welcher die letzte ruhige Besitzhandlung bescheinigen kann. Dieser Schutz ist aber eben auch nur ein provisorischer; einer weiteren Verhandlung der Partheien darüber, wer wirklich Besitzer sei, wird dadurch nicht präjudicirt¹².

iniusta possessio den Besitz desjenigen, gegen welchen die Eigenmacht begangen worden ist, fortbauern lassen (l. 3 pr. D. uti poss. 43. 17), und dieser Standpunkt ist im römischen Rechte nicht zur Geltung gelangt (§. 152 Note 13). S. Schmidt a. a. O. S. 112—115, Brinz S. 82; dagegen aber wieder Arnbt's §. 172 Anm. 2.

¹¹ Aber im römischen Rechte wurde sie ebenfalls durch Anwendung der *interdicta retinendae possessionis* erlobigt. (Darüber, wie man sich dabei mit dem Erforderniß der *vis* absand, Bruns S. 43 fg., Schmidt a. a. O. S. 54. 55). Ja es wird das Wesen, und sogar der Ursprung der *interdicta retinendae possessionis* darcin gesetzt, daß durch sie die Frage, wer Besitzer sei, zum Zweck des Eigenthumsprozesses habe entschieden werden sollen. Gai. IV. 148, §. 4 I. de interd. 4. 16, l. 1 §. 2. 3 D. uti poss. 43. 17. Fällt man an diesen Ausprüchen einseitig fest, so bleibt allerdings nichts Anderes übrig, als die Duplicität des interd. uti possidetis für nothwendig zu erklären (Note 9). Aber sie stehen mit dem übrigen Inhalt unserer Quellen in Widerspruch (Savigny S. 476, Bruns S. 46—48, Schmidt S. 54. 55). Die Nachricht von dem Ursprung der *interdicta* aus dem angegebenen Grunde wollen Rudorff S. 334 und Schmidt S. 187 dadurch vermitteln, daß sie dieselbe von der *duplex forma interdicti* verstehen. — Wenn man heutzutage den reinen Besitzesfrei noch als *interdictum uti possidetis* bezeichnet, so hat das in der That gar keinen Sinn mehr. Für das materielle Recht gewiß nicht; aber ebensowenig für das Prozeßrecht: denn auch die Zulässigkeit summarischer *Cognition* beruht nicht auf der *interdicti*-qualität, sondern darauf, daß es sich eben nur um Besitz handelt. Briegleb summ. Proz. S. 510. 511, vgl. Ceuff. IX. 33.

¹² *Possessorium summarium* oder *summariissimum*, im Gegensatz zum *possessorium ordinarium*. Vgl. über die geschichtliche Entwicklung Bruns S. 182 fg. 260 fg. 375 fg. 397 fg.; über das heutige Recht denf. S. 420, Bayer summ. Proz. §. 66—67, aber auch Briegleb summ. Proz. S. 341. 511. — Ueber einen andern Sinn, in welchem der Ausdruck *possessorium ordinarium* vorkommt, s. u. §. 162 Note 5.

B. Schutz des Besitzes gegen Entziehung*.

1. Das reine römische Recht.

§. 160.

Nach dem auf dem prätorischen Edict beruhenden Recht, wie es sich bis zu Justinian gestaltet hat, wird der Besitz¹ geschützt gegen Entziehung durch Gewalt und durch Mißbrauch des Vertrauens².

* Es erscheint zweckmäßig, bei dieser Lehre von der in diesem Lehrbuch sonst festgehaltenen Methode abzuweichen, und die Darstellung historisch zu halten. — Vgl. zum Folgenden außer den im Einzelnen Citirten noch Pagenscher röm. Lehre vom Eigenthum III. S. 233 fg.

¹ Natürlicher nur der juristische Besitz. Für die gewaltsame Besitzentziehung §. 160. ist dieß bestritten worden (namentlich von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVIII. 12); s. dagegen Bruns S. 62—66, Wangerow I. S. 403. — Für einen ganz speziellen Fall hat Justinian den Nichtbesitzer, dessen Grundstück occupirt worden ist, dem Besitzer gleichgestellt, l. 11 C. unde vi 8. 4. Savigny S. 569—572; vgl. aber auch S. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. S. 280.

² Es gibt eine dritte Form eigenmächtiger Besitzentziehung, wenn die Sache hinter dem Rücken des Besitzers (*clam*) in Besitz genommen wird; wie verhält es sich hier mit dem Besitzeschutz? Für bewegliche Sachen gewährte das *interdictum utrobi* Hilfe, welches gegenwärtigen Besitz nicht voraussetzte, und bei welchem dem Gegner sein heimlich erlangter Besitz nicht angerechnet wurde, so daß der frühere Besitzer, wenn er nur kein volles Jahr nach der Besitzentziehung verstreichen ließ, immer noch sagen konnte, er habe im letzten Jahre länger bebesen als sein Gegner. Durch die im Justinianischen Rechte erfolgte Gleichstellung des *interdictum utrobi* mit dem *interdictum uti possidetis* ist hier eine nicht ausgefüllte Lücke entstanden. Für unbewegliche Sachen ist ein *interdictum de clandestina possessione* auch im neuesten Rechte kein Bedürfniß, da durch heimliche Occupation eines Grundstücks der Besitz nicht verloren wird, sondern nur, nachdem der Besitzer davon erfahren, entweder vi oder durch den Entschluß des Besitzers (§. 156 Note 4, und Note 6 a. E. in diesem §.). Wenn nichtsdestoweniger in ganz vereinzelter Weise ein *interdictum de clandestina possessione* erwähnt wird (l. 7 §. 5 D. comm. div. 10. 3, vgl. auch Cie. in Rullum III. 3. §. 11), so erklärt sich das wohl daraus, daß der erwähnte Satz wahrscheinlich nicht zu allen Zeiten gegolten hat. Savigny §. 41; vgl. auch Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. S. 401.

1) Gegen Entziehung durch Gewalt³ wird nicht jeder Besitz geschützt, sondern nur der Besitz unbeweglicher Sachen⁴. Gewalttätige Besitzentziehung ist Besitzentziehung durch Geltendmachung physischer Kräfte⁵. Daß es dabei zum Conflict und zur wirklichen Ueberwältigung des Besitzers gekommen sei, ist nicht notwendig; wer sich vor der Entfaltung physischer Kräfte ohne Kampf zurückzieht, ist nicht weniger mit Gewalt verdrängt⁶. Anders wenn Jemand sich durch gedrohte Gewalt zu dem Entschlusse bestimmen läßt, seinen Besitz aufzugeben; der unmittelbare Grund seines Besitzesverlustes ist hier eben sein Entschluß, und nicht

³ Interdictum unde vi. Dig. 43. 16 de vi et de vi armata, Cod. 8. 4 unde vi.

⁴ Das interdictum unde vi bezog sich auf bewegliche Sachen nicht. L. 1 §. 3—8 D. de vi. Die Fiktion wurde auch hier im vorjustinianischen Rechte durch das interdictum utrobi ausgefüllt, und ist im Justinianischen unausgefüllt. Die Ansicht, daß durch das Selbsthilfsgesetz vom Jahre 391 (l. 7 C. unde vi) das interdictum unde vi auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sei (Savigny S. 527 fg.) ist unhaltbar (§. 6 I. de interd. 4. 15, Puchta §. 135 a., Bruns S. 74—76, Vangerow III. S. 628; s. aber auch Prinz S. 86).

⁵ Beim interdictum uti possidetis ist vis jedes Handein gegen Widerspruch (§. 159 Note 4), ebenso beim interd. quod vi aut clam (l. 1 §. 5—7 D. quod vi aut clam 43. 24). Eine solche vis genügt zur Begründung des interd. unde vi nicht. Hier ist vis „atrox“ erforderlich (l. 1 §. 3 et §. 43 D. de vi), mit welchem Ausdrücke eben der Gegensatz zu jener andern Art der vis, nicht etwa eine besonders grobe Gewaltthätigkeit bezeichnet werden soll (vgl. l. 11 §. 7 D. quod vi aut clam 43. 24, Cic. pro Casso. c. 16). S. aber auch Bruns S. 71. 72. — Vgl. noch l. 1 §. 24. 47 l. 3 §. 8 l. 12. 18 pr. D. de vi.

⁶ Vorausgesetzt natürlich, daß die Entfaltung dieser Kräfte wirklich in der Absicht geschähe, um ihn aus dem Besitz zu verdrängen. Daß dies der Fall sei, wird am unzweifelhaftesten sein, wenn in Folge davon das Grundstück wirklich in Besitz genommen worden ist; aber notwendig ist dies nicht. Paul. R. S. V. 6 §. 4, l. 1 §. 29 l. 3 §. 6. 7 D. de vi, l. 9 pr. D. quod metus causa 4. 2, l. 33 §. 2 D. de usurp. 41. 3. Vgl. aber auch Bruns S. 70, Vangerow I. S. 431. Uebrigens ist der aufgestellte Satz nicht von jeher, und nicht von jeher in diesem Umfange anerkannt gewesen, vgl. l. 1 §. 29 D. de vi, l. 9 pr. quod metus causa. — Er gilt für alle Fälle der Verdrängung, also auch für den Fall, wo das Grundstück zuerst hinter dem Rücken des Besitzers occupirt worden ist. Wenn es in l. 25 §. 2 D. de poss. 41. 2 heißt, daß in diesem Falle der Besitz animo verloren werde, so ist das eine historische Notiz (l. 1 §. 29 D. de vi).

nicht die Gewalt⁷. Ob die Verdrängung durch die eigenen Kräfte des Verdrängenden geschieht, oder mit Benützung der Kräfte Anderer, ist gleichgültig⁸, wie es andererseits auch gleichgültig ist, ob die Verdrängung in eigenem Namen geschieht, oder in fremdem⁹. Aus der gewalttätigen Besitzentziehung erwächst gegen den Verdrängenden ein Anspruch auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes und Leistung des vollen Interesse¹⁰; derselbe dauert jedoch in dieser Strenge nur ein Jahr, nach dieser Zeit haftet der Verdrängende nur auf das, was er noch hat¹¹. Seine Erben haften von vorneherein nur in dieser milderen Weise¹², und in gleicher Weise haftet derjenige, in dessen Namen die Verdrängung vorgenommen worden ist, ohne daß er Auftrag zu derselben gegeben oder sie genehmigt hat¹³. Abgesehen von diesem Falle haftet der dritte Besitzer nie¹⁴. — Die Einrede, daß der Verdrängende seinerseits durch Eigenmacht den Besitz von dem Verdrängten erlangt habe, steht diesem Anspruch nicht entgegen¹⁵.

2) Gegen Entziehung durch Mißbrauch des Vertrauens wird der Besitz geschützt in dem Falle, wo eine Sache einem Andern

⁷ L. 5 D. de vi 43. 16.

⁸ L. 1 §. 12—15 l. 3 §. 10—12 D. eod.

⁹ L. 1 §. 13 eod.

¹⁰ Ob der Verdrängende den Besitz seinerseits hat oder nicht, ob er ihn überhaupt bekommen hat, und wenn er ihn bekommen hat und nicht mehr hat, in welcher Weise er ihn verloren hat, ist gleichgültig. L. 1 §. 13. 42 l. 15. 16 D. eod., l. 4 §. 22 l. 33 §. 2 D. de usurp. 41. 3. (Ueber l. 16 cit. s. Savigny S. 535 Note 2). Zur Leistung des Interesse gehört namentlich auch der Ersatz für die durch die Besitzentziehung verlorenen oder beschädigten Sachen und die dadurch entzogenen Früchte. L. 1 §. 31—38. 40. 41 l. 6. 19 D. l. 4 C. unde vi 8. 4. Der Regel gemäß (§. 133 Note 15—18) kann die Höhe des Interesse durch den Eid des Klägers bewiesen werden, l. 9 C. unde vi 8. 4; s. g. iuramentum Zenonianum. Vgl. Savigny S. 539 Note 1, Vangerow I. S. 303, Bayer Vorträge §. 274, Wetzel Civilprozeß S. 181.

¹¹ Das Jahr wird auch hier utiliter berechnet, l. 1 pr. §. 39 D. de vi, l. 3 §. 1 eod., l. 2 C. unde vi. — Ausnahme von der Verjährung: l. 1 C. si per vim 8. 5.

¹² L. 1 §. 48 l. 2. 3 pr. l. 9 pr. D. de vi, l. 2 C. unde vi.

¹³ L. 1 §. 15 l. 4 D. eod.

¹⁴ L. 7 D. de vi, l. 3 §. 10 D. uti poss. 43. 17.

¹⁵ §. 6 I. de interd. 4. 15. Früher galt die Einrede nur gegenüber der vis armata nicht. Savigny S. 540—543.

zwar in seinem Interesse, aber auf willkürlichen Widerruf (vergunstigungsweise), hingegeben worden ist¹⁶. Wenn hier der Empfänger die Wiedergabe der Sache verweigert, so kann der Sinegebende sie zurückfordern bloß auf Grund seines früheren Besitzes und der jetzigen Vorenthaltung¹⁷, ohne sich auf das zwischen ihm und dem Empfänger bestehende contractliche Verhältnis berufen zu müssen, obgleich ihm auch dieß freisteht¹⁸. Der Anspruch geht auf das, was der Empfänger noch hat, — auf Leistung des Interesse für das, was er nicht mehr hat, nur insofern, als er es durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verloren hat¹⁹. Eine Einrede aus fehlerhaftem Besitz kann diesem An-

¹⁶ Dieß ist der Begriff dessen, was die Quellen *precarium* nennen. In dem Geben eines *precarium* liegt eine Liberalität, wie in dem *commodatum*; aber vom *commodatum* unterscheidet sich das *precarium* dadurch, daß bei dem ersterem der Sinegebende nach der Intention des Geschäftes verpflichtet wird, die Sache dem Empfänger zu lassen, bis derselbe den Gebrauch, zu welchem sie ihm nach ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung gegeben worden ist, gemacht hat (I. 17 §. 3 D. comm. 13. 6). Bei dem *precarium* ist es so wenig die Absicht des Sinegebenden, sich zu binden, daß selbst die Verabreichung eines Rückgabetermins nicht in diesem Sinne ausgelegt werden darf (gerade wie beim *Depositum*, I. 1 §. 45. 46 D. dep. 16. 3). L. 1 I. 2 §. 2 I. 4 §. 4 I. 8 §. 2 I. 12 §. 1 I. 15 pr. D. de prec. 43. 26. Ueber den Begriff des *precarium*s s. namentlich *Dangerow* III. §. 691 Anm. Besondere Schriften über dasselbe sind: *O. E. Schmidt* das *commodatum* und *precarium* (1841), *Bulling* das *precarium* (1846). Vgl. noch *Brinz* S. 86. 87.

¹⁷ Der Prätor gab ihm zu diesem Ende das *interdictum de precario*. Dig. 43. 26 de *precario*, Cod. 8. 9 de *precario et Salviano interdicto*.

¹⁸ Wer etwas als *precarium* empfängt, macht sich, indem er es als solches hinnimmt, zur Rückgabe verbindlich (vgl. I. 1 §. 2 D. h. t.). Aber aus dem damit abgeschlossenen Contracte gewährte das römische Recht ursprünglich eine *actio* nicht, und dieß war eben der Grund, weswegen der Prätor das *interdictum de precario* aufstellte (I. 14 D. h. t., I. 14 §. 11 D. de *furtis* 47. 2). Durch die spätere Einführung der *actio praescriptis verbis*, oder deren Anwendung auf das *precarium* (I. 2 §. 2 I. 19 §. 2 D. h. t., *Paul. R. S. V.* 6 §. 10, vgl. auch I. 23 D. de R. I. 50. 17), ist das *interdictum* überflüssig gemacht, aber nicht verdrängt worden (obgleich es nach I. 15 §. 3 D. h. t. durch *stipulation* allerdings ausgeschlossen wurde). Für das heutige Recht hat es eine selbstständige Bedeutung wieder dadurch bekommen, daß die Prozeßführung bei demselben eine *summarische* ist.

¹⁹ L. 2 pr. D. h. t. „*Ait praetor: quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas*“. Dem *dolus* steht auch hier die *lata culpa* gleich. L. 8 §. 3. 5. 6 D. h. t., I. 23 D. de R. I. 50. 17. Vgl. I. 8. 4 D. h. t.

spruch nicht entgegengesetzt werden. Seine Verjährung ist die gewöhnliche dreißigjährige²⁰. Der Erbe haftet wie der Erblasser²¹.

§. 161.

Wiedererstattung eigenmächtig entzogenen Besitzes kann aber auch auf Grund des civilrechtlichen Satzes begehrt werden, daß zurückgefordert werden kann, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund gekommen ist¹. Damit dieser Satz auf entzogenen Besitz angewendet werden konnte, war nur nöthig, daß der Besitz als ein Vermögensbestandtheil anerkannt wurde, und das römische Recht hat dieß wirklich gethan². Doch tritt diese Seite des Schutzes des Besitzes in den Quellen den Bestimmungen des prätorischen *Edicts*. gegenüber entschieden in den Hintergrund³.

Der Anspruch, welcher aus dem bezeichneten Satze erwächst, ist in allen Fällen begründet, in welchen Jemandem sein Besitz wider seinen Willen entzogen worden ist. Er ist also begründet bei gewaltfamer Besitzentziehung nicht bloß was unbewegliche, sondern auch was bewegliche Sachen angeht, er ist ferner begründet bei heimlicher Besitzentziehung, endlich in allen Fällen

²⁰ L. 8 §. 7 D. h. t.

²¹ L. 8 §. ult. I. 2 C. h. t. Bei den römischen Juristen war es übrigens bestritten, ob man vom Erben sagen könne, daß er *precario* habe. *Paul. R. S. V.* 6 §. 12, I. 12 §. 1 D. h. t., I. 11 D. de *div. temp. praeser.* 44. 3. *Savigny* S. 560, *Schmidt* *Interd.* S. 164. 165; abweichend *Dangerow* III. S. 637. 638.

¹ L. 1 §. 3 D. de *cond. sine causa* 12. 7. „*Constat id demum posse §. 161. condici alicui, quod non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam*“. L. 6 D. de *cond. ob turpem causam* 12. 5.

² Für heimliche und gewaltfame Besitzentziehung: I. 2 D. de *cond. trit.* 13. 3, I. 25 pr. §. 1 D. de *furtis* 47. 2; für Besitzverlust mit dem Willen des Besitzers: I. 15 §. 1 D. de *cond. ind.* 12. 6, I. 46 §. 1. 6 D. de *don. i. v. e. u.* 24. 1, I. 9 pr. I. 21 §. 2 D. quod *met. causa* 4. 2; für Besitzverlust durch Verjährung, wenn ein Grund zur Wiedereinsetzung vorhanden ist: I. 23 §. 2 *ex quib. caus. mai.* 4. 6.

³ Daraus erklärt es sich, daß diese Seite des Besitzschutzes in der neueren Zeit wenig beachtet, und z. B. in dem *Savigny'schen* Buche ganz übergangen worden ist. Es ist das Verdienst von *Bruno* (S. 27—33), sie wieder hervorgezogen zu haben.

der Veruntreuung durch denjenigen, welchem das factische Haben der Sache mit der Auflage der Wiedererstattung eingeräumt worden ist⁴. Gerichtet ist der Anspruch nicht, wie der prätorische Anspruch aus gewaltfamer Besitzentziehung, auf Leistung des vollen Interesses, sondern nur auf Rückerstattung dessen, was der Entziehende hat oder in verantwortlicher Weise verloren hat, über welchen letzteren Punkt die allgemeinen Grundsätze entscheiden⁵. Eine Einrede fehlerhaften Besitzes ist gegen diesen Anspruch nicht begründet⁶. Seine Verjährung ist die gewöhnliche dreißigjährige.

2. Nachrömische Fortbildungen.

§. 162.

Nach canonischem Rechte kann der Anspruch aus eigenmächtiger Besitzentziehung nicht bloß gegen den Entziehenden selbst, sondern auch gegen alle Dritte gerichtet werden, welche von dem Entziehenden, die Eigenmacht kennend, den Besitz erlangt haben¹. Außerdem geht dieser Anspruch, gemäß der im canonischen Recht für alle Delictsansprüche geltenden Regel, in größerem Umfange, als im römischen Rechte, auf die Erben über².

Das canonische Recht hat ferner dem eigenmächtig aus dem

⁴ Er ist also begründet gegen den Depositär, Leiber, Mictber u. d. Bruns (S. 31) läßt ihn nur bei heimlicher und gewaltfamer Besitzentziehung eintreten. Aber das Princip ergreift offenbar auch die genannten Fälle. Einen directen Beweis dafür liefert, wenn auch nicht l. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1 (— „res pignori data pecunia soluta condici potest“), weil hier von *condictio rei*, nicht *possessionis*, gesprochen wird, doch die sich allgemein ausdrückende l. 13 §. 1 D. dep. 16. 3 (— „competit etiam condictio rei depositae nomine“), und besonders l. 19 §. 2 D. de prec. 43. 26 (— „cum quid precario rogatum est, uti possumus . . . incerti conditionis“), wo die *incerti condictio* von einer *condictio rei* nicht verstanden werden kann.

⁵ Bruns S. 33.

⁶ A. M. Bruns S. 32 mit Berufung auf den hier nicht gebilligten Satz (§. 159 Note 10), daß der unrechtmäßig verdrängte Besitzer Sieger im interd. uti possidetis sei.

§. 162. ¹ C. 18 X. de rest. spol. 2. 13 (Innocent. III. a. 1216). Bruns S. 177—181.

² Die Erben „iuxta facultates suas condigne satisfaciunt“, c. 5 X. de raptor. 5. 17. Die Praxis hat das von jeder so verstanden, daß die Erben bis zum Betrage der Erbschaft haften sollen. S. unten das Obligationenrecht.

Besitz Verdrängten die Befugniß gegeben, bis zur erfolgten Wiederherstellung des früheren Zustandes jeden Anspruch des Verdrängenden abzuweisen; jedoch muß er die Eigenmacht binnen 15 Tagen darthun³.

Dies sind geleglich anerkannte Fortbildungen. Viel weiter ist die an das römische Recht sich anlehrende, in Italien ausgebildete, in Deutschland recipirte Doctrin gegangen. Nach derselben soll ein Anspruch begründet sein

1) in allen Fällen, wo der Besitz unfreiwillig, wenn auch nicht durch fremde Eigenmacht verloren worden ist, z. B. bei verlorenen, weggeschwemmten u. d. d. Sachen;

2) nicht bloß für den juristischen Besitzer, sondern auch für den Detentor;

3) gegen jeden dritten Inhaber der Sache.

4) Es soll der Kläger nicht zu beweisen brauchen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren habe, sondern der Beklagte beweisen müssen, daß der Verlust in einer denselben rechtfertigenden Weise eingetreten sei.

5) Der Anspruch soll in gleicher Weise bei beweglichen, wie bei unbeweglichen Sachen gelten, und

6) nur der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterliegen.

Zu seiner historischen Entwicklung weist dieser exorbitante Besitzeschutz auf zwei verschiedene Wurzeln zurück, und erscheint demnach (in Deutschland) theils als Spolienklage⁴, theils

³ Exceptio spolii. C. 2 de rest. spol. in VI^o 2. 5 (Innocent. IV. a. 1245). Bruns §. 16—23.

⁴ Die Spolienklage ist aus derselben Quelle hergeleitet worden, aus welcher auch die später gesetzlich anerkannte *exe. spolii* geflossen ist, nämlich aus dem von Pseudo-Isidor aufgestellten, in Gratian's Decret aufgenommenen Satz, daß ihrer Diöcese oder ihres Vermögens beraubte Bischöfe vor der Restitution von jeder Criminalklage frei seien. Hauptstelle in Gratian's Decret ist der berühmte canon *Redintegranda* (c. 3 C. 3 qu. 1). „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel electis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quaecunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscantur, [ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum]. (Die eingeklammerten Worte fehlen bei Gratian, und sind erst von den römischen Correctoren des Decrets

als f. g. *possessorium ordinarium*⁵. Gegen denselben hat sich seit dem 17. Jahrhundert eine lebhafte Opposition erhoben, welche im 18. Jahrhundert namentlich durch J. H. Böhm er getragen, im 19. durch Savigny in der Theorie fast vollständig zum Siege gelangt, aber weit davon entfernt ist, in der Praxis durchgedrungen zu sein⁶. Auch läßt sich nicht verkennen, daß die alte Lehre nicht in allen Punkten gleich verwerflich ist. Am Wenigsten läßt sich sagen für die Befreiung des Klägers vom Beweise⁷, und für die Ausdehnung des Besitzeschutzes auf den bloßen Detentor⁸; dagegen füllt die Ausdehnung desselben auf bewegliche Sachen einerseits eine Lücke des römischen Rechtes aus (§. 160 Note 2. 4), und ist andererseits, soweit der Anspruch nur auf Rückerstattung dessen geht, was der Beklagte noch hat oder haben sollte, in demselben unmittelbar begründet (§. 161). Das Letztere gilt auch von der Ausschließung der einjährigen Verjährung. Die Erstreckung des Besitzeschutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzesverlustes hat in den Quellen wenigstens einen Anhalt⁹,

wieder hinzugefügt worden.) Das auf diese Stelle gegründete Klagerecht (*condictio ex canone* [Redintegranda]) ging mit der italienischen Theorie auch nach Deutschland über, und nahm hier seit dem Ende des 17. Jahrhunderts den Namen *actio spolii an.* S. über das Nähere der Entwicklung Bruns §. 27 (vgl. §. 21—23). 32. 44 (S. 373—375). §. 45 (S. 389—397). §. 46 (S. 417—419), und Maaßen Jahrb. d. gem. R. III. 8.

⁵ Das f. g. *possessorium ordinarium* ist das römische *interdictum uti possidetis*, aber dadurch mit recuperatorischer Wirkung ausgestattet, daß man, in Anlehnung an Sätze theils des römischen, theils des deutschen Rechts, den unfreiwillig verlorenen Besitz als fortbauern annahm. Eine besondere Phase der Entwicklung des *ordinarium* ist diejenige, welche in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgetreten, aber zu gemeinrechtlicher Anerkennung nicht gelangt ist, daß man auf Grund einer unrichtigen Interpretation des c. 9 X. de prob. 2. 19 dasselbe auffaßte als Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen titulirten Besitzes; dadurch hörte es ganz auf, Besitzesklage zu sein, und das *summariissimum* rückte an die Stelle des *uti possidetis* hinauf. S. über das Nähere Bruns Jahrb. des gem. R. IV. S. 31—74. 85—95.

⁶ Bruns S. 389—397. 418. 419. Vgl. Jahrb. a. a. D. S. 95. Das Seuffert'sche Archiv gewährt nur geringe Ausbeute. S. I. 224. III. 56. 178. V. 23. VII. 270. IX. 158.

⁷ Bruns Bes. S. 396. Vgl. aber auch Jahrb. a. a. D. 106—109.

⁸ Diefelbe wurde vorzugweise auf eine irrige Auffassung des römischen Rechts gestützt. Bruns Bes. S. 394.

⁹ Nämlich in der Bestimmung über die Zulässigkeit des *interdictum unde*

und endlich läßt sich auch, was die Haftung des dritten Besitzers angeht, so viel wohl rechtfertigen, daß der unrechliche dritte Besitzer überhaupt für haftbar erklärt wird^{10 11}.

vi bei Occupation einer *vacua possessio absentis* (l. 11 C. unde vi 8. 4). Bruns Jahrb. a. a. D. IV. S. 101. 65.

¹⁰ Nach Analogie der Bestimmung des canonischen Rechts über die Haftung des unrechlichen Besitzsuccessors; es ist kein Grund vorhanden, warum derjenige, welcher ohne allen Rechtsgrund in den Besitz der Sache gelangt, besser gestellt sein sollte. Vgl. Bruns S. 100.

¹¹ In der neueren Zeit hat Delbrück in seiner Schrift über „die dingliche Klage des deutschen Rechts“ (1859) nachzuweisen gesucht, daß der Spolienklage und dem *poss. ordinarium* eine ursprüngliche deutsche Rechtsanschauung zu Grunde liege, welche sich in dieser Verkleidung durch alle Zeiten hindurch erhalten habe, die Rechtsanschauung nämlich, daß der bloße ältere Besitz Anspruch auf Schutz gewähre. Delbrück stellt demgemäß folgende Sätze auf, denen er unmittelbare Geltung für das heutige Recht zuschreibt. 1) Jeder, welcher einmal besessen hat, kann auf Grund dieses Besitzes von jedem späteren Besitzer Herausgabe der Sache verlangen, wenn derselbe nicht einen Titel für seinen Besitz nachweisen kann. 2) Derjenige, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, kann Herausgabe der Sache auch von dem titulirten Besitzer verlangen. 3) In dem einen und dem anderen Falle ist aber der Anspruch kein possessorischer, sondern ein dinglicher, eine *vindication*. Gegen diese neue Theorie hat sich in einem ausführlichen Aufsatz Bruns (Jahrb. des gem. R. IV. 1 [1860]) erklärt (vgl. auch Bluntzschli tr. Ueberschau IV. S. 189 fg., Pagestecher röm. Lehre vom Eigentum III. S. 207—225), während sie von dem Verfasser des Art. „*Vindication*“ in Weiske's R. Lex. (XIII. S. 105 fg.), Heimbach, vollständig aufgenommen worden ist. Mir scheint der erste und der dritte der Delbrück'schen Sätze ohne allen Halt zu sein, obgleich sich Delbrück dafür sogar auf gesetzliche Aussprüche beruft (c. 9 X. de prob. 2. 19 und P. G. D. Art. 208, vgl. aber darüber Maaßen Jahrb. d. gem. R. II. 13 und Bruns a. a. D. S. 74—85). Dagegen glaube ich, daß die Frage, ob nicht die Ausdehnung des possessorsischen Schutzes auf jeden Fall unfreiwilligen Besitzesverlustes und auf jeden dritten Besitzer eine Stütze in dem älteren deutschen Rechte finde, eine wohl aufzuweisende ist, obgleich doch auch in dieser Beziehung das Gewicht der Gegenbemerkungen von Bruns a. a. D. 21—33 nicht zu verkennen ist. (Die Punkte, auf welche es hier ankommt, sind folgende. 1) War der Grund, warum im alten deutschen Recht der ohne seinen Willen aus dem Besitz Verdrängte auf die bloße Behauptung seines Eigentums hin, bei mangelnder besserer Eigentumsbehauptung des Beklagten, zur Beschwörung seines Eigentums zugelassen wurde, in der That der Umstand, daß er früher besessen hatte? [Brunns S. 23—25.] 2) Wurde er auch bei Immobilien bloß auf Grund des älteren Besitzes zum Eide zugelassen? [Brunns S. 24.] 3) Wenn und insofern er bloß auf Grund des

IV. Rechtsbesitz*.

§. 163.

Besitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache; Sachbesitz ist thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen; von Rechtsbesitz redet man, wenn die thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfasst (§. 151). Der Ausdruck ist wenig entprechend; man sagt ein Recht werde besessen, und meint damit, daß derjenige Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt dieses Recht ausmachen würde, thatsächliche Geltung habe. — Die dem modernen Rechte angehörende weitere Entwicklung des Begriffes des Rechtsbesitzes, wornach Rechtsbesitz auch in solchen Fällen angenommen wird, wo ein nicht auf die Beherrschung einer Sache gerichteter Wille zur thatsächlichen Herrschaft gelangt ist, gehört nicht hieher (§. 151 Note 11).

Nicht alle Rechte an Sachen können besessen werden. Das hat den Sinn: nicht alle Rechte an Sachen haben einen solchen Willensinhalt, daß die thatsächliche Geltendmachung desselben einen bleibenden Zustand herbeiführt. Aus diesem Grunde gibt es keinen Besitz des Pfandrechts¹. Anders beim Faustpfande; obgleich die positive Bestimmung des römischen Rechts hier Sachbesitz angenommen hat².

Älteren Besitzes zum Eide, d. h. zur Beschwörung seines Eigenthums, zugelassen wurde, folgt daraus, daß er, nachdem das alte germanische Eidesrecht sich in eine Beweispflicht verwandelt hatte, ohne allen Beweis seines Eigenthums Schutz in Anspruch nehmen konnte?

* Rosshirt Arch. f. civ. Pr. VIII. 1 (1825), Deerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XII. 6. 9 (1839), Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. 1 Nr. 12 (1844), Eivers die römische Servitutentehre §. 62. 79—82 (1856).

§. 163. ¹ Der Pfandgläubiger darf die Sache verkaufen: das ist eine vorübergehende und sich nicht wiederholende Handlung. Er darf sich zwar auch in den Besitz der Sache setzen; aber dieser Zustand ist nicht auf die Dauer berechnet, sondern bestimmt, zugleich durch den Verkauf wieder aufzuheben.

² §. 154 Note 3. Ohne Zweifel ist dieß zu einer Zeit geschehen, wo der Rechtsbesitz noch nicht ausgebildet war; man hätte sonst nicht, um den praktischen Zweck der Sicherstellung des Faustpfandgläubigers zu erreichen, zu einer Ausnahmestimmung gegriffen.

Die Grundsätze über Möglichkeit des Rechtsbesitzes sind dieselben, wie beim Sachbesitze (§. 152). Nur ergibt sich aus dem Begriffe des Rechtsbesitzes als einer beschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht in gleicher Weise wie nur Ein Sachbesitz, so auch nur Ein Rechtsbesitz an derselben Sache möglich ist.

Auch der Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes steht unter denselben Grundsätzen, wie der Erwerb und Verlust des Sachbesitzes. — Erworben wird der Rechtsbesitz dadurch, daß die gewollte Herrschaft über die Sache thatsächlich vorhanden ist. Ist der Wille auf einen bleibenden Zustand der Sache gerichtet, so ist dazu erforderlich, daß die Sache sich in diesem Zustand wirklich befinde³, aber eben auch in Folge des Willens befinde⁴. Ist der Wille auf vorübergehende, sich wiederholende Einwirkungen gerichtet, so ist auch hier so wenig wie beim Sachbesitz erforderlich, daß auf die Sache wirklich eingewirkt sei, sondern es genügt die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit der Einwirkung⁵.

³ L. 20 pr. D. de S. P. U. 8. 2.

⁴ Dieß ist namentlich von Wichtigkeit für diejenigen Fälle, wo der Wille darauf geht, daß mit einer Sache etwas nicht vorgenommen werde. Der Besitz ist hier dem Willen nicht dadurch ohne Weiteres erworben, daß auf die Sache in der betreffenden Weise nicht eingewirkt ist, sondern nur dadurch, daß die Einwirkung in Folge seines Willens unterbleibt. Im Einzelnen kann dieß noch in verschiedener Weise hervortreten, entweder dadurch, daß eine versuchte Einwirkung auf seinen Widerspruch hin unterlassen wird, oder dadurch, daß ihm von dem Unterlassenden ein Recht zum Widerspruch eingeräumt wird. In l. 6 §. 1 D. si serv. vind. 8. 6 bezeichnet 'possessor' nicht den Besitzer, sondern den Beklagten (denjenigen, welcher, wenn er will, Beklagter werden kann). Savigny S. 601—605. Seuff. Arch. VI. 15. XIV. 13.

⁵ Wenn die Quellen zum Erwerbe des Rechtsbesitzes „*usum iuris*“, also die wirkliche Ausübung des betreffenden Rechtes, das wirkliche Früchteziehen, wirkliche Gehen etc. verlangen (l. 20 D. de serv. 8. 1), so thun sie das nur in dem Sinne, daß damit das thatsächliche Machtverhältniß über allen Zweifel hinaus erhoben ist. Aber so wenig für den Erwerb des Sachbesitzes die wirkliche Ausübung des Eigenthums erforderlich ist, kann für die Erwerbung des Rechtsbesitzes die wirkliche Ausübung der Servitut etc. erforderlich sein; diese Consequenz ist nicht abzuweisen. Auch wird beim Nießbrauch Besitzübertragung angenommen, wenn der Eigenthümer den Nießbraucher „*induxerit in fundum, sumve patiatur uti frui*“, l. 3 pr. D. de usufr. 7. 1. Wird freilich die betreffende Handlung nie vorgenommen, so darf kein Besitz angenommen werden, weil daraus folgt, daß der Besitzeswille nie vorhanden gewesen, oder wiederaufgegeben sei; aber wird sie vorgenommen, so ist der Besitz nicht

Der der thatsächlichen Herrschaft entsprechende Wille muß auch hier darauf gerichtet sein, die Herrschaft für sich, nicht für einen Andern, zu haben⁶. — Verloren wird der Rechtsbesitz, wie der Sachbesitz, durch Unmöglichwerden der factischen Herrschaft⁷, und die Aufgabe des Besitzeswillens⁸.

§. 164.

Was den Schutz des Rechtsbesitzes angeht, so ist zwischen verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

1) Ist der Rechtsbesitz mit der Detention der beherrschten Sache verbunden, wie z. B. der Besitz des Nießbrauchs, so finden

erst mit ihr, sondern bereits mit jener unmittelbaren und gegenwärtigen Möglichkeit erworben. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II. S. 166, Bruns S. 475. 476; dagegen Lh. Muther die Erfindung der Servituten S. 48 Note 41. Eivers die römische Servitutentehre S. 675—676 will zwischen den Rechten (Servituten), welche mit Detention der Sache verbunden sind, und nicht verbunden sind, unterscheiden.

⁶ Die Quellen brücken das hier (vgl. §. 149 Note 5) geradezu so aus, daß sie sagen, es sei erforderlich der Wille, ein eigenes Recht auszuüben (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 7 D. do itin. 43. 19). Es ist also nothwendig 1) überhaupt der Wille, eine Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 1 §. 6 l. 7 D. do itin. 43. 19); 2) der Wille, eine eigene Herrschaft über die Sache auszuüben (l. 25 D. quemadm. serv. 8. 6). Aber es ist nicht nothwendig der Wille, die eigene Herrschaft gerade als Recht an einer fremden Sache auszuüben. S. u. Arch. VII. 154. VIII. 292. Für das Gegentheil das. VIII. 220. 236. Vgl. XIV. 96. Ueber das Ganze: Eivers a. a. D. S. 681—685. In Betreff des Beweises s. Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI. S. 243 und S. u. Arch. V. 255. IX. 133. 134. XIV. 14. 211. Willensmoment bei dem Erwerbe des Besitzes durch Stellvertreter: das. II. 11. 135. III. 10. 11. IV. 205. IX. 131. XII. 231. XIII. 84. XIV. 212.

⁷ Also nicht durch Unterbrechung der Ausübung derselben. Wenn es in l. 14 D. do serv. heißt: „nemo tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur“, so ist das eine Betrachtung, welche lebendig zu dem Zwecke ange stellt wird, um die Unzulässigkeit der usucapio bei Servituten theoretisch zu erklären, die aber weder für die Servitutenerstreckung, noch für den Interdictenschutz bei den Servituten die geringste praktische Bedeutung gewonnen hat.

⁸ Ist der Wille auf einzelne sich wiederholende Handlungen gerichtet, so kann die Aufgabe des Besitzeswillens auch aus einer längeren Nichtwiederholung derselben geschlossen werden. Vgl. Savigny S. 577. 585, Unterholzner Verjährungslehre II. §. 214 und unten §. 213 Note 3.

die Grundsätze über Störung und Entziehung des Sachbesitzes unmittelbare Anwendung¹.

2) Stellt der Rechtsbesitz sich in einer Veranstaltung an einer Sache dar, welche wir im juristischen Besitze haben, so z. B. wenn an dem von uns besessenen Hause ein Vorbau angebracht ist, welcher über des Nachbarn Grundstück hinüberraagt, so ist jeder Eingriff in den Rechtsbesitz Störung des Sachbesitzes².

3) Von den andern Fällen des Rechtsbesitzes sind im römischen Rechte folgende vorgeesehen.

a) Besitz einer Wegegerechtigkeit³. Schutz gegen Störung desselben wird nur dann gewährt, wenn die Wegegerechtigkeit in dem letzten Jahre wenigstens dreißig Mal ausgeübt worden ist⁴,

¹ Interdictum unde vi bei der Superficies: l. 1 §. 5 D. de vi 43. 16; §. 164. bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 3 §. 13—17 l. 9 §. 1 l. 10 D. eod., l. 60 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de don. 39. 5. Interdictum uti possidetis bei Nießbrauch und Gebrauchsrecht: l. 4 D. uti poss. 43. 17. Bei Superficies ein besonderes interd. de superficibus, aber ganz nach den Grundsätzen des interd. uti possidetis: l. 1 pr. §. 2 D. de superfic. 43. 18 (Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. S. 229—231). Auch auf Nießbrauch und Gebrauchsrecht fand früher das interd. uti possidetis nur mit veränderter Formel Anwendung, und ebenso das interd. unde vi, Vat. Fr. §. 90. 91 (vgl. Bruns S. 86—88, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. S. 340—346, Eivers Serv. S. 668—670). Interd. de precario: l. 2 pr. §. 3 D. de prec. 43. 26. Auch die nachrömischen Fortbildungen des Besitzeschutzes finden Anwendung.
² L. 3 §. 5. 6 D. uti poss. 43. 17, vgl. l. 20 pr. l. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2. Andere bestreiten die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis für diesen Fall, und namentlich erklärt sich mit Eifer dagegen Vangerow I. S. 889 fg., vgl. auch Sintonis §. 65 Note 46. S. aber Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. S. 349—352, Puchta Vorl. I. S. 301. 302, Bruns S. 89, Schmidt Interd. S. 63. 64, Brinz S. 96, Arnolds §. 192 Anm. 4.

³ Dig. 43. 19 de itinere actuque privato. Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen Nr. 1: Versuch einer ausführlichen exegetisch praktischen Darstellung des possessoriischen interd. de itinere actuque privato (1826). Althof das interd. de itinere actuque privato (1836). Pfeiffer prakt. Ausführungen VII. S. 463 fg.

⁴ L. 1 pr. §. 2 D. h. t. Dabei können aber auch die Ausübungsacte desjenigen, von dem man das herrschende Grundstück erworben hat, gerechnet werden. L. 3 §. 6—10 l. 6 D. h. t., l. 2 §. 3 D. de interd. 43. 1. Die von Althof a. a. D. aufgestellte und von Vangerow I. S. 887 gebilligte Erklärung der l. 1 §. 2 D. h. t., wornach nicht dreißigmalige Ausübung im letzten Jahre, sondern nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre, aber von

und zwar dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft⁵. Ueberdies bezieht sich dieser Schutz nur auf den Besitz ländlicher Wegegerechtigkeiten⁶. Wer den schadhafte gewordenen Weg repariren will, kommt mit dem Beweise des Besitzstandes nicht aus, sondern muß das Recht selbst beweisen⁷.

b) Besitz einer Wasserleitungsgerechtigkeit⁸. Schutz gegen Besitzesstörung wird hier schon gewährt, wenn die Gerechtigkeit im letzten Jahre nur einmal ausgeübt worden ist⁹. Ist die Wasserleitung bestimmt, nur im Sommer oder nur im Winter benutzt zu werden, so genügt einmalige Ausübung in diesem oder dem letzten Sommer bez. Winter¹⁰. Auch hier muß die Ausübung dem Gegner gegenüber nicht fehlerhaft, überdies aber in gutem Glauben geschehen, und zwar darf der Irrthum dabei kein Rechtsirrtum gewesen sein¹¹. Um zur Reparatur der Wasserleitung zugelassen zu werden, ist Beweis des Rechtes nicht erforderlich¹².

c) Nach gleichen Grundsätzen wird der Besitz einer Wassererschöpferechtigkeit geschützt¹³.

d) Gegen Verhinderung in der Reinigung und Ausbesserung eines zur Fortschaffung des Unraths dienenden Abzugsgrabens wird possessorischer Schutz gewährt, ohne daß der Gegner sich mit der Einrede des fehlerhaften Besitzes vertheidigen könnte¹⁴.

4) Für die hier nicht genannten Fälle des Rechtsbesitzes kann aus dem römischen Rechte ein Schutz gegen Störung nicht hergeleitet werden¹⁵. Im Mittelalter aber sind auf dieselben

der Art, daß die erste von der letzten mindestens um dreißig Tage entfernt ist, erforderlich sein soll, ist nicht zur Anerkennung gelangt.

⁵ L. 1 §. 12 l. 3 §. 2 D. h. t.

⁶ L. 1 §. 1 D. h. t.

⁷ L. 8 §. 11. 13 D. h. t. Vgl. Brinz S. 91. 92.

⁸ Dig. 43 20 de aqua quotidiana et aestiva.

⁹ L. 1 pr. §. 4 §. 22 h. t.

¹⁰ L. 1 §. 3 §. 29—6 D. h. t.

¹¹ L. 1 pr. §. 10. 19. 20 l. 6 D. h. t.

¹² Dig. 43. 21 de rivis.

¹³ Dig. 43. 22 de fonte.

¹⁴ Dig. 43. 23 de cloacis. Vgl. Schmidt (von Almenau) Zeitschr. f. gesch. RW. XV. S. 51—58. 76—89, aber auch Brinz S. 94. 95.

¹⁵ Namentlich nicht für die Fälle, wo der Besitzeswille darauf geht, daß mit der Sache etwas nicht vorgenommen werde. Mit Unrecht hat man für diesen Fall die Anwendbarkeit des interd. uti possidetis behauptet. Dagegen

in Theorie und Praxis ganz allgemein sowohl die römischen Interdicte, als die neu gebildeten Rechtsmittel, Spolienklage, possessorium ordinarium und summarium angewendet worden¹⁶. Gegen die Zulassung der Spolienklage hat auch Savigny keine Einwendung erhoben; nur verlangt er Ausbildung derselben für die einzelnen Fälle nach Analogie des römischen Rechts, welche Forderung noch bestimmter Puchta gestellt hat¹⁸.

Drittes Kapitel.

Die Rechte an Sachen im Allgemeinen.

§. 165.

Die Haupteintheilung der Rechte an Sachen oder der dinglichen Rechte ist in §. 145 bereits bezeichnet worden; es ist die Eintheilung in Eigenthumsrecht und Rechte an fremder Sache¹. Die im römi-

spricht I. 5 §. 10 D. de O. N. N. 39. 1. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XI. S. 349—353 und Zusatz zu Puchta §. 396 d.; Heerwart Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XII. S. 146—166. 282—290, Brunns S. 89—93. Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen über die Anwendbarkeit des interd. uti poss. auf Grundstücksbarkeiten überhaupt geben Pfeiffer prakt. Ausf. VII. 1. S. 419—443 und Bangelow I. S. 889—890.

¹⁶ Brunns §. 15. 24—26. 29. 34. 44 (S. 383. 384). 45 (S. 407. 408).

¹⁷ Besitz S. 588. 589. 630—634.

¹⁸ Pand. §. 139 a. E. So auch Brinz S. 98, und ausgeführter Heerwart a. a. D. S. 179—212. — Ueber die neuere Praxis s. Brunns S. 422. 429, Puchta und Budde Entsch. d. OAG. zu Rostock III. Nr. 26, Seuff. Arch. V. 171. VII. 182. (I. 224. II. 50. III. 56. 267; I. 224. VII. 42. 43. VIII. 221. XII. 241. 340. XIII. 32). Darüber, daß, wo das römische Recht besondere Regeln für den Schutz des Rechtsbesitzes aufgestellt hat, auch nur diese zur Anwendung zu kommen haben, ist heutzutage in der Theorie kein Streit mehr. Vgl. Puchta und Budde a. a. D. S. 84, Pfeiffer a. a. D. S. 441.

¹ Die Römer haben zur Bezeichnung des Eigenthumsrechtes zwei Ausdrücke: proprietas und rerum dominium oder dominium schlechthin (vgl. I. 1 §. 1 D. de SC⁰ Sil. 29. 5, l. 13 pr. D. de A. R. D. 41. 1). Der Ausdruck dominium wird aber auch in weiterem Sinne für die civilrechtliche Zuständig-

schen Rechte ausgebildeten Rechte an fremder Sache sind im Einzelnen: die Dienstbarkeiten, die Emphyteusis und die Superficies, das Pfandrecht. Von den genannten Rechten wird im Besonderen im 4—7 Kap. dieses Buches gehandelt werden. Die allgemeinen Grundsätze, welche sich für sie aufstellen lassen, sind nicht zahlreich. Wenn früher als allgemeines Erforderniß für den Erwerb der dinglichen Rechte das Vorhandensein von *titulus* und *modus acquirendi* bezeichnet wurde, so ist diese Lehre längst aufgegeben². Dagegen läßt sich über den Verlust der dinglichen Rechte einiges Allgemeine sagen. Die dinglichen Rechte gehen unter durch den Untergang der Sache, an welcher sie stattfinden³, so wie dadurch, daß diese Sache in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist (§. 146)⁴. Rechte an wilden Thieren gehen dadurch unter, daß dieselben ihre natürliche Freiheit zurück erlangen⁵. Eine singuläre Bestimmung ist es, daß durch Ver-

leit eines Rechtes überhaupt gebraucht, so *dominium ususfructus* und selbst *proprietas*, vgl. z. B. 1. 3 D. si usufr. 7. 6, 1. 17 D. quib. mod. usufr. 7. 4, 1. 48 pr. D. de her. inst. 28. 5. — Für die Rechte an fremder Sache haben die Römer eine ausgebildete technische Bezeichnung nicht, obgleich der Ausdruck *ius in re aliena* weit davon entfernt ist, unlateinisch zu sein. In einigen wenigen Stellen (1. 30 D. de nox. act. 9. 4, 1. 13 §. 1 l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2) wird das Recht an fremder Sache *ius in re* schlechtthin genannt. Wenn Neuere diese Bezeichnungsweise mit Vorliebe zu einer technischen ausgebildet haben, so ist dieß nicht zu billigen, nicht bloß deswegen nicht, weil sie undeutsch ist, sondern auch deswegen, weil sie ihren Grund in der unjuristischen Auffassung hat, welche statt des Eigenthumsrechts die Sache nennt, an welcher dasselbe stattfindet, *rem habere* — *ius habere* (§. 42 zu Note 4). (Anderes Brinz §. 49, welcher 'ius in re' als Recht am Eigenthumsrecht faßt).

² Hugo civil. Magazin I. 11. IV. 6, L'hibaut civil. Versuche I. 11; Unger II. §. 8—12.

³ L. 28 D. quib. mod. usufr. 7. 4, 1. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, 1. 1 C. de iuro emph. 4. 66.

⁴ Nach römischen Rechte gehen auch dadurch, daß eine Sache in die Gewalt der *hostes* gelangt, alle an derselben bestehenden Rechte unter; gewisse Sachen aber haben das Privilegium, daß, wenn sie zurückgewonnen werden, sie in ihr früheres Rechtsverhältniß wieder eintreten. Dig. 49. 15, Cod. 8. 51. Ueber die heutzutage in dieser Beziehung geltenden Grundsätze s. §. 184 Note 18.

⁵ L. 3 §. 2 l. 4. 5 pr. §. 4—6 D. de A. R. D. 41. 1 (§. 12. 14—16 I. de R. D. 2. 1).

äußerung des *Fiscus*, so wie des Regenten und seiner Gemahlin, der Erwerber in diejenige rechtliche Lage kommt, in welche der Veräußernde ihn hat bringen wollen; alle damit in Widerspruch stehenden Rechte an der Sache gehen daher unter, und hinterlassen nur einen binnen vier Jahren geltend zu machenden Entschädigungsanspruch⁶. — Was in diesem Zusammenhange noch als Lehre von der „Revocabilität dinglicher Rechte“ vorgetragen zu werden pflegt, gehört nicht an diesen Ort⁷.

⁶ L. 2. 3 C. de quadr. praesc. 7. 37, §. ult. I. de usuc. 2. 6. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. S. 3—9, Sinentis I. §. 39 Note 4; Seuff. Arch. V. 108. IX. 263 (gegen die heutige Anwendbarkeit: V. 109).

⁷ Von Revocation dinglicher Rechte spricht man da, wo der Verlust derselben eintritt mit Rücksicht auf die Art und Weise ihres Erwerbes, z. B. in Folge einer den Erwerb begleitenden auflösenden Bedingung oder Besetzung; ein anderes Beispiel gewährt der mit der Wiederverheirathung eintretende Verlust des Gewinnes aus der ersten Ehe: derselbe hat zwar seinen Grund in der zweiten Ehe, aber dieselbe führt einen Verlust auch nur in Betreff des in jener Weise Erworbenen herbei. Von dem Fall der auflösenden Bedingung ausgehend, hat man dann auch den Fall hierher gezogen, wo ein dingliches Recht verloren wird kraft des Eintritts der aufschiebenden Bedingung, unter welcher es einem Andern übertragen worden ist. Gelehrt wird von der Revocation nun Folgendes: dieselbe könne sein 1) eine directe und eine indirecte, je nachdem das dingliche Recht ohne Weiteres (*ipso iure*) verloren oder nur ein Forberungsrecht auf Aufgeben (Uebertragung) desselben begründet werde, 2) eine *revocatio ex tunc* oder eine *revocatio ex nunc*, je nachdem der Verlust des dinglichen Rechtes mit rückwirkender Kraft eintrete oder ohne dieselbe. Es liegt aber auf der Hand, was den ersten Punkt angeht, daß in die Lehre von den dinglichen Rechten nicht der Satz gehört, daß den sie beendigenden Thatfachen (hier: Aufgabe des Berechtigten) ein Forberungsrecht auf Bewirken dieser Thatfachen vorhergehen könne; und was den zweiten Punkt angeht, so gelten für die Rückwirkung der Revocation keine anderen Grundsätze, als für die Rückwirkung überhaupt. Wenn man hervorhebt, daß, wo die Revocation rückwirkende Kraft habe, mit derselben auch alle auf Grund des revocirten Rechtes weiter verliehenen Rechte aufhören (*resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*), so ist auch das nichts, was bloß für die dinglichen Rechte wahr wäre (Beispiel: derjenige, dem ein Forberungsrecht unter einer auflösenden Bedingung übertragen worden ist, hat dasselbe verpfändet, die Bedingung tritt ein), obgleich es ohne Zweifel beim Eigenthum eine besonders wichtige Anwendung findet. Ueberdieß ist zu bemerken, daß dieser Hinfall der Verfügungen der Zwischenzeit durchaus nicht nothwendig voraussetzt, daß das Recht, auf Grund dessen sie getroffen worden sind, mit rückwirkender Kraft wieder aufhöre, wie es denn z. B. in gleicher Weise unzweifelhaft ist, daß er auch in Folge der auflösenden Besetzung eintritt, und daß die auflösende Besetzung

§. 166.

Eine besondere Hervorhebung verdient aber noch Folgendes. Die dinglichen Rechte werden, wie von ihrem Schatten, von einem andern Verhältniß begleitet; es ist dieß das Verhältniß dessen, dem das dingliche Recht nicht zusteht, der aber der rechtlichen, und durch Thatfachen gerechtfertigten, Ueberzeugung ist, daß ihm dasselbe zustehe¹. An dieses Verhältniß sind wichtige rechtliche Folgen angeknüpft, vor Allem die, daß dasselbe dritten Unberechtigten gegenüber ganz die gleiche rechtliche Macht gewährt, wie das wirklich vorhandene Recht. Tritt ferner Besitz hinzu², und dauert derselbe eine gewisse Zeit, so entsteht das Recht selbst. Doch findet weder der eine, noch der andere dieser Sätze eine unbedingte Anwendung bei allen dinglichen Rechten. Jene rechtliche Ueberzeugung hat aber ferner noch die Folge, daß sie von aller Verantwortung für die über die Sache getroffenen Verfügungen entbindet, welcher Satz beim Eigenthum in Betreff der Früchte der Sache noch einen besonderen Ausdruck erhalten hat. Kraft dieser an den guten Glauben angeknüpften rechtlichen Vortheile ist das dingliche Recht, welches man zu haben rechtlicher Weise glaubt, nicht weniger Bestandtheil des Vermögens, als dasjenige, was man wirklich hat³, woraus sich im Einzelnen noch mannichfache Con-

rückwirkende Kraft nicht hat. Nichtsdestoweniger setzt man auch wohl das Wesen der *revoctio ex tunc* geradezu darein, daß sie die Verfügungen der Zwischenzeit mit ergreife. — Manche fassen den Begriff der *revoctio* enger, und verstehen darunter bloß den Verlust des dinglichen Rechtes durch auflösende Bedingung oder Befristung. Auch in dieser Fassung hat die Lehre von der *revoctio* dinglicher Rechte keine Berechtigung, da von der auflösenden Bedingung oder Befristung besondere Grundsätze, wenn überhaupt für irgend ein dingliches Recht, jedenfalls nicht für die dinglichen Rechte als solche gelten. Vgl. Sauter's Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 2. (1844), Böcking §. 156, Fuchta §. 142, Arndts §. 128.

§. 166. ¹ Die Formel ist nicht erschöpfend richtig; doch genügt sie für diesen Ort. S. die Lehre von dem Erwerbe des Eigenthums durch Erfindung.

² Für die bezeichnete rechtliche Macht ist der Besitz als solcher keineswegs erforderlich, und daher ist es eine incorrecte, wenn gleich auch von Quellen gekäufliche Ausdrucksweise, wenn man sie als Folgen der „*bonae fidei possessio*“ bezeichnet. S. die Lehre von der *Publiciana actio*.

³ L. 49 D. de V. S. 50. 16, l. 52 D. de A. R. D. 41. 1.

sequenzen ergeben⁴. Alles dieses erscheint in besonderer Ausbildung beim Eigenthum. Das Nähere gehört nicht hierher, sondern in die besondere Lehre theils von den einzelnen dinglichen Rechten, theils von den Rechtsverhältnissen, für welche sich jene Consequenzen geltend machen; doch mußte hier auf den allgemeinen Gesichtspunkt hingewiesen werden.

Viertes Kapitel.

Das Eigenthum*.

I. Begriff, Inhalt, Gegenstand.

§. 167.

Eigenthum bezeichnet, daß Jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; daher genauer statt

⁴ L. 136 D. de R. I. 50. 17 sagt: „*bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est*“. Eine lehrreiche Erläuterung dieses Satzes, welcher sich freilich nur als Resultat einer historischen Entwicklung darstellt, gibt für das Eigenthum Ihering's Abhandlungen aus d. R. R. S. 88—121. Beispiele seiner Anwendung: der putative Eigenthümer hat die *actio communi dividendo* (l. 7 §. 2 *comm. div.* 10. 3), eine *actio in factum* wegen Beschädigung nach Analogie der *lex Aquilia* (l. 11 §. 8 l. 17 pr. D. ad leg. Ag. 9. 2), es geht gegen ihn die *actio quod iussu, tributoria, de peculio* (l. 1 §. 8 D. quod iussu 15. 4, l. 1 §. 5 D. de trib. act. 14. 4, l. 1 §. 6 D. de pec. 15. 1), wenn der putative Eigenthümer etwas als Vater zur Dos gibt, so ist es *dos profecticia* (l. 6 §. 1 D. de I. D. 23. 3) *ic. x.* Vgl. auch §. 181 Note 4. 5.

* Gesterding's ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen, S. 1—402. (1817). — Pütter die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten (1831). — R. Scilf Römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte I. Theil. Römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung: von den dinglichen Rechten oder Sachenrechten überhaupt (1852; vgl. darüber Dernburg in der Heib. tr. Zeitschr. I. S. 138—158). — Pagenstecher die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 3 Abtheilungen (1857—1859). — Eine so gut wie monographische Darstellung der Lehre vom Eigenthum enthält auch Schmidt's Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band (1857).

¹ Leist (civilist. Studien 3. Heft: über die Natur des Eigenthums S. 167. Windscheid, Pandekten. I. Abthlg.

Eigenthum Eigenthumsrecht¹. Daß aber Jemandem eine Sache eigen ist, will sagen, daß sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Dieß zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1) der Eigenthümer darf über die Sache verfügen, wie er will; 2) ein Anderer darf gegen seinen Willen über die Sache nicht verfügen (positive — negative Seite des Eigenthums). Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen, welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen, z. B. die Befugniß, die Sache zu gebrauchen und zu nützen, die Befugniß, jeden Dritten von aller Einwirkung auf dieselbe auszuschließen, die Befugniß, sie von jedem dritten Besitzer abzufordern. Aber man darf nicht sagen, daß das Eigenthum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe; wäre dieß der Fall, so würde das Eigenthum nicht vorhanden sein, wenn irgend eine dieser Befugnisse dem Eigenthümer nicht zustände, wovon in der That das Gegentheil stattfindet. Das Eigenthum ist nicht die Summe aller an einer Sache denkbaren Rechte, sondern ihre Gesamtheit, d. h., wie jede Gesamtheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein hat (§. 1 Note 1, §. 42 Note 2, §. 57 Note 2, §. 137 Note 3), ein anderes Recht, als diese einzelnen Rechte sind. So kann eines derselben fehlen, ohne daß das Eigenthum dadurch aufgehoben ist². Das Eigenthum ist dann zwar ein beschränktes, aber es ist kein lückenhaftes; es ist in seiner Wesenheit unangetastet, kann dieselbe nur nicht voll entfalten³. Fällt die Beschränkung

[1859] sucht den Gedanken zu begründen, daß zwischen Eigenthum und Eigenthumsrecht unterschieden werden müsse. Das Eigenthum sei von der Autorität des positiven Rechtes unabhängig, es stelle sich dar als „naturaler, factisch bestehender Verlehrsorganismus“, und verleihe zwar keine Rechte, aber doch „materielle Befugnisse“. S. dagegen Windscheid krit. Vierteljahrschr. I. S. 294 fg., Böding Grundr. II. §. 2 Anm. Etwas äußerlich Aehnliches findet sich bei Pagenstecher I. §. 1 (s. Note 3).

¹ L. 25 pr. D. de V. S. 60. 16. „Recte dicimus (eum) fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non domini pars, sed servitutis [servitus] sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse“.

² Die hergebrachte Definition des Eigenthums geht dahin, daß dasselbe die volle und ausschließliche rechtliche Herrschaft über die körperliche Sache sei (vgl. Böding II. S. 7. 8, Sintenis I. S. 472. 473). Dieser Definition steht die im Texte bezeichnete Schwierigkeit entgegen; nach ihr ist z. B. derjenige, dessen Sache einer Wegegerechtigkeit unterworfen ist, nicht mehr Eigen-

weg, so bringt es sogleich wieder seine ganze Fülle zur Geltung⁴.

§. 168.

Als Gegenstand des Eigenthums ist eine körperliche Sache bezeichnet worden. Dieß erleidet nur insofern eine Abweichung, als auch eine Gesamtheit von körperlichen Sachen den Gegenstand des Eigenthums bilden kann (§. 137 Note 4). Dagegen darf von einem Eigenthum an dem, was das römische Recht technisch mit dem Ausdruck 'res incorporalis' bezeichnet, nicht geredet werden. Res incorporales in diesem Sinne sind

Thümer. In der neueren Zeit sind mehrfache Versuche gemacht worden, diese Schwierigkeit zu lösen. Böding (II. S. 9) sieht das Wesen des Eigenthums in „der Abstrachtheit und der mannichfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjects über die körperliche Sache“ (er fügt hinzu „als bloßen und total als Gegenstand des Willens jenes“); denselben Gedanken scheint Vangerow (I. S. 620) ausdrücken zu wollen, wenn er sagt: das Eigenthum bestehe nur „in der rechtlichen Möglichkeit, alle an einer körperlichen Sache denkbaren Befugnisse auszuüben, im Falle keine besonderen Schranken gesetzt“ seien. Wirth (Beiträge zur Systematik des r. R. §. 19—23 [1856]) glaubt damit helfen zu können, daß er das Eigenthum als „Pertinenzverhältniß“ (im Gegensatz zu einem „Herrschaftsverhältniß“) bezeichnet („die Sache ist gewissermaßen ein Stück meiner Persönlichkeit, ein verlängertes ego,“ S. 39). Pagenstecher I. §. 1 definiert das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person“; von Eigenthumsrecht und Rechten des Eigenthümers will er gar nicht geredet wissen; die aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse würden zu „Rechten“ erst dann, wenn der Nichteigenthümer sie erwerbe. Nach Girtanner (Jahrb. f. Dogm. III. S. 67—72. 83—95, vgl. S. 239. 242. 245. 295 fg.) ist das Eigenthum „das Recht an der Bestimmung der Sache“, die Bestimmung der Sache ist aber, „in dem rechtlichen Willen als bloßes Object rein aufzugehen“. Vgl. Peiß (cit. Studien III. S. 49 fg. S. 11. 25. 46. 78. 132): im Eigenthum „identificirt“ das Subject die Sache mit seiner Person; es „substantiirt sich die Sache oder die Sache geht im Individuum auf“; „der Grund des Eigenthumsverhältnisses ist die Arbeit . . ., wodurch die Sache als materiell und ihrer Substanz nach subjectivirt, und dann auch wieder allgemeinverständlich als subjectivirt objectivirt wird“; „die Sache ist materiell und definitiv mit der Person zusammengeschlossen“; „die Sache ist vom Individuum vollständig assimilirt“; „der Mensch absorbirt gleichsam die Substanz, er nimmt der Sache ihre objective Selbständigkeit und zieht ihre Substanz in sich hinein“. Diesen Versuchen reiht sich der im Texte bezeichnete an.

⁴ S. 3. B. §. 4 I. do usufr. 2. 4, l. 3 §. 2 l. 54 D. eod. 7. 1, l. 3 pr. C. eod. 3. 33.

Rechte (§. 42); wenn man Jemandem Eigenthum an Rechten zuschreibt, so kann das nur den Sinn haben, daß man diese Rechte als ihm zustehend bezeichnen will. Man soll also sagen: es steht ihm dieses Recht zu, nicht: er hat Eigenthum an diesem Rechte. Indem man die rechtliche Zuständigkeit eines Rechtes als Eigenthum an einem Rechte bezeichnet, gibt man Veranlassung zur Uebertragung der für das Eigenthum geltenden Grundsätze auf Rechte, für welche andere Grundsätze maßgebend sind. In demselben Sinne ist gegen den Ausdruck 'geistiges Eigenthum' zu warnen; Geistesproducte sind Dinge ganz anderer Art, als körperliche Sachen, und dürfen daher nicht mit diesen unter die gleichen Regeln gestellt werden (§. 137 Note 7).

II. Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums*.

§. 169.

Die rücksichtslose Durchführung der Consequenz des Eigenthumsbegriffes ist ohne erhebliche Uebelstände nicht möglich; kein positives Recht wird umhin können, von dieser Consequenz Dieses oder Jenes abzubrechen, so daß der Eigenthümer in dieser oder jener Beziehung über seine Sache nicht verfügen darf, in dieser oder jener Beziehung sich die Verfügung eines Andern gefallen lassen muß. Bestimmt werden wird es dabei nicht allein durch Rücksichten auf das Gemeinwohl; auch die Interessen der Einzelnen können dem Rechte als so wichtig erscheinen, daß es sich ihrer durch eine allgemeine Regel glaubt annehmen zu müssen. Das bei einer solchen Eigenthumsbeschränkung stattfindende Rechtsverhältniß kann im Einzelnen noch verschieden sein. Es kann sein, daß der Eigenthumsbeschränkung eine Privatberechtigung gegenübersteht; aber nothwendig ist das nicht, wie z. B. wenn ein Gesetz für den Häuserbau die Einhaltung einer gewissen Höhe vorschreibt. Steht ihr eine Privatberechtigung gegenüber, so

* Dirksen Zeitschr. f. gesch. RW. II. 16 (1816), Vetter Jahrb. d. gem. R. V. 10 (1861); Vagensteher I. §. XIII—XV, Schmid I. §. 17—32, Bangerow I. §. 297 Anm., Böcking II. §. 140.

kann dieselbe entweder eine obligatorische¹, oder eine dingliche² sein².

¹ Eine obligatorische. In diesem Falle muß man aber, wenn man genau §. 169. sein will, nicht von einer Beschränkung des Eigenthums, sondern von einer Beschränkung der Ausübung des Eigenthums reden.

² Eine dingliche, also ein Recht an fremder Sache. Das Recht an fremder Sache ist eine mögliche Form der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung (a. M. Dernburg Heib. krit. Zeitschr. I. S. 140). Aber nicht alle Rechte an fremder Sache, welche auf Gesetz beruhen, dürfen mit dem, was hier gesetzliche Eigenthumsbeschränkung genannt wird, zusammengestellt werden. Der gesetzliche Nießbrauch z. B., wie der des Vaters am Vermögen der seiner Gewalt unterworfenen Kinder, hat mit der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung nichts gemein. Der Grund ist, weil hier das Recht das Principale ist, aus dem Recht die Eigenthumsbeschränkung sich erst ergibt, während bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung die Beschränkung das Principale ist, das Recht nur deren Rehrseite. Daraus rechtfertigt sich auch der hier in Betreff des Ausdrucks 'gesetzliche Eigenthumsbeschränkung' befolgte einengende Sprachgebrauch, während es freilich auf der Hand liegt, daß an und für sich auch bei dem auf Gesetz beruhenden Rechte an fremder Sache, wie bei jedem Rechte an fremder Sache, eine Eigenthumsbeschränkung vorhanden ist. — Aus dem Gesagten geht hervor, daß, wenn man früher die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen geradezu als 'gesetzliche (Legal-) Servituten' bezeichnete, man einen doppelten Fehler beging. So wenig wie jede gesetzliche Eigenthumsbeschränkung eine gesetzliche Servitut ist, so wenig ist jede gesetzliche Servitut eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung. — Neuerdings hat Vetter (a. a. O. S. 151—154. 190. 191) die Scheidung zwischen der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung und der gesetzlichen Servitut in einer anderen Weise zu machen gesucht, als hier geschehen ist. Er nimmt eine gesetzliche Servitut in allen Fällen an, wo das Eigenthum durch eine gesetzliche Vorschrift nicht von vorne herein, kraft seiner bloßen Existenz, sondern erst kraft einer besonderen Thatsache, und (er scheint dieß als nothwendige Folge des Ersteren anzusehen) nicht gegen Jedermann, sondern nur einem bestimmten Subjecte gegenüber beschränkt sei, wenn auch das Recht dieses Subjectes nur obligatorischen Schutz genieße. Ueber die Vereinbarkeit dieses Letzteren mit dem Begriff des dinglichen Rechts hat Vetter nähere Aufklärung in Aussicht gestellt (S. 206), welche abzuwarten sein wird; was sein Theilungsprincip angeht, so leuchtet dessen innere Berechtigung nicht ein, und überdieß wird es von Vetter nicht treu durchgeführt. Wenn er z. B. den Satz, daß der Eigenthümer das eingebaute Material nicht vindiciren darf, unter die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen stellt, den Satz hingegen, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, auf welchem sich eine den Nachbar gegen Wasserschaden schützende Anlage befindet, nach zufälliger Zerstörung derselben die Wiederherstellung durch den Nachbar gestatten muß, unter die gesetzlichen Servituten (S. 159. 185), so scheint doch dort ebenso sehr wie hier das Eigenthum nicht von vorne herein, sondern erst durch eine besondere Thatsache

Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen sind heutzutage nicht alle mehr practisch³; die noch practischen sollen im Folgenden genannt werden⁴. Eine besonders wichtige Gruppe unter ihnen bilden diejenigen, welche im Interesse des Nachbarverhältnisses eingeführt sind (s. g. Nachbarrecht⁵); mit ihnen wird hier begonnen⁶.

(Einbauung — Anlage) beschränkt zu sein. Vgl. noch Ebers römische Servitutentehre §. 33.

³ S. die bei Böcking I. A. 1. 2. C. 1. 2, II. B. 1 genannten. Vgl. übrigens Bekker S. 195. 196. Ueber die in deutschen Rechtsquellen vorkommenden — nicht gemeinrechtlichen — gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Mittermaier I. §. 167, Gerber §. 86. 87, Beseler II. §. 194.

⁴ Keine Eigenthumsbeschränkung ist es, wenn der Eigenthümer zu einem Thun verpflichtet ist. Daher darf unter den Eigenthumsbeschränkungen nicht aufgeführt werden die Verpflichtung, eine einem Andern unentbehrliche Wegerechtigkeit zu gewähren, welche in einer einzelnen Anwendung in l. 12 pr. D. de rol. 11. 7 anerkannt ist. Der Eigenthümer ist hier zum Abschluß eines Vertrags verpflichtet. Vgl. l. 14 §. 1 quoadm. serv. 8. 6 und Bekker S. 199. 200.

⁵ Seuffert Erörterungen II. Nr. 2.

⁶ An und für sich ist der Nachbar nicht genöthigt, auf die Interessen des Nachbarn Rücksicht zu nehmen; er braucht sich z. B. beim Bauen nicht daran zu kehren, ob dadurch der Nachbar sein Licht verliert, beim Graben nicht daran, ob dadurch dem Nachbar das Wasser abgeschnitten wird (l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8. 9 C. de serv. 3. 34, l. 24 §. 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 §. 12 D. de aqua et aquas 39. 3, [l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de usufr. 7. 1 erklären sich aus dem Recht des Vermächtnisses, l. 11 pr. D. de S. P. U. 8. 2 und l. 12 §. 1 C. de aed. priv. 8. 10 reden von einer Verjährung, vgl. l. 1. 1 C. de serv. 3. 34]). Nur darf er nach einem allgemeinen für die Rechtsausübung geltenden Grundsatze (§. 121 Note 3), was er thut, nicht zur Schikane des Nachbarn thun; und ferner versteht es sich von selbst, daß er seine Sache nicht in einer Weise gebrauchen darf, daß dadurch auf die benachbarte Sache (oder den darüber befindlichen Lufteraum [§. 139 Note 3] eingewirkt wird, z. B. durch Eindringen von Rauch, Hinüberfliegen von Steinfrüchten (l. 8 §. 5 D. si serv. 8. 5, l. 1 §. 17 D. de aqua et aquas 39. 3, l. 19 pr. [vgl. l. 18] D. de S. P. U. 8. 2). Man hat auch hierin eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung gesehen; Bekker (a. a. O. S. 166) sagt mit Recht, es sei dieß eben so wenig eine Eigenthumsbeschränkung, „wie es eine Eigenthumsbeschränkung des Herrn der Schafe ist, daß er sie nicht nach Belieben, wo er will, auf die Weide treiben darf“. Umgekehrt ist es eine Eigenthumsbeschränkung, wenn der Nachbar von seinem Verbiethungsrecht in dieser Beziehung keinen unbedingten Gebrauch machen darf; s. das im Text sogleich Folgende.

1) Der Eigenthümer eines Grundstücks muß sich eine nicht ungebührliche Einwirkung auf dasselbe z. B. durch Rauch, Dampf, wie sie die nothwendige Folge des bestimmungsmäßigen Gebrauchs des benachbarten Grundstücks ist, gefallen lassen⁷.

2) Ebenso muß er sich die Ausbauchung der Mauer des Nachbarn gefallen lassen, wenn dieselbe nicht über einen halben Fuß hinausgeht⁸.

3) Er muß dem Nachbarn das Betreten seines Grundstücks zum Zweck des Abholens herübergefallener Baumfrüchte an jedem dritten Tag (einen um den andern Tag) gestatten⁹.

4) Einen Baum, welcher über des Nachbarn Haus hinüberhängt, soll er abschneiden; thut er es nicht, so muß er dem Nachbarn gestatten, es zu thun, und dieser darf dann das Holz für sich behalten. Hängt der Baum über ein fremdes Ackergrundstück hinüber, so soll er die Aeste bis zur Höhe von 15 Fuß abschneiden, widrigenfalls dieselbe Folge eintritt¹⁰.

⁷ L. 8 §. 6 D. si serv. 8. 5 (vv. aut non licere), l. 19 pr. de S. P. U. 8. 2. Spangenberg Arch. f. civ. Pr. IX. 16 (1826), Hesse Rechtsverh. zu Grundstücksnachb. S. 26—33, Pagenstecher I. S. 121, Schmid S. 19, Vangerow I. S. 625, Sintenis I. §. 47 Note 31, Keller §. 113, Bekker S. 166; Seuff. Arch. III. 7. VIII. 346. IX. 218. X. 164. XI. 14. 114. XII. 124. XIII. 235. XIV. 113. 208. XV. 2.

⁸ L. 17 pr. D. si serv. 8. 5. Besondere Meinungen bei Sintenis I. §. 47 Note 33 a. E. (dagegen Vangerow I. S. 627), Pagenstecher S. 138, Böcking Note 48, Bekker S. 167, Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. S. 127.

⁹ Diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur — interdictum de glando legenda, Dig. 43. 28. Der Eigenthümer der Früchte muß aber Caution wegen etwaiger Beschädigung stellen. Ueber den Sinn des 'tertio quoque die' ist Streit (ob Zwischenraum von einem oder zwei Tagen), vgl. Schmid I. S. 22—23, Vangerow I. S. 625, Böcking Note 40 und die baselst Citirten. — Bekker (S. 164) leugnet, daß hier eine Eigenthumsbeschränkung statfinde, indem er die Pflicht zum Betretenlassen des Grundstücks mit der Pflicht zur Herausgabe verwechselt (vgl. Note 18). — Schmid S. 22—24 bestreitet die gemeinrechtliche Bedeutung der Bestimmung, weil der Satz des deutschen Rechts, daß überhängende und überfallende Früchte dem Nachbarn zu eigen gehören, gemeinrechtlich geworden sei. Die neueren Germanisten behaupten das nicht mehr; s. die Lehrbücher von Eichhorn §. 173, Mittermaier I. §. 165, Gerber §. 91, Beseler II. S. 275.

¹⁰ Das Abschneiden des überhängenden, soweit es überhängt, kann der Nachbar schon kraft seines Eigenthumsrechtes (actio negatoria, vgl. l. 2 D. de arb. caed. 43. 27) verlangen. Hierin also liegt eine Beschränkung des Eigen-

5) Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück keinen Dungplatz so anlegen, daß die Feuchtigkeit der Mauer des Nachbarn schadet; sonst haftet er auf Schadenersatz¹¹.

6) In gleicher Weise haftet er, wenn er auf seinem Grundstück so tief gräbt, daß dadurch des Nachbarn Mauer einstürzt¹².

7) Er darf auf seinem Feldgrundstücke keine Veranstaltung treffen, wodurch der natürliche Lauf des Regenwassers zum Nachtheil des Nachbarn adgeändert wird; thut er es, so kann Wieder-

thums am Baum (am Grundstück) nicht; sie liegt erst in der weitergehenden Vorschrift, daß dem Nachbarn das vollständige Abschneiden der Zweige bez. des ganzen Baums gestattet werden muß. Auch diese Verpflichtung ist lediglich obligatorischer Natur, — *interdictum de arboribus caedendis*, Dig. 43. 27. Seuff. Arch. XI. 15. — Bekker (S. 168—171) leugnet auch hier die Eigenthumsbeschränkung ganz, in dem er sie auf Seiten desjenigen, über dessen Grundstück der Baum hinüberhängt, sucht. Viele nehmen nämlich an, daß derselbe die Zweige unter 15 Fuß dulden müsse. Dieß bestritt Bekker mit Recht. — Uebrigens ist über den wahren Inhalt der angeführten Bestimmungen viel Streit; es handelt sich um die Auslegung der Worte „*quindocim pedes a terra altius*“ in l. 1 §. 7 D. tit. cit. Andere Auslegungen sind: 1) es müssen die über 15 Fuß hohen Zweige abgeschritten werden; 2) es muß der ganze Baum jenseits der Höhe von 15 Fuß abgeschritten werden. Vgl. Schmidt S. 24—27, Vangerow S. 626, 627, Böcking S. 50, 52 und die an diesen Orten Citirten.

¹¹ L. 17 §. 2 D. si serv. 8. 5. — In l. 13 D. fin. reg. 10. 1 wird im Princip anerkannt, daß der Eigenthümer überhaupt bei Anlagen eine gewisse Entfernung von des Nachbarn Grundstück einhalten müsse, ohne daß die Details des daselbst angeführten römischen Gesetzes als geltendes Recht bezeichnet würden. Vangerow S. 628, Sintonis I. §. 47 Note 33; Seuff. Arch. V. 107, VII. 281 (dagegen V. 141).

¹² L. 24 §. 12 D. de damno inf. 39. 2. — In diesem wie in dem vorigen Fall haftet er jedoch auf Schadenersatz nur nach den Grundsätzen der *cautio damni infecti*. Uebrigens ist es für beide Fälle nicht unzweifelhaft, ob wirklich eine Eigenthumsbeschränkung vorliegt; ist nicht vielmehr das Verbot einer Einwirkung auf die fremde Sache vorhanden? Vgl. Bekker S. 175, 185, Vagenstecher S. 120. Bekker S. 172, 175 leugnet die gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, weil nur Schadenersatz gefordert werden könne. Aber der Schadenersatz würde nicht gefordert werden können, wenn das Eigenthum in seiner ganzen Fülle sich geltend machen könnte. — Die Entscheidung der l. 24 §. 12 cit. will verallgemeinern Reinhard Arch. f. civ. Pr. XXX. 8 (1847). Auf Grund derselben, unter Hinzunahme der l. 26 sod., stellt er den Satz auf, daß der Eigenthümer für jede dem Nachbarn schadenbringende Handlung hafte, die er auf seinem Grund und Boden vornehme. S. auch Böcking S. 48, Pesse Rechtsverb. zwischen Grundstücksnachbarn (1859) S. 12, 32.

herstellung von ihm verlangt werden¹³. — Ist die Veränderung des Wasserablaufs nicht von ihm ausgegangen, so ist er verpflichtet, dem Nachbarn die Wiederherstellung zu gestatten¹⁴. Vorschriften, welche den Eigenthümer eines Grundstücks in der Benützung eines auf demselben befindlichen Privatgewässers im Interesse der anschließenden Grundeigenthümer beschränken, gibt es im römischen Rechte nicht; dieselben gehören erst der modernen Particulargesetzgebung an¹⁵.

8) Der Eigenthümer darf auf seinem Grundstück keinen Bau vornehmen, durch welchen der Tenne des Nachbarn der Luftzug entzogen wird¹⁶.

¹³ Mit einem obligatorischen Anspruch, *actio aquae pluviae arcendae*, Dig. 39. 3. — Bekker S. 176 fg. nimmt auch hier Einwirkung auf die fremde Sache, und daher keine Eigenthumsbeschränkung an. Er behauptet demnach auch — unter Berufung auf l. 2 §. 17 D. tit. cit. —, daß mit der *actio aquae pluviae arcendae* die *negatoria actio* concurreire.

¹⁴ L. 2 §. 5. 6 l. 11 §. 2 l. 12 D. de aq. et aquae 39. 3. Für Bekker (S. 185) ist die gesetzliche Servitut (vgl. Note 2).

¹⁵ Das römische Recht gibt eine Reihe von Vorschriften über die Benützung der *flumina publica*, nimmt aber von diesen die *flumina privata*, und um so mehr die *rivi*, ausdrücklich aus (l. 1 §. 4 D. de flum. 43. 12, l. 1 §. 2 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, vgl. l. 1 §. 1 D. ut in flum. publ. 43. 14), und gibt daselbst als Grund an: „*nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum*“ (l. 1 §. 4 de flum.). Der hier vertretenen Ansicht sind Gesterding Arch. f. civ. Pr. III. 5 (1822), Beseler deutsch. Privatr. III. S. 182. Andere (Kunze Arch. f. civ. Pr. XII. 15. 21 (1829), Kori das. XVIII. 2 (1835), Bülow und Hagemann pract. Erört. I. Nr. 3. IV. 1 Nr. 8, Mittermaier deutsch. Privatr. I. §. 222^b, Gerber deutsch. Privatr. §. 61) finden schon im römischen Rechte das Princip anerkannt, daß zwischen den an ein Privatgewässer anschließenden Grundeigenthümern eine Art von Gemeinschaft bestehe, welche dem oberen gegen den unteren Pflichten auferlege. Die Gründe sind sehr schwach. Man beruft sich auf den Satz, daß die *aqua profluens res communis omnium rei* (§. 1 I. de R. D. 2. 1), ohne zu bedenken, daß, wenn diese Stelle sich überhaupt auf irgend etwas Anderes bezöge, als die fließende Wasserwelle als solche, sie nicht bloß die anschließenden Grundeigenthümer berechtigen würde. Gerber, der a. a. O. in Note 6 Stellen, welche Kori geltend macht, mit der Bemerkung zurückweist, daß in ihnen nur von Regenwasser die Rede sei, beruft sich selbst in Note 5 auf l. 1 §. 13 de aq. et aquae 39. 3. S. noch Schwab die Conflictte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung derselben zum Maschinenbetrieb (Beilagebest zum Arch. f. civ. Pr. XXX. [1847] S. 20—25).

¹⁶ L. 14 §. 1 C. de serv. 3. 34. Vangerow S. 627, Schmidt S. 28, 14. Bekker S. 191 nimmt auch hier gesetzliche Servitut an.

9) Was aus des Nachbarn Grundstück in oder über das seinige hinüberraigt, darf er nicht selbst beseitigen, sondern muß dagegen klagend auftreten¹⁷. —

Nicht auf dem Nachbarnverhältniß beruhen folgende Eigenthumsbeschränkungen.

10) Wie der Eigenthümer verpflichtet ist, das Betreten seines Grundstücks dem Nachbarn zum Zweck des Abholens der hinübergefallenen Baumfrüchte zu gestatten, so hat er die gleiche Verpflichtung überhaupt gegen Jeden, dessen Sachen sich auf seinem Grundstück befinden¹⁸.

11) Er ist verpflichtet, Nachgrabungen nach Mineralien auf seinem Grundstück zu gestatten gegen Abgabe von $\frac{1}{10}$ des Ertrags (ein zweites Zehntel muß dem Fiscus abgegeben werden)¹⁹. Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist durch das Bergregal sehr eingeengt, aber, da dasselbe nicht gemeinrechtlich ist, nicht unbedingt ausgeschlossen.

12) Der Eigenthümer eines Grundstücks, welches an einen öffentlichen Fluß anschießt, muß sich gefallen lassen, was das Interesse des Verkehrs auf dem Fluß erfordert²⁰.

13) Der Eigenthümer von Baumaterial und Nebpfählen, welche in ein fremdes Grundstück verwendet sind, darf dieselben nicht zurückfordern; dafür hat er einen Entschädigungsanspruch auf das Doppelte²¹.

¹⁷ L. 6 §. 2 D. ar. furt. caes. 47. 7, l. 29 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 17 pr. si serv. 8. 5, l. 1 C. de interd. 8. 1.

¹⁸ Auch diese Verpflichtung ist eine rein obligatorische. Die Quellen geben ein *interdictum prohibitorium* oder *actio ad exhibendum*. L. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 1 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 §. 3 (cf. §. 4. 5) l. 9 §. 1 D. ad exh., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1. Scuff. Archiv IV. 10. 11. Die Verwechslung, kraft deren Bekker (S. 154) auch hier die Eigenthumsbeschränkung leugnet, ist bereits oben Note 9 bezeichnet worden.

¹⁹ L. 3. 6 C. de metall. 11. 6. Vgl. l. 13 §. 1 D. comm. praed. 8. 4.

²⁰ §. 4 I. de R. D. 2. 1. Bekker S. 200.

²¹ Dig. 47. 3 de tigno iuncto, l. 23 §. 6. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 6. 7 pr. D. ad exh. 10. 4, l. 7 §. 10 D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. §. 188 Note 10—12.

III. Miteigenthum.

§. 169 a.

Aus dem Begriff des Eigenthums folgt, daß an einer und derselben Sache ein mehrfaches Eigenthum nicht stattfinden kann¹. Dagegen kann das eine Eigenthum, welches an einer Sache möglich ist, mehreren Personen zustehen; wir sprechen in einem solchen Fall von Miteigenthum². Das dabei stattfindende Verhältniß ist näher dieses, daß das Eigenthumsrecht den mehreren Eigenthümern in der Weise gemeinschaftlich ist, daß es nur durch den übereinstimmenden Willen Aller in Bewegung gesetzt werden kann. Will daher ein Eigenthümer in irgend einer Weise seinen Willen für die Sache geltend machen, und ein anderer widerspricht, so behält der Widersprechende Recht³; jedoch gilt dieser Satz nicht ohne alle Ausnahmen^{4 5}. Dagegen darf das beim Miteigenthum

¹ L. 5 §. 15 D. comm. 13. 6. — „duorum in solidum dominium vel §. 169 a. possessionem esse non posse“.

² Die Ausdrücke 'condominium' und 'condominus' sind nicht römisch. Die Quellen haben für Miteigenthum und Miteigenthümer keine andere Bezeichnungen, als die allgemeinen: *communio* und *socius*.

³ L. 28 D. comm. div. 10. 3. „Sabinus . . in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse; in re enim pari potiorum causam esse prohibentis constat“. L. 8. 27 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 11 D. si serv. 8. 5. Scuff. Arch. IX. 268.

^{4 a)} Der Miteigenthümer kann sich zwar dem, was der andere Miteigenthümer mit der Sache vornehmen will, widersetzen; thut er es aber nicht, so kann er hinterher Wegnahme der Vorrichtung nicht mehr auf Grund seines Miteigenthums, sondern nur auf dem Wege der Schadenersatzforderung wegen der dadurch der gemeinschaftlichen Sache zugefügten Verschlechterung (*actio communi dividendo*) verlangen, l. 26 D. S. P. U. 8. 2, l. 28 D. comm. div. 10. 3. Scuff. Arch. VII. 285. ^{b)} Eine Benutzung der gemeinschaftlichen Mauer, soweit dieselbe der Mauer unschädlich ist und keine wesentliche Veränderung derselben herbeiführt, darf dem Miteigenthümer nicht verwehrt werden, l. 13 §. 1 l. 19 §. 2 D. de S. P. U. 8. 2, vgl. l. 8. 13 pr. l. 19 pr. l. 27 pr. eod., l. 27 §. 10 D. ad leg. Aq. 9. 2. ^{c)} Nöthige Reparaturen an einem gemeinschaftlichen Gebäude kann nicht nur jeder Miteigenthümer allein besorgen, sondern es fällt auch der Eigenthumsantheil des andern Miteigenthümers an ihn, wenn derselbe ihm nicht binnen 4 Monaten seinen Theil der Auslagen mit Zinsen ersetzt, l. 52 §. 10 D. pro soc. 17. 2, l. 4 C. de aed. priv. 8. 10,

stattfindende Rechtsverhältniß nicht so gedacht werden, als wäre das Eigenthumsrecht zwischen den mehreren Eigenthümern getheilt⁶. Was wirklich zwischen ihnen getheilt ist, ist nur der Werth der Sache. Auf ihn allein bezieht es sich auch, wenn den verschiedenen Miteigenthümern ein verschiedener Antheil an der Sache zuge-

Paul. R. S. V. 10 §. 2, l. 32 D. de damn. inf. 39. 2, l. 12 D. de S. P. U. 8. 2. Zum Ganzen vgl. Schmid S. 6—11, zu b) und c) Ruete die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern (1843), Fesse Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn S. 106 fg., Sintonis I. §. 47 Note. 11. — Die Bestimmung, daß jeder Miteigenthümer einen Todten in das gemeinschaftliche Grundstück beerbigen dürfe (l. 41. 43 D. de rel. 11. 7, l. 6 §. 6 D. comm. div. 10. 3), kann heutzutage nicht mehr als practisch angesehen werden.

⁵ Abgesehen von diesen Ausnahmen ist der Grundsatz in seiner vollen Schärfe durchzuführen, und es darf nicht etwa, wie das Erf. des D. A. G. zu Alsted vom 30. Mai 1843 (Scurf. Arch. VIII. 345) thut (vgl. das XIII. 24, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 253, Fitting Correalobl. S. 32), die Regel aufgestellt werden, „daß man dem Miteigenthümer nicht wehren kann, die res communis zu dem Zweck zu gebrauchen, wofür sie mit bestimmt ist“. Man kann auch das, soweit nicht eine Verjährung, oder der Grundsatz, daß ein Recht nicht zur Chikane eines Andern gebraucht werden dürfe, oder ein obligatorisches Verhältniß entgegensteht.

⁶ Das Eigenthumsrecht kann nicht getheilt sein, weder so, daß jeder Miteigenthümer das Eigenthum nur zum Theil hätte, — dann würde keiner irgend Etwas haben, — noch so, daß die einzelnen Eigenthumsbefugnisse unter die einzelnen Berechtigten vertheilt wären, — dann würde weder irgend Einer von ihnen, noch würden sie Alle zusammen Eigenthum haben (Note 9). Sondern das eine, ungetheilte Eigenthumsrecht ist, wie sonst an ein einziges Subject, so hier an eine Mehrheit von Subjecten angeknüpft. Jedem dieser Subjecte steht es ganz zu; aber es steht eben jedem zu; daraus folgt ihre gegenseitige Beschränkung. Daß jeder Miteigenthümer ganz Eigenthümer ist, ist in den Quellen in unzweideutigen Consequenzen anerkannt. Was ein im Miteigenthum stehender Sklave dem einem der Herren nicht erwerben kann, erwirbt er dem andern ganz (l. 1 §. 4 l. 7 §. 1 l. 8. 9 pr. D. de stip. serv. 45. 3); ebenso erwirbt er für einen Eigenthümer das Ganze, wenn er für ihn allein erwerben will (l. 5 eod.). Beides wäre unmöglich, wenn er nur halb in seinem Eigenthum stände. Nur daraus, daß jeder ganz Eigenthümer ist, erklärt sich auch Ulp. I. 18. „communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio“ (vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 262—246).

⁷ S. §. 140 Note 4 und die dort citirten Stellen. Nach Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 239 fg. soll das Miteigenthum zum Gegenstand nur die Werthquote der Sache haben; wie das Eigenthum das Recht an der Bestimmung der Sache sei (§. 167 Note 3), so sei das Miteigenthum das Recht

geschrieben wird⁷; für das Recht, über die Sache zu verfügen, ist diese Verschiedenheit des Antheils ganz gleichgültig⁸. —

Man hat behauptet, daß nach deutschem Recht ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache auch in der Weise stattfinden könne, daß das Recht selbst zwischen den mehreren Eigenthümern, seinem Gehalt oder dem Zeitverhältniß nach, getheilt sei; man hat dafür den Ausdruck 'Gesamteigenthum' gebildet. Der Begriff des Gesamteigenthums ist aber eben so wenig haltbar⁹, wie die im Mittelalter aufgekommene und bis in die neueste Zeit herübergetragene Scheidung des Eigenthums in ein f. g. Ober- und Unter- (nutzbares) Eigenthum¹⁰. —

an Theilen ihrer Bestimmung, d. h. ihres Werthes. Vgl. auch noch Windscheid Krit. Vierteljahrschr. III. S. 177. 178.

⁸ Dagegen kann der Antheil selbst den Gegenstand einer rechtlichen Disposition, einer totalen oder partiellen Veräußerung bilden, l. 3. 4 C. de comm. rer. al. 4. 52, l. un. C. si comm. res pign. 8. 21.

⁹ Der Begriff des Gesamteigenthums ist nicht so scharf ausgeprägt worden, daß nicht im Einzelnen sich Verschiedenheiten der Auffassung fänden (s. die literarhistorische Uebersicht bei Duncker das Gesamteigenthum [1843] S. 1—23, und vgl. außerdem Beseler Volksrecht u. Juristenrecht S. 186—194 und deutsch. Privatr. II. §. 83, Bluntshli deutsches Privatr. §. 58, Schäfer Arch. f. pract. R. in Oldenburg III. S. 154—164, Pagenstecher I. S. 23—25). Im Allgemeinen aber versteht man unter Gesamteigenthum ein Eigenthum Mehrerer an derselben Sache ohne f. g. intellektuelle Theilung, bei welchem vielmehr der Conflict zwischen den mehreren Eigenthümern entweder dadurch gelöst werde, daß jeder ein bestimmtes Maas von Befugnissen habe, so z. B. bei der deutschen Realgemeinde oder Markgenossenschaft, oder dadurch, daß in die Ausübung des Eigenthums der Eine erst nach dem Wegfall des Andern eintrete (so z. B. bei dem Familienvermögen des hohen Adels). Aber im ersten Falle ist weder der einzelne Berechtigte Eigenthümer, noch sind sie alle zusammen, da nun einmal durch eine Zusammenrechnung einzelner Befugnisse kein Eigenthumsrecht herausgebracht werden kann (vgl. §. 58 Note 5), und ebenso ist im zweiten Fall entweder Keiner Eigenthümer, wenn man es mit dem Gegensatz zwischen Ausübung und Recht strenge nimmt, oder in einem gegebenen Zeitpunkt immer nur Einer, während die Andern bloß genannt werden. Gegen den Begriff des Gesamteigenthums s. Duncker in der oben citirten Schrift, F. C. Haffs Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (1808) S. 20 fg., Gerber deutsch. Privatr. §. 77.

¹⁰ Die lateinischen Ausdrücke sind: dominium directum — dominium utile. Dominium utile, im Gegensatz des dominium directum, nannten die Glossatoren das Recht desjenigen, der nicht directa, sondern nur utilis petitio rei habe, und

IV. Erwerb des Eigenthums*.

A. Uebersicht über die verschiedenen Eigenthums-
erwerbarten.

§. 170.

Der Erwerb des Eigenthums knüpft sich, wie der Erwerb eines jeden Rechts, an gewisse Thatsachen an; die Verschiedenheit derselben begründet die Verschiedenheit der Eigenthumserwerbarten. Der Anordnung, in welcher hier die einzelnen Eigenthumserwerbarten vorgetragen werden, liegt folgende Betrachtung zu Grunde¹. Die bei Weitem meisten der uns umgebenden

so namentlich auch das Recht des Emphyteuta und des Superficiar. Später sah man das dominium utile als nutzbares Eigenthum auf, und nahm ein dominium utile in diesem Sinne auch bei dem Lebensverhältniß und bei gewissen Formen des bäuerlichen Verhältnisses an. Das dominium utile ist aber in der That kein Eigenthumsrecht, sondern ein Recht an fremder Sache, dessen (juristischer) Inhalt allerdings aus der (unjuristischen) Vorstellung heraus bestimmt worden ist, als sei der dominus utilis Eigenthümer. So geht das Recht des f. g. dominus utilis allerdings viel weiter, als das irgend eines andern an fremder Sache Berechtigten; aber Eigenthumsrecht kann es nicht werden, ohne daß der f. g. dominus directus aufhörte, Eigenthümer zu sein. Auch hier kann der Eigenthumsbegriff nicht über seine eigene Consequenz hinaus. S. Thibaut Versuche II. 3 (1801), Duncker Zeitschr. f. deutsch. Recht II. S. 177 fg. (1838), Schmid I. §. 3 Note 6, Bangerow I. §. 302, Böcking II. S. 40—42. Doch wird der Begriff, oder doch wenigstens die Bezeichnung, auch von neueren Schriftstellern noch festgehalten, so namentlich in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 160, Mittermaier I. §. 156, Beseler II. §. 81, Bluntzli §. 60. (Wenn man sich darauf beruft, daß auch das römische Recht die Möglichkeit eines bonitarischen Eigenthums neben dem quiritarischen anerkannt habe, so darf darauf zwar nicht entgegnet werden, daß das erstere eigentlich kein Eigenthum gewesen sei, denn in Wirklichkeit war es das allerdings; aber nichtsdestoweniger ist jenes Argument ohne allen Werth, da sich im römischen Recht hier, wie an so vielen andern Punkten, der Widerstreit zweier verschiedener Rechtsordnungen, der prätorischen und der civilen, geltend machte, von denen jene diese überwand.)

* D. 41. 1 de acquirendo rerum dominio.

§. 171. 1 Die Anordnung ist bei den verschiedenen Schriftstellern eine sehr verschiedene; s. die Uebersicht bei Böcking II. S. 55, auch Pagenstecher II. S. 1—57. Die von Böcking selbst a. a. O. begründete Anordnung hat er

Sachen haben bereits einen Eigenthümer; in den bei Weitem meisten Fällen ist daher der Erwerb des Eigenthums Erwerb des Eigenthums an einer bereits im Eigenthum eines Andern stehenden Sache. Dieser Erwerb kann nun von doppelter Art sein: 1) er gründet sich auf das Eigenthum, welches bis dahin an der Sache bestanden hat, er ist ein Eintreten, eine Nachfolge (Succession) in dieses Eigenthum (§. 65); 2) es ist dieß nicht der Fall. Unter diesen beiden Fällen ist der erste der wichtigste, unter seinen Anwendungen aber wieder die wichtigste diejenige, wo diese Nachfolge durch den Willen des bisherigen Eigenthümers bewirkt wird. Außerdem kann sie ihren Grund auch in einer richterlichen Verfügung, oder in einer unmittelbaren Bestimmung des Gesetzes haben. Die wichtigste Anwendung des zweiten Falles bildet die Erfindung; außerdem gehört dahin die Verbindung. — Aber wenn auch die meisten der uns umgebenden Sachen bereits einen Eigenthümer haben, so ist dieß doch nicht bei allen der Fall. Diejenigen, bei denen es nicht der Fall ist, fallen regelmäßig in das Eigenthum desjenigen, der sich ihrer bemächtigt. — Ferner entstehen fortwährend neue Sachen, entweder auf organischem Wege, oder durch menschliche Thätigkeit. Für die auf organischem Wege neu entstandenen Sachen bildet es die Regel, daß sie in das Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache fallen; an den durch menschliche Thätigkeit neu erzeugten erwirbt, mit gewissen Beschränkungen, das Eigenthum der Verfertiger. — Die Verfertigung und die Verbindung unterscheiden sich von allen andern Eigenthumserwerbarten durch ihre bloß formale Natur, d. h. beide verleihen zwar das Eigenthum, aber berechtigen nicht auch zum Behalten des Vermögenswerthes der Sache. Nach diesem Gesichtspunkt ist hier die Verbindung mit der Verfertigung zusammen an den Schluß gestellt worden².

in der neuesten Auflage seines Grundrisses (S. 72 fg.) mit einer andern vertauscht.

² Es wird auch wohl von einem f. g. univervellen Eigenthumserwerbe, im Gegensatz des singulären, geredet. Man versteht darunter den Erwerb des Eigenthums in und mit dem ganzen Vermögen, zu welchem es gehört. Es liegt auf der Hand, daß der f. g. univervelle Eigenthumserwerb ein Erwerb des Eigenthums als solchen nicht ist; der unmittelbare Gegenstand des Erwerbs ist eben das Vermögen, d. h. etwas Anderes, als das Eigenthum.

B. Eigentumsverwerb durch den Willen des bisherigen Eigentümers*.

§. 171.

Der Eigentümer kann sein Eigentum einem Andern übertragen entweder durch Willenserklärung unter Lebenden oder durch Willenserklärung auf Todesfall. Hier ist nur von dem ersten Fall zu reden; die Betrachtung des zweiten gehört in das Erbrecht.

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß Eigentum auf einen Andern übergehen solle, reicht als solche nicht aus, um den Uebergang des Eigentums zu bewirken. Es muß

1) zu ihr hinzukommen die Erklärung des Willens von Seiten dieses Andern, daß er das Eigentum erwerben wolle; mit andern Worten, der Eigentumsübergang setzt voraus einen Eigentumsübertragungsvertrag¹. Dieser Vertrag sodann bedarf

2) einer gewissen Form. Diese Form ist die Besitzübergabe (Tradition)². Der auf das Geben und Nehmen des Rechtes

* Schmid §. 8, Böding §. 153, Pagenstecher II. S. 193—229, Scheurl Beiträge I. 8.

§. 172. 1 L. 10 D. de don. 39. 5. „Absenti, sive mittas, qui ferat, sive, quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest. Sed si nescit, rem, quas apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit“. L. 55 D. de O. et A. 44. 7. Scuff. Arch. XIII. 82.

2 L. 20 C. de pactis 2. 3. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur“. L. 50 pr. D. de R. V. 6. 1, I. 15 C. eod. 3. 32, I. 6 C. de her. vel act. vend. 4. 39, I. 8 C. de A. E. V. 4. 49. L. 16 D. de fundo dot. 23. 5 ist im Sinne ihres Urhebers ohne Zweifel von der Mancipation zu verstehen, im Sinne des Justinianischen Rechtes von der Cession der Vindication, — I. 10 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1 entweder vom Legate (vgl. §. 3 eod.), oder ebenfalls von der Mancipation (vgl. die Interpretation „nactus possessionem servi“ in I. 56 D. de O. et A. 44. 7). S. auch Schmid S. 85—91. Eine Ausnahme enthält auch nicht I. 1 §. 1 D. pro soc. 17. 2, welche sich aus einem constitutum possessorium (§. 155 Note 4) erklärt, wie deutlich aus I. 2 eod. hervorgeht (a. M. ohne genilgende Begründung Buchta II. Schriften S. 439). Dagegen glaube ich eine Ausnahme allerdings in I. 23 C. de ss. eccl. 1. 2 anerkennen zu müssen: Kirchen und milde Stiftungen werden aus Käufen und Schenkungen Eigentümers ohne Tradition, — was früher fast allgemein angenommen wurde, noch in der neueren Zeit von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XX. 1 verteidigt und von

an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache³. Auf Grund hiervon wird die Besitzübergabe (Tradition) geradezu als Eigentumsverwerbart bezeichnet⁴, indem das Vorhandensein des gehörigen Willens in Betreff des Rechtes hinzugebracht wird⁵.

Vangerow I. §. 311 Anm. 4, wie mir scheint, nicht widerlegt worden ist. („In his autem omnibus casibus non solum personales actiones dantur, sed etiam in rem —“. Diese Worte versteht Vangerow dahin: es solle die in rem actio, wenn sie zulässig sei, ebenfalls der im Besitze vorgeschriebenen 100-jährigen Verjährung unterliegen.) — Der Satz, daß das Eigentum mit der Besitzübergabe übergehe, ist in Deutschland gemeines Recht. In den meisten deutschen Partikularrechten wird aber bei Grundstücken, auf Grund älterer deutschen Anschauung (Auflassung), Eintragung in ein öffentliches Buch (mit oder ohne gerichtlichen Abschluß des Geschäfts oder richterlicher Bestätigung desselben) verlangt, bald in dem Sinne, daß ohne dieselbe gar kein Eigentum übergeht, bald in dem Sinne, daß jeder Dritte, welcher sich mit dem Eingetragenen in Verhandlungen einläßt, sich auf das Eigentum desselben berufen kann. Vgl. Gerber deutsch. Privatr. §. 89, Beseler deutsch. Privatr. II. §. 88. 89, Schmid S. 96—99, Arnolds krit. Ueberschau V. S. 91 fg.

³ Das ältere römische Recht verlangte Abschluß des Vertrages vor Neprästanten der Volksgemeinde oder vor Gericht (mancipatio, in iure cessio), und in beiden Fällen noch eine besondere Art des Ausdrucks des Willens. — Die Tradition ist als Form des Vertrags bezeichnet worden. Abzuweisen ist die Vorstellung, als wenn sie nur etwas zu dem Eigentumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Percipirendes wäre. Sie ist der Eigentumsübertragungsvertrag ohne sie ist derselbe ohne alle rechtliche Bedeutung, oder hat höchstens obligatorische Wirkung. Auch wenn die Eigentumsübertragung der Tradition vorhergeht, wird sie in der Tradition wiederholt. Vgl. übrigens auch Leist civ. Stud. III. S. 189 fg.

⁴ So auch unsere Quellen, z. B. §. 40 I. de R. D. 2. 1, I. 9 §. 3 D. de A. R. D. 41. 1, I. 20 D. de pactis 2. 3.

⁵ Vgl. §. 40 I. de R. D. 2. 1. „Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiritur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi“. Das Ungenauere der Ausdrucksweise wird ausdrücklich anerkannt in I. 31 pr. D. de A. R. D. 41. 1. „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur“. Diese Stelle denkt an den nächstliegenden Fall, wo der Eigentumsübertragungsvertrag und Eigentumsverwerbwillen durch eine der Tradition vorhergehende Thatfache (vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. S. 189. 190) außer Zweifel gestellt ist. Nothwendig ist dieß aber nicht; jener Wille kann feststehen auch ohne causa praecedens, wie beim Handgeschenk. Eine Ausführung des Satzes, daß die Tradition Eigentum in allen Fällen übertrage, wo sie in der Absicht, Eigentum zu übertragen, geschehe, gibt die Schrift von Strempele die iusta Windscheid, Pandekten. I. Nothg.

§. 172.

Die näheren Grundsätze für den Eigentumsübertragungsvertrag sind im Allgemeinen die für Rechtsgeschäfte und Verträge (§. 70 fg.) überhaupt geltenden. Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben.

1) Nur der Eigentümer kann das Eigentum der Sache übertragen¹. Jedoch erleidet diese Regel Ausnahmen², nicht bloß für den Fall der vorgängigen oder nachträglichen Einwilligung des Eigentümers³, sondern auch a) für den Pfandgläubiger, welcher ein dingliches Recht an der Sache eben des Inhalts hat, das Eigentum an derselben übertragen zu können⁴; b) für den Fiscus, den Regenten und die Regentin nach der in §. 165 Note 6 aufgestellten Regel. Erwirbt der übertragende Nichteigentümer das Eigentum nachträglich, so wird dadurch die früher gemachte Eigentumsübertragung nicht gültig (§. 83), und der Empfänger wird daher nicht Eigentümer; jedoch braucht der Empfänger die Sache dem Uebertragenden nicht herauszugeben⁵, und kann,

causa bei der Tradition (1857). S. auch Savigny Obl. R. II. S. 254—61. Daß aber in der l. 31 pr. cit. 'iusta causa' geradezu „nicht bloß das Motiv des erforderlichen Willens, sondern zugleich mit dem Motiv den Willen selbst, aber in der concreten Form einer venditio etc.“ bezeichne (Prinz S. 202, Puchta §. 148. 2. Abf. Nr. 3) scheint, mir zuviel behauptet. Vgl. Gai. II. 20, Ulp. XIX. 7.

§. 172.

¹ L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Vgl. §. 81 Nr. 3.

² Eine Ausnahme ist es nicht, wenn ein zur Vertretung des Eigentümers Befugter das Eigentum in dessen Namen überträgt. Diese Eigentumsübertragung ist juristisch die des Eigentümers selbst. Vgl. §. 73. 74.

³ L. 9 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 38 §. 1 de don. i. v. e. u. 24. 1; andere hierher gehörige Stellen s. §. 81 Note 5. 7. Ueber die rechtliche Bedeutung der nachträglichen Einwilligung ist §. 83 Nr. 1 gehandelt worden. Was die vorgängige Einwilligung angeht, ist noch zu vergleichen Fhering Jahrb. f. Dogm. I. S. 303 fg., Scheurl das. II. S. 4 fg., Fhering das. II. S. 121 fg.

⁴ L. 36 D. de A. R. D. 41. 1. „Non est novum, ut, qui dominium nonhabet, alii dominium praebet. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.“ §. 1 I. quib. al. 2. 8. Vgl. §. 237 Note 17.

⁵ Er kann den Uebertragenden, welcher sich auf sein jetzt erworbenes Eigentum beruft, mit der Einrede zurückweisen, daß er sich nicht mit seiner eigenen Willenserklärung in Widerspruch setzen dürfe. Diese Einrede (exceptio) konnte in der römischen Formula speziell als exceptio rei (venditae et) traditae,

wenn er sie in gutem Glauben empfangen hat, gegen den Uebertragenden (wie gegen jeden Dritten) selbst ~~Magend~~ auftreten⁶. Dieselbe rechtliche Stellung hat er dem Rechtsnachfolger des Uebertragenden, Gesamt- oder Sondernachfolger, gegenüber, so wie er sie auch seinerseits auf seinen Rechtsnachfolger überträgt⁷. Das Gleiche wie in dem Fall, wenn der Uebertragende Eigentümer wird, gilt dann, wenn der Eigentümer durch Beerbung des Uebertragenden in die Uebertragung eintritt⁸.

2) Daß der Uebertragende sein Eigentumsrecht gekannt habe, ist Bedingung der Gültigkeit der Eigentumsübertragung nicht⁹. Wohl aber ist dieselbe ungültig, wenn in Folge der Unkenntniß, in welcher der Uebertragende sich über sein Eigentumsrecht befindet, der Wille desselben auf die Uebertragung des nicht vorhandenen Eigentumsrechts gerichtet ist, welches er einem Andern irriger Weise zuschreibt¹⁰.

oder generell als exceptio doli concipiri werden. L. 1 pr. 1. 2. 3 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de evict. 21. 2, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4.

⁶ Nach den Grundsätzen der Publiciana actio (§. 199). Die Einrede gestattet sich hier zur Replik; l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4.

⁷ L. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 3 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 4 §. 32 D. de doli exc. 44. 4. — Mit Rücksicht auf diese Wirkungen des späteren Eigentumsverwerbes bezeichnet ihn l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1 geradezu als confirmatio der früheren Veräußerung.

⁸ L. 73 D. de evict. 21. 2, l. 1 §. 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21. 3, l. 14 C. de rei vind. 3. 32, l. 14 C. de evict. 8. 45.

⁹ Dieser Satz ist in den Quellen zwar nicht unmittelbar für die Tradition bezeugt, aber für das Vermächtniß (§. 11 I. de leg. 2. 20) und die Freilassung (l. 4 §. 1 D. de manum. vind. 40. 2). Fhering Jahrb. f. Dogm. II. S. 155—158.

¹⁰ L. 35 D. de A. R. D. 41. 1. „Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderit, non recessit ab eis dominium, quia nemo errans rem suam amittit.“ Ebenso l. 49 D. mand. 17. 2. Der im Text bezeichnete Satz findet aber auch in dem umgekehrten Falle Anwendung, wo der Auftrag zur Tradition von dem wahren Eigentümer dem vermeintlichen Eigentümer gegeben wird; auch in diesem Falle wird der Empfänger nicht Eigentümer, weil (der Beauftragte nicht Eigentümer ist, und) der Auftraggeber nicht den Willen hat, daß sein Eigentum übergehen solle. Von diesem Falle handelt l. 15 §. 2 D. de contr. emt. 18. 2 und die l. 49 D. mand. 17. 1 in ihrer zweiten Hälfte. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der Eigentümer das Eigentumsrecht, welches er behalten hat, gegen den

3) Die Eigenthumsübertragung ist ungültig, wenn dem Eigenthümer die nöthige Handlungsfähigkeit abgeht (§. 71. 81 a. E.). Ebenso kann sie ungültig sein durch ein entgegenstehendes Veräußerungsverbot. Von den Veräußerungsverboten wird in dem folgenden §. besonders gehandelt werden.

4) Daß der Wille des Uebertragenden auf eine bestimmte Person gehe, ist nicht erforderlich. Daher liegt in dem Auswerfen¹¹ eine gültige Eigenthumsübertragung, und ebenso wenig wird die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung dadurch beeinträchtigt, daß der Uebertragende nicht weiß, ob der Empfänger für sich oder für einen Andern, und im letzteren Fall, ob er für diese oder jene Person, erwerben will¹².

5) Dagegen ist die Eigenthumsübertragung ungültig, wenn der Wille des Uebertragenden auf eine andere Person gerichtet ist, als diejenige, welche den Erwerbungswillen hat¹³. Ebenso

Empfänger der Sache auch geltend machen kann. Es kommt darauf an, ob er zur Eigenthumsübertragung verpflichtet war, bez. die Verpflichtung dazu in seinem Auftrage übernommen worden ist (vgl. §. 197 Note 6). Auch das sagt l. 49 cit. Diese schwierige Stelle lautet: „Serrum Titii emi ab alio bona fide et possideo. Mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret eum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres existerit, eum emisset: de iure evictionis et mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et ideo mandatu agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli submovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex omni iure hereditario actionem“. Das Verdienst der richtigen Erklärung dieser Stelle (sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß hinter 'emisset' zu ergänzen ist 'a me') gebührt Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 306 Note 36, und ausführlicher das. II. S. 149 fg. Von Andern (Literaturangaben bei Ihering) ist aus dieser Stelle der unrichtige Satz hergeleitet worden, daß die Eigenthumsübertragung auch dann nichtig sei, wenn der übertragende Eigenthümer sich über den Grund seines Eigenthums in Irrthum befinde. S. dagegen Ihering a. a. D. II. S. 158 fg.

¹¹ *Iactus missilium*. L. 9 §. 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 5 §. 1 D. pro del. 41. 7. Vgl. Scheurl Beitr. I. S. 205—208.

¹² Scheurl a. a. D. S. 208, vgl. Brinz S. 208.

¹³ Wenn daher der Uebertragende erklärt, dem Empfänger das Eigenthum für seine Person übertragen zu wollen, dieser, es für einen von ihm Vertretenen erwerben zu wollen, so ist die Eigenthumsübertragung ungültig. Ebenso wenn der Uebertragende erklärt, dem Empfänger für einen Andern übertragen zu wollen, dieser, für sich erwerben zu wollen (l. 37 §. 6 D. de

ist sie ungültig, wenn zwischen dem Uebertragungs- und Erwerbungswillen eine Differenz in Betreff irgend eines andern wesentlichen Punktes besteht. Ein wesentlicher Punkt ist der Gegenstand, an welchem Eigenthum erworben werden soll¹⁴, nicht aber der Grund der Uebertragung und des Erwerbes¹⁵.

6) Weder der Uebertragungs- noch der Erwerbungs-wille braucht ausdrücklich erklärt zu werden; für den einen und den andern genügt es, daß er aus den Umständen geschlossen werden kann¹⁶.

A. R. D. 41. 1, vgl. übrigens §. 155 Note 8). In dem einen und andern Fall aber eben auch nur dann, wenn der Empfänger eine gegentheilige Erklärung abgibt; schweigt er zu der Erklärung des Uebertragenden still, so erklärt er dadurch seinen Consens zu derselben, obgleich er vielleicht innerlich einen andern Willen hat. Unter dieser Voraussetzung wird also in beiden Fällen das Eigenthum gemäß des Willens des Uebertragenden erworben (l. 13 D. de don. 39. 5, vgl. §. 155 Note 8). Will nun in dem ersten der genannten Fälle der Empfänger die Sache wirklich nicht für sich, sondern für den Andern haben, so macht er denselben (dessen Willen vorausgesetzt) durch eine neue Tradition (*constitutum possessorium*) zum Eigenthümer. Die Behauptung, daß er ihn direct zum Eigenthümer mache, ist nicht haltbar. Vgl. über diese Frage Buchta de dominio rerum per procuratorem acquirendo (1842, kleine Schriften Nr. XXXII), Scheurl Beiträge I. S. 208—214, Brinz S. 203, Pagenstecher II. S. 204. 205, f. auch Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 323 fg. Man darf in dieselbe nicht die §. 155 Note 7 genannten Stellen hincinziehen, in denen entweder angenommen wird, daß dem Empfänger auch für den Vertretenen übergeben worden sei, oder daß der Empfänger wirklich den Willen gehabt habe, zunächst für sich zu erwerben.

¹⁴ L. 2 §. 6 D. pro om. 41. 4, l. 36 D. de A. R. D. 41. 1, vgl. l. 34 pr. D. de acq. vel. am. poss. 41. 2.

¹⁵ In Betreff dieses Punktes widersprechen sich l. 36 D. de A. R. D. 41. 1, und l. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. Die Entscheidung aus dem Principe führt zu dem im Texte aufgestellten Satz. Der Bestimmungsgrund der Willenserklärung ist nicht Bestandtheil derselben (nicht stillschweigende Bedingung). An Vereinigungsversuchen hat es in alter und neuer Zeit nicht gefehlt (vgl. Bangerow I. S. 311 Note 3 und f. außerdem Herrmann in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. VII. S. 233, Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. 1, Böcking II. S. 162—164, Schölke Jahrb. d. gem. R. III. S. 429 fg.); aber keiner ist m. A. nach gelungen.

¹⁶ Daraus können im einzelnen Fall Zweifel entstehen. Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist folgender. Jemand beauftragt den Eigenthümer einer Sache (etwa seinen Schuldnern), das Eigenthum derselben einem Andern zu übertragen: wird hier vorher der Auftraggeber zum Eigenthümer gemacht (unter Beschaffung der Tradition durch *constitutum possessorium*), so daß der

7) Der Eigenthumsübertragung kann eine Bedingung und Befristung hinzugefügt werden. Dafür gelten die gewöhnlichen Grundsätze¹⁷. Namentlich kommt es bei der auf Grund des Kaufvertrags vorgenommenen Eigenthumsübertragung häufig vor, daß das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten wird¹⁸. Gerade beim Kaufe geht aber auch ohne diese Nebenbestimmung vor Zahlung des Kaufpreises das Eigenthum nur dann über, wenn der Käufer dem Verkäufer Sicherheit gegeben, oder auch ohne Sicherheit den Kaufpreis creditirt erhalten hat¹⁹. —

Die Besitzübergabe, in welcher der Eigenthumsübertragungsvertrag seinen Ausdruck finden muß, kann bestehen in einem unmittelbaren Verschaffen des Besitzes, aber auch in einem Ge-

Beauftragte dessen Eigenthum als sein Stellvertreter überträgt: oder geht auf den Empfänger unmittelbar das Eigenthum des Beauftragten über? Das Erste wird angenommen in l. 3 §. 12. 13 l. 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 und l. 44 pr. D. de furtis 47. 2, das Zweite in l. 38 §. 1 de sol. 46. 3, vgl. l. 61 D. de evict. 21. 2, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 26 pr. D. de don. i. v. e. n. 24. 1, l. 66 §. 4 D. ad SC. Treb. 36. 1. Die letzte Entscheidung wird als die allein richtige vertheidigt von Ihering Jahrb. f. Dogm. II. S. 133—149.

¹⁷ Es wird geglaubt, daß die auflösende Befristung bei der Eigenthumsübertragung directe Wirkung habe, so daß das Eigenthum ohne Weiteres an den Uebertragenden zurückfalle; vielmehr werde durch das Veranlassen des Termins für den Erwerber nur eine Verpflichtung zur Rückgabe begründet. Böcking II. S. 179. 180, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 88 fg., Sintenis I. §. 39 Note 9. Dagegen l. 2 C. de don. quas sub modo 8. 55, in der freilich Böcking nur eine Singularität für Schenkungen erblickt. Vgl. §. 96 Note 6.

¹⁸ Pactum reservati dominii. Es wird darüber gestritten, ob durch einen solchen Vorbehalt nicht vielmehr eine auflösende, als eine aufschiebende Bedingung begründet werde. So namentlich Müller Arch. f. civ. Pr. XII. 13 und civil. Abhandl. Nr. 1; dagegen besonders Duncker Rhein. Mus. V. S. 65 fg., vgl. Bangerow I. §. 311 Anm. 2. Beide Meinungen verbindet Sintenis I. §. 49 Note 21; er sieht in einem solchen Vorbehalte beim Kaufvertrage theils eine aufschiebende, theils eine auflösende Bedingung, oder, wie er sich ausdrückt, „theils eine reine, theils eine modificirte Suspensivbedingung“. Vgl. Seuff. Arch. I. 188. II. 10. VI. 147. XII. 6; I. 319.

¹⁹ §. 41 I. de R. D. 2. 1, l. 19. 53 D. de contr. emt. 18. 1. Vgl. über diesen Satz Puchta Inst. II. §. 241 f., Böcking II. §. 147 Note 45, Feist civil. Studien III. S. 183 Note 3, Strempel iusta causa bei der Tradition §. 11; Seuff. Arch. VI. 10.

stätten der Inbesitznahme, worauf diese erfolgt²⁰. Unter den ersten Fall gehört es auch, wenn der Uebertragende die Sache, welche er bis dahin in eigenem Namen besessen hat, im Namen des Erwerbers zu besitzen anfängt, oder wenn er dem Erwerber gestattet, für sich zu besitzen, was derselbe bisher für den Uebertragenden besessen hat²¹. Hat der Erwerber bereits in eigenem Namen besessen, so wird die Besitzübergabe vertreten durch die in der Eigenthumsübertragung liegende Anerkennung des bestehenden Zustandes²².

Veräußerungsverbot*.

§. 172a.

Ein Veräußerungsverbot kann auf Gesetz, richterlicher Verfügung, oder Privatwillen beruhen. Beruht es auf Gesetz¹, so

²⁰ Vgl. §. 153 Note 5; l. 47 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 7 D. de A. R. D. 41. 1, l. 6 D. de don. 39. 5, l. 61 §. 8 D. de furtis 47. 2.

²¹ S. g. constitutum possessorium (§. 155 Note 4) und brevi manu traditio (§. 154 Note 2). L. 77 D. de R. V. 6. 1, l. 28. 35 §. 5 C. de don. 8. 54, l. 46 D. de R. V. 6. 1, l. 9 §. 1 D. de Publ. 6. 2, l. 62 pr. D. de ev. 21. 2. In l. 9 §. 5 D. de A. R. D. 41. 1 wird von diesem letzteren Fall gesagt, es liege gar keine Tradition vor, deren Stelle werde aber durch das Gestatten des Behaltens vertreten (wie es auch von dem Gestatten des Inbesitznehmens in l. 6 D. de don. 39. 5 heißt: „quasi traditio facta videtur“).

²² L. 21 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. „Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit“. L. 46 D. de R. V. 6. 1.

* Pauli Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 1 (1841), Bachofen ausgedehnte Lehren Nr. 2—7 (1848), Bangerow I. §. 299, Böcking II. §. 158, Pagenstecher I. §. VIII—XI.

¹ Auf Gesetz beruht das Veräußerungsverbot der in Streit besagene n. 172a. Sache (§. 125) und des Dotalgrundstücks (pr. l. quib. alienare 2. 8, Dig. 23. 5 de fundo dotali, ausgelehnt auf das zur donatio propter nuptias gehörige Grundstück, Nov. 61; Bachofen ausgew. Lehren Nr. 3). Ferner ist ein gesetzliches Veräußerungsverbot enthalten in den Bestimmungen, wodurch dem Vormund die Veräußerung der Sachen des Mündels (Dig. 27. 9, Cod. 5. 7; Bachofen a. a. D. Nr. 4), dem Verwalter des Vermögens von Kirchen und milden Stiftungen die Veräußerung der unbeweglichen Sachen derselben (Nov. 7. 120), dem Vater die Veräußerung der Sachen des f. g. peculium adventicium der Kinder (l. 1. 2 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4. 6 §. 2 l. 8 §. 4. 5 C. de bon. quas lib. 6. 61), dem zur zweiten Ehe schreitenden Parens die Ver-

ist die in Widerspruch mit demselben erfolgende Veräußerung nichtig². Ein späteres Wegfallen des Veräußerungsverbotens vermag

äußerung der Sachen des in Folge der zweiten Ehe an die Kinder der ersten Ehe fallenden Ehegewinnes (l. 3 pr. §. 1 l. 5 pr. C. de sec. nupt. 5. 9, Nov. 22 c. 23. 24), mehr oder weniger unterlagt wird. Man darf das Vorhandensein eines Veräußerungsverbotens in diesen letzten Fällen nicht deswegen leugnen, weil die genannten Personen sämtlich Nichteigentümer seien; denn immerhin liegt in der ihnen eingeräumten Stellung die Veräußerungsbefugnis an und für sich allerdings. Dagegen wird man in den Fällen, wo dem Eigentümer selbst die Veräußerungsbefugnis wegen mangelnder Handlungsfähigkeit abgeht (§. 71), von einem gesetzlichen Veräußerungsverbot nicht reden dürfen; das Veräußerungsverbot beginnt erst da, wo die Veräußerung an und für sich möglich ist. — Beruht nicht auch die Veräußerungsunfähigkeit des mit einem Vermächtniß Beschwerten (l. 3 §. 2. 3 C. com. de leg. 6. 43) wenigstens für gewisse Fälle auf einem gesetzlichen Veräußerungsverbot, und nicht auf dem Rechte des Vermächtnisnähmers? So, und für den Fall der Vermächtnis fremden Sache und des Erbschaftsvermächtnisses mit guten Gründen, C. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach r. R. (1854). Vgl. §. 182 Note 14. — Antiquirte Fälle gesetzlicher Veräußerungsverbote in l. 52 D. de contr. emt. 18. 1. (Wachosen a. a. D. Nr. 7), l. 2 C. de eunuchis 5. 42, Cod. 10. 33 de praediis decurionum sine decreto non alienandis (Wachosen a. a. D. Nr. 6), l. 7 C. de agric. 11. 47, Cod. 11. 55 non licere habitatoribus metromomias loca sua ad extraneum transferre.

² Die Nichtigkeit kann auch von dem Veräußerer selbst geltend gemacht werden (l. 16 D. de praed. min. 5. 71, l. 4 C. de litig. 8. 37, l. 1 C. de praed. dec. 10. 33, l. 7 C. de agricol. 11. 47). Man hat sich dagegen auf l. 17 D. de evict. 21. 3 berufen; aber dieselbe handelt nicht von einem Fall, wo der Eigentumsübergang gesetzlich verboten ist, vgl. l. 32 §. 2 D. ad SC. Vell. 6. 1. Es ist auch diese Befugnis des Veräußerers in der neueren Zeit ziemlich allgemein anerkannt worden (Brandis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. S. 183—187, Schmid I. S. 36. 37, Vangerow I. S. 630, Böcking II. §. 158 Note 6, Pagenstecher I. S. 70. 71, Sintenis I. §. 38 Note 9). Früher wurde vielfach das Gegenteil gelehrt, schlechthin oder mit Ausnahme der lediglich im Interesse des Veräußerers getroffenen Veräußerungsverbote, vgl. Laud a. a. D. S. 8—10. Für das Veräußerungsverbot des Dotalsgrundstücks wird diese Ansicht auch jetzt noch vertheidigt von Buchta Vorles. II. S. 284, Wachosen a. a. D. S. 108, Fitting Arch. f. civ. Pr. XLII. S. 167—172; f. dagegen Brandis a. a. D. S. 191—194, Vangerow I. S. 452, Arnolds S. 632. Gegen das hier Gelehrte auch Seuff. Arch. VI. 217. 231. Eine andere Frage ist es übrigens, ob der die Nichtigkeit der Veräußerung geltend machende Veräußerer nicht zur Entschädigung verpflichtet ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob eine gültige Verpflichtung

nach allgemeinen Grundsätzen die Ungültigkeit der Veräußerung nicht zu heben; jedoch kann jetzt der Eigentümer die Nichtigkeit der Veräußerung nicht mehr geltend machen: es gelten hier dieselben Grundsätze, wie in dem Falle, wo der veräußernde Nichteigentümer hinterher Eigentümer wird³. Gleichfalls Nichtigkeit der Veräußerung hat ein richterliches Veräußerungsverbot zur Folge⁴. Anders aber verhält es sich mit den auf Privatwillen beruhenden Veräußerungsverboten. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot ist ohne alle rechtliche Bedeutung. Zwar wenn es mit Rücksicht darauf getroffen ist, daß die betreffende Sache später an einen Andern fallen soll, tritt Nichtigkeit der Veräußerung allerdings ein; aber der Grund dieser Nichtigkeit ist nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sie würde ganz in gleicher Weise auch ohne dasselbe eintreten; ihr Grund ist das Recht des Dritten, oder, wenn überhaupt ein Veräußerungsverbot, ein gesetzliches (Note 1)⁵. Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot begründet, wenn die Veräußerung dennoch erfolgt, eine Forderung auf Rückgabe des mit der Auflage der Nichtveräußerung Gegebenen⁶

zur Veräußerung verlegt (vgl. Meunier die Unmöglichkeit der Leistung §. 3).

³ In diesem Sinne ist, wie die Schlussworte unzweifelhaft machen, zu verstehen l. 42 D. de usurp. 41. 3. „Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignorantem rem dotis esse, venditio non valet: quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit“.

⁴ L. 12 D. de usurp. 41. 3, l. 7 §. 5 D. pro emt. 41. 4, l. 8 D. de pollic. 50. 12. Mandje (Laud a. a. D. S. 3, Böcking II. §. 158 Note 5, Brinz S. 190) wollen die richterlichen Veräußerungsverbote als eine besondere Art der Veräußerungsverbote nicht anerkennen. S. dagegen Pagenstecher I. S. 70—72, Arnolds §. 132 Note 2.

⁵ L. 114 §. 14 D. de leg. I. 30, l. 93 pr. D. de leg. III. 32, l. 69 §. 3 l. 77 §. 27 D. de leg. II. 31, l. 38 pr. D. de leg. III. 32; l. 3 §. 2. 3 C. com. de leg. 6. 43. Vgl. Note 1 und die dort citirte Schrift von C. A. Seuffert. Von einem Falle wie der hier bezeichnete ist auch zu verstehen l. 7 C. de reb. al. 4. 51. In l. 2 C. de usuc. pro emt. 7. 26 ist das Wirksame nicht das testamentarische Veräußerungsverbot, sondern die testamentarische Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt. Seuff. Arch. III. 302.

⁶ Nach dem Rechte der Voraussetzung (§. 98). L. 3 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

oder auf Entschädigung¹; aber nichtig macht auch es die Veräußerung nicht².

C. Eigenthumserwerb durch Richterspruch.

§. 173.

Der Richter kann durch seinen Spruch Eigenthum übertragen im Theilungsproceß (Abjudication)¹; ferner, wenn sich

¹ L. 75 D. de contr. emt. 18. 1, 1. 21 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, 1. 135 §. 3 D. de V. O. 45. 1. Von der Gültigkeit der Obligation auf Nichtveräußerung reden auch 1. 7 C. de reb. al. 4. 51, 1. 9 C. de pact. int. emt. 4. 54.

² L. 61 D. de pact. 2. 14. „Nemo paciscendo officere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet“. Gibt es Ausnahmen von diesem Satz? Eine unzweifelhafte aber antiquirte in 1. 5 C. si man. 4. 57. Eine andere ist nach der Lesart der Florentina und der Vulgarhandschriften (und der Basiliken) enthalten in 1. 7 §. 2 D. de distr. pign. 20. 5. „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pacto nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pacti non stetur“. Aber Andere lesen: „nullam esse pactionem (oder conventionem), ut venditioni stetur“ (und die Glossatoren hatten Handschriften, in denen in der That so gelesen wurde (Böcking II. S. 194 ob.)), indem Einige zugleich den Anfang so ändern: „si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere“. Zu den Letzteren gehören namentlich Buchta Zeitschr. f. gesch. RW. XII. 6 (fl. civ. Schriften Nr. 38) und Böcking II. S. 193—195. Gegen die Abänderung des Textes Bangerow I. S. 632. 633 und die dort Citirten, Pagenstecher S. 61. 62. Auch mir scheint die Aenderung zu gewagt. Pagenstecher a. a. D. will die Stelle verstanden wissen von dem Vertrage über die Nichtveräußerung des dem Schuldner von einem Dritten (seinem Schuldner) gegebenen Pfandes. Vgl. Arnolds §. 132 Num. 5 a. E. — Particularrechtlich kann das Veräußerungsverbot durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit gewinnen. Mittermaier deutsch. Privatr. I. §. 263 a. E., Seuff. Arch. I. 176.

§. 173. ¹ Der Richter kann durch seinen Spruch sonst nur obligatorische Rechte begründen, im Theilungsproceß auch dingliche, und so auch Eigenthum. Näher: er kann das vorhandene, an die mehreren Miteigentümer angeknüpfte Eigenthum an Ein Subject bringen, entweder das Eigenthum an der ganzen Sache an Einen unter Aufsetzung einer Entschädigungsverpflichtung, oder indem er die Sache körperlich theilt, das Eigenthum an dem einen Stück an den Einen, an dem andern Stück an den Andern. §. 7 (4—6) I. de off. iud. 4. 17, 1. 6 §. 3 D. de statu lib. 40. 7, 1. 17 D. de usurp. 41. 3.

für das Pfand kein Käufer findet², und im Falle, wo der Eigenthümer eines Grundstücks, von welchem Schaden zu fürchten ist, für den Ersatz desselben Sicherheit zu geben beharrlich sich weigert³. Dadurch daß der Richter im Eigentumsproceß ein dem Kläger günstiges Urtheil erläßt, begründet er nicht Eigenthum, sondern erkennt das vorhandene an⁴. Dagegen gehört in diesen Zusammenhang noch der Fall, wo der Richter ein Urtheil auf Eigenthumsübertragung erläßt, und gegen den widerwilligen Beklagten durch Wegnahme der Sache vollstreckt; durch Uebergabe der Sache an den Kläger macht er denselben zum Eigenthümer, indem er den Willen des bisherigen Eigenthümers durch seinen Willen ersetzt⁵.

D. Eigenthumserwerb durch Gesetz.

§. 174.

Unmittelbar durch Gesetz, ohne Vermittlung durch die Willenserklärung des Eigenthümers oder Richters, geht das Eigenthum über¹

² Nach römischem Recht war bei nicht gerichtlichen Pfändern eine Zuerkennung durch den Kaiser nöthig. L. 15 §. 3 D. de re iud. 42. 1, 1. 3 C. de exc. rei iud. 7. 53, 1. 3 C. si in causa iud. 8. 53, Cod. 8. 34 de iure domini impetrando. Vgl. §. 238.

³ S. g. cautio damni infecti. S. die Lehre von dieser im Obligationenrecht. Nach römischem Recht wurde durch den Spruch des Richters (Magistratus) nicht eigentliches Eigenthum erworben, sondern nur Besitz mit gerichtlichem Eigenthumschutz (s. g. bonitatisches Eigenthum), welcher sich erst durch die Vollendung der Erfindung in eigentliches (civiles) Eigenthum verwandelte. L. 7 pr. 1. 15 §. 21. 23. 26. 27. 33 D. de damno inf. 39. 2. In gleicher Weise verhielt es sich ohne Zweifel auch mit der Abdicion des Pfandes.

⁴ L. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5. „Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi: sive recte pronunciatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari“. L. 35 §. 1 D. de R. V. 6. 1.

⁵ Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproz. I. S. 339, Wechell Syst. des Civilproz. S. 489. 490. A. M. Sintenis Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 2.

¹ Zu den im Folgenden genannten Sätzen fügen Andere den allgemeinen §. 174. Satz hinzu, daß jedes turpe lucrum, worauf kein Dritter einen Anspruch habe, an den Fiscus falle. Dafür das Urtheil bei Seuff. XI. 155.

1) in gewissen Fällen zur Strafe des Eigenthümers (Verwirkung); so das Eigenthum der Sache, in Betreff deren der Eigenthümer sich einer Selbsthülfe schuldig macht, an den Besitzer (§. 123 Note 9), das Eigenthum der dem Zoll entzogenen Sache an die Zollbehörde², das Eigenthum der zum Ehegewinn gehörigen Sachen im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der ersten Ehe³, das Miteigenthum an einem gemeinschaftlichen Gebäude im Falle verweigerter Beihülfe zur Reparatur an den Miteigenthümer⁴. Mit dieser letzteren Bestimmung läßt sich die andere zusammenstellen, daß das Eigenthum eines fruchttragenden, vom Eigenthümer vernachlässigten, steuerpflichtigen Grundstücks an denjenigen übergeht, welcher es in Cultur nimmt⁵. Ferner gehören hierher

2) eine Reihe von Fällen, in welchen ein auf eine Sache obligatorisch Berechtigter die Wahl hat, ob er sein obligatorisches Recht geltend machen, oder die Sache sofort als die seinige in Anspruch nehmen will. Diese Befugniß steht zu a) der Ehefrau, an welche nach aufgelöster Ehe die Dos fällt, in Betreff der vom Manne noch nicht in berechtigter Weise veräußerten Sachen, b) dem Mündel und dem Soldaten in Betreff des mit ihrem Gelde Angekauften; dem Mündel jedoch erst nach beendigter Vormundschaft⁶.

² L. 14 l. 11 §. 2 D. de public. 39. 4. Näheres: l. 16 §. 10 eod.; l. 7 §. 1 eod., l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4; l. 3 C. de publ. 4. 61; l. 2 C. eod. (die Verwirkung kann nur binnen 5 Jahren geltend gemacht werden).

³ S. das Familienrecht und oben §. 172a Note 1.

⁴ §. 169a Note 4 c.

⁵ Der Eigentumsübergang erfolgt jedoch erst, wenn sich der bisherige Eigenthümer binnen zwei Jahren nicht meldet, und dem Debauer seine Auslagen ersetzt. L. 8 C. de omni agro des. II. 58; Schmid §. 7 Note 50, Bangerow I. §. 113, Böcking §. 154 1—o.

⁶ L. 30 C. de I. D. 5. 12; l. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 3 C. arb. tut. 5. 51, l. 8 C. de R. V. 3. 32. Das Privilegium des Soldaten will Ihering Jahrb. f. Dogm. I. S. 145 auf den Fall beschränken, wo ein Geschäftsführer des Soldaten etwas mit dem Gelde desselben, für ihn aber auf seinen (des Geschäftsführers) Namen, angeschafft hat. Es ist zuzugestehen, daß diese beschränkende Auslegung der l. 8 C. cit. möglich ist; doch ist sie in keiner Weise geboten. — In den unter b) genannten Fällen wird dem Berechtigten eine rei vindicatio utilis gegeben. Ich betrachte dieselbe als Ausdruck des übergegangenen Eigentumsrechtes, wie die rei vindicatio utilis des bonitatischen Eigenthümers. Dagegen hat Ihering (Jahrb. f. Dogm. I. S. 120 fg.) die Ansicht aufgestellt, dieselbe sei nur eine andere Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs, und daher namentlich auf die Person des Anschaffenden

E. Erfizung*.

Einleitung.

§. 175.

Der allgemeine Gedanke der Verjährung (§. 105) findet keine Anwendung auch bei dem Erwerbe des Eigenthums; Eigenthümer ist, wer eine Sache längere Zeit hindurch besessen hat; man sagt, er habe sie erlesen¹. Jedoch führt der langdauernde

beschränkt; und die gleiche Natur spricht er der Vindicatio der Ehefrau auf die Dotalsachen zu. Nun ist es auch unbestreitbar, daß die rei vindicatio utilis der Quellen in einer Reihe von Fällen die bezeichnete Funktion wirklich hat. Dahin gehören unzweifelhaft die Fälle der l. 9 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1, der l. 5 §. 3 D. de R. V. 6. 1, und der l. 55 vgl. l. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (Windscheid die Actio re. S. 213—216), und auch die Fälle der l. 29 D. de mort. c. don. 39. 5, der l. 15 C. de don. ante nupt. 5. 3, und der l. 1. C. de don. quae sub modo 8. 55 hin ich jetzt geneigt, hierher zu stellen, nach dem Princip, daß ohne Noth keine Singularität, und nicht statt einer kleineren die größere, angenommen werden soll. Dagegen vertragen m. A. nach eine solche beschränkende Auslegung weder l. 30 C. de I. D. 5. 12, noch l. 2 D. quando ex facto tut. 26. 9, jene nicht wegen ihres Schlusssatzes über den Beginn der Verjährung des Dotalspruchs, diese nicht wegen der in ihr enthaltenen Zusammenstellung der rei vindicatio utilis mit der utilis in personam actio, welche unbezweifelt Ausdruck des übergegangenen Forderungsrechts ist. Die Auslegung der l. 2 cit. muß dann auch maßgebend sein für die Auslegung der l. 8 C. de R. V. cit. Windscheid a. a. O. S. 217. 218. Vgl. Schmid I. S. 271—276, Pagenstecher III. S. 22—35, Dernburg Pfandrecht I. S. 325—327; Puchta §. 149, Arnolds §. 145 Anmerk. 3, Bangerow I. S. 736—739, Sintenis I. §. 52 Anm. 7.

* Inst. 2. 6 de usucapionibus et longi temporis possessionibus. Dig. 41. 3 de usurpationibus et usucapionibus; 41. 4—10. Cod. 7. 33 de praescriptione longi temporis X vel XX annorum; 7. 26—31. 34—40.

Unterholzner ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre (1827), 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer (1858); an den betreffenden Stellen. Reinhardt die usucapio und praescriptio des römischen Rechts (1832). Schirmer die Grundbese der Usucapio im römischen Recht (1855), und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 7. 9. XVI. 1 (1858. 1859). Schmidt I. S. 184—267, Böcking II. §. 144—149, Pagenstecher II. S. 229—356.

¹ Die deutschen Ausdrücke 'erlesen, Erfizung' entsprechen unmittelbar den §. 175. römischen 'usucapere, usucapio'. Die Stellen, in welchen der der Erfizung zu Grunde liegende Gedanke bezeichnet wird s. in dem citirten §. 105 Note 3

Besitz nicht in allen Fällen zum Eigenthumserwerb; die Erfizung hat außer dem Besitze noch andere Erfordernisse. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen der ordentlichen Erfizung und der von Justinian neu eingeführten außerordentlichen. Zu jener ist erforderlich, das der Besitz zugleich subjectiv rechtlich und objectiv gerechtfertigt gewesen sei²; außerdem erleidet sie Ausnahmen in solchen Fällen, in welchen der Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer eine unbillige Härte sein würde. Die außerordentliche Erfizung verlangt nichts, als Vollendung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der Sache bei Redlichkeit des Besitzes. —

Die ordentliche Erfizung des römischen Rechts ist zusammengewachsen aus zwei ursprünglich sehr verschiedenen Instituten, der *usucapio* und der *longi temporis praescriptio*. Justinian hat der *usucapio* die unbeweglichen Sachen, der *longi temporis praescriptio* die beweglichen entzogen, die letztere zugleich auf alle

und 4. Von den verschiedenen Schriftstellern wird dieser Gedanke in verschiedener Weise gefaßt, indem bald mehr die Zeit (so unter den Neuern namentlich von Stinzing das Wesen von *bona fides* und *titulus* in der römischen *usucapionstheorie* [1852]), bald mehr der gute Glaube, bald mehr der Titel (Schneur Beiträge II. Nr. 15), bald mehr der Besitz (Schirmer die Grundidee x. §. 1. 2) betont wird. Dem Letzteren ist die Erfizung „die thatsächlich durchgeführte und mit Rücksicht darauf auch vom Rechte anerkannte Unterwerfung der Sache unter die Herrschaftssphäre der vermögensrechtlichen Persönlichkeit“.

² Daß, wenn der Besitz diese Eigenschaften nicht hat, der Besitzer sie ihm durch seinen Entschluß nicht geben kann, versteht sich von selbst. Wenn es nichtsdestoweniger in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben wird („*nemo sibi ipso causam possessionis mutare potest*“), so hat das lediglich einen rechtshistorischen Grund. Im älteren Recht gab es nämlich Fälle, in denen ohne Redlichkeit und Rechtfertigung erlassen werden konnte (Gai. II. 52—60); für diese Fälle hatte jene Regel guten Sinn: es sollte Niemand einen in anderer Meinung ergriffenen Besitz zu einer solchen Erfizung benötigen können, vgl. I. 33 §. 1 D. h. t., I. 2 §. 1. 2 D. pro emt. 41. 4. Später ist die Regel dann auch auf andere Fälle der Erfizung, ja über die Erfizung hinaus, angewendet worden, wo sie sehr überflüssig war. Vgl. I. 33 §. 1 D. h. t., I. 2 §. ult. D. pro emt. 41. 4., I. 1 §. 2 D. pro don. 41. 6., I. 3 §. 19. 20 D. de poss. 41. 2., I. 6 §. 3 D. de proc. 43. 26., I. 23 C. loc. 4. 65., I. 5 C. de poss. 7. 32. Unterholzner I. §. 100, Savigny Besitz S. 75—80, Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XI. S. 430 fg. (hier auch die übrige Literatur).

unbeweglichen Sachen ausgedehnt. Dabei setzt er voraus, daß nach den von ihm getroffenen Aenderungen ein Unterschied zwischen dem Recht der *usucapio* und der *longi temporis praescriptio* nicht mehr bestehe; und diese Voraussetzung ist in der That zutreffend³. —

Im Folgenden ist näher von den Erfordernissen zuerst der ordentlichen Erfizung, dann der außerordentlichen zu handeln.

Erfordernisse der ordentlichen Erfizung.

a. Besitz.

§. 175 a.

Das erste Erforderniß der ordentlichen Erfizung ist Besitz, und zwar Besitz im juristischen Sinne des Wortes, juristischer Besitz, d. h. thatsächliches Haben der Sache mit dem Willen, die

³ Ueber die Geschichte der Erfizung im römischen Rechte s. Unterholzner II. §. 173—178, Puchta Inst. II. §. 139. 140. Das Gesetz, durch welches Justinian dem Recht der ordentlichen Erfizung seine letzte Gestalt gegeben hat, ist vom Jahre 531, und steht im *Codex* als l. un. de *usucapione transformanda* 7. 31. Vgl. den Bericht darüber in pr. I. de *usuc.* 2. 6. Der Sinn der l. un. C. cit. ist übrigens ein sehr bestrittener. Der im Text aufgestellten Ansicht gegenüber behaupten Andere, Justinian habe durch dieses Gesetz ein einiges Rechtsinstitut geschaffen, streiten aber unter sich wieder darüber, ob dieses Rechtsinstitut als *usucapio* oder als *longi temporis praescriptio* gedacht werden müsse (für die erste Meinung u. A. Unterholzner II. S. 178, Savigny VI. S. 57—60, Wangerow I. §. 316, Sintenis I. §. 51 Note 7, und im Resultate auch Brinz S. 207; für die zweite u. A. Schmid I. §. 14 Note 3, May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumserfizung nach der Const. un. C. de *usuc. transform.* [1847], Pagenstecher II. S. 245). Die hier vertretene Ansicht, nach welcher Justinian auch in der l. un. C. cit. zwischen *usucapio* und l. t. *praescriptio* noch unterscheidet, findet sich schon in der Glosse; unter den Neuern theilen sie u. A. Gamaux die *usucapio* und *longi temporis praescriptio* (1835), Mabai Beiträge zur Dogmengeschichte Nr. 1 (1839; dieser mit einer ihm eigenthümlichen Modification), Puchta §. 158 f., Arnolds Beiträge I. S. 94—101 und Pand. §. 157 Anm. 3. Daß im neuesten Recht zwischen *usucapio* und *praescriptio* kein Unterschied mehr bestehe, wird an den betreffenden Punkten zu zeigen sein. Eine Reihe von Unterscheidungen hat Gamaux in der oben citirten Schrift aufgestellt; dagegen Mabai §. 13, May §. 2—10 und Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 8. 16.

Sache für sich, wie eine eigene, zu haben (§. 148)¹. Was nicht befehen werden kann, kann nicht eressen werden, so nicht die Sachgesamtheit (§. 152 Note 3) und der Sachbestandtheil (§. 152 Note 5). Es ist jedoch, was den Sachbestandtheil angeht, bereits bemerkt worden (a. a. D.), daß die begonnene Erziehung einer Sache dadurch nicht unterbrochen wird, daß der Besitzer sie in eine andere von ihm befehene Sache als Bestandtheil einfügt, und wenn nach vollendeter Erziehung eines Ganzen dasselbe in seine Bestandtheile zerlegt, oder ein Bestandtheil von demselben losgelöst wird, so lebt das Eigenthumsrecht, welches vor der Verbindung an den Bestandtheilen als selbständigen Sachen vorhanden gewesen ist, nicht unbedingt wieder auf, nämlich dann nicht, wenn es demjenigen zustand, der auch Eigenthümer des eressenen Ganzen war, und die Verbindung auf seinem Willen beruhete².

175 a. ¹ L. 3. 25 D. h. t., l. 13 pr. eod. — Wie erklärt sich l. 44 §. 4 D. h. t.?

„Filiusfamilias emtor alienae rei, cum patremfamilias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: eum non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quasitam nec possidere possit“. Der Haussohn hat zwar nicht direct für sich befehen, aber auch nicht für den Vater, sondern für ein Vermögen (das peculium ist „quasi patrimonium liberi hominis“, l. 47 §. 6 D. de pec. 15. 1), welches das seinige war, ohne daß er es wußte. Vgl. Sch u r l Beiträge II. S. 59 und unten §. 176 Note 6 a. E.

² Eine sehr bestrittene Frage. Die Quellen enthalten die Entscheidung (l. 29 §. 7 D. de R. V. G. 1, l. 7 §. 11 D. de A. R. D. 41. 1), daß, wenn Jemand mit fremdem Baumaterial auf seinem Grund und Boden ein Gebäude errichtet hat, und dieses Gebäude dann von einem Andern eressen worden sei, der ursprüngliche Eigenthümer des Baumaterials dasselbe nach seiner Ablösung trotz der in der Mitte liegenden Erziehung als das seinige in Anspruch nehmen könne. In dieser Entscheidung steht Savigny (Besitz S. 304. 308. S. LXVII—LXXII, zustimmend Kierulff S. 375 Note **, Pape Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. IV. S. 241) eine positive Ausnahme, beruhend auf der durch die 12 Tafeln versügten Unlösbarkeit des eingebauten Baumaterials, während sonst die Regel die sei, daß das durch Erziehung an einem Ganzen erworbene Eigenthum durch Auflösung desselben in seine Theile nicht aufgehoben werde. Andere (Windscheid Sell's Jahrb. I. S. 469—471, Bangerow I. S. 425—427, Binding Arch. f. civ. Pr. XXVII. S. 365—367. 383—385, Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 155 fg.) sehen in dieser Entscheidung umgekehrt den Ausdruck der Regel, daß die Erziehung eines Ganzen das Eigenthum seiner Bestandtheile als selbständiger Sachen, d. h. auch für die Zeit, wo

b. Rechtlicher Besitz (guter Glaube)*.

§. 176.

Nicht jeder Besitz reicht zur Erziehung hin, sondern nur der

dieselben durch Lösung wieder selbständige Sachen geworden seien, nicht gewähre, beschränkt aber diese Regel auf den in den genannten Stellen bezeichneten Fall, wo der Eigenthümer der verbundenen Sache ein anderer sei, als der Eigenthümer des eressenen Ganzen. Noch Andere (Unterholzner I. S. 155. 156, Sinteris Arch. f. civ. Pr. XX. S. 86—90, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI. S. 381—385) lassen auch diese Beschränkung fallen, und stellen den allgemeinen Satz auf, daß die Erziehung eines Ganzen nie Eigenthum seiner Bestandtheile als selbständiger Sachen gewähre, also auch der frühere Eigenthümer des eressenen Ganzen sie nach ihrer Trennung als die seinigen in Anspruch nehmen könne, wenn er vor ihrer Verbindung an ihnen als selbständigen Sachen Eigenthum gehabt habe. — Die Savigny'sche Meinung ist gewiß unhaltbar. Die angeführten Stellen geben sehr bestimmt den Grund ihrer Entscheidung an; dieser ist aber nicht die Unlösbarkeit des Baumaterials, sondern eben der, daß im Ganzen (dem Gebäude) nicht der Bestandtheil als selbständige Sache (das Baumaterial als dieses) eressen werde („nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat“; „causa dubitationis est, an eo ipso, quod universitas aedificii longo tempore capta est, singulas quoque res, ex quibus constabat, captas essent, quod non placuit“). Die Frage kann daher nur die sein, ob diese Regel als unbedingt aufgestellt, oder im Sinne der zweiten Ansicht beschränkt werden müsse. Ich bin jetzt der Ansicht, daß sie an und für sich allerdings als unbedingt anerkannt werden muß. Ist in der That der Bestandtheil als selbständige Sache etwas Anderes, als er in seiner Eigenschaft als Bestandtheil ist, so ist er das für Jedweden; es ist nicht abzusehen, warum er es für den einen Eigenthümer weniger sein sollte, als für den andern. Es ist dabei aber zuzusehen, ob in einem gegebenen Fall derjenige, welcher vor der Einfügung des Bestandtheils an ihm als selbständiger Sache Eigenthum hatte, ihn auch nach seiner Trennung noch als Gegenstand besonderen Eigenthumsrechtes zu behandeln befugt ist, und diese Befugniß darf ihm, wie ich glaube, in dem Falle nicht zugestanden werden, wo er selbst die Verbindung vorgenommen, oder die von einem Andern vorgenommene hinterher anerkannt hat. Dadurch, daß er dieß gethan hat, hat er auf das Eigenthum an dem Verbundenen als selbständiger Sache definitiv verzichtet, und den Willen an den Tag gelegt, daß er an demselben nur in seiner Eigenschaft als Bestandtheil Eigenthum haben wolle. Diese Instanz gegen ihn fällt aber fort, wenn die Verbindung nicht mit seinem Willen geschehen ist. In diesem Falle daher (wenn also z. B. der Besitzer des Hauses während der Erziehungszeit Baumaterial, welches dem Eigenthümer des Hauses gehört, in dasselbe einfügt) kann er den losgelösten Bestandtheil als den seinigen in Anspruch nehmen, trotzdem daß gerade ihm das Eigenthum des Ganzen aberessen worden ist.

* Willentheil über die Natur des guten Glaubens bei der Verbindung.
Windscheid, Pandekten. I. Abthlg.

rechtliche Besitz¹, oder wie man gewöhnlich, nach Vorgang der Quellen, sagt, nur der Besitz in gutem Glauben. Unter gutem Glauben ist zu verstehen die rechtliche Ueberzeugung, daß man kein materielles² Unrecht begehe, indem man sich die Sache, wie man thut, aneigne³. Der gute Glaube wird sich regelmäßig darstellen als die Ueberzeugung, daß man Eigentümer geworden sei⁴; aber nothwendig ist dieß nicht⁵: er kann vorhanden sein ohne diese

Jährung (1820). Stinzing das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre (1862). Scheurl Beitr. II. Nr. 15 (1854). Schirmer Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 7. 9 (1858). Unterholzner I. §. 94—101. 117—121.

¹ L. 2 §. 1 D. pro emt. 41. 4.

² Darüber das Nähere in Note 6. 7. Vgl. Schirmer XV. S. 229—252.

³ Es ist gleich, ob man die Definition des guten Glaubens auf die Ueberzeugung von der Abwesenheit des Unrechts, oder auf die Ueberzeugung von dem Vorhandensein des Rechts stellt; denn jene ist diese. Die Ueberzeugung von der Abwesenheit des Unrechts beginnt erst mit der Ueberzeugung von dem Dasein des Rechts; die Aneignung einer Sache ist so lange Unrecht, bis sie Recht ist. Eine andere Frage aber ist, ob zu dem guten Glauben überhaupt eine positive Ueberzeugung verlangt werden muß, oder ob zu demselben die Abwesenheit der Ueberzeugung des Unrechts genügt. Man muß sich für das Erstere entscheiden (a. M. Stinzing S. 57. 123, Scheurl Beitr. II. S. 67, Sintenis I. §. 51 Note 9, mit einer Unterscheidung Böding §. 147). Von demjenigen, welcher sich eine Sache aneignet, ohne irgend welche Gründe für Recht oder Unrecht zu haben, wird man gewiß nicht sagen dürfen, er verfare in gutem Glauben; ebenso wenig aber von demjenigen, welcher im Zweifel ist, d. h. bei dem zwar die Gründe für das Unrecht durch die Gründe für das Recht aufgewogen werden, aber auch umgekehrt diese durch jene. Ueberwiegen die Gründe auf der einen oder andern Seite, so ist immerhin eine Ueberzeugung vorhanden. S. 1. 6 §. 1 D. pro emt. 41. 4. „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint sciam, reliquos usucipiam; quodai ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum“. L. 4 pr. eod. Vgl. Schirmer XV. 214—229.

⁴ Vgl. l. 38 D. h. t., l. 5 D. pro suo 41. 10, l. 1 pr. eod., l. 20 §. 6 D. de H. P. 5. 3.

⁵ Die früher herrschende Auffassung identificirte den guten Glauben mit dem Glauben, Eigentümer geworden zu sein (s. namentlich Müllentheil S. 55), und diese Auffassung findet sich auch noch bei neueren Schriftstellern (so bei Savigny III. S. 370, Puchta §. 157, vgl. Böding S. 101. 102). Es ist das Verdienst Stinzing's, auf das Irrige derselben hingewiesen zu haben. Dieser Schriftsteller geht aber nun seinerseits zu weit, indem er den guten Glauben zu etwas rein Negativem macht, Abwesenheit des Bewußtseins des Unrechts.

Ueberzeugung⁶, und kann fehlen obgleich man diese Ueberzeugung hat⁷. Der gute Glaube läßt sich auch bezeichnen als Glaube an das Vorhandensein aller derjenigen Umstände, ohne welche die Aneignung der Sache Unrecht sein würde, und das Nichtwissen von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde. Unter diesen Umständen ist von besonderer Wichtigkeit das Eigenthum bez. Nicht-eigenthum des Rechtsvorgängers; daher die Quellen den guten Glauben auch geradezu bezeichnen als

⁶ L. 5 pr. D. pro der. 42. 7. „Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse ab te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est“. Hierher gehört der letzte Theil der Stelle. Der Käufer weiß, daß der Verkäufer nicht Eigentümer ist und ihn nicht zum Eigentümer macht; aber er weiß auch, daß derselbe mit dem Willen des Eigentümers die Sache als eigene hat und darüber verfügt, daß also auch er selbst, indem er sich die Sache aneignet, materiell kein Unrecht thut. In gleicher Weise kann der beschenkte Ehegatte selbst erfragen, wenn der schenkende nicht Eigentümer war, und, was freilich hinzuzufügen ist, sich auch nicht im Erbschaftsbesitz befand; denn ist dieß letztere der Fall, so erleidet der Schenker trotzdem, daß er eine fremde Sache wegshenkt, eine Vermögensminderung, und daher steht der Erbschaft des Beschenkten das Verbot der Schenkung unter Ehegatten entgegen. Dieß sagen folgende Stellen: l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6. (L. 1 §. 2 D. pro don. 41. 6 handelt von der Schenkung einer eigenen Sache, ebenso l. 19 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1; beide beruhen darauf, daß der Beschenkte nicht zum Nachtheil des Schenkers reicher werden soll.) Einen andern Fall, wo erlassen wird, „quamvis sciens alienum esse possideam“ s. in l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Vgl. auch Vat. Fr. 1. Wie erklärt sich aber l. 44 §. 4 D. h. t. (§. 175 Note 11)? Ist der Haussohn nicht im Bewußtsein materiellen Unrechts, indem er sich aneignet, wovon er glaubt, daß es seinem Vater gehöre? Antwort: die Stelle nimmt gar nicht an, daß der Sohn die Sache sich aneignen wolle, sie nimmt an, er wolle die Sache für sein Peculium erwerben und haben („rem ex peculiali causa quasitam“).

⁷ L. 48 D. h. t. „Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse“. Ebenso l. 3 pro suo 41. 10. Vgl. auch l. 7 §. 6 D. pro emt. 41. 4 und l. 6 C. de praescr. l. t. 7. 33 (zu der letzteren Stelle Schirmer XV. S. 249. 250). L. 18 §. 2 D. h. t. enthält keinen Widerspruch, entweder weil nicht angenommen wird, daß der Beauftragte die Absicht habe, das Erworbene dem Austraggeber vorzuenthalten, oder weil er jedenfalls in der ursprünglichen Aneignung der Sache kein Unrecht thut, nur in dem Behalten derselben. Vgl. noch l. 8 D. pro emt. 41. 4.

Glauben an das Eigenthum oder Nichtwissen von dem Nichteigenthum des Rechtsvorgängers³.

§. 177.

In Betreff des Erfordernisses des guten Glaubens ist noch folgendes Nähere zu bemerken.

1) Der gute Glaube muß zur Zeit der Besitzergreifung vorhanden sein; erfolgt dieselbe aber auf Grund eines Kaufes, schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufes⁴. Diese Vorschrift des römischen Rechtes ist heutzutage auf jedes Rechtsgeschäft auszudehnen, in welchem, wie im Kaufe, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung gerichtet ist⁵.

³ Gai. II. 43 — „si modo ea bona fide acceperimus, cum crederemus, eum, qui tradiderit, dominum esse“. Pr. I. h. t. — „qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet, eum dominum esse, rem emerit“. Theoph. ad h. l.; l. 27 D. de contrah. emt. 18. 1. L. 109 D. de V. S. 50. 16. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut qui putavit, eum qui vendidit, ius vendendi habere, puto procuratorem aut tutorem esse“. L. 2 §. 13 l. 17 l. 6 §. 1 l. 7 §. 4. 5. 6 D. pro emt. 41. 4. Bgl. l. 13 §. 1 D. h. t. „Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse receptum est“. Auf Grund dieser Quellaussprüche will Brinz S. 210—213 die Definition des guten Glaubens geradezu auf den Glauben an das Eigenthum und die Fähigkeit des Auctors oder an die Vollmacht seines Vertreters gestellt wissen, so daß die Kenntniß von sonstigen Gründen, wodurch die Aneignung unbesugt wird, nicht mala fides wäre.

⁴ L. 2 pr. §. 13 D. pro emt. 41. 4, l. 48 D. h. t. (über l. 10 eod. vgl. Unterholzner I. S. 412 Note 413, Böding II. §. 147 Note 42), l. 7 §. 16. 17 D. de Publ. 6. 2, l. 15 §. 3 l. 44 §. 2 D. h. t. Der Grund dieser Bestimmung ist, weil im Kauf nicht die Verpflchtung zur Abtretung der Sache übernommen, sondern die Sache abgetreten wird; materiell liegt in dem Kaufe eine sofortige Ueber- und Aneignung. Unser Satz hat also den gleichen Grund, wie der Satz, daß mit Abschluß des Kaufvertrages sofort die Gefahr auf den Käufer übergeht. So auch Scheurl a. a. D. S. 63. 64; andere Meinungen bei Stinzing S. 113—117, Böding S. 109—110, Schirmer XV. S. 293—302.

⁵ So namentlich auf den Tausch und die Schenkung. Ist der in der vorigen Note angegebene Grund des Satzes richtig, so ist dieß eine notwendige Consequenz. Daß die Römer den Satz nur bei dem Kaufe anerkannt haben, erklärt sich daraus, weil unter allen Uebereignungsgeschäften nur der Kauf ohne Form rechtlichen Bestand hatte, bei Beobachtung der nöthigen Form aber man entweder Stipulation hatte, also ein auch der Intention nach bloß obligatorisches Geschäft, oder Mancipation oder Injurecession, also Eigenthums-

2) Der gute Glaube braucht nach römischem Recht nur zu Anfang vorhanden zu sein, er kann hinterher wieder wegfallen⁶; nach heutigem, auf einer Vorschrift des canonischen Rechts beruhenden, Rechte aber muß er bis zum Schlusse der Erßigung ununterbrochen fort dauern⁷.

3) Wenn der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird⁸, so kommt es gleichwohl lediglich auf den guten Glauben des Besitzers, also des Vertretenen, nicht auf den des Vertreters an⁹. Dieß erleidet jedoch eine Ausnahme in den Fällen, in welchen der Besitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird (§. 155 a. G.); hier ist nothwendig der gute Glaube des Vertreters, es schadet aber auch der böse Glaube des Vertretenen⁷.

4) Der gute Glaube als ein rein Innerliches kann nicht direct bewiesen, er kann nur aus den die Besitzergreifung begleitenden Umständen geschlossen werden. Die Anführung und der Beweis von Umständen, welche den Schluß auf den guten Glauben erlauben, ist natürlich Sache des sich auf die Erßigung Berufenden. Wird aber von dem Gegner behauptet, daß das anfänglich redliche Bewußtsein sich hinterher in ein unrechliches verwandelt habe, so muß Dieser Thatfachen anführen und be-

übertragung auch der Form nach. Anderes, als hier gesagt ist, meint wohl auch der oft mißverständene Puchta Inst. II. §. 239 Note nn nicht.

⁸ L. 48 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. un. §. 3 C. de usuc. transf. 7. 31. Bgl. Stinzing S. 33—39, Scheurl S. 63, Schirmer XV. S. 292.

⁹ c. 20 (3. 5) X. de praescr. 2. 26. Bgl. §. 112 Note 1. Ueber die Meinung, daß die canonische Vorschrift sich nur auf die praescriptio, nicht auf die usucapio beziehe (Santeaux S. 139 fg.) s. Bangerow I. §. 321 Anm. 1.

⁷ Bangerow I. S. 685, Scheurl Beitr. I. S. 220—231, Böding §. 147 d. e. f., Schirmer XV. S. 277—291.

⁶ Und zwar auf den guten Glauben des Vertretenen zu der Zeit, wo er von der für ihn geschehenen Besitzergreifung erfährt, weil früher die Erßigung nicht beginnt. L. 47 D. h. t., l. 49 §. 2 D. de poss. 41. 2, l. 1 C. eod. 7. 32, l. 2 §. 12 D. pro emt. 41. 4.

⁷ L. 2 §. 10—13 D. pro emt. 41. 4, l. 43 §. 1 D. h. t. Nach römischem Recht schadet nur der böse Glaube des Vertretenen zur Zeit der Besitzergreifung, l. 2 §. 13 cit.

welsen, aus denen auf diese Verwandlung geschlossen werden kann⁸.

5) Der gute Glaube ist kein absolutes Erforderniß. Böser Glaube schadet nicht, wenn er auf einer irrigen Annahme beruht⁹.

a. Berechtigter Besitz (Titel)*.

§. 178.

Das Wichtigste aber, was von dem guten Glauben ausgesagt werden muß, ist, daß derselbe kein leichtfertig gefaßter sein

⁸ Vgl. Scuff. Arch. III. 144 X. 136.

⁹ L. 2 §. 2 D. pro emt. 41. 4. „Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit, idemque est et si putet conditionem existisse, quae nondum existit; similis est enim ei, qui putet se omisso. Contra si existit et ignorat, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum“. Dagegen gehört nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auch der Satz hierher, daß der beschenkte Ehegatte erstgen kann (l. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 D. pro don. 41. 6). Man sagt, auch hier werde die Erstgen bedungen zugelassen, weil in der Wirklichkeit ein Erwerbgrund vorhanden sei, obgleich der Beschenkte das Gegentheil annehme; er halte die Schenkung für ungültig, weil er glaube, der Schenker sei Eigenthümer, sie sei aber gültig, da derselbe nicht Eigenthümer sei. Man vergißt, daß sie gültig ist eben auch nur als Schenkung einer fremden Sache, und Schenkung einer fremden Sache ist kein Erwerbgrund. Oder mit andern Worten: nach dem Satze, von welchem hier die Rede ist, soll der irrende bösgläubige Besitzer behandelt werden, als wenn er nicht irrite; wendet man ihn also auf unseren Fall an, so muß der beschenkte Ehegatte behandelt werden, als könnte er das Nichteigenthum des Schenkers. Der wahre Grund, warum der beschenkte Ehegatte erstgen kann, ist, weil er gar nicht in bösem Glauben ist (§. 176 Note 6). Ebenso wenig gehört hierher l. 44 §. 4 D. h. t. (§. 175 Note 1). Auch hier handelt es sich von keinem bösgläubigen Besitzer, was die Stelle ausdrücklich leugnet. — Mit dem aufgestellten Satz steht in Widerspruch l. 32 §. 1 D. h. t. „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio“. Die Stelle trägt eine dem Verfasser, Pomponius, eigenthümliche Meinung vor; auch in anderer Beziehung betonte dieser Jurist, wie aus l. 46 §. 8 D. de furt. 47 2 hervorgeht, das Subjective in einer Weise, welche keine Anerkennung gefunden hat. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Savigny III. S. 371 Note a, Stintzing S. 85—87, Scheurl S. 60—62, Böcking §. 147 Note 4, Schirmer XV. S. 237—244.

* Unterholzner I. §. 102—116, Stintzing und Scheurl an den beim vorigen §. cit. Orten, Schirmer a. a. O. XVI. 1.

darf. Dieß läßt sich auch so ausdrücken: es muß der Irrthum, auf welchem er beruht, ein entschuldbarer Irrthum sein¹. Entschuldbar ist der Irrthum regelmäßig nicht, wenn er ein Rechtsirrtum ist²; aber auch wenn er ein factischer Irrthum ist, wird er entschuldbar regelmäßig dann nicht sein³, wenn er sich auf das Vorhandensein der Erwerbsthatsache bezieht, auf welche der gute Glaube gestützt wird. Diese Erwerbsthatsache muß also regelmäßig wirklich vorhanden sein⁴; man drückt das so aus: die Erstgen bedürfe eines Titels⁵. Jedoch ist das eben auch nur die Regel; in einem gegebenen Falle kann sehr wohl auch der Irrthum, kraft dessen das Vorhandensein einer nicht vorhandenen Erwerbsthatsache angenommen wird, ein entschuldbarer

¹ L. 44 §. 4 i. f. D. h. t.: — „si ex patris hereditate ad se pervenisse s. 178. rem emtam non levi praesumptione credat“. L. 5 §. 1 pro suo 41. 10: — „quod ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstat“. Vgl. Savigny III. S. 369—377, Stintzing S. 62—72, und gegen den letzteren Scheurl S. 66—77.

² L. 4 D. de I. et F. I. 22. 6, l. 31 pr. D. h. t., l. 2 §. 15 D. pro emt. 41. 4. Scuff. Arch. I. 405 II. 138 IX. 265. Darüber, daß der Rechtsirrtum auch bei der Erstgen zugelassen wird, wenn objective Gründe ausnahmsweise die Rechtsunkenntniß als eine gerechtfertigte erscheinen lassen (§. 79 Note 7), ist man einverstanden; aber ist auch der subjective Grund der Minderjährigkeit (das. Note 10) zu berücksichtigen? Die Frage ist zu bejahen auf Grund von l. 11 C. de I. et F. I. 1. 18 (vgl. l. 9 pr. D. eod. 22. 6), wo die Minderjährigen den Frauen als solche entgegengesetzt werden, welchen der Irrthum auch „in lucro“ zu Gute komme. So auch Savigny III. S. 430. 431, Scheurl S. 73. 74; a. M. Böcking II. §. 146 Note 11, Schirmer XVI. S. 11—13.

³ Entschuldbar ist namentlich der Irrthum über das Eigenthum des Rechtsvorgängers, obgleich auch dieser Satz natürlich kein absoluter ist.

⁴ §. 11 I. h. t. „Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis, quum non emerit, emisse se existimans possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat“. L. 27 D. h. t., l. 2 pr. §. 2 D. pro emt. 41. 4, l. 1 pr. D. pro don. 41. 6, l. 6 D. pro der. 41. 7, l. 1. 2. 3 D. pro leg. 41. 8, l. 24 C. de R. V. 3. 32, l. 3 C. de usuc. pro don. 7. 27, l. 4 C. de usuc. pro her. 7. 29, l. 5 C. de praeser. l. t. 7. 33.

⁵ Ueber den Ausdruck vgl. l. 1 pr. D. pro dote 41. 9, l. 46 D. h. t., l. 2 D. de distr. pign. 20. 5, l. 13 §. 1 D. de H. P. 5. 3, l. ult. D. si quis om. causa test. 29. 4; Hugo civ. Mag. IV. S. 144 fg.

Irrthum sein; man sagt in diesem Falle: es werde auf Grund eines putativen Titel erlassen⁶ 7.

§. 179.

Unter den einzelnen Erftigungstiteln ist bei weitem der wichtigste die Uebergabe der Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung. Dieselbe wird jedoch als solche in den Quellen nicht

⁶ L. 11 D. pro emt. 41. 4. „Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, haecenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat. Nam si forte serrus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit: magis est, ut usucapio sequatur“. L. 2 §. 16 eod., l. 4 §. 2 l. 5 §. 1 D. pro suo 41. 10, l. 44 pr. §. 4 i. f. D. h. t. Vgl. Stinzing S. 89—97.

⁷ Die in diesem § ausgeführte Auffassung des Verhältnisses zwischen gutem Glauben und Titel war früher die allgemein herrschende, s. namentlich Müllenthiel S. 24, Unterholzner I. §. 96, Savigny III. S. 371. In neuerer Zeit ist sie aber von verschiedenen Seiten angefochten worden, zuerst von Stinzing, dann auch von Scheurl und Schirmer (an den oben cit. Orten), ferner von Böcking II. §. 146, Brinz §. 214, vgl. auch Arndts §. 160 Anm. 1. Diese Schriftsteller stimmen darin überein, daß sie den Titel nicht als Rechtfertigungsgrund des guten Glaubens, sondern als etwas Selbständiges ansehen, während sie freilich im Einzelnen noch verschiedener Meinung sind. Scheurl und Böcking glauben, der Titel sei von der Verwandlung des in bonis in civiles Eigenthum durch Zeitablauf, Stinzing, er sei von der Publiciana herübergenommen, Schirmer sieht in demselben „denjenigen äußeren Vorgang, welcher unsere Herrschaft über die besessene Sache als rechtmäßig erworben erscheinen läßt“. Ich halte weder die bezeichneten historischen Herleitungen für stichhaltig, noch kann ich überhaupt glauben, daß das Erforderniß des Titels bloß einen historischen Grund haben sollte (was übrigens auch jene Schriftsteller nicht behaupten). Fragt man aber nach einem inneren Grund für dasselbe, so sehe ich keinen andern, als eben den, daß durch jenen Vorgang der Aneignungswille als ein gerechtfertigter, als ein Wille, welcher an seine Berechtigung glauben durfte, dargestellt wird; ein Vorgang, welcher Eigenthum zu begründen nicht im Stande ist, kann als solcher, abgesehen von seiner Einwirkung auf das Bewußtsein des Besitzers, für das Recht keinen Werth haben. Der Hauptgrund, weswegen jene Schriftsteller es ablehnen, von dem guten Glauben auszugehen, ist, weil er auch fehlen kann (§. 177 Note 9). Aber auch der Titel kann fehlen; und wenn der Titel fehlt, so muß er durch etwas ersetzt werden (s. g. Putativtitel), was meiner Ansicht nach gar nicht anders bedeutet werden kann, als daß es das Bewußtsein des Besitzers rechtfertigen soll. Muß man nicht schließen, daß auch die Bedeutung des Titels selbst keine andere sei?

als Erftigungstitel bezeichnet, sondern es wird die Bezeichnung von der Absicht hergenommen, auf welcher der Wille, Eigenthum zu übertragen, beruht¹. Sonstige Titel sind: richterliche Verfügung², Erbschaft³, Vermächtniß⁴, Vemächtigung⁵, Frucht-

¹ Es gibt keinen Titel pro tradito, aber einen Titel pro emtore (Dig. 41. §. 179. 4, Cod. 7. 26), pro donato (Dig. 41. 6, Cod. 7. 27), pro dote (Dig. 41. 9, Cod. 7. 28), pro transactione (Cod. 7. 26), pro soluto (l. 46. 48 D. h. t.; in den Vulgatschriften beginnt bei l. 46 ein besonderer Titel mit der Rubrik 'pro soluto'), — was übrigens in keiner Weise eine vollständige Aufzählung der Traditionstitel ist, s. B. Jemand gibt tauschweise, oder zum Zweck der Erfüllung einer lehtwilligen Zuteilung (conditionis implendae gratia). — Beißt Kaufe wird gefragt, ob auch Zahlung des Kaufpreises zum Titel erforderlich sei? Gewiß, da ohne dieselbe Eigenthum nicht übergeht; für die Publicianische Klage wird zwar Zahlung des Kaufpreises nicht verlangt (l. 8 D. de Publ. 6. 2), aber dieselbe prallt auch gerade an dem Eigenthum ab. So auch Unterholzner I. S. 379, Vangerow I. S. 679, Böcking I. §. 147 Note 45; a. M. Stinzing S. 110, Scheurl S. 65.

² L. 17 D. h. t.

³ Pro herede, Dig. 41. 5, Cod. 7. 29. Man ersieht, was nicht zur Erbschaft gehört, was man aber aus gutem Grunde dazu rechnet (l. 3 D. h. t.), vorausgesetzt jedoch, daß es nicht der Erblasser schon in bösem Glauben besaß (§. 181 Note 6); man ersieht ferner, wenn man aus gutem Grunde Erbe zu sein glaubt, ohne es zu sein (l. 33 §. 1 h. t.). Nach älterem römischem Recht erfaß man auch pro herede, was man von einer unangetretenen Erbschaft ohne allen guten Glauben in Besitz genommen hatte; aber dieser „improba usucapio“ ist durch einen Senatsschluß unter Hadrian dem Erben gegenüber die Wirksamkeit entzogen worden (Gai. II. 52—58), und für das heutige Recht hat sie gar keine Bedeutung mehr (vgl. über diese nicht unbestrittene Frage Arndts Rhein. Mus. II. S. 133, Böcking II. S. 99, Fuchsle Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 222—224, Unterholzner I. S. 368—370). Es wird aber behauptet, daß durch den erwähnten Senatsschluß auch der Erftigung desjenigen, welcher sich in gutem Glauben für den wahren Erben halte, die Wirksamkeit gegenüber dem wahren Erben entzogen worden sei, und in der That sprechen dafür gute Gründe, namentlich l. 1 D. quor. bon. 43. 2, l. 7 C. de pet. her. 3. 31, l. 4 C. in quib. causis l. t. praeser. 7. 34. Diese Ansicht ist namentlich vertheidigt worden von Arndts Rhein. Mus. II. S. 133 fg. und Beiträge S. 75 fg., dem beigetreten sind u. A. Unterholzner I. S. 365—367, Schmid §. 14 Note 71, Fuchsle Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 216—220, Vangerow I. §. 320 Anm. 1, Böcking I. §. 146 Note 53. Der entgegengefehten Ansicht sind namentlich Savigny Zeitschr. f. gesch. RW. V. S. 21, Fritz Erklärungen I. S. 330 fg. Ueber l. 29 D. h. t. f. Arndts Rhein. Mus. II. S. 129. 148, Schmid §. 14 Note 70.

⁴ Pro legato. D. 41. 8.

⁵ Wenn man aus gutem Grunde glaubt, die in Besitz genommene Sache

ziehung⁶. Das rechtskräftige Urtheil ist kein Ersizungstitel; es kann nur in Betracht kommen als Rechtfertigung des Glaubens an den Eigenthumserwerb durch denjenigen Titel, auf Grund dessen das Urtheil das Eigenthum zugesprochen hat⁷.

d. Dauer des Besitzes.

§. 180.

Der im Vorhergehenden näher bestimmte Besitz muß, damit die Ersizung vollendet sei, bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen zehn bez. zwanzig Jahre gedauert haben; zehn Jahre, wenn die Partheien, zwischen welchen die Ersizung abläuft, ihren Wohnsitz in demselben Obergerichtsbezirk haben, zwanzig Jahre, wenn das Gegentheil der Fall ist¹. Ist während des Laufes

sei eine herrenlose z. B. vom Eigenthümer derelinq. D. 41. 7 pro derelicto.

⁶ L. 4 §. 5 D. h. t., l. 2 D. pro suo 41. 10. Es wird in den Quellen kein Titel pro fructu genannt; die Ersizung der Frucht wird vielmehr als eine Ersizung pro suo bezeichnet. Dieser Ausdruck geht gar nicht auf einen speziellen Titel, sondern will nur sagen, daß der Besitzer sich aus irgend einem Grunde für den Eigenthümer halte. Er kann daher für jeden Titel gebraucht werden, wird aber im Besonderen da gebraucht, wo es an einer speziellen Bezeichnung des Titels fehlt. L. 1—3 l. 4 §. 2 D. pro suo 41. 10, l. 1 §. 2 D. pro dots 41. 9.

⁷ Man beruft sich für das Gegentheil darauf, daß das rechtskräftige Urtheil den Nichteigenthümer zum Eigenthümer mache. Das ist nicht richtig; es gibt ihm nur dem Gegner gegenüber die Befugniß, von demselben Anerkennung als Eigenthümer zu verlangen. Man beruft sich ferner, abgesehen von anderen Stellen, welche noch weniger beweisen, auf l. 3 §. 1 D. de Publ. 6. 2, welche von der Tradition auf Grund eines Urtheils handelt, und auf die Analogie der l. 13 §. 1 D. de iuror. 12. 2, l. 33 §. 3 D. h. t., von welchen Stellen die letztere den Titel ebenfalls in der Uebergabe sieht, die erste nicht sagt, daß der Eid Titel sei. Der hier vertretenen Ansicht sind Unterholzner I. §. 116, Danz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 9, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXI. 10, Scheurl Beitr. II. S. 82—86, Böding II. §. 146 Note 28; dawider Arndts Arch. f. civ. Pr. XIII. 15, Bangerow I. §. 320 Ann. 3, Brinz S. 209.

¹ L. un. C. de usuc. transf. 7. 31, l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33. Nach römischem Recht kommt es darauf an, ob die Partheien in derselben „provincia“ wohnen; diese Bestimmung ist heutzutage unanwendbar. Vgl. Unterholzner I. §. 84 Note 278, Sintenis I. S. 510. Seuff. Arch. VI. 812. IX. 9 X. 187.

der Ersizung theilweise das Eine, theilweise das Andere der Fall, so werden zwei Jahre des Auseinanderseins² für ein Jahr des Zusammenseins gerechnet, oder umgekehrt ein Jahr des Zusammenseins für zwei Jahre des Auseinanderseins³. Die Ersizungszeit wird juristisch, d. h. von Tag zu Tag, nicht von Moment zu Moment gerechnet⁴; vollendet ist sie mit Anbruch des letzten Tages⁵.

Der Besitz muß während dieser Zeit ununterbrochen vorhanden gewesen sein; es darf nicht ein später erlangter Besitz mit einem früher gehaltenen zusammengerechnet werden; durch die Unterbrechung des Besitzes wird auch die Ersizung unterbrochen, d. h. es wird der bisher abgelaufenen Ersizungszeit alle rechtliche Kraft entzogen⁶. Der Besitz muß aber ferner während dieser Zeit auch ungestört vorhanden gewesen sein. Das will sagen: es muß nicht der Eigenthümer gegen den Besitzer den Proceß begonnen haben; auch durch den Proceßbeginn wird die Ersizung unterbrochen⁷. Bleibt der Proceß liegen, so läuft

² Die Quellen nennen diejenigen, welche in derselben provincia wohnen, praesentes, diejenigen, welche nicht in derselben provincia wohnen, absentes.

³ Nov. 119 c. 8.

⁴ §. 103 Note 7.

⁵ L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3. Ueber l. 7 D. h. t. vgl. §. 103 Note 15 u. 12.

⁶ L. 5. 15 pr. §. 2 D. h. t., l. 7 §. 4 D. pro emt. 41. 4, l. 5 D. pro don. 41. 6. Die Quellen sagen „interruptitur“ possessio, usucapio. Die Unterbrechung der Ersizung wird auch usurpatio genannt (l. 2 D. h. t.), während die Etymologie des Wortes (usurpare, usurpare) auf den engeren Begriff der Unterbrechung durch eine von einem Andern ausgehende Besitzentziehung führt. Vgl. Unterholzner I. §. 131 Note 450, Böding II. §. 148 Note 15.

⁷ Man kann diese Unterbrechung eine civilis interruptio nennen, nach l. 5 D. h. t. und Cic. de or. III. 28. §. 110; vgl. Fuschke Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. II. S. 141—150. — Uebrigens galt diese Unterbrechung der Ersizung durch Proceßhebung nicht für die usucapio. Dieselbe wurde durch die litis contestatio nicht unterbrochen, sondern es wurde nur ihre Vollendung für das in diesem Prozesse erfolgende Urtheil unschädlich gemacht; der Beklagte wurde zur Herausgabe der Sache verurtheilt, als wäre dieselbe nicht durch Ersizung sein eigen geworden. Davon handeln: l. 18. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 2 §. 21 D. pro emt. 41. 4. Anders war es bei der longi temporis praescriptio; hier wurde die Ersizung durch die litis contestatio wirklich unterbrochen, l. 2 C. ubi in rem 3. 19, l. 26 C. de R. V. 3. 32, l. 1. 2. 10 C. de l. t. praescr. 7. 33, l. 4 C. quib. non obi. 7. 35. Zwar wird von Man-

zwar eine neue Erfindung, aber nur die außerordentliche, und zwar vierzigjährige^a.

den (so von Rierulff S. 283 Note *, Puchta Inst. II. §. 239 γ, Demelius Untersuchungen S. 84. 89. 97, vgl. Arnolds §. 163 Anm. 2) dieß geeignet und behauptet, auch bei der *longi temporis praescriptio* habe in dieser Beziehung nichts Anderes gegolten, als bei der *usucapio*; allein denselben steht nicht bloß entgegen, daß in l. 2 C. ubi in rem und l. 2 C. de praeser. l. t. geradezu von einer Unterbrechung der *praescriptio* und der *possessio* die Rede ist (vgl. l. 2 §. 21 D. pro omt. 41. 4), sondern namentlich auch, und dieß halte ich für ganz entscheidend, der in l. 1 C. de praeser. l. t. vorgetragene Satz, daß die *litiocontestatio* die Erfindung nicht bloß für diesen Prozeß unterbreche. So ist also in der That in der Justinianischen Compilation Verschiedenes für die *usucapio*, Verschiedenes für die l. t. *praescriptio* gelehrt, und es scheint nach dem oben §. 174 Note 2 Gesagten nichts übrig zu bleiben, als das Eine und das Andere zur Anwendung zu bringen, das Recht der *usucapio* für bewegliche Sachen, das der l. t. *praescriptio* für unbewegliche. Der eigentliche Sinn Justinians wäre damit aber gewiß nicht getroffen; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Justinian angenommen hat, zwischen der *usucapio* und der l. t. *praescriptio* bestehe kein Unterschied. Bei dieser Lage der Sache gewährt einen willkommenen Anhalt l. 2 C. de ann. exe. 7. 40. In dieser Stelle gibt Justinian an, wie sich derjenige, gegen welchen eine Verjährung laufe, helfen könne, wenn die Erhebung des Prozesses wegen eines Hindernisses in der Person des Gegners unmöglich sei; er soll dann eine Verwahrung bei Gericht einreichen, und dieselbe soll ihm zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung denselben Dienst thun, wie die Erhebung des Prozesses. Dabei stellt aber Justinian die Erfindung jeder anderen Verjährung ausdrücklich gleich („et hoc sufficiens ad omnem temporalem interruptionem, sive trecentii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit“). Es kann daher wohl keiner Frage unterliegen, daß in seinem Sinne auch die Erhebung des Prozesses selbst die Erfindung unterbrechen soll, wobei unter Erhebung des Prozesses wie bei der 30jährigen Verjährung (§. 126) die Ladung des Beklagten verstanden werden muß. So auch Wächter Erört. III. S. 99—104, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV. S. 181 fg. Andere Schriftsteller wollen das Recht der *usucapio* oder der *longi temporis praescriptio* zur Anwendung gebracht wissen, je nachdem sie überhaupt die Justinianische Erfindung unter die Grundsätze der ersteren oder unter die der letzteren stellen. Vgl. Unterholzner I. §. 127, Savigny VI. S. 56—61, Vangerow I. S. 280, Schmid I. S. 256—260. Eine besondere Ansicht hat Sintenis I. S. 500. 501 aufgestellt; die Erfindung werde durch die Ladung des Beklagten deswegen unterbrochen, weil die Ladung bösen Glauben bewirke. Vgl. dagegen §. 124 Note 5. In der neuesten Auflage seines Lehrbuches erklärt freilich Sintenis diesen bösen Glauben nur für einen „figürlichen“, wobei der Beklagte in der „besten Ueberzeugung“ bleiben könne. — Für die Unterbrechung durch Ladung S. u. ff. Arch. VIII. 133.

^a Auf den Fall, wo der Prozeß liegen bleibt, bezieht sich das praktische

§. 181.

Nicht jede Zeit des Besitzes darf in die Erfindungszeit eingerechnet werden; es gibt Gründe, welche bewirken, daß die Erfindung, obgleich ihre sonstigen Erfordernisse vollständig vorhanden sind, stille steht, ruht¹. Dieser Zustand tritt ein 1) dadurch, daß die Sache sich in dem Eigenthum einer Person befindet, gegen welche nicht erlassen werden kann; 2) dadurch, daß gewisse Gründe den Eigenthümer an der Verfolgung seines Rechtes hindern. Von dem Einen und dem Andern wird näher unter den Ausnahmen von der Erfindung gesprochen werden (§. 182 Nr. 2. 4).

Von der anderen Seite darf der Erfindende nicht bloß die Zeit seines Besitzes rechnen, sondern unter Umständen auch diejenige Zeit, während welcher ein Anderer besessen hat². Hierfür gelten folgende nähere Regeln³.

Interesse der Frage, ob durch den Prozeßbeginn die Erfindung nur unschädlich gemacht wird, wie bei der *usucapio*, oder unterbrochen wird, wie bei der *longi temporis praescriptio*. Wird sie nur unschädlich gemacht, so hat der Prozeßbeginn gar keine Bedeutung, wenn es nicht zum Urtheil kommt; anders im Fall der Unterbrechung. L. 1 C. de praeser. l. t. 7. 33 sagt dieß ausdrücklich. „Quodsi prior possessor inquietatus est, etsi postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis praescriptione“. Daß die neu beginnende Erfindung eine 40jährige sein muß, beruht auf l. 9 C. de praeser. XXX. 7. 39. Wächter Erört. III. S. 104 Note 40.

¹ *Praescriptio dormit*, wie die Neueren sagen. Der Gegensatz zwischen §. 181. Stillestehen und Unterbrechung der Erfindung ist derselbe, wie der entsprechende bei der Verjährung der Ansprüche. Vgl. §. 110 Note 6.

² Es findet statt eine *accessio temporis*, *accessio possessionis*. Diese Ausdrücke sind quellenmäßig; vgl. jedoch Note 5 a. E.

³ D. 44. 3 de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. Unterholzner I. §. 132—136, Vangerow I. §. 322, A. Denzinger die *Accessio possessionis* nach dem römischen und canonischen Recht (1842). — Die *accessio possessionis* fand im classischen Recht außer bei der Erfindung eine sehr wichtige Anwendung auch bei dem *interdictum atrubi*, und die Compilatoren haben eine Reihe von Stellen ausgenommen, welche ursprünglich gerade von dieser ihrer Anwendung gehandelt haben, ohne dieselben durchweg so zu redigieren, daß sie auf die Erfindung passen. Uebrigens ist in der Geschichte der *accessio possessionis* bei der Erfindung nicht Alles klar; Justinian berichtet von Veränderungen, welche er mit derselben vorgenommen habe (l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, §. 12 I. de usuc. 2. 6), und dieser Bericht paßt schlecht

1) Der Gesamtnachfolger tritt in das Erbsitzungsverhältnis des Rechtsvorgängers ein⁴, und setzt daher, wenn derselbe ersaß, die von demselben begonnene Erbsitzung fort⁵, kann freilich auf der andern Seite auch, wenn der Rechtsvorgänger aus Mangel an gutem Glauben nicht ersaß, seinerseits, trotz seines guten Glaubens, keine Erbsitzung beginnen⁶. Damit aber der Gesamtnachfolger die von dem Erblasser begonnene Erbsitzung fortsetzen könne, ist nothwendig, daß in der Zwischenzeit kein Anderer die Sache besessen habe⁷, während die Zeit, wo Niemand die Sache besessen hat, hinzugerechnet wird⁸. Ja es kann sogar die Erbsitzung vollendet werden, ohne daß der Erbe den Besitz überhaupt erlangt hat⁹.

zu dem; was wir sonst wissen. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Unterholzner I. S. 465—467, Denzinger §. 20, Bangerow I. S. 687—88, 690—91, Böcking §. 148 Note *.

⁴ Scheurl Beiträge I. S. 22. 90 hat darauf aufmerksam gemacht, daß in die 'conditio usucapionis' kraft ihrer Natur als „werbendes Eigentum“ succedat werden könne (vgl. Böcking II. S. 117. 118); aus dem im Texte zu Note 6 Gesagten geht hervor, daß der Regel ein allgemeinerer Ausdruck gegeben werden muß.

⁵ Ohne daß es nach römischem Recht darauf ankam, ob er selbst im guten Glauben war oder nicht. L. 40. 43 pr. D. h. t., l. 2 §. 19 D. pro emt. 41. 4, l. 80 pr. D. ex quib. causis mai. 4. 6 (— „ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi innotata descendit ad heredem“); l. un. C. de usuc. transf. 7. 31, §. 12 I. h. t., l. 14 §. 1 D. de div. temp. praeser. 44. 3. Die letzte Stelle ist die einzige, in welcher in Betreff des Erben von accessio possessionis die Rede ist; aber sie handelte auch ursprünglich vom interd. utrobi. Vgl. Scheurl Beitr. I. S. 92 unt., Böcking II. S. 118, Brinz S. 218.

⁶ L. 11 D. de div. temp. praeser. 44. 3, l. 3 C. comm. de usuc. 7. 30, l. 11. C. de poss. 7. 32, §. 6 I. h. t.

⁷ L. 20 D. h. t., l. 6 §. 2 D. pro emt. 41. 4.

⁸ L. 31 §. 5 h. t.

⁹ L. 31 §. 5 h. t., l. 6 §. 2 D. pro emt. 41. 4. So ist Vollendung der Erbsitzung auch vor Antritt der Erbschaft möglich, l. 40. 44 §. 3 D. h. t., l. 80 pr. D. ex quib. causis mai. 4. 6; vgl. l. 2 §. 18 D. pro emt. Das Gegentheil sagt, oder scheint zu sagen (Böcking II. S. 148 Note 32), l. 13 §. 4 D. de poss. 41. 4, die jedenfalls sich ursprünglich auf das interd. utrobi bezog, und als aus Versehen aufgenommen den eigentlichen Gehalt der Justinianischen Compilation nicht ausdrückt. Vgl. Fuchta §. 156 I., Iphering Abhandlungen S. 253—256, Bangerow I. S. 688. 689, Scheurl Beitr. I. S. 92, Schirmer zu Unterh. I. S. 472 Note *.

2) Der Sondernachfolger beginnt in seiner Person eine neue Erbsitzung, kann aber für dieselbe den Erbsitzungsbesitz seines Rechtsvorgängers mit in Ansatz bringen¹⁰.

3) Dem Sondernachfolger wird in dieser Beziehung derjenige gleichgestellt, welcher eine Sache veräußert hat, und dann in Folge der Wiederauflösung der Veräußerung zurückerlangt. Derselbe kann also in die neu begonnene Erbsitzung den Besitz des Eigenthümers der Zwischenzeit, sowie den Besitz, welchen er selbst vor der Veräußerung gehabt hat, einrechnen¹¹.

e. Ausnahmen *.

§. 182.

Wenn auch die im Vorhergehenden bezeichneten Erfordernisse der ordentlichen Erbsitzung vorhanden sind, so findet dieselbe doch nicht in allen Fällen statt. Sie ist ausgeschlossen

- 1) an Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind (§. 146. 147)¹;
- 2) an Sachen gewisser Eigenthümer, nämlich a) des Staates²,

Arndts §. 161 Anm. 3. — Gleiches ist zu sagen von l. 13 §. 5 eod., vgl. l. 15 §. 1 D. h. t., welche den Satz vorträgt, daß dem Erben die Zeit des Besizes des Erblassers selbst dann zugerechnet werde, wenn derselbe nicht bis zu seinem Tode besessen habe. Vgl. übrigens Böcking II. §. 148 Note 29, Schirmer zu Unterh. I. S. 474 Note 471.

¹⁰ §. 13 I. h. t., l. 2 §. 20 (vgl. §. 17) D. pro emt. 41. 4, l. 15 §. 1—6 l. 16 D. de div. temp. praeser. 44. 3, l. 76 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 §. 3 D. de I. D. 23. 3, l. 14 §. 1 D. h. t.; l. 13 §. 6. 9—12 D. de poss. 41. 3, l. 14 pr. §. 2. 4. 5 D. de div. temp. praeser. 44. 3. Die beiden letzteren Stellen handelten ursprünglich von dem interd. utrobi; daraus erklärt sich, daß in §. 7 der ersten auch beim Precarium (vgl. §. 154 Note 5), in §. 3 der zweiten Stelle auch zu Gunsten des Pfandgläubigers Hinzurechnung des Besizes gestattet wird. Vgl. jedoch auch Böcking §. 148 Note 34, Arndts §. 161 Anm. 2.

¹¹ L. 19 D. h. t.; l. 6 §. 1 D. de div. temp. praeser. 44. 3, l. 13 §. 2 D. de poss. 41. 2.

* Unterholzner I. §. 32—81, Bangerow §. 317, Schirmer Grundbuec der Uluc. S. 99—200.

¹ L. 9. 45 D. h. t., §. 1 I. eod., l. 9 C. de aquaeductu 11. 42. Es §. 182. muß dieß deswegen ausdrücklich hervorgehoben werden, weil jedenfalls nach heutigem Recht die dem Verkehr entzogenen Sachen keineswegs nothwendig auch dem Eigenthum entzogen sind.

² §. 9 I. h. t., l. 18. 24. §. 1 D. h. t., l. 2 C. comm. de usuc. 7. 30.

b) des Landesherrn² und c) an unbeweglichen Sachen der Kirche und milden Stiftungen⁴;

3) an Sachen, welche dem Eigenthümer in gewisser Weise abhanden gekommen sind, nämlich a) durch Entwendung⁵, b) durch gewaltsame Inbesitznahme⁷, c) durch Veräußerung eines unred-

² C. 7. 38 *no rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur*, l. 2 C. de fund. et saltib. rei dom. 11. 66.

⁴ Nov. 111 c. 1, 131 c. 6 (Auth. *Quas actiones* hinter l. 23 C. de ss. ecol. 1. 2), c. 4. 8 X. de praesor. 2. 26. Cuff. Arch. IX. 266.

⁵ Nicht gehören hierher auch die Sachen der Stadtgemeinden. L. 9 D. h. t. handelt von Sachen der Stadtgemeinden, welche dem Verlehr entzogen sind; l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 schließt nicht die Erbschaft des Eigenthums, sondern die Erbschaft des verjährlichen Rechts aus. Dieß beweist der folgende §. 3; bedarf es einer Hervorhebung, daß Erbschaft eines mit einer Superficies belasteten Grundstücks zulässig sei? Die Zulässigkeit der *longi temporis praescriptio* gegenüber Stadtgemeinden wird ausdrücklich anerkannt von Paul. R. S. V. 2 §. 4 (l. 2 C. *no rei dom.* 7. 38 *seht mala fides* voraus [„perperam“]); vgl. auch l. 15 §. 27 D. de damno inf. 39. 2. Die Sache ist übrigens äußerst freitig. Vgl. Unterholzner I. §. 45. 58, Schmid I. S. 192, Wangerow I. S. 661, Böding II. §. 145 Note 29, Schirmer Grundbuc der Ufucapion S. 111—119, Sinentis I. §. 51 Note 37, Franke Arch. f. civ. Pr. XLIV. S. 122 fg.

⁶ §. 2—6 l. h. t., l. 36—38 D. h. t. Es macht sich hier der römische Begriff des *furtum* geltend (s. Unterholzner I. §. 62—65 und unten das Obligationenrecht), mit der Maßgabe jedoch, daß nur dasjenige *furtum* die Sache unerforschbar macht, welches sie dem Eigenthümer entzieht. Daher wird sie nicht unerforschbar durch ein von dem Eigenthümer selbst begangenes *furtum usus* oder *possessionis* (l. 4 §. 21 D. h. t., l. 5 D. pro omt. 41. 4, l. 20 §. 1 D. de furtis 47. 2; l. 49 D. eod., l. 6 C. de usuc. pro omt. 7. 26 sind auf ein *furtum* des Nichteigenthümers zu deuten). Uebrigens gehen auch hier die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Unterholzner I. S. 214, 221, 222, 232—235, Husche Zeitschr. f. gesch. RW. XIV. S. 256—259, Wangerow I. S. 667, 668, Schirmer S. 166—197. — Die Erzeugnisse einer entwendeten Sache sind als solche der Erbschaft nicht entzogen, l. 4 §. 19 D. h. t. (benn das Erzeugniß ist nicht Theil der Sache, l. 10 §. 2 i. f. D. h. t., l. 26 D. de V. S. 50. 16); eine Ausnahme machen nur Thierjunge, insofern sie bei dem Entwerder concipirt sind, l. 48 §. 5 D. de furt. 47. 2 (mit welcher Stelle sich freitlich l. 10 §. 2 D. h. t. schlecht vereinigen läßt; man muß annehmen, Ulpian eigne sich nur den Grund des *Scävola* an, nicht aber die von demselben daraus gezogene Consequenz); vgl. Unterholzner I. §. 66, Schirmer S. 129—143.

⁷ §. 2 l. h. t., l. 4 §. 22—28 l. 33 §. 2 l. 37 §. 1 l. 38 D. h. t. Daß der Eigenthümer selbst es ist, der die Sache mit Gewalt in seinen Besitz gebracht hat, macht hier keinen Unterschied, l. 4 §. 26 D. h. t.

lichen Besitzers⁸, d) durch Hingabe zum Zweck der Bestechung⁹. In diesen Fällen wird jedoch der Sache die Erbschaftlichkeit dadurch zurückgegeben, daß sie wieder in die Gewalt des Berechtigten kommt¹⁰.

⁸ Wenn eine bewegliche Sache von dem unredlichen Besitzer veräußert wird, so wird sie zu einer entwendeten (§. 3 l. h. t.). In Nov. 119 c. 7 hat aber Justinian vorgeschrieben, daß auch die Veräußerung einer unbeweglichen Sache durch den unredlichen Besitzer sie zu einer unerforschbaren machen soll, vorausgesetzt, daß der Eigenthümer keine Kenntniß von der Veräußerung oder seinem Rechte hat. Daß die Erbschaft auch in der ferneren Hand ausgeschlossen sei, sagt zwar diese Bestimmung nicht ausdrücklich; aber es ist in ihrem Sinne anzunehmen.

⁹ L. 8 D. de lege Julia rep. 48. 11, l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1.

¹⁰ Näheres. 1) In die Gewalt des Berechtigten, d. h. des Eigenthümers, §. 8 l. 1. 4 §. 6 D. h. t.; es müßte denn die Entwendung gar nicht gegen das Eigenthumsrecht gerichtet gewesen sein, l. 49 D. h. t. Schwierigkeit macht l. 6 §. 3 i. f. D. de proc. 43. 26, welche Stelle nach Justinianischem Rechte doch kaum einen andern Sinn haben kann (Auslegungsversuche bei Wangerow I. S. 669, Arnolds S. 247), als daß die einem Nichteigenthümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in dessen Gewalt erbschaftsfähig werde. Unterholzner I. S. 220, Schmid §. 14. Note 29, Schirmer S. 145—151. 2) In die Gewalt des Berechtigten, l. 4 §. 12 D. h. t., l. 22 D. de poss. 41. 3, l. 10. 12 C. de furt. 6. 2, l. 7 C. de us. pro omt. 7. 26; l. 4 §. 13 D. h. t., l. 84 D. de furt. 47. 2; l. 4 §. 14 D. h. t.; l. 32 pr. D. h. t.; l. 42 D. h. t.; l. 215 D. de V. S. 50. 16. Nach der letzteren Stelle soll schon die „*vindicandi potestas*“ genügen. 3) Mit Wissen des Berechtigten; er müßte denn auch von der Entwendung nichts gewußt haben, l. 4 §. 8—10. 12 l. 41 D. h. t., l. 86 D. de furt. 47. 2. Das Wissen des Vormundes ersetzt das Wissen des Bevormundeten, l. 4 §. 11 h. t., l. 56 §. 4 D. de furt. 47. 2, l. 7 §. 3 D. pro omt. 41. 4. In l. 4 §. 7 D. h. t. sind die Worte „*etiam si sciero*“ von dem Wissen der zurückverlangten Gewalt und der Entwendung zu verstehen. Unterholzner I. S. 225 und Schirmer das., Sinentis Arch. f. civ. Pr. XVIII. S. 299—307, Wangerow I. S. 666. Andere (Husche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. S. 137—141, Böding §. 145 Note 10) emendiren „*sufficit*“ in „*officit*“. — Die im Vorstehenden angeführten Stellen handeln fast ausschließlich von der Entwendung, an welcher, als dem wichtigsten Fall, die Lehre entwicelt worden ist. Von der gewaltsamen Inbesitznahme reden: §. 8 l. h. t., l. 33 §. 2 D. h. t., l. 86 D. de furt. 47. 2, l. 6 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 5 C. de usuc. pro omt. 7. 26, von der Hingabe zum Zweck der Bestechung l. 8 §. 1 D. de lege Jul. rep. 48. 11. In Betreff der Veräußerung durch den unredlichen Besitzer ist in der Nov. 119 c. 7 gar nicht gesagt, wodurch der Sache die Erbschaftlichkeit zurückgegeben werde; gewöhnlich nimmt man an: dadurch, daß der Eigenthümer von der Veräußerung erfahre; aber wie, wenn Windsheid, Pandekten. I. Art. 51.

4) Die Erzfizung ist ferner ausgeschlossen während der Zeit, wo der Eigenthümer aus gewissen Gründen verhindert ist, seine Sache zu verfolgen. Deswegen läuft die Erzfizung nicht a) während der Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers¹¹, b) während der Zeit, wo der Eigenthümer in väterlicher Gewalt steht, in Betreff der dem Nießbrauch und der Verwaltung des Gewalthabers unterworfenen Sachen¹², c) während der Zeit feindlichen Einbruchs (§. 109 Note 8). Hierher läßt sich auch die Bestimmung stellen, daß die Erzfizung von Dotalfachen gegen die Frau erst von der Zeit an laufen soll, wo die Dos an sie gefallen ist¹³.

derselbe keine vindicandi potestas hat? Also sind auch hier die Grundsätze von der Anwendung maßgebend.

¹¹ Die alte usucapio wurde nicht einmal durch die Impubertät ausgeschlossen (l. 2 D. de eo qui pro tut. 27. 5, l. 4 §. 24 D. de doli mali exc. 44. 4, l. 4 §. 11 h. t., l. 2 §. 15 l. 7 §. 3 D. pro om. 41. 4, l. 33 D. de furt. 47. 2 [in l. 48 pr. D. de A. R. D. 41. 1 ist nach den Basiliken statt „pupilli“ zu lesen „populi“]; l. un. C. si adv. usuc. 2. 36). Dagegen wurde in die longi temporis praescriptio die Zeit der Minderjährigkeit nicht eingerechnet (l. 3 C. quib. non obi. l. t. praesor. 7. 35). Das Justinianische Recht ergibt sich aus l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, wodurch bestimmt wird: „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere, . . . videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus“. Daß durch den Ausdruck „temporales praescriptiones“ nach dem Sprachgebrauch jener Zeit die Erzfizung mit umfaßt werde, darf nicht bezweifelt werden, vgl. l. 4 C. de bon. quas lib. 6. 61, l. 30 C. de l. D. 5. 12, l. 2 C. de ann. exc. 7. 40. So auch Unterholzner I. S. 117, Arnolds Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 11 (1844), Schmid §. 14 Note 10, Stephan Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 16 (1851), Böcking §. 145 Note 31; a. W. Puchta §. 158 f., Bangerow I. S. 662—664, Sintenis I. §. 51 Note 32. — Den Minderjährigen andere bevormundete Personen gleichzustellen (was man namentlich in Betreff der Wahnsinnigen versucht hat), fehlt es an allem Anhalt in den Quellen. Unterholzner I. §. 39). Ebensovienig ist es gerechtfertigt, die Zeit der Abwesenheit bei der Erzfizung außer Ansatz zu lassen; l. 4 C. quib. non obi. l. t. praesor. 7. 35 ist von der Wiedereinsetzung gegen die vollendete Erzfizung zu verstehen. Unterholzner I. §. 137 Note 493, Bangerow I. S. 664.

¹² L. 1 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 C. de bon. quas lib. 6. 61, l. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40.

¹³ L. 30 C. de l. D. 5. 12. Die Sache liegt hier insofern nicht ganz gleich, als die Frau früher gar nicht Eigenthümerin ist; dem Eigenthümer wird

5) Ein gesetzliches Veräußerungsverbot schließt auch die Erzfizung aus¹⁴.

6) Die Berufung auf die Erzfizung ist nicht zulässig bei Grenzstreitigkeiten¹⁵.

Erfordernisse der außerordentlichen Erzfizung*.

§. 183.

Die außerordentliche Erzfizung ist vollendet, sobald die Verjährung des Eigenthumsanspruchs wegen Vorenthaltung der

nicht angerechnet die Zeit, welche verfloßen ist, ehe er Eigenthümer war. Vgl. §. 109 Note 7. — Dagegen darf nicht mit der herrschenden Meinung auch der Fall des tignum innotum hierher gestellt werden. Zwar ist die vindicatio in diesem Fall durch Rechtsregel ausgeschlossen, aber der Eigenthümer hat zugleich in der actio de tigno innoto (§. 188 Note 11) ausreichenden Ersatz. Gegen die Erzfizung beweisen nicht l. 23 §. 7 D. de R. V. 6. 1, l. 7 §. 11 D. de A. R. D. 41. 1, welche nicht von der Erzfizung des Eingefügten als solchen handeln (§. 175^a Note 2), für dieselbe beweist l. 30 §. 1 D. h. t. Die herrschende Meinung hilft sich dieser Stelle gegenüber theils durch Verweisung auf die Kürze der in dem behandelten Fall zur Vollendung der Erzfizung noch fehlenden Zeit, theils durch die Annahme, daß in derselben von eigentlichem Baumaterial gar nicht die Rede sei, oder sie legt sich die Sache auch so zurecht, daß der Verfasser der Stelle nur „seine Beispiele nicht umsichtig genug ausgewählt habe“. Vgl. §. 152 Note 6 und Savigny Bestz. S. 311. 312, Bangerow I. S. 423. 425, Bindscheid in Sell's Jahrb. I. S. 466 fg.

¹⁴ L. 28 pr. D. de V. S. 15. 16. „Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi“. Vgl. l. 12 §. 4 D. de Publ. 6. 2. Anwendungen in l. 16 D. de fundo dot. 23. 5 (Verbot der Veräußerung eines Dotalgrundstücks, vgl. l. 5. 6 D. eod.) und l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43 (Verbot der Veräußerung einer vermachten Sache; obgleich dieses Verbot nicht durchweg nöthig gewesen wäre [vgl. §. 172^a Note 1], so wird doch ausdrücklich verfügt, daß es auch die Erzfizung ausschließe), Nov. 22 c. 24 (Verbot der Veräußerung des Ehegwinnes; es soll nur 30jährige Verjährung zulässig sein). Die Meinungen sind hier übrigens getheilt; Savigny (IV. S. 565—570) glaubt nur die Erzfizung auf Grund einer verbotenen Veräußerung ausgeschlossen, welche Beschränkung allerdings in Nov. 22 c. 24 ausdrücklich gemacht wird, Gans (Scholien zum Gajus S. 252) nur das Verlieren wollen durch Erzfizung. Vgl. Unterholzner S. 103 und Schirmer S. 51—53. 204 fg.

¹⁵ L. 6 C. fin. reg. 3. 39.

* Friß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 23 (1830); Bangerow I. §. 325, Böcking II. §. 149.

Sache (§. 192) vollendet ist, wenn zugleich der Besizer sich während der Erstzungszeit in gutem Glauben befunden hat¹. Sie verlangt weder Titel², noch Erstzbarkeit der Sache nach den zuvor aufgestellten Regeln; aber sie ist in allen Fällen ausgeschlossen, wo die Anspruchsverjährung ausgeschlossen ist, außerdem bei Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind³. Auch in jeder anderen Beziehung steht sie unter den Regeln der Anspruchsverjährung⁴.

F. Eigenthumserwerb an herrenlosen Sachen*.

§. 184.

Für herrenlose Sachen ist die Regel die, daß dieselben in das Eigenthum desjenigen fallen, welcher sie zuerst in Besitz nimmt¹; doch ist diese Regel keine ausnahmslose.

1) Durch Inbesiznahme wird Eigenthum erworben an

§. 183. ¹ Die außerordentliche Erstzung ist von Justinian in l. 8 §. 1 C. de praesor. XXX. 7. 39 eingeführt worden.

² Also keine Rechtfertigung des guten Glaubens; es ist an dem Gegner, den bösen Glauben zu beweisen. Darans folgt freilich nicht, wie Savigny III. S. 371 behauptet (Seuff. Arch. XI. 17^a. XV. 3), daß auch auf Grund eines unentschuldbaren Irrthums erlassen werden könne. Daß kein Titel erforderlich sei, ist die herrschende Meinung, und namentlich von Friß a. a. D. ausgeführt (vgl. auch o. 15 C. 16 quas. 4). Doch wird auch das Gegentheil behauptet, indem geltend gemacht wird, die außerordentliche Erstzung sei nicht Anspruchsverjährung mit veränderter Wirkung, sondern schlechthin Erstzung. So Unterholzner II. S. 94. 95, I. S. 355 (jedoch nur zweifelnd, und nicht für das römische Recht), und in der neuesten Zeit Brinz S. 222—225.

³ In Betreff der Frage, ob nicht nach P. G. D. Art. 209 auch die gestohlenen Sachen auszunehmen seien, s. Unterholzner I. S. 192, Puchta §. 159^a, Schirmer zu Unterh. I. S. 193 Note *, Böttling I. §. 149 Note 12. — Daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot nicht hinderlich sei, ist erkannt in dem Urtheil bei Seuff. XV. 3.

⁴ Namentlich also beginnt sie mit der Erlangung des Besitzes durch den Stellvertreter, wenn auch der Besizer davon noch keine Kunde hat (§. 177 Note 6, §. 155 Note 9).

* Schmid I. S. 51—71, Böttling II. §. 150, Pagenstecher II. S. 57—93.

§. 184. ¹ §. 12 I. de R. D. 2. 1 — „quod . . ante nullius est, id naturali ratione occupanti conoeditur“. L. 3. 30 i. f. D. de A. R. D. 41. 1.

den Producten des Meeres² und den im Meere entstandenen Inseln³.

2) Ebenso an wilden Thieren, d. h. denjenigen Thieren, welche sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden⁴. Jedoch kommt diese Regel des römischen Rechts in Deutschland nur noch sehr beschränkt zur Anwendung, da Jagd und Fischerei fast überall in Deutschland ausschließliches Recht entweder des Staates, oder der Grundeigentümer, oder anderer Berechtigter ist⁵.

3) Auch an den vom Eigenthümer aufgegebenen Sachen wird Eigenthum durch Inbesiznahme erworben⁶; die bloß verlorenen gehören dazu natürlich nicht⁷.

² §. 18 I. h. t. 2. 1, 1. 3 D. de D. R. 1. 8.

³ §. 22 I. h. t. 2. 1, 1. 7 §. 3 D. h. t. 41. 1.

⁴ §. 12—16 I. h. t., 1. 1 §. 1 I. 3 §. 1 I. 6 §. 6 I. 44. 45 D. h. t. 41. 1. Schütze Jahrb. d. gem. R. VI. S. 68—84.

⁵ Gerber deutsch. Privatr. §. 92—94, Beseler deutsch. Privatr. II. S. 74 Note 15 und §. 94, III. §. 177, Schmid I. S. 57—59. Wo dieß der Fall ist, wird nur der Berechtigte durch Occupation Eigenthümer des Thieres (a. M. Keyserer würtemb. Privatr. II. §. 288^a, Puchta Vorl. zu §. 154). Wie ist es, wenn der Unberechtigte dieselbe vornimmt, wird dadurch der Berechtigte Eigenthümer (so Gerber deutsch. Privatr. §. 92 Note 3: nach Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden, Schütze Jahrb. d. gem. R. VI. S. 103 fg. [1862]; nach Analogie des Eigenthumserwerbes durch f. g. unfreiwillige Repräsentation und durch Verwirkung [§. 174], und speziell des Eigenthumserwerbes an dem von einem Andern auf unserem Grund und Boden gesuchten Schutz [Note 10], Bekker das. S. 115: kraft des Inhaltes des Jagdrechtes), oder Niemand (so Gerber a. a. D. in der ersten Auflage, Buntschli deutsch. Privatr. §. 71 Nr. 5, welcher Letztere aber durch Veräußerung des unberechtigten Occupanten Eigenthum bei dem redlichen Erwerber entstehen läßt)?

⁶ §. 47 I. h. t., 1. 1 D. pro derel. 41. 7, 1. 43 §. 5 D. de furt. 47. 2. Was aus einem Schiffe in das Meer geworfen wird, ist im Zweifel als aufgegeben zu betrachten, l. 43 §. 11 D. de furt. 47. 2; aber es kann auch das Gegentheil anzunehmen sein, so namentlich, wenn der Auswurf zum Zwecke der Erleichterung des Schiffes in Seefahrt geschieht, §. 48 I. h. t. 2. 1, 1. 9 §. 8 (l. 58) h. t. 41. 1, 1. 8 D. de lege Rhodia 14. 2.

⁷ Der Finder einer verlorenen Sache wird nicht Eigenthümer derselben (Seuff. Arch. IV. 9). Von der anderen Seite thut der Finder auch nicht Unrecht, wenn er die Sache behält, bis der Eigenthümer sich meldet, vorausgesetzt, daß er sie nicht verbirgt, l. 43 §. 4—9 D. de furt. 47. 2, 1. 67 D. de R. V. 6. 1, 1. 31 §. 1 D. h. t. 41. 1, §. 48 i. f. I. h. t. 2. 1. Dieß ist das gemeine Recht. Particularrechte schreiben Anzeige an die Obrigkeit vor (vgl. l. 43 §. 8 cit.), und lassen nach erfolglos gebliebener öffentlicher Be-

4) Als herrenlose Sache wird auch der Schatz angesehen; er ist zwar vom Eigentümer nicht aufgegeben, aber man kennt seinen Eigentümer nicht⁸. Der Schatz fällt nun zur Hälfte an den Finder⁹, zur Hälfte an den Eigentümer des Grundstücks, in welchem er gefunden worden ist; ist nach demselben auf einem fremden Grundstück gesucht worden, so fällt er ganz an den Eigentümer dieses Grundstücks; sind beim Suchen Zaubermittel oder andere Künste angewandt worden, so bekommt der Finder ihn auch dann nicht, wenn er ihn auf eigenem Grund und Boden gefunden hat, vielmehr fällt er in diesem Fall an den Fiskus¹⁰.

kanntmachung Eigentümerwerb oder Erfindung eintreten (während das ältere deutsche Recht mehr geneigt war, die Sache der Obrigkeit zu überantworten [vgl. z. B. Sachsenp. II. 37 §. 3]), gestehen auch, wenn der Eigentümer sich meldet, dem Finder einen Fundlohn zu (gegen l. 43 §. 9 cit.). Neuerdings hat Delbrück Jahrb. f. Dogm. III. 1 (1858) auch für das gemeine Recht die Sätze in Anspruch genommen, daß einerseits der Finder nach erfolglos gebliebener öffentlicher Bekanntmachung sogleich durch Zuschlag Eigentümer werde, und daß ihm andererseits Anspruch auf einen Fundlohn gebühre; aber die Beweise erscheinen nicht genlegend. Vgl. auch Sintonis I. §. 50 Note 4. Die fernere Literatur s. bei Delbrück a. a. O. S. 1.

⁸ L. 31 §. 1 D. h. t. 41. 1. „Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniarum, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat“. L. un. C. de thes. 10. 15 — „thesaurum i. e. condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia“. Der Ausdruck thesaurus kommt übrigens in den Quellen auch zur Bezeichnung einer verborgenen, werthvollen Sache vor, deren Eigentümer nicht unbekannt ist, vgl. l. 22 pr. D. fam. herc. 10. 2, l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 44 pr. D. de poss. 41. 2.

⁹ Der Schatz fällt an den Finder, nicht an denjenigen, welcher sich seiner bemächtigt; die Quellen reden nur vom Finder. Vgl. Dernburg Feib. fr. Zeitschr. I. S. 148; a. M. Sell Versuche I. 4 §. 1—4.

¹⁰ §. 39 I. h. t., l. un. C. cit. Nach §. 39 I. cit. soll der in „sacro vel religioso loco“ gefundene Schatz ganz an den Finder, nach l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 4 der „in locis religiosis aut in monumentis“ gefundene zur Hälfte an den Fiskus fallen; heutzutage, wo auch geweihte Grundstücke und Begräbnisplätze einen Eigentümer haben (§. 147), muß er zur Hälfte an diesen fallen. Doch ist das nicht die herrschende Ansicht. Vgl. Schmid §. 7 Note 56 a. E., Pagenstecher II. S. 91 u. 92. Darüber, was eintreten soll, wenn unter Anwendung verbotener Mittel ein Schatz gesucht und gefunden worden ist, sagt l. un. cit. ausdrücklich nichts; ihre Meinung aber ist die im Texte bezeichnete, vgl. Coll. XV. 2 §. 1. — Man streitet darüber, ob der Grundeigentümer bez. der Fiskus ohne Weiteres erwerbe, oder ob ihnen nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Finder zustehe? Das Letztere behaupten

Dieselben Grundsätze müssen zur Anwendung kommen, wenn ein Schatz in einer beweglichen Sache gefunden worden ist¹¹.

5) Nach römischem Recht gelten auch feindliche Sachen als herrenlose, und fallen in das Eigentum des Bemächtigers¹². Das heutige Völkerrecht dagegen gestattet ein Occupationsrecht im Landkriege nur an der Kriegsbeute; weitergehende Grundsätze machen sich für den Seekrieg geltend¹³.

G. Eigentümerwerb an neu entstandenen Sachen.

§. 185*.

Neu entstandene Sachen können als herrenlose Sachen behandelt werden. Dies ist der Fall bei der im Meere entstandenen

Fuchta §. 154 o, Böding §. 150 Note 35 (Seuff. Arch. XI. 15); aber man muß sich für die erstere Ansicht entscheiden nach l. 3 §. 10 D. de I. F. 49. 14 und l. 63 D. h. t. 41. 1 (W. Sell Versuche I. 4 §. 4). — Nichtanzeige an den Fiskus, wenn demselben ein Theil gebührt, wird mit Verlust des Ganzen und seines Wertes gestraft, l. 3 §. 11 D. de I. F. 49. 14.

¹¹ Nichts in den Quellen spricht dagegen, und l. 67 D. de R. V. 6. 1 spricht dafür. A. M. jedoch Böding §. 150 Note 31. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von W. Sell Versuche I. 3.

¹² §. 17 I. h. t. 2. 1, l. 5 §. 7 I. 51 §. 1 D. h. t. 41. 1. Doch war die Beute an den Staat abzuliefern, und ebenso wurde das eroberte feindliche Grundstück *ager publicus*, l. 13 D. ad leg. Iul. pec. 48. 13, l. 20 §. 1 D. de capt. 49. 15 (vgl. Böding §. 142 b—d).

¹³ Vgl. Hefster das europ. Völkerrecht der Gegenwart §. 130—140, §. 150 fg. Als Gegenstände der Kriegsbeute bezeichnet Hefster a. a. O. §. 150 „alle beweglichen körperlichen Sachen, welche dem feindlichen Heere oder einzelnen dazu gehörigen Individuen von rechtmäßigen Streitern der Gegenpartei, oder ausnahmsweise denjenigen Staatsangehörigen abgenommen werden, deren Plünderung von dem Befehlshaber der Gegenpartei erlaubt worden ist, z. B. bei der Einnahme einer Festung oder eines andern hartnäckig verteidigten Platzes“. Wird aber an der Kriegsbeute wirkliches Eigentumsrecht erworben? Hefster (§. 136) gestattet dem Beutemachenden nur „die ungehinderte Befugniß zu allen tatsächlichen, nach den Umständen möglichen Verfügungen über Nutzung und Substanz der Sache, ohne daß darüber von ihm oder demjenigen, welchem er sie überträgt, Rechenschaft zu geben ist, so lange der Kriegszustand dauert und der Besizer dem Eigentümer feindlich gegenübersteht“. „Aber es existirt durchaus kein alle Staaten verpflichtender Grundsatz, eine unter gewissen Umständen gemachte Beute als unwiderrufliches Eigentum des Beutemachenden und seiner Nachfolger im Besitze gelten zu

Insel (§. 184 Note 1). Regelmäßig geschieht dieß aber nicht, sondern das Recht theilt sie, so wie sie entstehen, einem bestimmten Eigentümer zu.

1) Die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel fällt in das Eigenthum der anschließenden Grundeigentümer; die Grenze ihrer Berechtigung bildet eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie¹.

2) Ebenso verhält es sich, wenn neuer Grund und Boden dadurch entsteht, daß ein öffentlicher Fluß sein Bett verläßt².

3) In gleicher Weise fällt das durch Anschwemmung neu entstandene Grundstück in das Eigenthum desjenigen, an dessen Grundstück es angeschwemmt ist³.

Wichtiger als die hier genannten Sachen sind die Früchte, und die durch menschliche Thätigkeit neu geschaffenen Sachen.

Früchte*.

§. 186.

Die Früchte¹ fallen an den Eigentümer der Hauptsache². Dieß gilt nicht bloß von den Früchten im engeren technischen, lassen, wenn nicht Friedens- und andere Verträge dem Bestitand einen solchen Charakter ertheilen³. Im Betreff der Seebeute s. das. §. 139.

* Schmid I. S. 123—137.

§. 185. 1 §. 22 I. h. t. 2. 1., 1. 7 §. 3. 4 1. 29. 30 pr. §. 2 1. 56 pr. 1. 65 §. 2. 3 D. h. t. 41. 1., 1. 1 §. 6 D. de sum. 43. 12, vgl. Gai. II. 72. Ueber 1. 65 §. 4 D. h. t. f. Vangerow §. 328 Anm. 1, Schmid I. S. 10 Note 22. Im römischen Recht setzte dieser Erwerb (und ebenso der in den beiden folgenden Fällen) einen *agor non limitatus* voraus. L. 16 D. h. t., 1. 1 §. 6. 7 D. de sum. 43. 12. Ruderff *gem. Institutionen* S. 452.

2 §. 23. 24 I. h. t. 2. 1., 1. 7 §. 5. 6 1. 30 §. 1. 3 1. 38. 56 §. 1 D. h. t. 41. 1. Ueber den Schluß von 1. 7 §. 5 cit. („sed vix est ut id obtineat“) vgl. Wächter im *Rechtlex.* I. S. 17 Note 23, Schmid I. S. 10 Note 40. Anders bei Privatgewässern, und so auch bei Landseen. *Seuff. Arch.* XI. 16. Gelten die angegebenen Grundsätze auch, wenn das Bett eines öffentlichen Flusses künstlich verlegt wird? Dagegen das Urtheil bei *Seuff. XIII.* 208.

3 §. 20 I. h. t. 2. 1., 1. 7 §. 1 1. 56 pr. D. h. t. 41. 1., vgl. 1. 12 pr. eod. Vgl. *Seuff. Arch.* XIII. 309; zu Note 1—3 das. IX. 8.

* Schmid §. 9, Pagenstecher II. S. 93—113, Vöding I. §. 151.

§. 186. 1 Es versteht sich von selbst, daß hier nur von den natürlichen Früchten die Rede ist; die juristischen Früchte (§. 144 Note 4—6) sind keine herrenlosen Sachen.

2 §. 19 I. h. t. 2. 1., 1. 2. 6 D. h. t. 41. 1., 1. 5 §. 2 D. de R. V. 6. 1,

sondern auch von den Früchten im weiteren Sinn³, und nicht bloß von den Früchten, welche organische Erzeugnisse sind, sondern auch von denen, welche es nicht sind⁴. Es kann aber auch das Recht der Fruchtziehung in größerem oder geringerem Umfang vom Eigenthumsrecht abgelöst sein, und als Recht an fremder Sache einem Nichteigentümer zustehen; dann fallen die Früchte an denjenigen, welchem dieses Recht zusteht, an den Nießbraucher jedoch erst, wenn er sich in den Besitz der Früchte gesetzt hat⁵. Verschieden hiervon ist der Fall, wo das Recht

1. 25 pr. §. 1 D. de usur. 22. 1. Das organische Erzeugniß ist, so lange es mit der Hauptsache verbunden ist, gar nichts für sich Bestehendes („*fructus pendentes pars fundi videntur*“, 1. 44 D. de R. V. 6. 1), nach seiner Trennung von der Hauptsache ist es etwas Anderes, als ein von der Hauptsache losgelöstes Theil; es ist eine Sache, welche als die Sache, die sie jetzt ist, noch gar nicht vorhanden gewesen ist. Deswegen ist das organische Erzeugniß einer entwendeten Sache nicht auch eine entwendete Sache („*non enim esso partum rei furivae partem*“, 1. 10 §. 2 D. de usurp. 41. 3); deswegen ist aber auch das Eigenthum an dem von der Hauptsache getrennten Erzeugniß etwas Anderes, als eine Fortsetzung des Eigenthums an der Hauptsache (wofür es Savigny *Besitz* S. 313 hält), es ist ein neues, kraft des Eigenthums an der Hauptsache erworbenes, Eigenthum (s. namentlich *Scherrl Beitrage* I. Nr. 11, auch *Vangerow* I. §. 326 Anm. 1).

3 Wie z. B. von den Windbrüchen und, nach römischem Recht, dem Sclavenkind (§. 144 Note 1. 2).

4 Wie z. B. von Steinen, Kreide, Sand, und was an dergleichen Sachen von einem Grundstück gewonnen werden kann (§. 144 Note 3). Doch gehören diese Früchte eigentlich nicht hierher, denn sie sind keine neu entstandene Sachen. Die organischen Erzeugnisse dagegen sind wirklich neu entstandene Sachen.

5 Anders der *Emphyteuta*. L. 25 §. 1 D. de us. 22. 1., 1. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1., 1. 13 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Auch den Nießbraucher will man ohne Inbegriffnahme Eigenthümer werden lassen an Thierjungen, auf Grund von 1. 28 pr. D. de us. 22. 1 (§. 37 I. h. t. 2. 1.). „*In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii*“. Aber das 'statim' zu urgiren, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als unzweifelhaft das 'pleno iure' für den *bonae fidei possessor* ungenau ist (man mag über sein Rechtsverhältniß denken, wie man will, jedenfalls muß er die vorhandenen Früchte herausgeben (s. den *Verfolg* des §)). Vgl. *Ubers* die römische *Servitutenslehre* S. 489—492. Gegen die Zurückführung des Unterschiedes zwischen Nießbraucher und *Emphyteuta* auf einen Gegensatz in ihrem Besitzverhältniß s. *Arndts Zeitschr.* f. Civ. u. Pr. R. 8. III. S. 385—396.

auf die Früchte einer fremden Sache nicht auf einem dinglichen Gebundenheit des Recht, sondern nur auf einer obligatorischen Eigentümers beruht; hier werden die Früchte nur dadurch erworben, daß sie mit seinem Willen in Besitz genommen werden, also durch Uebergabe (Tradition) ⁹.

Eine besondere Betrachtung macht das Rechtsverhältniß nöthig, in welchem der redliche Besitzer einer Sache zu den Früchten derselben steht ¹. Der redliche Besitzer muß die noch vorhandenen Früchte, wie jeder andere Besitzer, herausgeben; dagegen ist er von der Pflicht zum Ersatz für die verzehrten Früchte ² frei ³. In Folge davon wird in den Quellen von ihm gesagt, daß die Früchte ihm gehören, daß sie sein seien ⁴; und es läßt sich nicht leugnen, daß diese Ausdrücke nicht lediglich von jener Freiheit

Der Emphyteuta wird anders behandelt, als der Nießbraucher, weil sein Recht überhaupt ein viel weiter gehendes ist.

⁵ Das gilt namentlich vom Pächter: wenn der Verpächter ihm verbietet, die Früchte sich anzueignen, verletzt er seine obligatorisch übernommene Pflicht, und haftet deswegen auf Schadenersatz; aber Eigentümer wird der Pächter nicht. L. 6 D. de don. 39. 5, l. 16 D. de praeser. verb. 19. 5, l. 61 §. 8 D. de furt. 47. 2. Anders bei dem zur Fruchtziehung dinglich Berechtigten; hier ist der Wille des Eigentümers ganz gleichgültig. Es ist also sehr irrig, wenn neuere Schriftsteller auch dessen Fruchtverwerb, oder doch den des Nießbrauchers auf den Gesichtspunkt der Tradition zurückführen (vgl. z. B. Savigny Bestz. S. 319, Puchta §. 150, Böding I. §. 151 Note 7. 8; f. dagegen Arnolds a. a. D. S. 388 fg.) — Zu l. 26 §. 1 D. de furt. 47. 2 ist zu vergleichen §. 13 I. de obl. quas ex del. 41. 1, und hinter 'decriptus osses' zu ergänzen 'ab ipso'.

⁷ Vgl. über diesen vielbesprochenen Gegenstand: Baks bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit (1825), Unterholzner Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 311 fg. (1825), Marzelli Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 7 (1843), Windscheid das N. F. IV. 3 (1847), Zanke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 1—185 (1862, dazu Demelius krit. Viertelj.-Schr. IV. S. 292 fg.); außerdem Heimbach die Lehre von der Frucht S. 211 fg. S. 308 fg., Schmid I. S. 105 fg., Wangerow I. S. 700—713, Brinz S. 197—199, Böding I. §. 151 e—h.

⁸ Früchte im engeren Sinne, l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2.

⁹ §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 40 i. f. D. h. t. 41. 1, l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3.

¹⁰ L. 13 i. f. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 25 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 28 pr. D. eod., l. 40. 48 D. h. t. 41. 1, l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 48 §. 6 D. de furtis 47. 2, §. 35 I. h. t. 2. 1.

von der Ersatzpflicht verstanden werden dürfen ¹¹, daß durch dieselben wenigstens stellenweise dem redlichen Besitzer geradezu Eigenthum zugeschrieben werden soll ¹². Man würde aber den

¹¹ Dieß ist die Meinung von Savigny (Bestz. S. 315. 316). In Betreff der nicht durch menschliche Thätigkeit entstandenen Früchte theilt sie Unterholzner a. a. D. Ueber Andere, welche Savigny gefolgt sind, f. Unterholzner a. a. D. S. 313 Note 5.

¹² Vgl. namentlich §. 35 I. h. t. 2. 1, l. 13 i. f. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 25 §. 1 l. 28 D. de us. 22. 1, und vor Allem l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1. — An und für sich zwar ist es nicht nöthig, jene Ausdrücke („pertinent fructus ad b. f. possessorem“, „eius sunt“, „suos facit“) von einem Eigentumsrecht des redlichen Besitzers zu verstehen; wie durch Stellen wie l. 181 D. de V. S. 50. 16, l. 75 D. de I. D. 23. 3, l. 2 §. 1 l. 3 D. sol. matr. 24. 3, l. 21 pr. D. de don. 39. 5, l. 6 §. 6 D. quae in fraud. cred. 42. 8 u. a. m. bewiesen wird, können sie sehr wohl davon verstanden werden, daß die Früchte ihrem Vermögenswerthe (nicht ihrem Körper) nach sein seien. Es kommt hinzu, daß es in l. 40 D. de A. R. D. 41. 1 vom redlichen Besitzer heißt: „fructus consumtos suos facit“ und in l. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3: „(eius sunt) si consumti sunt“. Hier kann mit diesen Ausdrücken das Eigentumsrecht nicht gemeint sein, da es ein Eigentumsrecht an einer verzehrten, also vernichteten, Sache nicht gibt; hier muß ihr Sinn der sein, daß der redliche Besitzer den Vermögenswerth der Früchte behalten dürfe. Es ist auch richtig, daß der redliche Besitzer in unseren Quellen nie dominus der Früchte genannt wird, daß ihm nie dominium oder proprietas an den Früchten zugeschrieben wird. Aber wie wahr dieß Alles auch sein mag, es gibt Stellen — es sind die oben genannten —, in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, etwas Anderes zu finden, als eine Anerkennung des Eigentumsrechtes des redlichen Besitzers. Diese Thatfachen lege ich mir zurecht durch die Annahme, daß die fraglichen Ausdrücke zwar ursprünglich das Eigentumsrecht nicht haben bezeichnen wollen, sondern nur die angegebene unbestimmtere Vorstellung — die Früchte sind zum Verzehrwerden bestimmt, wer sie verzehren, also ihrer Bestimmung gemäß über sie verfügen kann, zu dessen Vermögen gehören sie, als wenn er ihr Eigentümer wäre, — daß jene Ausdrücke später aber allerdings auch vom Eigentumsrechte verstanden worden sind. Im Wesentlichen habe ich dieß bereits in der oben citirten Abhandlung ausgeführt, und ich habe, seit ich dieselbe geschrieben, keine Veranlassung gefunden, meine Ansicht zu ändern. Die herrschende Ansicht stellt umgekehrt den Satz an die Spitze, daß der redliche Besitzer Eigentümer der Früchte werde, und fügt dann erst hinterher hinzu, daß er die vorhandenen dennoch herausgeben müsse. Aber sie ist auch bisher nicht im Stande gewesen, die Frage zu beantworten, warum denn das römische Recht dem redlichen Besitzer Eigenthum gegeben hat, wenn es ihm bloß Consumtionsbefugniß zugeschieben wollte. Wohlgemerkt, dieß ist die Frage; nicht: warum hat das römische Recht den redlichen Besitzer zum Eigentümer der Früchte gemacht?

Sinn der Quellen mißverstehen, wenn man aus diesem Eigentumsrechte Konsequenzen herleiten wollte, welche sich aus der Verzehrungsbefugniß nicht ergeben¹³. Daher darf namentlich dem redlichen Besitzer nicht die Möglichkeit verlaget werden, sich

sondern: warum hat es ihn zum Eigenthümer derselben gemacht, wenn es ihm Eigentum nicht lassen wollte? Consumtionsbefugniß, die es ihm wirklich zugestehen wollte, hat auch der redliche Nichteigenthümer. Diese Frage beantwortete ich mit der Annahme einer Ungenauigkeit in der Vorstellungsweise der römischen Juristen; wenn sie sagen, der redliche Besitzer sei Eigenthümer der Früchte, so ist das gar nicht der Ausdruck ihrer eigentlichen Meinung, sondern Ausbeutung eines Ausdrucks, mit dem ursprünglich ein anderes Verhältnis hat bezeichnet werden sollen. Wer diese Annahme als zu läßig verwerfen will, muß auf die bezeichnete Frage eine bessere Antwort geben, — und vor allen Dingen sie zu geben wenigstens versuchen. Vgl. Windscheid a. a. D. S. 57—75, und außer den dort Genannten Sell bingliche Rechte S. 66, Dernburg Heid. fr. Zeitschr. I. S. 145. 146, Scheurl Beitr. I. S. 296, Brinz S. 199, Pagenstecher II. S. 101, Böcking II. S. 136, Sittenis I. S. 486. — Brinz a. a. D. regt den Gedanken an, ob sich nicht der Eigentumsverwerb des redlichen Besitzers aus einer ursprünglichen Ununterschiedenheit zwischen b. l. possessio und bonitarischem Eigentum erkläre. Aber jedenfalls ist damit doch für die Zeit, wo man jene beiden Verhältnisse wirklich scheid, gar nichts erklärt. Dieser Gedanke hat Anklang gefunden bei Pagenstecher II. S. 108; zur Carvaturar entstell findet er sich wieder in der oben genannten (übrigens wie es scheint von Brinz unabhängigen) Schrift von Janke. Nach diesem Schriftsteller ist das Recht des redlichen Besitzers wirklich bonitarisches Eigentum, welches aber, wie das bonitarische Eigentum überhaupt, im Conflict mit dem quiritarischen unterliege, und welches sich, obgleich sonst aus dem Justinianischen Recht der Gegensatz zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigentum verschwunden sei, gerade hier „zufällig“ erhalten habe.

¹³ Dies ist die practische Bedeutung der in der vorigen Note vertheidigten Meinung. Daß aber wirklich die römischen Juristen nicht gemeint sind, das dem redlichen Besitzer zugeschriebene Eigentumsrecht irgendwie practisch zu verwerthen, geht am besten aus der Unbefangenheit hervor, mit welcher sie aus demselben folgern, daß der redliche Besitzer die — verzehrten Früchte nicht herauszugeben brauche, ohne daß es ihnen nur in den Sinn käme, wenigstens anzudeuten, daß daraus eigentlich ein weiter gehender Schluß gezogen werden müßte. Vgl. §. 35 I. h. t. 2. 1, l. 1 §. 2 D. pign. 20. 1, l. 40 §. 1 D. de H. P. 5. 3. In der l. 1 §. 2 cit. ist die Rede von der Verpfändung der künftigen Früchte eines Grundstücks; dasselbe kommt in die Hände eines redlichen Besitzers; der Jurist entscheidet, daß die von demselben gezogenen Früchte nicht mit verpfändet seien, „qui numquam debitoris fuerunt“, — und doch lautet die Schlußentscheidung: „eos consumtos utili Serviana restituere non cogatur“.

durch Erfizung auch das Behaltendürfen der Früchte zu sichern¹⁴, wie andererseits ihm die Pflicht auferlegt werden muß, die Früchte auch dann herauszugeben, wenn der Eigenthümer der Hauptsache sie als solche, nicht als Zubehör der Hauptsache, einfordert¹⁵. Daher muß ferner dem Eigenthümer der Hauptsache die Befugniß zuerkannt werden, die Früchte auch von dem Dritten, an welchen der redliche Besitzer sie veräußert hat, abzufordern, eine Befugniß, welche nur dann wegfällt, wenn in Folge der Verurtheilung des Dritten der redliche Besitzer genöthigt werden würde, den für die Früchte erhaltenen Werth wieder herauszugeben, obgleich er ihn bereits verzehrt hat¹⁶. — Ein Unterschied zwischen den ver-

¹⁴ Die herrschende Meinung ist dagegen, weil erstens nur der Nichteigenthümer könne. Nur Marcjoll (a. a. D. S. 211 fg.) hat das Gegentheil anzuführen gesucht; s. auch Janke S. 83—106. Dagegen Vangerow I. S. 707—709. L. 4 §. 19 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit, sondern nur die Nothwendigkeit der Erfizung. Dasselbe ist von l. 48 §. 6 D. de furt. 47. 2 zu sagen, während §. 5 eod. kaum anders, als von der Zulässigkeit der Erfizung zu verstehen ist. Man behauptet, diese Stelle wolle nur sagen, die Thierjungen seien nicht furtiv, nicht, sie könnten erlesen werden; aber das ist erstens sprachlich unwahrscheinlich, und zweitens, welche andere Bedeutung hat denn hier die Nichtfurtivität, als eben die, daß erlesen werden kann?

¹⁵ Nach der herrschenden Meinung kann der redliche Besitzer auf Herausgabe der vorhandenen Früchte nur in dem Urtheil, welches ihm die Herausgabe der Hauptsache auferlegt, verurtheilt werden; er bleibt Eigenthümer der Früchte, muß sie aber dennoch als causa rei herausgeben. Nach einer anderen Meinung (Marcjoll a. a. D. S. 229 fg., Sittenis I. §. 49 Note 31, dagegen Vangerow I. S. 706) verliert er das Eigentum mit dem Aufhören seiner bona fides, und dieses Aufhören soll auch mit der Erhebung des Processes gegen ihn, auf die Hauptsache oder auf die Frucht allein, eintreten. Für den im Text aufgestellten Satz beweist l. 43 D. de oviet. 22. 1 allerdings nicht (Vangerow a. a. D., Brinz S. 197), freilich auch nicht, wie man behauptet hat, dagegen l. 22 D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de crim. exp. her. 9. 32, l. 3 C. de cond. ex lege 4. 9.

¹⁶ So wird entschieden in Betreff des redlichen Besitzers einer Erbschaft, welcher ebenfalls für das Verzehrte nicht haftet. L. 25 §. 17 D. de H. P. 5. 3. „Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? . . . Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent“. „Nec pretio factus sit locupletior“ heißt, er hat den Kaufpreis zwar erhalten, aber jetzt ist derselbe nicht mehr, weber unmittelbar noch mittelbar, in seinem Vermögen. — Die herrschende Meinung läßt den

schiedenen Arten der Früchte darf nicht gemacht werden¹⁷. — Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nur so lange als seine Redlichkeit¹⁸.

redlichen Besitzers das für die veräußerte Frucht Erhaltene unbedingt behalten, indem sie in dem Veräußern an sich bereits ein *consumere* sieht. Das ist aber nicht richtig. *Consumere rem* heißt allerdings nicht bloß: eine Sache als Körper vernichten, sondern auch: sie als Bestandtheil des Vermögens (des *Consumirenden*) vernichten (daher geradezu *consumere bona*, l. 16 D. de B. P. c. t. 37. 4, l. 41 §. 1 D. de statu lib. 40. 12); aber offenbar ist in einer Veräußerung, bei welcher für das Veräußerte etwas erworben wird, eine solche Vernichtung nicht enthalten. Allerdings gilt das Geld als *consumirt* (*nummi consumiti*), sobald es nur ausgegeben ist; aber hier macht sich die Betrachtung geltend, daß einerseits das Ausgeben der bestimmungsmäßige Gebrauch des Geldes ist, — es wird durch den Gebrauch aufgebraucht, — und andererseits in dem Ausgeben des Geldes allerdings eine Art körperlicher Vernichtung liegt, insofern nämlich die ausgegebenen Geldstücke als solche nicht mehr wiederaufgefunden werden können (vgl. §. 2 I. de usur. 2. 4, „*ipso usu quodammodo extinguitur*“). Und selbst hier findet sich ein anderer Sprachgebrauch, nach welchem eine *Consumtion* des Geldes nur dann angenommen wird, wenn statt desselben auch nichts Anderes im Vermögen ist. Vgl. l. 24 §. 4 D. de min. 4. 4, l. 23 pr. l. 25 §. 1 D. de H. P. 5. 3. In l. 6 §. 3 C. de sec. nupt. 5. 9 werden die *res consumtae*¹⁹ den „*res alienatae*“ geradezu entgegengesetzt. Hiernach wird es nicht als genügende Stille für die herrschende Meinung angesehen werden können, wenn es in l. 3 §. 3 D. rer. am. 25. 2 heißt: „*res quas mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumserit*.“ In l. 65 §. 6 D. de cond. ind. 12. 6 braucht das „*consumere*“ nicht von Veräußerung verstanden zu werden (so auch Erleben cond. sine causa I. §. 187). Vgl. Janke S. 109—118.

¹⁷ Unterholzner a. a. O. spricht dem redlichen Besitzer die von selbst entstandenen Früchte zu redlichem Besitz, die durch seine Thätigkeit erzeugten zu Eigentum, und zwar zu unwiderräglichem Eigentum, zu. Gegen diese Unterscheidung l. 48 pr. D. h. t. 41. 1, wenigstens scheinbar dafür l. 45 D. de us. 22. 1. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Bangerow I. S. 710 und die dort gegebenen Citate, Böcking I. §. 151 Note 32. — Janke (S. 42 fg. 149 fg.) will zwischen Thierjungen und anderen Früchten unterscheiden; an den letzteren soll der redliche Besitzer nur bonitatisches, an den ersteren volles Eigentum erwerben. Sein Grund ist l. 28 pr. D. de us. 22. 1, in welcher die Worte „*pleno iure*“ und „*bonae fidei possessoris*“ Zusatz der Compileratoren seien (§. 37 I. de R. D. 2. 1).

¹⁸ In Betreff der Frage, ob später eintretendes unrechtl. Bewußtsein dem Fruchtwerb hinderlich sei, oder nicht, widersprechen sich l. 25 §. 2 D. de us. 22. 1, l. 48 §. 1 D. h. t. 41. 1. Auf die Bejahung der Frage stützt das Princip der Lehre, wie es im Vorstehenden entwickelt ist, und die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der „*conscientia rei*

Arbeitsproducte*.

§. 187.

Menschliche Thätigkeit vermag nicht neuen Stoff, zu produciren; aber sie vermag vorhandenen Stoff in der Weise umzugestalten, daß er als neue Sache erscheint. Das Eigentum einer neuen Sache dieser Art fällt an den Verfertiger¹, wenn die Sache nicht mehr in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, sonst an den Eigentümer des Stoffes²; jedoch hat der Eigentümerwerb des Verfertigers die weitere Voraussetzung, daß derselbe sich in gutem Glauben befunden habe³. Für den

alienas“ (Scheurl Beitr. I. S. 298). Eine Vereinigung jener Stellen sucht Schmid I. S. 107.

* Schmid §. 11, Bangerow I. §. 310, Pagenstecher II. S. 113—122, Böcking II. §. 154.

¹ Bez. an denjenigen, für welchen der Verfertiger sie verfertigt hat.

§. 187.

² Dieses ist die, von Justinian gebilligte, mittlere Meinung, welcher zwei andere (die der Proculianer und Sabinianer) entgegenstanden, wornach ausschließlich auf die Verfertigung oder ausschließlich auf das Eigentum am Stoffe gesehen werden sollte, §. 25 I. h. t. 2. 1, l. 7 §. 7 l. 12 §. 1 l. 24. 27 §. 1 D. h. t. 41. 1, l. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1. — Der Grund des dem Verfertiger zufallenden Eigentums ist, daß er es ist, welcher die neue Sache geschaffen hat; es darf nicht etwa sein Eigentümerwerb auf den Gesichtspunkt der Bemächtigung zurückgeführt werden. Wenn für seinen Erwerb in l. 7 §. 7 D. cit. als Grund angeführt wird: „*quia, quod factum est, antea nullius fuerat*“, so hat das nur den Sinn, „das Bedenken zu heben, welches sich auf das dem Eigentümerwerb durch diese Art von Erzeugung scheinbar entgegenstehende Recht des Stoffeigentümers (stützt)“ (Scheurl Beitr. I. S. 285). — Gewöhnlich spricht man hier von einem Eigentümerwerb durch „*Specification*“ (nach dem quellenmäßigen „*ex aliena materia speciem aliquam facere*“).

³ Das wird bewiesen weniger durch l. 12 §. 3 D. ad exh. 10. 4, welche kein ungewisshafes Resultat gibt, als vielmehr durch l. 13. 14 §. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 4 §. 20 D. de usurp. 41. 3, l. 52 §. 14 D. de furt. 47. 2, nach welchen Stellen das aus entwendetem Material Producirte (und entwendet ist jedes unrechtl. Weise verarbeitete Material) selbst entwendet ist; an Entwendetem aber kann der Entwender kein Eigentum erwerben. Und in den genannten Stellen wird dem Eigentümer des Stoffes, die *condictio furtiva* gegeben, die doch „*soli domino competit*“ (l. 1 D. de cond. furt. 13. 1). Durch den Einwand, die *condictio furtiva* werde in diesen Stellen gegeben wegen l. 10 §. 2 D. de cond. furt. 13. 1 („*tamdiu . . . conditioni locus*

Fall, wo zum Theil eigener, zum Theil fremder Stoff verarbeitet worden ist, gelten die gleichen Grundsätze⁴. Darüber, was dazu gehört, damit man sagen könne, es sei eine neue Sache producirt, läßt sich eine juristische Regel nicht geben; nur so viel läßt sich sagen, daß nicht jede Veränderung einer vorhandenen Sache, auch wenn sie nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, Hervorbringung einer neuen Sache ist⁵.

Wer durch Verarbeitung einer fremden Sache Eigentum erworben hat, hat deswegen nicht ohne Weiteres auch den Vermögenswerth derselben erworben; er haftet vielmehr dem früheren Eigenthümer obligatorisch nach den Grundsätzen von der ungerichtlichten Bereicherung⁶.

erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recadat“), wird dieses Argument offenbar nicht verliert; es handelt sich ja nicht von der Condictio auf die verarbeitete Sache, sondern von der Condictio auf die neu geschaffene. Der hier vertheidigten Ansicht sind Unterholzner Verjährungslehre I. S. 229 Note 245, W. Sell Versuche I. 5, Scheurl Beitr. I. S. 285, 286, Dernburg Feid. kr. Zeitschrift I. S. 147, Arnolds §. 158 Anm. 3, W. Sell a. a. O. S. 101—106, Böcking I. S. 166, 167 (die beiden Letzteren unter Hervorhebung, daß nicht in allen Fällen Unredlichkeit vorliege, wo der Verarbeiter das fremde Eigentum kannte); darüber mit vielen Neueren Puchta §. 164 h, Vangerow I. S. 644—645, Schmid I. S. 172—177, Sintenis I. §. 50 Note 14, Pagenstecher I. S. 117—119. Der Hauptgrund der hier verworfenen Meinung liegt darin, daß das Eigentum des Verfertigers auf den Gesichtspunkt der Vermächtigung zurückgeführt wird.

⁴ Kann also die erarbeitete Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden, so ist sie gemeinschaftlich; mit Unrecht hat man das Gegentheil behauptet wegen §. 25 i. f. I. h. t. 2. 1 (vgl. I. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1 und Vangerow I. S. 644, Schmid I. §. 11 Note 11). Kann sie es nicht, so ist für den Eigentumsverwerb des Verfertigers auch hier Redlichkeit seines Bewußtseins erforderlich (das Gegentheil behauptet Arnolds I. §. 155 Anm. 3 a. E.).

⁵ So nicht das Ausbrechen (I. 7 §. 7 D. h. t. 41. 1, wornach sich die weiläufige Aenderung in §. 25 I. h. t. 2. 1 berichtigt). Ebensovienig das Färben (I. 26 §. 3 h. t. 41. 1) oder Beschreiben (§. 33 I. h. t. 2. 1, I. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1). (Ueber das Malen s. §. 189 Note 6).

⁶ Das ist deswegen nicht weniger sicher, weil es zufällig in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Seine Bereicherung ist formal gerechtfertigt, nicht aber materiell. Vielleicht ist Gai. II. §. 79 i. f. hierauf zu beziehen, dessen Worte §. 26 I. h. t. wiedergibt, allerdings nicht mit Beziehung auf die Specification, aber mit Aenderung des *quibusdam* in *quibusque* (so las wenigstens Theophilus). Von den besonderen Gründen, auf welchen

H. Eigentumsverwerb durch Verbindung*¹.

§. 188.

Es sind folgende Fälle zu unterscheiden: es kann eine unbewegliche Sache mit einer unbeweglichen, eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen, eine bewegliche mit einer beweglichen verbunden werden.

1) Verbindung einer unbeweglichen Sache mit einer unbeweglichen. Hierher lassen sich einmal die in §. 185 besprochenen Fälle der im Flusse entstandenen Insel, des verlassenen Flußbettes und der Anschwemmung rechnen². Sodann gehört hierher der Fall der Untreibung, d. h. der Fall, wo durch die Gewalt des Flusses ein Stück von einem Grundstück abgerissen, und an ein anderes Grundstück angetrieben wird; das angetriebene Grundstück fällt in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks, an welches es angetrieben ist, sobald es mit diesem zusammengewachsen ist³.

2) Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen. Diese Verbindung kann entweder eine organische, oder eine mechanische sein.

a) Organische Verbindung. Was auf ein Grundstück gepflanzt, oder gesäet wird, gehört dem Eigentümer des Grund-

ein Anspruch auf Herausgabe des Wertes der verarbeiteten Sache, oder auch auf das Interesse des früheren Eigentümers beruhen kann, wie z. B. Entlohnung, Vertrag u. c. ist hier natürlich nicht zu reden. Vgl. unten §. 190.

* Wächter im Rechtslexicon u. d. W. Accession, Schmid §. 10, Pagenstecher II. S. 128—156, Böcking II. §. 152.

1 Gewöhnlich spricht man von Eigentumsverwerb durch Accession.

§. 188.

2 In den beiden letzten Fällen macht der Gesichtspunkt der Verbindung sich unmittelbar geltend; aber auch in dem ersten trifft er zu, wenn die Insel als über das Niveau des Wassers hinaus erhobenes Flußbett gedacht wird. Vgl. I. 30 §. 2 D. h. t. 41. 1.

3 §. 21 I. h. t. 2. 1, I. 7 §. 2 D. h. t. 41. 1. In diesen Stellen heißt es, der Eigentumsverwerb sei dann vollzogen, wenn die auf dem angetriebenen Grundstück stehenden Bäume ihre Wurzeln in das andere hinübergetrieben hätten. Es ist dieß nicht als absolutes Erforderniß, sondern als Kennzeichen der vollzogenen Zusammenwachsung zu fassen.

Windscheid, Pandekten. I. 187b.

stück, und fällt auch, wenn es ausgerissen wird, nicht an den früheren Eigentümer zurück⁴.

b) Mechanische Verbindung⁵. Was in ein Grundstück eingefügt wird, wohin vor Allem der Fall der Errichtung eines Gebäudes gehört⁶, steht im Eigenthum des Eigentümers des Grundstücks, so lange die Verbindung dauert; es fällt aber an den früheren Eigentümer zurück, sobald die Verbindung wieder aufgehoben wird⁷. Ueber diesen Fall ist folgendes Nähere zu bemerken. Die Verbindung muß eine feste und bleibende sein, sonst wird an den Eigenthumsverhältnissen nichts geändert⁸. Das Losgelöste fällt dann an den früheren Eigentümer nicht zurück, wenn derselbe die Verbindung selbst, in der Absicht auf

⁴ §. 31. 32 I. h. t. 2. 1, 1. 7 §. 13 I. 9 l. 26 §. 2 D. h. t. 41. 1, 1. 25 pr. D. de usur. 22. 1, 1. 9 §. 2 D. de damno inf. 39. 2, 1. 11 C. de R. V. 3. 32. Es gehört, so lange die Verbindung dauert, dem Eigentümer des Grundes und Bodens deswegen, weil es Theil des Grundes und Bodens ist (l. 40 D. de A. E. V. 19. 1 „arborum, quas in fundo continentur, non est separatam corpus a fundo“); es gehört auch nach Auflösung der Verbindung dem Eigentümer des Grundes und Bodens, weil es jetzt nicht mehr dieselbe Sache ist, die es früher war (l. 26 §. 2 cit. „nam credibile est alio terras alimento aliam factam“). — Ein Baum, welcher in zwei Grundstücken wurzelt, gehört dem einen und dem andern Grundeigentümer (l. 7 §. 13 l. 8 D. h. t. 41. 1, 1. 19 pr. D. comm. div. 10. 3, 1. 83 D. pro soc. 17. 2). Anders, wenn er seine Wurzeln aus dem Grundstück, in welchem er wurzelt, bloß in ein fremdes Grundstück hinüberstreckt (l. 6 §. 2 D. arb. furt. caes. 47. 7). Vgl. Ranagerow I. §. 329 Anm. 2.

⁵ Zann Arch. f. civ. Pr. XLIII. 10. 13 (1860).

⁶ Aber nicht allein, vgl. §. B. 1. 2 C. de serv. 3. 34.

⁷ §. 29. 30 I. h. t. 2. 1, 1. 7 §. 10. 12 l. 26 §. 1 l. 28 D. h. t. 41. 1, 1. 23 §. 7 l. 39 pr. l. 59 D. de R. V. 6. 1, 1. 2 D. de superf. 43. 26, 1. 2 C. de R. V. 3. 32. Es steht bei während der Verbindung im Eigenthum des Eigentümers des Grundstücks, weil es Theil des Grundstücks, nichts für sich Bestehendes ist (§. 29 l. 1. 7 §. 10 D. cit. „omne quod inaedificatur solo cedit“); es fällt nach aufgelöster Verbindung an den früheren Eigentümer zurück, weil es jetzt wieder dieselbe Sache ist, welche es immer gewesen ist. Insofern nun das Eigenthum an dem Eingefügten nicht definitiv verloren ist, kann man auch sagen, dasselbe sei nur zeitweilig suspendirt, es ruhe einstweilen. So l. 7 §. 10 D. cit. (§. 29 I. h. t.) „nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desinit dominus eius esse“. Vgl. Gai. IV. 78 (— „utrum intercidat actio an quiescat“).

⁸ So §. B., wenn auf einem Grundstück ein „horreum frumentarium novum ex tabulis lignis factum mobile“ (l. 60 D. h. t. 41. 1) errichtet wird.

das Eingefügte zu verzichten, vorgenommen hat⁹. Die Loslösung kann bei Gebäuden nicht verlangt werden¹⁰; dafür hat der Eigentümer einen Anspruch auf den doppelten Werth des Materials¹¹, welcher Anspruch jedoch wegfällt, wenn die Einfügung mit seinem Willen geschehen ist¹². Durch die Leistung des Doppelten erwirbt

⁹ L. 2 C. de R. V. 3. 32, vgl. l. 14 D. de don. 39. 5. Nach §. 30 I. h. t. 2. 1 und l. 7 §. 12 D. h. t. 41. 1 soll auch dann das Losgelöste an ihn nicht zurückfallen, wenn er unredlicher Besitzer des Grundstücks war. Das Gegentheil sagt l. 2 cit. (nicht auch l. 59 D. de R. V. 6. 1, welche nicht von einem unredlichen Besitzer spricht). Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich (vgl. übrigens Schmid §. 10 Note 67, Wangerow I. S. 329 Anm. 1), und so heken sie sich gegenseitig auf. Da wir demzuletzt keine positive Bestimmung für die bezeichnete Strafe des unredlichen Besitzers haben, wird dieselbe als geltendes Recht nicht behauptet werden können.

¹⁰ Gegen die Regel (§. 189 Note 4), nach einer ausdrücklichen Bestimmung der 12 Tafeln (Festus s. v. tignum), über deren Restitution zu vergleichen ist Husekko ad leg. XII. tabb. de tigno iuncto commentatio p. 1—4. 19—29 (1837). Die 12 Tafeln sprechen von „tignum iunctum“; über die Bedeutung von tignum s. l. 1 §. 1 D. de tigno iuncto 47. 3, l. 62 D. de V. 8. 50. 16, l. 6 pr. D. ad exh. 10. 4.

¹¹ §. 29 I. h. t. 2. 1, 1. 7 §. 10 D. h. t. 41. 1, 1. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 6 pr. D. ad exh. 10. 4, l. 98 §. ult. D. de sol. 46. 3.

¹² L. 63 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 „... [quia] decemviro non [est] credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent“. — Nach einer andern Meinung (Wangerow I. S. 635. 636) soll dieser Anspruch nur dann begründet sein, wenn das Eingefügte entwendet ist (wozu außer der Nichtberechtigung auch unredliches Bewußtsein des Besitzers gehört). Für diese Meinung darf nicht angeführt werden l. 1. 2 D. de tigno iuncto 47. 3; diese Stellen sagen freilich, daß die actio de tigno iuncto bei tignum furtivum stattfinde, aber sie sagen keineswegs, daß sie nur bei tignum furtivum stattfinde. Oder will man auf Grund dieser Stellen behaupten, daß auch der Ausschluss des Loslösungsanspruchs Furtivität des Materials voraussetzt? (l. 1 cit. „lex XII. tabb. neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare“). So spricht für die bezeichnete Meinung nichts, als daß in l. 63 cit. Paulus den in den oben abgedruckten Worten enthaltenen Grund des Neratius so wiedergibt: „neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est“, und das ist m. E. nicht im Entferntesten ein genügendes Gegengewicht gegen die Unbedingtheit, in welcher die in Note 10 genannten Quellenstellen den Anspruch auf das Doppelte anerkennen. — Noch weiter geht Huschke a. a. D. (und nach ihm Sintenis I. S. 50 Note 52). Derselbe nimmt für das klassische Recht einen Widerspruch zwischen den römischen Juristen an, betrachtet aber als die in der Compilation gebilligte Meinung, daß nur gegen den für selbst der Anspruch auf das Doppelte

der Artger das Eigentum des Materials definitiv¹³; nur nicht derjenige, welcher unredlicher Weise eingefügt hat¹⁴. Die gleichen Grundsätze gelten von eingefügten Nebpfählen¹⁵.

§. 189.

3) Verbindung einer beweglichen Sache mit einer beweglichen. Bei einer solchen Verbindung ist es möglich, daß die verbundene Sache ihre Existenz in der Weise verliert, daß sie als das, was sie früher war, gar nicht mehr herstellbar ist; dann ist sie untergegangen, und es kann von einem Eigentumsrechte an derselben nicht mehr die Rede sein. Das Ganze aber, in welchem sie jetzt enthalten ist, steht entweder im Eigentum des Eigentümers der Hauptsache¹, oder, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, so ist es den Eigentümern derselben gemeinschaftlich².

zulässig sei. Dagegen Puchta Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 10 (1839). Vgl. noch Wächter a. a. D. S. 27, Schmid I. §. 10 Note 56.

¹³ §. 29 I. h. t. 2. 1.

¹⁴ L. 2 D. de tigno iuncto 47. 3. Vgl. Wächter a. a. D. S. 28.

¹⁵ D. §. auch diese braucht der Eigentümer des Weinbergs nicht herauszugeben, wenn er das Doppelte ihres Wertes ersetzen will. L. 1 pr. §. 1 D. de tigno iuncto 47. 3. Im Uebrigen ist hier durch die Vorschrift der 12 Tafeln nicht der Lösungs-, sondern der Eigentumsanspruch ausgeschlossen; da die Verbindung keine feste ist, so verliert der Eigentümer derselben durch die Verbindung sein Eigentum nicht.

§. 189. ¹ L. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1. „Dicit enim (Cassius), si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit; quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit“. (Ferruminatione — Anschweißung, Verbindung durch das gleiche Metall, adplumbatio — Anblüthung, Verbindung durch verschiedenes Metall, vgl. Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 180 Note 94, aber auch Böding II. §. 152.) S. ferner §. 26 I. h. t. Unter diesen Gesichtspunkt wird in §. 33 I. h. t. 2. 1, I. 9 §. 1 D. h. t. 41. 1, I. 23 §. 3 D. de R. V. 6. 1 auch das Schreiben, in der letztgenannten Stelle auch das Malen (vgl. §. 34 I. h. t. 2. 1, I. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1) gestellt. S. Note 6.

² L. 3 §. 2 D. de R. V. 6. 1. „Pomponius scribit, si quid, quod eiusdem naturæ est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est; erit nobis commune, et unusquisque pro parte ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus“. L. 5 §. 1 eod., vgl.

Wird die verbundene Sache von der Verbindung nicht in der Weise afficirt, daß sie als die Sache, welche sie früher war, nicht mehr herstellbar ist, so wird, wenn keine der verbundenen Sachen die Hauptsache ist, an den Eigentumsverhältnissen nichts geändert³. Ist aber eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, so ist, so lange die Verbindung dauert, der Eigentümer der Hauptsache auch der Eigentümer der Nebensache; sobald diese letztere aber durch Auflösung der Verbindung wieder eine für sich bestehende Sache geworden ist, fällt sie an den früheren Eigentümer zurück, und zwar kann hier die Auflösung der Verbindung verlangt werden⁴. Rückfall des Eigentums findet auch hier dann nicht statt, wenn der Eigentümer selbst, in der Absicht auf sein Eigentum zu verzichten, die Verbindung vorgenommen hat⁵. — Zu dem Gefagten sind folgende Bemerkungen hinzuzufügen.

a) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Sache, und welche die Hauptsache sei, ist darauf zu sehen, ob eine, und

I. 27 §. 2 D. h. t. 41. 1 (Böding II. §. 152 Note 62, Girtanner Jahrb. f. Dogm. II. S. 278 fg.). Zu allgemein drücken sich §. 27 i. f. I. h. t., I. 7 §. 9 D. h. t. 41. 1 aus, s. die folgende Note.

³ L. 12 §. 1 D. h. t. 41. 1. „Si aere meo et argento tuo confiato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia, cum diversæ materiae aere atque argento sit, ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet“. L. 5 §. 1 D. de R. V. 6. 1.

⁴ L. 23 §. 2 D. de R. V. 6. 1. „Si quis rei suæ alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuæ suæ brachium, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem: dominum eius totius rei fieri, vereque statuam suam diciturum et scyphum, plerique recte dicunt“. §. 5 eod. „Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separantur et tunc vindicentur“. L. 26 §. 1 I. 27 pr. D. h. t. 41. 1, I. 6. 7 §. 1. 2 D. ad. exh. 10. 4. Auch hier wiederholt sich die in §. 188 Note 6 bezeichnete koppelte Art der Betrachtung. In §. 2 cit. heißt es: „dominum eius totius rei fieri“, in §. 4 eod. wird die verbundene Sache geradezu „res mea“ genannt; in §. 5 cit. dagegen wird der Eigentümer der verbundenen Sache auch nach der Verbindung noch als Eigentümer bezeichnet, während es in §. 7 wieder heißt, daß die losgelöste Sache an den „prior dominus“ zurückfalle. Eine besondere Ansicht über dieses Verhältniß bei Girtanner Jahrb. f. Dogm. III. S. 163 fg. S. 275 fg.

⁵ Das ist zwar für diesen Fall nicht ausdrücklich gesagt; allein die Analogie des Falles der Verbindung mit einer unbeweglichen Sache (§. 188 Note 9) ist entscheidend.

welche dem Ganzen Namen und Wesen gibt, ob eine, und welche nur um der andern willen vorhanden ist⁶.

b) Wenn die Trennung verbundener Sachen zwar an und für sich möglich, aber factisch unausführbar ist, so sind dieselben Grundstücke zur Anwendung zu bringen, als wenn sie unmöglich wäre⁷. — Besonderes gilt für den Fall, wo Jemand fremdes Geld mit dem seinigen vermischt. Es tritt in Folge davon nicht Gemeinschaftlichkeit der Gesamtsumme ein, sondern dieselbe steht im alleinigen Eigenthum des Vermischenden⁸.

c) Es kann in der Verbindung Verfertigung einer neuen Sache liegen; dann entscheidet der Gesichtspunkt der Verfertigung.

d) Ist die Verbindung mit dem Willen der beiderseitigen Eigenthümer geschehen, so wird das Ganze in Folge ihres Willens gemeinschaftlich⁹.

⁶ L. 26 §. 1 D. h. t. 41. 1. „Proculus indicat, hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas (ex)specta(re)tur, si quid additum erit, toto cedit, ut statusque pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum. navi tabula, aedificio caementum: tota enim eius sunt, cuius ante fuerant“. L. 29 §. 1 D. de auro 34. 2. „Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine patrisfamilias aestimandum est“. L. 9 §. 1 eod., 1. 23 §. 3 D. de R. V. G. 1. 1. 19 §. 13—16 1. 20 D. de auro 34. 2. Beim Gemälde soll die Malerei die Hauptsache sein, nicht die Tafel, nach Justinians Entscheidung, §. 34 I. h. t. 2. 1, 1. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1, 1. 23 §. 3 D. de R. V. G. 1. Wie das Gemälde muß auch die Photographie beurtheilt werden; in Betreff der Daguerrotypen a. W. Maubai Arch. f. civ. Pr. XXVI, S. 212 fg. Die Steinzeichnung stellt dem Gemälde gleich das Urtheil bei Seuff. IX. 127; dagegen XIII. 129. Beim Schiffe ist die Hauptsache der Kiel (L. 61 D. de R. V. G. 1); doch wird in 1. 26 pr. D. h. t. 41. 1 in Betreff des Schiffs der Gesichtspunkt der Verfertigung geltend gemacht. Ausbühungsweise kann auch Umfang und Werth der verbundenen Sachen in Betracht kommen, 1. 27 §. 2 D. h. t. 41. 1.

⁷ So beim Zusammenschütten zweier Haufen Getreide, §. 28 I. h. t. 2. 1, 1. 7 pr. D. de R. V. G. 1.

⁸ L. 78 D. de sol. 46. 3. „Si alieni nummi in scio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est“.

⁹ §. 27. 28 I. h. t. 2. 1, 1. 7 §. 8 1. 25 D. h. t. 41. 1, 1. 5 §. 1 D. de R. V. G. 1.

§. 190.

Die Verbindung entzieht so wenig, wie die Verfertigung, demjenigen, welchem sie Eigenthum nimmt, ohne Weiteres auch den Vermögenswerth der Sache¹. Im Einzelnen ist hier zu unterscheiden, ob der Verlierende selbst die Verbindung vorgenommen hat, oder nicht. Im ersten Fall hat er einen Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen von der Verwendung, also, wenn er in gutem Glauben war, ein Retentionsrecht, bis ihm ersetzt worden ist, worum die von ihm abgeforderte Sache durch die Verbindung für den Eigenthümer werthvoller geworden ist², während ihm ein Klagerecht in den Quellen ausdrücklich abgesprochen wird³. Im zweiten Fall hat er einen auch durch Klage zu verfolgenden Anspruch gegen den Eigenthümer auf Herausgabe des Werthes der verlorenen Sache⁴. Ueber den

¹ Gewöhnlich nimmt man den Fall der Antreibung aus, indem man sich §. 190. darauf beruft, daß hier die Verbindung durch Naturgewalt erfolge (Wächter Note 39—42, Schmid Note 12—18), oder darauf, daß der Verlierende den Verlust durch zeitige Rückforderung hätte abwenden können (Arndts §. 132 Anm. 4 a. E.). Weber der eine noch der andere Grund erscheint mir durchgreifend; vgl., was den ersten angeht, 1. 4 §. 2 D. de R. C. 12. 1. „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condicere possunt“.

² L. 23 §. 4 D. de R. V. G. 1. „In omnibus . . . istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accessit dare“. §. 30. 32. 33 I. h. t. 2. 1, 1. 7 §. 12 1. 9 pr. §. 1 D. h. t. 41. 1, 1. 5. 11. 16 D. de R. V. G. 1, 1. 37. 38 D. eod. G. 1.

³ L. 33 D. de cond. ind. 12. 6, 1. 14 D. de exc. doli 44. 4, 1. 14 §. 1 D. comm. div. 10. 3.

⁴ L. 23 §. 5 D. de R. V. G. 1. „ . . . in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est“. In andern Stellen wird eine utilis rei vindicatio gegeben, welche hier lediglich Form der Geltendmachung des Ersatzanspruches ist, so daß sie durch Herausgabe des Werthes abgewendet werden kann (Fhering Jahrb. f. Dogm. I. S. 120 fg.), so in 1. 5 §. 3 de R. V. G. 1 bei der Einpflanzung, in §. 34 I. h. t. 2. 1 und 1. 9 §. 2 D. h. t. 41. 1 (Gai. II. 78) beim Malen (Fhering a. a. O. S. 138—141. 160. 165. 171—172). Für den Fall des Einwebens gibt §. 26 I. h. t. 2. 1 eine conditio auf die Bereicherung. „ . . . Nam exstinctae res, licet vindicari non possunt, condicere tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt“. D. h. eben: soweit die Bereicherung reicht.

besonderen Entschädigungsanspruch bei eingebautem Baumaterial ist oben bereits gehandelt worden⁵.

V. Verlust des Eigenthums*.

§. 191.

Verloren wird das Eigenthum dadurch, daß ein Anderer es erwirbt, durch Aufgabe des Eigenthümers, die aber in der Behandlung der Sache äußerlich hervortreten muß (Dereliction)¹, durch Untergang der Sache, oder dadurch, daß sie in eine Lage kommt, in welcher sie aller Privatberechtigung entzogen ist, endlich das Eigenthum an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen².

VI. Der Eigenthumsanspruch*.

Einleitung.

§. 192.

Der dem Eigenthumsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß sich Niemand mit dem Willen des Eigenthümers in Betreff der Sache in thatsächlichen Widerspruch setze. Geschieht dieß dennoch, so verwandelt sich der Eigenthumsanspruch in einen Anspruch auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugesügten Verletzung. Wird die Befriedigung dieses Anspruchs verweigert, so wird der Eigenthumsanspruch zur Eigenthumsklage (§. 122). Von dem Eigenthumsanspruch in seiner Gestalt durch die Verletzung des Eigenthums, bez. von der Eigenthumsklage ist hier näher zu handeln.

Der Eigenthumsanspruch hat einen verschiedenen Inhalt, je

⁵ Die besonderen Gründe, auf denen ein Entschädigungsanspruch beruhen kann, wie Vertrag und Delict, bleiben natürlich auch hier (vgl. §. 187 Note 6) außer Ansatz.

* Schmid §. 19, Fagenstecher II. S. 356 fg., Böcking §. 155 fg.

¹ §. 47 I. de R. D. 2. 1, 1. 17 §. 1 D. de poss. 41. 3, 1. 3 D. pro derel. 41. 7. Vgl. 1. 2 §. 1 eod.

² §. 165 Note 5.

* Dig. 6. 1 Cod. 3. 32 de rei vindicatione.

nach der Verschiedenheit der dem Eigenthum zugesügten Verletzung. Diese Verletzung kann eine totale, oder eine bloß partielle sein. Die erste besteht darin, daß dem Eigenthümer seine Sache ganz vorenthalten wird; die zweite besteht darin, daß ohne Vorenthaltung der Sache in das Eigenthumsrecht eingegriffen wird. Welches aber auch der Inhalt des Eigenthumsanspruches sein möge, er fordert immer, was er fordert, auf Grund des Eigenthums; deswegen ist er ein dinglicher, kein persönlicher¹.

A. Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache*.

1. Inhalt.

§. 193.

Der Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache ist zuvörderst gerichtet auf Herausgabe der Sache. Wird die Herausgabe auch von dem verurtheilten Besitzer noch verweigert, so hat der Eigenthümer die Wahl¹ zwischen directer Erzwingung², und Eintreibung seines, durch seinen Eid zu bestimmenden, Interesses³. Verlangt der Besitzer eine Frist für die Herausgabe, so ist ihm dieselbe gegen gehörige Sicherheit nach billigem Er-

¹ Die Eigenthumsklage wegen Vorenthaltung der Sache heißt römisch §. 192. rei vindicatio, die Eigenthumsklage wegen Eingriffs actio negatoria oder negativa. Eine vindicatio ist übrigens die letztere auch; nur keine rei vindicatio. Das Ziel der Eigenthumsklagen wird in den Quellen im Allgemeinen als ein restituere bezeichnet.

* Schmid I. §. 15, Fagenstecher III. S. 5—182. Wehll der römische Vindicationsprozeß (1845).

¹ Schmid S. 295, Wehll System des Civilpr. S. 489.

² So nach heutigem und schon nach neuem römischen Rechte, während im älteren römischen Recht der hartnäckige Besitzer nur auf Geiß condemnirt und exquirt werden konnte. Das neuere römische Recht steht bereits in 1. 68 D. de R. V. 6. 1, wobei freilich dahin gestellt bleiben muß, ob nicht kraft einer Interpolation. Vgl. Rudorff röm. Recht. II. §. 93 Note 14, Wehll Vindicationsprozeß S. 126 und System des Civilproz. II. §. 50 Note 80.

³ §. 133 Nr. 2 b.; 1. 2 §. 1 D. de in lit. iur. 12. 3. Durch die Leistung des Interesses geht das Eigenthum auf den Besitzer über (§. 171 Note 22), 1. 46. 47. D. h. t., vgl. 1. 35 §. 2 eod.

messen des Richters zu gewähren⁴. Was den Ort der Herausgabe angeht, so ist der Besitzer an und für sich nicht verpflichtet, die Sache an einem andern Ort herauszugeben, als wo sie sich befindet; doch kann der Eigenthümer auf Herausgabe am Ort des Processes dringen a) wenn er Gefahr und Kosten tragen will, b) wenn der Besitzer unredlicher Besitzer war, und die Sache von dem Ort des Processes nach Erhebung desselben entfernt hat⁵.

Ist der Berechtigte nur Miteigenthümer, so geht sein Anspruch auch nur auf Einräumung des Mitbesizes. In diesem Falle ist aber der Besitzer berechtigt, abgesehen von besonderen Umständen, die Angabe der Quote zu verlangen, zu welcher der Gegner das Miteigenthum in Anspruch nimmt⁶.

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache verwandelt sich in einen Anspruch auf Leistung des Interesse⁷, wenn dem Besitzer die Herausgabe der Sache unmöglich wird, ohne daß er dadurch von dem Eigenthumsanspruch befreit wird. Dieß ist der Fall a) beim unredlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe vor dem Prozesse durch seinen Willen⁸, oder nach

⁴ §. 2 l. de off. iud. 4. 17.

⁵ L. 10—12 D. h. t., vgl. l. 11 §. 1 D. ad exh. 10. 4.

⁶ L. 6—8. 35 §. 3 D. h. t., l. 76 §. 1 eod.

⁷ §. 101 Note 14.

⁸ L. 27 §. 3 D. h. t. „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desitit possidere, tenetur in rem actione . . .“ L. 131 D. de R. l. 50. 17. „Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.“ L. 157 §. 1 D. eod. „Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.“ Meure sprechen hier von einer Verhaftung wegen facta possessio. Die Verhaftung desjenigen, qui dolo desitit possidere, ist zuerst für den Erbschaftsanspruch eingeführt, und von da auf den Eigenthumsanspruch übertragen worden, l. 27 §. 3 D. cit., vgl. l. 20 §. 6 l. 25 §. 2 sqq. D. de H. P. 5. 3, aber auch Weyell vindicationsproz. S. 133. Ein dolo desinere possidere liegt nicht dieß dann vor, wenn der unredliche Besitzer sich des Besizes in der Absicht entäußert, um sich dadurch dem Eigenthumsanspruch zu entziehen, sondern überhaupt, wenn er sich des Besizes mit seinem Willen entäußert, wenn er „facit quominus possideat“ (l. 20 §. 6 cit.), durch Weggeben oder Vernichtung der Sache; er soll nicht über die Sache verfügen, da er weiß, daß sie nicht die seinige ist. Bekker Jahrb. d. gem. R. IV S. 192. 193. Der Anspruch ist ein reiner Delictsanspruch in der Form des Eigenthumsanspruchs; daher bestimmt sich auch die Verhaftung des Erben nach den Grundfätzen von den Delictsansprüchen, l. 52 D. h. t.

Erhebung des Processes irgendwie eintritt⁹; b) beim redlichen Besitzer, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe nach Erhebung des Processes durch seine Schuld eintritt¹⁰. Gegenüber dem unredlichen Besitzer, welcher sich willentlich in die Unmöglichkeit der Herausgabe verlegt hat, darf der Berechtigte sein Interesse durch seinen Eid bestimmen¹¹. In diesem Falle ist auch die Leistung des Interesse nicht Abfindung für den Eigenthümer, in den übrigen allerdings¹².

Befindet sich der Besitzer in der Unmöglichkeit, die Sache in unverkehrtem Zustande herauszugeben, so tritt zu dem Anspruch auf Herausgabe ein Anspruch auf Leistung des Interesse hinzu, nach den gleichen Grundfätzen, nur mit dem Unterschied, daß hier der unredliche Besitzer auch vor Beginn des Processes für Nachlässigkeit haftet¹³.

⁹ Der unredliche Besitzer soll keinen Prozeß über die Sache führen; er soll sie dem Kläger ohne Prozeß herausgeben. Führt er den Prozeß dennoch, so ist er verpflichtet, dem Kläger den ihm dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Deswegen wird er selbst dadurch nicht frei, daß er die Sache in einer Weise verliert, aus der ihm an und für sich ein Vorwurf nicht gemacht werden kann, wenn nur bei sofortiger Herausgabe der Kläger jetzt die Sache oder ihren Werth haben würde. Das Nähere mit den Beweisstellen oben §. 124 Note 4. 9; außer den daselbst citirten Schriftstellern vgl. noch Weyell S. 174 fg., Schmid §. 15 Note 103.

¹⁰ Nach den Grundfätzen von der durch den Prozeß begründeten Verantwortlichkeit auch des redlichen Besitzers. S. §. 124 Note 5. 8, woselbst auch die Beweisstellen.

¹¹ L. 68 D. h. t. Vgl. §. 133 Nr. 2. 6.

¹² L. 63. 69. 70 D. h. t., l. 3 D. pro emt. 41. 4; vgl. l. 7 eod., l. 13 §. 14 D. de H. P. 5. 3, l. 95 §. 9 D. de sol. 46. 3. Weyell S. 223 fg., Vangerow I. S. 734—736.

¹³ L. 13—15 pr. l. 45 D. h. t. (über diese letztere Stelle Weyell S. 206 fg., Savigny VI. §. 272 g.), l. 5 C. h. t., vgl. l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3. — Die Behauptung, daß der unredliche Besitzer auch für den Besitzverlust hafte, welcher vor Beginn des Processes durch seine Nachlässigkeit eintrete (Vangerow I. S. 736), läßt sich aus den Quellen nicht rechtfertigen; dieselben verlangen, abgesehen von den Fällen der facta possessio, Vesh zur Zeit des Prozeßbeginnes. L. 25 §. 2 l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3 handeln von der Verschlechterung der Erbschaft, nicht von dem Verluste des Besizes derselben.

§. 194.

Der Eigenthumsanspruch ist aber nicht bloß auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet, sondern auch auf Herausgabe der von derselben gezogenen Früchte, und des sonstigen Zuwachses¹. Hat der Besitzer das Gewonnene hinterher wieder verloren, so entscheiden die Grundsätze über den Verlust des Besitzes der Hauptsache, jedoch auch hier mit dem Unterschied, daß der unredliche Besitzer für Nachlässigkeit auch vor Beginn des Processus haftet². Für versäumten Gewinn haftet der redliche Besitzer erst nach Beginn des Processus³, der unredliche Besitzer auch vorher⁴, vorher jedoch nur für den Gewinn, welchen er selbst⁵, nachher auch für denjenigen, welchen der Eigenthümer hätte ziehen können⁶.

1 §. 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 22 C. h. t., l. 17 §. 1 l. 20. 34. 62 pr. l. 64 D. h. t., l. 5 C. h. t. Auch das fällt unter den Begriff des restituere, l. 22. 28 l. 246 §. 1 D. de V. S. 50. 16; vgl. l. 35. 75 D. eod. und §. 124 Note 2 u. 6. In Betreff der juristischen Früchte vgl. noch Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV. 132 fg., Seuff. Arch. XIV. 11.

2 Nach den für die Verschlechterung der Hauptsache geltenden Regeln; der Anspruch auf Herausgabe des Zuwachses ist nur eine Erweiterung des Anspruches auf die Hauptsache, und dieser durch den fortdauernden Besitz der Hauptsache begründet. Vgl. übrigens auch Weßell S. 163—168.

3 S. §. 124 Note 6 und die dort citirten Stellen. Vorher „quia quasi suam rem neglexit, nulli querelas subiectus est“ (l. 31 §. 3 D. de H. P. 5. 3).

4 Gegen die gegentheilige Ansicht (Mabai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 1, Weßell S. 168 fg.), f. Schmid I. §. 15 Note 110 und Vangerow I. S. 743—745.

5 Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Vernachlässigung der Sache; er muß dem Eigenthümer leisten, was derselbe bei Nichtvernachlässigung der Sache gehabt haben würde.

6 Er muß Ersatz geben für die ihm zur Last fallende Nichtherausgabe der Sache an den Kläger; er muß leisten, was derselbe gehabt haben würde, wenn ihm die Sache ohne Prozeß herausgegeben worden wäre. Vgl. §. 124 Note 6 und die dort citirten Stellen und Schriftsteller, auch Weßell S. 251 fg.

2: Gegenaufprüche*.

§. 195.

Seinerseits hat der Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen¹, und braucht die Sache nicht eher herauszugeben, bis er für dieselben befriedigt ist. Dafür gelten näher folgende Grundsätze. Für nothwendige Verwendungen² kann jeder Besitzer Ersatz verlangen, auch der unredliche, nur nicht der Dieb³. Für andere Verwendungen hat der unredliche Besitzer keinen Ersatzanspruch, er hat nur das Recht, die gemachten Anlagen wieder wegzunehmen⁴. Dagegen hat der redliche Besitzer einen Ersatzanspruch⁵ auch für die bloß nützlichen Verwendungen⁶, d. h. diejenigen, welche dem Eigenthümer nützlich sind⁷, jedoch nur bis zum Belange des dadurch

* W. Sell in Sell's Jahrb. III. 8. 9 (1844), Leifst civ. Studien II. S. 11—60 (1855).

1 Nicht etwa auch auf Ersatz des für den Erwerb der Sache Aufgewendeten, — abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen. L. 3. 23 C. h. t.

2 Impensae necessariae, — solche, die zur Erhaltung der Sache nothwendig sind. L. 1 §. 1. 3 l. 2—4 l. 14 pr. D. de impensis 25. 1, l. 79 pr. D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 15. Vgl. Leifst S. 22—25.

3 L. 5 C. l. 65 pr. D. h. t., l. 1 C. de inf. expos. 8. 52.

4 §. 30—33 I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 12 D. de A. R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 5 C. eod., l. 37 D. eod.

5 §. 30. 32. 33 I. de R. D. 2. 1, l. 7 §. 12 l. 9 pr. §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 11. 16 C. h. t., l. 38 D. h. t.; nach der letzteren Stelle bestimmt sich der Sinn der l. 27 §. 5 eod. S. Note 11.

6 Impensae utiles, — solche, welche den Nutzen der Sache erhöhen. L. 5 §. 3 l. 6. 10. 14 §. 1 D. de imp. 25. 1, l. 79 §. 1. 2 D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 16. Vgl. Leifst S. 23—30.

7 L. 38 D. h. t. „in fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse; reddat impensam, ut fundum recipiat . . . Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat; sufficit tibi permitti, tollere ex his rebus quae possis . . . Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit; nisi reddit quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es“. Uebereinstimmend l. 25 D. de pign. act. 13. 7. Umgekehrt ist eine an und für sich nicht nützliche Verwendung als nützlich zu

erzielten Mehrwerthes⁸, und so, daß er noch den Werth der Früchte, welche er behält, anrechnen lassen muß⁹. Für die Verwendungen, welche auch nicht nützlich in dem angegebenen Sinne sind¹⁰, hat auch der redliche Besitzer nur das Recht der Wegnahme¹¹. Für das Recht der Wegnahme, mag es von dem redlichen, oder dem unredlichen Besitzer geübt werden, gilt näher Folgendes. Es darf durch die Wegnahme die Sache nicht schlechter werden, als sie vor der Verwendung war, und die Wegnahme darf nicht zur Chicanne geschehen, d. h. das Recht zu derselben fällt weg, wenn sie entweder dem Besitzer keinen Vortheil gewährt, oder der Eigenthümer den Besitzer für die Vortheile, welche sie ihm wirklich gewährt, in Geld zu entschädigen bereit ist¹².

Unter besonderen Grundfällen stehen die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen. Diese werden von dem Betrage der herauszugebenden Früchte abgezogen; wirkliche Frucht ist nur, was nach Abzug des auf ihre Gewinnung Verwendeten übrig bleibt¹³.

rechnen, wenn der Eigenthümer die Sache feil hat, l. 29 D. h. t., l. 10 D. de impens. 25. 1.

⁸ L. 38 cit.: „... usquo eo duntaxat, quo pretiosior factus est“.

⁹ L. 48 D. h. t. In gleicher Weise werden diese Früchte gegen die Zinsen des für notwendige Verwendungen ausgegebenen Geldes aufgerechnet, l. 65 pr. D. h. t. Den Beweis des Mehrbetrages seiner Verwendungen legt ihm — gewiß mit Unrecht — das Urtheil bei Cuff. XI. 211 auf.

¹⁰ Die Quellen bezeichnen sie als Verwendungen, welche nur dem Vergnügen dienen, impensae voluptuarias oder voluptuosae, — l. 7 pr. l. 14 §. 2 D. de imp. 25. 1, l. 19 §. 2 D. de V. S. 50. 16, Ulp. VI. 17; Leifst S. 30. — Dieser Schriftsteller will übrigens (S. 30—34) unter impensae voluptuarias solche verstanden wissen, welche lediglich auf dem individuellen Willen, dem individuellen Behagen (voluptas), des Verwendenden beruhen. Da aber auch die notwendigen und nützlichen Verwendungen auf dem Willen des Verwendenden beruhen, so kommt diese Begriffsbestimmung barauf hinaus, daß impensae voluptuarias solche Verwendungen seien, welche nicht notwendige und nützliche sind (vgl. S. 31 ob.).

¹¹ L. 27 §. 5 l. 28 D. l. 38 D. h. t., l. 9 D. de impens. 25. 1. Abgesehen natürlich von besonderen Verpflichtungsgründen des Eigenthümers, z. B. wenn die Verwendung mit seinem Willen gemacht worden ist.

¹² L. 37. 38 D. h. t., l. 9 D. de impens. 25. 1.

¹³ L. 3 §. 1 l. 16 D. de impens. 25. 1, l. 46 D. de usur. 22. 1, l. 1 C. de fruct. 7. 51.

3. Voraussetzungen.

§. 196.

Die Voraussetzungen des Eigenthumsanspruchs sind im Allgemeinen bereits bezeichnet worden: sie sind in der Person des Berechtigten Eigenthum, in der Person des Verpflichteten Verenthaltung der Sache¹. Hierüber ist aber noch folgendes Nähere zu bemerken.

1) Der Berechtigte muß sein Eigenthum, wenn es ihm bestritten wird natürlich beweisen². Berufet er sich auf abgeleiteten Erwerb, so gehört dazu auch Beweis des Eigenthums des Rechtsvorgängers³. Behauptet der Beklagte Miteigenthum, so leugnet er damit, daß der Kläger alleiniger Eigenthümer sei, und nöthigt ihn dadurch zum Beweise⁴.

2) Die Verenthaltung der Sache besteht in dem Besitze der Sache gegen den Willen des Eigenthümers. Dieser Besitz braucht kein juristischer Besitz zu sein; es kann auch ein Besitz im Namen eines Andern sein⁵. Jedoch kann derjenige, welcher eine unbe-

¹ Das ältere deutsche Recht verlangte bei beweglichen Sachen außerdem §. 196. noch unfreiwilligen Verlust des Besitzes („Hand muß Hand wehren“). Dieser Satz gilt aber heutzutage nur noch particularrechtlich. Gerber deutsch. Privatr. §. 102, Beseler deutsch. Privatr. II. §. 86.

² L. 9. 80 D. h. t.

³ L. 20 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Wenn der Rechtsvorgänger ebenfalls durch abgeleiteten Erwerb Eigenthümer geworden ist, so ist auch Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erforderlich u. s. w. Bei der Schwierigkeit dieses Beweises (probatio diabolica!) hat man dem Eigenthumskläger, welcher den rechtmäßigen Erwerb bewiesen habe, den Beweis des Eigenthums seines Rechtsvorgängers erlassen wollen (so zuerst Thibaut Arch. f. civ. Pr. VI. 15 [1823], dessen Idee dann von Andern aufgenommen worden ist, zuletzt von Brinz S. 246 und Pagenstecher S. 143 fg.; nähere Literaturangaben bei Schmid §. 15 Note 145, Vangerow I. S. 727), aus Gründen, welche keine Beweiskraft haben. Aber freilich hat der Kläger, welcher Eigenthum behauptet hat, unter Umständen mehr behauptet, als zu seinem Siege erforderlich ist (Publiciana actio); darf sich der Richter nicht auch mit dem Beweise des Geringeren (des rechtmäßigen Erwerbes) begnügen? Das ist eine prozessualische Frage; vgl. darüber Sintonis I. §. 53 Note 16.

⁴ Vgl. Arnolds Rhein. Museum III. 12.

⁵ L. 9 D. h. t. Uebrigens ist der Satz, daß auch der Besitzer im fremdem Namen dem Eigenthumsanspruch hafte, kein unbestrittener. Vgl. Schmid

wegliche Sache im Namen eines Andern besitzt, den Eigenthumsanspruch durch Hinweisung auf die Person des juristischen Besitzers von sich abwenden⁶. Leugnet der Besitzer den Besitz fälschlich ab, so wird derselbe auf geführten Beweis ihm genommen, und auf den Kläger übertragen⁷.

3) Der Eigenthumsanspruch erfordert Besitz des Gegners nicht nothwendig. Derjenige, welcher sich, ohne zu besitzen, unter dem Vorgeben, daß er besitze, auf den Eigenthumsstreit einläßt, wird verurtheilt, als wenn er besäße⁸. Inwiefern der Eigenthumsanspruch Fortbauer des Besitzes voraussetzt, ist in §. 193 gesagt worden.

§. 15 Note 33, und aus der neuesten Zeit Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. S. 427 fg. — Geht der Eigenthumsanspruch gegen den Besitzer in fremdem Namen, so geht er auch gegen denjenigen, welcher im Namen gerade des Eigenthümers besitzt, und trotz der Verweigerung der Herausgabe in dessen Namen zu besitzen fortfährt, wenn er z. B. die Herausgabe der Sache nur zur Zeit verweigert, oder bis zur Befriedigung eines Gegenanspruchs. Da nun in diesem Falle der juristische Besitzer der Sache der Eigenthümer selbst ist, so ergibt sich, daß der Eigenthumsanspruch auch mit Besitz des Eigenthümers verträglich ist. Dieß ist die älteste Erklärung des „berichtigten“ unus casus des §. 2 I. de act. 4. 6, welche in der neueren Zeit namentlich von Friz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 2 (1845) und XVIII. 21. XIX. 3 (1861) vertheidigt worden ist. Es sind übrigens sehr verschiedene Meinungen darüber aufgestellt worden; s. Friz a. a. O. und Vangerow I. 739. 740).

⁶ S. g. *laudatio* oder *nominatio auctoris*. Dieselbe beruht auf l. 2 C. ubi in rem 3. 19 (wiederholt in c. 5 §. 7 X. ut lite non cont. 2. 6). Will dann der juristische Besitzer den Prozeß nicht übernehmen, so wird der Besitz der Sache dem Kläger überantwortet, und es jenem überlassen, seine Ansprüche nun seinerseits klageweise geltend zu machen. Die neueste Abhandlung über die *laudatio auctoris* ist die von Emminghaus Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVIII. 20 (1861); vgl. außerdem Vangerow I. S. 732. 733, Weypell Civilpr. S. 33, Beyer Vorträge §. 48, Briegleb summ. Pr. §. 64. Die meisten Schriftsteller dehnen die Verordnung auf bewegliche Sachen aus.

⁷ L. 80 D. h. t. Vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX. S. 28 fg. Seuff. Arch. XIII. 209.

⁸ Der zweite Fall der s. g. *acta possessio* (§. 192 Note 7). L. 25—27 pr. D. h. t.; vgl. l. 13 §. 13 l. 45 D. de H. P. 5. 3. Der Anspruch ist wie der Anspruch gegen denjenigen, qui dolo desit possidere, eigentlich ein Strafanpruch; er geht wie dieser auf das volle Interesse, und seine Befriedigung enthält ebensovienig, wie die Befriedigung des genannten Anspruchs, eine Abfindung des Eigenthümers (l. 7 D. h. t.). Vgl. Weypell vindicationsprozeß §. 28, Vangerow I. S. 734—736, Schmid S. 280 fg.

4. Einreden.

§. 197.

Unter den Einreden, welche dem Eigenthumsanspruch entgegenstehen können, sind hier hervorzuheben: 1) die Einrede der Verwendung (§. 195); 2) die Einrede, daß dem Besitzer ein dingliches Recht an der Sache zustehe, kraft dessen er dieselbe rückbehalten dürfe¹; 3) die Einrede, daß, obgleich dem Besitzer kein dingliches Recht an der Sache zustehe, der Eigenthümer dennoch verpflichtet sei, dem Besitzer die Sache zu lassen. Was diese letztere

¹ Z. B. Nießbrauch, Pfandrecht. Nach Justinians Vorschrift in Nov. §. 197. 18 c. 10 soll es aber dem Besitzer nicht mehr erlaubt sein, sich auf ein vom Kläger hergeleitetes dingliches Recht zu berufen, wenn er vorher dessen Eigenthum bestritten, und denselben dadurch zum Beweise genöthigt habe; er soll vielmehr die Sache herausgeben, und sein behauptetes Recht in einem besonderen Prozesse als Kläger durchführen müssen. (Die Stelle sagt nicht bloß dieß; aber jedenfalls sagt sie dieß auch. Vgl. §. 235 Note 17.) Diese Vorschrift ist in der Sprache des damaligen Prozeßrechtes ausgedrückt, nach welchem die peremptorischen Einreden erst nach dem Beweise des Klägers zur Verhandlung kamen (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilpr. I. S. 263); nach heutigem Prozeßrecht, welches Vorbringung aller Einreden sogleich mit der Streiteinlassung und gleichzeitige Verhandlung derselben vorschreibt, nimmt sie den einfacheren Ausdruck an, daß der Beklagte sich nicht in denselben Prozesse auf ein Recht berufen dürfe, das seinen Ursprung in einem anderen Rechte habe, welches er selbst bestritte. Auffallenderweise wird aber Justinians Vorschrift gegen ihren klaren Wortsinne („postea vero is, qui semper abnegaverat, illius hoc non fuisse, uti voluerit illius iure, et dicere, quia ex hypotheca vel aliis causis in illam personam relatis propinquior est“, — „si qua iura habeat ex illa persona de qua prius negationem passus est“, — „neque res ex quibus detinent abnegent personis“) von den meisten Schriftstellern nicht von einem vom Kläger hergeleiteten, sondern von einem irgendwelchem dinglichen Recht verstanden, und der Grund derselben nicht in dem Widerspruch, in welchem der Beklagte sich durch eine Behauptung der bezeichneten Art mit sich selbst setzt, sondern eben darin gefunden, daß die Behauptung des dinglichen Rechtes erst nachträglich gemacht worden sei, woraus dann geschlossen wird, daß die Vorschrift bei uns gar keine Bedeutung mehr habe. Vgl. Glück VIII. S. 225, Thibaut System II. §. 710, Puchta §. 168 c., Vangerow I. S. 731 unt., Sintonis I. §. 52 Note 16, Sell S. 361, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. IX. S. 48, Schmid I. S. 332. Die richtige Beziehung der Vorschrift findet sich bei Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 369, der aber die Stelle in anderer Hinsicht mißversteht, und bei Keller S. 278.

Einrede angeht, so ist noch besonders hervorzuheben der Fall, wo die Verpflichtung ihren Grund darin hat, daß der Eigenthümer die Sache selbst zu Eigenthum übergeben hat², unter Umständen, welche zwar den Uebergang des Eigenthums ausschlossen, nicht aber seine Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen³. In diesem Falle geht nämlich die Einrede⁴ activ und passiv nicht bloß auf die Gesamtnachfolger über, sondern auch auf die Sondernachfolger⁵. Der Hauptfall, welcher hierher gehört, ist der, wo der Eigenthümer zu einer Zeit die Sache zu Eigenthum übergeben hat, wo er noch nicht Eigenthümer war⁶.

² Gegenatz: er hat die Sache vermietet, verliethen, oder auch verkauft, verlehnt, aber ohne Besitzübergabe (s. Note 6). Vgl. Seuff. Arch. VI. 149.

³ Ist aus der Eigenthumsübergabe nicht einmal eine Verpflichtung dieser Art entstanden, so fällt auch die Einrede weg, vgl. die in §. 172a. Note 2 citirten Stellen.

⁴ Die Bezeichnung derselben als *exceptio rei venditae et traditae* (Dig. 21. 3 de *exceptione rei venditae et traditae*) ist von einem Hauptfalle hergenommen; Kauf ist nicht nothwendig. Die Einrede konnte auch als *exc. doli* gefaßt werden, und als solche wird sie in anderen Stellen bezeichnet. Literatur: Michelson de *exceptione rei venditae et traditae* (1824), Buchholz Ver- suchte Nr. 13 (1831), Wiebeking über die *exceptio rei venditae et traditae* nach Älterem und neuerem röm. R. (1847). Bangerow I. S. 748—752.

⁵ L. 3 D. h. t., l. 2 eod., l. 4 §. 32 D. de *doli exc.* 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1.

⁶ L. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 4 §. 32 D. de *doli exc.* 44. 4, l. 72 D. de R. V. 6. 1, l. 17 D. de *evict.* 21. 2. Diesem Fall gleich steht der Fall, wo dadurch in derselben Person Eigenthum und Eigenthumsübergabe zusammenkommen, daß der Eigenthümer Gesamtnachfolger des Uebergebenden wird, l. 1 §. 1 D. h. t., l. 73 D. de *evict.* 21. 2, l. 14 C. de R. V. 3. 32, l. 14 C. de *evict.* 8. 45. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist der, wo die Eigenthumsübergabe unter einer Bedingung, oder einer Voraussetzung erfolgt ist, l. 7 §. 3 D. de I. D. 23. 3. Dagegen darf nicht hierher auch der Fall gestellt werden, wo ohne Besitzübergabe verkauft worden ist. Zwar ist von diesem Falle in unserem Titel die Rede (l. 1 §. 5); aber dasjenige, worin gerade das Charakteristische der *exc. rei venditae et traditae* besteht, der Uebergang auch auf die Sondernachfolger, fällt hier weg, wie l. 9 §. 4 D. de *Publ.* 6. 3 beweist, vgl. auch l. 15 C. de R. V. 3. 32, l. 6 C. de *her. vel. act. vend.* 4. 39. Ebenwenig aber darf meiner Ansicht nach der Fall hierher gezogen werden, wo der Uebergebende einen Andern für den Eigenthümer hält, so daß sein Wille auch nur auf die Uebertragung des Eigenthums dieses Andern, welches nicht bestand, nicht aber auf die Uebertragung des ihm zustehenden Eigenthumsrechtes gerichtet war (l. 49 D. *mand.* 17. 2, l. 10 D. de *dist.*

B. Der Eigenthumsanspruch wegen Eingriffs*.

§. 198.

Unter Eingriff in das Eigenthumsrecht wird hier eine Verletzung desselben verstanden, welche nicht in der Entziehung des Besitzes der Sache besteht. Eine solche Verletzung kann positiver Natur sein, indem gegen den Willen des Eigenthümers auf die Sache eingewirkt wird, oder negativer, indem der Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache gehindert wird¹. Der Anspruch, welcher aus einer Verletzung dieser Art entsteht, ist gerichtet auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes, und Ersatz des angerichteten Schadens²; außerdem kann der Verletzte verlangen, daß ihm durch das richterliche Urtheil Sicherheit gegen Wiederholung der Verletzung gegeben werde³. Daß der Gegner

pign. 20. 5). Eben deswegen, weil sein Wille auf den Uebergang eines nicht bestehenden Eigenthumsrechtes gerichtet war, ist er durch seine Erklärung auch nicht einmal gebunden; er haftet nur aus dem Geschäft, kraft dessen er die Eigenthumsübertragung gemacht hat, also ohne Uebergang der Einrede auf die Sondernachfolger. — Consens zu der Eigenthumsübertragung eines Andern verpflichtet wie eigene Eigenthumsübertragung, l. 1 §. 2. 3 D. h. t., l. 7 §. 6 pro *emt.* 41. 4, vgl. l. 49 i. f. *mand.* 17. 1, l. 14 D. de *Publ.* 6. 3. Ein solcher Consens liegt auch in der Uebernahme einer Bürgschaft für die von einem Andern gemachte Eigenthumsübertragung, l. 11 C. de *evict.* 8. 45; jedoch soll in diesem Falle die Einrede dem den Bürgen beerbenden Eigenthümer nicht entgegenstehen, l. 30 eod. — *Exceptio rei venditae et traditae* bei unterlassener Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch? Seuff. Arch. VI. 145 vgl. mit *Arndts krit. Ueberschau* V. S. 93—100.

* Dig. 7. 6 si *usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur*, 8. 5 si *servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*.

Schmidt (von Ilmenau) *Zeitschr. f. gesch. RW.* XV. 6 (1850), H. Pernice *commentationes iuris Romani duae* Nr. 2 (1855), F. Witte *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R.* §. XIII. 12 (1856). Schmidt I. §. 16, Pagenstecher III. S. 182—192.

¹ Beispiele: §. 2 I. de *act.* 4. 6, l. 8 §. 5 l. 9 pr. i. f. l. 11. 13. 14 §. 198. §. 1 l. 17 pr. D. si *serv.* 8. 5, l. 36 D. de *S. P. U.* 8. 2, l. 29 §. 1 D. ad *leg. Ag.* 9. 2, l. 15 D. de *O. N. N.* 39. 1, l. 2 D. de *arb. caed.* 43. 27, l. 6 §. 2 D. *arb. furt. caes.* 47. 7; l. 4 §. 7 D. h. t., l. 15 D. de *O. N. N.* 39. 1. Vgl. Seuff. Arch. IX. 138. 260 X. 169. 259 XII. 247.

² L. 14 pr. l. 4 §. 2 D. si *serv.* 8. 5, l. 8 C. de *serv.* 3. 34.

³ L. 12 D. si *serv.* 8. 5. „Egi, ius illi non esse, tigna in parietem

sich ein Recht zu seinem Verhalten zuschreibe, ist Voraussetzung des Anspruchs nicht⁴, obgleich es regelmäßig der Fall sein wird⁵; dagegen ist, wenn er sich ein Recht anmaßt, schon ohne alle tatsächliche Verletzung eine Klage gegen ihn zulässig, mit welcher jedoch nichts als Sicherheit gegen künftige Verletzung verlangt werden kann⁶. — Unter allen Umständen aber ist der Grund des Anspruchs das Eigenthumsrecht⁷, — nicht das Nichtdürfen

des Gegners als solches, sondern sein Nichtdürfen auf Grund des dem Berechtigten zustehenden Eigenthumsrechtes⁸. Deswegen liegt dem Kläger auch kein anderer Beweis ob, als der Beweis⁹ seines Eigenthumsrechtes¹⁰; das Nichtdürfen des Gegners folgt daraus so lange, bis derselbe sein Dürfen einredeweise dargethan hat¹¹.

negativen Servitut negatoria gewesen wäre, und die Klage des Eigenthümers gegen Verhinderung in der eigenen Verfügung über seine Sache (confessoria), Bangerow I. S. 875, Schmid S. 154. 155. 159—163, Pernice S. 134—162, Witte S. 386—408, Keller §. 184. Ueber die auf das Verbotungsrecht des Klägers gestellte Fassung (actio prohibitoria) s. Zachariae Zeitschr. f. gesch. RW. XII. 8 (1845), Stephan das. XIV. 2 (1848), Schmid S. 163—169, Pernice S. 162—173, Witte S. 391—393.

⁸ L. 5 pr. D. si usufr. 7. 6. „Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fruendi usufructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis usufructuaris ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant“.

⁹ Aber auch wirklicher Beweis; es genügt nicht bloße Bescheinigung. Puchta im Rhein. Mus. I. S. 163 fg.

¹⁰ Eine noch immer sehr bekrittene Frage, obgleich in der neueren Zeit sich die überwiegende Anzahl der Schriftsteller auf die Seite der hier verteidigten Meinung gestellt hat, so Puchta §. 172 d., Arndts §. 164 Anm. 4, Bangerow I. S. 353 Anm. 2, Sintonis I. §. 52 Note 57, Schmid S. 373 fg., Pagenstecher S. 184, Schmid S. 169, Pernice S. 180 fg., Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV. 2, Seuff. Arch. I. 469 X. 139. Die Meinung, daß der Kläger außer seinem Eigenthum auch das Nichtrecht des Beklagten beweisen müsse, ist in der neueren Zeit wieder verteidigt worden von Pape in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XVI. 6 (1859). Eine mittlere Meinung verlangt diesen Beweis vom Kläger in dem Fall, wo der Beklagte im Besitz sei; für dieselbe hat sich in der neuesten Zeit wieder erklärt (unter sehr lebhafter Bestreitung der ersten) Prinz S. 238—242, vgl. Reuter in Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 2 (1855), und ein nachträglich mitgetheiltes Zeugniß von Heise, Arch. f. civ. Pr. XL. 2; dafür auch Seuff. Arch. I. 17. 18 II. 142. Noch eine andere Mittelmeinung bei Glük X. S. 254 fg.

¹¹ Es ist nicht richtig, zu sagen, daß für die Unbeschränktheit des Eigenthums eine Präsuntion spreche, als wenn es statisch feststände, daß es mehr unbeschränkte, als beschränkte Eigenthumsrechte gebe. Aber es ist

meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere cavere debeat“. Statt der römischen Caution tritt heutzutage nach §. 162 des J. R. A. eine Strafbrohung im Urtheil ein. Wehll Syst. des Civilpr. S. 408.

⁴ Dieß wird heutzutage auch fast allgemein anerkannt, vgl. Witte S. 409, Schllze Jahrb. d. gem. R. VI. S. 78; Seuff. Arch. IX. 267 X. 18. Ebenowenig darf aber behauptet werden, (wie Friz Erläuterungen II. S. 365—367, Schmid S. 170—175, Prinz S. 236. 237 thun), daß nur ein solches Verhalten den Anspruch begründe, welches den Inhalt einer Servitut zu bilden im Stande sei (in der Ausübung einer Servitut bestche). Eine solche Beschränkung ist in den Quellen ebenowenig enthalten, wie die zuvor genannte, auch nicht, wie Schmid annimmt, in l. 8 §. 6 D. si serv. 8. 5. (Diese Stelle ist allerdings von der confessoria zu verstehen. Ihr Sinn ist: Niemand kann klagen, daß es dem Nachbarn unerlaubt sei, auf seinem Grundstück *sumum non gravem facere* [v. v. aut non licere]; er muß sich das gefallen lassen kraft einer gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung. Ebenowegen aber hat auch der Nachbar das Recht dazu kraft seines Eigenthumsrechtes, und nicht etwa kraft einer Servitut, sowenig wie er das Recht, auf seinem Grundstück überhaupt Feuer zu machen, oder zu waschen, kraft einer Servitut hat, vgl. l. 5 pr. D. si usufr. 7. 5). Für die hier verteidigte Meinung s. Schmid S. 370. 371, Bangerow I. S. 876 (vgl. aber auch Prinz S. 237), und die daselbst Citirten. Eine mittlere Meinung verteidigt Witte; er verlangt einen Eingriff, der möglicherweise auf irgend einem Rechte, dinglichem oder obligatorischem, beruhen könne.

⁵ In diesem Sinne wird die actio negatoria in den Quellen geradezu als Servitutenklage bezeichnet, §. 2 I. de act. 4. 6, l. 2 pr. D. si serv. 8. 5.

⁶ L. 5 §. 6 D. si usufr. 7. 6. A. M. Schmid §. 17 Note 7.

⁷ Dieß muß um so bestimmter hervorgehoben werden, als die intentio der römischen formula nicht, wie bei der rei vindicatio, auf das klägerische Eigenthumsrecht als solches, sondern direct auf das daraus hergeleitete Nichtdürfen des Beklagten (bez. das Verbotungsrecht des Klägers, oder auch das Dürfen des Klägers gegen den Willen des Beklagten) gestellt war. Daher auch der Ausdruck negatoria actio, l. 2 pr. D. si serv. 8. 5. Vgl. darüber, sowie über die Frage, ob nicht der Ausdruck negatoria actio vielmehr eine formale, als eine materielle Bedeutung gehabt habe (so daß also auch die Klage aus einer

Der Anspruch des redlichen Erwerbers*.

§. 199.

Gleiches Recht, wie das Eigenthum gegen Jedermann, gewährt der redliche Erwerb einer Sache, wenn er auch nicht zum Eigenthum geführt hat, gegen denjenigen, welcher nicht wenigstens gleich viel für sich anführen kann¹. In den Quellen ist das zwar ausdrücklich nur für den Anspruch wegen Vorenthaltung gesagt²; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß es in ihrem Sinne auch für den Anspruch wegen Eingriffes behauptet werden muß³. Die näheren Grundsätze sind folgende.

richtig, zu sagen, daß das Eigenthumsrecht als solches die Befugniß zum Ausschluß eines jeden fremden Willens in Betreff der Sache in sich trägt. Damit ist, wie mir scheint, die Frage erledigt. Jedenfalls müßten gegen diese Instanz bessere Argumente beigebracht werden, als sich aus l. 15 D. de O. N. N. 39. 1, l. 5 §. 10 D. eod., l. 45 D. de damno inf. 39. 2 entnehmen lassen, aus welchen Stellen allerdings hervorgeht, daß der Negatorienkläger beweisen, aber nicht, daß er das Nichtrecht des Beklagten beweisen muß, oder aus l. 8 §. 3 D. si serv. 8. 5, welche nur sagen will, welche der beiden bei einem Streit über eine Servitut sich gegenüberstehenden Personen als Kläger aufzutreten Veranlassung, aber nicht, was eine jede von ihnen zu beweisen die Pflicht habe. Vgl. auch l. 5 pr. D. si usus, welche aus der negatoria actio alles „agere de alieno iure“ ausschließt, ferner l. 7 D. de aqua 43. 20, l. 10 C. de pign. act. 4. 24.

* Dig. 6. 2 de Publiciana in rem actione.

Obroek de Publiciana in rem actione (1843), Bangerow I. S. 758—763.

1 Vgl. Deurer über den Schutz des relativ besseren Rechts in Jahrb. f. Dogm. I. 5 (1857), Sintonis I. §. 53 Note 8, Brunß Jahrb. d. gem. R. IV. S. 8—21 gegen Delbrück die bingliche Klage des deutschen Rechts §. 3. Ueber den viel weiter gehenden Anspruch, welchen dieser letztere Schriftsteller dem römischen Anspruch aus redlichem Erwerb für das heutige Recht substituiren will, s. §. 162 Note 11.

2 S. §. 4 I. de act. 4. 6. Der Satz ist prätorischen Ursprungs; die durch das prätorische Edict gewährte actio ist die Publiciana in rem actio. Von der Publiciana actio heißt es: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit“ (l. 7 §. 6 D. h. t.), und: „in Publiciana actione omnia eodem erunt, quae in rei vindicatione diximus“ (l. 7 §. 8 eod.).

3 Dies wird nach dem Vorgang von Puchta Rhein. Mus. I. S. 182 jetzt allgemein anerkannt. Vgl. Bangerow S. 385, und die daselbst Citirten; außerdem Jhering Abhandlungen S. 107, Pernice Commentationes

1) Unter redlichem Erwerb wird hier dasselbe verstanden, wie in der Lehre von der Erfindung (§. 176—179). Es ist also erforderlich eines Theils der gute Glaube, daß man befugt sei, sich die Sache anzueignen⁴, andern Theils, daß dieser gute Glaube in den vorliegenden Thatsachen seine Rechtfertigung finde. Dieses letztere setzt auch hier, wie bei der Erfindung, regelmäßig das wirkliche Vorhandensein einer Eigenthumserwerbthatsache voraus⁵; aber nothwendig ist dasselbe auch hier nicht⁶. Fortdauer des guten Glaubens verlangt das römische Recht hier so wenig, wie bei der Erfindung⁷; auf Grund des canonischen Rechts

duae S. 196 fg., §. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. 8. XIV. S. 157 fg.; Seuff. Arch. XIV. 209.

4 L. 7 §. 11—17 D. h. t., l. 28 D. de nox. act. 9. 4.

5 Das Edict verlangte eine specielle Erwerbthatsache, Traditio (l. 1 pr. h. t.); vielleicht sprach es sogar, wenigstens ursprünglich, nur vom Kauf (l. 7 §. 11 h. t.). Aber die Interpretation der Juristen erkannte an: „quaeunque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio“ (l. 13 pr. h. t.). Nähere Ausführung in l. 1 §. 1 — l. 7 §. 5 l. 12 pr. §. 1 D. h. t. — Beim Kaufe ist Zahlung des Kaufpreises hier nicht erforderlich, l. 8 D. h. t. — Für den Fall des Kaufs von einem Wahnsinnigen wird die Publiciana actio gestattet in l. 7 §. 2 h. t., abgesprochen in l. 2 §. 16 D. pro emt. 41. 4. Eine Vereinerung ist möglich durch die Beschränkung der letzteren Stelle auf den Fall, wo der Erwerber gegen den Wahnsinnigen selbst auftritt (dessen exceptio domini durch keine replicatio rei venditae et traditae zurückgeschlagen werden kann); jedenfalls führt, wenn ein Widerspruch angenommen wird, die Rechtsconsequenz zu der Entscheidung der ersten Stelle. Vgl. Bangerow I. S. 758, Schmid §. 16 Note 11. Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 13 (1860) will jetzt die l. 2 §. 16 cit. von dem Ausschluß der rescissoria Publiciana actio (§. 5 I. de act. 4. 6, l. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7) verstehen, welche „auf Wiedererhebung in den vorigen Stand, und Aufhebung der in Abwesenheit des früheren Besitzers erfolgten Verjährung“ gerichtet sei, bekanntlich aber wegfallen, „wenn das verloren gegangene Recht nach dem strengen Recht ungültig war“.

6 Auch hier genügt ein f. g. putativer Titel. Das wird weniger durch die gewöhnlich dafür angeführten Stellen bewiesen (l. 5 D. h. t. spricht von einer wirklichen Traditio auf irrigen Beweggrund hin, in den Fällen der l. 7 §. 4 l. 13 §. 2 h. t. ist immerhin die äußere Erscheinung eines Titels vorhanden), als durch die Analogie der Erfindung. Vgl. Seuff. Arch. VI. 150.

7 L. 7 §. 12. 14 D. h. t. Zu l. 11 §. 3 eod. vgl. l. 4 D. pro suo 41. 10 und Bangerow I. S. 759, Arndts §. 170 Ann. 2.

aber ist für das heutige Recht hier in gleicher Weise, wie bei der Erfindung, das Gegentheil zu behaupten⁸.

2) Daß der redliche Erwerber in den Besitz der Sache gelangt sei, ist nicht nothwendig; Besitzlangung ist Erforderniß des ihm gewährten Schutzes nur insofern, als dieselbe Bestandtheil der Erwerbshatsache ist, auf welche er sich beruft⁹.

3) Dagegen entlehnt der Schutz des redlichen Erwerbes von der Erfindung das Erforderniß der Erfindbarkeit der Sache¹⁰; bei Sachen, welche der ordentlichen Erfindung entzogen sind, ist auch er ausgeschlossen¹¹.

4) Der redliche Erwerb hilft nicht demjenigen Besitzer gegenüber, der besseres oder gleiches Recht hat. Besseres Recht hat er, wenn er Eigenthümer ist¹²; gleiches Recht hat er, wenn

⁸ Die Vorschrift des canonischen Rechts (§. 177 Note 4) bezieht sich zwar nur auf die Erfindung; aber wenn das unrechtliche Bewußtsein ein Hinderniß des Eigenthumserwerbes ist, so muß es auch ein Hinderniß der Abforderung der Sache wie einer eigenen sein. Viele sind jedoch entgegengesetzter Meinung; vgl. Schmid §. 16 Note 18, Vangerow I. S. 759.

⁹ L. 1 §. 2 l. 11 §. 2 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t. A. M. Sintonis I. §. 53 Note 11. 12, Pagenstecher III. S. 196—198, Keller S. 292. Die Beschränkung, welche Vangerow I. S. 756 hinzusetzt, daß wenigstens der Rechtsurheber im Besitz der Sache gewesen sein müsse, hat in den Quellen ebensowenig Anhalt, wie die von Schmid I. S. 361 behauptete, daß derselbe auch seinerseits redlicher Erwerber gewesen sein müsse. S. auch die folgende Note.

¹⁰ Die formula der actio Publiciana war nicht auf redlichen Erwerb, sondern auf die Voraussetzungen der Erfindung gestellt („si quem hominem A^o A^o emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem d. q. a. eius e. i. Q. esse oporteret“, Gai. IV. 36). Besitz des Klägers (s. die vorige Note), wo die angerufene Erwerbshatsache ihn nicht erforderte, wurde durch diese Fassung der intentio nicht verlangt.

¹¹ L. 9 §. 5 D. h. t. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet“. L. 12 §. 4 h. t. L. 12 §. 2 h. t. ist von der Erfindung des vectigalischen Rechtes zu verstehen (vgl. §. 182 Note 5). — Ueber die Meinung, daß es nach Justinianischem Recht nicht auf die ordentliche, sondern auf die außerordentliche Erfindung ankomme (Dobrod S. 58 fg., Sintonis I. §. 53 Note 15), s. Schmid §. 16 Note 6, Vangerow I. S. 757; über eine von Andern behauptete Einschränkung des fraglichen Satzes Vangerow das. und Schmid Note 7.

¹² Gegen den Publicianischen Anspruch gilt die Einrede des Eigenthums, l. 16. 17 D. h. t. Natürlich kann sich aber der redliche Erwerber gegen diese Einrede seinerseits wieder vertheidigen, vgl. l. 4 §. 32 D. de exc. doli, l. 24

auch er in redlicher Weise erworben hat. Jedoch ist in diesem letzteren Falle zu unterscheiden, ob die streitenden Partheien sich auf den gleichen Rechtsurheber berufen, oder jede auf einen verschiedenen; in dem ersten Falle geht nicht der gegenwärtige Besitzer vor, sondern der erste Erwerber¹³.

D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 57 D. mand. 17. 1. („Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constat. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi mandati, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit; sed venalicium ex provincia reversum Publiciana actione non [in]utiliter acturum, quum exceptio iusti domini causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno“. Die Stelle ist von einer Wiedereinsetzung wegen Abwesenheit zu verstehen, und vor 'causa cognita' ein 'tantum' hinzuzudenken; die Lesart 'inutiliter' hat handschriftliche Autorität. Vgl. Vangerow I. S. 760, und namentlich Savigny VII. Beil. XIX.).

¹³ So l. 9 §. 4 D. h. t. Widersprechend l. 31 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1. Nach dieser Stelle soll auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerber vorgehen (Vereinigungsversuche: sie sage nicht, daß der erste Erwerber auch als Kläger immer siege, Vangerow I. S. 762; sie spreche nur von dem Verhältnisse der redlichen Erwerber gegen Dritte, Schmid I. S. 364 fg., Savigny VII. S. 308 m.; vgl. auch Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 187—189). Die Entscheidung der l. 9 §. 4 ist vorzuziehen, weil sie der Rechtsconsequenz entspricht: bei Gleichheit der Rechtsurheber muß der Publiciana die exceptio rei (venditae et) traditae nicht minder entgegenstehen, wie der rei vindicatio (vgl. Schliemann Lehre vom Zwange S. 165—178); aber es ist kein Grund ersichtlich, weswegen auch bei Verschiedenheit der Rechtsurheber der erste Erwerb besseres Recht begründen sollte. Vgl. Bruns Jahrb. d. gem. R. IV. S. 19—21.

Fünftes Kapitel.

Die Dienstbarkeiten*.

I. Begriff**.

§. 200.

Die Dienstbarkeiten sind Rechte an fremder Sache, d. h. dingliche Rechte, welche die Sache, an der sie stattfinden, nicht in der Gesamtheit, sondern nur in einer, oder mehreren einzelnen ihrer Beziehungen erfassen (§. 145. 167). Die Dienstbarkeiten sind aber nicht die einzigen Rechte an fremder Sache¹; neben ihnen stehen das Pfandrecht, die Emphyteusis und Superficies. Von dem Pfandrecht unterscheiden sie sich, abgesehen von der unselbständigen Natur des letzteren, dadurch, daß der hauptsäch-

* Fud'n die Lehre von den Servituten (1837). E. Hoffmann die Lehre von den Servituten nach röm. R. 2 Bde. (1838. 1843). R. Eivers die römische Servitutentehre. (1854. 1856; vgl. über diese Schrift Kunze Selbstb. fr. Zeitschr. II. S. 227—268, Arnolds fr. Ueberschau II. S. 161—165). Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X. S. 145—349 (1856).

** Eivers §. 4. 5, Böding II. §. 160. 161.

¹ Es gab eine Zeit im römischen Recht, in welcher die Dienstbarkeiten allerdings die einzigen Rechte an fremder Sache waren. Sie allein unter den Rechten an fremder Sache gehören dem Civilrechte an; alle andern sind prätorischen Ursprungs. Aus dieser Zeit stammt auch ihre Bezeichnung als *servitutes*. *Servitus* bezeichnet zunächst den Zustand der Unfreiheit der Sache, dann auch das Recht, kraft dessen dieser Zustand stattfindet. Unfrei aber ist diejenige Sache, welche einem Andern dient, als ihrem Eigenthümer; wie der Mensch unfrei ist, welcher überhaupt dient. Es ist die Bestimmung des Menschen, Niemandem unterworfen zu sein; es ist die Bestimmung der Sache, ihrem Eigenthümer unterworfen zu sein. Der Ausdruck paßt also an und für sich auf jedes Recht an fremder Sache; aber es war natürlich, daß, als sich neben den Rechten an fremder Sache, welche bis dahin allein bestanden hatten, neue bildeten, diese besondere Namen erhielten, und so der Ausdruck für jene ersteren technisch wurde. Ebensovienig darf man sich jedoch darüber wundern, daß er vereinzelt auch auf diese neuen Rechte angewendet worden ist, so z. B. in l. 86 §. 4. D. de log. l. 30 auf die Superficies, vgl. auch l. 1 §. 22 D. de aqua et aqua 89. 3. Der deutsche Ausdruck 'Dienstbarkeit' entspricht dem römischen 'servitus' in jeder Beziehung.

liche Inhalt desselben in der Befugniß zur Aneignung des Vermögenswerthes der Sache besteht, während die Dienstbarkeiten die Substanz der Sache unberührt lassen²; von Emphyteusis und Superficies unterscheiden sie sich dadurch, daß diese letzteren Rechte das Eigenthumsrecht in einem Umfange beschränken, wodurch dasselbe fast aufgehoben wird, während die Dienstbarkeiten auf dem Principe beruhen, daß das Eigenthumsrecht ihnen gegenüber immer die Hauptsache ist, sie dem Eigenthumsrechte untergeordnet bleiben³.

² Dieß ist es, was man meint, wenn man die Dienstbarkeiten Gebrauchs-, oder auch Nutzungsrechte nennt.

³ Ueber den Werth dieses Principes s. Keller S. 317. 318. Vgl. auch Böding II. S. 198. 199, welcher so weit geht, den Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten einerseits, und der Emphyteusis und Superficies auf der andern Seite für einen nicht bloß quantitativem, sondern qualitativem zu erklären. — Man nimmt in die Definition der Dienstbarkeiten wohl das Moment auf, daß sie untrennbar an eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Grundstück geknüpft seien. Aber dieß ist, was die persönlichen Dienstbarkeiten angeht, nur eine Consequenz des im Text bezeichneten allgemeinen Principes; für die Grunddienstbarkeiten beruht es darauf, daß der einmal festgestellte Inhalt eines Rechtes nicht willkürlich geändert werden darf. — Ueberhaupt ist über die richtige Bestimmung des Begriffes der Dienstbarkeiten viel verhandelt und gestritten worden, und wird noch immer verhandelt und gestritten. Duroi (Arch. f. civ. Pr. VI. S. 278 fg. [1823], vgl. Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 10—12) erklärte dieselben für Eigenthumsrecht, Eigenthumsrecht an einer unkörperlichen Sache, was ausführlich durch Puchta Rhein. Mus. I. S. 286 fg. (1827) widerlegt worden ist, vgl. auch Bangerow I. S. 781. Eine gewisse Verwandtschaft mit dieser Ansicht hat die von einem neueren Bearbeiter der Lehre, Eivers, aufgestellte (a. a. O. S. 29—52), wornach die Dienstbarkeit ebenfalls ein Recht (dominium) an einer juristisch fingirten Sache sein soll, nämlich an einer als selbständige Sache gebachten Eigenschaft einer körperlichen Sache. — Sehr verbreitet ist die, bei den verschiedenen Schriftstellern freilich noch in verschiedenen Modificationen auftretende, Ansicht, die Dienstbarkeiten seien Eigenthumsbestandtheile, Eigenthumselemente, welche aus dem Eigenthumsrechte, dem Rechte oder der Ausübung nach, ausgeschieden, losgelöst, in dieser Ausscheidung und Loslösung zu selbständigen Rechten geworden seien (Büchel civilrechtliche Erörterungen I. 3 S. 7—12 [1834], II. 2 S. 273—276 [1839], 2. Aufl. I. S. 439 fg. [1846], Schenk Zeitschr. f. gesch. RW. XII. S. 241—255 [1845], Arnolds Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. III. S. 250 fg. [1847], Bangerow I. S. 780—784). Ich muß mich auch gegen diese Auffassung erklären. So wenig wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigenthumsbestandtheile sind, so wenig waren sie es, ehe sie zu Dienstbarkeiten wurden. Die Verteidiger dieser Ansicht scheinen allein,

Aus dem Begriff der Dienstbarkeit als eines Rechtes an der Sache folgt, daß ihr Inhalt nicht eine dem Berechtigten zu machende Leistung sein kann (darüber das Nähere im folgenden §.); aus ihrem Begriffe als eines Rechtes an fremder Sache

oder doch vorzugsweise, den Fall im Auge zu haben, wo die Dienstbarkeit von dem Eigentümer bestellt worden ist. Allein selbst in diesem Fall ist die Dienstbarkeit zwar kraft des Eigenthums begründet, aber immer noch nicht Eigenthumselement; sie ist durch die ununterschiedene im Eigenthumsrecht liegende Macht geschaffen, nicht aber z. B. der Nießbrauch kraft des Gebrauchs- und Fruchtgenussrechtes des Eigentümers, die Wegegerechtigkeit kraft des Rechtes des Eigentümers zu gehen u. Veruht aber die Dienstbarkeit nicht auf der Bestellung des Eigentümers, sondern auf Erfindung, richterlicher Verfügung oder Gesetz, so fehlt selbst für die so gefasste Zurückführung der Dienstbarkeit auf das Eigenthum jeder Anhalt. Vgl. Runge Heidelb. fr. Zeitschr. II. S. 287—244, Wirth die libertatis usucapio (1854) S. 40—51, Brinz S. 258, 259, Böding §. 159 Note 7, Dernburg Pfandr. I. S. 126—128. Man hat sich für die hier verworfene Ansicht auch auf Quellenzeugnisse berufen, namentlich auf l. 5 §. 9 D. de O. N. N. 39. 1, wo es von dem Besteller einer Grunddienstbarkeit heißt: „ius suum dominum, alterius auxilium“, — als wenn nicht auch dadurch das Eigenthumsrecht ein ius deminutum wäre, daß für die Sache ein anderer Wille als der des Eigentümers maßgebend ist, — ferner auf Stellen, in denen gesagt wird, daß „ususfructus in multis casibus pars domini est“ (l. 4 D. de usufr. 7. 1), „fructus portionis instar obtinet“ (l. 76 §. 2 D. de leg. II. 30), ohne zu bedenken, daß diese Stellen, wenn man sie beim Worte nehmen wollte, beweisen würden, daß der Nießbrauch auch nach seiner Begründung pars domini sei. Dieselben wollen in der That nur sagen, daß der Nießbrauch, als die weitest gehende unter allen Dienstbarkeiten, in dieser oder jener Beziehung behandelt werde, als handele es sich um ein Stück Eigenthum (vgl. namentlich l. 76 §. 2 l. 66 §. 6 D. de leg. II. 31, l. 70 §. 2 D. de fidei. 46. 1); in anderen Stellen heißt es denn auch gerade umgekehrt, der Nießbrauch sei nicht „dominii pars, sed servitu(tis)“ (l. 25 pr. D. de V. S. 50. 16), „in iure non in parte consistit“ (l. 66 §. 6 D. de leg. II. 30), „in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit“ (l. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1, s. auch l. 13 §. 2 D. de accept. 46. 4). Beim Wort genommen hat jene Stellen Bacheusen römisches Pfandrecht I. S. 97 ff. Nach ihm ist der Nießbrauch wirklich auch nach seiner Begründung ein Stück des Eigenthums, „das eine Eigenthumsrecht wird statt von einer Person von zweien ausgeübt“. Vgl. auch §. 209 Note 2. — Eine andere hierher gehörige Frage ist: gehört zur Definition der Dienstbarkeit das Moment der Eigenthumsbeschränkung? Antwort: nein; die Eigenthumsbeschränkung ist eine Wirkung der Dienstbarkeit, aber die Dienstbarkeit besteht nicht in der Eigenthumsbeschränkung. Sie ist einfach ein Recht des Nicht-eigentümers. Vgl. §. 201 Note 1.

folgt, daß Niemand an seiner eigenen Sache eine Dienstbarkeit haben kann⁴.

Der Begriff der Dienstbarkeit ist wie der des Besitzes von Sachen auf Rechte übertragen worden, jedoch nur in beschränkter Maße; Rechte können nicht den Gegenstand einer jeden Dienstbarkeit, sondern nur den Gegenstand des Nießbrauchs bilden⁴.

II. Arten.

§. 201.

1) Ihrem Inhalte nach sind die Dienstbarkeiten entweder positive (affirmative), oder negative. Positiv sind diejenigen, kraft deren der Berechtigte in positiver Weise, negativ diejenigen, kraft deren der Berechtigte in negativer Weise seinen Willen für die Sache geltend machen kann. Die positiven Dienstbarkeiten berechtigen den Berechtigten zu einem Thun, und verpflichten den Eigentümer der dienenden Sache zu einem Leiden; die negativen berechtigen den Berechtigten zu einem Verbieten, und verpflichten den Eigentümer zu einem Nichtthun¹. Dienstbar-

⁴ „Nulli res sua servit“, l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 5 pr. D. de usufr. 7. 6. Elvers §. 14. Der Eigentümer hat als solcher jedes Recht, welches möglicher Weise den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden kann; aber er hat es nicht als Dienstbarkeit, sondern als Stük seines Eigenthums. Es gibt also dafür auch nicht das Recht der Dienstbarkeiten. Vgl. l. 26 pr. D. de usu et usufr. 33. 2, l. 36 §. 1 D. de usufr. 7. 1.

⁵ S. §. 206 zweiter Absth. Insofern ist auch der Satz der Quellen: „servitus servitutis esse non potest“ (l. 1 D. de usu leg. 33. 2, vgl. l. 33 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3) nicht vollständig richtig. S. daselbst. — Andere erklären den Satz 'servitus servitutis esse non potest' statt aus der Unkörperlichkeit aus der Unveräußerlichkeit der Dienstbarkeiten, so Büchel civilr. Erörterungen I. 3 S. 12—14 und 2. Ausg. S. 423—425, Bangerow I. S. 788—790, Elvers S. 224. Vgl. noch Schmidt (von Imenau) Jahrb. d. gem. R. III. S. 259. 260.

^{*} Elvers §. 4. 6. 10—12, Böding II. §. 160. 161.

¹ L. 15 §. 1 D. de serv. 8. 1 (Note 2) bezeichnet als „servitutum natura“, §. 201. daß Jemand „aliquid patiatum aut non faciat“. Die im Texte hervorgehobene Beziehung der Dienstbarkeit auf den Eigentümer der dienenden Sache darf nicht als Beschränkung gefaßt werden. Die Dienstbarkeit gewährt die Befugniß, welche sie gewährt, nicht bloß gegen den Eigentümer, sondern in gleicher Weise auch gegen jeden Dritten; das Verhältniß des Berechtigten zum Eigen-

keiten, welche den Eigenthümer zu einem Thun verpflichteten, also den Berechtigten zu einem Fordern berechtigten, kann es dem Begriffe der Dienstbarkeit nach nicht geben²; ein Recht dieser Art ist kein Recht an der Sache, sondern ein Recht gegen die Person³.

2) Wichtiger noch ist die Eintheilung der Dienstbarkeiten in persönliche und Grunddienstbarkeiten⁴. Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen einer Person, Grunddienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, den Interessen eines Grundstückes Genüge zu leisten. Bei den Grunddienstbarkeiten wird das Grundstück, dessen Interessen sie dienen, geradezu als das berechtigte Subject bezeichnet⁵. Jedoch ist diese Bezeichnungsweise nicht der richtige

ihümer wird nur deswegen besonders betont, weil dieser als solcher ein entgegenstehendes Recht hat, welches aber eben durch die Dienstbarkeit überwunden wird. Die entgegengesetzte Meinung, daß die Beziehung auf den Eigenthümer dem Begriffe der Dienstbarkeit wesentlich sei, vertheidigt mit Lebhaftigkeit Böding II. §. 159 Note 7, §. 160 d.

² L. 15 §. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat“. L. 6 §. 2 D. de serv. 8. 5, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1.

³ Der Wille des Berechtigten ist nicht für die Sache entscheidend, sondern für die Person des ehemaligen Eigenthümers. Es kann aber ein solches obligatorisches Recht mit einer Dienstbarkeit sehr wohl in der Weise verbunden sein, daß durch die Dienstbarkeit auch es ohne Weiteres begründet ist; dies findet Statt bei der servitus oneris ferendi. S. unten §. 211 Note 3. Vgl. über den ganzen Satz Vangerow I. S. 784—788, Elvers §. 6, Böding §. 160 e—h.

⁴ L. 1 D. de serv. 8. 1. „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut rusticorum praediorum et urbanorum“. L. 4 D. de S. P. R. 8. 2. — „praedii magis quam personae videtur“. L. 20 i. f. eod.: — „ius hominis — praedii“. L. 15 pr. D. de serv. 8. 1: „hominum — praediorum servitutes“. L. 8 §. 3 D. de lib. leg. 34. 3: „personalis servitus“. Die Grunddienstbarkeiten werden vorzugsweise servitutes genannt, und ihnen als servitutes die persönlichen durch spezielle Bezeichnung ihres Inhalts entgegen gesetzt. Vgl. §. 3 I. de reb. incorp. 2. 2. „Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum vel rusticorum, quae etiam servitutes vocantur“. L. 9 §. 7 D. quod met. causa 4. 2: — „si usufructus vel servitutes amissae sunt“. L. 1 pr. D. de cond. trit. 13. 3. Deutlich tritt dieser Sprachgebrauch auch in den Rubriken von Inst. III. 3—5, D. VII. VIII. XXXIII. 2. 3, Cod. III. 33. 34 hervor.

⁵ Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, und die sehr geläufigen

Ausdruck des stattfindenden Rechtsverhältnisses; es ist bei den Grunddienstbarkeiten nicht etwa das Grundstück zur juristischen Person erhoben, sondern der zur Dienstbarkeit Berechtigte ist kein Anderer, als der jedesmalige Eigenthümer des Grundstücks⁶. — Das Princip des nothwendigen Ueberwiegens des Eigenthums ist bei den persönlichen Dienstbarkeiten durch die Beschränkung ihrer Dauer gewahrt; sie dauern nur so lange, als das Leben des Berechtigten, gehen nicht auf seine Erben über⁷. Bei den Grunddienstbarkeiten ist es dadurch gewahrt, daß dieselben nur an Grundstücken stattfinden können⁸, und die Nutzkraft eines Grundstücks durch die Interessen eines andern Grundstücks nie in einer das Eigenthum absorbirenden Weise in Anspruch genommen wird. —

Nebeweisen: servitus praedio debetur, fundus fundo servit und ähnliche (z. B. l. 23 §. 2. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 140 i. f. D. de V. O. 45. 1, l. 12 D. de serv. 8. 1, l. 31 D. de S. P. U. 8. 2), ius praedii, fundi (z. B. l. 1 §. 1 D. de D. R. 1. 8, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 20 §. 3 D. de S. P. U. 8. 3, l. 15 D. de pign. act. 13. 7). In gleicher Weise sagen wir heutzutage 'herrschendes Grundstück'.

⁶ Der Hauptvertheidiger der entgegengesetzten Ansicht ist Böding. Vgl. §. 57 Note 10. Ein Gegengrund gegen die hier vertheidigte Ansicht liegt auch nicht, wie Elvers S. 100. 101 glaubt (vgl. Böding §. 161 Note 12), in dem Satze, daß der Verlust der Dienstbarkeit wegen Nichtausübung auch durch die Ausübung von Seiten des Nichteigenthümers des herrschenden Grundstücks, ja selbst des unreblichen Besitzers, ausgeschlossen wird, l. 12 D. quomadm. serv. 8. 6. Elvers denkt sich diese Ausübung deswegen wirksam, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschehe. Keineswegs; sie ist die Ausübung eines an das Grundstück geknüpften Rechtes. Daß sie von dem Unberechtigten geschehen ist, schadet hier so wenig, wie es bei der persönlichen Dienstbarkeit schadet. Man nehme an, der unrechte Vermächtnißnehmer, welcher auch weiß, daß ein Anderer der rechte sei, übt den vermachten Nießbrauch aus; auch hier wird dem wahren Nießbraucher seine Nichtausübung keinen Eintrag thun. Es kommt nur darauf an, daß gerade diejenige Dienstbarkeit angeübt sei, um welche es sich handelt. Vgl. §. 216 Note 4.

⁷ §. 202 Note 4. Vgl. l. 3 §. 2. 3 D. de usufr. 7. 1 §. 2 cit. „No tamen in universum inutiles essent proprietates, de usufr. abecedente usufructu, placuit cartis modis extinguere usumfructum et ad proprietatem reverti“. Freilich ist später die Möglichkeit auch des Gegentheils anerkannt worden, f. §. 215 Note 7.

⁸ §. 209 Note 4.

Mit Zugrundelegung dieser letzteren Unterscheidung soll im Folgenden von den einzelnen Dienstbarkeiten gehandelt werden.

III. Die einzelnen Dienstbarkeiten.

A. Die persönlichen Dienstbarkeiten.

1. Von den persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt.

§. 202.

Den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit kann Alles bilden, was der Person des Berechtigten von Werth ist. Die umfassendste persönliche Dienstbarkeit ist der Nießbrauch; sie geht auf allen Nutzen, welchen die Sache gewährt, durch ihre Früchte oder durch ihren Gebrauch. Aber auch der bloße Fruchtgenuß und der bloße Gebrauch können den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden¹; ebenso einzelne Seiten des Fruchtgenusses, und

§. 202.

¹ Nieß ist jedoch, was den bloßen Fruchtgenuß angeht, bestritten. Mit Unrecht; warum sollte nicht der Gebrauchsnutzen der Sache dem Einen zustehen können, der Fruchtnutzen einem Andern? Daß dieß in der Weise möglich ist, daß der Eigenthümer den Fruchtnutzen hat, ein Nicht-eigenthümer den Gebrauchsnutzen, leugnet Niemand; es ist nicht abzusehen, warum es nicht auch in der Weise möglich sein sollte, daß der Eigenthümer den Gebrauchsnutzen hat, ein Nicht-eigenthümer den Fruchtnutzen, oder der eine Nicht-eigenthümer den Gebrauchsnutzen, der andere den Fruchtnutzen. So heißt es auch in l. 14 §. 3 D. de usu 7. 8: „Poterit . . . apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas“. S. auch l. 5 §. 2 D. usufr. quomodam. 7. 9, l. 13 §. 3 D. de accept. 46. 4 (in welcher Stelle nichts geändert zu werden braucht; der Jurist erklärt die acceptilatio usus für gültig, weil der usus im usufructus etwas für sich Bestehendes sei, anders als das Fruchtgenußrecht des Eigenthümers im Eigenthum, das Baumaterial im Hause, §. 2 eod.). Allerdings ist es ganz richtig, daß Fruchtgenuß ohne ein gewisses Maß des Gebrauchs nicht möglich ist (l. 42 pr. D. de usufr. 7. 1: „fructu causa et usum habebit“); hält man dieß fest, und bedenkt ferner, daß der römische Ausdruck fructus nicht bloß den engeren Sinn hat, in welchem er bloß den Fruchtnutzen bezeichnet, sondern auch einen weiteren, in welchem er auf den gesammten Nutzen der Sache geht, also den Gebrauchsnutzen mit umfaßt (§. 203 Note 4), so erklären sich vollständig die scheinbar entgegenstehenden Stellen l. 14 §. 1. 2 D. de usu 7. 8, Paul. R. S. III. 6 §. 24. 25. Literatur dieser Frage: Vöhr Magaz. für RW. und Gefezg. III. S. 498—504 (1820), Fuchta civil. Abhandl. S. 121 fg. (1823), Loebell de usu et fructu §. 4 (1834), Keller Zeitschr. f. gesch. RW. XV. 5 (1850), Brins notamina ad

einzelne Seiten des Gebrauches². Eine besondere Theorie stellt jedoch das römische Recht nur für den Nießbrauch und das Gebrauchsrecht auf: der Grund davon ist, weil für das bloße

usufructum §. 5 (1849), Vangerow I. §. 348 Anm., Beckmann die Personalservitut des usus nach röm. R. §. 16 (1861), und dazu Scheurl trit. Vierteljahrsh. III. S. 306—309.

² Wie J. B. auf Wasserbezug, Weide, Gehen ic. l. 32 D. de usufr. 7. 1, l. 4. 6 pr. l. 37 D. de S. P. R. 8. 2, l. 1 D. de usu leg. 33. 2, l. 6 D. de serv. leg. 33. 3, l. 14 §. 3 D. de alim. leg. 34. 1 (in welcher letzteren Stelle, wenn sie nicht mit den andern angeführten Stellen in Widerspruch stehen soll, gelesen werden muß: „personas tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter (oder utiliter) relinquatur“, vgl. über die verschiedenen Erklärungen Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV. S. 390 fg., Zachariä von Lingenthal das. XXVII. S. 38 fg., Vangerow I. S. 793 fg., Vöcking II. S. 221—223, Arndts §. 177 Anm., Cohnfeldt in der am Ende dieser Note citirten Schrift S. 70—77 [der Letztere will den ganzen Passus von „nam et haustus aquae“ bis „utendi“ als Glossen hinauszwerfen], und die von diesen Schriftstellern Angeführten). Doch ist eine solche Beschränkung des Inhalts bei den persönlichen Dienstbarkeiten nicht das Gewöhnliche, — will der Bestellende so weit in der Beschränkung gehen, so wird er leicht auch noch weiter gehen, und von allem dinglichen Recht abstrahiren, nur eine obligatorische Befugniß einräumen, — während sie bei den Grunddienstbarkeiten durch den Begriff derselben gegeben ist. Deswegen hat man auch Dienstbarkeiten der bezeichneten Art unregelmäßige, anomale persönliche Dienstbarkeiten genannt, — nicht passend, da das für sie geltende Recht kein anderes ist, als das auch für Nießbrauch und Gebrauchsrecht geltende. Noch unrichtiger ist es, wenn man sagt: es könne als persönliche Dienstbarkeit auch eine Grunddienstbarkeit bestellt werden. Was persönliche Dienstbarkeit ist, ist deswegen, weil es solche ist, eben nicht Grunddienstbarkeit, steht also auch nicht unter dem Rechte der Grunddienstbarkeiten, wie denn namentlich das Maß der Ausübung hier lediglich durch das Interesse der berechtigten Person bestimmt wird (vgl. besonders l. 6 pr. de S. P. R. 8. 3). Ueber diesen Gegenstand gibt es besondere Abhandlungen von Mühlenbruch Arch. f. civ. Pr. XV. 18 (1832), Zachariä von Lingenthal das. XXVII. 1 (1844), N. Cohnfeldt die f. g. irregulären Servituten nach röm. Recht (1862, von der berliner Juristenfacultät gekrönte Preisschrift); f. außerdem Vöhr Magaz. f. RW. und Gefezg. III. S. 495—497, Sasse Rhein. Mus. I. S. 73 Note 3, Vangerow I. S. 792—796, Ewers §. 23, Vöcking II. S. 214—216. Eine Uebersicht der Dogmengeschichte bei Zachariä a. a. D. S. 5—17 und bei Cohnfeldt §. 2. (Dieser letztere Schriftsteller führt sehr genügend aus, daß das Recht auf einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauches nicht Nießbrauch und Gebrauchsrecht sei, aber sehr ungenügend (S. 48. 26. 4), daß es den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit überhaupt nicht bilden könne. Doch sind seine Quelleninterpretationen beachtungswerth.)

Fruchtgenussrecht keine anderen Grundsätze gelten, als für das im Eigenthum enthaltene Fruchtgenussrecht, ebenso für die einzelnen Seiten des Fruchtgenuss- und Gebrauchsrechtes keine anderen Grundsätze, als für das Fruchtgenuss- und Gebrauchsrecht selbst³. —

Für alle persönlichen Dienstbarkeiten gilt der Grundsatz, daß sie unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden sind. Daher sind sie unvererblich⁴ und unveräußerlich⁵. Ob nicht wenigstens ihre Ausübung überlassen werden kann, ist eine Frage, welche anders für den Nießbrauch, anders für das Gebrauchsrecht beantwortet ist (§. 205. 207). —

Der gewöhnlichste Fall der Begründung der persönlichen Dienstbarkeiten ist der der Begründung durch letztwillige Verfügung⁶, und auf diesen Fall ist ihre Theorie vorzugsweise berechnet.

³ Der römischen Theorie vom Nießbrauch unterliegen nicht durchweg eine Reihe nießbrauchähnlicher Verhältnisse, welche das deutsche Recht kennt, wie z. B. der Nießbrauch des Mannes am Vermögen der Frau, die Interimswirtschaft etc. Es sind diese selbständige Nutzungsrechte, die zunächst ihre eigene rechtliche Ordnung haben, und für welche die römischen Grundsätze vom Nießbrauch nur aushilfsweise in Betracht kommen können. Man hat in diesen Fällen von einem *usufructus iuris Germanici* gesprochen. Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 178, Rittermaier §. 166, Serber §. 145 Note 2, Beseler III. §. 193. *Seuff. Arch.* I. 15. III. 9. v. 187. VII. 194. IX. 197.

⁴ §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 47 D. eod. 7. 1, l. 3 §. 3 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 9 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 21 D. de usu 7. 8.

⁵ Sie können dem Eigenthümer rückübertragen werden, aber sie können nicht als Dienstbarkeiten an einen Andern gebracht werden, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 66 D. de I. D. 23. 3, l. 15 D. fam. hoc. 10. 2, l. 10 §. 1 D. comm. div. 10. 3. Die Uebertragung an einen Dritten ist wirkungslos; die in l. 66 cit. vorgetragene Meinung, daß die Dienstbarkeit allerdings nicht auf den Dritten übergehe, aber dafür an den Eigenthümer zurückfalle, beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Uebertragungswillens. Die Formel für denselben ist nicht: 1) ich will nicht mehr haben, 2) du sollst haben, — sondern: ich will nicht mehr haben, damit du habest. Dieselbe Meinungsverschiedenheit machte sich unter den römischen Juristen bei der Uebertragung des Besitzes geltend, f. §. 156 Note 5, Andere lassen l. 66 cit. nur sagen, daß die Dienstbarkeit an den Eigenthümer zurückfalle, wenn später in der Person des Uebertragenden ein Veenbigungsgrund eintrete. Ueber diese und andere Meinungen in Betreff des bezeichneten Widerspruchs f. Puggé Rhein. Mus. I. S. 145 fg. (1827), Arnolds Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. ff. VIII. S. 88 fg. (1851), Böding §. 164 Note 19, Bangerow I. §. 344 Ann. 2.

⁶ Nicht als wenn ihre Begründung durch Willenserklärung unter Lebenden

2. Die einzelnen persönlichen Dienstbarkeiten.

a. Der Nießbrauch⁷.

§. 203.

Der Nießbrauch¹ ist das Recht, eine fremde Sache in jeder Weise zu nutzen, welche ohne Eingriff in die Substanz der Sache möglich ist². Im Einzelnen umfaßt der Nießbrauch 1) das Recht, die Sache zu gebrauchen³, 2) das Recht, sich die Früchte der Sache anzueignen⁴. Ueber den Begriff der Frucht f. §. 144; nach dem dajelbst Gesagten ist Frucht Alles, was die Sache ihrer Bestimmung gemäß, und ohne Aufopferung ihrer Substanz ab-

nicht möglich wäre; aber die Interessen des Verkehrs unter Lebenden werden verhältnißmäßig selten zur Begründung von persönlichen Dienstbarkeiten führen, während es bei letztwilligen Anordnungen ein nahe liegender Gedanke ist, dem Einen die Substanz der Sache, dem Andern den lebenslänglichen Genuß derselben zuzuwenden. Vgl. §. 1 I. de usufr. 2. 4 mit §. 4 I. de serv. praed. 2. 3.

* Inst. 2. 4 de usufructu. Dig. 7. 1 de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Cod. 3. 33 de usufructu et habitatione et ministerio servorum.

Elters §. 50—58, Böding §. 163—166, Heimbach in Weiske's Rechtslexicon XI. S. 867—955.

¹ Die Quellen sagen *'usufructus'*, indem sie hier, wie so oft, die Bezeichnung für die Thatsache zur Bezeichnung des Rechtes verwenden. Von derselben Art sind die deutschen Ausdrücke 'Nießbrauch', 'Nutznießung'. Vgl. §. 44 Note 1.

² „*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*“, pr. I. h. t., l. 1 D. h. t.

³ *Usus. L. 12 §. 1 l. 15 §. 4. 5 l. 28 l. 41 pr. D. h. t., l. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9; l. 23 §. 1 h. t.* Vgl. übrigens §. 207 Note 6.

⁴ *Fructus* in diesem Sinne. Der Ausdruck *fructus* hat aber auch einen weiteren Sinn; in diesem geht er auf den gesammten Nutzen, welchen die Sache gewährt, umfaßt also den *usus* mit. So wird der Nießbraucher ganz gewöhnlich *fructuarius* schlechthin genannt, und in l. 14 §. 1 D. de usu 7. 8 heißt es: „*Usufructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest*“. Vgl. Paul. R. S. III. 6. §. 24, l. 41 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 64 D. de R. V. 6. 1, l. 19 §. 1 D. de usur. 22. 1. Die l. 64 cit. lautet: „*Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui, non fructui sunt, restitui fructus certum est*“.

wirft⁵, auf natürlichem Wege (natürliche Früchte)⁶, oder unter Vermittlung eines hinzutretenden Rechtsverhältnisses (juristische Früchte)⁷. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nießbraucher nicht ohne Besitzergreifung⁸; die juristischen werden hier, wie überall, durch Uebergabe von Seiten des Eigentümers erworben⁹.

⁵ L. 7 §. 1 D. h. t. — „quicumque reditus est . . . quaeque obventiones.“ Aus dem Begriff der Frucht folgt, daß dem Nießbraucher nicht gehören die vom Sturme umgeworfenen Bäume (— „alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius“, l. 12. pr. D. h. t.), nicht Fell und Fleisch gestorbener Thiere (l. 30 D. quib. mod. ususfr. 7. 4), nicht der Schatz (arg. l. 7 §. 12 D. sol. matr. 24. 3). Ebensovienig gehörten ihm nach römischem Recht die Kinder der Sclavin, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 68 pr. D. h. t., l. 28 §. 1 D. de usur. 22. 1. Wenn ihm in l. 7 §. 1 D. h. t. auch der Eigentümswerb wegen nicht geleisteter cautio damni in facti zugeschrieben wird, obgleich dieß gewiß kein bestimmungsgemäßer Ertrag der Sache ist, so ist zu erwägen, daß das Gleiche auch von solchen Personen gilt, welche gar kein Fruchtgenussrecht an der Sache haben (l. 18 pr. l. 13 §. 5 l. 21 D. de damno inf. 39. 2). Vgl. Evers S. 485.

⁶ „Quidquid in fundo nascitur“, l. 9 pr. l. 59 §. 1 D. h. t. Producte von Thieren: l. 68 §. 1 D. h. t., l. 28 pr. D. de usur. 22. 1 (§. 37 l. de R. D. 2. 1). Mineralien: l. 9 §. 2. 3 D. h. t. Ertrag der Jagd und Fischerei: l. 9 §. 5 eod. (ein anderer Gesichtspunkt für den Jagdertrag wird in l. 26 D. de usur. 22. 1 aufgestellt, ohne daß dadurch die für den Nießbrauch gegebene Regel berührt würde).

⁷ „Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur“ l. 59 §. 1 h. t., l. 9 pr. eod. l. 12 §. 2 eod. „Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fructum concedere, vel locare, vel vendere potest.“ Bei den Römern war hier von besonderer Wichtigkeit der Erwerb der Sclaven. Derselbe wurde jedoch dem Nießbraucher nicht unbedingt zugesprochen, sondern, wenn er entgeltlich war, nur dann, wenn der Entgelt aus seinem Vermögen genommen war, oder in der Arbeit des Sclaven bestand, wenn er unentgeltlich war, nur dann, wenn die Anwendung an den Sclaven mit Rücksicht auf die Person des Nießbrauchers geschehen war. l. 21—26 D. h. t.

⁸ L. 12 §. 5 D. h. t., l. 13 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 25 §. 1 l. 28 pr. D. de usur. 22. 1. Vgl. §. 186 Note 5. 6. Daß die Frucht noch nicht reif war, hindert den Erwerb nicht, l. 48 §. 1 D. h. t., l. 42 D. de usu leg. 39. 2.

⁹ Juristische Früchte sind namentlich Mieth- und Pachtgelber. Wie nun wenn der Nießbrauch inmitten einer Mieth- oder Pachtperiode beginnt, muß dann nicht unabhängig davon, wer den Zins dieser Periode eingenommen hat, derselbe zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher (bez. dessen Erben) verhältnismäßig getheilt werden? Man bemerke, daß der Mieth- und Pachtvertrag so wenig vom Eigentümer auf den Nießbraucher, wie vom Nießbraucher auf den Eigentümer übergeht; jeder hat es nur mit seinem Miether

Der Nießbraucher ist aber in der Ausübung seines Rechtes an gewisse Schranken gebunden¹⁰. Vor Allem darf er die Sache nur in einer Weise nutzen, wie es die Regeln einer guten Wirthschaft mit sich bringen¹¹. Aber auch abgesehen hiervon ist ihm keine Nutzung gestattet, welche entweder gegen die Bestimmung der Sache verstößt¹², oder auch nur in Widerspruch mit der Art

und Pächter zu thun, und hat demselben gegenüber Anspruch auf den Zins nach Maßgabe des demselben gewährten Gebrauches und Genusses (l. 58 pr. l. 59 §. 1 D. h. t., l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2). Vgl. Seuff. Arch. XIV. 116. — Wie aber wenn das Forberungsrecht auf die juristischen Früchte in der That von dem Abtretenden auf den neu Eintretenden übergeht, wie z. B. bei einem zum Nießbrauch gegebenen emphyteutischen und superficlarischen Grundstück, bei Zehnten und Grundgefällen, welche kraft des Nießbrauch-Grundstückes gefordert werden können (ein anderes, heutzutage nicht mehr practisches, Beispiel in l. 25 §. 2 l. 26 D. h. t.)? Wenn auf Emphyteusis und Superficies die Analogie von Pacht und Miethge angewendet wird, so ist (auf Grund von l. 26. 58 pr. D. h. t., vgl. l. 9 §. 1 D. loc. 19. 2) zu sagen, daß bei der Superficies die Abgabe der letzten Zinsperiode zwischen Eigentümer und Nießbraucher allerdings verhältnismäßig zu vertheilen, bei der Emphyteusis dagegen darauf zu sehen ist, ob die natürliche Fruchtperception in die Zeit des Nießbrauchs, oder in die des Eigenthums gefallen ist. Jedoch ist die Anwendung dieser Analogie nicht ohne Bedenken. Entschieden keine Anwendung kann sie finden, wo das zu Leistende ein Aequivalent des Gebrauches und Genusses der dem Nießbrauch unterworfenen Sache überhaupt nicht ist, wie bei Zehnten und Grundgefällen; hier kann nur darauf gesehen werden, zu welcher Zeit die letzte periodische Leistung fällig geworden ist. Vgl. Wächter Erörterungen I. S. 73—87.

¹⁰ Sie werden in den Ausdruck zusammengefaßt, der Nießbraucher müsse sein Recht ausüben „boni viri arbitrato“, l. 13 pr. §. 8 D. h. t., l. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9.

¹¹ Der Nießbraucher muß sein Recht ausüben wie ein „bonus paterfamilias“, wie ein „bonus vir“, l. 9 §. 2 l. 15 §. 4 D. h. t. Vgl. l. 13 §. 4 D. h. t. Ueber die Nutzung von Holz insbesondere s. l. 9 §. 7 l. 12 pr. l. 18. 48 D. h. t. und die Abhandlung von Laspeyres Arch. f. civ. Pr. XIX. 4 (1836), vgl. Fangerow I. S. 837—839, Evers S. 482—484; Seuff. Arch. III. 9. Die Zungen einer Herde fallen an den Nießbraucher nur insoweit, als sie nicht zum Erjaß der abgegangenen Stücke erforderlich sind, l. 70 §. 1 D. h. t.

¹² l. 15 §. 1 D. h. t. „Mancipiorum quoque usufructu legato non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat, et qualum et calcem portare cogat, histrionem balneatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat, abuti videbitur proprietate.“

und Weise steht, wie der Eigenthümer seine Sache zu nutzen pflegt¹³. Endlich ist seinem Nutzungsrecht eine Schranke dadurch gesetzt, daß er die Sache nicht umgestalten darf; er muß sie nutzen in der Gestalt, wie sie ist¹⁴. —

Soweit das Recht des Nießbrauchers geht, ist das des Eigenthümers ausgeschlossen. Dagegen ist dem Eigenthümer keine Befugniß entzogen, durch deren Ausübung der Nießbrauch nicht beeinträchtigt wird¹⁵. Er kann daher namentlich sein Eigenthumsrecht einem Andern übertragen; er kann die Sache ver-

¹³ L. 13 §. 8 D. h. t. „Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illio facere fructuarius non debet, nec per coenacula dividere domum. Atquin locare potest; sed oportebit quasi domum locare, nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, ita accipe, quae vulgo diversoria vel fallonica appellant. Ego quidem et si balneum sit in domo usibus dominici solium vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavetur; non magis quam si domum ad stationem iumentorum locaverit, aut si stabulum, quod erat domus iumentis et carruchis vacans, pistrino locaverit, — (l. 14) licet multo minus ex ea re fructum percipiat“. Vgl. l. 13 §. 6 eod. Aber auch nur eine der Art und Weise des Eigenthümers widersprechende Nutzung ist dem Nießbraucher untersagt, nicht jede von ihr abweichende, l. 9 i. f., l. 15 §. 5 l. 27 §. 1. 2 D. h. t.

¹⁴ Damit ist aber nicht gesagt, daß der Nießbraucher keine irgendwelche Aenderung mit der Sache vornehmen dürfe. Es darf z. B. der Nießbraucher eines Lustgartens aus demselben keinen Fruchtgarten machen (l. 13 §. 4 D. h. t.); aber dem Nießbraucher eines Landgutes ist es nicht verboten, auf einem Theil desselben einen Steinbruch u. dgl. anzulegen, wenn nur der Character des Landgutes gewahrt bleibt (l. 9 §. 3 l. 13 §. 5 D. h. t., und dazu Madai Beitr. zur Dogmengesch. S. 92—138, Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 366 fg., Wangerow l. §. 344 Anm. 2 und die an diesen Orten Citirten). S. auch §. 6 l. f. eod. l. 73 D. h. t. Die Grenze zwischen bloßer Uenderung und Umgestaltung kann natürlich in einem gegebenen Falle eine schwierig zu findende sein. Zu l. 13 §. 7 D. h. t. heißt es, der Nießbraucher eines Hauses dürfe „lumina immittere“, ebenso „colores et picturas et marmora et sigilla et si quid ad domus ornatum“; aber er dürfe nicht „diaetas transformare vel coniungere aut separare, . . . vel aditus posticasque vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere; excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata“. S. auch l. 7 §. 3 l. 8. 41. 61 D. h. t. Ueber das Ganze vgl. Evers S. 466—473, Sintenis I. §. 59 Note 22, und den oben citirten Aufsatz von Keil Arch. f. civ. Pr. XXXV. 11 (1852).

¹⁵ L. 7 §. 1 l. 13 §. 7 i. f. D. h. t., l. 17 §. 2 l. 25 §. 3 eod.

pfänden¹⁶, und auch Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher nicht schaden¹⁷, an derselben bestellen¹⁸.

§. 204.

Mit dem Rechte des Nießbrauches sind obligatorische Verpflichtungen verbunden¹. Dieselben gehen auf Ersatz alles Schadens, welcher durch eine unbefugte Ausübung des Nießbrauches dem Eigenthümer erwachsen ist², ferner aber auch auf Leistung der positiven Sorgfalt und Pflege, welche ein ordentlicher Mann auf seine Sache verwendet, bez. auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher durch Versäumung dieser Pflicht dem Eigenthümer zugefügt ist³. Außerdem muß der Nießbraucher, welcher allen Nutzen

¹⁶ L. 2 C. h. t.

¹⁷ §. 3. B. die servitus non altius tollendi.

¹⁸ L. 15 §. 7 D. h. t. Dienstbarkeiten, welche dem Nießbraucher schaden, soll er nach dieser Stelle nicht einmal mit dessen Einwilligung bestellen können. Dieser Satz, welcher sich wahrscheinlich aus der alten Beststellungsform der Dienstbarkeiten durch in iure cessio erklärt (Keller röm. Civilpr. S. 93), ist heutzutage nicht mehr anwendbar, da nichts verbietet, einen solchen Consens des Nießbrauchers als Rückgabe des Nießbrauches zum Rückempfang nach Bestellung der Servitut anzulegen. So, wie mir scheint in überzeugender Weise, Arndts §. 180 Note 4; übereinstimmend Evers S. 258—260, Fhering Jahrb. f. Dogm. I. S. 34, Sintenis I. §. 59 Note 45. Andere Meinungen über den Grund und die heutige Anwendbarkeit des angeführten Satzes bei Zacharia Zeitfchr. f. gesch. RW. XIV. S. 133 fg., Wangerow l. S. 789, Böding §. 164 Note 22.

¹ Diese Verbindlichkeiten beruhen nach römischem Recht auf einer Stipulation, welche der Nießbraucher auf Verlangen des Eigenthümers mit demselben abschließen mußte. Durch diese Stipulation sollte die gehörige Grundlage für die vom Nießbraucher beizubringende Bürgschaft (Note 6) gewonnen werden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß nach heutigem Recht der Anspruch des Eigenthümers statt auf das Versprechen, sogleich auf den Inhalt des zu leistenden Versprechens gerichtet werden kann. Mit anderen Worten: die Obligation des Nießbrauchers ist heutzutage eine gesetzliche. Vgl. l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5.

² „Cavere autem debet, boni viri arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam usufructus facturum“, l. 1 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9. Daß der Nießbraucher wegen unbefugter Behandlung der Sache auch auf Grund der allgemeinen Rechtsätze, welche einen Jeden verpflichten, in Anspruch genommen werden kann (actio legis Aquiliae, iniuriarum etc. etc.) versteht sich von selbst, vgl. l. 13 §. 2 l. 15 §. 3 l. 66 D. h. t.

³ Die in der vorigen Note citirte l. 1 §. 3 D. usufr. quemadm. fährt

der Sache hat, auch alle Lasten derselben tragen⁴. Auch auf Herausgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauches haftet er nicht bloß kraft des Eigenthums, sondern auch obligatorisch⁵. Zur Sicherheit der Erfüllung aller dieser Verbindlichkeiten muß er dem Eigenthümer Bürgschaft stellen⁶; sonst braucht der Eigenthümer ihm die Sache nicht auszuantworten, und kann die bereits ausgeantwortete zurückfordern; der Eigenthümer kann aber auch geradezu auf Bürgschaftstellung klagen⁷. Jedoch fällt die Pflicht zu derselben in gewissen Fällen weg⁸; auch kann sie vom Eigenthümer erlassen werden⁹.

fort: — „caeteraque facturum, quae in sua re faceret“. Paul. R. S. III. 6 §. 27 bezeichnet als Gegenstand der Caution „perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur“, vgl. I. 11 §. 2 eod., §. 38 I. de R. D. 2. 1, I. 65 pr. D. h. t., I. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. Einzelnes: Reparatur der Gebäude (I. 7 §. 2. 3 I. 64. 65 D. 1. 7 O. h. t.); Instandhaltung fruchttragender Grundstücke (§. 38 I. de R. D. 2. 1, I. 7 §. 3 I. 13 §. 2 I. 18 I. 59 pr. D. h. t.); Ernährung und Erhaltung der Thiere (arg. I. 15 §. 2 I. 45 D. h. t.); Ergänzung einer Heerde (§. 38 I. de R. D. 2. 1, I. 12 §. 5 I. 68 §. 2 — I. 70 D. h. t.), eines Thiergartens (I. 62 §. 1 D. h. t.), einer Baumshule (I. 9 §. 6 D. h. t.); Unterbrechung der zum Nachtheil des Eigenthümers laufenden Verjährungen (I. 15 §. 7 D. h. t., I. 1 §. 7 D. usufr. quemadm. 7. 9).

⁴ L. 7 §. 2 I. 27 §. 3 I. 52 D. h. t.

⁵ Die cautio usufructuaria geht nicht bloß auf „usurum se boni viri arbitratu“, sondern auch auf „cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde exstabit“, I. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9. Eine dritte Klausel, welche aber keinen specifisch neuen Inhalt hinzubringt, nennt I. 5 pr. eod.: „dolum malum abfuturum“. — Auf Erfüllung der anderen vorhin genannten Verbindlichkeiten kann nicht erst nach Beendigung des Nießbrauches geklagt werden. Scuff. Arch. X. 234.

⁶ Diese Pflicht zur Bürgschaftsleistung ist ursprünglich nur für den Fall des letztwillig hinterlassenen Nießbrauches ausgesprochen, dann aber auf alle Fälle der Bestellung desselben ausgedehnt worden. L. 1 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, I. 1 §. 2 I. 9 §. 1 eod., I. 13 pr. D. h. t., I. 4 C. h. t.

⁷ L. 13 pr. D. h. t., I. 7 pr. I. 12 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. I. 24 pr. de usu et usufr. 33. 2.

⁸ Für den Nießbraucher, welchem nach einer bestimmten Zeit auch das Eigenthum zufällt (I. 9 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9); für den Vater, welcher den gesetzlichen Nießbrauch am Vermögen der Kinder hat (I. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61); für den Ehegatten, welcher bei Eingehung einer zweiten Ehe den Nießbrauch am Eheguthum behält, jedoch nur was die unbeweglichen Sachen angeht (I. 6 §. 1 C. de sec. nupt. 5. 9); für denjenigen,

§. 205.

Der Nießbrauch ist, wie die persönlichen Dienstbarkeiten überhaupt, unvererblich und unveräußerlich¹. Dagegen ist die Ausübung desselben nicht unveräußerlich²; dieselbe kann sowohl gegen Entgelt als unentgeltlich einem Andern übertragen werden³. Derjenige, an welchen dieselbe veräußert worden ist, hat nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer; er kann den fremden Nießbrauch kraft eigenen Rechtes geltend machen⁴.

welcher einen Nießbrauch als Mitgift hat (I. 2 C. ne fidei dot. 5. 20). Außerdem nimmt die Praxis noch den Fall des Schenkers aus, welcher sich den Nießbrauch des Geschenken vorbehalten hat, Stück IX. S. 484. Vgl. auch §. 134 Note 5.

⁹ Testamentarisch jedoch nur insofern, als derselbe dadurch seine Verfügungsbefugniß nicht überschreitet; denn Vermächtniß einer Sache zu Nießbrauch ohne Sicherheitsleistung ist unter Umständen im Resultat Vermächtniß ihres gesamten Vermögenswertes. Hiervon ist I. 7 C. ut in poss. leg. 6. 54 zu verstehen, die ihren Wortlaut nach den testamentarischen Erlass der Caution für überhaupt unwirksam erklärt. Vgl. darüber Evers S. 555, Puchta §. 181 n. a. G., Böding §. 166 Note 44, Arnolds §. 180 Num. 2, Sententia I. §. 59 Note 39. Scuff. Arch. IV. 206. IX. 137.

¹ §. 202 Note 3 und 4.

§. 205.

² L. 66 D. de I. D. 23. 3. — „ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, dari fructuum ad mulierem pertineat“.

³ L. 12 §. 2 I. 38. 40. 67 D. h. t., I. 8 §. 2 D. de per. 18. 6, I. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1, I. 7 §. 2 I. 66 D. de J. D. 23. 3, I. 57 D. sol. matr. 24. 3. Der Ausdruck der Quellen ist hier nicht immer genau; sie sprechen ganz gewöhnlich von Verkauf, Schenkung zc. zc. des Nießbrauches, statt der Ausübung des Nießbrauches.

⁴ L. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1. „Usufructus an possit pignori hypothecae dari quassitum est. . . Et scribit Papinianus I. XI. Resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere: non esse ei ius uti frui invito se, tali exceptione cum Praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit. Nam et cum emtorem usufructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicitur exceptio“. Der Schluß von der exceptio auf die actio hat keinen Anstand. Arnolds Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. S. 98 hält diese actio für eine cebirte, woraus folgen würde, daß sie gegen den veräußernden Nießbraucher selbst nicht zulässig wäre. In der That aber ist sie eine eigene actio („eadem ratione et debitori obiicitur exceptio“), freilich aus fremdem Recht; der Erwerber macht die an ein fremdes Subject angeknüpfte Willensherrschaft für sich, zu seinem Nutzen, geltend, also

Nur in einem Falle ist der Nießbrauch selbst veräußerlich, wenn er nämlich Jemandem lektwillig bloß zu dem Ende gegeben worden ist, damit dieser ihn an einen Dritten weiter gebe; der Dritte erwirbt hier durch die Uebertragung des Nießbrauchs einen eigenen Nießbrauch, nicht bloß das Recht zur Ausübung eines fremden⁵. —

Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht⁶, d. h. auch ein Bruchtheil des Nießbrauchs hat rechtliche Existenz⁷, mag der feh-

auch gegen dieses Subject selbst. S. §. 42 a. E. und Windscheid die Actio r. r. S. 136, vgl. auch Dernburg Pfandrecht I. S. 486. — Mit dem Nießbrauche hört auch das Recht auf Ausübung desselben auf. Jedoch ist dieser Satz kein absoluter. Es hört nicht auf, wenn der Nießbraucher den Nießbrauch an den Eigenthümer rücküberträgt; in diesem Falle geht zwar der Nießbrauch als solcher unter, aber da der Nießbraucher sein Recht nur so übertragen konnte, wie er es hatte, so dauert für denjenigen, an welchen der Nießbrauch veräußert worden war, das Recht auf Ausübung einer gleichen Willensmacht, wie die im Nießbrauch enthaltene, fort. Das Nämliche muß gelten, wenn der Nießbraucher seinerseits das Eigenthum erwirbt; die der fremden Ausübung hingeebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Gegen das Gesagte darf auch nicht l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 4 angeführt werden, welche nur die Regel bezeichnet. Vgl. auch Friß Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 296 fg., Erläuterungen I. S. 271 fg.

⁵ In den Quellen ist das zwar nur für die prätorische Jurisdiction anerkannt, während nach Civilrecht auch hier der Uebertragende nominell Nießbraucher blieb; aber für uns, wie bereits für das spätere römische Recht, ist dieser Gegensatz ohne alle Bedeutung. Weil hier der Uebertragende einen eigenen Nießbrauch hat, ist er es, welcher Caution leisten muß, und durch dessen Tod, Nichtgebrauch r. r. der Nießbrauch untergeht. L. 9 pr. D. usufr. quomadm. 7. 9, l. 4. 29 §. 2 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 29 D. de usu et usufr. 33. 2. Vgl. Windscheid die Actio r. r. S. 137—139. — Es ist die Behauptung aufgestellt worden (Dernburg [der ältere] Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II. 2, Ubers. §. 27), der Nießbrauch sei überhaupt veräußerlich, freilich so, daß er auch beim Erwerber nicht länger dauere, als der Veräußerer lebe, weil dieser nicht mehr übertragen könne, als er habe. S. darüber Arnbt's Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. S. 96 fg., Windscheid a. a. O., Dernburg Pfandr. I. S. 486.

⁶ L. 1 §. 9 l. 81 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4.

⁷ Ob man sagt: ein Bruchtheil des Nießbrauchs, oder: der Nießbrauch an einem Bruchtheil der Sache, kommt auf Dasselbe hinaus. Und in der That sagen die Quellen Beides. S. die Stellen der folgenden Note, auch l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4.

lende Theil einem andern Nießbraucher zustehen, oder mag dieser Theil mit dem Eigenthum vereinigt sein⁸. Der Sinn dieser Theilung ist aber auch hier, wie beim Eigenthum (§. 140 Note 4), nicht der, daß das Recht getheilt wäre, welches gar nicht getheilt sein kann. Auch derjenige, welchem der Nießbrauch nur zu einem Bruchtheil zusteht, hat doch alle Rechte, welche der Nießbrauch in Betreff der Sache gewährt, in ihrer ganzen Fülle, und ist bloß durch die gleichen Rechte des Mitberechtigten beschränkt⁹; aber von dem reell theilbaren Ertrage des Nießbrauches, und von dem, was durch Umsatz desselben erworben werden kann, gebührt ihm nur ein Bruchtheil¹⁰.

Uneigentlicher Nießbrauch*.

§. 206.

An Sachen, welche durch den Gebrauch, zu welchem sie bestimmt sind, verrichtet werden¹, ist der Nießbrauch seinem Begriffe nach ausgeschlossen. Jedoch wird, wenn nichtsdestoweniger ein Nießbrauch an ihnen verliehen wird, die Verleihung dadurch aufrecht erhalten², daß dem Empfänger das Eigenthum derselben

⁸ L. 5. 49. 50 D. h. t., l. 5 §. 2 D. si usufr. pet. 7. 6, und der ganze Titel de usufructu accrescendo 7. 2.

⁹ Daher war es auch für den Erwerb durch den Nießbrauchssclaven kein Hinderniß, daß Jemand den Nießbrauch nur zu einem Theile hatte, wenn nur der Erwerb des Mitnießbrauchers durch die Besonderheit des gegebenen Verhältnisses ausgeschlossen war, l. 32 D. de stip. serv. 45. 3 (vgl. §. 169 a Note 6).

¹⁰ So ist zu verstehen l. 19 D. de usu 7. 8: „frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“.

* Dig. 7. 5 de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur aut minuuntur.

Selb die Lehre vom usufructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur (1848).

¹ Res quae usu consumuntur, tolluntur, quae in abusu sunt, verbrauchbare Sachen. S. §. 141 Note 1.

² Dies beruht auf einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, einem senatusconsultum aus der ersten Kaiserzeit (Puchta Rhein. Mus. III. S. 82 fg. [Seine Schriften S. 214 fg.] glaubt, dasselbe sei schon zur Zeit des Cicero vorhanden gewesen; dagegen Böcking §. 166 Note 6). Dieses senatusconsultum bestimmte im Allgemeinen: „ut omnium rerum, quae in cuiusquo-

zugesprochen wird gegen Uebernahme der Verpflichtung, bei Beendigung des Nießbrauches eine gleiche Quantität gleicher Sachen, oder ihren Schätzungswert herauszugeben³; mit anderen Worten: der Nießbrauch am Körper der Sache, welcher nicht möglich ist⁴, wird verwandelt in einen Nießbrauch am Werth der Sache. Natürlich muß der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit auch hier Sicherheit stellen⁵. — Handelt es sich von Sachen, welche durch ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch zwar nicht vernichtet, aber doch werthlos gemacht werden, so ist darauf zu sehen, ob der Verleiher den Nießbrauch als eigentlichen oder uneigentlichen gemeint hat⁶.

Der Nießbrauch ist aber nicht bloß auf verbrauchbare und abnützbar körperliche Sachen, er ist auch auf unkörperliche Sachen, d. h. auf Rechte, ausgedehnt worden. So namentlich auf For-

patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit⁴, ohne Zweifel um den Nießbrauch am ganzen Vermögen, oder einem Bruchtheil desselben möglich zu machen. L. 1 D. h. t.; vgl. §. 2 I. de usufr. 2. 4, Ulp. XXIV. 27.

³ L. 7. 9. 10 D. h. t., §. 2 I. de usufr. 2. 4, l. 5 §. 1 D. h. t., l. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4. l. 1 §. 17 i. f. D. ut leg. 36. 3.

⁴ §. 2 I. cit.: „Ergo senatus non fecit quidem eorum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit“. L. 2 §. 1 D. h. t.

⁵ Die von dem senatusconsultum vorgeschriebene cautio (l. 2 pr. l. 5 §. 1 l. 6. 7 D. h. t.) ist auch hier eine satisfactio (l. 8 D. h. t., §. 2 I. cit.). In Betreff der Ausnahmen von der Verpflichtung zur Bürgschaftsleistung ist das Gleiche zu sagen, wie für den eigentlichen Nießbrauch (§. 204 Note 8). Ebenso über die Möglichkeit des Erlasses derselben (§. 204 Note 9); in den Quellen wird diese Möglichkeit auch hier allgemein geltend, l. 8 D. h. t., l. 6 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4, ohne Zweifel in unmittelbarem Hinblick auf die lex Julia und Papia Poppaea.

⁶ In §. 2 I. de usufr. 2. 4 wird der Nießbrauch an Kleidern als uneigentlicher Nießbrauch behandelt, in l. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9 und l. 15 §. 4 D. de usufr. 7. 1 als eigentlicher, oder doch möglicherweise eigentlicher (in l. 15 §. 4 cit. ist nicht zu lesen: „sicut“, sondern „wie ut“). Ein nahe liegender Anhaltspunkt für die Bestimmung des Willens des Verleihenden ist, ob der Nießbrauch an der abnützbar Sache als solcher gegeben ist, oder an einem ganzen Vermögen, in welchem auch abnützbar Sachen enthalten sind; im ersten Fall ist die Wahrscheinlichkeit dafür, daß er als eigentlicher, im zweiten Fall dafür, daß er als uneigentlicher gemeint sei. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Rabai Beitr. zur Dogmengeschichte S. 139—187, Felsb. S. 41—46, Ewers S. 594—596, Arnolds in Haimert's Vierteljahrscr. V. 4 (1860).

derungsrechte⁷. Der Nießbraucher hat hier das Recht auf Einforderung der periodischen Leistungen, zu welchen das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet⁸, im Zweifel auch das Recht zur Einforderung des Gegenstandes des Forderungsrechtes selbst, und darnach Nießbrauch an diesem, einen eigentlichen oder uneigentlichen je nach der Natur des Gegenstandes⁹. In gleicher Weise ist auch ein Nießbrauch am Nießbrauch möglich¹⁰, und wäre möglich an Emphyteusis und Superficies, wenn das römische Recht nicht dem Emphyteuta und Superficiar die Befugniß zuerkannt hätte, die Sache selbst mit einem Nießbrauch zu belasten¹¹.

⁷ L. 3. 4 D. h. t.

⁸ L. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2.

⁹ Er hat das Einforderungsrecht im Zweifel. Es kommt darauf an, ob der Nießbrauch an einem Forderungsrecht als Nießbrauch an dem Forderungsrecht in seiner Eigenschaft als Vermögensstück, oder als Nießbrauch an dem Forderungsrecht in seiner Eigenschaft als Forderungsrecht, also mit Beschränkung auf diese seine Erscheinungsform, aufzufassen ist. Entschieden ist diese Frage, wenn der Nießbrauch das Forderungsrecht nicht zum unmittelbaren Gegenstand hat, sondern nur Folge des Nießbrauchs am ganzen Vermögen ist, von welchem Falle l. 1 C. de usufr. handelt. Aber auch da, wo der Nießbrauch unmittelbar an dem Forderungsrecht stattfindet, wird im Zweifel, und namentlich bei letztwilligen Verleihungen, angenommen werden müssen, daß der Verleiher ihn auf die augenblickliche Erscheinungsform des zum Nießbrauch verliehenen Vermögensstückes nicht habe beschränken wollen; ganz sicher wird diese Annahme, wenn das Forderungsrecht einem andern Genuß, als durch seine Einziehung, gar nicht gewährt. Die herrschende Meinung schreibt dem Nießbraucher das Recht der Eintreibung unbedingt zu; ja Viele gehen noch weiter, indem sie den Nießbrauch an Forderungsrechten dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ganz gleichstellen, und also behaupten, der Nießbraucher werde einerseits unbedingter Herr des Forderungsrechtes, andererseits sei er aber auch zur Restitution desselben oder seines Werthes unbedingt verpflichtet, auch wenn dasselbe ohne seine Schuld zu Grunde gegangen sei. Ich finde für diese Meinung in den Quellen gar keinen Anhalt. Vgl. über diesen Gegenstand die Abhandlungen von Steinberger Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XI. 5 (1854) und Duncker Arch. f. pract. RW. VI. 6 (1859); außerdem Mühlentuch Cession §. 47 Note 15, Felsb. §. 12, Ewers §. 596—601, Böcking II. S. 259. 260, Sintenis I. S. 564.

¹⁰ Obgleich davon in den Quellen nicht ausdrücklich die Rede ist. Aber die Quellen erörtern mit Rücksicht auf den oben genannten Senatschluß die Frage, ob ein Nießbrauch an einer Wegegerechtigkeit möglich sei (l. 1 D. de usu et usufr. 33. 2). Diese Frage ist nun zwar in gleicher Weise wie für

b. Das Gebrauchsrecht*.

§. 207.

Das Gebrauchsrecht ist das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, d. h. sie zu den Zwecken zu verwenden, welche sich mit ihr erreichen lassen, ohne das Recht, sich die Früchte derselben anzueignen¹. Das Gebrauchsrecht unterscheidet sich von dem Nießbrauch nicht allein durch seinen geringeren Umfang, sondern auch dadurch, daß es den Gebrauch als solchen zum Gegenstand hat, während derselbe beim Nießbrauch nur als Bestandtheil des Nutzens der Sache auftritt. Daraus erklärt sich, daß, wer bloß ein Gebrauchsrecht hat, auch nicht einmal die Ausübung des Gebrauches einem Andern überlassen kann, während der Nießbraucher dazu allerdings befugt ist². Denn einen Andern gebrauchen lassen heißt nicht gebrauchen; genutzt aber wird die Sache auch in der Ueberlassung des Gebrauchs.

Jedoch ist derjenige, dem ein Gebrauchsrecht verliehen ist, nicht nothwendig auf den bezeichneten Inhalt beschränkt; er kann in einem gegebenen Fall sehr wohl auch ein mehr oder minder umfassendes Fruchtgenussrecht, so wie die Befugniß der Ueberlassung des Gebrauchs an einen Andern haben. Es ist nämlich

alle andern Grunddienstbarkeiten (l. 33 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3) und für das Gebrauchsrecht zu verneinen, weil diese Rechte nicht einmal Ausübung durch einen Andern zulassen; aber eben weil für den Nießbrauch das Gegentheil gilt, ist sie für diesen zu bejahen. (Der Entscheidungsgrund der l. 33 §. 1 cit. ist übrigens ein anderer; sie behandelt nämlich die besondere Frage, ob eine noch nicht bestellte Wegegerechtigkeit zum Nießbrauch vermacht werden könne, und vereint diese Frage deswegen, „quia id neque ex bonis neque extra bona sit“ [eine andere Erklärung dieser Worte bei Böcking §. 162 Note 42].) — Der Nießbrauch am Nießbrauch geht ebensowenig in allen Fällen mit seinem Gegenstand unter, wie das Recht auf Ausübung eines veräußerten Nießbrauchs. §. 205 Note 4 a. E.

* Inst. 2. 5 D. 7. 8 de usu et habitatione.

Beckmann über den Inhalt und den Umfang der Personalservitut des usus nach römischem Recht (1861). (Darüber Scheurl in der krit. Vierteljahrsschrift III. S. 298—309.) Eivers §. 59, Böcking §. 167.

§. 207. ¹ L. 2 pr. D. h. t. „Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest“.

L. 1 §. 1 eod.: „nudus usus, i. e. sine fructu“.

L. 12 §. 3 l. 14 pr. eod. ² §. 1—3 l. h. t., l. 8 pr. l. 11. 12 §. 6 D. h. t.

möglich, daß der Verleihende mehr gewollt hat, als die Ausdrücke 'Gebrauchsrecht', 'Gebrauch' besagen; in diesem Falle ist die Auslegung vollkommen befugt, dem unvollkommenen Ausdruck gegenüber den wahren Willen des Verleihenden zur Geltung zu bringen, und hier um so mehr, als sie es regelmäßig mit einer lektwilligen Verleihung zu thun haben wird³. In diesem Sinne geben die Quellen folgende Entscheidungen. Derjenige, welchem der Gebrauch eines Hauses hinterlassen worden ist, darf nicht bloß selbst darin wohnen, er darf auch seine Familie, und die zu ihm gehörigen Personen, auch einen Gast darin aufnehmen; er darf sogar das ihm Ueberflüssige vermietthen⁴. Ist Jemandem der Gebrauch eines Landgutes vermacht worden, so hat er nicht bloß die Befugniß, dasselbe zu bewohnen, sondern auch die Befugniß, von den Früchten desselben für sein und der Seinigen und seiner Gäste Bedürfniß zu nehmen⁵. Das Vermächtniß des Gebrauches an einem Wald wird geradezu als Nießbrauch ausgelegt, weil an einem Walde ein bloßer Gebrauch gar nicht möglich ist⁶.

³ C. §. 84 Note 9. 10. L. 12 §. 2 D. h. t.: — „neque enim tam stricte interpretandas sunt defunctorum voluntates“; l. 4 pr. eod.: — „non erit ei invidendum“.

⁴ L. 2 §. 1 — l. 8 D. h. t., vgl. auch l. 9 eod. L. 4 §. 1 cit. „Mulieri autem si usus relictus est, posse eam et cum marito habitare, Q. Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo“.

⁵ L. 10 §. 4 — l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

⁶ L. 22 pr. D. h. t. „D. Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit, fructum quoque eis legatum videri, quia, nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato“. Auch der usus verbrauchbarer Sachen wird vom usufructus nicht unterschieden, l. 5 §. 2 D. de usufr. enr. rer. 7. 5. Außer den im Vorigen genannten Entscheidungen ist noch die der l. 12 §. 2 h. t. zu bemerken: wer den Gebrauch einer Schafherde hat, darf dieselbe zum Zwecke des Dünngens auf seinen Acker treiben, aber er darf auch „modicum lae“ von derselben nehmen. Vgl. auch l. 12 §. 4 D. h. t. — Uebrigens ist die im Texte gegebene Erklärung der angeführten Quellenentscheidungen weit davon entfernt, die allgemein anerkannte zu sein. Von jeher hat man sich bemüht, dieselben aus dem Begriff des usus herzuleiten, und den Begriff des usus demgemäß zu bestimmen. Die früher herrschende Ansicht ging dahin, der usus unterscheidet sich von dem usufructus nicht durch die Art des Nutzens, welchen er gewährt, sondern durch das Maß; der usus sei der fructus mit Beschränkung auf die

Die Beschränkungen, welchen das Recht des Nießbrauchs unterliegt⁷, gelten noch viel mehr beim Gebrauchsrecht, und ebenso sind die mit demselben verbundenen Verpflichtungen⁸ die nämlichen, wie bei dem Nießbrauche⁹; nur trägt der Gebraucher die Kosten und Lasten der Sache nur nach Maßgabe des Nutzens,

Nothdurft der berechtigten Person. Dieser Ansicht trat Thibaut (Versuche I. §. [1798]) entgegen, indem er die hier verteidigte zur Geltung brachte. Im Princip lehnte zu der früheren Auffassung zurück Puchta (Instit. II. §. 780. 181, Pand. §. 179. 180), so jedoch, daß er die Beschränkung des usus nicht in die Nothdurft des Berechtigten setzte, sondern einerseits in das persönliche Bedürfnis desselben (im Gegensatz zu dem Bedürfnis anderer Personen), andererseits in den Ausschluß des Umfanges der Nutzung in andere Werthobjecte durch Ueberlassung derselben an Andere. Scheurl (Zeitschr. f. gesch. RW. XV. 2 [1850]) suchte die Scheidung zwischen usus und fructus darin, daß der erste den Erwerb der Früchte zu bleibendem Gewinn ausschliesse (vgl. namentlich S. 34. 41). Damit stimmt in der Sache Elvers a. a. D. überein; über die Auffassung Böding's s. denselben II. §. 236—239 und §. 167. Der neueste hierher gehörige Versuch ist in der oben angeführten Schrift von Bachmann enthalten: nach diesem Schriftsteller liegt das Wesen des usus darin, daß er den Erwerb des Eigentums an den Früchten ausschließt, nicht aber den Verbrauch derselben, und dieser Ansicht ist denn auch Scheurl in der Recension jener Schrift (s. ob.) beigetreten. Meiner Ansicht nach reichen alle diese Begriffsbestimmungen zur Erklärung der Quellenentscheidungen nicht aus, wie denn auch namentlich Bachmann den mutmaßlichen Willen des Verleihenden in ausgedehnter Weise zur Hilfe nimmt (vgl. §. 11. 13, und zu S. 51 fg. Scheurl Rec. S. 303 ob.). — Faßt man das Gebrauchsrecht auf, wie hier geschehen, so ist auch die oft aufgeworfene Frage erledigt, ob die römische Lehre vom usus heutzutage noch practisch sei. Sie wäre es nicht, wenn nach der hier verworfenen Ansicht der römische Ausdruck „usus“ irgend einen besonderen Sinn hätte, welcher dem deutschen Ausdruck „Gebrauch“ nicht entspräche; sie ist es, weil die Römer unter Gebrauch nichts Anderes verstehen, als wir unter usus, und daher auch die Auslegung des deutschen Ausdrucks zu keinen andern Resultaten führt, als die des römischen. Vgl. über diese Frage Savigny Verus unserer Zeit S. 100 fg., Puchta §. 180 a, Arndts §. 182 Anm. 4, Sintenis I. §. 60 Note 2, Bachmann S. 86 fg., Schönfeld irreguläre Servituten S. 31.

⁷ §. 203 Note 11—14.

⁸ §. 204 Note 2. 3. 5.

⁹ Weibes geht schon daraus hervor, daß die von dem Gebraucher zu leistende cautio denselben Inhalt hat, wie die des Nießbrauchs, I. 5 §. 1 l. 11 D. usufr. quemadm. 7. 9, vgl. überdies I. 15 §. 1 l. 22 §. 2 l. 23 D. h. t., l. 13 §. 2 i. f. de usufr. 7. 1.

welchen er von derselben hat¹⁰. Endlich ist auch die Cautionspflicht die gleiche¹¹.

Im Gegensatz zum Nießbrauch ist das Gebrauchsrecht ein untheilbares Recht¹².

Habitatio und operae*.

§. 208.

Das römische Recht enthält noch den Satz, daß, wenn Jemandem eine „habitatio“ vermacht worden sei, das ihm verliehene Recht weder durchaus nach den Grundsätzen des Nießbrauchs, noch durchaus nach denen des Gebrauchsrechtes beurtheilt werden dürfe; der Berechtigte habe die Befugniß, zu wohnen, aber auch, zu vermietthen, nur nicht, unentgeltlich die Wohnung zu überlassen¹, und verliere sein Recht nicht durch Nichtgebrauch (und capitis diminutio)². Was die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den Fall des Vermächtnisses einer „Wohnung“, „freier Wohnung“ angeht, so fehlt es für die Anwendung der römischen Bestimmung über den Inhalt des Rechtes, welcher doch nur aus der Willensmeinung des Verleihenden entnommen werden kann, an allem Anhalt³; die Anwendbarkeit der römischen Bestimmung über den Nichtuntergang des Rechtes durch Nichtgebrauch wird aber nicht bestritten werden dürfen, insofern der

¹⁰ L. 18 D. h. t.

¹¹ S. Note 9.

¹² L. 19 D. h. t. „Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus“. Das Gebrauchsrecht ist deswegen untheilbar, weil es weder einen theilbaren Ertrag gewährt, noch in Geld umgelegt werden kann. Vgl. §. 205 zweit. Absatz, Bachmann S. 90—100 und dazu Scheurl Rec. S. 306.

* Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. 2 (1814), Elvers §. 60. 61, Böding §. 168.

¹ §. 5 l. de usu et hab. 2. 4, l. 13 C. de usufr. et hab. 3. 33, l. 10 §. 208. pr. §. 2. 3 D. de usu et hab. 7. 8.

² L. 10 pr. D. cit., l. 10 D. de cap. dim. 4. 5. — Im Uebrigen sind die Grundsätze die gleichen. Vgl. l. 5 i. f. D. usufr. quemadm. 7. 9.

³ Wer einem Andern eine „Wohnung“, „freie Wohnung“ gibt, will, daß derselbe selbst solle wohnen dürfen (Gebrauchsrecht); vielleicht will er, daß er allen Nutzen von der Wohnung solle ziehen dürfen (Nießbrauch); aber jenes Mittlere will er gewiß nicht.

Windscheid, Pandekten. I. Abthlg.

Grund derselben ohne Zweifel in der Alimentennatur liegt, welche eine solche Verleihung auch bei uns regelmäßig haben wird⁴.

In gleicher Weise läßt das römische Recht auch durch das Vermächtniß der Dienste eines (Sclaven oder) Thieres⁵ eine persönliche Dienstbarkeit besonderer Art⁶ entstehen. Der Berechtigte soll die Dienste selbst benutzen und vermietthen dürfen⁷, ohne daß ihm unentgeltliche Ueberlassung untersagt wäre; Untergang durch Nichtgebrauch (nnd capitis diminutio) ist auch hier ausgeschlossen⁸. Heutzutage wird dem Vermächtnisse der Dienste eines Thieres keine andere Bedeutung beigelegt werden dürfen, als dem Vermächtniß des Gebrauchs eines Thieres⁹.

B. Die Grunddienstbarkeiten*.

1. Allgemeines**.

§. 209.

1) Eine Grunddienstbarkeit ist diejenige Dienstbarkeit, welche bestimmt ist, den Interessen eines Grundstücks zu dienen

⁴ D. h. es soll damit dem unmittelbaren Bedürfniß des Bedachten abgeholfen werden. S. Savigny II. S. 110—113 und l. 8 pr. §. 1 D. de transact. 2. 15, auch l. 10 D. de cap. min. 4. 5. Zu vergleichen noch Sententis I. §. 60 Note 5.

⁵ L. 5 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9.

⁶ L. 1 §. 9 D. ad leg. Falc. 35. 2 — „operis servi legatis, cum neque usus neque usufructus in eo legato esse videtur.“ Vgl. aber auch l. 5 D. de op. servi 7. 7.

⁷ L. 2 D. de usu et usufr. 33. 2.

⁸ L. 2 D. de op. servi 7. 7, l. 2 D. de usu et usufr. 33. 2. — Früher lehrte man allgemein, daß das Recht auch auf die Erben des Berechtigten übergehe. Aber l. 2 D. de usu et usufr. 33. 2 sagt das nicht von dem durch das Vermächtniß zu begründenden Recht, sondern von dem Vermächtniß selbst. Buchholz's Versuche Nr. 16, Böttling §. 168 Note 30; vgl. aber auch Unterholzner Verjährungslehre II. S. 207 Note*.

⁹ Vgl. Sententis I. §. 60 Note 6.

* Inst. 2. 3 de servitutibus praediorum. Dig. 8. 1 de servitutibus, — 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum, — 8. 3 de servitutibus praediorum rusticorum, — 8. 4 communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. 8. 34 de servitutibus et aqua.

Elvers §. 15—19. 86—49, Böttling §. 169—171.

** Zachariae in Hugo's civil. Magaz. II. 15 (1797), Schrader in seinen civilistischen Abhandlungen II. 5 (1816).

(§. 201 Nr. 2). In Folge davon ist sie mit dem Grundstücke unzertrennlich verbunden, so daß sie einerseits ohne das Grundstück nicht veräußert werden kann, andererseits mit demselben nothwendig auf jeden neuen Erwerber übergeht¹. Kraft dieser Unzertrennlichkeit erscheint sie als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück²; eine andere Vorstellung, welche sich in Betreff derselben in den Quellen findet, ist die, daß sie eine werthsteigernde Eigenschaft des herrschenden Grundstücks sei³.

2) Gegenstand einer Grunddienstbarkeit kann nur ein Grundstück sein⁴, ihren Inhalt kann nur bilden, was dem Grundstücke als solchem vom Werth ist, nicht, was nur für die Person des Eigenthümers Werth hat⁵. Dem Grundstücke aber ist von Werth

¹ L. 36 D. de S. P. R. 8. 3, l. 47 D. de contr. emt. 18. 1, l. 20 §. 1 d. 209. D. de A. R. D. 41. 1.

² So läßt sich verstehen l. 5 §. 9 D. de O. N. N. 39. 1: — „posteaquam ius suum dominuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit“ —, obgleich es doch nicht nothwendig ist, „ius“ auf Eigenthumsrecht zu deuten. Ebenfalls darf man nicht glauben, daß diese Auffassung anders, als vereinzelt auftrete; wäre sie unbedingt durchgeführt, so wäre ja damit die Grunddienstbarkeit als besonderes Rechtsverhältniß negirt. Daher thut Bachofen Pfandrecht I. S. 97 fg. gewiß Unrecht, wenn er die Bestimmung des Wesens der Grunddienstbarkeit daher entnimmt, daß sie eine Qualität des Eigenthums am herrschenden Grundstück sei. (Seine Meinung ist näher: sowie beim Nießbrauch das Eine Eigenthumsrecht von zwei Berechtigten ausgeübt wird [§. 200 Note 3 a. E.], so wird bei der Grunddienstbarkeit die Sache einem zweiten Eigenthumsrechte unterworfen). Ähnlich Brinz S. 252. 253, indem er behauptet, die Grunddienstbarkeit habe als „Bestandtheil eines Grundeigenthums“ „in Wesen und Inhalt die Art des Eigenthums“; wäre das wirklich der Fall, so müßte sie ja auch z. B. durch Nichtgebrauch nicht untergehen.

³ L. 86 D. de V. S. 50. 16. „Quid aliter sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo“. L. 12 D. quemadm. serv. 8. 6.

⁴ Es wird in den Quellen bezeichnet als praedium quod servitutem debet, praedium serviens, servum (z. B. l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 12 D. comm. praed. 8. 4, l. 20 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1).

⁵ L. 8 pr. l. 15 pr. D. de serv. 8. 1, l. 19 D. eod. Dem Grundstücke als solchem ist von Werth, was „praedii meliorem causam facit“ (l. 6 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3), d. h. was den Gebrauch und die Benutzung desselben fördert oder annehmlicher macht (Note 6). Wo hier die Grenze ist, kann im einzelnen Falle schwer zu bestimmen sein, und so läßt sich z. B. wohl zweifeln, ob die in l. 8 pr. cit. genannten Beispiele unzulässiger Grunddienstbarkeiten („ut pomum decerpere liceat, ut spatium, ut coenare in alieno possimus“) auch

nicht bloß, was ihm nützt, sondern auch, was seine Annehmlichkeit steigert⁶.

3) Auch was dem Grundstück von Werth ist, kann nicht ohne Ausnahme den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden, sondern nur dasjenige, was ein dauerndes Interesse desselben zu befriedigen geeignet ist⁷. In gleicher Weise muß auch die Kraft des dienenden Grundstücks, durch welche das Bedürfnis des herrschenden befriedigt wird, eine dauernde sein⁸.

für das heutige Recht unmittelbar maßgebend seien. Wird nicht das Bewohnen eines Hauses durch das Recht auf Benutzung eines benachbarten Gartens annehmlicher gemacht, und dadurch sogar der Mietwerth des Hauses gesteigert? Anders freilich, wenn man sich Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts in Verbindung mit einem zur Fruchtterzeugung bestimmten Grundstück denkt. Vielleicht hat l. 8 tit. nur an diesen Fall gedacht. Vgl. Bangerow I. S. 790—792. 804, Eivers §. 16. Seuffert Arch. V. 142. VIII. 17.

⁶ L. 3 pr. D. de aqua quot. 43. 20, vgl. l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 8 §. 1 D. si serv. 8. 5. Thibaut Versuche I. 1.

⁷ L. 28 D. de S. P. U. 8. 2. „Foramen in imo pariete conclavis vel triolinali, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non assiduum sit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur . . . Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet“. Vgl. l. 29 eod. Andere verstehen allerdings die l. 28 nicht von einer Dienstbarkeit, das Wasser auf des Nachbarn Grundstück ablaufen zu lassen, sondern umgekehrt von einer Dienstbarkeit auf Bezug des Wassers aus dem benachbarten Grundstück, oder von einer Dienstbarkeit auf Fortbestehen der Abflußöffnung (so daß das Grundstück, welches nach unserer Auffassung das herrschende ist, zum dienenden wird). Vgl. Schrader civ. Abhandl. S. 312—316, Bangerow I. S. 807, Eivers S. 152—158, Böcking §. 162 Note 54, Schmidt (von Immenau) Jahrb. d. gem. R. III. S. 263.

⁸ Die in der vorigen Note nicht abgedruckten Worte der citirten l. 28 lauten: „Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest“. L. 1 §. 5 D. de aqua 43. 20, l. 1 §. 4 (vgl. §. 1) D. de fonte 43. 22, l. 23 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3; l. 9 D. eod. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4. Schrader a. a. D. S. 306—312. 317. 318, Bangerow I. S. 808. 809, Eivers S. 158—165, Schmidt (von Immenau) a. a. D. S. 262. 263. Die heutige Anwendbarkeit der in dieser und der vorigen Note besprochenen Sätze ist vielfach angezweifelt worden, und namentlich hat sich Schmidt a. a. D. S. 264 auf das Lebhafteste dagegen erklärt. Er scheint mir zu weit zu gehen. Das Princip, daß dingliche Belastung unzulässig sei, wo es sich um Befriedigung

4) Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit eines solchen räumlichen Verhältnisses zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück, daß das eine zu den Zwecken des andern benutzt werden kann⁹.

5) Das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks ist bestimmend nicht bloß für den Inhalt der Dienstbarkeit, sondern auch für das Maß ihrer Ausübung¹⁰. Außerdem aber gilt für

eines nicht dauernden Interesse oder Benutzung einer nicht dauernden Kraft handelt, daß man sich in diesem Falle auf obligatorischem Wege helfen müsse, scheint mir ein durchaus anerkannteswerthes zu sein, und keineswegs „ein Gemüthlich der gesunden Entwicklung des Rechts“. Nur wird man freilich bei der Durchführung dieses Principes an den Begriff der Dauer mehr oder minder strenge Anforderungen stellen können, und hier scheint mir der Punkt zu sein, wo die Praxis, gestützt darauf, daß sich bereits in dem römischen Recht eine Entwidlung zur Milde bemerklich macht (l. 9 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 D. comm. praed. 8. 4), ein gutes Recht zu einer freieren Bewegung hat. So würde ich keinen Anstand nehmen, die specielle in dem ersten Theil der l. 28 D. de S. P. R. 8. 3 (Note 7) enthaltene Entscheidung für heutige Wohngebäude nicht zur Anwendung zu bringen; Wegschaffung des zur Reinigung der Gemäcker gebrauchten Wassers ist ein Interesse, welches nicht heute oder morgen, sondern jeden Tag da ist. Aber wie wäre es z. B. wenn ein Eigenthümer, welcher Astronomie treibt, das Recht, auf des Nachbarn Grund und Boden astronomische Instrumente aufzustellen, als Grunddienstbarkeit erwerben wollte? Er würde immerhin sagen dürfen, daß durch dieses Recht der Gebrauch des Hauses ein annehmlicherer werde; aber er würde sich die Antwort gefallen lassen müssen, daß nicht abzusehen sei, wann sich nach ihm diese Annehmlichkeit wieder geltend machen werde. Das D. A. G. zu Cassel hat ihm Jahre 1854 entschieden (Seuff. Arch. VIII. 17), daß eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Gewerbebetriebes auf dem herrschenden Grundstück bestellt werden könne, „sofern dieses selbst zu jenem Betriebe dergestalt eine bleibende Einrichtung erhalten hat, daß ein bleibendes Interesse bei dem Bestehen der Servitut ebenfalls für spätere Erwerber angenommen werden kann“.

⁹ Nichts Anderes wollen die Quellen sagen, wenn sie für die Grunddienstbarkeit das Erforderniß eines „fundus vicinus“ aufstellen. L. 5 §. 1 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 §. 3 D. de alim. leg. 34. 1; l. 8 pr. D. de O. N. N. 39. 1; l. 38. 39 D. de S. P. U. 8. 2, l. 5. 6 pr. D. si serv. vind. 8. 5; l. 14 §. 2 D. de serv. 8. 1, l. 1 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 §. 2 D. de aqua et aquae 39. 3; l. 17 §. 3. 4 eod., l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4, l. 23 §. 3 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 7 §. 1 eod.; l. 17 §. 2. 3 de aqua et aquae 39. 3, l. 38 D. de S. P. R. 8. 3. Schrader S. 321—324, Bangerow S. 806. 807, Eivers §. 18, Sententis I. §. 61 Note 8.

¹⁰ L. 5 §. 1 l. 6 D. de S. P. R. 8. 3, l. 24. 33 §. 1 eod. L. 5 §. 1

die Ausübung der Dienstbarkeit noch der Grundsatz, daß sie mit möglichster Schonung des Eigenthums zu geschehen hat¹¹.

6) Die Grunddienstbarkeit nimmt, wie die persönliche, dem Eigenthümer keine Befugniß, deren Ausübung der Dienstbarkeit nicht hinderlich ist¹², daher auch an und für sich nicht die Befugniß zu der nämlichen Art des Gebrauches der Sache, wie diejenige ist, zu welcher die Dienstbarkeit berechtigt¹³. Unter der bezeichneten Voraussetzung kann der Eigenthümer auch neue Dienstbarkeiten, und auch Dienstbarkeiten der gleichen Art an der Sache bestellen¹⁴.

7) Die Grunddienstbarkeit ist nicht bloß dem Rechte nach von dem herrschenden Grundstücke unzertrennlich, es kann auch ihre Ausübung ohne dasselbe nicht einem Andern überlassen werden¹⁵.

cit. „Nerarius . . . dicit, ut maxime calcis coquendas et cretae eximendas servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit“. L. 6 cit. „Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fiorent, quibus fructus eius fundi exportaretur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum crebatur: aut ut dolia fiant, vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulinas exercerentur, ususfructus erit“. Vgl. Vangerow I. S. 805.

¹¹ Civiliter, wie die Quellen sagen. So darf, wer eine Wegegerechtigkeit hat, nicht „per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere, . . . cum id aequae commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento“, l. 9 D. de serv. 8. 1. L. 20 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 13 §. 1. 3 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3 §. 5 D. de aqua quot. 43. 20. Vgl. Seuff. Arch. II. 140. VI. 7. 13 X. 15.

¹² Vgl. Seuff. Arch. V. 256. IX. 269. XI. 122. 123. XII. 7. XIV. 210. Im Besonderen über die Collision zwischen Weiderecht und Forstkultur: l. 13. 14. 182. 320. IV. 102. V. 143. VI. 314. VII. 288. IX. 135.

¹³ So nicht die Wegegerechtigkeit die Befugniß zum Gehen, die Weidgerechtigkeit nicht die Befugniß, eigenes Vieh auf die Weide zu treiben. Reichen aber die Kräfte der dienenden Sache zur Befriedigung Weider, des Eigenthümers und des Dienstbarkeitsberechtigten, nicht aus, so steht der Eigenthümer zurück, und es tritt nicht etwa Theilung zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein. Das Gegentheil ist namentlich für die Weidgerechtigkeit ohne Grund behauptet worden; s. dagegen Vangerow I. S. 815.

¹⁴ L. 2 §. 1. 2 l. 14 D. de S. P. R. 8. 3, l. 15 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 D. de aqua quot. 43. 20.

¹⁵ L. 44 D. loc. 19. 1. „Locare servitutum nemo potest“. L. 24 D. de S. P. R. 8. 3. Seuff. Arch. XIV. 12.

8) Grunddienstbarkeiten sind untheilbare Rechte¹⁶, d. h. ein Bruchtheil einer Grunddienstbarkeit ist ein Ding ohne rechtliche Existenz, so daß ein solcher Bruchtheil weder erworben¹⁷, noch verloren werden¹⁸ kann. Wird das herrschende Grundstück ge-

¹⁶ L. 17 D. de serv. 8. 1, l. 7 D. de serv. leg. 33. 3, l. 1 §. 9 l. 7 l. 80 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 2 §. 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 §. 1 D. de accept. 46. 4, Fragm. S. Pomponii im Bonner Corpus iuris p. 186 und hinter Böcking's Ausgabe des Ulpian p. 174 („Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partitur, naturam eius corrumpat“). Der Grund der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten ist der gleiche, wie beim Gebrauchsrecht; sie können weder in Geld umgesetzt werden, noch gewähren sie einen reell theilbaren Ertrag (vgl. §. 207 Note 12 und §. 205 zweit. Abt.). Einen reell theilbaren Ertrag gewähren auch diejenigen Grunddienstbarkeiten nicht, welche auf Beziehung eines gewissen Raabes von den Früchten des dienenden Grundstücks gehen, weil das Bezogene zum Besten des herrschenden Grundstücks verwendet werden muß. — Vgl. über diese Lehre Schrader S. 284—306, Vangerow I. S. 810—814, Böcking S. 162 f—k, Brinz §. 76; sodann die Abhandlung von Kori in Elvers Themis I. 17 (1828) und die Inauguralbitteration von Usland (Erlangen 1810), Girtanner (Heidelberg 1847) und Feingelmann (München 1848); ferner die Schriften über Untheilbarkeit der Obligationen von Kubo (1822) S. 39 fg. 122 fg., von Scheurl (Inauguralabhandl. 1835) S. 60 fg., Ukbelehde (1862) §. 2. 8.

¹⁷ Servitus per partes acquiri non potest, l. 8 §. 1 D. de serv. 8. 1, l. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. comm. praed. 8. 4. Daher ist Bestellung einer Dienstbarkeit durch einen der mehreren Miteigenthümer des dienenden Grundstücks ganz nichtig; ebenso aber auch der Erwerb durch einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden. L. 11. 32 D. de S. P. R. 8. 3, l. 5. 6 §. 1 l. 18 D. comm. praed. 8. 4, l. 4 §. 3 D. si serv. 8. 5, l. 3 D. de serv. leg. 33. 3. Weil eine Dienstbarkeit zu einem Bruchtheil nicht geleistet werden kann, ist auch eine Obligation auf eine solche Leistung unmöglich, l. 11. 17 D. de serv. 8. 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 2 §. 1 l. 72 pr. l. 136 §. 1 l. 140 §. 2 D. de V. O. 45. 1.

¹⁸ Servitus per partes retinetur, l. 8 §. 1 de serv. 8. 1, l. 30 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist der Verzicht des einen der mehreren Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks ganz wirkungslos, und schadet es nicht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden wird, oder der Eigenthümer des dienenden Miteigenthümer des herrschenden, l. 8 §. 1 D. de serv. 8. 1, l. 30 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 27. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3. Daher ist ferner ganz wirkungslos der theilweise Erlaß der Obligation auf Begründung einer Grunddienstbarkeit, l. 13 §. 1 D. de acc. 46. 4. Ferner: durch die Anwendung der lex Falcidia kann das Vermächtniß einer Grunddienstbarkeit nicht

theilt, so folgt die ungetheilte Dienstbarkeit einem jeden der neu entstandenen Grundstücke¹⁹.

§. 210.

Das Grundstück, dessen Bedürfnisse die Grunddienstbarkeit zu befriedigen bestimmt ist, kann entweder ein Feld- oder ein Gebäudegrundstück sein. Da die Bedürfnisse eines Feldgrundstücks im Ganzen andere sind, als die eines Gebäudegrundstücks, so werden die an Feldgrundstücke angeknüpften Dienstbarkeiten regelmäßig einen andern Inhalt, haben als die an Gebäudegrundstücke angeknüpften, ohne daß Uebereinstimmung des Inhalts absolut ausgeschlossen wäre¹. Je nach dem der Inhalt einer Dienstbarkeit regelmäßig bei Feldgrundstücken sich findet, oder regelmäßig bei Gebäudegrundstücken, wird sie selbst passend als Feld- oder Gebäudedienstbarkeit bezeichnet². — Mit Zugrunde-

theilweise gemindert werden, l. 1 §. 9 l. 7 l. 80 §. 1 D. ad. leg. Falc. 35. 2. Vgl. auch noch die interessante Entscheidung in l. 31 D. de S. P. R. 8. 3.

¹⁹ L. 23 §. 3 l. 25 D. de S. P. R. 8. 3, l. 6 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6.

§. 210. 1 Die Wegegerechtigkeiten z. B. werden regelmäßig Feldgrundstücken zusehen, nicht Gebäudegrundstücken, da die Letzteren mit seltenen Ausnahmen an der öffentlichen Straße liegen werden; aber das Gegentheil ist doch auch nicht ausgeschlossen, und daher eine Wegegerechtigkeit möglich auch bei Gebäudegrundstücken, wie sie denn bei solchen in den Quellen auch wirklich erwähnt wird (l. 20 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2, l. 7 §. 1 D. comm. praed. 8. 4). Ebenso verhält es sich mit der Wasserleitungsgerechtigkeit (l. 1 §. 11 D. de aqua quot. 43. 20 [über l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 f. die folgende Note]). Umgekehrt wird z. B. das Recht, einen Bau auf dem benachbarten Grundstück unterlagern zu dürfen (servitus non altius tollendi), regelmäßig nur als Recht eines Gebäudegrundstücks auftreten; aber es ist nicht abzusehen, warum nicht auch der Eigenthümer eines Feldgrundstücks für dasselbe ein solches Recht sollte erwerben können, wenn durch den Bau ihm Sonne oder Licht würde entzogen werden.

² In den Quellen finden sich die Ausdrücke: servitutes praediorum rusticorum — urbanorum, oder auch kürzer: servitutes rusticae — urbanae. Ob aber diese Ausdrücke den im Texte bezeichneten Begriffen entsprechen, ist bestritten, und nicht unzweifelhaft. Zwar die früher von Manchen verteidigte Meinung, daß dieselben von der Qualität des dienenden, nicht des herrschenden Grundstücks hergenommen seien, ist jetzt fast vollständig aufgegeben (vgl. jedoch Lube n Lehre von den Servitutibus §. 15). Dagegen wird auch heutzutage noch ein lebhafter Streit darüber geführt, ob diese Ausdrücke bloß die That-

legung dieser Unterscheidung soll im Folgenden von den einzelnen Grunddienstbarkeiten gehandelt werden. Es versteht sich jedoch

sache, daß eine Dienstbarkeit einem Feld- oder einem Gebäudegrundstück zuseht, oder ob sie eine gewisse Verschiedenheit des Inhalts der Dienstbarkeiten bezeichnen wollen. Die erste Meinung, von welcher wohl die Meisten ausgehen, wenn sie dieselbe auch nicht immer consequent durchführen, ist in der neueren Zeit mit besonderer Lebhaftigkeit von Böcking (§. 161 §. 6—8, Note 32 und Anh. 1) verteidigt worden, und die gleiche Ansicht vertritt auch Brinz §. 70 und der Verfasser der jüngsten Abhandlung über diesen Gegenstand, Rindervater in Jahrb. d. gem. R. VI. 4 (1862, dieser Letztere jedoch mit einer bedeutenden Schwelung, S. 133. 139). Nach dieser Ansicht wäre z. B. eine Wegegerechtigkeit servitus praedii rustici, wenn sie einem Feldgrundstück, servitus praedii urbani, wenn sie einem Gebäudegrundstück zuseht. Zu der entgegengesetzten Meinung bekennt sich namentlich Vangerow I. S. 796—801, indem er nach dem Vorgang Kelterer (namentlich Stover de servitutibus praediorum I. §. 8. 9 [1817]) den Satz aufstellt, servitutes rusticae seien diejenigen, welche das Recht zu einem facere, servitutes urbanae diejenigen, welche das Recht zu einem habere (z. B. servitus tigni immittendi) oder zu einem prohibere gäben (genau genommen sagt Vangerow nicht sowohl, daß die servitutes rusticae und urbanae Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts seien, als vielmehr, daß sie mit den Dienstbarkeiten des bezeichneten Inhalts „zusammenfallen“). Ferner gehört hierher v. b. Pfordten (Arch. f. civ. Pr. XXII. 2 [1839]), welchem im Wesentlichen Sintonis I. §. 61 Note 14 gefolgt ist; nach diesen Schriftstellern ist serv. praedii urbani diejenige, welche ihrem Inhalt nach ein Gebäude, gleichviel übrigens ob als herrschendes oder dienendes Grundstück, voraussetzt, serv. praedii rustici diejenige, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen kann. Vgl. auch Thering Geist des röm. R. II. S. 235 Note 358. — Meiner Meinung nach gewähren die Quellen ein ganz unzweifelhaftes Resultat nicht. Während Stellen, wie pr. I. de serv. 2. 3, l. 1 D. eod., l. 1 §. 1 C. comm. praed. 8. 4 jeden Gedanken daran, daß die Qualität des dienenden Grundstücks entscheidend sei, ausschließen, kann l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 nur sehr gezwungen anders verstanden werden, als daß es gerade auf dieses ankomme, und während pr. §. 2 I. de serv. 2. 3 die Dienstbarkeiten geradezu nach ihrem Inhalt in die verschiedenen Klassen einordnen, bezeichnet l. 2 D. de S. P. R. 8. 2 als servitutes praediorum solche, welche nach jener Einordnung servitutes praediorum urbanorum sind, so daß der Sinn dieser Stelle nur der sein kann, diese Dienstbarkeiten könnten auch Feldgrundstücken zusehen, und demgemäß auch servitutes praediorum rusticorum sein. Hiernach wird man zugeben müssen, daß die fraglichen Ausdrücke in den Quellen in wechselndem Sinne gebraucht werden, und so bin ich auch weit davon entfernt, sie als feste technische Bezeichnungen für die im Texte aufgestellten Begriffe in Anspruch zu nehmen; ich behaupte nur, daß sie passende Bezeichnungen für diese Begriffe sind, und daß es den römischen Juristen nahe liegen mußte, diese Begriffe durch sie zu bezeichnen. Uebrigens könnte die

von selbst, daß das nur in dem Sinne geschehen kann, um auf die wichtigsten und am häufigsten vorkommenden hinzuweisen, nicht aber in dem Sinne, als sollten alle möglichen aufgezählt werden. Eine vollständige Aufzählung aller möglichen Grunddienfbarkeiten läßt sich gar nicht geben, da es der Privatwillkür unbenommen bleibt, innerhalb der gesetzlichen Schranken an neuen Dienfbarkeiten zu erfinden, was ihr passend erscheint.

2. Die einzelnen Grunddienfbarkeiten.

a. Felddienfbarkeiten*.

§. 211.

Unter den Felddienfbarkeiten sind die wichtigsten die Wege-, Wasser- und Weidbegerechtigkeiten. — Unter den Wegegerechtigkeiten¹ ist der Hauptunterschied der, ob sie das Recht auf eine

ganze Frage nach der Bedeutung dieser Ausdrücke füglich auf sich beruhen bleiben, wenn sich nicht an den Gegensatz zwischen den *servit. praediorum rusticorum* und *urbanorum* auch eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung anknüpfte, was zwar Zachariae v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen *servitutes rusticae* und *urbanae* (1844) und nach ihm Elvers §. 37—40 leugnen, aber, wie sich unten (§. 216) zeigen wird, mit Unrecht. Wo nun ein Rechtsatz austritt, welcher nur für die eine Klasse gelten will, und nicht für die andere, ist es freilich notwendig, genau zu bestimmen, welche Dienfbarkeiten zu der einen und welche zu der andern gehören; aber es liegt auf der Hand, daß die Lösung dieser Aufgabe in fruchtbringender Weise eben auch nur mit Rücksicht auf die Besonderheit des betreffenden Rechts-satzes unternommen werden kann. — Auf der hier vertheidigten Auffassung beruht es auch, wenn man früher von unregelmäßigen Präbialservituten sprach, und lehrte, daß eine *serv. praedii rustici* auch als *serv. praedii urbani* auftreten könne, und umgekehrt; mit dem Einen und dem Andern meinte man, daß eine Servitut, welche gewöhnlich nur Feldgrundstücken zustehe, und deswegen *serv. praedii rustici* sei, auch bei Gebäudgrundstücken vorkommen könne, und umgekehrt. Vgl. N. Cohnfeldt die f. g. irregulären Servituten nach Römischen Recht (1862) S. 81 fg.

* Dig. 8. 3 de *servitutibus praediorum rusticorum*.

Elvers §. 42—44, Böcking §. 170.

§. 211. ¹ Buchta über die Wegservituten des römischen Rechts, civilistische Abhandlungen Nr. 3 und II. Schriften Nr. 4 (1832), Elvers §. 42, Keller §. 165. Vgl. zu dem Folgenden: pr. I. de *serv.* 2. 3, l. 1 pr. 1. 7 pr. D. h. t., l. 13 §. 1 D. de *accept.* 46. 4, l. 4 §. 1 l. 5 §. 1 de *serv.* 8. 1, l. 14

hergerichtete Strafe gewähren², so daß ein Theil des dienenden Grundstücks jeder sonstigen Benutzung entzogen wird, oder ob sie das Recht auf eine solche Ausscheidung eines Theils des dienenden Grundstücks nicht gewähren. In dem einen und dem andern Fall kann der Umfang, in welchem die Benutzung des fremden Raums gestattet ist, noch ein verschiedener sein; maßgebend dafür ist die Willenserklärung, durch welche die Dienfbarkeit begründet worden ist³, im Fall der Begründung der Dienfbarkeit durch Verjährung die Thatfache der Ausübung. Ist bei der Verleihung einer Strafe deren Breite nicht bestimmt worden, so kann nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts eine Strafe gefordert werden, welche in gerader Linie 8, an der Kehre 16 (römische Fuß) breit ist⁴. Auch an einer Wasseroberfläche kann eine Wegegerechtigkeit stattfinden⁵. — Als Formen der Wassergerechtigkeiten werden in den Quellen erwähnt: die Wasserleitungs-⁶,

C. cod. 3. 34. Ueber l. 4 §. 1 D. si *serv.* 8. 5 und l. 1 D. de *adim. leg.* 34. 4 f. Bangerow S. 817. 818, Böcking §. 170 Note 21.

² Eine hergerichtete Strafe nennen die Römer *via*.

³ Dieselbe muß in Gemäßheit der allgemeinen Regeln (§. 84) ausgelegt werden. Steht es fest, daß eine Strafe gemeint ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieselbe zu jedem Gebrauch hat eingeräumt werden sollen, zu welchem Straßen benutzt zu werden pflegen, also nicht bloß zum Gehen, sondern auch zum Reiten, Fahren, Viehtreiben. Die Quellen heben noch ausdrücklich hervor das Recht zum *trahere* (z. B. Steine und Balken) und *hastam rectam ferre* (darüber Bangerow I. S. 320 und die hieselbst Citirten, Böcking §. 170 Note 29). Ist eine Strafe nicht gemeint, so hängt es von den gebrauchten Ausdrücken (Fußweg, Fahrweg, Viehtritt etc.) ab, wie weit die Befugniß des Berechtigten geht. Die römischen Bestimmungen über den Inhalt von *iter* und *actus*, daß im *iter* auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, im *actus* auch das Recht, mit Wagen zu fahren, enthalten sei, sind als solche heutzutage unanwendbar; für uns kann nur die Willensmeinung des Verleihenden entscheidend sein, und wer möchte z. B. behaupten, daß der einen *Fußweg* Einräumende im Zweifel auch das Recht zu reiten verleihe wollte? Doch sind die Meinungen hierüber getheilt. Vgl. Sommer Arch. f. civ. Pr. III. 20 (1820), Genster das. VI. 20 (1821), Seuffert Erörterungen II. S. 56. 57. S. IV—XIV (1821), Buchta §. 185 f., Bangerow I. S. 821, Sintenis I. S. 63 Note 14—16, Arnbt §. 186 Anm. 2 a. E., Keller S. 322, Seuff. Arch. I. 180. IV. 13. V. 5. X. 136. XII. 127.

⁴ L. 8. 13 §. 2. 3 l. 23 pr. D. h. t.

⁵ *Servitus navigandi*, l. 23 §. 1 D. h. t.

⁶ *Servitus aquaeductus, aquae ducendae* (pr. I. de *serv.* 2. 3, l. 1 pr.

Wasserschöpf⁷, die Viehtränkgerechtigkeit⁸. — Die Weidgerechtigkeit hat ihre besondere Wichtigkeit und so auch ihre besondere rechtliche Ausbildung erst in Deutschland erhalten⁹; im römischen Recht tritt sie keineswegs in den Vordergrund¹⁰.

Audere in den Quellen erwähnte Felddienstbarkeiten sind: das Recht, Holz, Steine, Kalk, Sand, Kreide zc. zc. zum Bedarf des herrschenden Grundstücks von dem dienenden zu nehmen¹¹; das Recht, das fremde Grundstück zum Einsammeln der Früchte, zum Ablagern von Erde, Steinen u. dgl., zur Ableitung von Wasser zu benutzen, auf demselben eine Hütte zu haben¹².

b. Gebäudedienstbarkeiten*.

§. 211 a.

Gebäudedienstbarkeiten sind: das Recht, das von dem Dache abfließende Regenwasser auf das benachbarte Grundstück abfallen

D. h. t.), entweder nur als Recht, ein fremdes Grundstück zur Leitung des Wassers zu benutzen (*iter aquae*), oder auch als Recht, das auf fremdem Grundstück befindliche Wasser auf unser Grundstück herüberzuleiten (l. 15. 21. 22 D. h. t., l. 8. 17 pr. §. 1 D. de aqua et aquae 39. 4, Dig. 43. 20 de aqua quotidiana et aestiva). Ueber die Wassergerechtigkeiten vgl. Keffler §. 166.

⁷ *Serv. aquae haustus, aquae hauriendae*, §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 2 §. 1. 2 l. 3 §. 3 l. 9. 20 §. 3 D. h. t., l. 10 D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 14 §. 2 D. de serv. 8. 1.

⁸ *Serv. pecoris ad aquam appulsus s. appellendi*, §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 4. 5 §. 1 l. 6 i. f. h. t., l. 1 §. 18 D. de aqua quot. 43. 20.

⁹ Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 179—182, Mittermaier I. §. 168—170, Gerber §. 145. 146, Beseler II. §. 193.

¹⁰ Erwähnt wird sie (*serv. pascondi oder pasculi*) in §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 3 pr. l. 4 l. 6 §. 1 D. h. t.

¹¹ §. 2 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 3 §. 1 l. 5 §. 1 l. 6 D. h. t.

¹² L. 8 §. 1. 2 l. 6 §. 1 l. 29 D. h. t., l. 2 §. 10 D. de aqua et aquae 39. 3. — Die in l. 15 pr. D. de serv. 8. 1 genannte Dienstbarkeit: „*ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia*“ (vgl. l. 1 §. 28 D. de aqua quot. 43. 20) wird nicht ausdrücklich als Felddienstbarkeit bezeichnet, und kann wenigstens ebensogut als Gebäudedienstbarkeit (zum Schutze eines zu einem Hause gehörigen Brunnens) vorkommen.

* Dig. 8. 2 de servitutibus praediorum urbanorum. Eivers §. 145—149, Böding §. 170.

zu lassen, in Tropfen oder zusammengefaßt in einem Strahle¹; das Recht, sein Gebäude in den Raum, welcher über des Nachbarn Grundstück sich befindet, hineinragen zu lassen, z. B. durch ein Vordach, einen Balcon² zc. zc.; das Recht, sein Gebäude auf ein benachbartes Bauwerk, Mauer, Säule zc. zc. zu stützen³;

¹ *Serv. stillicidii, fluminis*, — *stillicidii, fluminis immittendi, avertendi*, §. 211 a. excipiendi, recipiendi, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 pr. l. 2 l. 17 §. 3 l. 20 pr. §. 2—6 l. 21 l. 28 i. f. D. h. t., l. 9 pr. l. 16 D. si serv. 8. 5, l. 8 D. quib. mod. serv. 8. 6.

² *Servitus protegendi, proiciendi*. L. 1 pr. l. 2 D. h. t., l. 242 §. 1 D. de V. S. 50. 16.

³ *Servitus tigni* (vgl. l. 62 D. de V. S. 50. 16) *immittendi, tignum immisum habendi* (l. 1 pr. l. 2. 6 l. 20 pr. l. 25 pr. l. 27 pr. D. h. t., l. 8 §. 1 D. si serv. 8. 5). Eine Pflicht des Nachbarn, das tragende Bauwerk in gutem Stand zu erhalten, ist dadurch nicht begründet (l. 6 §. 2 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5); allerdings aber kann dieselbe durch besondere Bestimmung bei der Bestellung der Dienstbarkeit begründet werden. In diesem Falle sprechen die Römer von einer *servitus oneris ferendi*, §. 1 I. de serv. 2. 3, l. 1 §. 1 l. 33 D. h. t., l. 5 §. 2 — l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5. Die *serv. oneris ferendi* hat von jeher viel Noth gemacht wegen des in derselben liegenden Widerspruchs gegen den Satz: *servitus in faciendo consistere non potest* (§. 201). Zwar ist die Behauptung aufgestellt worden, es sei gar nicht wahr, daß hier der Eigentümer der dienenden Sache zu einem Thun verpflichtet sei; auch hier fordere die Dienstbarkeit nur ein *pati*, freilich kein bloßes „*Dalkenvorstellen* lassen u. dgl.“, sondern „*ein Aufstiegenlassen, ein Betragenwerden der Last von dem belasteten Grundstücke, also die Eigenschaft dieses als eines tragenden, stützenden*“ (so Böding §. 160 Note 15, ähnlich Buchta Instit. II. 252 o., Sintenis §. 57 Note 4). Aber das kann man doch in der That kaum anders nennen, als wie es Schmidt (von Immenau) Jahrb. b. gem. R. III. S. 258 Note 23 wirklich nennt, „*ein Umgehen der Sache durch den Ausbruch*“. Denn von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden verlangen, heißt weiter nichts, als von dem Eigentümer verlangen, daß er die Mauer in Stand halte, *ut faciat aliquid*, und mit Recht ist Schmidt der Ansicht, daß dafür unwiderleglich die formula actionis: *ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda* (l. 6 §. 2 D. si serv. 8. 5) spreche. Das Richtige ist gewiß allein, wie schon Andere hervorgehoben haben (vgl. außer Schmidt a. a. D. Vangerow I. §. 342 Anm. 2), daß bei der *serv. oneris ferendi* mit dem dinglichen Recht ein obligatorisches nach Art unserer Reallasten verbunden ist; der Verpflichtete in demselben ist der jedesmalige Eigentümer. Aber freilich muß man dabei anerkennen, daß die Römer dieses obligatorische Recht nicht bloß als *servitus* wirklich bezeichnen, sondern auch dem Rechte der *servitus* unterwerfen, obgleich sie sich der darin liegenden Anomalie wohl bewußt sind (l. 6 §. 2 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5).

das Recht, den Unrath aus seinem Gebäude durch einen Abzugscanal über das benachbarte Grundstück hinwegzuschaffen⁴; das Recht, das benachbarte Grundstück über das gesetzliche Maß hinaus durch Rauch, hinüberfliegende Steinsplitter u. dgl. zu belästigen⁵; das Recht, einen Dungplatz in unmittelbarer Nähe an des Nachbarn Mauer zu haben⁶; das Recht, zu verlangen, daß auf des Nachbarn Grundstück gar nicht oder nicht über eine gewisse Höhe hinaus gebaut werde⁷, daß dem herrschenden Grundstück Licht⁸

In diesem Sinne liegt also in der *serv. oneris ferendi* allerdings eine Ausnahme von dem Satze: *servitus in faciundo consistere non potest*; nicht als wenn es nach dem Begriffe der Dienstbarkeit eine Dienstbarkeit auf ein Thun von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache geben könnte, — sondern es wird hier als Dienstbarkeit behandelt, was in der That Dienstbarkeit nicht ist. Nur durch diese anomale Verbeziehung des Rechtes der Dienstbarkeit wurden die Römer auch über das Bedenken hinausgehoben, welches für sie darin liegen mußte, daß durch Privatwillkür der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstücks sollte verpflichtet werden können. — Mühlenbruch (*Arch. f. civ. Pr. XIV. 14* [1831]) sucht eine Vermittlung für das Anomale der *ser. oneris ferendi* in dem Rechte der *cautio damni infecti*, welches man auf Grund des bei der Bestellung der Servitut erklärten Willens in dieselbe hineingetragen habe; aber wenn auch das Recht der *cautio damni infecti* zur Erklärung der Reparaturpflicht ausreichte, so würde doch immer die Frage ungelöst bleiben, aus welchem Grunde man denn dieses Recht in die Servitut hineingetragen habe. Mir scheint mit dieser Erklärung ebensowenig etwas gewonnen zu sein, als wenn Ebers S. 55 fg. auszuführen sucht, daß das Charakteristische bei der *serv. oneris ferendi* eigentlich in dem Verbote eigenmächtiger Reparatur von Seiten des Servitutberechtigten liege, und die Pflicht des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Reparatur nur eine Folge davon sei.

⁴ *Serv. cloacae mittendae*, l. 7 D. de *serv. 8. 1.*, l. 1 §. 4. 6 D. de *cloacis. 48. 23.* Scuff. *Arch. IV. 209.*

⁵ L. 8 §. 5. 7 D. si *serv. 8. 5.* Vgl. §. 169 Note 6. 7.

⁶ L. 17 §. 2 D. si *serv. 8. 5.* Vgl. §. 169 Nr. 5.

⁷ *Serv. ne altius tollatur, altius non tollendi*, §. 1. 4 I. de *serv. 2. 3.*, l. 2. 6. 12. 21. 32 D. h. t., l. 16 D. si *serv. 8. 5.*, l. 9 C. de *serv. 3. 34.*

⁸ *Serv. ne luminibus officiat*, §. 1 I. de *serv. 2. 3.*, l. 4. 6. 15. 17 pr. — §. 2 l. 22. 23 pr. l. 31 D. h. t., l. 16 D. *comm. praed. 8. 4.*, l. 15 D. si *serv. 8. 5.* — Unterschieden wird in den Quellen von der *serv. ne luminibus officiat* noch die *serv. luminum*, welche darin bestehen soll „ut vicinus lumina nostra excipiat“. Am Einfachsten wird dieß ohne Zweifel von dem Recht verstanden, in fremder Mauer ein Fenster haben zu dürfen (vgl. l. 8 C. si *serv. 3. 34.*, auch l. 40 D. h. t., Scuff. *Arch. X. 16*); doch sind die Meinungen über diese Frage unendlich verschieden, s. Bangerow I. §. 342 Anm. 1, Böcking II. S. 298. — In Deutschland, wo das Recht, Fenster nach des

oder Aussicht⁹ nicht verbaut werde. Wenn in den Quellen auch Dienstbarkeiten gerade entgegengesetzten Inhalts genannt werden, auf Höherbauen, Verbauen der Aussicht, auf Nichtabfallenlassen der Dachtraufe¹⁰, so sind dieselben gegenüber localrechtlich begründeten gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen zu denken¹¹.

Nachbarn Grundstück hinaus zu haben, vielfach particularrechtlich beschränkt ist (vgl. übrigens auch die nicht glossirte l. 12 C. de *aedif. priv. 8. 10* in §. 3), sind von Wichtigkeit auch die Dienstbarkeiten, wodurch ein weiter gehendes Fensterrecht begründet wird. Vgl. Mittermaier deutsch. *Privatr. I. §. 67* Nr. 9, Bessler deutsch. *Privatr. II. S. 106. 107*, Scuff. *Arch. II. 139. VI. 15. XIV. 13*, und über das Fensterrecht überhaupt Pfeiffer *pract. Ausführungen IV. 1. VII. 10.*

⁹ *Serv. ne prospectui officiat, prospiciendi*, §. 2 I. de *act. 4. 6.*, l. 3. 12. 15. 16 D. h. t. Noch weiter geht die in l. 17 §. 1 D. si *serv. 8. 5* erwähnte Dienstbarkeit, „ut in eo loco positum habere ius Seio non esset“.

¹⁰ *Serv. altius tollendi, officendi luminibus vicini, stillicidii non avertendi* Gai. II. 31. IV. 3, §. 2 I. de *act. 4. 6.*, l. 2. 21 D. h. t., l. 2 pr. D. de *S. P. R. 8. 2.*, l. 7 §. 1 D. *comm. praed. 8. 4.*, l. 26 pr. de *exc. rei iud. 44. 2.*

¹¹ Wie die in l. 2 §. 10 D. de *aqua et aquae 39. 3* erwähnte Dienstbarkeit gegenüber der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung in Betreff des Abflusses des Regenwassers. Ein die Baufreiheit beschränkendes Gesetz erließ J. B. R. Zeno für Constantinopel (l. 12 C. de *aed. priv. 8. 10*), welches später von Justinian auf alle Städte des Reiches ausgedehnt wurde (l. 13 eod.). Warum die römischen Juristen bei der Auswahl ihrer Beispiele von Dienstbarkeiten nicht auch auf solche localrechtliche Bestimmungen hätten Rücksicht nehmen können, ist nicht abzusehen. Vgl. S. Witte *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. S. 396* fg., Arnbt's §. 185 Anm. 6 und die bei Bangerow I. S. 834 unt. und S. 835 ob. Citirten. — Andere haben für die erwähnten Dienstbarkeiten andere Erklärungen gesucht. Die verbreitetste (mehrfach auch mit der hier vertheidigten verbundene) Ansicht geht dahin, daß dieselben zu denken seien als das Resultat der (vollständigen oder, nach Andern, theilweisen) Wiederanshebung einer Dienstbarkeit des entgegengesetzten Inhalts, einer *servitus altius non tollendi* etc., vgl. namentlich Bangerow I. §. 342 Anm. 3 und die daselbst S. 831 Citirten, Ebers §. 39, Böcking §. 171 s—z. Ich will diese Auffassung nicht als unmöglich bestreiten; aber sie macht dem römischen Recht den Vorwurf einer Begriffsnachlässigkeit, da das Dienstbarkeitsrecht als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück wohl erscheinen mag (§. 209 Note 2), aber eine solche nun einmal nicht ist; bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ist dieß anders, durch dieselbe wird in der That dem Eigenthumsrecht ein anderer Inhalt gegeben. Deswegen glaube ich, daß man zu dieser Erklärung (obgleich sie durch Theophilus zu §. 1 I. de *serv. 2. 3* unterstützt wird) ohne Noth nicht greifen soll, welche mir nach dem

IV. Begründung der Dienstbarkeiten.

A. Durch den Willen des Eigenthümers*.

§. 212.

Unter den Thatsachen, durch welche Dienstbarkeiten begründet werden können, ist von vorzugswesiger Wichtigkeit die Willenserklärung des Eigenthümers. Dieselbe kann eine letztwillige oder eine Willenserklärung unter Lebenden sein; an diesem Orte ist nur von der letzteren zu handeln (vgl. §. 171).

Die Willenserklärung unter Lebenden, daß eine Dienstbarkeit entstehen solle, setzt, wie die auf Eigenthumsübertragung gerichtete, damit sie ihren Zweck erreiche, eine übereinstimmende Willenserklärung auf Seiten desjenigen voraus, für welchen die Dienstbarkeit entstehen soll; auch hier ist ein Begründungsvertrag erforderlich. Für diesen Vertrag gilt, abgesehen von den Grundsätzen, welche für alle Verträge maßgebend sind, Folgendes.

1) Die Dienstbarkeit wird durch den Vertrag als solchen erzeugt; derselbe bedarf nicht, wie der Eigenthumsübertragungsvertrag, der Vollenbung durch die Besitzereinräumung¹.

oben Gesagten nicht vorzuliegen scheint. Jedenfalls wird man, wenn man dieser Ansicht huldigt, sich darüber entscheiden müssen, ob man die durch eine solche Wiederaufhebung einer Dienstbarkeit begründeten Berechtigungen auch dem Rechte der Dienstbarkeiten unterwerfen, oder ob man sie sich nur formell als Dienstbarkeiten, materiell aber als „wirkliche Behauptungen der Eigenthumsfreiheit“ denken will (so Böcking a. a. O. §. z.). Im Grundgedanken kommt mit der hier zurildgeordneten Ansicht die von Scheurl Zeitschr. f. gesch. RW. XII. S. 255—257 aufgestellte überein, welcher die fraglichen Dienstbarkeiten auf eine vertragmäßige Anerkennung der Eigenthumsfreiheit „in Form einer Servitutbestellung“ zurückführt. S. Pernice commentationes iuris Romani duas p. 149 denkt bei der serv. altius tollendi an eine Benutzung des benachbarten Hauses zum Zweck des Baues. Verschiedenes verbindet Keller §. 172. Noch andere Ansichten bei Bangerow I. S. 835 lit. e. d.

* Elvers §. 63—66.

1. 212. 1 Dieß ist jetzt die herrschende Meinung (dafür auch die Entscheidung bei Seuff. XII. 130, dagegen das. XV. 5), welche gegenüber der früher allgemein anerkannten entgegengesetzten nach dem Vorgange Savigny's zuerst in eingehender Weise verteidigt worden ist von E. I. Schmidtlein de servitutibus per pactum constitutendis (1823) und Arch. f. civ. Pr. IX. 9 (1826), nach demselben von

2) Nicht bloß der Eigenthümer kann die Sache einer Dienstbarkeit unterwerfen, sondern auch der Emphyteuta und der Super-

Nichelsen Arch. f. civ. Pr. VIII. 14 (1825), Haffe Rhein. Mus. I. S. 64—144 (1827), Warkönig Arch. f. civ. Pr. XII. 4 (1829), und in der neuesten Zeit von Schmidt (von Ilmenau) Jahrb. d. gem. R. III. 9 (1859); vgl. auch Elvers §. 64, Sintenis I. §. 64 Note 15, Keller §. 181. Theilweise haben sich für diese Ansicht erklärt Zimmern Arch. f. civ. Pr. VII. 17 (1824), Fuß Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. X. 3 (1853). Als Gegner derselben sind aufgetreten namentlich Franke civil. Abhandlungen Nr. 3 (1826), Bangerow I. S. 855—866 (dessen Hauptgrund auch jetzt noch ist, daß durch Vertrag bloß eine Obligation begründet werden könne), Brinz S. 272—274. Man bemerke über diese Frage Folgendes. In unseren Quellen werden als Formen der Begründung von Dienstbarkeiten neben einander genannt a) die Tradition, b. h. die Einräumung der, in Folge davon wirklich erfolgenden, Ausübung (l. 11 §. 1 D. de Publ. G. 2, l. 25 §. 7 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. quib. modis usufr. 7. 4, l. 3 D. si usufr. 7. 6, l. 20 D. de serv. 8. 1, l. 1 §. 2 D. de S. P. R. 8. 3); b) pacta et stipulationes (§. 4 I. de serv. 2. 3, §. 1 I. de usufr. 2. 4, l. 3 pr. l. 25 §. 7 D. de usufr. 7. 1, vgl. auch l. 3. 14 C. de serv. 3. 34). Das erklärt sich so. Die ursprüngliche Form der Bestellung von Dienstbarkeiten war die mancipatio (bei serv. praediorum rusticorum) und die in iure cessio (bei allen). Wo diese Formen nicht anwendbar waren, wie bei Provinzialgrundstücken, half man sich dadurch, daß man der formlosen Bestellung eine Strafstipulation für den Fall, daß die Ausübung der Dienstbarkeit gestört werden sollte, hinzufügte (Gai. II. 28—32). Dadurch erreichte man ursprünglich nur factische Sicherheit; im Laufe der Zeit aber wurde in dieser Verbindung des formlosen Bestellungsvertrages mit der Strafstipulation eine wirkliche Begründung des Rechtes der Dienstbarkeit gefunden (das Resultat der pacta und stipulationes wird übereinstimmend bei Gai. II. 31, in §. 4 I. de serv., §. 1 I. de usufr., l. 3 pr. D. de usufr. als ein „constituere“ der Dienstbarkeit bezeichnet, und in l. 25 §. 7 D. de usufr. heißt es, daß der Nießbrauchersclave dem Nießbraucher erwerbe, möge der Nießbrauch „iure legati constitutus“ sein, oder „per traditionem vel stipulationem vel alium quemque modum“). Neben dieser Entwicklung ging aber eine andere einher. Während noch Gajus die Tradition, als körperliche Uebergabe, bei den Dienstbarkeiten als unkörperlichen Sachen für unmöglich erklärt, erkannte man, daß, wenn man sie als Einräumung der tatsächlichen Willensmacht fasse, die Dienstbarkeiten ihr keineswegs verschlossen seien (vgl. l. 20 D. de serv. 8. 1), und in derselben Weise, wie es feststand, daß durch Tradition Eigenthum übertragen werde, wenn auch nicht immer civilrechtliches, ließ man sie auch bei den Dienstbarkeiten als genügenden Ersatz für mancipatio und in iure cessio zu, allerdings nicht nach den Anforderungen des Civilrechts, aber doch so, daß der Schutz des Prätors einzutreten habe. In die Justinianische Compilation sind die Resultate beider Entwicklungen aufgenommen worden, und es fragt sich nun, was denn

ficiar; diese freilich nur für die Dauer ihres Rechts². Der Miteigentümer kann seinen Theil des Eigenthums mit einem Nießbrauche belasten; untheilbare Dienstbarkeiten dagegen kann er nur in Gemeinschaft mit den andern Miteigentümern begründen³. Für den Fall, wo ein Nichteigentümer eine Dienstbarkeit bestellt hat und hinterher das Eigenthum erwirbt, müssen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen, wie für den entsprechenden Fall der Eigenthumsübertragung⁴.

3) Daß nur ein handlungsfähiger Eigentümer eine Dienstbarkeit begründen kann, versteht sich von selbst. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot steht auch der Begründung einer Dienstbarkeit entgegen⁵.

heutzutage practisch anzuwendendes Recht sei. In dieser Beziehung ist zu bemerken: a) die Quellen sagen jedenfalls auch, daß die Dienstbarkeiten durch *pacta et stipulationes* begründet werden können; wenn andere Stellen von der Tradition reden, so thun sie dies nicht, um dieselbe für unbedingt notwendig zu erklären. b) Die *stipulatio* war nicht das die Dienstbarkeit eigentlich Begründende; sie hatte nur die Bedeutung, das wirkliche Vorhandensein und die Ernsthaftigkeit des auf die Begründung einer Dienstbarkeit gerichteten Willens zu constatiren. Da wir nun „diese *stipulatio pœnas* weder der Form noch der Sache nach in unsere Praxis aufgenommen haben, so tritt bei uns einfach derjenige Vertrag an die Stelle, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des Rechts gerichtet ist“ (Schmidt a. a. D. S. 285). — Andere (so auch Buchta S. 187. 192, Arnolds S. 191 Anm.) beziehen die Stellen, welche von der Tradition reden, im Sinne des Justinianischen Rechts auf den Fall der Bestellung durch den Nichteigentümer, indem sie annehmen, durch dieselben solle für diesen Fall Tradition als Voraussetzung der *Publiciana confessoria actio* bezeichnet werden. Aber dem steht entgegen, daß der Schutz des redlichen Erwerbes eben auch nur redlichen Erwerb voraussetzt, also nicht, als was auch das Recht zu begründen im Stande ist (vgl. §. 199 Note 9). — Particularrechtlich ist für die Begründung der Dienstbarkeit Eintragung in das Grundbuch erforderlich, obgleich das Grundbuchsystem (§. 171 Note 2) keineswegs überall auf die Dienstbarkeiten erstreckt ist. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. II. §. 97 Note 7. 9, III. §. 193 Note 1.

² L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, 1. 1 §. 9 D. de superfl. 43. 18.

³ C. §. 205 Note 7 und in der ganzen zweiten Hälfte, §. 209 Nr. 8. Die Willenserklärungen der mehreren Miteigentümer brauchen nicht gleichzeitig zu sein; nur darf in der Zwischenzeit keine Veränderung in den Personen (durch Veräußerung oder Erbgang) eingetreten sein. L. 18 D. comm. praed. 8. 4 (dazu neueste Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. f. IV. S. 306—313), 1. 6 §. 2 od., 1. 11 D. de S. P. R. 8. 3, vgl. 1. 3 D. de serv. leg. 33. 3.

⁴ C. §. 172 Nr. 1.

⁵ L. 7 C. de reb. al. 4. 51.

4) Der Eigenthümer kann nicht genöthigt werden, eine Dienstbarkeit zu bestellen. Dies erleidet eine Ausnahme bloß für den Fall, wo einem Grundstück der Zugang zu der öffentlichen Straße versperrt ist; der Eigenthümer kann hier von dem Eigenthümer der dazwischen liegenden Grundstücke Bestellung einer Wegegerechtigkeit verlangen⁶.

5) Erwerben kann eine Grunddienstbarkeit nur, wer zur Vertretung des Grundstücks, an welches die Dienstbarkeit angeknüpft werden soll, befugt ist. Dies ist außer dem Eigenthümer der *Emphyteuta* und der *Superficiar*⁷. Steht das Grundstück im Miteigenthum, so ist die Willenserklärung aller Miteigentümer erforderlich⁸.

⁶ In den Quellen ist dies nur für das *iter ad sepulchrum* anerkannt, l. 12 pr. D. de rel. 11. 7; die Ausdehnung beruht auf einer unbezweifelbaren Praxis. S. Glück IX. S. 101 und Seuff. Arch. I. 77. 321 (vgl. IV. 204) VI. 156. XIII. 211. XIV. 114.

⁷ Ausgeschlossen ist der Nichteigentümer, l. 6 pr. 1. 8 D. comm. praed. 8. 4, 1. 6 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. Ausgeschlossen ist ferner der Nießbraucher, l. 15 §. 7 D. de usufr. 7. 1. Die Zulassung des *Emphyteuta* und des *Superficiars* ist in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt; aber man wird sich ihr nicht entziehen können (dafür auch die Entscheidung bei Seuffert VII. 155). Können diese Personen das Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren, so können sie es auch mit Dienstbarkeiten bereichern; die Beschränkung aber auf die Dauer ihres Rechts, welche in jenem Falle gilt, muß hier wegfallen, eben weil sie das Grundstück nicht beschweren, dem Eigenthümer nichts nehmen, sondern ihm etwas zuführen. Schwierig ist die Beantwortung der Frage, ob auch der redliche Besther eine Dienstbarkeit für das Grundstück erwerben kann. Man wird sagen müssen: da derselbe dritten schlechter Berechtigten gegenüber als Eigenthümer gelte, so müsse er ihnen gegenüber auch die ihm für das Grundstück bestellten Dienstbarkeiten geltend machen können; aber für die Behauptung, daß dieselben dem Grundstück wirklich erworben seien, also auch dem Eigenthümer zu Gute kommen, sehe ich keinen Anhalt. Vgl. Evers S. 693—696.

⁸ Es gelten hier dieselben Grundsätze, wie für den Fall, wo ein im Miteigenthum stehendes Grundstück mit einer Dienstbarkeit beschwert werden soll, l. 18 D. comm. praed. 8. 4.

⁹ L. 4 D. de serv. 8. 1 lautet: „*Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quamdiu volam) constitui possunt. Sed tamen, si haec adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutum vindicanti*“. Dieser Ausspruch bezieht sich nur auf Grunddienstbarkeiten; denn f. Vat. fr. §. 48—50. 52, und vgl. 1. 16 §. 2 D. fam. herc. 10. 2, 1. 5. 12 C. de usufr.

6) Die Bestellung einer Dienstbarkeit kann auch unter einer Bedingung, Befristung oder Voraussetzung erfolgen⁹.

7) Ein besonderer Fall der Bestellung der Dienstbarkeit ist der, wo dieselbe bei der Eigenthumsübertragung vorbehalten wird¹⁰. Das Rechtsverhältniß ist hier nicht, wie das Wort andeutet, so zu denken, daß der Eigenthümer das Eigenthum mit Ausnahme der Dienstbarkeit weggäbe, also in der Dienstbarkeit einen Theil dessen behielte, was er auch bisher gehabt hat; denn er hat die Dienstbarkeit, welche etwas qualitativ Anderes ist, als das Eigenthum, bisher gar nicht gehabt¹¹. Sondern die Dienstbarkeit wird bei der Eigenthumsübertragung neu begründet, und zwar ist der sie Auflegende nicht der Uebergeber, sondern der Empfänger des Eigenthums¹².

8. 33. Auch für Grunddienstbarkeiten gilt er nicht, was die letztwillige Bestellung derselben angeht, l. 3 D. de serv. leg. 33. 4. Sein Grund bleibt dunkel; aus der ursprünglichen Bestellungsform der Dienstbarkeiten durch in iure cessio kann er nicht erklärt werden, denn s. Vat. fr. §. 50. Was die auflösende Bedingung und Befristung angeht, so darf er als durch die Gesamtentwicklung des römischen Rechts beseitigt angesehen werden (§. 90 Note 4, §. 96 Note 6). So erscheint es nicht zu gewagt, auch der aufschiebenden Bedingung und Befristung bei der Dienstbarkeitsbestellung im heutigen Recht directe Wirkung zuzuschreiben. Vgl. Schrader civil. Abhandlungen S. 324—332, Bangerow I. S. 809, Eibers §. 19, Sintenis I. §. 64 Note 16, Keller S. 317.

¹⁰ Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem deducere, detrudere, excipere, recipere der Dienstbarkeit. S. l. 32. 36 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 34 D. de S. P. U. 8. 2, l. 30 D. de S. P. R. 8. 3, l. 3. 5. 6 pr. §. 3 l. 7 pr. 1. 8. 10 D. comm. praed. 8. 4, l. 22 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 7 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 126 §. 1 D. de V. O. 45. 1. Von diesem Fall handelt die Inauguraldissertation von Ferd. Ruther: in fr. VI. communia praediorum commentatio (1858). Außerdem ist zu vergleichen Dernburg Pfandrecht I. S. 272 fg.

¹¹ §. 200 Note 3. A. M. Bilschel civilr. Erörterungen I. 2 S. 73 fg. (2. Aufl. S. 187 fg.).

¹² In den Quellen heißt es zwar, daß der Uebergebende Eigenthümer die Dienstbarkeit „imponit“, „iniungit“, daß er das Grundstück „servum facit“. Aber einerseits lassen sich diese Ausdrücke doch auch so verstehen, daß sein Wille bestimmend sei für den Willen des Empfängers, welcher, indem er die Sache unter der von dem Uebergebenden hinzugefügten Maßgabe hinnimmt, seinen Willen dahin erklärt, daß die Dienstbarkeit entstehen solle. Und andererseits ist die Annahme, daß der Empfänger es sei, welcher die Dienstbarkeit bestellt, erstens begriffsmäßig nothwendig; denn der Eigenthümer kann die Sache nicht mit einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunsten belasten. Man könnte sagen,

Ein Vorbehalt dieser Art kann auch stillschweigend gemacht werden^{13 14}.

B. Durch Ersizung*.

§. 213.

Dienstbarkeiten können auch wie das Eigenthum durch fortgesetzten Besitz begründet werden¹. Hierüber ist Folgendes zu bemerken.

er belaste sie in dem Momente, wo er Eigenthümer zu sein aufhöre; aber in diesem Momente ist er auch unfähig, die Sache zu belasten. Er kann nicht für denselben Act als Eigenthümer und Nichteigentümer gelten. Zweitens ist jene Annahme geboten durch den Inhalt unserer Quellen. Nach l. 1 §. 4 l. 2 D. de reb. oor. 27. 9 entsteht kein Pfandrecht, wenn einem Minderjährigen etwas zu Eigenthum mit Vorbehalt eines Pfandrechts übertragen wird. Also ist der Minderjährige der Verleihende; er bekommt nicht die Sache als beschwerte, sondern er beschwert sie, indem er sie bekommt. Der Schluß von dem Pfandrechte auf die Dienstbarkeit aber ist ein unabweislicher. An diesem Fall tritt zugleich das practische Interesse der Frage hervor (s. außerdem §. 246 Note 11 a. G.). Vgl. übrigens auch l. 8 D. comm. praed. 8. 4, und Scuff. Arch. IV. 207.

¹³ Hierher gehört namentlich der Fall, wo von zwei Grundstücken eines veräußert wird, von denen das eine dem andern durch eine äußere Veranstaltung factisch dient. Vgl. l. 36. 37 D. de S. P. R. 8. 3. Näher ist dieser Punkt entwickelt in dem französischen Gesetzbuch Art. 692—694. Scuff. Arch. XI. 18. 121. XIII. 212.

¹⁴ Vorbehalt zu Gunsten eines Dritten? L. 5 l. 6 pr. l. 8 D. comm. praed. 8. 4, l. 36. 37 D. de S. P. R. 8. 3. Form? Im römischen Rechte war dieselbe gedeckt, wenn die Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio, nicht, wenn dieselbe durch traditio erfolgte. Gai. II. 33, Vat. fr. 47. 50.

* v. Sedendorff Arch. f. civ. Pr. IV. 11 (1821), Hesse Rhein. Mus. II. S. 394 fg. (1828), Bessel Arch. f. civ. Pr. XIII. 19 (1830), E. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civil. Versuche Nr. 1 (1836), Busch Arch. f. civ. Pr. XXXI. 6. 12 (1848), Th. Ruther die Ersizung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten (1852); Unterholzner Verjährungslehre II. §. 187—216, Bangerow §. 351, Eibers §. 68. I. 213.

¹ Im älteren römischen Rechte gab es eine usucapio servitutum; diese wurde durch eine lex Scribonia (unbekannt wann? vgl. Rudorff röm. Recht. I. S. 72) aufgehoben, l. 4 §. 29 D. de usurp. 41. 3, vgl. l. 14 pr. D. de serv. 8. 1, l. 43 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 9 D. de usurp. 41. 3. (Ueber die Frage, ob diese usucapio sich auf alle Dienstbarkeiten bezogen habe, oder nur auf die Gebäudedienstbarkeiten s. Unterholzner §. 196, Ban-

1) Der Besitz der Dienstbarkeiten besteht in ihrer Ausübung, d. h. darin, daß derjenige Willensinhalt zur thatsächlichen Herrschaft gebracht wird, welcher in seiner rechtlichen Anerkennung das Dienstbarkeitsrecht ausmacht. Das Nähere hierüber ist in §. 163 vorgetragen worden².

2) Der Besitz muß die Erfindungszeit hindurch ununterbrochen fortgebauert haben; über den Verlust des Besitzes der Dienstbarkeiten ist ebenfalls an dem angeführten Orte gehandelt worden³. Der Besitz muß ferner ungestört fortgebauert haben;

gerow I. S. 867. 868 und die von diesen Schriftstellern Citirten, ferner Schmidt (v. Kamenau) Jahrb. d. gem. R. III. S. 247. 248). Die im spätern Recht anerkannte Erfindung der Dienstbarkeiten beruht auf der magistratischen Jurisdiction, welche dem „diuturnus usus“, der „longa quasi possessio“, der „longa consuetudo“ der „longi temporis consuetudo“ ihren Schutz gewährte. Von dieser späteren Erfindung handeln l. 10 pr. D. si serv. 8. 5, l. 1 §. ult. D. de aqua et aquae 39. 3, l. 5 §. 3 D. de itin. 43. 19, l. 28 D. de S. P. U. 8. 2, l. 25 D. quemadm. serv. 8. 9, l. 1. 2 C. de serv. 3. 34. Der Ausdruck 'praescriptio' wird auf diese Erfindung nicht angewendet. — Die l. 10 §. 1 D. de usurp. 41. 3 („Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint“) ist durch Versetzen in die Pandekten ausgenommen worden; die Compileratoren glaubten hier, wie sonst, Alles gethan zu haben, wenn sie 'usucapi' in 'longo tempore capi' änderten. Vgl. Unterholzner S. 144, Vangerow I. S. 870.

² Vgl. namentlich die Noten 3—6 das.

³ S. Note 7. 8. Besonders zu beachten ist das in Note 8 Gesagte, wonach der Besitz der auf einzelne, sich wiederholende Handlungen gerichteten Dienstbarkeiten auch dadurch verloren werden kann, daß diese Handlungen eine längere Zeit hindurch unterlassen werden; das Nähere ist dem Ermessen des Richters anheimzugeben, Seuff. Arch. IX. 129. Andere sind in Betreff dieser Dienstbarkeiten (s. g. servitutes discontinuae) strenger. So wird verlangt wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahre (Passe S. 408, Seuff. Arch. I. 408 a. C.); bei Wegegerechtigkeiten in Gemäßheit des für den Besitzschutz vorgeschriebenen sogar 30malige Ausübung in jedem Jahre (Muther §. 80. 86, vgl. Passe S. 408, Hoffmann S. 17). Noch Andere wollen bei Dienstbarkeiten der genannten Art die Erfindung ganz ausschließen und nur unvorbenkliche Verjährung zulassen (Flach Entscheidungen des D. A. G. zu Wiesbaden II. S. 1—3, unter Berufung auf die Praxis des D. A. G. zu Wiesbaden, und die von Pfeiffer pract. Ausführungen II. S. 116 und VII. S. 256 bezeugte Praxis des D. A. G. zu Cassel, vgl. jedoch auch Seuff. Arch. XI. 124); dagegen Savigny IV. S. 498—505, Muther §. 3—7, Vangerow S. 870, Seuff. Arch. I. 178. Vgl. überhaupt Busch S. 256—268.

durch Erhebung des Processus wird die Dienstbarkeitserfindung in derselben Weise wie die Eigenthumserfindung unterbrochen⁴.

3) Der Besitz muß kein fehlerhafter gewesen, d. h. die Ausübung muß offen, ohne Widerspruch des Eigenthümers, und nicht in Folge bloßer Vergünstigung desselben geschehen sein⁵. Nach heutigem Recht ist außerdem guter Glaube des Erfindenden erforderlich⁶, nicht aber eine besondere Rechtfertigung dieses guten Glaubens, so daß vielmehr die Unredlichkeit des Bewußtseins des Erfindenden von der Gegenseite nachgewiesen werden muß⁷.

⁴ Dafür spricht 1) die Analogie der technisch so genannten longi temporis praescriptio; 2) die l. 2 C. de ann. exc. 7, 40, welche ihrem wahren Gedanken nach auch auf diesen Fall bezogen werden muß (vgl. §. 180 Note 7). Entscheidend aber ist 3) der Gesichtspunkt, daß durch die Erhebung des Processus der Besitz ein fehlerhafter wird; was fortan geschieht, ist vi factum (s. die selbende Note).

⁵ L. 10 pr. D. si serv. 8. 5: — „utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario (possidisse)“. L. 1 §. ult. D. de aqua et aquae 39. 3: — „ut . . . qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videntur“. Daß hier unter 'vis' nicht körperliche Vergewaltigung zu verstehen sei, zeigt schon die Zusammenstellung mit dem 'clam'; es kommen hier die Grundsätze des interd. de itinero actus privato (§. 164 Nr. 5) und des interd. quod vi aut clam (l. 1 §. 5 — l. 3 §. 6 quod vi aut cl. 43. 24) zur Anwendung. Vgl. Unterholzner §. 211; a. M. Esvers S. 746. Seuff. Arch. IV. 15. VI. 154. X. 235. Zum Begriff des clam: das. IX. 130. XII. 251. Was den Beweis angeht, so braucht der Erfindende nicht die Abwesenheit der genannten Besitzesfehler darzuthun; es genügt, daß die nachgewiesenen Besitzeshandlungen sich nicht als fehlerhafte darstellen. Unterholzner S. 184, Passe S. 410 fg. (der aber für die Öffentlichkeit Beweis allerdings verlangt), Busch S. 245—256, Vangerow I. S. 872. Seuff. Arch. I. 408.

⁶ Auf Grund der Vorschrift des canonischen Rechts in c. 20 X. de praeser. 2. 26. Doch wird dieß nicht von Allen anerkannt, so nicht von Buchta §. 188, Brinz S. 275 unt., während umgekehrt Andere der Ansicht sind, daß bereits das römische Recht bona fides erfordert habe. Vgl. Unterholzner S. 173—175, Passe S. 417 fg., Busch S. 412—421, Muther §. 13 fg., Esvers S. 740—748, Schwarze und Heyne Untersuchungen practisch wichtiger Materien (1844) Nr. 3. Seuff. Arch. I. 408. VIII. 348. IX. 132.

⁷ Es ist kein Titel erforderlich. Daß derselbe vom römischen Rechte nicht verlangt wird, versteht sich von selbst, da dasselbe keine bona fides verlangt (in l. 2 C. de serv. 3. 34 wollen die Worte „eo sciente“ nur auf die Abwesenheit der Heimlichkeit hinweisen, nicht aber, wie man gemeint hat, auf eine stillschweigende Einräumung oder Gestattung des Eigenthümers); aber auch das

4) Die Erfizungszeit beträgt 10 oder 20 Jahre, je nachdem die Partheien, zwischen denen die Erfizung abläuft, ihren Wohnsitz in demselben Obergerichtsbezirk haben oder nicht⁹.

5) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumserfizung (§. 182) müssen auch hier zur Anwendung kommen; dafür ist aber auch hier in gleicher Weise wie beim Eigenthum eine außerordentliche Erfizung anzuerkennen⁹.

6) Durch Erfizung können alle Dienstbarkeiten erworben werden; Ausnahmen, welche man für einzelne hat machen wollen, sind ohne Grund¹⁰.

canonische Recht hat ihn nicht vorgeschrieben. Das Gegentheil wird namentlich von Bessel a. a. O. und Muther §. 13 fg. vertheidigt. Vgl. Unterholzner S. 172, Paffe S. 401—410, Hoffmann a. a. O., Busch §. 10. 12, Bangerow S. 871, Evers S. 740—748. Seuff. Arch. I. 408. IX. 182.

⁹ Paulus R. S. V. 5a. §. 8 sagt zur Erklärung des Ausdrucks 'longum silentium': — „longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur“. In l. 2 C. de serv. 8. 84 heißt es von der Servitutenerfizung: — „servitutum exemplo rerum immobilium tempore quassisti“. Die l. 12 C. de praescr. l. t. 7. 33, welche die Begriffe der praesentia und absentia für die Erfizung bestimmt, schließt mit den Worten: „eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quas in iure consistunt, veluti usufructus et ceterae servitutes“. Eine besondere Erfizungszeit für bewegliche Sachen gibt es hier nicht. Die von Zimmermann in der oben angeführten Abhandlung versuchte Ansicht, daß die Erfizungszeit bei Dienstbarkeiten eine unbestimmte, in jedem einzelnen Fall von dem Richter zu bestimmende sei, hat fast gar keinen Anhang gefunden. Vgl. Unterholzner S. 199—202, Paffe S. 400 Anm. 3, Muther §. 25—28, Evers S. 788—740, Bangerow I. S. 869. 870. Seuff. Arch. I. 480. — Nach Analogie des für die Eigenthumserfizung geltenden ist die Erfizung für vollendet zu erklären mit dem Anbruch des letzten Tages, und bei Grunddienstbarkeiten Vorgesamtenrechnung zuzulassen (§. 180 Note 5, §. 181). Seuff. Arch. I. 823.

⁹ In Betreff des ersten Punktes ist abweichender Meinung Buchta §. 188 m und Vorlesungen zu diesem §. a. G., in Betreff des zweiten Bangerow I. S. 873 und die daselbst Citirten. Dagegen Unterholzner §. 204, Muther §. 11. 12, Evers S. 749. Seuff. Arch. V. 101. 144. XIII. 131.

¹⁰ Man hat ausnehmen wollen: 1) die nicht ständigen, darüber s. Note 3; 2) die persönlichen (Zimmermann a. a. O. S. 111 fg.); 3) die negativen (Bessel S. 410 fg.). Filtz 2 und 3 spricht nichts, dawider l. 12 i. l. C. de praescr. XXX. 7. 33. Vgl. Unterholzner §. 207, Bangerow S. 873, auch Brinz S. 276.

C. In anderer Weise.

§. 214.

Außer durch Bestellung des Eigenthümers und durch Erfizung können Dienstbarkeiten noch durch richterliche Verfügung und unmittelbar durch das Gesetz begründet werden.

Der Richter kann durch seinen Spruch Dienstbarkeiten begründen im Theilungsproceß¹, ferner zum Zweck der Vollstreckung eines Urtheils, welches die Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit auferlegt².

Unmittelbar durch das Gesetz entsteht in gewissen Fällen der Nießbrauch; diese Fälle gehören dem Familienrechte an, und werden daselbst näher erörtert werden³.

V. Aufhebung der Dienstbarkeiten.

§. 215.

1) Wie alle dinglichen Rechte werden die Dienstbarkeiten dadurch aufgehoben, daß die Sache, an welcher sie stattfinden, untergeht oder dem Verkehr entzogen oder von dem Fiscus oder dem Regenten oder seiner Gemahlin veräußert wird, Dienstbarkeiten an wilden Thieren dadurch, daß dieselben ihre natürliche Freiheit wiedererlangen⁴. Die persönlichen Dienstbarkeiten werden

¹ L. 6 §. 1 D. de usufr. 7. 1, l. 16 §. 1. 2 l. 22 §. 3 D. fam. herc. §. 214. 10. 2, l. 18 D. comm. dir. 10. 3.

² Der Richter erklärt in diesem Falle im Voraus die Dienstbarkeit für bestellt, wenn der Beurtheilte die Bestellung nicht vornehmen sollte. Der Richter muß die Befugniß zu einer solchen Ergänzung der Willenserklärung des Beurtheilten in gleicher Weise haben, wie er sie bei der Eigenthumsübertragung hat. Vgl. §. 173 Note 4 und 5, Arnolds §. 188 Nr. 2.

³ Der wichtigste dieser Fälle ist der des Nießbrauchs des Vaters an dem adventiciischen Erwerb der in seiner Gewalt befindlichen Kinder.

⁴ Dig. 7. 4 quibus modis usufructus vel usus amittitur, — 8. 6 quemadmodum servitutes amittuntur.

Buchholz Versuche Nr. 17, Evers §. 70—75.

¹ S. §. 165 Note 3—6. Dagegen gehen die Dienstbarkeiten nicht dadurch unter, daß die dienende Sache aufhört, im Eigenthum zu stehen, wie Böcking §. 159 Note 7, §. 160 Note 18. 19 behauptet. Der Grund dieser

nicht nur durch den Untergang, sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der ihnen unterworfenen Sache aufgehoben².

2) Grunddienstbarkeiten gehen unter mit dem Grundstück, an welches sie angeknüpft sind³, persönliche Dienstbarkeiten gehen unter durch den Tod des Berechtigten⁴. Stehen die persönlichen Dienstbarkeiten einer juristischen Person zu, so hören sie nicht bloß durch deren Aufhebung auf⁵, sondern auch durch den Ablauf von hundert Jahren⁶. Wird jedoch bei der persönlichen Dienstbarkeit Uebergang auf die Erben des Berechtigten aus-

Behauptung, welche mit Ulp. I. 19, l. 1 C. comm. de manum. 7. 15 in Widerspruch steht, ist die §. 200 Note 3 a. E. bezeichnete Auffassung. Vgl. Ewers S. 29. 30.

² „Nicht etwa nach einer besonderen Natur der Personalservitut, sondern nach der Absicht ihrer Constituirung“, Brinz S. 278. So hört der Nießbrauch an einem Hause mit dessen Zerstörung auf, und dauert nicht etwa an dem leeren Plage fort; der Nießbrauch an einem Gewässer dauert nicht nach dessen Austrocknung an dem Grund und Boden fort c. L. 5 §. 2 l. 12 l. 23. 24 pr. l. 30. 31 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 36 pr. D. de usufr. 7. 1, l. 20 §. 2 D. de S. P. U. 8. 2.

³ Vgl. l. 20 §. 2 D. de S. P. U. 8. 2, l. 3 D. quemadm. serv. 8. 6. Gehen sie auch dadurch unter, daß dieses Grundstück von seinem Eigenthümer derelinquirt wird? Ich glaube nicht; sie bestehen einstweilen als subjectlose fort. Der Wille des Derelinquirenden war auf Aufgeben seines Eigenthums gerichtet, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit. A. M. Ewers S. 94, welcher sofortigen Untergang der Dienstbarkeit annimmt, und Böcking §. 161 Note 12, nach welchem die Dienstbarkeit jetzt durch Aneignung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks untergehen kann.

⁴ S. §. 202 Note 4. In gleicher Weise wie der Tod wirkt nach römischem Rechte die capitis diminutio, nach Justinianischem jedoch mit Ausnahme der minima, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 16 §. 2 C. cod. 3. 33. Vgl. §. 55 Note 8.

⁵ L. 21 D. quib. mod. ususfr. 7. 4.

⁶ L. 56 D. de usufr. 7. 1. „An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, neque facile capitis diminutione periturus est: qua ratione proprietates inutilis esset futura, semper abecedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipales? Et placuit, centum annos tuendos esse municipales; quia is finis vitae longaevi hominis est“. L. 8 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 D. de serv. 8. 1. Der ruhenden Erbschaft sind die persönlichen Dienstbarkeiten gar nicht zugänglich gemacht worden, l. 61 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1, l. 6 D. de stip. serv. 45. 3, l. 1 §. 2 D. quando dies usufr. 7. 3, l. 16 §. 2 D. quando dies 36. 3.

drücklich festgesetzt, so ist dieß nicht ungültig⁷, und so kann daher auch eine juristische Person eine persönliche Dienstbarkeit auf einen längeren Zeitraum als den bezeichneten erlangen⁸.

3) Die Dienstbarkeiten gehen dadurch unter, daß Eigenthum und Dienstbarkeitsberechtigung in derselben Hand zusammenkommen⁹,

7 L. 38 §. 12 D. de V. O. 45. 1. „Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agi possit? Et putem posse, licet diversi sint fructus; nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus“. (Vgl. l. 65 D. de V. 8. 50. 16. „Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.“) L. 5 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. „Repeti potest legatus usufructus amissus qualicunque ratione, dummodo non morte; nisi forte heredibus legaverit“. Eine hierher gehörige Entscheidung steht in l. 14 C. de usufr. 3. 33; in dieser Stelle bestimmt Justinian, daß, wenn Jemand bei Vermachung einer Sache seinen Erben den Nießbrauch vorbehalte, dieß im Zweifel nicht dahin zu verstehen sei, daß auch die Erben des Erben den Nießbrauch haben sollten. Vgl. auch l. 38 §. 10. 11 D. de V. O. 45. 1. — Der aufgestellte Satz wird in den Lehrbüchern weniger hervorgehoben, als er verdient. In der That enthält derselbe einen schweren Eingriff in das Princip der Dienstbarkeitslehre, ja die Grundlage derselben ist mit ihm verlassen (vgl. §. 201 zu Note 7). Das ist deswegen nicht weniger wahr, weil die römische Jurisprudenz die Dienstbarkeit in der Person der Erben jedesmal neu entstehen ließ (s. die oben citirten Pandektenstellen); darin lag nur eine formale Verohnung mit dem aufgegebenen Princip. Uebrigens war der Schritt, welchen die römische Jurisprudenz mit der Anerkennung jenes Satzes that, ein nothwendiger geworden, seit das Recht des Emphyteuta und des Superficiars als dingliches Recht ausgebildet war; es hatte keinen Sinn mehr, die Einräumung dieses Rechtes zu gestatten, und die Einräumung eines erblichen Nießbrauchs zu verbieten.

⁸ Das ist namentlich für Deutschland wichtig, wo vielfach Nutzungs- und Gebrauchsrechte vorkommen, welche von einer juristischen Person oder von den sämtlichen Mitgliedern einer Gemeinde oder sonstigen Genossenschaft in ihrer Mitgliedschaft ohne alle Zeitbeschränkung in Anspruch genommen werden. Auch durch Verjährung kann eine solche zeitlich unbeschränkte Berechtigung begründet werden, wenn es nur unabweisbar ist, daß die Ausübung im Sinne zeitlicher Unbeschränktheit geschehen ist. Vgl. Rittermaier deutsch. Privatr. I. §. 166 Nr. 1, Bluntzli deutsch. Privatr. §. 86 Nr. 2. Seuff. Arch. VIII. 113.

⁹ L. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. „Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit“. §. 3 I. de usufr. 2. 3: — „finitur usufructus, . . . si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur“. L. 3 §. 2 l. 6 pr. D. de usufr. accer. 7. 2, l. 78 §. 2 D. de I. D. 23. 3. Kommt die Dienstbarkeit mit dem Miteigenthum

und leben auch nicht wieder auf, wenn hinterher wieder eine Trennung beider eintritt¹⁰.

4) Auch durch den Willen des Berechtigten können die Dienstbarkeiten aufgehoben werden. Dieser Wille kann unter Lebenden oder auf Todesfall erklärt werden; im ersten Fall muß, damit die Willenserklärung für den Berechtigten bindend sei, Acceptation von der anderen Seite hinzukommen¹¹, welche außer durch den Eigentümer der dienenden Sache auch durch den Emphyteuta und Superficiar geschehen kann¹². Bei Grunddienstbarkeiten ist übereinstimmende Willenserklärung sämtlicher Eigentümer sowohl des herrschenden als des dienenden Grundstücks erforderlich¹³.

zusammen, so erlischt sie theilweise, wenn sie theilbar ist, gar nicht, wenn sie untheilbar ist (§. 209 Note 18).

¹⁰ Jedoch kann eine Verpflichtung zur Wiederherstellung begründet sein, vgl. §. 8. l. 18 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. comm. praed. 8. 4, l. 116 §. 4 D. de leg. I. 30, l. 31 §. 3 D. de aed. ed. 21. 1, aber die Dienstbarkeit kann auch durch richterliche Verfügung wiederhergestellt werden, l. 57 pr. D. de usufr. 7. 1.

¹¹ Im älteren Recht war Rückübertragung der Dienstbarkeit durch in iure cessio (bei Felddienstbarkeiten möglicherweise auch durch mancipatio) erforderlich, Gai. II. 30, Paul. S. R. III. 6 §. 28. 32 (vgl. Schurzl Zeitschr. f. gesch. RW. XII. S. 237—241). Aus dem in iure cedere ist im Justinianischen Rechte ein einfaches cedere oder concedere geworden, §. 3 I. de usufr. 2. 4, l. 21 D. de S. P. U. 8. 2, l. 20 pr. D. de S. P. R. 8. 3, vgl. l. 17 i. f. D. comm. praed. 8. 4, l. 14 §. 1 D. de serv. 8. 1. Allerdings ist in l. 48 pr. 64. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 auch von einem einseitigen Aufgeben des Nießbrauchs („concedere ab usufructu“ „derelinquere usumfructum“) die Rede; aber als Wirkung derselben wird nicht die Beendigung des Rechts, sondern die Beendigung der Verpflichtung des Nießbrauchers bezeichnet. Obenonienig liegt ein Beweis für die Möglichkeit der Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitige Willenserklärung in l. 8 pr. D. quemadm. serv. 8. 6 und l. 4 §. 12 D. de doll. mal. exo. 44. 4 (wie Brinz S. 278 unt. glaubt); diese Stellen erkennen allerdings einen stillschweigenden Verzicht auf die Dienstbarkeit an; aber die Thatsache, in welcher sie denselben ausgedrückt finden, ist eine von der Gegenseite acceptirte Gestattung des Berechtigten. So auch Friz Erläuterungen I. S. 385—392, Ebers S. 766—769, Sintenis I. §. 66 Note 12, Krabts §. 193 Anm. 2; dagegen wieder Wacher Jahrb. f. Dogm. V. S. 243—253.

¹² Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt; es folgt aber aus der Befugniß dieser Personen, die Sache mit Dienstbarkeiten zu beschweren. Vgl. §. 212 Note 7.

¹³ Das Erste sagt l. 34 pr. D. de S. P. R. 8. 3, das zweite folgt daraus,

5) Ueber die Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung s. §. 212 Note 9.

§. 216.

6) Endlich können die Dienstbarkeiten auch durch Verjährung aufgehoben werden¹. Hierfür gelten folgende Regeln. a) Persönliche Dienstbarkeiten und solche Grunddienstbarkeiten, welche zu einzelnen, sich wiederholenden Handlungen berechtigen, werden durch die Nichtausübung während der Verjährungszeit aufgehoben; dagegen ist bei denjenigen Grunddienstbarkeiten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand der herrschenden oder dienenden Sache geben, Erziehung der Freiheit erforderlich².

daß ein Miteigentümer allein dem Grundstück auch keine Dienstbarkeit erwerben kann (§. 209 Note 17).

¹ Unterholzner Verjährungslehre II. §. 217—234; Wirth die libertatis §. 216. usucapio (1854).

² Für die persönlichen Dienstbarkeiten: §. 3 I. de usufr. 2. 3, l. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4; für die Grunddienstbarkeiten: l. 6 (vgl. l. 2) D. de S. P. U. 8. 2. Der Wortlaut dieser letzteren Stelle entspricht übrigens der im Text aufgestellten Unterscheidung nicht. Dieselbe bezeichnet als diejenigen Grunddienstbarkeiten, bei denen usucapio libertatis erforderlich sei, die servitutes praediorum urbanorum; im Einzelnen werden erwähnt die serv. non altius tollendi, die serv. ne luminibus officiat, die serv. tigni immittendi, l. 6. 32 D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 4 §. 29 D. de usurp. 41. 3. Wenn jedoch oben (§. 210 Note 2) ausgeführt worden ist, daß der Sinn der Ausdrücke 'servitutes praediorum rusticorum, urbanorum' mit Rücksicht auf den einzelnen Fall, wo an dieselben eine rechtliche Unterscheidung angeknüpft wird, bestimmt werden muß, so kann nicht wohl bezweifelt werden, daß wenigstens hier mit diesen Ausdrücken nicht Dienstbarkeiten bezeichnet werden sollen, welche einem Feld- bez. Gebäubegrundstück zusehen, sondern Dienstbarkeiten, wie sie bei einem Feld- bez. Gebäubegrundstück vorzukommen pflegen. Es ist in der That kein Grund einzusehen, warum §. 8. für den Verlust einer Begegerechtigkeit durch Nichtausübung etwas Anderes gelten sollte, je nachdem ein Feld- oder ein Gebäubegrundstück das herrschende Grundstück ist (vgl. Seuff. Arch. X. 19). Fragt man aber weiter, warum denn Dienstbarkeiten, die regelmäßig bei Gebäubegrundstücken vorkommen, in Betreff der Erloschung durch Nichtgebrauch anders behandelt werden, als die regelmäßig bei Feldgrundstücken vorkommenden, so wird man von selbst auf die im Texte bezeichnete Unterscheidung geführt, durch welche denn auch die Entscheidung für den Fall gegeben ist, wo es zweifelhaft erscheinen sollte, ob eine gegebene Dienstbarkeit eher Gebäude- oder eher Feld-

b) Nichtausübung der Dienstbarkeit ist Nichtgeltendmachung des Willens, zu welchem die Dienstbarkeit berechtigt; jedoch schadet diese Nichtgeltendmachung so lange nicht, als der Berechtigte sich im Genuß des von der Dienstbarkeit geforderten factischen Zustandes befindet². Darauf, von wem die Ausübung geschehen ist, kommt es nicht an, wenn nur gerade dieses bestimmte Recht ausgeübt worden ist⁴. Daß der Berechtigte an

dienstbarkeit sei. Im Wesentlichen ist das hier Vorgetragene auch die herrschende Meinung, vgl. Unterholzner §. 217, Vangerow I. S. 796 fg., Sintenis I. S. 602, Puchta Vorles. I. S. 408, Arnolds §. 194, Wirth die libertatis usucapio S. 51 fg., R. Cohnfeldt die irregulären Servituten S. 83—87, Rindervater Jahrb. d. gem. R. VI. S. 139. 140. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Ansichten, worunter namentlich die von Zacharia v. Ringenthal über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae S. 70 fg. aufgestellte, von Ebers §. 40 gebilligte, zu erwähnen ist, daß die libertatis usucapio bei allen Dienstbarkeiten außer den Wegerechtigkeiten und der Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeit erforderlich sei. Vgl. über sonstige abweichende Ansichten Unterholzner §. 218. — Eine andere Frage ist es, ob nicht Justinian das frühere Recht abgeändert habe. Es wird nämlich behauptet 1) auf Grund von l. 16 §. 1 C. de usufr. 3. 33, daß Justinian das Erforderniß der Erziehung der Freiheit auf den Nießbrauch ausgedehnt, 2) auf Grund von l. 13 C. de serv. 3. 34, daß er dieselbe bei allen Grunddienstbarkeiten für überflüssig erklärt habe. Die erste Meinung hat in der citirten Stelle eine nicht unscheinbare Stütze (— „sancimus, . . . nec ipsum usumfructum non utendo cadere, . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiam si dominum vindicaret, posset eum absentem vel praesentem excludere“). Doch erscheint es gerathener, bei der gegenwärtig herrschenden Meinung (dafür auch Seuff. Arch. VI. 316) stehen zu bleiben, welche in den bezeichneten Worten nur eine Aenderung der Zeit der Verjährung angeordnet findet. Dafür spricht außer l. 13 C. de serv. 3. 34, wo Justinian über den Inhalt der l. 16 selbst Auskunft gibt, die Erwägung, daß derselbe nach seiner Art eine weiter gehende Aenderung des bestehenden Rechts kaum so kurz ausgebrückt haben würde, sowie die Aufnahme der von dem Untergang des Nießbrauchs durch bloßen Nichtgebrauch redenden Stellen in Institutionen und Pandekten (vgl. Note 18). S. über diese Frage Unterholzner §. 225, Vangerow I. S. 896. 897, Ebers S. 780. 781. Weniger bezweifelbar, und daher auch von den meisten älteren und neueren Juristen anerkannt, ist es, daß auch durch die l. 13 C. cit. lediglich die Verjährungszeit hat abgeändert werden sollen. Vgl. Unterholzner §. 224, Vangerow I. S. 898, Wirth a. a. D. S. 33.

² L. 12 (vgl. l. 19 pr.) D. quemadm. serv. 8. 6 — „si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae duccndae retinetur“.

⁴ Der Nießbrauch wird nicht verloren, wenn er nur im Namen des Be-

der Ausübung durch eine ihm nicht zur Last fallende Thatfache verhindert worden ist, schließt den Untergang der Dienstbarkeit nicht aus⁵. c) Zur Erziehung der Freiheit ist nothwendig, daß die dienende Sache während der Verjährungszeit als freie besessen worden sei⁶, d. h. näher, in einem der Dienstbarkeit widersprechenden⁷, durch menschliche That hervorgerufenen⁸ Zustand. Dabei darf die Handlung, wodurch der ihr widersprechende Zustand hervorgebracht worden ist, weder gegen den Willen des Berechtigten, noch hinter seinem Rücken, noch vergünstigungsweise⁹, und muß in gutem Glauben vorgenommen worden sein¹⁰.

rechtigten, obgleich nicht in Folge Auftrags ausgeübt worden ist, die Grunddienstbarkeit nicht, wenn sie als eine diesem Grundstück zusehende, obgleich durch einen unerblichen Besitzer derselben, ausgeübt worden ist. L. 12 §. 2 l. 39 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 5. 6. 16. 20—25. D. quemadm. serv. 8. 6. — Theilweise Ausübung: l. 20. 25 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 2. 8 §. 1 l. 9 vgl. l. 17 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 18 pr. D. de S. P. R. 8. 3 (Seuff. Arch. X. 233). Unrichtige Ausübung: l. 10. 11 pr. l. 18 pr. eod., l. 5 §. 1 D. de aqua quot. 43. 20. — Liegt eine Ausübung des Nießbrauchs schon in der bloßen Thatfache, daß man für Ueberlassung desselben von einem Andern etwas empfängt? Darüber widersprechende Entscheidungen in l. 38—40 D. de usufr. 7. 1, l. 29 pr. §. 1 D. quib. mod. usufr. 7. 4.

⁵ Vorbehaltlich jedoch des Anspruchs auf Wiedereinsetzung. L. 14 pr. l. 19 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 34 §. 1 l. 35 D. de S. P. R. 8. 3, l. 23 §. 2 ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 §. 27 D. de usurp. 41. 3. Seuff. Arch. VIII. 349 Nr. 5.

⁶ L. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2.

⁷ Der serv. non altius tollendi gegenüber ist erforderlich, daß höher gebaut, der servitus tigni immittendi gegenüber, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen, verstopft worden sei, l. 6 D. de S. P. U. 8. 2, l. 18 §. 2 D. quemadm. serv. 8. 6. Vgl. Zachariae v. Ringenthal über die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae S. 59. 60, Rudorff krit. Jahrb. d. deutsch. RW. 1844 S. 327, Rindervater Jahrb. d. gem. R. VI. S. 138.

⁸ L. 7 de S. P. U. 8. 2.

⁹ Das Letztere sagen ausdrücklich l. 32 pr. D. de S. P. U. 8. 2, l. 17 D. comm. praed. 8. 4; daraus und aus der Analogie der Dienstbarkeitserziehung muß auf das Andere geschlossen werden. Unterholzner II. S. 219; a. W. Wirth S. 59—62, Ebers S. 777 Note 9.

¹⁰ Die Vorschrift des canonischen Rechts (c. 20 X. de praeser. 2. 26) gilt auch für diesen Fall. So auch Unterholzner S. 220, Vangerow I. S. 899; a. W. Brinz S. 279. Die Erkenntnisse bei Seuff. VI. 316. VIII. 349. X. 20, welche das Erforderniß des guten Glaubens leugnen, sprechen nur von dem non usus.

d) Die Verjährungszeit beträgt, ohne Unterschied zwischen Nichtausübung und Freiheit der Erfizung, so wie ohne Unterschied zwischen Dienstbarkeiten an beweglichen und unbeweglichen Sachen, zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden¹¹. e) Durch die Erhebung des Proceßes wird auch diese Verjährung unterbrochen¹². f) Die Ausnahmen von der ordentlichen Eigenthumserfizung müssen auch hier zur Anwendung gebracht werden¹³; dafür ist aber auch eine außerordentliche Verjährung, welche ihre Zeitfrist von der Anspruchsverjährung

¹¹ Im älteren Recht betrug sie bei Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen ein Jahr, bei Dienstbarkeiten an unbeweglichen Sachen zwei Jahre, Paul. R. 8. 1. 17 §. 1. 2. III. 6 §. 30, 1. 13 C. de serv. 3. 34. Die Aenderung hat Justinian getroffen, 1. 16 §. 1 C. de usufr. 3. 33, 1. 13 C. de serv. 3. 34. Abgelaufen ist die Verjährungszeit, wo es auf Nichtgebrauch ankommt, mit der Beendigung, wo auf Freiheitserfizung, mit dem Anbruch des letzten Tages (nach Analogie des für die Eigenthumserfizung geltenden, §. 180 Note 5). Bei der Erfizung der Freiheit findet Zusammenrechnung verschiedener Besitzzeiten nach den Grundsätzen der Eigenthumserfizung (§. 181) Statt; 1. 32 §. 1 D. de S. P. U. 8. 2 spricht von einem Fall, wo der folgende Besitzer ohne Rechtsnachfolge eingetreten ist, oder ist zu einer Zeit geschrieben, wo die Zusammenrechnung bei der Sondernachfolge noch nicht anerkannt war. Unterholzner §. 284, Wirth S. 55. 56. Bei der Verjährung durch bloße Nichtausübung versteht es sich von selbst, daß die Nichtausübung des früheren Berechtigten dem jetzigen Berechtigten angerechnet wird, vgl. 1. 18 §. 1 D. quemadm. serv. 8. 6. Ueber die Berechnung der Verjährungszeit in dem Falle, wenn die Dienstbarkeit nur zu bestimmten Zeiten ausgeübt werden darf, s. 1. 7 D. quemadm. serv. 8. 6, 1. ult. pr. C. de serv. 3. 34. Ist ein Nießbrauch 'alternis annis' hinterlassen, so wird er durch Nichtgebrauch gar nicht verloren „quia plura sunt legata“, 1. 28 D. quib. mod. usufr. 7. 4, 1. 18 D. de usu et usufr. 33. 2. Unterholzner S. 221—224, Eivers S. 783—785.

¹² Nach classischem römischem Recht unterbrach auch hier, wie bei der Eigenthumserfizung, die Erhebung des Proceßes die Verjährung nicht, aber das Urtheil nahm auf Ablauf derselben keine Rücksicht (1. 8 §. 4 D. si serv. 8. 5). Für das Justinianische Recht muß auch hier 1. 2 C. de ann. exc. 7. 40 als maßgebend erachtet werden (vgl. §. 180 Note 7, §. 213 Note 4).

¹³ Entweder auch hier, oder auch nicht bei dem Erwerbe der Dienstbarkeiten durch Erfizung; wird der Schluß von dem totalen Recht auf das partielle in diesem letzteren Falle gemacht, so muß er auch in unserem gemacht werden. Vgl. überdies 1. 28 pr. D. de V. 8. 50. 16, 1. 10 pr. D. quemadm. serv. 8. 6, 1. 3 §. 5 D. de reb. eor. 27. 9 (darüber Unterholzner II. S. 228 Note 664 und Schirmer daf.); aber auch 1. 78 §. 2 D. de I. D. 28. 3 (im Gegensatz zu 1. 5. 6 D. de fundo dotali 23. 5).

entlehnt, anzuerkennen¹⁴. g) Dem Untergang durch Nichtgebrauch ist ganz entzogen der Nießbrauch, zu dem Jemand ein Jahr um das andere berechtigt ist¹⁵, das Wohnungerecht¹⁶, und das Recht des Weges zu einem Grabmal¹⁷.

VI. Der Dienstbarkeitsanspruch*.

§. 217.

Der dem Dienstbarkeitsrechte entsprechende Anspruch ist darauf gerichtet, daß Niemand sich mit dem durch die Dienstbarkeit berechtigten Willen in thatsächlichen Widerspruch setze. Gegen denjenigen, welcher dieß dennoch thut, geht der Dienstbarkeitsanspruch auf Wiederaufhebung der darin liegenden Rechtsverletzung; durch die Verweigerung seiner Befriedigung wird dieser Anspruch zur Dienstbarkeitsklage (§. 122)¹. Die Wiederaufhebung der Rechtsverletzung besteht, so weit ein dauernder, der Dienstbarkeit widersprechender Zustand herbeigeführt worden ist, in der Herstellung eines derselben entsprechenden Zustandes, jedenfalls in Ersatz des angerichteten Schadens²; außerdem kann

¹⁴ Vgl. überhaupt Unterholzner §. 229; aber auch Eivers S. 774.

¹⁵ S. Note 11 a. C.

¹⁶ L. 10 pr. D. de usu 7. 8. Nach römischem Recht gehörten hierher auch die operae legatae, f. §. 208 zweiter Absatz.

¹⁷ L. 4 D. quemadm. serv. 8. 6.

* Dig. 7. 6 si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur, — 8. 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

¹ Actio confessoria (vgl. §. 198 Note 5). L. 2 pr. D. si serv. „De §. 217. servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat“. Eine Verschiedenheit der actio (der formula), wie beim Eigenthum, wird hier durch die Verschiedenheit der Verletzung nicht begründet; die confessoria gilt bei totaler wie bei partieller Verletzung. Das letztere heßt 1. 5 §. 7 D. si usufr. 7. 6 hervor. Vgl. übrigens Ceu ff. Arch. II. 265. — Kann der Verletzte ohne Geltendmachung seines Rechtes Herstellung des factischen Zustandes verlangen, so braucht er nicht mit der confessoria aufzutreten, sondern kann den Gegner zur Anstellung der negatoria nöthigen. L. 6 §. 1 l. 8 §. 3 D. si serv. 8. 5.

² L. 4 §. 2. 5 l. 6 §. 6 l. 8 §. 2 D. si serv. 8. 5, 1. 5 C. de serv. 3. 34. Besteht die Rechtsverletzung in der Vorenthaltung einer Sache, zu deren Innehabung der Dienstbarkeitsberechtigte befugt ist, wie beim Nießbrauch, so Windscheid, Pandekten. I. 1015g.

der Verletzte auch hier, wie bei der Verletzung des Eigenthums durch Eingriff, verlangen, daß ihm durch das Urtheil Sicherheit gegen künftige Verletzung gegeben werde². Geltendmachen kann den Anspruch aus der Rechtsverletzung der Dienstbarkeitsberechtigte⁴, bei Grunddienstbarkeiten aber nicht bloß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks⁵, sondern auch der Emphyteuta und der Superficiar, der Pfandgläubiger und der Nießbraucher⁶, so wie der redliche Erwerber⁷. Steht das herrschende Grundstück im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch ohne Zuziehung des Andern verfolgen⁸. — Einen gleichen Anspruch wie die wirklich begründete Dienstbarkeit gewährt der bloße redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher nicht seinerseits Eigenthum an der Sache oder wenigstens redlichen Erwerb derselben darthun kann⁹.

treten die gleichen Grundsätze ein, wie bei dem Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung (§. 193—197). Vgl. l. 5 §. 3—6 l. 6 D. si usufr. 7. 6.

² Nach römischem Recht durch Ansetzung einer Caution (l. 7. 12 D. si serv.), nach heutigem durch Strafbewehrung. Vgl. §. 198 Note 3.

⁴ L. 5 pr. D. si usufr. 7. 6.

⁵ L. 2 §. 1 l. 6 §. 3 D. si serv. 8. 5.

⁶ L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 3 §. 3 l. 9 D. de O. N. N. 39. 1, l. 1 §. 9 D. de superf. 43. 18, l. 1 §. 5 D. de remiss. 43. 25. Dem Nießbraucher gab die herrschend gewordene Meinung der römischen Juristen nicht utilis confessoria actio aus der Grunddienstbarkeit, sondern verwies ihn auf die vindictio ususfructus, d. h. die directa confessoria actio aus dem Nießbrauch (l. 1 pr. l. 5 §. 1 D. si usufr. 7. 6, l. 1 §. ult. D. de O. N. N. 39. 1), während Julian die entgegengesetzte Meinung verteidigte (l. 1 §. 4 D. de remiss. 43. 25, l. 2 D. de O. N. N. 39. 1). Das war eine Frage bloß nach der Einrichtung der formula; sachlich war es unbestritten, daß der Nießbraucher Ansprüche aus dem dem Nießbrauchsgrundstücke zustehenden Dienstbarkeiten verfolgen könne. Vgl. Ihering Abhandlungen S. 124—127. 140.

⁷ Dieß ist in den Quellen nicht ausdrücklich bezeugt, folgt aber von selbst daraus, daß der redliche Besitzer sogar die Sache selbst verfolgen kann.

⁸ Erfolgt jedoch eine Selbstcondemnation, so wird ihm der Beklagte nur nach Maßgabe seines Eigenthumsanteils condemnirt; dagegen gilt die Entscheidung über die Zuständigkeit selbst auch für und gegen die Andern. L. 4 §. 3 l. 19 D. si serv. 8. 5. In gleicher Weise gilt die Entscheidung auch für und gegen alle Miteigenthümer des dienenden Grundstücks, wenn einer von ihnen den Prozeß geführt hat. L. 4 §. 4 eod. Vgl. §. 132 Note 8.

⁹ Mit andern Worten: die actio confessoria kann auch als Publiciana angestellt werden. In den Quellen ist das nicht ausdrücklich gesagt (l. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 3 spricht nicht von dem Fall der Bestellung durch den Nicht-

Viertes Kapitel.

Emphyteusis und Superficies.

Einleitung.

§. 218.

Die Dienstbarkeiten sind Nutzungsrechte an fremder Sache, denen gegenüber das Eigenthumsrecht, welches sie beschränken, das vorwiegende Recht ist (§. 200). Es gibt aber auch Nutzungsrechte an fremder Sache, welche durch ihren Inhalt und ihre Dauer so hoch gesteigert sind, daß sie dem Eigenthumsrechte nur noch eine untergeordnete Bedeutung lassen. Solche Nutzungsrechte hat sowohl das römische, wie das germanische Rechtsleben ausgebildet. Die römischen Bildungen dieser Art sind die Emphyteusis und die Superficies, jene auf fruchttragende Grundstücke berechnet, diese auf Gebäude beschränkt¹; aus dem germanischen Recht gehören hierher das Lehenverhältniß und die verschiedenen particularrechtlichen Gestaltungen des bäuerlichen Verhältnisses, bei welchen der Bauer auf der einen Seite nicht Eigenthum, und auf der andern Seite doch ein dingliches Recht hat². Die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit der römischen Grundsätze über Emphyteusis und Superficies darf nicht bezweifelt werden. Zwar

eigenthümer, sondern von dem Fall der Bestellung in civiltrechtlich nicht genügender Form, vgl. §. 212 Note 1 gegen das Ende); aber die Analogie des Eigenthums läßt sich nicht abweisen. Veruft sich der Beklagte nicht auf Eigenthum, sondern auf redlichen Besitz, so ist in der §. 199 Nr. 4 bezeichneten Weise zu unterscheiden. Es ist jedoch nicht unbestritten, ob auch die Bestellung durch den unredlichen Besitzer zur Publiciana confessoria berechtige. Vgl. Fasse Rhein. Mus. I. S. 116 Note; Ihering Abhandlungen S. 143. 144, S. Witte Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. S. 158—163, Arnbtis §. 191 Anm.; Senff. Arch. XIV. 209. Ueber die Conception der formula Keller §. 185 Note 2.

¹ An beweglichen Sachen kennt Nutzungsrechte der bezeichneten Art weder §. 218. das römische noch das deutsche Recht.

² Vgl. darüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Eichhorn §. 245 fg., Gerber §. 138 fg., Beseler III. §. 183 fg.

braucht es nicht erst gesagt zu werden, daß diese römischen Bezeichnungen dem heutigen Volksleben fremd sind; aber wenn man auch davon absehen will, daß aus früherer Zeit in Deutschland noch Rechtsverhältnisse übrig sind, welche mit Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder doch unter ausdrücklicher oder sonst unzweifelhafter Beziehung auf das römische Recht begründet worden sind, und ferner davon, daß durch gelehrt gebildete Juristen oder unter Mitwirkung solcher eine derartige Begründung auch gegenwärtig noch vorkommen kann: so ist doch auch, wo heutzutage ohne Anwendung der römischen Bezeichnungen, oder ohne ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf das römische Recht, Rechtsverhältnisse an fremder Sache begründet werden, welche nach der Absicht der Partheien eine unbeschränkte Nutzungsbefugniß gewähren und zugleich eine immerwährende oder doch längere Dauer haben sollen, für die Anwendung der römischen Grundsätze ein breiter Raum gelassen. Vor Allen, wenn das Nutzungsobject ein Gebäude ist; in diesem Falle ist die römische Theorie der Superficies unmittelbar maßgebend. Das ist auch unbestritten, da sich in Betreff von Gebäuden abweichende deutschrechtliche Bildungen dem römischen Rechtsinstitute nicht an die Seite gestellt haben. Aber auch wenn das Nutzungsobject ein fruchttragendes Grundstück ist, muß zwar in erster Linie darauf gesehen werden, ob nicht die Partheien ein deutschrechtliches Rechtsverhältniß der Art haben begründen wollen, wie es bei ihnen particularrechtlich besteht, und wenn bei ihnen ein Rechtsverhältniß dieser Art particularrechtlich besteht, ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß dieß ihr Wille wirklich sei: sobald aber für eine solche Auslegung des Verleihungswillens kein Raum ist, wird auch hier nichts Anderes übrig bleiben, als die römischen Grundsätze von der Emphyteusis zur Anwendung zu bringen.³

Es liegt nahe, den Versuch zu machen, die römischen, dem Volksleben unverständlichen Bezeichnungen durch entsprechende deutsche wiederzugeben, wobei sich namentlich die Ausdrücke 'Erbpachtrecht', 'Erbzinsrecht' darbieten. Da jedoch diese Ausdrücke bereits zur Bezeichnung ähnlicher deutschrechtlicher Verhältnisse in Beschlag genommen sind, so wird, wenn nicht Verwirrung in die

³ Vgl. über die verschiedenen Ansichten Puchta §. 174 a. C. und Vorles. dazu, Sintonis I. S. 537. 538, Arndts §. 195 Anm. 4.

Theorie gebracht werden soll, von diesem Versuche abgesehen werden müssen.

Ueber die Auffassung, welche Emphyteusis und Superficies zu einer Art von Eigenthum (*dominium utile*) macht, ist schon oben (§. 169^a Note 10) gehandelt worden⁴; über die geschichtliche Entwicklung dieser Institute im römischen Recht findet sich das Nöthige in der Note⁵ bemerkt.

⁴ Der Zweifel, ob diese Rechte nicht mehr, als Rechte an fremder Sache, seien, liegt bei ihrer großen Umfassendheit sehr nahe. Schon Gajus (III. 145) mußte ihn zurückweisen, und für die Emphyteusis hat Kaiser Jeno durch ein eigenes Gesetz (l. 1 C. de iure emphyt. 4. 66) ausdrücklich erklärt, daß sie zwar mehr als Pachtrecht, aber weniger als Eigenthumsrecht sei. S. auch l. 1 §. 1 D. si ager voc. 6. 3, l. 3 §. 4 D. de reb. eor. 27. 9, l. 71 §. 5. 6 D. de leg. I. 30, l. 86 §. 4 D. de leg. I. eod., l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 2 D. de superfic. 43. 18, l. 49 D. de V. S. 50. 16 (l. 10 D. fam. herc. 10. 2). Allerdings aber drängt sich bei diesen Rechten die Verstellung, daß der Berechtigte die Sache habe, und nicht bloß ein Recht an der Sache, fortwährend ein; den prägnantesten Ausdruck hat diese Verstellung in l. 1 pr. D. de eond. tit. 13. 1 gefunden, und nicht überall hat sie ihre Wirksamkeit auf die Gestaltung des Ausdrucks beschränkt. Vergl. außer den Schriftstellern, welche an dem im Texte bezeichneten Orte genannt sind, noch Thibaut Versuche Nr. 11, Arndts in Weiske's Rechtslexicon III. S. 851. 852, Schmidt Handb. (näher citirt beim folgenden §.) II. §. 20 Note 8, §. 26 Note 3. — Ueber und gegen die Idee Büchel's (civilistische Erörterungen I. 3 S. 22—71, II. S. 282. 283, 2. Aufl. I. S. 471), welcher das Wesen von Emphyteusis und Superficies darin sieht, daß sie Rechte auf Ausübung fremden Eigenthums seien (übereinstimmend, wenigstens in Betreff der Emphyteusis, Eber's Servitutentheorie §. 34), s. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 7.

⁵ Das Justinianische Recht der Emphyteusis hat eine doppelte Wurzel, eine weströmische und eine oströmische; die Bezeichnung Emphyteusis gehört der oströmischen Bildung an, während in dem weströmischen Theil des Reiches das entsprechende Recht *ius in fundo vectigali* genannt wurde. Justinian's Compilatoren haben aus dem doppelten Rechtsinstitute ein einiges gemacht (vgl. die Rubrik von Dig. VI. 3 „si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur“, auch l. 15 §. 1 D. qui satias. 2. 8). Das Recht desjenigen, welchem ein *ager vectigalis* verliehen werden war, war ursprünglich kein dingliches Recht, sondern nur ein Pachtrecht; dem Pächter gewährte aber der Prätor (vgl. Arndts im Rechtslex. III. S. 852 Note 27, dens. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. S. 280—282) mit Rücksicht auf die immerwährende oder lange Dauer der Pacht eine *actio in rem* (l. 1—3 D. tit. cit.), und aus dieser *actio in rem* hat dann die Jurisprudenz die Dinglichkeit des Rechts entwickelt (l. 71 §. 5. 6 D. de leg. I. 30). In gleicher Weise war die Superficies ursprünglich nur obligatorisches Recht, und ist zum dinglichen Recht ebenfalls auf Grund der

I. Emphyteusis*.

A. Rechte und Pflichten des Emphyteuta.

§. 219.

Der Emphyteuta hat das Recht der vollständigen Nutzung des fremden Grundstücks¹, ohne daß er an die dem Nießbraucher gezogenen Schranken (§. 203) gebunden wäre; nur verschlechtern darf er das Grundstück nicht². Die Früchte erwirbt er, wie der Eigentümer, durch die bloße Trennung von der Hauptsache³. Er überträgt sein Recht auf seine Erben⁴, und kann es auf Todesfall wie unter Lebenden veräußern⁵; ebenso kann er es

vom Prätor verliehenen *actio in rem* geworden (l. 1 pr. §. 1. 3 D. de superfl. 43. 18, l. 73 §. 1 — l. 75 D. de R. V. G. 1, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 86 §. 4 D. de leg. I. 30). Vgl. Schmidt (von Immenau) im Jahrb. d. gem. R. III. S. 249 Note 6, A. Vuy citirt beim folgenden §., Arndts in Weiske's Rechtslex. III. S. 849—851, Rudorff Zeitschr. f. gesch. R. XI. 7.

* Dig. 6. 3 si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod. 4. 66 de iure emphyteutico.

Gesterding ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen S. 406—444 (1817). A. Vuy de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum (1838). Arndts in Weiske's Rechtslexicon III. S. 849—883 (1844). Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechtes II. S. 1—57 (1848).

§. 219. ¹ Es ist oben bemerkt worden, daß das Institut der Emphyteusis auf fruchttragende Grundstücke berechnet sei; daß es bei Gebäuden unzulässig sei, darf nicht behauptet werden. Nov. 7 c. 3, Nov. 120 c. 1. Buchholz Abhandl. S. 306—309, Arndts S. 853. 854, Schmid §. 20 Note 11.

² Nov. 7 c. 3 §. 2, 120 c. 8.

³ L. 25 §. 1 de usur. 22. 1. Vgl. Schmid S. 55. 56. — Auf den Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch; doch ist dieß bestritten. Vgl. Schmid §. 22 Note 31, Arndts S. 855.

⁴ §. 3 I. de loc. 3. 24, l. 1 pr. D. h. t. Die für kirchliche Emphyteusen in Nov. 7 c. 3 pr. vorgeschriebene Beschränkung der Erblichkeit ist später wieder weggefallen (Nov. 120 c. 1 §. 2, c. 6 §. 1, c. 7 X. de reb. oeccl. alien. 3. 13. Schmid §. 22 Note 3, Arndts S. 855 Note 42).

⁵ §. 3 I. cit., l. 71 §. 5. 6 l. 39 §. 5 D. de leg. I. 30, l. 3 C. h. t. Bei der Umfassendheit des Rechtes liegt es nahe, als Gegenstand der Veräußerung, wie beim Eigentum, die Sache selbst zu bezeichnen, und das thun

verpfänden⁶. Er kann das ihm unterworfenene Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren⁷, natürlich nur für die Dauer seines Rechts⁸. Gegen Jeden, welcher ihm das Grundstück vorenthält, hat er einen Anspruch auf Herausgabe desselben, und kann diesen Anspruch klagend verfolgen⁹; das Nähere für denselben bestimmt sich durch die Analogie des Eigentumsanspruchs¹⁰. In gleicher Weise kann er eine dem Grundstück zustehende Dienstbarkeit, so wie die Freiheit des Grundstücks gegenüber einem Dienstbarkeitsanspruch, geltend machen und im Prozesse vertreten¹¹. Gleiche Ansprüche, wie die wirklich begründete Emphyteusis, gewährt der redliche Erwerb derselben gegenüber einem Jeden, welcher nicht seinerseits Eigentum an dem Grundstück oder wenigstens redlichen Erwerb desselben darthun kann¹².

die drei ersten der citirten Stellen (vgl. auch l. 66 pr. D. de evict. 21. 2) in der That; aber deswegen ist es in der Wirklichkeit nicht weniger ein Recht an fremder Sache, welches veräußert wird. L. 71 §. 6 cit. „Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus“. Vgl. auch l. 29 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, wo es selbst vom Nießbraucher das eine Mal heißt, daß er 'usumfructum', das andere Mal, daß er 'fundum' vermiethe.

⁶ L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 31 D. de pign. 20. 1. Diese Stellen bezeichnen ebenfalls als Gegenstand der Verpfändung nicht das Recht, sondern die Sache. Vgl. Arndts Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. III. S. 285.

⁷ L. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4. Vgl. Thibaut Versuche II. 15 S. 303—310, Buchholz Versuche S. 199. 200, Schmid §. 22 Note 11.

⁸ Nur in dem Falle überbauern sie sein Recht, wo dasselbe durch Zusammenreffen mit dem Eigentumsrechte erlischt. In diesem Falle dauert auch das an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht fort. Vgl. §. 205 Note 4, und über die verschiedenen Ansichten Arndts S. 856, Fritz Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 296 fg. und Erläuterungen I. S. 270 fg., Schmid §. 22 Note 13, Dernburg Pfandr. I. S. 221, Scheurl frit. Vierteljahrsh. II. S. 445 mit. 446.

⁹ Er hat eine in rem actio, welche den besonderen Namen *vectigalis actio* führt. L. 1 §. 1 D. h. t., l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 66 pr. D. de evict. 21. 2.

¹⁰ Die actio des Emphyteuta ist eine *utilis rei petitio*, l. 16 D. de serr. 8. 1.

¹¹ Er hat *utilis confessoria actio* (*utilis servitutis petitio*) und *utilis negatoria actio*. Für die *confessoria* sagt dieß ausdrücklich l. 16 D. de serr. 8. 1, für die *negatoria* folgt es aus der *utilis rei petitio*.

¹² Der Emphyteuta hat die *Publiciana actio*, l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2. Vgl. §. 217 Note 9.

§. 220.

Der Emphyteuta ist verpflichtet, das Grundstück in gutem Stande zu erhalten¹. Er muß die Lasten der Sache tragen², und dem Eigenthümer derselben eine jährliche Abgabe entrichten³. Die Höhe derselben bestimmt sich durch die bei der Verleihung gemachte Festsetzung; regelmäßig steht sie zu dem Fruchtertrag des Grundstücks in keinem Verhältnis, da die Emphyteusis auf Melioration des Grundstücks durch den Empfänger berechnet ist⁴. Auf Remission wegen geschwälerten Fruchtertrages, wie der Pächter, hat der Emphyteuta keinen Anspruch⁵. Will der Emphyteuta

¹ Nov. 7 c. 3 §. 2, 120 c. 8. — Compensation der Verbesserungen mit den Verschlechterungen: Thibaut Versuche II. 15 Nr. 2. — Kann der Emphyteuta für seine Verbesserungen von dem Eigenthümer Ersatz verlangen? Für gewisse Fälle des Verlustes der Emphyteuse zur Strafe ist die Frage gesetzlich verneint (l. 2 C. h. t., Nov. 7 c. 3 §. 2, 120 c. 8). Sie ist aber auch überhaupt zu verneinen; der Emphyteuta hat seinen Ersatz darin, daß er seine Verbesserungen genießen oder (den Genuß derselben) veräußern kann (vgl. l. 3 C. h. t.). Doch ist dieser Punkt bestritten; vgl. Arndts S. 883, Schmid §. 23 Note 1.

² L. 2 C. h. t. Schmid §. 23 Note 11.

³ In den Quellen canon, pensio, vectigal, redditus genannt, §. 3 I. loc. 3 24. l. 1 pr. l. 2 D. h. t. — Die Obligation auf Entrichtung der jährlichen Abgabe ist einerseits mit dem emphyteutischen Recht, und andererseits mit dem Eigenthum als solchen verbunden, und geht daher mit diesen Rechten auf jeden neuen Erwerber derselben über, ohne daß es erst eines neuen Vertrags mit dem neu Eintretenden bedürfte. Schmid S. 31, Brinz S. 287. 288. A. M. Unterholzner Schuldverhältnisse II. S. 364, H. Muehler de iure emphyteutico transforendo §. 7. 10—14 (1835).

⁴ Die Emphyteusis stellt den Eigenthümer so eminent unglücklich, drückt sein Eigenthumsrecht so sehr auf einen bloßen Namen hinunter, daß derselbe sich zu einer solchen Verleihung, abgesehen von ganz besondern Fällen, nur dann entschließen wird, wenn es ihm an Arbeits- und Capitalkraft fehlt, um sein Grundstück in denjenigen Zustand zu versetzen, in welchem es einen Fruchtertrag zu gewähren im Stande ist. — Wie ist es, wenn bei der Verleihung festgesetzt werden sollte, daß gar keine Abgabe zu entrichten sei? Gewöhnlich nimmt man die Verpflichtung zur Entrichtung einer Abgabe in die Definition des Rechtsinstitutes auf, und Arndts (S. 884) erklärt sie ausdrücklich für wesentlich zum Dasein der Emphyteusis. Aber ich sehe nicht ein, warum eine solche Festsetzung ungültig, oder wegen ihrer das verliehene Recht, wenn nur die Absicht der Begründung einer Emphyteusis sonst feststeht, weniger unter den Grundbänden von der Emphyteusis stehen sollte.

⁵ L. 1 C. h. t. Manche sind anderer Meinung, namentlich wegen l. 15

veräußern, so muß er den Eigenthümer um seinen Consens angehen; dieser kann denselben zwar nicht willkürlich versagen, darf sich aber für die Ertheilung desselben eine Abgabe von 2^o/₁₀₀ des Kaufpreises bez. des Werthes der Emphyteuse entrichten lassen. Ertheilt der Eigenthümer seinen Consens, ohne Grund für die Verfassung zu haben, binnen zwei Monaten nach gestelltem Gesuche nicht, so kann der Emphyteuta nun ohne denselben veräußern. Für den Fall des Verkaufs steht dem Eigenthümer ein Vorkaufsrecht zu; er muß sich aber über die Ausübung desselben binnen zwei Monaten nach gemachter Anzeige erklären⁶.

2. Begründung der Emphyteusis.

§. 221.

Der hauptsächlichste Grund der Entstehung der Emphyteusis ist Vertrag zwischen dem Eigenthümer und demjenigen, welcher die Emphyteusis erwerben soll. Bei kirchlichen Emphyteusen bedarf dieser Vertrag schriftlicher Abfassung¹, sonst nur insofern, als durch denselben etwas von den gesetzlichen Regeln Abweichendes festgesetzt wird². Besitzübergabe ist zur Entstehung des emphyteutischen Rechtes nicht erforderlich³. — Die §. 4 i. f. D. loc. 19. 2, welche Stelle aber füglich auf die Pachtung von Gefällen bezogen werden kann. Vgl. Arndts S. 862—864, Schmid S. 32—34, Fangerow s. 359 Anm.

⁶ Die hier angegebenen Verpflichtungen des Emphyteuta in Betreff der Veräußerung beruhen auf l. 3 C. h. t. Die Annahme des neuen Emphyteuta muß der Eigenthümer durch eine von ihm vollzogene Urkunde, oder gerichtlich zu Protocoll, oder vor einem Notar erklären. Die für die Ertheilung des Consenses zu entrichtende Abgabe wird heutzutage Landemium, Handlohn, Lehntwaare genannt; nach der Praxis fällt sie dem Erwerber zur Last. Ist die Frist von 2 Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrechtes eine andere, als die Frist von zwei Monaten für die Ertheilung des Consenses? Dem Wortlaut der Stelle nach allerdings. Vgl. über diese und andere Fragen Arndts S. 864—867, Schmid S. 18. 36—39.

¹ Nov. 120 c. 6 §. 2. Doch ist es nicht unbestritten, daß die schriftliche s. 221. Abfassung Bedingung der Gültigkeit des Vertrages sei. Schmid §. 21 Note 6.

² L. 1 C. h. t. Andere leugnen die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung für diesen Fall, während noch Andere sie für alle Fälle behaupten. Vgl. Arndts S. 870. 871, Schmid §. 21 Note 5.

³ Derselbe wird in den Quellen nirgends verlangt; umgekehrt heißt es in l. 3 D. h. t.: „qui in perpetuum fundum fruendum *conduxerunt* a municipibus,

Emphyteusis kann aber nicht bloß durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern auch durch Vermächtniß des Eigenthümers begründet werden⁴. Sie kann ferner durch richterliche Verfügung⁵, und endlich auch durch Erfindung begründet werden, mag an der Sache bisher eine Emphyteusis noch nicht bestanden haben, so daß der Eigenthümer es ist, welcher durch die Erfindung verliert, oder mag die Sache bereits einer Emphyteusis unterworfen gewesen sein, so daß das Recht des bisherigen Emphyteuta es ist, welches durch die Erfindung ausgeschlossen wird⁶. Zwar ist die Erfindung der Emphyteusis in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt⁷; aber für entscheidend muß die Analogie

quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem. .“
Duroi Arch. f. civ. Pr. VI. S. 397, Fasse Rhein. Mus. I. S. 93, Arndts S. 869, Schmidt (von Inuenau) Jahrb. d. gem. R. III. S. 250—253. Doch hat auch die entgegengesetzte Ansicht viele Anhänger; s. Schmid S. 10 und die das. in Note 9 Genannten. — In Deutschland kommt auch hier die Grundbuchfrage in Betracht.

⁴ Ohne daß, wie Einige behaupten, ein besonderer Contract zwischen Erbe und Vermächtnißnehmer nöthig wäre. Arndts S. 871. 872, Schmid §. 21 Note 1.

⁵ Zwar ist es nicht wohl denkbar, daß der Richter im Theilungsprozeß zur Begründung einer noch nicht bestehenden Emphyteusis Veranlassung haben könnte; aber man denke an den Fall, wo er ein auf Bestellung einer Emphyteusis gesprochenes Urtheil durch eventuelle eigene Bestellung sogleich vollstreckt. S. §. 173 Note 4 u. 5, §. 214 Note 2.

⁶ Man pflegt in dem zweiten dieser Fälle von Uebergang einer bestehenden Emphyteusis durch Erfindung zu reden (so auch Arndts S. 877, Puchta Pand. §. 177 fg.). Das ist nicht zu billigen; der ganze Begriff der f. g. Translativverjährung (Unterholzner Verjährungslehre I. §. 2) ist unhaltbar. Die Verjährung überträgt nie das Recht, welches bis dahin der Eine gehabt hat, auf einen Andern, sondern sie erzeugt für den Erwerber ein neues, d. h. von dem Rechte irgendwelchen Vorgängers unabhängiges Recht. (Vgl. Schirmer die Grundrechte der Usucapion S. 65.) Daher findet in den beiden im Text genannten Fällen ein juristischer Unterschied durchaus nicht Statt; in beiden wird eine Emphyteuse, welche bis dahin noch nicht bestanden hat, erzeugt

⁷ Ja für den zweiten der genannten Fälle wird die Zulässigkeit der *usucapio* ausdrücklich gescugnet, l. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 (wo übrigens, übereinstimmend mit dem in §. 219 Note 4 Gesagten, als Gegenstand der *usucapio* wieder nicht das *ius in praedio vectigali*, sondern das *praedium vectigale* selbst genannt wird), vgl. l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2. Aber dadurch ist die Zulässigkeit der Erfindung überhaupt ebensowenig ausgeschlossen, wie sie es bei den Dienstbarkeiten dadurch ist, daß die *lex Scribonia* die *usucapio servitutum* aufgehoben hat.

des Nießbrauchs gehalten werden, von dem daher auch die näheren Regeln für die Erfindung der Emphyteusis zu entlehnen sind⁸.

Uebertragen werden kann eine bestehende Emphyteusis durch die Willenserklärung des Emphyteuta, lektwillige oder vertragsmäßige⁹, sowie durch Verfügung des Richters¹⁰. Bei Uebertragung durch Willenserklärung unter Lebenden wird hier nach Analogie des für den Eigenthumserwerb Geltenden Besitzübertragung verlangt¹¹.

⁸ Für die Erfindung s. Arndts S. 872—874. 877. 878, Schmid S. 11—14, Franke Arch. f. civ. Pr. XLIV. 6 (der Letztere hält für entscheidend die in der vorigen Note genannte l. 12 §. 2 D. de Publ., inbent er von der daselbst für das *ius in agro vectigali* gewährten *Publiciana* auf die Erfindbarkeit desselben jurischließt, und die *usucapio*, deren Zulässigkeit die Stelle leugnet, auf das Eigenthum bezieht). Ueber l. 14 C. de fundo patr. 11. 61 s. Schmid a. a. D. Note 16, Franke a. a. D. S. 119. Die Frage ist übrigens sehr bestritten. Andere schließen entweder die Erfindung ganz aus, oder wollen nur die außerordentliche zulassen, machen auch wohl eine Unterscheidung zwischen begründender und übertragender Erfindung (Note 6). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II. §. 239. 240, Puchta §. 177, Bangerow §. 360 Anm., Sintenis I. §. 55 Anm. 27, und die Literaturübersicht bei Franke a. a. D. S. 116—118. Zwischen denjenigen, welche über die Zulässigkeit der (ordentlichen) Erfindung einverstanden sind, ist dann wieder Streit darüber, ob die Analogie der Eigenthumserfindung oder die der Servitutenerfindung entscheiden soll; das Letztere behaupten z. B. Schmid und Franke. Ich bin der Meinung, daß, wenn man die Emphyteusis als Recht an fremder Sache anerkennt, man sie auch als solches behandeln soll, und daß man Grundzüge vom Eigenthum auf sie nur dann anwenden soll, wenn die Quellen darauf ausdrücklich hinweisen (vgl. Note 11). — Kann eine Emphyteusis auch in der Weise durch Erfindung begründet werden, daß das Eigenthum ohne die Emphyteusis erloschen wird? (Der Eigenthümer gerirt sich als Emphyteuta, und wird als solcher von dem Nießeigenthümer, welcher sich für den Eigenthümer hält, anerkannt.) Dafür Arndts S. 875—877, Bangerow I. S. 904; dagegen Schmid S. 15. 16, Unterholzner Verjährungslehre II. S. 244. 245. Der Hauptzweifelgrund ist, ob hier für den Nießeigenthümer Besitz stattfindet (l. 21. 33 §. 5 D. de usurp. 41. 3., l. 29 D. de pign. act. 13. 7).

⁹ §. 219 Note 5.

¹⁰ L. 7 pr. D. comm. div. 10. 3, l. 10 D. fam. herc. 10. 2, l. 15 §. 26 D. de damno inf. 39. 2, f. außerdem Note 5.

¹¹ Ich glaube nicht, daß dieß bestritten werden kann. L. 12 §. 2 D. de Publ. 6. 2 stillt auf die *Tradition* die *Publiciana actio* an, die *Publiciana* aber verlangt Nichts, was nicht auch zur Begründung des Rechtes selbst erforderlich wäre. Vgl. auch l. 1 §. 7 D. de superfic. 43. 18: „Sed et tradi posse intelligendum est (sc. superficium)“.

3. Beendigung der Emphyteusis.

§. 222.

Abgesehen von den in §. 165 genannten allgemeinen Beendigungsgründen aller dinglichen Rechte, durch welche mit der Emphyteusis auch das Eigenthum beendet wird, und von dem Zusammenkommen von Eigenthum und Emphyteusis in derselben Hand, wodurch die Emphyteusis kraft ihres Wesens als Recht an fremder Sache ihre formale Existenz verliert, hört die Emphyteusis durch folgende Thatfachen auf¹:

1) durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und Befristung, unter welcher sie verliehen worden ist²;

2) durch Aufgabe von Seiten des Berechtigten, welche aber, wenn sie unter Lebenden erfolgt, um bindend zu sein, vom Eigenthümer acceptirt sein muß³;

§. 222. ¹ Zu den im Folgenden genannten Thatfachen wird von fast allen Schriftstellern noch hinzugesetzt der unbeeerbte Tod des Emphyteuta. Es ist aber in der That nicht abzusehen, warum nicht die Emphyteusis mit dem übrigen Vermögen an den Fiscus fallen sollte. So auch Frig Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 295 Note 23 und Erläuterungen I. S. 404, Sintenis I. §. 56 Note 35. Andere Schriftsteller, welche sich für diese Meinung ausgesprochen hätten, kenne ich nicht. Vgl. Glück VIII. S. 522, Schmid §. 24 Note 6.

² S. §. 90 Note 4, §. 96 Note 6, l. 3 D. h. t., und vgl. Schmid §. 24 Note 4.

³ Vgl. §. 215 Note 11. Bis zur Acceptation besteht also die Emphyteusis fort. Bis zu derselben ist also auch der Emphyteuta von seinen Pflichten nicht frei, und wenn sie verweigert wird, wird er von denselben gar nicht frei. Dieß ist freilich bestritten (bawider Arndts S. 878, Schmid §. 24 Note 9, Baßer Jahrb. f. Dogm. V. S. 253—255); aber der bezeichneten Consequenz gegenüber wird es so lange behauptet werden müssen, bis sich für das Gegentheil ein Quellenzeugniß beibringen läßt, und dieß ist nicht möglich. Denn ein Rückschluß von dem für den Nießbrauch Anerkannten (§. 215 Note 11) ist in dieser Beziehung nicht erlaubt, da der Nießbrauch viel mehr lediglich im Interesse des Berechtigten besteht, als die Emphyteusis (auch abgesehen davon, daß die Emphyteusis auf Cultivirung des Grundstücks berechnet ist, schon wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Canons). Hiernach kann die Beweiskraft der l. 3 C. de fundo patr. 11. 61, welche man für die hier verteidigte Meinung ebenfalls geltend gemacht hat, dahin gestellt bleiben (vgl. Unterholzner Schlußverb. II. S. 364, 365). — Das Gleiche, muß gelten wenn die Emphyteusis durch Vermächtniß zurückgegeben wird (l. 71 §. 5 D. de leg. I. 30), und der Eigenthümer dieses Vermächtniß ausschlägt.

3) durch Nichtausübung von Seiten des Berechtigten, nach den für den Verlust des Nießbrauchs durch Nichtausübung geltenden Regeln⁴;

4) durch Verwirkung des Berechtigten⁵. Derselbe verliert nämlich zur Strafe sein Recht in folgenden Fällen: a) wenn er das Grundstück deteriorirt⁶; b) wenn er mit der Entrichtung der an den Eigenthümer zu leistenden Abgabe oder der öffentlichen Abgaben drei Jahre rückständig bleibt⁷; bei kirchlichen Emphyteusen genügt in Betreff der dem Eigenthümer zu leistenden Abgabe schon zweijährige Säumniß⁸; c) wenn er veräußert, ohne die ihm für diesen Fall obliegenden Pflichten (§. 220 Note 6) zu erfüllen⁹. Der Verlust der Emphyteuse tritt mit diesen Thatfachen ohne Weiteres ein¹⁰; wenn der Eigenthümer sein Recht

⁴ Das erkennt zwar die herrschende Meinung nicht an, indem sie die Emphyteusis nur durch Vollenbung der Eigenthümersetzung untergehen läßt (vgl. Arndts S. 879, 880, Schmid S. 43—45, Unterholzner Verj. Lehre II. §. 241; aber auch Brinz S. 289). Für mich ist entscheidend der in §. 221 Note 3 bemerkte Grund.

⁵ Man spricht in diesen Fällen gewöhnlich von einer 'Privation' des Berechtigten.

⁶ Nov. 120 c. 8, Auth. *Qui rem C. de ss. eol. l. 2*. Diese Stellen handeln zwar nur von kirchlichen Emphyteusen; aber die Uebertragung ihrer Bestimmungen auf weltliche Emphyteusen ist um so unbedenklicher, als für die gewöhnliche Pacht derselbe Grundsatz gilt (l. 3 C. de loc. 4. 65). Vgl. c. 2 §. 7 C. 10 qa. 2 und Schmid §. 24 Note 14—19.

⁷ L. 2 C. h. t. Daß die entscheidenden Worte dieser Stelle: „*sin . . . per totum triennium neque pecunias solverit, neque epochas domino tributorum reddiderit*“ nicht conjunctiv, sondern alternativ zu fassen sind, nimmt die herrschende Meinung an, theils wegen des unmittelbar vorhergehenden „*si solitam pensionem vel publicarum functionum epochas non reddiderit*“, theils wegen Nov. 7 c. 3 §. 2. Arndts S. 881 Note 157, Schmid §. 24 Note 20. — Mahnung durch den Eigenthümer ist nicht erforderlich, l. 2 C. cit., c. 4 i. f. X. de loc. 3. 18. Vgl. hierüber und über andere hierher gehörige Fragen Arndts S. 880, 881, Schmid S. 47—51.

⁸ Nov. 7 c. 3 §. 2, 120 c. 8, c. 4 X. de loc. 3. 18.

⁹ L. 3. i. f. C. h. t., c. 4 X. de loc. 3. 18.

¹⁰ L. 2 C. h. t.: — „*suo iure is, qui emphyteusin suscepit, cadat*“; l. 3. eod.: — „*iure emphyteutico cadat*“; Nov. 7 c. 3 §. 2: — „*sent omnino extranei emphyteumatis*“. In Nov. 120 c. 8 heißt es unbestimmt: — „*damus licentiam eicere . . . de emphyteusi*“. Doch kann nach canonischem Recht der Verlust wegen Nichtentrichtung des Canon durch schleunige Nachzahlung („*celeri satisfactione*“) abgewendet werden, c. 4 X. de loc. 3. 18. Unter 'schleuniger' Nachzahlung ist zu verstehen Nachzahlung vor der Erklärung des Eigenthümers,

klagend verfolgt, so hat der von ihm erlangte Richterspruch nur declaratorische Bedeutung. Jedoch ist der Eigenthümer natürlich nicht genöthigt, von seinem Recht Gebrauch zu machen; thut er es nicht, so wird es so angesehen, als sei die Emphyteuse nie verloren worden¹¹.

II. Superficies*.

§. 223.

Das Recht der Superficies beruht auf der Vorstellung, daß Jemandem ein Gebäude gehöre ohne den Grund und Boden, auf welchem dasselbe steht¹. Ein solches Rechtsverhältniß ist aber juristisch nicht möglich, da das Gebäude keine selbständige Existenz für sich hat, sondern nur Bestandtheil des Grundes und Bodens ist, auf welchem es steht, daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Rechtes sein kann, sondern von dem am Grund und Boden stattfindenden Rechtsverhältniß nothwendig mit ergriffen wird². In dieser Weise wird die Superficies zu einem Rechte an fremder Sache (Grundstück mit dem darauf errichteten Gebäude)³, dessen Inhalt freilich, wie der Inhalt der Emphyteusis, aus der Vorstellung heraus bestimmt wird, daß der Superficiar mehr als ein Recht an fremder Sache habe. So hat auch er, wie der Emphyteuta, ein unbeschränktes Benutzungsrecht, ja es muß ihm, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt ist, selbst das Recht der Verfügung über die

von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Arndts S. 881 Note 159. Andere gestatten Nachzahlung bis zur erhobenen Klage. Schmid §. 24 Note 28.

¹¹ Ueber das Ganze s. Arndts S. 882, Schmid S. 52—54.

* Dig. 43. 18 de superficibus.

Geßlering (cit. bei §. 219) S. 444—454, Schmid (bas.) S. 57—85.

§. 223.

¹ L. 9 §. 4 D. de damno inf. 39. 2: — „si solum sit alterius, superficies alterius“; l. 74 D. de R. V. 6. 1: — „qui in alieno solo superficiem habet“. Vgl. l. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17: — „coenaculum . . in quo alius quasi dominus moratur“. Auch in l. 12 §. 3 D. de Publ. 12. 3 möchte man das „a non domino“ auf den veräußernden Superficiar beziehen.

² §. 138 a. G., §. 188 Note 7.

³ L. 2 D. h. t. „Superficiarías sedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietás et civili et naturali iure eius est, cuius et solum“. L. 86 §. 4 D. de leg. I. 30, l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 49 D. de V. 8. 50. 16 (vgl. l. 10 D. fam. herc. 10. 2).

Substanz des Gebäudes zugestanden werden⁴; er überträgt sein Recht auf seine Erben⁵, und kann es auf Todesfall wie unter Lebenden veräußern⁶, so wie verpfänden⁷; er kann auf die Dauer seines Rechtes Dienstbarkeiten an dem Grundstück bestellen⁸; er kann sein Recht gegen Jedermann, nöthigenfalls klageweise, geltend machen, und sowohl die dem Grundstück zustehenden Dienstbarkeiten, als die Freiheit desselben von Dienstbarkeiten verfolgen und im Proceße vertreten⁹. Auf der anderen Seite ist auch er, wie der Emphyteuta, verpflichtet, die Lasten der Sache zu tragen¹⁰, und dem Eigenthümer die festgesetzte jährliche Abgabe zu entrichten¹¹; dagegen liegen ihm die dem Emphyteuta in Betreff der Veräußerung auferlegten Pflichten nicht ob. — Begründet wird das Recht der Superficies durch Verleihung des Eigenthümers, letztwillige oder vertragsmäßige¹², durch richterliche

⁴ Ist die Absicht der Verleihung darauf gerichtet, daß der Superficiar Eigenthümer des Gebäudes werden solle, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß er es auch abbrechen darf; aber wie wenn es ihm nur auf 99 Jahre vermietet worden, wenn es ihm in „Erbpacht“ gegeben worden ist (Note 12)? Vgl. Schmid S. 68.

⁵ L. 10 D. fam. herc. 10. 2.

⁶ L. 1 §. 7 D. h. t.

⁷ L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 3 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 §. 6 D. h. t. (nach der Emendation von Juschte Zeitschr. f. Civ. und Pr. XX. S. 190: *pignori quoque insuper superficiem dari*). Als Gegenstand der Veräußerung und Verpfändung wird auch hier nicht das superficiarische Recht, sondern das Gebäude selbst bezeichnet.

⁸ L. 1 §. 6. 9 D. h. t., l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4. Schmid §. 27 Note 7.

⁹ Er hat *utilis petitio rei, utilis confessoria und negatoria actio*, eine jede derselben auch als *Publiciana*. L. 1 pr. §. 1. 3. 6 D. h. t., l. 73 §. 1 — l. 75 D. de R. V. 6. 1, l. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 3.

¹⁰ Dieser Satz rechtfertigt sich durch die Analogie der Emphyteuse (§. 220 Note 2) und des Nießbrauchs (§. 204 Note 4).

¹¹ *Salarium pensio*. L. 74 D. de R. V. 6. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 2 §. 17 ne quid in loco publ. 43. 18. Das Rechtsverhältniß ist dasselbe wie bei der Emphyteuse (§. 220 Note 3). Wesentlich ist diese Abgabe auch hier nicht.

¹² Bei letztwilliger Verleihung bedarf es auch hier, wie bei der Emphyteuse, nicht eines besonderen Contractes mit dem Erben; die an die Superficies angeknüpften obligatorischen Verpflichtungen entstehen unmittelbar mit dem Rechte. Bei vertragsmäßiger Verleihung kommt es auf den Namen des Vertrages nicht an. Derselbe kann Mietvertrag sein, wenn nämlich die Miete auf immer, oder doch „non ad modicum tempus“, eingegangen wird

Verfügung¹³ und durch Erziehung¹⁴; übertragen wird eine bestehende Superficies durch Willenserklärung des Berechtigten, zu der aber, wenn sie eine vertragmäßige ist, Besitzübertragung hinzukommen muß¹⁵, und Verfügung des Richters. — Auch für die Beendigung der Superficies gilt im Allgemeinen das Nämliche, wie für die Beendigung der Emphyteusis¹⁶, mit Ausnahme jedoch der Grundsätze vom dem Verlust durch Verwirkung; bloß wegen zweijähriger Nichtzahlung der Abgabe an den Eigenthümer kann der Superficiar wie jeder gewöhnliche Miether ausgetrieben werden¹⁷.

Eine Superficies ist auch an einem Theile eines Gebäudes, z. B. einem Stockwerke, möglich¹⁸.

(1. 1 pr. §. 3 l. 2 D. h. t.), Veräußerungsvertrag, wenn nämlich als das zu veräußernde Object das Gebäude im Gegensatz zum Grund und Boden bezeichnet wird (1. 1 §. 1 D. h. t.), Vertrag, wodurch Jemandem erlaubt wird, sich auf fremdem Boden ein Gebäude zu errichten (1. 2 §. 17 D. no quid in loco publ. 43. 8), Vertrag, wodurch ein Gebäude in 'Erbpacht', in 'Erbzinsrecht', oder mit Anwendung einer ähnlichen, über die Absicht der Partheien keinen Zweifel lassenden Bezeichnung, gegeben wird. Daß zu dem Vertrage Besitzübertragung hinzutreten müsse, darf hier so wenig wie bei der Emphyteuse behauptet werden. Vgl. 1. 1 pr. §. 3 D. h. t.

¹³ S. §. 221 Note 5.

¹⁴ Es gilt hier Alles, was in Betreff der Emphyteusis gesagt worden ist (§. 221 Note 7. 8). Die usucapio war auch bei der Superficies ausgeschlossen, 1. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 2. L. 26 D. de usurp. 41. 3 leugnet nicht die Möglichkeit der Erziehung des superficiarischen Rechtes, sondern die Möglichkeit der Erziehung des Eigenthums am Gebäude ohne den Grund und Boden (1. 23 pr. eod.). Vgl. Schmid §. 26 Note 17, Francke Arch. f. civ. Pr. XLIV. 6 (welcher hier 1. 12 §. 3 D. de Publ. 6. 2 für entscheidend hält, wie bei der Emphyteusis §. 2 eod.).

¹⁵ Dafür spricht die Analogie der Emphyteusis (§. 221 Note 11) und 1. 1 §. 7 D. h. t. Ueber leghwillige Uebertragung vgl. 1. 86 §. 4 D. de leg. I.

¹⁶ Ueber die Beendigung durch Zeitablauf f. 1. 1 §. 3 D. h. t. Auch durch Untergang des Gebäudes muß die Superficies untergehen, wenn nicht Wortlaut oder Absicht der Verleihung dahin geht, daß der Superficiar sich auch ein neues Gebäude solle errichten dürfen. Vgl. auch 1. 39 §. 2 D. de damno inf. 39. 2. N. M. mit Andern Schmid §. 28 Note 5.

¹⁷ L. 54 §. 1 l. 56 D. loc. 19. 2.

¹⁸ L. 3 §. 7 D. uti poss. 43. 17. Superficies an einem Keller: Senff. Arch. VI. 152. Ueber die Frage, ob auch Anderes, als Gebäude, den Gegenstand einer Superficies bilden könne, s. Schmid §. 25 Note 11.

Siebentes Kapitel.

Das Pfandrecht*.

I. Begriff und Wesen.

§. 224.

Pfand¹ im juristischen Sinne des Wortes ist eine Sache, welche die Bestimmung hat, einem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren. Die Erreichung dieses Zweckes ist in verschiedener Weise denkbar; nach der letzten Entwicklung, welche das Pfandrecht bei den Römern erfahren hat², und in welcher es nach Deutschland übergegangen ist, wird er dadurch erreicht, daß der Pfandgläubiger mit der Befugniß ausgestattet ist, für den Fall seiner Nichtbefriedigung die verpfändete fremde Sache in Besitz zu nehmen³, und durch Veräußerung

* Dig. XX., Cod. VIII. 14—35.

Das neueste und beste Werk über Pfandrecht ist das noch nicht vollendete von H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes, 1. Band, 1860; rec. von Scheurl krit. Vierteljahrschr. II. S. 416 fg. 481 fg. Von früheren Bearbeitungen sind zu nennen: Westering die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts 1816, zweite Aufl. 1831. Sintenis Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836. Wachosen das römische Pfandrecht, 1. (einziger) Band 1847 (eine Bearbeitung des römischen Pfandrechts vom rein philologischen Standpunkt aus, f. Verrete S. XI.); rec. von Keller krit. Jahrb. f. deutsche RW. XI. S. 961 fg. Heimbach im Rechtslexicon VIII. S. 1—77 (1854).

¹ Das römische Wort für Pfand ist pignus, von pago oder pango, griech. πῆγμα, befestigen.

² Frühere Formen des Pfandrechts bei den Römern sind die fiducia und das pignus im engeren Sinn; bei jener erhielt der Pfandgläubiger Eigenthum, bei dem letzteren nur einen durch die possessoriischen Interdicta gesicherten Besitz. Die neueste Form des Pfandrechts führt den speciellen Namen hypotheca. Vgl. über die Geschichte des römischen Pfandrechts Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. 4 (1846), Wachosen Nr. I. II. VII. XIX. und dazu Keller S. 963—988, 1001—1008, 1018—1022, Brinz Pand. §. 80, Dernburga §. 1—9 und dazu Scheurl S. 416—433.

³ Unwesentlich, aber verträglich mit demselben, ist sofortiger Besitzübergang auf den Gläubiger. Wir reden in diesem Fall von einem Faustpfand, die Windscheid, Pandekten. I. Abthlg.

derselben gegen Entgelt sich seine Befriedigung selbst zu verschaffen⁴.

Das Pfandrecht steht in einem wesentlichen Gegensatz zu allen andern Rechten an fremder Sache. Und zwar nach einer doppelten Seite hin. Zuerst durch die Unselbstständigkeit seiner Natur. Alle andern Rechte an fremder Sache sind um ihrer selbst willen da, das Pfandrecht hat einen außerhalb seiner selbst liegenden Zweck; alle andern Rechte an fremder Sache gewähren dem Berechtigten eine Willensherrschaft schlechthin, das Pfandrecht gewährt ihm eine Willensherrschaft nur zu dem Ende, damit ein anderes Recht seine Befriedigung erhalte⁵. Sodann aber unterscheidet sich das Pfandrecht von allen andern dinglichen Rechten an fremder Sache auch durch seinen weit gehenden Inhalt. Keines von den andern enthält einen so schweren Eingriff in das Eigenthum, wie das Pfandrecht; dasselbe führt in seiner Entwicklung zur Vernichtung des Eigenthums.

Weil das Pfandrecht den Zweck in sich trägt, dem Gläubiger Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen, so liegt die Vorstellung nahe, daß dasselbe eine Erstreckung des Forderungsrechts von der Person auf die Sache, und somit selbst ein Forderungsrecht sei. Diese Vorstellung scheint eine wesentliche Stütze darin zu finden, daß die Quellen die von den Forderungsrechten gebrauchten Ausdrücke auch auf das Pfandrecht anwenden, und zwar nicht bloß ausnahmsweise, sondern in gewöhnlicher Rede-

weiser gebrauchen zur Bezeichnung desselben den Ausdruck *pignus* im engeren Sinn. Vgl. mit l. 5 §. 1 D. de pign. 20. 1. 9 §. 2 D. de pign. act. 13. 7. 1. 238 §. 1 D. de V. S. 50. 16. §. 7 l. de act. 4. 6.

⁴ Das erste dieser Rechte hat seinen Ursprung im prätorischen Edict; der Prätor gab demjenigen, welchem eine Sache verpfändet worden war, *actionem in rem, uti in petitionem rei*. Auf Grund dieser *actio in rem* ist das Pfandrecht als dingliches Recht (an fremder Sache) entwickelt worden, wie das *ius in agro vectigali* und die *superficies* (vgl. §. 218 Note 5, §. 223 Note 9). Als dingliches Recht wird es ausdrücklich bezeichnet in l. 19 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 30 D. de nox. act. 9. 4, vgl. auch l. 8 §. 1 C. de praeser. XXX. 7. 39. Den Standpunkt der Klage hält einseitig fest das Bachofen'sche Werk. S. dagegen Keller Rec. S. 988—996, Dernburg §. 7. — Das Recht der Veräußerung beruht nicht auf dem prätorischen Edict, sondern auf einer durch Theorie und Praxis zur bindenden Regel erhobenen Auslegung des Verpfändungswillens (§. 237 Note 1).

⁵ S. jedoch §. 225 Nr. 2.

weise⁶. Allein diese Uebertragung erklärt sich vollkommen aus der Gleichheit des Zweckes, welcher bei Forderungsrecht und Pfandrecht stattfindet⁷; sie beweist nicht dafür, daß dieser Zweck bei beiden auf dem gleichen Wege erreicht werde. In der That ist das Pfandrecht ein Rechtsverhältniß zur Sache, und nicht (unmittelbar) zur Person; es ist ein dingliches, und kein obligatorisches Recht⁸.

⁶ Der ganz gewöhnliche Ausdruck der Quellen für verpfänden und Verpfändung ist *obligare* und *obligatio*; außerdem heißt es: *res pignori nexa, obstricta, obnoxia, res pignori* oder *pignoris iure tenetur, pignus contrahitur*; von der Benützung des Pfandrechts werden die Ausdrücke *distrahere, liberare, luere, solvere* gebraucht. S. namentlich l. 5 §. 2 und l. 11 D. quid. mod. pign. 20. 5, und vgl. Kiebel in Hugo's civil. Magazin V. 3, Büchel civil. Erörterungen I. 2 S. 27 fg.

⁷ Ueber die verschiedenen Auffassungen s. Bachofen S. 222—226, Brinz §. 82, Regelsberger Altersvortrag der Pfandrechte S. 14—17 und dazu Fitting krit. Vierteljahrsschrift I. S. 77—79, Dernburg §. 13, Scheurl S. 435 fg.

⁸ Der Wille des Pfandgläubigers ist entscheidend für die Sache nicht bloß im Besitzrecht, sondern auch im Veräußerungsrecht; nur daß er in dem letzteren nicht direct, sondern nur indirect entscheidend für die Sache ist, — der Pfandgläubiger ist befugt, durch seinen Willen den Willen eines Andern zu dem für die Sache entscheidenden zu machen. — Die Ansicht, daß das Pfandrecht wirklich ein Forderungsrecht sei, ist namentlich von Büchel civil. Erörterungen I. 2 (1833) und 2. Auflage (1847) I. S. 259 fg. 269 fg. 447 fg. vertheidigt worden. Auf der andern Seite ist das Pfandrecht diesem Schriftsteller doch auch wieder ein dingliches Recht; er nennt es ein dingliches Forderungsrecht, bei welchem, wie sonst eine Person, so hier eine Sache Schuldnerin sei, oder, wie er sich an einem andern Orte (2. Aufl. S. 261) ausdrückt, bei welchem eine Sache in einem ähnlichen Verhältniß zu dem Berechtigten gedacht werde, wie bei der *obligatio personae* der Schuldner zum Gläubiger. Büchel's Ansicht ist nicht ohne Anhänger geblieben; es bekennen sich zu derselben namentlich Bänge row (l. §. 363 Anm. 2) und Sinenis (Pfandrechtl. Streitfragen I. S. 5. 6, Handbuch des Pfandrechts §. 1. 2, gem. Civilrecht I. §. 67 Note 2), der letztere jedoch mit der Modification, daß nach ihm nicht die Sache Schuldnerin sein soll, sondern der jedesmalige Eigenthümer. Wegen die Büchel'sche Ansicht haben sich erklärt: Puchta Pand. §. 193 d. und Vorles. dazu, Institutionen II. §. 249 c., Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 14, Wächter II. §. 48 Note 25, Böcking I. §. 133 Note 6, Brinz §. 82 (dieser jedoch mit eigentümlicher Wendung, vgl. Kunze Heidelb. krit. Zeitschrift V. S. 404—408), Dernburg §. 12, Scheurl S. 434—439, Keller Pand. §. 146. Puchta hat die Gründe für diese Ansicht „unglaublich schwach“ genannt, und fast noch stärker drückt sich Keller a. a. D. aus: Uebrigens

II. Verhältniß des Pfandrechts zur Forderung.

§. 225.

Das Pfandrecht setzt seinem Begriffe nach eine Forderung voraus¹. Ohne Forderung kann es weder entstehen, noch fortbestehen. Dieß bedarf jedoch näherer Bestimmung.

1) Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht entstehen. Bestellt aber Jemand wissentlich ein Pfandrecht für eine nicht existirende Forderung, so entsteht die Frage, ob er nicht gerade dadurch eine Forderung gegen sich begründet; bei der Entscheidung dieser Frage ist sowohl auf den Willen des Verpfändenden, als darauf zu sehen, ob alle gesetzlichen Erfordernisse der Entstehung einer Forderung vorhanden sind². Steht der Forderung eine Einrede entgegen, so kann dieselbe Einrede auch jedem auf das Pfandrecht gegründeten Anspruch entgegengesetzt werden, gewiß von dem Schuldner, aber auch von Dritten, sofern nicht die Einrede rein persönlicher Natur ist³. Inwiefern in einer Ver-

sind die Veruche, sie auch practisch zu verwerthen, und Rechtsätze, welche für die Obligation gelten, auf das Pfandrecht zu übertragen, nicht gerade sehr zahlreich; doch hat es an denselben auch nicht ganz gefehlt (vgl. §. 248 Note 2 und 15).

¹ Durch seine Natur als dingliches Recht bestimmt sich auch die Stellung des Pfandrechts im System; für dieselbe kann nicht sein Zweck maßgebend sein, sondern nur seine juristische Structur. A. W. Arnolds, welcher das Pfandrecht unter den Sicherungsmitteln der Forderung abhandelt. S. denselben Pand. §. 126 Note 2 und krit. Jahrb. VII. S. 300. Ebenso Wächter I. S. 549, II. S. 319.

² In l. 43 D. de sol. 46. 3 wird es neben den Bürgen zu den „accessiones“ der Forderung gezählt.

³ Namentlich ob die Forderung eine erlaubte ist, vgl. l. 11 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Was die Auslegung des Willens des Verpfändenden angeht, so wird es einen wesentlichen Unterschied machen, ob in der Erklärung die Forderung als bestehend bezeichnet oder vorausgesetzt ist, oder nicht; für den ersten Fall geben der Entscheidung einen Anhaltspunkt l. 11 D. de fidei. 46. 1, l. 8 pr. D. de accept. 46. 4. Vgl. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 121, 122, Dernburg §. 74.

⁴ L. 32 D. de fidei. 46. 1, l. 15 C. de non num. pec. 4. 30, l. 2 D. quas res pign. 20. 3, l. 9 §. 3 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; l. 7 pr. §. 1 D. de exe. 44. 1. Büchel a. a. O. S. 122—124, Dernburg §. 73.

pfändung, welche mit Kenntniß der die Forderung unwirksam machenden Einrede geschieht, ein Verzicht auf die Einrede gefunden werden darf, ist nach denselben Gesichtspunkten zu entscheiden, welche soeben in Betreff der Verpfändung für eine nicht existirende Forderung hervorgehoben wurden⁴. Ist die Forderung bedingt oder befristet, so ist es auch das Pfandrecht⁵; wird ein Pfandrecht für eine zukünftige Forderung⁶ bestellt, so ist zwar

⁴ Vgl. l. 22 C. ad SC. Vell. 4. 29. Büchel a. a. O. S. 126—130, Dernburg §. 74.

⁵ L. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 13 §. 5 eod., l. 14 eod., l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Festschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 146—148, 161—166.

⁶ Unter einer zukünftigen Forderung wird hier eine bloß zukünftige Forderung verstanden, d. h. eine Forderung, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist, was bei der bedingten und befristeten Forderung allerdings der Fall ist, — also z. B. die Forderung aus einem bloß verabredeten Darlehen. In diesem Sinne wird auch offenbar in l. 5 pr. D. de pign. 20. 1 die obligatio futura der obligatio in diem und sub conditione entgegengesetzt. „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione: . . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione; et sive in praesenti contractu, sive praecedat, sed et futurae obligationis nomine dari possunt“. Dagegen wird in l. 89 D. de V. O. 45. 1, vgl. l. 76 §. 1 eod., unter futura obligatio eine befristete Obligation verstanden, und gleicherweise könnte natürlich auch die bedingte eine futura obligatio genannt werden. Die Beschränkung des Ausdrucks auf den im Texte bezeichneten Fall empfiehlt sich durch die Betrachtung, daß für denselben Besonderes gilt, in Betreff nämlich des Ranges der Pfandrechte. Dernburg §. 68, 69, welcher dieß leugnet, gebraucht denn auch den Ausdruck in ganz allgemeinem Sinne. S. unten Pfandrecht §. 11 beschränkt ihn auf die befristeten Obligationen, Brinz S. 294, 295 auf diejenigen, von welchen er sagt: „innerhalb eines Contractes können sich Obligationen entwickeln, die möglicherweise auch ausbleiben, z. B. innerhalb des Darlehens (Zinsobligation), der Societät, Vormundschaft“; Regelsberger Altersvortrag der Pfandrechte §. 11 fügt zu diesen Obligationen diejenigen hinzu, die von mir als künftige Obligationen bezeichnet werden. — Was die von Brinz herausgehobenen Obligationen angeht, so sind dieselben meiner Ansicht nach entweder befristete, wie die Zinsobligation, die Obligation auf Miethgelt (deswegen nicht weniger befristete, weil der Schuldner durch Rückzahlung und Kündigung ihnen entgegen kann), oder ihrem Wesen nach bedingte, wie die des Vormunds, des Gesellschafters, nämlich Obligation zu einem bestimmten Verhalten, wie es Umständen gemäß ist, die möglicherweise eintreten können, möglicherweise nicht, Obligationen, welche bedingte Obligationen mir deswegen nicht genannt werden, weil sie nach ihrem speziellen Inhalt, welcher durchaus ungewiß ist, überhaupt nicht bezeichnet werden.

die Verpfändung nicht ungültig^{6a}, aber ein Pfandrecht entsteht erst mit der Forderung⁷. Daß die Forderung, für welche das Pfandrecht entstehen soll, klagbar sei, ist nicht erforderlich; auch eine natürliche Verbindlichkeit ist ausreichend⁸. Der Gegenstand der Forderung ist gleichgültig⁹. Schuldner in derselben kann der Verpfänder sein, aber auch ein Dritter¹⁰.

2) Das Pfandrecht kann ohne Forderung nicht fortbestehen. Es genügt aber wie für seine Entstehung, so auch für seinen

^{6a} Vgl. Scuff. Arch. I. 410. XII. 131.

⁷ Dieß leugnet Dernburg §. 69, und nicht bloß für den bezeichneten Fall, sondern für das, was er zukünftige Forderung nennt (Note 6), überhaupt, indem er die Behauptung aufstellt, daß ein Pfandrecht sehr wohl vor der Forderung, welcher es dienen soll, bestehen könne. Indem jedoch Dernburg hinzusetzt (§. 526): „natürlich existirt ein solches Pfandrecht nur für den Fall des künftigen Entstehens der Pfandschuld,“ und bemerkt, bis dahin sei das Verhältniß „in pondanti“, nimmt er seine Behauptung selbst wieder zurück, und als seine eigentliche Meinung stellt sich, wie mir scheint, heraus, daß das Bestehen der Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert werden soll, für seine Existenz nicht begriffsmäßiges Erforderniß, sondern äußerlich hinzugefügte Bedingung sei, wie dieß denn auch die, obgleich weniger zuverlässlich vorgetragene, Meinung Fitting's (Nützlichkeit §. 42—44, krit. Vierteljahresschr. I. S. 80. 81) ist, auf welche sich Dernburg beruft. Ich halte auch diese Meinung, obgleich ich sie selber selbst geäußert habe (Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 57), für unrichtig. Zwar wird sich unten (in diesem §. Nr. 2) zeigen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines seinem Begriffe nach accessorischen Rechtes nicht unbedingt durchgeführt hat; aber doch nur insofern nicht, als es unter Umständen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkennt. Davon, daß ein Pfandrecht als selbständiges Recht auch begründet werden könnte, findet sich meines Wissens im römischen Rechte nicht die mindeste Spur. Gegen Dernburg und Fitting haben sich ausgesprochen Scheurl krit. Ueberschau V. S. 31, krit. Vierteljahresschr. II. S. 498. 499, Regelsberger Altersvortrag der Pfandrechte S. 19. Uebrigens ist es eine andere Frage, ob nicht auch mit der hier vertretenen Auffassung die Annahme einer von der obligatorischen Gebundenheit unabhängigen Pfandgebundenheit verträglich ist; dieß ist die practische Seite der Sache. S. darüber §. 242 Note 8.

⁸ L. 5 pr. D. de pign. 20. 1. Büchel civilrechtl. Erörterungen II. 1 S. 130—144. Gegen die Meinung, daß das für eine natürliche Verbindlichkeit bestellte Pfandrecht nur ein Retentionsrecht erzeuge, s. Büchel a. a. O. S. 144 fg., Bangerow I. §. 364 Anm. 2, Dernburg §. 72, Schwannert Naturobligationen S. 210—213.

⁹ L. 9 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

¹⁰ L. 5 §. 2 D. de pign. 20. 1.

Fortbestand eine natürliche Verbindlichkeit¹¹. Und noch mehr: es kann auch vorkommen, daß die Forderung in jeder andern Beziehung vollständig abstirbt, und nur für das Pfandrecht fort-dauert¹². Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisirung seiner Forderung keine andere Macht mehr, als die Pfandrechts-macht; seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie wäre ganz untergegangen, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen gewesen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergang, soweit sein Bereich geht. Mit anderen Worten: sie dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht; es ist nicht mehr die Forderung, welche die Grundlage für das Pfandrecht bildet, sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung¹³.

Bedenkt man das hier zuletzt Gesagte, so muß man zuge- stehen, daß das römische Recht die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen Rechtes nicht unverfehrt durchgeführt hat¹⁴. Wenn es in den bezeichneten Fällen den Fortbestand der Forderung für das Pfandrecht annimmt, so thut es das nur im Interesse theoretischer Vermittelung; in der Wirklichkeit läßt es das Pfandrecht ohne Forderung fortbestehen. Auf diesem von dem römischen Rechte nur schüchtern betretenen Wege ist dann das moderne Hypothekenrecht im Anschluß an das Institut der Hypothekenbücher (§. 229) weiter gegangen. Nicht nur hat es das, was im römischen Rechte für den Fortbestand der Hypothek nur in einzelnen Fällen anerkannt ist, zur ausnahmslosen Regel erhoben und die eingetragene Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal, welches die Forderung als solche betrifft, erklärt¹⁵;

¹¹ L. 14 §. 1 D. eod.

¹² Das Nähere darüber unten §. 249. Vgl. einstweilen I. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, I. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3.

¹³ L. 59 pr. cit. „remanet . . propter pignus naturalis obligatio“.

¹⁴ So auch mit Entschiedenheit Brinz §. 78. 82. S. auch Simon „über die Selbstständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle als solcher, in Bezug auf nachstehende an demselben Objecte haftende Pfandrechte“ Arch. f. civ. Pr. XXI. 2. In anderen Darstellungen wird dieß nicht genügend beachtet. Vgl. Kunze Heibel. krit. Zeitschr. V. S. 403—408.

¹⁵ Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 151, Beseler II. S. 160 Note 34. 35, Biunzschli S. 279 Nr. 6.

sondern es findet sich in neueren Gesetzen selbst der Satz anerkannt, daß auch die Entstehung einer Hypothek einer Forderung nicht bedarf¹⁶, ein Satz, welcher im römischen Recht ohne den mindesten Anhalt ist¹⁷. In dieser Entwicklung hat das Pfandrecht (die Hypothek) die Natur eines accessorischen Rechtes ganz abgestreift; es ist ein selbständiges Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerthes einer Sache geworden.

§. 226.

Erleidet die Forderung, welche durch das Pfandrecht versichert ist, eine Veränderung, so folgt ihr das Pfandrecht auch in die neue Gestaltung¹. Wird sie vergrößert, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf den Zuwachs². Wird sie verkleinert, so dauert das Pfandrecht unvermindert für jeden Rest derselben fort³.

Tritt zu der versicherten Forderung eine andere Forderung als Nebenforderung hinzu, so erstreckt sich das Pfandrecht ordentlicher Weise auch auf diese⁴, vorbehaltlich jedoch der Auslegung

¹⁶ So bestimmt z. B. die Mecklenburger rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 16, daß der Antrag auf Eintragung in das Hypothekenbuch „durch eine . . . persönliche Verhaftung nicht bedingt, vielmehr solcherart Alles der Vereinbarung der Beteiligten überlassen“ sei. Vgl. Beseler deutsch. Privatr. II. §. 97 Note 37.

¹⁷ Nach den Ausführungen von Meibom Jahrb. f. Dogm. IV. S. 443—456 hand im deutschen Recht jede Verpfändung (ältere und neuere Sahnung) nicht die Person, sondern nur die Sache. Ebenso der Rentenkauf, nach der herrschenden Meinung, s. Meibom a. a. O. und die dort Citirten, Beseler deutsch. Privatr. II. S. 134, Bluntzschli deutsch. Privatr. S. 271; a. M. Gerber deutsch. Privatr. §. 181 Note 4.

¹ So namentlich, wenn sie sich in eine Forderung auf Interesse ver wandelt.

² So namentlich auf Verzugszinsen, Ortsinteresse.

³ L. 6 C. de distr. pign. 8. 28, l. 85 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 19 D. de pign. 20. 1. Daher ist es auch für das Pfandrecht gleichgiltig, daß die Obligation durch Erlaß sich in mehrere Obligationen spaltet; für jede neue Obligation besteht ein gleiches Pfandrecht fort, l. 8 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 1 C. si unus ex plur. 8. 32, vgl. l. 2 eod., l. 1 C. de luit. pign. 8. 31. S. g. Untheilbarkeit des Pfandrechts; vgl. Wächter Arch. f. civ. Pr. XXVII. S. 188 fg., Sintonis I. §. 67 Note 6.

⁴ So namentlich auf die durch das Pfandrecht selbst hervorgerufenen For-

des Verpfändungswillens, welcher auch auf das Gegentheil ge richtet sein kann⁵. Aus dem Verpfändungswillen ist auch zu entscheiden, inwiefern das Pfand haftet, wenn aus dem Ge schäfte, bei welchem es gegeben worden ist, eine andere, als die eigentlich beabsichtigte Obligation entsteht⁶.

III. Gegenstand des Pfandrechts.

§. 226 a.

Den Gegenstand des Pfandrechts können alle Sachen bilden, welche dem Verkehre nicht entzogen sind (§. 147)¹, bewegliche sowohl, wie unbewegliche, selbst solche, deren Gebrauch in ihrem Verbräuche besteht². Auch an einem Bruchtheil einer Sache ist ein Pfandrecht möglich; bei demselben haftet der Körper der Sache ganz (§. 140), und hört dadurch nicht auf, ganz zu haften,

derungen, z. B. wegen Verwendungen, die auf die Pfandsache gemacht worden sind, wegen der Kosten der Proceßverfolgung und des Pfandverkaufs. L. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 C. de pign. 8. 14. Dernburg S. 551, Scheurl krit. Ueberschau II. S. 507.

⁵ Von demjenigen, welcher ein Pfandrecht für eine Kapitalschuld bestellt, ist im Zweifel anzunehmen, daß er dasselbe Pfandrecht auch für die Zinsen habe bestellen wollen, freilich auch nur im Zweifel. L. 8 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 6 D. de pign. 20. 1, l. 18 D. qui pot. 20. 4, l. 4 C. de usur. 4. 32. Bachofen S. 593 fg., Dernburg S. 555—557.

⁶ Z. B. aus einem Darlehnsgechäfte entsteht statt der vertragmäßigen Darlehnsobligation nur eine Obligation wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. l. 56 §. 2 D. de fidei. 46. 1 und Dernburg §. 75.

¹ L. 3. 6 C. quae res pign. 8. 17. Dernburg S. 426—428.

² Auch an Geld ist ein Pfandrecht möglich, l. 34 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 7 §. 1 D. qui pot. 20. 4. Dasselbe dauert natürlich nur so lange, als die verpfändeten Geldstücke aufgefunden werden können. Können sie aufgefunden werden, so darf der Pfandgläubiger sich in den Besitz derselben setzen, und sie sich zu seiner Befriedigung aneignen; der Verkauf fällt hier der Natur der Sache nach weg. Ebenso wenn der Gläubiger sogleich bei der Verpfändung in den Besitz derselben gesetzt worden ist. Geld kann aber auch in der Weise verpfändet werden, daß es zu Eigenthum übertragen wird, so z. B. bei der Bestellung einer Dienstcaution. In diesem Falle ist immerhin ein Pfandrecht vorhanden; aber freilich kein Pfandrecht an fremder Sache. Vgl. Gesterding Ausbeute IV. S. 7 fg., Dernburg S. 429. 430.

daß er zwischen den mehreren Miteigentümern getheilt wird³. Wird ein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit begründet, so ist es möglich, daß dasselbe die Gesamtheit in ihrem gegenwärtigen, oder daß es sie in ihrem jeweiligen Bestande ergreife; im ersten Fall haftet das zu der Gesamtheit später Hinzugefügte nicht, während das von derselben Ausgeschiedene fortfährt zu haften, im zweiten Fall haftet das neu Hinzugefügte, und das Ausgeschiedene tritt, vorausgesetzt daß es nach der Bestimmung der Sachgesamtheit ausgeschieden wird, aus der Verhaftung heraus. Ob das Eine oder das Andere der Fall sei, ist nach der Natur der Sachgesamtheit, ob sie nämlich zum Wechsel bestimmt ist, oder nicht, und nach dem präsumtiven Inhalt des Verpfändungswillens zu entscheiden⁴.

Mit der Pfandsache haftet⁵ Alles, was mit derselben zu einem Ganzen verbunden ist⁶; ferner haften mit derselben die

³ L. 7 §. 4 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 6 §. 8 D. comm. div. 10. 3, l. un. C. si comm. res 8. 21. Dernburg §. 55. Vgl. Seuff. Arch. X. 236.

⁴ Beispiele: Jemand verpfändet sein Waarenlager, seine Heerde, seine Bibliothek, sein Mobiliar, sein Silbergeräth. Entscheidungen der Quellen: l. 13 pr. l. 34 pr. D. de pign. 20. 1. Die Meinungen gehen hier auseinander. Vgl. Sintenis Pfandr. S. 467—470, Wächter Erörterungen I. S. 20—23, Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 252. 253, Bangerow I. §. 369 Note 3, Dernburg §. 59.

⁵ Vgl. zu dem Folgenden Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 246 fg., Dernburg §. 56—58.

⁶ So haftet namentlich mit dem verpfändeten Grundstück das darauf errichtete Gebäude (l. 29 §. 2 l. 35 D. de pign. 20. 1, l. 21 D. de pign. act. 13. 7), und was durch Anschwemmung zu demselben hinzugefügt wird (l. 16 pr. D. de pign., l. 18 §. 1 D. de pign. act.). Wird das Verbundene von der verpfändeten Hauptsache wieder getrennt, so fährt es fort zu haften, wenn das jetzt an demselben stehende Eigenthum nur eine Fortsetzung des Eigenthums an der Hauptsache ist; dagegen scheidet es aus dem Pfandrechte aus, wenn mit seiner Trennung dasjenige Eigenthum wieder auflebt, welchem es vor seiner Verbindung unterworfen war. Jedoch muß dieser letztere Satz eine Ausnahme für den Fall erleiden, wo der Eigentümer der Hauptsache es ist, an den dieses neu auflebende Eigenthum fällt und die Verbindung bereits zur Zeit der Verpfändung bestanden hat: dieselbe hat Alles ergriffen, was dem Eigentümer an dieser Sache zugehörte, unabhängig von der Erscheinungsform, in welcher es ihm zugehörte. Vgl. §. 175^a Note 2.

ihr anklebenden Rechte⁷, ihre Zubehörungen⁸ und⁹ ihre Früchte¹⁰, die letzteren jedoch nur, wenn sie mit ihrer Entstehung (Trennung von der Hauptsache) in das Eigenthum des Verpfänders gelangen¹¹. Dagegen haftet mit der Pfandsache nicht, was sonst auf Grund des Eigenthums an derselben erworben wird, wie

⁷ L. 16 D. de serv. 8. 1, l. 9 D. de O. N. N. 39. 1.

⁸ Vgl. Dernburg S. 435. 436.

⁹ Ueber die Frage, inwiefern sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache erstreckt, gibt es besondere Abhandlungen von: Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXII. 15 (1839), Franke das. XXX. 6 (1847), Franke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 193 fg. (1862, darüber Demelius krit. Vierteljahresschr. IV. S. 302 fg.).

¹⁰ In l. 3 C. ex quib. caus. pign. 8. 15 wird dieß auf eine „tacita conventio“ zurückgeführt; jedenfalls muß das Gleiche auch für das nicht vertragmäßige Pfand gelten. Vgl. außer l. 3 C. cit. noch l. 29 §. 1 l. 26 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1 C. de partu pign. 8. 25. Widersprechend ist eine Stelle aus den Sententiae des Paulus, II. 5. §. 2 „foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit“. Für das Justinianische Recht verschlägt diese Stelle natürlich nichts; wie sie mit den Grundbüchern des classischen Rechts zu vereinigen sei, darüber s. Huschke Studien I. S. 371 und Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 263, Bacher S. 146. 154, Dernburg S. 441. — Bacher a. a. O. nimmt an, die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte gelte nicht für (Sclavensinder und) Thierjunge. Noch Andere leugnen sie ganz und lassen die Früchte nur als mögliche Nebengegenstände der Condemnation bei der hypothecarischen Klage in Betracht kommen, so Warnkönig a. a. O., Franke a. a. O., Buchta §. 203 f.

¹¹ L. 29 §. 1 D. de pign. 20. 1. „Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus, etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererunt, non erunt obligata“. Vgl. l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1. Von Eigenthum des Verpfänders an den Früchten kann natürlich nur die Rede sein, wenn sie von der Hauptsache getrennt sind (§. 144 a. C.); nach einer andern Meinung soll es aber genügen, daß der Verpfänder Eigentümer der Hauptsache zu der Zeit gewesen ist, wo die Früchte mit der Hauptsache noch verbunden waren. Diese Meinung ist noch von Huschke Studien I. S. 368 fg. vertheidigt worden, später hat derselbe sie auf Sclavensinder beschränkt (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 266 fg.); so auch Dernburg S. 446 fg. Gestützt wird diese Meinung auf l. 18 §. 2 D. de pign. act. 13. 7 und l. 1 pr. D. de Salv. inf. 43. 33. Ueber andere Erklärungen dieser Stellen s. Franke Arch. f. civ. Pr. XXX. S. 173—180, Bangerow I. S. 942.

die im Fluß entstandene Insel und das verlassene Flußbett¹². Wird die verpfändete Sache von einer auf derselben liegenden Last befreit, so gereicht dieß dem Pfandgläubiger zum Vortheil, wenn die Last kraft rechtlicher Nothwendigkeit, nicht wenn sie durch den Willen des Berechtigten erlischt¹³.

§. 227.

Von den körperlichen Sachen ist das Pfandrecht auf alle anderen Vermögensgegenstände erstreckt worden, welche wie jene einen Verkaufswerth haben¹. So namentlich auf die Forderungsrechte², ferner auf die Emphyteuse und die Superficies³, und

¹² Arg. l. 9 §. 4 D. de usufr. 7. 1, l. 3 §. 2 D. de aqua 43. 20 (wo statt „fundo tuo“ zu lesen ist: „fundo meo“). Hierher gehört auch der Schatz.

¹³ In l. 18 §. 1 D. de pign. act. 13. 7 heißt es: „Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adierit, pignori erit“. Wie aber, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft, oder auch wenn er ihm vom Nießbraucher schenkungsweise zurückübertragen wird? Offenbar hat die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur, durch Tod (oder capitis diminutio), untergeht und an das Eigenthum zurückfällt.

§. 227. ¹ L. 9 §. 1 D. de pign. 20. 1. „Quod optionem et venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest.“ Vgl. übrigens über diese Stelle Hufschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 181.

² L. 7 C. de her. v. act. vend. 4. 30, l. 4 C. quas res pign. 8. 17.

³ L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 §. 3 l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 15 D. qui pot. 20. 4, l. 1 §. 6 D. de superfic. 43. 18 (vgl. §. 223 Note 7). Man streitet darüber, ob durch die Verpfändung der Emphyteuse und Superficies nicht vielmehr ein Pfandrecht an der Sache selbst entstehe (dafür namentlich Dernburg §. 26, ebenso Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 S. 121—126 und zweite Aufl. I. S. 435, 436; dagegen Hepp Arch. f. civ. Pr. XV. S. 81—83). Wenn man sich hierfür darauf beruft, daß es in den Quellen geradezu heiße, der Emphyteuta und der Superficiar könne die Sache verpfänden, so könnte man mit demselben Argument auch darthun, daß der Emphyteuta und Superficiar die Sache veräußern könne. S. §. 219 Note 5, §. 223 Note 7. Uebrigens ist man darüber einverstanden, daß das Pfandrecht an Emphyteuse und Superficies keine andere Befugniß gebe, als eben die, Emphyteuse und Superficies zu übertragen. Will man auf der anderen Seite sagen, daß der Pfandgläubiger doch insofern ein Recht an der Sache selbst habe, als er kraft des verpfändeten Rechtes die Sache abzufordern, und im Umfang desselben den Willen des Käufers zu einem für die Sache entscheidenden zu machen befugt sei, so ist dagegen nichts einzumenden. Vgl. auch Arnolds Rechtslex. III. S. 856, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. S. 285.

endlich auf den Nießbrauch⁴, welcher, wenn auch nicht dem Rechte, doch der Ausübung nach veräußert werden kann, nicht aber auch auf das Gebrauchsrecht und die Grunddienstbarkeiten, bei denen auch dieses Letztere nicht möglich ist⁵. Der Pfandgläubiger hat in diesen Fällen im Wesentlichen die gleichen Rechte, wie wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet worden ist, Verkaufs- und Besizesrecht. Das Nähere darüber unten §. 239.

Aber bei Forderungsrechten beschränkt sich hierauf der Inhalt des Pfandrechtes nicht. Forderungsrechte gewähren dem Gläubiger noch ein anderes, ja näher liegendes Mittel, sich Befriedigung zu verschaffen, als durch ihren Verkauf, nämlich durch ihre Einziehung. Und so ist demjenigen, welcher ein Pfandrecht an einer Forderung hat, auch diese Befugniß zugestanden worden.

Auf diesem Wege weiter gehend erhält man auch die Möglichkeit eines Pfandrechtes an einem Pfandrechte. Ein Pfandrecht kann als solches (ohne seine Forderung) nicht verkauft werden; aber auch ohne seinen Verkauf kann sich ein Gläubiger durch dasselbe verschaffen, was er zu fordern hat, durch seine Ausübung nämlich. So besteht der Inhalt des Pfandrechtes am Pfandrechte lediglich in der Befugniß, dasselbe statt des Berechtigten geltend zu machen⁶.

Das Pfandrecht behält in diesen Fällen seine allgemeine Natur; es erfüllt nach wie vor die Aufgabe, dem Gläubiger seine Befriedigung zu sichern; aber die Mittel, durch welche dieser Zweck erreicht wird, nehmen eine andere Gestalt an⁷.

In allen Fällen aber, wo das Pfandrecht eine unförperliche Sache zum Gegenstand hat, ist dasselbe ein dingliches Recht, wie wenn es an einer körperlichen Sache besteht. Der Wille des

⁴ L. 11 §. 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1, l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 1 C. si pign. pignori 8. 24.

⁵ Vgl. Bangerow I. S. 919, 920, Dernburg §. 62. Ueber die Verpfändbarkeit der habitatio wird gestritten, Bangerow a. a. O., Dernburg S. 488. Ueber die Verpfändung von Rechten an fremder Sache überhaupt s. die Abhandlungen von Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII. 18 und XV. 4 (1832), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. 3 (1834, 2. Aufl. 1847), Lang Arch. f. civ. Pr. XXIX. 10 (1846), Reinsh. Schmid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 9 (1848).

⁶ Das Nähere hierüber s. unten §. 239.

⁷ Ueber Pfandrecht an Rechten neueren Ursprungs s. Dernburg §. 64.

— Berechtigten ist auch in diesen Fällen entscheidend nicht unmittelbar für eine ihm gegenüberstehende Person, sondern für etwas außerhalb der Person Liegendes, nur nicht für einen Körper, sondern für eine vom Rechte geschaffene Willensmacht, worüber der Pfandberechtigte in gewisser Weise verfügen kann⁹. —

Von einem Pfandrechte an Rechten kann übrigens noch in einem ganz anderen Sinne, als in dem hier entwickelten, geredet werden, nämlich in dem Sinne⁹, daß der Pfandgläubiger die Befugniß hat, nicht ein bestehendes Recht der bezeichneten Art zu übertragen, sondern ein noch nicht bestehendes neu zu begründen. Ein Pfandrecht dieses Inhalts hat das römische Recht zwar nicht an Forderungsrechten und Pfandrechten, aber doch an den übrigen Rechten an fremder Sache anerkannt¹⁰. Den eigentlichen Gegen-

⁹ Ist aber diese Willensmacht selbst dinglicher Natur, so ist auch das an ihr stattfindende Pfandrecht mittelbar ein Recht an der Sache selbst. Vgl. Note 3.

⁹ Vgl. über diesen in der neueren Zeit vielbesprochenen Fall Büchel a. a. D. S. 74—95, 2. Aufl. S. 425—429, v. d. Pforden Arch. f. civ. Pr. XXII. S. 24 fg. (1839), Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen *servit. rusticas u. urbanas* S. 31—58 (1844), Rudorff Krit. Jahrb. f. RW. XV. S. 323—326, Lang a. a. D. S. 317 fg., Schmid a. a. D. S. 327—364, Vangerow I. S. 920—925, Eivers Servitutenlehre S. 38, Keller Jahrb. d. gem. R. II. 4 (1858), Dernburg S. 63, Cohnsfeldt die f. g. irregulären Servituten nach R. R. S. 87—98 (1862).

¹⁰ Speciell genannt werden der Nießbrauch (l. 11 §. 2 l. 15 pr. D. de pign. 20. 1) und die Felddienstbarkeiten (l. 12 D. eod.). In Betreff des Gebrauchsrechtes f. Vangerow S. 924, Arndts S. 581. Was die Gebäudedienstbarkeiten angeht, so schließt die herrschende Meinung dieselben aus, auf Grund von l. 11 §. 3 D. de pign. Aber die inneren Gründe, welche man für den Ausschluß angibt (f. darüber Vangerow S. 924, Eivers S. 342 fg., Dernburg S. 497), befriedigen sämmtlich nicht, wenigstens für das neuere Recht nicht, f. auch Arndts S. 581 unt., Keller a. a. D. S. 217. So liegt die Erklärung nahe, welche nach dem Vorgange Kellers wieder v. d. Pforden a. a. D. vertritt, daß die l. 11 §. 3 cit. nur die Möglichkeit der Verpfändung einer bestehenden Gebäudedienstbarkeit, dieselbe beispielsweise nennt, leugne. Bedenklicher erscheint es, diese Erklärung auch für den Zusammenhang der Justinianischen Compilation festzuhalten, wo die Einräumung der l. 12 cit. hinter l. 11 §. 3 Absicht zu verrathen scheint. Doch ist es auch möglich, daß die Compiler ohne alle Absicht einfach das Material haben zusammenstellen wollen, und ich entschieße mich lieber zu dieser Annahme, als zu der Annahme einer Unklarheit. — Noch Andere (namentlich Zachariä von Lingenthal a. a. D. S. 52, ferner Eivers S. 342, Dernburg

stand desselben bildet aber nicht sowohl das Recht, als die Sache selbst; es unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Pfandrechte an körperlichen Sachen nur dadurch, daß die Macht, welche es dem Pfandgläubiger über den Körper der Sache gewährt, eine beschränktere ist¹¹.

S. 496) lassen eine Verpfändung der angegebenen Art auch nicht bei allen Felddienstbarkeiten, sondern nur bei den Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten zu, während Keller a. a. D. die l. 12 cit. so interpretirt, daß sie auch für die letzteren nicht von einer Verpfändung der bezeichneten Art, sondern von einem eventuellen Verkauf an den Pfandgläubiger sprechen würde (dawider Cohnsfeldt a. a. D. S. 90—92, zustimmend Kindervater Jahrb. d. gem. R. VI. S. 129. 130).

¹¹ Während beim gewöhnlichen Pfandrecht der Pfandgläubiger den Willen eines Andern zum entscheidenden Willen für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen machen kann, kann er es hier nur für eine oder mehrere einzelne Beziehungen der Sache. — Mit der Verpfändung kann eine sofortige faustpfandweise Einräumung des Genusses des verpfändeten Rechtes verbunden werden, l. 12 D. de pign. — Die hier vertretene Ansicht, nach welcher eine Verpfändung eines noch nicht bestehenden Rechtes an fremder Sache dem Pfandgläubiger nur die Macht gibt, ein Recht an der Sache für einen Andern zu begründen, ist seit den Ausführungen Büchel's (Note 9) die herrschende. Derselben gegenüber hat aber in der jüngsten Zeit Dernburg a. a. D. wieder die ältere vertheidigt, wornach der Pfandgläubiger das dingliche Recht selbst erwerben soll (vgl. auch diese Note a. G.). Es ist keiner Frage unterworfen, daß eine derartige pfandweise Einräumung des dinglichen Rechtes möglich ist; die Frage ist nur die, ob sie als von den Parteien beabsichtigt angenommen werden darf, wenn dieselben sich über das Gewollte nicht näher ausgebrückt, sondern von Verpfänden schlechthin gesprochen haben. Hier halte ich nun für entscheidend l. 15 pr. D. de pign., welche demjenigen, dem ein noch nicht bestehender Nießbrauch verpfändet worden ist, an den Früchten nicht Eigenthum gibt, sondern nur ein Pfandrecht (das Letztere, weil kraft einer nahe liegenden Interpretation in der Verpfändung des Nießbrauchs auch die Verpfändung der künftig zu ziehenden Früchte gefunden wird). Ueberdies nimmt Dernburg selbst an, daß in dem Falle, wo eine Grunddienstbarkeit verpfändet worden sei, durch den Pfandgläubiger ein neues Recht desselben Inhalts begründet werde: warum soll es bei anderen Rechten an fremder Sache anders sein? Aber Dernburg stößt sich daran, daß dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage zustehen sollte, obgleich das Recht noch nicht begründet sei. Ich meine: so gut wie bei dem gewöhnlichen Pfandrecht aus der Verpfändung als solcher die *actio in rem* sich ergibt, so auch hier; daß die Pfandmacht des Pfandgläubigers hier beschränkt ist, schließt die *actio in rem* nicht aus, sondern bewirkt nur, daß dieselbe nicht weiter geübt werden kann, als die Pfandmacht reicht. Andere freilich, welche im Uebrigen mit uns gehen, sprechen dem Pfandgläubiger die *actio hypothecaria* ganz ab, und wollen ihm

§. 228.

Wenn als möglicher Gegenstand des Pfandrechtes auch das gesammte Vermögen bezeichnet wird, so hat das insofern keinen Sinn, als es ein Pfandrecht am Vermögen als solchem, als einem von seinen Bestandtheilen unterschiedenen Rechtsding, nicht gibt. Der wahre Kern jenes Satzes ist aber der, daß ein Pfandrecht an den sämmtlichen zu einem Vermögen gehörigen Gegenständen auch ohne specielle Bezeichnung derselben begründet werden kann, sei es unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift, sei es durch den Willen des Herrn des Vermögens¹. Für den letzteren Fall stellt das römische Recht die Auslegungsregeln auf, daß die Verpfändung des gesammten Vermögens auch auf den zukünftigen Erwerb gehe², nicht aber auf diejenigen Gegenstände, von denen anzunehmen sei, daß der Eigenthümer sie auch speciell nicht verpfändet haben würde³.

nur possessorischem Schutz in dem Fall gewähren, wo ihm saufsandweise der Genuß des Rechtes eingeräumt worden ist, so Zachariä v. Lingenthal a. a. O. S. 83 und theilweise Schmitz a. a. O. S. 349. 363. — Als besondere Meinungen sind noch zu bemerken die von Rudorff (a. a. O.), dem Cohnselbst (a. a. O.) folgt, und Buchta (§. 178 h). Jener gibt nicht nur dem Pfandgläubiger selbst das verpfändete Recht nicht, sondern gesteht ihm auch dem Käufer gegenüber keine andere Befugniß zu, als die, denselben Besitz zu verschaffen; Buchta umgekehrt läßt denjenigen, welchem eine Felddienstbarkeit verpfändet worden ist, nicht nur selbst berechtigt werden, sondern gibt ihm auch die Befugniß, die erworbene Dienstbarkeit dem Käufer zu übertragen.

¹ L. 1 pr. l. 6. §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 6 D. qui sino manum. 40. 8, l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 1 C. de pign. 8. 14. Man spricht in einem solchen Fall von einem 'Generalpfand', einer 'Generalhypothek', statt, wie man sollte, von einer Generalverpfändung u. c. Der Streit darüber, ob diese Ausdrücke nicht auf jede Verpfändung mehrerer Gegenstände unter einer Collectivbezeichnung zu beziehen seien, ist mit Recht unfruchtbar genannt worden. Vgl. Buchta §. 195 h, Vangerow S. 931, Dernburg §. 503.

² L. 9 C. quae res pignori 8. 17.

³ L. 6—9 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 C. quae res pign. 8. 17. Vangerow §. 365 Anm. 2, Dernburg §. 65.

IV. Entstehung des Pfandrechts.

A. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im Allgemeinen.

§. 229.

Das Pfandrecht kann entstehen durch die Willenserklärung des Eigenthümers, ferner unmittelbar durch Rechtsatz, endlich auch durch richterliche Verfügung. Erstere ist als Entstehungsgrund des Pfandrechts nicht anerkannt¹. Die Willenserklärung des Eigenthümers kann eine letztwillige sein — davon im Erbrecht, — oder eine Willenserklärung unter Lebenden; in diesem letzteren Falle ist Acceptation von Seiten desjenigen, welcher das Pfandrecht erwerben soll, erforderlich, also ein Begründungsvertrag.

Was im Folgenden über die Entstehung des Pfandrechtes des Näheren vorgetragen werden soll, bildet auch heutzutage noch das gemeine Recht Deutschlands. Dieses gemeine Recht erleidet aber in den meisten deutschen Territorien die wesentlichste Modification durch das, an die alte deutsche Auffassung anknüpfende, Institut der Hypothekenbücher. Wo dieses Institut in seiner vollen Entwicklung besteht, wird an unbeweglichen Sachen kein Pfandrecht irgend einer Art anerkannt, wenn dasselbe nicht in ein öffentliches Buch eingetragen ist; die gemeinrechtlichen Entstehungsgründe des Pfandrechts geben nur einen Titel auf die Eintragung². In dieser Weise ist Jedem, welcher ein Pfandrecht an einem Grundstück erwerben will, die Möglichkeit gegeben, in Erfahrung zu bringen, ob dasselbe nicht schon mit anderen Pfandrechten belastet ist. Ohne eine Einrichtung dieser Art gewährt das Pfandrecht

¹ So von jeher die herrschende Meinung; nur vereinzelt ist das Gegentheil behauptet worden. Der Grund des Ausschlusses der Erstere liegt darin, daß das Pfandrecht seinem wesentlichsten Inhalt nach nicht besessen werden kann (§. 163 Note 1. 2). Vgl. Unterholzner Verjährungslehre II. §. 247. 248, Büchel civiltrechtl. Erörterungen I. 2 S. 51—53, Dernburg §. 21, Scheurl krit. Vierteljahrsschr. II. S. 443.

² Vgl. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts von Gerber §. 149—151, Beseler II. §. 95—97, Bluntshli §. 99—101, Windscheid, Pandekten. I. 461fg.

eine wirkliche Sicherheit nicht; das römische Recht, welches eine solche Einrichtung nicht ausgebildet hat, entzog damit dem Realcredit seine wesentlichste Grundlage³. — Bei beweglichen Sachen ist dieses System nicht durchführbar. Dafür haben viele deutsche Particularrechte den Satz des älteren deutschen Rechtes festgehalten, wornach an Mobilien nur ein Faustpfand anerkannt wird⁴.

B. Entstehung des Pfandrechts durch Vertrag*.

§. 230.

Für den Pfandvertrag gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, welche für Rechtsgeschäfte und Verträge überhaupt maßgebend sind; im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.

1) Einer Form bedarf der Pfandvertrag nicht, auch nicht der Vollenbung durch die Besitzübertragung¹.

2) Ein gesetzliches Veräußerungsverbot schließt auch die Gültigkeit des Pfandvertrages aus². Dagegen ist in der Person des Erwerbers die Fähigkeit, Eigenthum der verpfändeten Sache zu erwerben, Voraussetzung der Gültigkeit des Pfandvertrages nicht³.

³ Als Ersatz hatte das römische Recht nur eine Strafdrohung gegen den betrügerischen Verpfänder, l. 3 D. *stellionatus* 43. 20. Vgl. Dernburg S. 181.

⁴ Gerber §. 149 a. E. 151, Beseler II. §. 95. 98, Bluntzschli §. 102. 108.

* Dernburg §. 22—32.

¹ L. 1 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 D. de pign. 20. 1. Pfandvertrag unter Abwesenheit: l. 23 §. 1 eod. Pfandvertrag durch den Geschäftsführer: Seuff. Arch. V. 114. Acceptation: bas. V. 115. Auslegung des Verpfändungswillens: l. 3 C. plus valere 4. 22, l. 3 §. 2 D. qui pot. 20. 4, l. 2 C. quae res pign. 8. 17, l. 5 §. 2 D. in quib. caus. pign. 20. 2, l. 26 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 2 C. si al. res 8. 16. Dernburg §. 22. Vgl. auch Seuff. Arch. XIV. 90.

² L. 7 C. de reb. al. 4. 51; l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20. 3, pr. I. quib. alien. 2. 8, l. 1 §. 2 D. de reb. eor. 27. 9, l. 2 C. de bon. mat. 6. 60, l. 4. 6 §. 2 l. 8. §. 5 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 7. 120, c. 5 X. de rob. non al. 3. 13, l. 3 §. 3 C. comm. de leg. 6. 43. Dernburg S. 209. 210, S. 231—233.

³ L. 24 D. de pign. 20. 1. „In quorum finibus emere quis prohibetur,

3) Verpfändung durch den Nichteigenthümer⁴ gibt dem Gläubiger kein Pfandrecht⁵; aber sie gibt ihm, wenn der Verpfänder redlicher Erwerber war, einen dem Anspruch dieses Letzteren entsprechenden dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache⁶. Erwirbt der Nichteigenthümer, welcher verpfändet hat, hinterher das Eigenthum der verpfändeten Sache, so ist zu unterscheiden, ob er dieselbe als fremde, also für den Fall des künftigen Erwerbes, oder ob er sie als eigene verpfändet hat. Im ersten Fall, wohin namentlich die Verpfändung des künftigen Vermögens gehört, entsteht zugleich mit dem Eigenthum für den Verpfänder ein Pfandrecht für den Pfandnehmer⁷. Im zweiten

pignus accipere non prohibetur“. Fuschle Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 194, Dernburg S. 201. — Läßt ein Geschlechtsunreifer sich ein Pfandrecht bestellen, so bedarf es dazu der Mitwirkung des Vormundes nicht. N. M. Dernburg S. 203 wegen l. 38 D. de pign. act. 13. 7. Aber aus dem Wegfall der Pfandverpflichtungen auf den Wegfall der Pfandberechtigung zu schließen, ist nicht gerechtfertigt, am wenigsten für den Fall, wo der Pupill die Pfandverpflichtungen seinerseits zu erfüllen bereit ist.

⁴ Von diesem Falle handeln die Abhandlungen von Meyer Arch. f. civ. Pr. IX. 12 (1826), Müller bas. IX. S. 392 fg. (1828), Trostche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 3 (1843), Fuschle bas. XX. 6 (1845), Windscheid bas. N. F. III. 10 (1847), ferner Bangerow §. 372 Anm. 2, Dernburg §. 27—31.

⁵ L. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 2. 4. 6. 8 C. si al. res pign. 8. 16.

⁶ L. 18 D. de pign. 20. 1. „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam“. L. 21 §. 1 eod., l. 14 D. qui pot. 20. 4. Die Formel der hypothecaria actio verlangte, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung „in bonis“ des Verpfänders gewesen sei (l. 15 §. 1 D. de pign. 20. 1, l. 6 C. si aliena res 8. 16); diesem Erforderniß genügte der redliche Erwerb (l. 49 D. de V. 8. 50. 16). Die Behandlung ist hier eine andere, als bei dem Eigenthum und den übrigen Rechten an fremder Sache. Es wird nicht für den Empfänger ein publicianischer Anspruch neu begründet, sondern der publicianische Anspruch des Verpfänders wird auf den Empfänger übertragen; daher ist hier guter Glaube beim Verpfänder notwendig, nicht aber bei dem Pfandnehmer. Fuschle S. 182—189, Dernburg S. 222—225.

⁷ Die Verpfändung war nicht ungünstig. Der Verpfänder hat nicht eine rechtliche Wirkung begründen wollen, welche er zu begründen nicht im Stande war; er hat das Eintreten derselben auf diejenige Zeit hinausgeschoben, wo die notwendigen Voraussetzungen ihres Eintretens vorhanden sein würden. L. 16 §. 7 D. de pign. 20. 1. „Aliena res utiliter potest obligari sub conditione si debitoris facta fuerit“. L. 1 pr. eod. (Note 8), l. 15 §. 1 eod., l. 3 §. 1

Fall vermag der Eigenthümerwerb die anfängliche Ungültigkeit der Verpfändung nicht zu heilen; nur wird der Pfandnehmer gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger durch Einrede geschützt, und wenn er bei der Verpfändung in gutem Glauben war, wird ihm auch durch Klage geholfen⁸. Das Gleiche gilt,

l. 7 §. 1 D. qui pot. 20. 4. Eine Ausnahme von der Zulässigkeit der Verpfändung künftigen Erwerbes in l. 5 C. quae res pign. 8. 17. Huschke S. 197, Dernburg S. 426.

⁸ Es treten hier die gleichen Grundfälle ein, wie bei der Eigenthumsübertragung durch einen Nichteigenthümer, wenn derselbe hinterher Eigenthum erwirbt (§. 172 Nr. 1). L. 1 pr. D. de pign. 20. 1. „Conventio generalis in pignore dando honorum vel postea quassitorum recepta est. In speciem autem alienae rei collata conventio, si non fuit ei, qui pignus dabit, debita, postea debitori dominio quassito, difficilior creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facillor erit possidenti retentio“. Diese Unterscheidung zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Pfandnehmer wird jedoch in anderen Stellen nicht gemacht, l. 41 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 C. si al. res pign. 8. 17, vgl. auch l. 22 D. de pign. 20. 1, und es fragt sich daher, ob nicht das Recht der l. 1 pr. cit. als durch diese Stellen überholt und beseitigt angesehen werden muß. Die herrschende Meinung ist nicht dafür, indem sie umgekehrt aus der l. 1 pr. cit. das Erforderniß des guten Glaubens in jene anderen Stellen hineinträgt. Gewiß muß ihr darin beigetreten werden. Der Hauptgrund ist, daß das römische Recht auch bei der Eigenthumsübertragung das Erforderniß des guten Glaubens für die Klage festgehalten hat, und mit der Eigenthumsübertragung wird die Verpfändung ausdrücklich zusammengefaßt in l. 56 D. ad 80. Trib. 36. 1. Ferner verdient aber auch derjenige keinen Schutz, der sich wissentlich eine fremde Sache hat verpfänden lassen, und nur wenn er bestraft, muß er siegen, da jedenfalls der klagende Eigenthümer in dolo ist, wie er, und bei gleicher Lage immer der Beklagte vorgeht. — Es gibt aber in dieser Materie noch eine andere bestrittene Frage, nämlich die, ob der Gläubiger durch Einrede in derselben Weise gegen die Sondernachfolger des Verpfänders geschützt wird, wie gegen diesen selbst. In dieser Beziehung geht African in l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4 von dem Satz aus, daß er unbedingt geschützt werde nur gegen den Sondernachfolger aus wohlthätigem Titel, gegen den Nachfolger aus lässigem Titel bloß dann, wenn derselbe bei dem Erwerbe die Verpfändung gekannt habe. Dieß sind die Grundfälle, welche für den Uebergang der exceptio doli bei dinglichen Rechten überhaupt gelten (l. 4 §. 27—31 D. de doli ex. 44. 4). Hier ist aber nun mit Bestimmtheit zu sagen, daß bei der Entscheidung des African nicht stehen geblieben werden dürfe, und zwar aus dem gleichen Grunde, welcher soeben geltend gemacht worden ist, weil das römische Recht bei der Eigenthumsübertragung unbedingten Uebergang der exceptio (replicatio) doli anerkannt hat, wie der auf die citirten §§. der l. 4 D. de doli exo. sogleich folgende §. 32 klar ausspricht (vgl. §. 172 Note 7). — Uebrigens ist über die richtige Erklärung der l. 9 §. 3 cit. große

wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache durch Beerbung des Verpfänders in die Verpfändung eintritt⁹. — Unter den nämlichen Grundsätzen steht die Verpfändung einer noch nicht existirenden Sache¹⁰.

4) Ein Pfandvertrag liegt auch in dem Vorbehalt eines Pfandrechts bei der Eigenthumsübertragung¹¹.

C. Entstehung des Pfandrechts durch Rechtsfact*.

§. 231.

Gewisse Forderungen haben ein Pfandrecht ohne Weiteres, bloß kraft ihrer Existenz; der Verpfändungswille wird bei ihnen durch einen Rechtsfact ersetzt. Man spricht in diesen Fällen von einem gesetzlichen Pfandrecht¹.

Meinungsverschiedenheit. Vgl. darüber Windscheid Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. III. 10 (1847), wo auch eine Uebersicht der bis dahin erwachsenen Literatur gegeben ist, Bangerow umgearbeitete Aufl. I. S. 949, Bachofen S. 551 fg. 553 fg., Arndts §. 371 Anm. 1. a., Dernburg S. 263 fg. (welcher wieder zu einer älteren Meinung zurückgekehrt ist, wornach die Stelle sich baraus erklären soll, daß African die Bestellung eines zweiten Pfandrechts als Verpfändung unter einer Bedingung aufsaß), Scheurl krit. Vierteljahrsh. II. S. 453.

⁹ Dieß sagt l. 22 D. de pign. 20. 1 (Modestin), das Gegentheil allerdings l. 41 D. de pign. act. 13. 7. Die Vereinigungsversuche sind zahlreich; s. darüber Bangerow §. 372 Anm. 2, Dernburg S. 269 Note 18, Scheurl krit. Vierteljahrsh. II. S. 452. Aber keiner ist überzeugend. Man muß den Widerspruch anerkennen, und nach Analogie des für die Eigenthumsübertragung Geltenden entscheiden (§. 172 Nr. 7). A. M. Bachofen S. 548, und, was die Klage angeht, Huschke S. 244.

¹⁰ Also auch hier ist zu unterscheiden, ob die Sache schlechthin, oder ob sie für den Fall, daß sie mit oder nach ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen sollte, verpfändet ist. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 11 §. 3 D. qui pot. 20. 4, l. 15 pr. D. de pign. 20. 1.

¹¹ Und zwar ist der Pfand Bestellende der Erwerber des Eigenthums, l. 1 §. 4 l. 2 D. de reb. eor. 27. 9. Vgl. §. 212 Nr. 7 und Dernburg §. 32. A. M. Lang Arch. f. civ. Pr. XXVIII. S. 333 fg., Arndts §. 385 Anm. 4 a. E., vgl. Bachofen a. a. O. Lehren S. 143. Gegen Lang Büchel civilrechtl. Erörterungen 2. Aufl. I. S. 463. 464.

* Meißner vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 2 Theile. 1803. Dernburg §. 35—50, Bangerow I. §. 374. 375, Bachofen Nr. XI.

¹ Die Quellen sprechen von 'pignora tacite contracta'. Vgl. die Rubriken §. 231.

Die gesetzlichen Pfandrechte haben zum Gegenstand entweder einzelne Sachen, oder das gesammte (gegenwärtige und zukünftige) Vermögen des Schuldners. Von den letzteren wird im folgenden §. die Rede sein; die ersteren sind folgende.

1) Der Vermiether eines nicht zum Fruchtgenuß bestimmten Grundstücks² hat wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage³ ein gesetzliches Pfandrecht^{3a} an allem in das Grundstück, nicht bloß vorübergehend⁴, Eingebrachten⁵.

2) Der Verpächter eines zum Fruchtbau bestimmten Grund-

von Dig. XX. 2 und Cod. 8. 15 „in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur“, und daselbst l. 3. 4. 6 D. 1. 2. 3. 7 C., l. 4 pr. C. de pactis 2. 14, l. 1 §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13, l. 1 C. comm. de leg. 6. 43, l. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61. Dieser Ausdruck weist, was die Pfandrechte des Verpächters und Vermiethers (unten im Text Nr. 1 und 2) angeht, darauf hin, daß dieselben gesetzlich anerkannt worden sind auf Grund des präsumtiven Parteiwillens (l. 3. 4 pr. l. 6. 7 pr. D. tit. cit., l. 5 §. 2 eod., l. 1 pr. D. de migr. 43. 32, l. 61 §. 8 D. de furtis 47. 2); bei den andern gesetzlichen Pfandrechten will er nichts Anderes besagen, als daß hier der Parteiwille durch den Ausspruch des Gesetzes ersetzt werde. Jedenfalls soll durch diese Bezeichnung nicht etwa das gesetzliche Pfandrecht auf die Grundstücke vom Vertragspfandrecht reducirt werden. So schließt namentlich ein gesetzliches Verpfändungsverbot die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechtes nicht aus, l. 2. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9. Dernburg §. 35. Als eigentliche gesetzliche Pfandrechte will nur die am gesammten Vermögen anerkennen Bachofen S. 271.

² Nicht bloß Wohngebäude gehören hierher, sondern auch Magazine, Stalungen &c. &c., selbst leere Plätze (aresae), welche etwa zur Lagerung von Materialien, zu Zimmermannsarbeiten &c. &c. benutzt werden. L. 3. 4. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14. Seuff. Arch. IV. 210. — Eine besondere Abhandlung über dieses Pfandrecht in: Schwarze und Seyne Untersuchung praktisch wichtiger Materien (1844) Nr. 9.

³ L. 2 D. h. t. Vgl. Seuff. Arch. V. 58.

^{3a} Nicht bloß ein qualificirtes Retentionsrecht. Dernburg S. 296. Das Gegentheil nimmt an das Urtheil bei Seuff. IV. 210.

⁴ L. 7 §. 1 D. h. t., l. 32 D. de pign. 20. 1. Vergl. l. 44 l. 79 §. 1 D. de leg. III. 32.

⁵ Invecta et illata, l. 2. 3. 6 D. h. t., l. 4 pr. D. de pactis 2. 14. Hat aber der Schuldner kein anderes Vermögen hinterlassen, aus dem seine Verbindungen bestritten werden kann, so steht das Pfandrecht nach, l. 14 §. 1 D. de rol. 11. 7. An fremden Sachen hat der Vermiether wenigstens dem Miether gegenüber ein Retentionsrecht, l. 1 §. 5 l. 2 D. de migr. 43. 32. Das von dem Aftermiether Eingebrachte haftet dem Aftervermiether, aber zugleich auch dem ersten Vermiether, l. 5 pr. D. h. t., l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7.

stücks hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage⁶ ein gesetzliches Pfandrecht an den auf dem Grundstück, von ihm oder einem Afterpächter⁷, gezogenen Früchten⁸.

3) Ein gesetzliches Pfandrecht hat ferner derjenige, welcher Geld zur Wiederherstellung eines Gebäudes geliehen hat, an dem wiederhergestellten Gebäude⁹.

4) Ferner der geschlechtsunreife Mündel an der vom Vormunde mit seinem Gelde (nicht auf seinen Namen) angeschafften Sache¹⁰.

5) Endlich der Singular-Vermächtnißnehmer an demjenigen, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat¹¹.

§. 232.

Ein gesetzliches Pfandrecht am gesammten Vermögen steht zu 1) dem Fiscus für alle seine Forderungen mit Ausnahme der Strafforderungen¹;

⁶ Arg. l. 2 D. h. t.

⁷ L. 24 §. 1 l. 53 D. loc. 19. 2.

⁸ L. 7 pr. D. h. t., vgl. l. 61 §. 8 D. de furt. 47. 2. — An den auf das Grundstück eingebrachten Sachen hat der Verpächter ein Pfandrecht nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Vertrages, welcher aber kein ausdrücklicher Vertrag zu sein braucht. Davon l. 5 C. de loc. 4. 65 (Dernburg S. 312: „voluntas dominorum“, d. h. auf Verlangen der Verpächter). A. W. Bachofen S. 21—23 und nach ihm Vangerow I. S. 947, welche annehmen, es werde in der Stelle ein ausdrücklicher Pachtvertrag vorausgesetzt, und unter der „domini“ die Eigentümer der eingebrachten Sachen verstanden.

⁹ Dieses Pfandrecht ist durch einen Senatsschluß unter R. Marcus eingeführt worden, l. 1 D. h. t. Eine besondere Abhandlung über diesen Gegenstand ist die von Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 4 (1844). Vergl. außerdem Dernburg §. 38, Sinteris gem. Civ. I. §. 72 Note 8. Seuff. Arch. I. 87. II. 266. VI. 162. XII. 253.

¹⁰ Nach einer Verordnung von Severus und Caracalla. L. 6 C. de servo pign. dato 7. 8, l. 3 pr. D. de reb. eor. 27. 9, l. 7 pr. D. qui pot. 20. 4. Mit diesem Pfandrecht concurrirt die Befugniß des Mündels, nach beendigter Vormundschaft die Sache sofort als die seinige in Anspruch zu nehmen (§. 174 Note 6).

¹¹ Dieses Pfandrecht ist erst von Justinian eingeführt worden. L. 1. 2 C. comm. de leg. 6. 43. Dem Erbschaftsvermächtnißnehmer steht es nur in einem ganz besonderen Falle zu, Nov. 108. c. 2.

¹ Steuerforderungen: l. 1 C. h. t., l. 1 C. si propter publ. pens. 4. 46. §. 232. Contractforderungen: l. 28 D. de I. F. 49. 14, l. 2 C. h. t., l. 2 C. de priv.

2) ebenso dem Landesherrn und seiner Gemahlin²;

3) dem Minderjährigen und Wahnsinnigen für seine Forderungen gegen seinen Vormund aus der von demselben geführten Verwaltung seines Vermögens³. Ist die Mutter Vormünderin, und sie schreitet zur zweiten Ehe, bevor sie den Kindern Rechnung gelegt und ihnen ihr Vermögen herausgegeben hat,

fisci 7. 73, l. 3 C. de primipilo 12. 63. Die allgemeine Regel ist enthalten in l. 46 §. 3 D. de l. F. 49. 14: „fiscus semper habet ius pignoris“. Die Ausnahme der Strafforderungen in l. 17. 37 D. de l. F. 49. 14, l. un. C. poenis fiscalibus 10. 7. In diesem Umfange ist das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus erst am Ende des 2. Jahrh. der Kaiserzeit ausgebildet. Ueber das Geschichtliche s. Wachsen No. X., Dernburg §. 41. 43. — Früher war es herrschende Ansicht, daß der Fiscus nur für seine Steuer- und Contractforderungen ein gesetzliches Pfandrecht habe, und diese Ansicht vertritt mit manchen Andern (vgl. Pfeiffer pract. Ausfüh. VIII. S. 5) jetzt auch wieder Dernburg S. 340. Ich glaube nicht, daß dieselbe haltbar ist. L. 10 pr. D. de pact. 2. 14 und l. 2. C. de her. act. 4. 16 enthalten keinen Beweis; man braucht nur an Fälle zu denken, wo der Fiscus auf sein Pfandrecht verzichtet hat. Dazu kommt der weite Sinn, in welchem der Ausdruck contrahere in den Quellen genommen wird, vgl. l. 1 D. de relig. 11. 7, l. 3 §. 11 D. de pec. 15. 1, l. 3 §. 3 l. 5 D. quib. ex caus. 42. 4 und namentl. l. 20 P. de iud. 5. 1. Gegen die Dernburg'sche Ansicht s. namentlich Schöster Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 366 fg., Vangerow I. S. 957, Sirens I. §. 72 Note 18. Aus der Praxis: Senff. Arch. II. 263. XI. 20. XV. 120. — Der Fiscus als Rechtsnachfolger in eine fremde Forderung l. 25 D. de pign. 20. 1, l. 3 §. 7 l. 6 D. de l. F. 49. 14; Vangerow I. S. 58, Windscheid die Actio ic. S. 187, Dernburg S. 342 fg.

² L. 6 §. 1 D. de l. F. 49. 14.

³ L. un. C. rom alien. 4. 53, l. 20 C. de adm. tut. 5. 3 (= l. 1 C. Th. de adm. et per. 3. 30), l. 7. §. 5. 6 D. de cur. fur. 5. 70. Das gesetzliche Pfandrecht des Wahnsinnigen rührt erst von Justinian her (britte Stelle); über das Alter des Pfandrechts des Minderjährigen ist Streit, indem Einige auf Grund der ersten Stelle annehmen, daß es bereits unter der Regierung des Severus und Caracalla gegolten habe, während Andere, diese Stelle für interpolirt haltend, es erst auf Constantiu (zweite Stelle) zurückführen. Vgl. Dernburg §. 45 und die dort Citirten. — Findet das Pfandrecht auch Statt, wenn Jemand, ohne wirklich Vormund zu sein, das Vermögen eines Minderjährigen oder Wahnsinnigen vormundschäftlich verwaltet? Dafür Vangerow S. 960 und die daselbst Citirten, Dernburg S. 367. — Ungerechtfertigt ist die Ausdehnung auf die Vormünder anderer Personen. Vangerow S. 959, Dernburg S. 368 (welcher aber in l. 13 §. 11 C. de iud. 3. 1 für den speciellen Fall derselben die Anordnung einer gesetzlichen Hypothek findet). A. M. Sintenis Pfandr. S. 336. Vgl. Senff. Arch. XII. 252.

so erstreckt sich dieses Pfandrecht auch auf das Vermögen ihres zweiten Ehemannes⁴.

4) Kinder, deren Vermögen unter der Verwaltung ihres Vaters steht, haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben a) in Betreff des Ehegewinnes⁵, welcher dem Vater von der Mutter zugekommen, aber in Folge zweiter Ehe⁶ oder sofort⁷ an die Kinder gefallen ist⁸; b) in Betreff dessen, was die Kinder von der Mutter oder den mütterlichen Ascendenten direct erworben haben⁹.

5) Ein gleiches Pfandrecht, wie das unter 4 a) genannte, haben die Kinder auch am Vermögen ihrer Mutter wegen des von dem Vater an dieselbe gefallenem und den Kindern erworbenen Ehegewinnes¹⁰.

⁴ L. 6 C. h. t. 8. 15, Nov. 22. c. 40. Gegen die (auf l. 3 C. quando mulier 3. 35, Nov. 94. c. 1 gestützte) Ansicht, daß die Mutter als Vormünderin nur in diesem letzteren Falle dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen sei (Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. S. 225—232, Rudorff Vormundsch. I. S. 262), s. Dernburg S. 365. 366.

⁵ Luerum nuptiale, l. 3 pr. l. 5 pr. D. de sec. nupt. 5. 9.

⁶ L. 5 pr. cit.

⁷ Nach Nov. 98 c. 1 soll die dem Manne anfallende Dos auch ohne zweite Ehe sogleich in die Proprietät der Kinder übergehen, nach Nov. 127 c. 3 jedoch mit Abzug eines Kopfstücks.

⁸ L. 8 §. 4 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Man hat geglaubt, daß dieses Pfandrecht auch für die nach der vorigen Note sofort an die Kinder fallende Dos gelte. So Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVI. S. 57 fg., dem sich Dernburg S. 379 anschließt. Dieser Meinung ist nicht beizutreten. Gegen dieselbe beweisen zwar nicht die Worte am Schluß der Nov. 98 c. 1 cit.: „et alii accessionibus“, welche in Widerspruch mit dem griechischen Texte zu verstehen nicht nöthig ist, wohl aber, was Justinian in der Mitte sagt: „his quas super parentibus ad secundas venientibus nuptias sancita sunt, in suo ordine servandis“. Vgl. Marezoll Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. S. 84 fg., Vangerow I. S. 962.

⁹ L. 8 §. 5 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Justinian). Abweichende Ansichten: 1) dieses Pfandrecht erstreckt sich auch auf das den Kindern von den mütterlichen Seitenverwandten Angefallene; s. dagegen Pfeiffer jur. Ausführungen I. 5, Vangerow I. S. 962, Dernburg S. 378. 2) Dieses Pfandrecht gelte zweite Ehe des Vaters voraus. So z. B. Vangerow I. S. 962; s. dagegen Dernburg S. 377. 3) Es bestehe gar nicht, sondern in l. 8 §. 5 cit. sei nichts enthalten, als eine Erstreckung des Pfandrechts wegen des Ehegewinnes auf die Kinder in der Gewalt. So Ehr. Arch. f. civ. Pr. IX. 4. X. 17; dagegen Vangerow I. S. 960. 961, Dernburg S. 376. 377.

¹⁰ L. 6 §. 2 D. de sec. nupt. 5. 9 (von Leo 469), Nov. 98. c. 1. Nach

6) Die Ehefrau hat ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihres Ehemannes wegen ihrer Forderungen auf Herausgabe a) ihrer Dos¹¹, b) ihres in die Verwaltung des Mannes übergebenen Paraphernalvermögens¹², c) der ihr vom Manne als Wiederlage gegen die Dos verschriebenen Eheschenkung¹³. Das Pfandrecht wegen der Dos steht in gleicher Weise jedem Andern zu, an welchen nach gesetzlicher Regel des Dotalrechts die Dos mit Auflösung der Ehe fällt¹⁴.

7) Umgekehrt hat der Ehemann ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desjenigen, der ihm eine Dos versprochen hat¹⁵.

8) Wenn einem überlebenden Ehegatten etwas unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung hinterlassen worden ist, so findet ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen desselben zu Gunsten desjenigen Statt, an den das Hinterlassene bei Ueberstreichung der Bedingung zurückfällt¹⁶.

der letzteren Stelle fällt an die Kinder auch ohne zweite Ehe, in gleicher Weise wie die dem Vater erworbene Dos, auch die der Mutter erworbene *donatio propter nuptias*; jedoch gilt auch hier die Beschränkung der Nov. 127. c. 3.

¹¹ L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13 (Justinian), §. 29 I. de act. 4. 6. Ueber 1. 30 C. de 1. D. 5. 12 f. Dernburg S. 382. 383. Auch die Braut, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt? Dafür z. B. Sintenis Pfandrecht S. 316, Puchta §. 200 w.; dagegen Vangerow S. 963, Dernburg S. 386. 387. Auch die putative Ehefrau? Dafür Puchta a. a. D., Sintenis S. 319, Dernburg S. 388; dagegen Vangerow S. 963. Auch die jübische Ehefrau? Dagegen Viele wegen Nov. 109 (Vangerow S. 964), so auch Seuff. Arch. VIII. 115; dafür Fr. Schloß die Dotalprivilegien der Albinen (1866), Dernburg S. 398. 399.

¹² Nach 1. 11 C. de pact. 5. 14 (Justinian) nur wegen der dem Manne übergebenen und von demselben eingetriebenen Capitalien. Die Ausdehnung beruht auf der Praxis. Dernburg S. 393.

¹³ L. 12 §. 2 C. qui pot. 8. 19, Nov. 109. c. 1. Sintenis Pfandr. S. 325—327, Dernburg S. 384. 385.

¹⁴ Den Erben, dem Vater und den väterlichen Ascendenten der Frau. Justinian hat es angeknüpft an die von ihm neu geschaffene *actio ex stipulatu*. S. die in Note 11 citirten Stellen.

¹⁵ L. un. §. 1 C. de rei ux. act. 5. 13. Vangerow S. 964, Dernburg S. 394.

¹⁶ Nov. 22. c. 44. Die Erklärung von Marezoll (Magazin f. RW. u. Gesetzg. IV. 11 Nr. 9, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 8), wornach dieses Pfandrecht ganz wegsallen würde, hat keinen Beifall gefunden. S. darüber Vangerow S. 964—966, Dernburg §. 50. Vgl. noch Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII. S. 37—42.

9) Kirchen haben ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der Verschlechterung der Emphyteusis¹⁷.

10) Die Praxis neigt dazu, Kirchen ein gesetzliches Pfandrecht auch am Vermögen ihrer Verwalter wegen ihrer Forderungen gegen dieselben aus der geführten Verwaltung, ein gleiches Pfandrecht den Stadtgemeinden, sowie den letzteren ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen der Steuerpflichtigen wegen ihrer Steuerforderungen zu gewähren¹⁸.

D. Richterliches Pfandrecht.

§. 233.

Der Richter kann durch seine Verfügung ein Pfandrecht begründen im Theilungsurtheil; es ist das zwar in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt, aber deswegen nicht weniger sicher¹.

Aus anderen richterlichen Verfügungen ergeben sich Rechtsverhältnisse, auf welche zwar der Ausdruck Pfandrecht in unseren Quellen angewendet wird, aber mehr in dem allgemeinen Sinn, daß auch hier Etwas zur Sicherheit eines Anspruchs dient, während der nähere Inhalt dieser Rechtsverhältnisse von dem Inhalt des gewöhnlichen Pfandrechts mehr oder minder abweicht. Im Einzelnen gehört hierher:

1) die Pfändung, welche der Richter zum Zwecke der Execution eines Urtheils vornimmt. Das Gepfändete wird durch die Pfändung jeder die Befriedigung des Gläubigers beeinträchtigenden Verfügung des Schuldners entzogen, und es wird auch, wenn der Schuldner die gesetzliche Frist verstreichen läßt, verkauft, und aus dem Kaufpreise der Gläubiger befriedigt². Aber dieser Verkauf erfolgt nicht durch den Gläubiger kraft eines ihm zustehenden Rechtes an der Sache, sondern durch den Richter von

¹⁷ Nov. 7 c. 3 §. 2.

¹⁸ Sintenis S. 342. 343, Dernburg S. 356. 357. Ueber 1. 2 C. de deb. civ. 11. 32 f. Dernburg S. 355.

¹ Für entscheidend muß die Analogie der Dienstbarkeiten (§. 214 Note 1) §. 239. gehalten werden. A. M. Böcking Grundriß II. §. 94 und, jedoch nicht für das heutige Recht, Dernburg S. 177. Vgl. Arnob §. 372 Anm. 2.

² L. 15 §. 2 l. 31 D. de re iud. 42. 1.

Amtswegen², wie denn auch der Gläubiger aus dem Verkaufe keinerlei Anspruch gegen den Käufer gewinnt⁴. Ebenso wenig enthalten die Quellen etwas von einem dem Gläubiger zustehenden Klagerecht auf Herausgabe des Besizes der verpfändeten Sache⁵.

2) Ein Pfandrecht entsteht auch aus einer vom Richter ertheilten Einweisung in den Besitz einer einzelnen Sache oder eines ganzen Vermögens⁶, wenn in Folge derselben der Besitz wirklich erlangt worden ist⁷, und vorausgesetzt, daß sie den Zweck hat, dem Eingewiesenen Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruches zu verschaffen⁸. Im Einzelnen gehört hierher⁹ die Einweisung in den Besitz des Vermögens des

² L. 2 C. si in causa iud. 8. 23. „Quum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet, non per eum, qui indicatum fieri postulavit“. L. 50 D. de evict. 21. 2.

⁴ Verweigert der Käufer die Zahlung, so wird demselben das Pfand durch den Richter wieder genommen, l. 15 §. 7 D. de re iud. 42. 1.

⁵ Die im Texte vorgetragene Auffassung wird mit Recht geltend gemacht von Dernburg §. 53, während die herrschende Ansicht das f. g. pignus in causa iudicati captum mit dem gewöhnlichen Pfandrechte auf ganz gleiche Linie stellt. Für die herrschende Ansicht beweist auch nicht l. 2 C. si in causa iud. 8. 23, welche von Einweisung in den Besitz und einem dadurch erzeugten f. g. prätorischen Pfandrecht (s. im Text unter Nr. 2) spricht; statt „pignori datas“, welches kritisch zweifelhaft ist und keinen guten Sinn gibt, ist wahrscheinlich zu lesen „pignori occupatas“. Vgl. l. 2 §. 3 C. qui pot. 8. 18.

⁶ L. 26 pr. D. de pign. act. 13. 7: — „si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constituit“. L. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9. Die Quellen sprechen in diesem Fall von einem pignus praetorium, l. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 1. 2 C. de pign. praet. 8. 22, vgl. l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54. — Vom pignus praetorium handelt ausführlich Bachofen S. 281–480, ferner Dernburg §. 51. 52.

⁷ L. 26 §. 1 D. de pign. act. 13. 7.

⁸ Diese Voraussetzung versteht sich nach dem Begriffe des Pfandrechts von selbst. Ein Pfandrecht entsteht also nicht, wenn durch die Einweisung unmittelbar derjenige factische Zustand realisiert wird, dessen Rechtmäßigkeit der Nachsuchende behauptet, wie z. B. wenn der Curator eines Wahnsinnigen oder der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente Eingesezte in den Besitz der Erbschaft eingewiesen wird. Dernburg S. 401.

⁹ L. 1 D. quib. ex caus. 42. 4. „Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia, et ventris nomine; damni enim infecti nomine si non caveatur, non (in)

Schuldners¹⁰, welche den Gläubigern im Falle des Concurse ertheilt wird¹¹, die Einweisung der Vermächtnisnehmer¹², die Einweisung wegen verweigerter Sicherheit für den Ersatz des Schadens, welcher von der Fehlerhaftigkeit des benachbarten Grundstücks oder einer darauf befindlichen Anlage droht¹³, die Einweisung der Mutter des ungeborenen Erben¹⁴. Das aus einer solchen Einweisung entstehende Rechtsverhältniß ist im Allgemeinen das, daß der Eingewiesene in dem ihm verliehenen Besitz geschützt wird¹⁵, und ihm derselbe auch durch fernere rechtliche Verfügungen des Eigenthümers nicht mehr verkümmert

universorum nomine fit missio, sed rei tantum de qua damnum timetur“. Dernburg S. 401.

¹⁰ L. 11 §. 1 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 35 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 2 §. 3 C. qui pot. 8. 18, l. 2 C. si in causa iud. 8. 23 (Note 5).

¹¹ Im älteren römischen Rechte war die „missio rei servandae causa“ in Verbindung mit dem in den meisten Fällen sich daran anschließenden Verkauf des Vermögens des Schuldners das allgemein römische Executionsmittel gegen den verurtheilten, geständigen oder nicht belangbaren Schuldner. Das Nähere über ihre fernere Geschichte gehört nicht hierher. Vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilpr. I. §. 29–31, Bachofen S. 283 fg., Dernburg S. 404. 416, Wehll Civilpr. S. 477.

¹² L. 12 D. pro emt. 41. 4, l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54. Der Vermächtnisnehmer wird eingewiesen 1) in den Besitz des Nachlasses, wenn ihm der beschwerte Erbe bei nicht sofortiger Einforderbarkeit des Vermächtnisses Bürgschaft verweigert; 2) auch in den Besitz des eigenen Vermögens des Erben, wenn derselbe nach Fälligkeit des Vermächtnisses und gerichtlicher Zahlungsaufforderung 6 Monate mit der Entrichtung im Rückstand bleibt. Beide Einweisungen stellt zusammen l. 6 C. ut in poss. leg. 6. 54; näher handelt von denselben l. 5 D. ut in poss. 36. 4. Die letztere unterscheidet sich von der ersteren dadurch, daß der Eingewiesene auch das Recht hat, sich aus den Früchten des Vermögens, in welches er eingewiesen ist, zu befriedigen, l. 5 §. 16. 21 D. tit. eit.

¹³ Die Einweisung hat zum Gegenstande das schaden drohende Grundstück. L. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2, l. 3 §. 1 D. de reb. eor. 27. 9, l. 23 D. de pec. 15. 1.

¹⁴ Die Einweisung erfolgt in die Erbschaft. Dig. 39. 2 de ventre in possessionem mittendo.

¹⁵ Die Verletzung seines Besitzes erzeugte nach früherem römischem Rechte nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verlezer, l. 1 pr. l. 4 pr. §. 2. 4 D. ne vis fiat ei 43. 24, l. 15 §. 36 D. de damno inf. 39. 2. Justinian hat ihm einen dinglichen Anspruch gegen jeden Bestizter gegeben, l. 2 C. de praet. pign. 8. 22.

werden kann¹⁶; ein Verkaufsrecht dagegen ist mit demselben nur im ersten Fall verbunden¹⁷. In einem andern Falle gewährt dieses Pfandrecht die Befugniß, sich aus den Früchten des Gegenstandes der Einweisung zu befriedigen^{18 19}.

E. Erwerb bestehender Pfandrechte.

§. 233 a.

Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, inwiefern es möglich ist, ein bestehendes Pfandrecht zu erwerben. Ein solcher Erwerb ist möglich in und mit dem Erwerbe der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dient; das Pfandrecht folgt seiner Forderung ohne Weiteres in jede neue Hand¹. Ohne die

¹⁶ L. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. qui potiores 8. 18, vgl. l. 2 pr. D. pro her. 41. 5, l. 12 D. pro omt. 41. 4.

¹⁷ L. 1 C. si in causa iud. 8. 23. S. auf der andern Seite l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 114 §. 12 D. de leg. I. 30.

¹⁸ Note 12 a. C. Der eingewiesenen Mutter des neugebornen Erben werden die Alimente, auf welche sie Anspruch hat, durch den aufgestellten Curator der Erbschaft unmittelbar verabreicht, l. 1 §. 19 l. 5 §. 1 D. de ventre in poss. mitt. 37. 9.

¹⁹ Der wesentliche Gegensatz, in welchem das hier erörterte Rechtsverhältniß zu dem gewöhnlichen Pfandrecht steht, spiegelt sich auch in der Ausdrucksweise der Quellen ab. Gegenüber den Stellen, in welchen geradezu von einem pignus gesprochen wird, wird in l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54 gesagt: — „causam tuam quam iure praetorio veluti pignus habuisti“, in l. 18 §. 6 D. fam. herc. 10. 2: — „non . . . discederet legatarius a possessione, quam vice pignoris erat consecutus“, in l. 23 D. de pec. 15. 1: — „pro pignore eas (aedes), si non defendantur, actor . . . possidet“, und in l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. heißt es geradezu: sed pignora quidem quis et distrabere potest, hic autem frui tantum ei constitutio permisit“. Derselbe Gegensatz in l. 13 D. quae in fr. cred. 42. 8. S. auch l. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5.

§. 233 a.

¹ L. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 6 D. de her. vel. act. vend. 18. 4. Dernburg §. 78. — Es gibt Fälle, in welchen Jemand das Recht hat, die Abtretung einer Pfandforderung von dem Gläubiger gegen Befriedigung derselben zu verlangen. Diese Fälle sind: 1) der Fall des von dem Pfandgläubiger belangten Bürgen (l. 2. 11. 14. 21 C. de fidei. 8. 41, vgl. Knorr Arch. f. civ. Pr. XXVIII. S. 170—173), so jedoch, daß nach Nov. 4. c. 2 (§. 235 Note 19) der Bürge durch die Abtretung der Forderung keinen Pfandanspruch gegen den dritten Besizer der Pfandsache erhält (vgl. Arnolds §. 378 Anm. 3, Seuffert §. 222 Note 1); 2) der Fall des rechtmäßigen Besitzers der Pfandsache, von welchem der Pfandgläubiger Herausgabe derselben verlangt (l. 19 D. qui pot. 20. 4, §. 235 Note 18). — Erwerb einer Pfandforderung kann

Forderung, welche es versichert, kann das Pfandrecht regelmäßig nicht erworben werden²; in Ausnahmefällen hat jedoch das römische Recht auch einen solchen Erwerb zugelassen³. Dasselbe hat anerkannt: 1) daß das Pfandrecht unter gewissen Voraussetzungen von der Forderung, für welche es besteht, auf eine andere Forderung übertragen werden könne. Die Fälle, in welchen das römische Recht dieß anerkannt hat, haben das Gemeinsame, daß die Forderung, auf welche das Pfandrecht übertragen wird, an die Stelle der ursprünglichen Pfandforderung tritt, in der Weise, daß diese letztere untergeht. Das römische Recht hat aber 2) auch anerkannt, daß das für eine untergehende Forderung bestehende Pfandrecht auf ein anderes Subject übergehen kann, ohne sich bei demselben wieder mit einer Forderung zu verbinden, so daß es bei dem neuen Erwerber als selbständiges Recht fortbesteht (§. 225 Nr. 2). — Das practische Interesse des in diesen Fällen anerkannten Erwerbes eines bestehenden Pfandrechts zeigt sich hauptsächlich, jedoch nicht ausschließlich⁴,

auch im Erbtheilungsverfahren durch den Theilungspruch geschehen (l. 3 D. fam. herc. 10. 2). Kein Erwerb der Pfandforderung wird aber in der Abjudication der Pfandsache gesunden, wenn dieselbe im Erb- oder gewöhnlichen Theilungsverfahren einem der Theilhaber ganz gegen Befriedigung des andern zugesprochen wird; in diesem Falle wird dem Abjudicator zum Zweck der Wiedererlangung des an den andern Theilhaber gezahlten ein Anspruch gegen den Schuldner nur nach dem Gesichtspunkt einer für ihn gemachten Auslage gewährt. L. 29 D. fam. herc. 10. 2, vgl. l. 7 §. 12. 13 D. comm. div. 10. 3. Freilich ist über die Auslegung der l. 29 cit. viel Streit; s. darüber Sinteris Pfandrecht S. 447 fg. und gem. Cibir. I. §. 75 Note 9, Bachofen S. 196 fg., Bangerow I. §. 365 Anm. 2. Ich halte es nicht für unwahrscheinlich, daß die genannten Stellen ursprünglich von der fiducia gehandelt haben.

² Anders verhält es sich mit dem Pfandanspruch (der actio hypothecaria); derselbe kann durch Cession erworben werden, wie jeder andere Anspruch. Aber damit erlangt der Cessionar kein Pfandrecht, und namentlich keine Verkaufsbefugniß. Vgl. über diese Frage Mühlentbruch Cession S. 332 fg., Buchta Rechtslex. II. S. 644 (fl. civ. Schriften S. 468), Bangerow III. S. 120, Dernburg S. 561.

³ Diese Ausnahmefälle sind es, in welchen man heutzutage vorzugsweise von einer „hypothekarischen Succession“ spricht. Vgl. über dieselben Sinteris Handbuch §. 46. 47, Bachofen S. 497—541 und den (nicht vollendeten) Aufsatz von Dernburg im Arch. f. civ. Pr. XXI. 1 (1858).

⁴ Vgl. l. 3 D. quae res pign. 20. 3.

in der dadurch gewährten Möglichkeit, sich den Rang zu verschaffen, welchen ein bestehendes Pfandrecht vor anderen nachfolgenden Pfandrechten annimmt (vgl. §. 247).

§. 233 b.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende.

1. Wenn durch Novation an die Stelle einer Forderung eine andere gesetzt wird, so können die den Novationsvertrag Abschließenden ausmachen, daß auf die neue Forderung, so weit sie den Betrag der alten nicht übersteigt, das Pfandrecht der alten übergehen solle¹; jedoch ist dazu die Mitwirkung oder Einwilligung des Eigentümers der Pfandsache erforderlich².

2. Unter der gleichen Voraussetzung³ kann derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich durch den Schuldner das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers übertragen lassen⁴. Der gewöhnlichste hierher gehörige

§. 233b. ¹ L. 11 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, 1. 3 pr. 1. 12 §. 5 1. 21 pr. D. qui pot. 20. 4, vgl. 1. an. C. etiam ob chirogr. 8. 27, 1. 18 D. de nov. 46. 2. Wechselt bei der Novation der Gläubiger nicht, so heißt es in den Quellen „in suum locum eum succedere“.

² L. 30 D. de nov. 46. 2 und arg. 1. 2 D. de pign. act. 13. 7. Zwar geht der Wortlaut der in beiden Stellen erwähnten, und wegen Mangels des Eigentums des Contrahirenden für ungültig erklärten Verträge nicht speziell auf Uebertragung des für die alte Obligation bestehenden Pfandrechtes, sondern im Allgemeinen darauf, daß die neue Obligation ein Pfandrecht haben solle; aber es läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß man diese Verträge interpretationsweise durch Beziehung auf die bestehenden Pfandrechte aufrecht erhalten haben würde, wenn sich ihnen nicht auch in dieser Richtung das mangelnde Eigentum des Pfandverleiher's entgegenstellte hätte.

³ L. 2 D. de pign. act. 13. 7.

⁴ L. 3 D. quae res pign. 20. 3, 1. 12 §. 8 D. qui pot. 20. 4, 1. 1 C. de his qui in prior. 8. 19. Man darf nicht etwa sagen, daß derjenige, welcher einem Schuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, dadurch das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ohne Weiteres erwerbe; dagegen ausdrücklich 1. 1 C. cit., 1. 3 D. cit., 1. 2 D. de pign. act. 13. 7. Sondern es ist eben notwendig ein Vertrag mit dem Schuldner, wodurch dieser ihm ein Pfandrecht, und gerade das Pfandrecht des Abgefundenen einräumt. Freilich braucht das Letztere (daß auf den neuen Gläubiger gerade das Pfandrecht des Abgefundenen übergehen solle) nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden; auch die Umstände können es als gewollt ergeben. Hieraus erklären sich die scheinbar widersprechenden Entscheidungen der citirten Stellen. Anderes

Fall ist der, wo Jemand einem Pfandschuldner ein Darlehn zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers gibt⁵; aber auch der Fall gehört hierher, wo Jemand auf Anweisung des Schuldners selbst an den Gläubiger zahlt⁶, so wie der, wo er auf ein ihm für eine andere Forderung zustehendes Pfandrecht verzichtet, damit der Schuldner die Sache pfandfrei verkaufen und aus dem Erlöse den Gläubiger befriedigen könne⁷. Ist die Befriedigung des abgefundenen Gläubigers nur eine theilweise, so geht sein Pfandrecht auf denjenigen, aus dessen Mitteln er abgefunden worden ist, auch nur für den geleisteten Betrag über⁸, und zwar behält er für den Betrag, welcher ihm nicht geleistet worden ist, den Vorrang⁹.

3. Auch dadurch, daß derjenige, welcher einem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers gewährt, sich dafür von dem Schuldner die Pfandsache zu Eigentum übertragen läßt, erlangt er den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber die rechtliche Stellung des abgefundenen Gläubigers¹⁰.

meint auch wohl kaum Dernburg a. a. D. S. 20—22. Vgl. noch Puchta §. 213 b.

⁵ Vgl. Dernburg a. a. D. S. 18. 19. Scuff. Arch. IX. 271.

⁶ Dernburg a. a. D. S. 17.

⁷ L. 12 §. 9 D. qui pot. 20. 4. In diesem Falle ist die Forderung, mit welcher sich das übergehende Pfandrecht bei dem Erwerber vereinigt, bereits vorhanden, in den beiden zuvor genannten entsteht sie neu.

⁸ Aus dem einen Pfandrechte, welches vorhanden war, werden hier zwei Pfandrechte, in der gleichen Weise, wie dieß stattfindet, wenn ein Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt.

⁹ Diese Frage ist in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden; aber deswegen ist es nicht weniger unzweifelhaft, daß sie beantwortet werden muß, wie im Texte geschehen ist. Der abgefundene Gläubiger behält nach der Regel (§. 226 Note 3) für den ihm nicht geleisteten Theil seiner Forderung die gleiche Pfandmacht, welche er für die volle Forderung hatte; die Berufung auf diese Regel kann ihm nicht durch eine Verhandlung seines Schuldners mit einem Dritten, dem er vollkommen fremd geblieben ist, entzogen oder geschmälert werden. Vgl. Dernburg a. a. D. S. 26. 27, Scuffert Pand. I. §. 202 Note 3; a. M. Wachsen S. 527. Eine Folgerung aus dem aufgestellten Satze ist es, daß, wenn Mehrere hintereinander die Mittel zur Befriedigung eines Pfandgläubigers hergeben, immer der Spätere dem Früheren vorgeht.

¹⁰ L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget“. L. 17 D. qui pot. 20. 4, 1. 3 C. de his qui in prior. 8. 19. Von diesem Falle sind auch wohl die Windscheid, Pandekten. I. 1661g.

4. Endlich hat jeder nachstehende Pfandgläubiger das Recht, durch Ausbezahlung eines vorgehenden dessen Pfandrecht ohne Weiteres an sich zu bringen¹¹. Verweigert der vorgehende Pfandgläubiger die Annahme, so wird durch gerichtliche Deposition des Betrages die gleiche Wirkung erzielt¹². Bei theilweiser Befriedigung des vorgehenden Gläubigers tritt das nämliche Rechtsverhältniß ein, wie in dem bei Nr. 2 genannten Fall¹³. Dieses Recht geht dem nachstehenden Gläubiger verloren, wenn er den vorgehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre lang, nach dessen Tode 30 Jahre lang in Besiß läßt^{13a}. — Ein gleiches Recht,

Worte der l. 3 D. *quae res pign. 20. 3*: „*quo casu emtoris causa melior effolotar*“ zu verstehen. Es ist in diesem Fall nicht erforderlich, daß das Pfandrecht des Befriedigten noch besonders eingeräumt werde. *Seuff. Arch. XIII. 310*. Ueber die Bedeutung eines Pfandrechtes an eigener Sache s. das Nähere unten §. 248 Nr. 4. Vgl. noch *Dernburg a. a. O. S. 28—32*, *Seuff. Arch. IX. 270*.

¹¹ *S. g. ius offerendi. L. 12 §. 6. 9 l. 16. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 5 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 14, l. 1. 5 C. qui pot. 8. 18, l. 4 C. de his qui in prior. 8. 19*. Der nachstehende Pfandgläubiger hat das Recht, das Pfandrecht des vorgehenden ohne Weiteres an sich zu bringen; es ist nicht etwa eine Uebertragung von Seiten des vorgehenden erforderlich. Der Vortheil, welchen der nachstehende Pfandgläubiger von dieser Succession hat, besteht namentlich darin, daß er sein Pfandrecht gegen den Verkauf des vorgehenden schützt, welcher letztere natürlich bei dem Verkauf nur seine Interessen, nicht die des Nachpfandgläubigers betragen wird. In diesem Sinne heißt es in den Quellen, daß der Nachpfandgläubiger durch Ausbezahlung des vorgehenden „*confirmat pignus suum*“. — Ueber das *ius offerendi* ist außer den beim vorigen §. in Note 3 Citirten noch zu vergleichen *Linde Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 20* (1841).

¹² *L. 1 C. qui pot. 8. 18*. Es muß dem Gläubiger mit dem Betrage seiner Forderung auch der Betrag der aufgelaufenen Zinsen angeboten werden (*l. 1 C. qui pot. 8. 18, l. 12 §. 6 l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 2. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 22 C. de pign. 8. 14*), nicht aber auch der Betrag sonstiger chirographarischer Forderungen, wegen welcher der Gläubiger ein Retentionsrecht am Pfande hat (*l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27, §. 234 Note 1*). Eine Klage zur Geltendmachung des Abfindungsrechts ist nicht nützig bez. nicht zulässig: *Seuff. Arch. VI. 160*.

¹³ Der vorgehende Pfandgläubiger, welcher von dem nachstehenden theilweise Befriedigung annimmt, wozu er keine Verpflichtung hat, thut das, um seine Pfandsicherheit zu verbessern, nicht, um sie mit dem Abfindenden zu theilen. Es liegt also auch hier kein Grund vor, aus welchem ihm die Berufung auf die gesetzliche Regel (Note 9) verweigert werden dürfte.

^{13a} *L. 7 §. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39*.

wie dem nachstehenden Pfandgläubiger gegen den vorgehenden, kann umgekehrt dem vorgehenden gegen den nachstehenden nicht zugestanden werden¹⁴, und noch viel weniger hat ein solches Recht derjenige, welcher gar nicht Pfandgläubiger ist. Wer ohne nachstehender Pfandgläubiger zu sein, einen Pfandgläubiger befriedigt hat, erhält dadurch nicht dessen Pfandrecht, sondern es steht ihm nur gegen den Eigentümer und die nachfolgenden Pfandgläubiger, deren Lage er dadurch verbessert hat, ein Ersatzanspruch nach dem Gesichtspunkt der Verwendung zu¹⁵. —

Uebrigens ist die juristische Natur der hier aufgezählten Fälle nicht zweifelhaft, worüber das Nähere in der Note¹⁶ bemerkt ist.

¹⁴ Diese Frage ist sehr bestritten. Für die Bejahung derselben haben sich ausgesprochen *Müller Arch. f. civ. Pr. XI. S. 386 fg.* (1828) und ausführlicher *civilistische Abhandlungen Nr. 2* (1833), *Bopp in Köstlirt's Zeitschr. I. S. 375 fg.* (1833), und in der neueren Zeit *Bangerow I. §. 377 Anm. 1*; für die Verneinung *Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 53. 54* (1828), *Linde bas. V. S. 293 fg.* und *VI. S. 215 fg.* (1832. 1833), *Friß Erläuterungen I. S. 526 fg.* (1833, hier auch eine Uebersicht über die bis dahin erwachsene Literatur), *Sintenis Handbuch S. 409—416* und *gem. Civilt. I. §. 73 Note 10*, *Wachosen S. 505—510*. Ich stütze die Verneinung darauf, daß das *ius offerendi* ein Ausnahmungsrecht ist, und daß für seine Ausdehnung auf den vorgehenden Pfandgläubiger kein Beweis beigebracht werden kann. Wenn man sich dafür auf *Paul. R. 8. II. 13 §. 8* berufen hat, so steht dieser Stelle zwar weniger entgegen, daß sie nicht der Justinianischen Compilation angehört, — sie könnte m. E. immerhin gebraucht werden, um den eigentlichen Gedanken der in dieselbe aufgenommenen Sätze festzustellen, — wohl aber, daß diese Stelle sehr wohl die Auslegung zuläßt, daß der besitzende vorgehende Pfandgläubiger von dem nach l. 19 D. qui pot. 20. 4 jedem *instans possessor* zustehenden Recht, dem Pfandgläubiger gegen Anbietung seiner Befriedigung zur Abtretung seiner Forderung zu nöthigen, Gebrauch machen könne.

¹⁵ *L. 29 D. fam. herc. 10. 2, l. 7 §. 12 D. comm. div. 10. 3, l. 12 §. 1 D. qui pot. 20. 4*.

¹⁶ Mit der hier vorgetragenen Auffassung, wornach in den genannten Fällen ein Uebergang des Pfandrechtes ohne seine Forderung stattfindet, stimmt überein *Brinz S. 292. 336*. Dagegen läßt 1) die herrschende Meinung Uebergang des Pfandrechtes ohne seine Forderung nur in dem ersten der hier genannten Fälle eintreten; in den übrigen läßt sie mit dem Pfandrecht zugleich seine Forderung, und das Pfandrecht nur auf Grund des Ueberganges der Forderung übergehen (vgl. namentlich *Mühlenbruch Cession S. 482—488*, *Puchta §. 213* [welcher letztere sogar den Fall unter Nr. 1 nicht ausnimmt]).

V. Inhalt des Pfandrechts.

A. An körperlichen Sachen.

1. Recht des Besitzes.

§. 234.

Dem Pfandgläubiger kann möglicherweise sogleich bei der Verpfändung die verpfändete Sache zum Besitz übergeben worden

2) Umgekehrt ist Dernburg a. a. D. der Ansicht, daß in allen hierher gehörigen Fällen weder Forderung noch auch Pfandrecht übergehe, sondern daß in denselben ein neues Pfandrecht entstehe, welchem dann durch gesetzliche Vorschrift der Rang und überhaupt die gesetzlichen Vorzüge des abgetretenen beigelegt würden. Für die drei ersten der hier genannten Fälle theilt auch Bachofen a. a. D. diese Ansicht, mit der Modification jedoch, daß er den Rang und die rechtlichen Vorzüge des abgetretenen Pfandrechts fortbauern läßt. Vgl. auch Simon Arch. für civ. Pr. XLI, S. 56—61. — Die Sache liegt so, daß sich zu einem zweifellosen Resultat kaum wird gelangen lassen. Jedoch spricht gegen die herrschende Meinung, daß die Quellen von einem Uebergang der Forderung nirgends reden, daß, wenn die Forderung wirklich überginge, der abfindende Nachpfandgläubiger auch die sonstigen für die Forderung bestehenden Pfandrechte erhalten müßte, obgleich er doch für diese Nachpfandgläubiger nicht ist, endlich, daß nicht abzusehen ist, warum Uebergang eines Pfandrechts ohne seine Forderung nicht überhaupt möglich sein sollte, wenn er in Einem Fall wirklich eintritt. Was Dernburg's Ansicht angeht, so ist zuzugeben, daß gegen dieselbe nicht die von den Quellen in Betreff der hypothekarischen Succession gebrauchten Ausdrücke: loco succedere, in locum succedere, in locum substitui, in pignus succedere, in ius succedere (Dernburg a. a. D. S. 2) geltend gemacht werden dürfen. Es ist keineswegs nothwendig, diese Ausdrücke von einem Eintreten in das identische Recht des Vorgängers zu verstehen; es ist möglich, daß sie nichts anderes sagen wollen, als daß der Nachfolger eine gleiche Rechtsstellung gewinne, wie der Vorgänger (vgl. l. 2 D. de cess. bon. 42. 3, l. 24 D. de pec. const. 13. 5, Gai. III. 7, Ulp. XXVI. 2, Dig. 38. 9 de successorio edicto, l. un. C. etiam ob chirogr. 8. 27). Von der anderen Seite werden aber in l. 3 D. quas res pign. 20. 3 gerade aus dem Uebergange des Rechtes Consequenzen gezogen (Dernburg's Erklärung a. a. D. S. 23. 24 wird dieser Stelle nicht gerecht), und zu beachten ist doch auch l. 7 §. 5. 6 D. de reh. eor. 27. 9, obgleich diese Stelle freilich keinen entscheidenden Beweis liefert (Dernburg a. a. D. S. 13. 14). Daß in den Fällen Pr. 1. 2 Einwilligung des Eigenthümers erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechts; es ist ein sich von selbst aufdrängender

sein (Faustpfand). Ist dieß nicht der Fall, so kann er sich im Falle der Nichtbefriedigung in den Besitz derselben setzen. In dem einen und dem andern Falle braucht er die Sache dem Verpfänder nicht eher herauszugeben, bis er für die Pfandforderung befriedigt ist. Aber auch nachdem er für die Pfandforderung befriedigt worden ist, hat er nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts dem verpfändenden Schuldner gegenüber noch ein Retentionsrecht für dasjenige, was derselbe ihm ferner ohne Pfand schuldig ist¹.

Ebenso wenig wie die Pfandsache, braucht der Gläubiger vor seiner Befriedigung die von der Pfandsache gezogenen Früchte herauszugeben. Da nun Früchte nicht zum Aufbewahren bestimmt sind, darf er dieselben auch verzehren², muß sich aber den Werth derselben zuerst auf die Zinsen, und dann auf das Kapital anrechnen³. Ist die Sache ihm zum Faustpfand gegeben, so kann

Gedanke, daß über ein vacant werdendes Pfandrecht auch nur der Eigenthümer disponiren dürfe. Für entscheidend gegen Dernburg halte ich, daß derselbe sich genöthigt sieht, beim ius offerendi eine (gesetzliche) Neubegründung eines Pfandrechts ohne Forderung anzunehmen, also eine viel größere Anomalie, als die hier behauptete, und eine Anomalie, welche im römischen Recht ohne allen Anhalt ist, während Uebergang eines Pfandrechts ohne Forderung nicht unbegrifflicher ist, als Fortdauer eines Pfandrechts ohne Forderung.

¹ L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse 8. 27 §. 234. (Gordianus III. a. 240). Dem verpfändenden Schuldner gegenüber: nicht gegenüber dem nachstehenden Pfandgläubiger, was die Stelle ausdrücklich hervorhebt; aber auch nicht dem Verpfänder gegenüber, welcher für eine fremde Schuld verpfändet hat. Ueber diese und andere Fragen, zu denen die Stelle Veranlassung gegeben hat, s. Sintonis S. 243—246, Schenk die Lehre vom Retentionsrecht (1837) §. 71. 92, Bangerow I. §. 382 Anm.

² Die Ansicht Bachofen's (Nr. V), daß der Gläubiger als bonas fidei possessor Eigenthümer der Früchte werde, hat keinen Beifall gefunden. S. dagegen Keller Rec. S. 1001.

³ L. 1—3 C. de pign. act. 4. 24, l. 11 C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de partu pign. 8. 25, l. 1 C. de distr. pign. 8. 28, l. 23 pr. D. de pign. 20. 1, l. 5 §. 21 D. ut in poss. leg. 36. 4. Von der anderen Seite ist der Gläubiger auch verpflichtet, die Interessen des Schuldners in Betreff der Fruchtziehung zu wahren; daher die Anrechnung auch dann geschieht, wenn er durch seine Schuld keine Früchte gezogen hat, l. 3 C. de pign. act. l. 2 C. de partu pign. Ein Gebrauch des Pfandes, welcher nicht zu dem Zwecke geschieht, um dasselbe im Interesse des Schuldners zu nutzen, ist dem Gläubiger verboten, und fällt unter den Begriff der Entwendung (furtum), l. 54 pr. D. de furtis 47. 2, s. 6 I. de obl. quas ex del 4. 1; vgl. l. 6 §. 1. D. de pign. act. 13. 7, l. 9 §. 2 D.

er aus den Früchten Zinsen entnehmen auch ohne daß dieselben ihm versprochen worden sind⁴. Es kann auch ausgemacht werden, daß die Früchte statt der Zinsen dienen sollen⁵, in welchem Falle die Bestimmungen über das erlaubte Zinsmaß, wenn nicht offener Zinswucher vorliegt, keine Anwendung finden⁶.

§. 235.

Gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz der Pfandsache vorenthält, steht dem Pfandgläubiger ein Anspruch auf Grund seines Rechtes an der Sache, also ein dinglicher Anspruch, und bei Verweigerung der Befriedigung desselben eine dingliche Klage zu (§. 122)¹. Hierüber ist folgendes Nähere zu bemerken.

de suppl. leg. 33. 16. — Wie ist es, wenn der Pfandgläubiger in anderer Weise, als durch Verzehren von Früchten aus der Pfandsache einen Gewinn zieht, muß er auch diesen sich anrechnen, bez. herausgeben? S. 1. 21 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 22 pr. §. 1 D. de pign. act. 13. 7 (l. 15 pr. D. de furt. 47. 2, l. 79 eod., l. 74 D. de sol. 46. 3 l. 46. D. de R. I. 50. 17) und Dernburg S. 142—151.

⁴ L. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2. „Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere“. Damit steht nicht in Widerspruch l. 22 C. de usur. 4. 32, welche Stelle von den Früchten der Pfandsache nicht spricht. Es hat von jeher nicht an Versuchen gefehlt, die l. 8 cit. zu beseitigen; der letzte ist von Stephan Arch. f. civ. Pr. XXX. 14 (1847). S. dagegen Bangerow I. S. 998.

⁵ Dafür war bei den Römern der Ausdruck antichrosis gebräuchlich. (In dem in der vorigen Note bezeichneten Fall sprechen die Neueren von einer antichrosis tacita.) Es scheint, daß man verschiedener Meinung darüber war, ob der Ausdruck pignus die antichrosis mit umfasse, und ob daher nicht die Formel der actio hypothecaria und pignoratitia besonders eingerichtet werden müsse, um den Jüder zu befähigen, über ein solches Rechtsverhältnis zu erkennen; daher l. 33. D. de pign. act. 13. 7, l. 11 §. 1 D. de pign. 20. 1.

⁶ L. 17 C. de usur. 4. 32. „Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumentum propter incertum fructuum proventum roseindi placita non possunt“. Vgl. l. 14 C. eod. „Propter incertum fructuum proventum“ — in allen Fällen daher, wo man darüber gar nicht verschiedener Meinung sein kann, daß der Gläubiger nicht in einem oder dem andern Jahre, sondern dreißig mehr bezieht, als das gesetzliche Zinsmaß beträgt, muß er den Ueberschuß dem Schuldner herausgeben oder verrechnen. Vgl. Senffert Erörterungen II. S. 100 fg., Sintenis S. 261, Bangerow I. S. 992.

¹ Actio Serviana, quasi Serviana, utilis Serviana, hypothecaria, pignora-

1) Fälligkeit der Schuld ist nicht unumgängliche Voraussetzung des Pfandanspruchs und der Pfandklage; wenn das Interesse des Gläubigers es erfordert, kann auch vorher Herausgabe der Pfandsache verlangt werden². Nicht das Gleiche gilt, wenn die Pfandschuld eine bedingte ist, während bei bedingter Verpfändung wenigstens Sicherstellung begehrt werden kann³.

2) Abgefordert werden kann die Sache von jedem Besitzer⁴, Verpfänder oder Drittem⁵. Ueber das Nähere entscheiden die

ticia (in rem). Eine prätorische Klage (l. 17 §. 2 D. de pact. 2. 14), ursprünglich aufgestellt, als Serviana actio, für den Fall, wo der Pächter das auf das gepachtete Grundstück Eingebachte verpfändet hatte, später, als actio quasi Serviana oder utilis Serviana ausgebeutet auf alle anderen Fälle des Pfandrechts, aber auch in dieser Ausdehnung sehr gewöhnlich Serviana schlechthin genannt. S. §. 9 I. de act. 4. 6 und die bei Bachofen S. 28—30 citirten Stellen. Sie ist eine in rem actio, eine vindicatio, petitio, und zwar rei, nicht iuris, §. 31 I. de act. 4. 6, l. 18 C. de pign. 8. 14, l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 16 D. de serv. 8. 1. Bachofen S. 30. 31. Ueber die Geschichte und die Formel der Serviana actio s. namentlich Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 168, Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. S. 226 fg., Bachofen Nr. II. u. S. 637, Keller Rec. S. 972 fg., Dernburg §. 6. 7, Scheurl Rec. S. 429.

² L. 14 pr. D. de pign. 20. 1. „Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, dandam persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit“. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 165 will nur eine Klage auf Caution gestatten. Vgl. auch Rudorff Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. S. 217, Bachofen S. 13 Note 8. Ueber l. 10 C. de pign. 8. 14 s. Huschke a. a. D. S. 164, Bachofen S. 179. — Senff. Arch. VI. 159 XI. 215.

³ L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1. Die Formel verlangte Verpfändung für eine Schuld. Von einer bedingten Verpfändung konnte man immerhin sagen, sie sei Verpfändung; ebenso von einer befristeten Schuld, sie sei Schuld (§. 96 Note 5). Aber man konnte nicht auch von einer bedingten Schuld sagen, daß sie Schuld sei (§. 89 Note 1). Vgl. überhaupt Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 146—148. 163—172.

⁴ L. 16 §. 3 D. de pign. 20. 1. Senff. Arch. II. 150.

⁵ Der Dritte kann auch der Eigentümer sein; wer das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, erwirbt es „cum sua causa“. L. 18 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 15 C. de pign. 8. 14, l. 12 D. de distr. pign. 8. 28. Wichtig ist die Veräußerung, wenn sie durch Vertrag verboten ist (§. 172^a Note 8), und in der Veräußerung einer verpfändeten beweglichen Sache ohne Wissen des Gläubigers liegt eine Verdringung (furtum), welche jedoch den Eigentumserwerb auf Seite des rechtlichen Empfängers nicht ausschließt. L. 19 §. 6 l. 66 pr. D.

Grundsätze von dem Eigenthumsanspruch und der Eigenthumsklage (§. 196 Nr. 2. 3)⁶.

3) Auch in Betreff des Inhalts des Pfandanspruchs und der aus demselben erfolgenden Verurtheilung gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie beim Eigenthum (§. 193. 194)⁷. Nur werden, wenn es zur Geldcondemnation kommt, der Schuldner, der nachstehende Pfandgläubiger und jeder Besitzer, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, nie auf mehr condemnirt, als auf den Betrag der Schuld⁸; und was die Früchte angeht⁹, so wird a) auf dieselben überhaupt nur dann condemnirt, wenn die Hauptsache zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht¹⁰, b) auf diejenigen, welche vor dem Beginne des Processus gezogen sind, auch unter dieser Voraussetzung nur dann, wenn sie zur Zeit des Beginnes des Processus noch vorhanden

de furt 47 2, 1. 36 D. de nox. act. 9. 4. Fris Erläuterungen I. S. 495. 496, Bangerow I. §. 384 Anm. 1.

⁶ Die actio hypothecaria ist petitio rei, und ausdrücklich anerkannt ist in den Quellen, daß sie auch gegen denjenigen gehe, „qui dolo desit possidere“, 1. 16 §. 3 cit. Hiernach ist es keiner Frage unterworfen, daß namentlich auch in Betreff der Verhaftung desjenigen, welcher ohne Arglist den Besitz verloren hat, sowie desjenigen, welcher, ohne zu besitzen, sich arglistiger Weise in den Proceß eingelassen hat, die Regeln von der rei vindicatio maßgebend sind.

⁷ Aus 1. 16 §. 3 cit. geht im Besonderen hervor, daß gegen denjenigen, welcher in Folge seiner Arglist nicht mehr besitzt, das Interesse durch Eid bestimmt werden kann.

⁸ Dieß sagt für den Schuldner 1. 21 §. 3 D. de pign. 20. 1. L. 16 §. 6 ood. ist jedenfalls im Zusammenhange der Justinianischen Compilation von dem Falle zu verstehen, wo der Schuldner durch ein Versehen des Richters auf mehr als den Betrag seiner Schuld verurtheilt worden ist; der Verfasser der Stelle aber war wohl überhaupt abweichender Meinung (s. auch §. 3 ood.). Der Grund, weswegen der Schuldner nicht auf mehr, als den Betrag seiner Schuld verurtheilt wird, ist, weil der Gläubiger ihm das Mehr doch herausgeben mußte. Daraus folgt von selbst, daß das Gleiche für den nachstehenden Pfandgläubiger gelten muß, und auch die Gleichstellung des dritten Besitzers, welcher einen Regreß gegen den Schuldner hat, rechtfertigt sich durch die Betrachtung, daß das Mehr, welches von ihm gefordert wird, indirect vom Schuldner gefordert wird.

⁹ Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 273 fg., Franke Arch. f. civ. Pr. XXX. S. 189 fg., Bangerow I. S. 942—944, Franke in der §. 226^a Note 9 citirten Schrift S. 260 fg.

¹⁰ L. 16 §. 4 D. de pign. 20. 1: — „quid enim si minoris sit prae-

waren¹¹ und bei ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders gelangt sind¹².

4) Einen Gegenanspruch wegen Verwendungen¹³ hat der Schuldner nie¹⁴, der Eigenthümer der Pfandsache, welcher nicht Schuldner ist, nur wegen solcher Verwendungen, durch welche der Werth der Sache jetzt noch erhöht ist¹⁵, jeder Dritte nach den beim Eigenthum geltenden Grundsätzen (§. 195)¹⁶.

5) In Betreff der Einreden gilt hier folgendes Besondere.

a) Der Pfandanspruch unterliegt denselben Einreden, wie die durch das Pfandrecht versicherte Forderung; nur können dritte Besitzer (Besitzer außer dem Schuldner) nicht solche Ein-

dium, quam debetur?“ Franke a. a. O. S. 193 will dieß auf die zuvor genannten Personen beschränken.

¹¹ L. 16 § 4 cit.: „nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit“. Franke a. a. O. S. 192 will den besgläubigen Besitzer auch für die nicht mehr vorhandenen Früchte nach den Grundsätzen von der Eigenthumsklage haften lassen. Dagegen Bangerow a. a. O. S. 944.

¹² Denn sonst sind sie dem Pfandrechte gar nicht unterworfen (§. 226^a Note 11). Die nach dem Beginne des Processus gezogenen Früchte müssen, auch wenn sie in das Eigenthum des besitzenden Dritten gelangt sind, nach dem Grundsatz herausgegeben werden, daß die Dauer des Processus dem Beklagten nicht zum Vortheil gereichen soll (§. 124). L. 16 § 4 D. cit.: — „ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnent“.

¹³ Hierüber ein besondere Abhandlung von Burchardi Arch. f. civ. Pr. XX. 6 (1837). S. auch Großkopf zur Lehre vom Retentionsrechte (1858) S. 40—44. 114—116.

¹⁴ Denn reichte die Sache nach Abzug der Verwendungen zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin, so mußte er dennoch nachzahlen; gewährt sie, wie sie ist, einen Ueberschuß, so bekommt er denselben ohnehin zurück.

¹⁵ Er hat also nicht nur keinen Anspruch wegen der s. g. impensae voluptuariae, was allgemeinen Grundsätzen gemäß ist (§. 195 Note 10. 11), sondern auch keinen wegen der notwendigen Verwendungen. Denn derjenige, dem er durch diese Verwendungen die Sache erhalten hat, ist in erster Linie er selbst. Bewiesen wird hier aufgestellte Satz durch 1. 44 §. 1 D. de damno iac. 39. 2, wo übrigens eine Ausnahme für die auf die Reparatur eines Gebäudes verwendeten Kosten gemacht wird, dessen Eigenthum an den Verwendenden wegen verweigerter damni infecti cautio gelangt ist. Daß der Eigenthümer einen Anspruch auf Ersatz der werthsteigernden Verwendungen hat, sagt 1. 29. §. 2 D. de pign. 20. 1 (wo die bonae fidei possessio nicht etwa von einem Nichtkennen des Pfandrechts verstanden werden darf). Aus der Praxis: S. u. f. Arch. IX. 11. XI. 127.

¹⁶ L. 29 §. 2 cit.

reden entgegensehen, welche höchst persönlicher Natur sind (§. 225 Nr. 1).

b) Jeder Besitzer gewinnt dadurch eine Einrede gegen den Pfandanspruch, daß er sich bereit erklärt, den Gläubiger für seine Forderung zu befriedigen¹⁷. Ist er rechtmäßiger Besitzer, so kann er zugleich verlangen, daß der Gläubiger ihm gegen Befriedigung seine Forderung abtrete¹⁸.

c) Dritte Besitzer können verlangen, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst bei dem Schuldner und dessen Bürgen suche¹⁹.

d) Dritte Besitzer eines für eine Bürgschaftsobligation haftenden Pfandes können den Gläubiger nicht bloß auf den Bürgen, und dessen Alsterbürgen, sondern auch auf seine Forderung gegen den Hauptschuldner und die für diese haftenden Pfänder verweisen²⁰.

e) Eine Verweisung auf andere, ihm für dieselbe Forderung

¹⁷ L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 11 §. 4 D. qui pot. 20. 4 (Wachsen S. 501—504), vgl. l. 16 §. 6 D. de pign. 20. 1. Die Befriedigung kann auch durch Compensation geschehen: Seuff. Arch. XIV. 20.

¹⁸ L. 19 D. qui pot. 20. 4 (§. 233^a Note 1).

¹⁹ S. g. exceptio excussionis personalis, eingeführt in Nov. 4. c. 2. Früheres Recht: l. 19 D. qui pot. 20. 4, l. 14. 24 C. de pign. 8. 14, l. ult. C. de O. et A. 4. 10. Gegen die Ansicht Pöhr's (Arch. f. civ. Pr. XXVI. S. 6—12), daß durch Nov. 112 c. 1 diese Einrede für den Fall eines vom Eigenthümer veräußerten Specialpfandes wieder aufgehoben worden sei, s. Knorr das. XXVIII. S. 189—194, Busch das. XXXI. S. 20—25, Wangerow I. S. 1016, Seuff. Arch. VII. 11. Nach der gewöhnlichen Annahme soll die Einrede wegfallen, wenn der Gläubiger den Besitz der Pfandsache bereits gehabt und zufällig wieder verloren habe, s. dagegen Pöhr a. a. D. S. 5. Ist der Schuldner oder dessen Bürge abwesend, so ist durch den Richter dem Pfandbesitzer eine Frist zu bestimmen, um denselben zu stellen, widrigenfalls die Klage gegen ihn ihren Fortgang hat. Nov. 4. c. 1; a. M. Heimbach Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIII. S. 392—397, gegen denselben Pöhr Arch. f. civ. Pr. XXVI. S. 3—5. Der bloße Concurs des Schuldners reicht zur Befreiung der Einrede nicht hin. Chop Arch. f. civ. Pr. XV. 3; eine Mittelmeinung bei W. Sell Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 13. Vgl. Seuff. Arch. XIII. 85, f. auch XII. 158 und die dort citirten Erkenntnisse. Ueber Anderes vgl. noch Knorr a. a. D. S. 194 fg., Seuffert §. 225 Note 1^a, Seuff. Arch. VII. 12. 157. 278.

²⁰ Auch dies ist in der Nov. 4. c. 2 vorgeschrieben. Man spricht auch hier von einer exceptio excussionis personalis.

haftende Pfänder²¹ braucht der Gläubiger, wenn ihm keine Ehikane zur Last fällt²², sich nicht gefallen zu lassen²³, es müßte denn ein dahin zielendes Abkommen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sein²⁴. Auf ein solches Abkommen kann sich auch der dritte Besitzer, welcher sein Recht zu besitzen von dem Verpfänder herleitet, berufen²⁵.

f) Dem Pfandanspruch kann einredeweise, wie jedes andere dingliche Recht an der Sache, so auch ein Pfandrecht, vorgehen- des oder nur gleiches, entgegengesetzt werden²⁶.

²¹ S. g. exceptio excussionis realis. Vgl. darüber vor Allen den Aufsatz von Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII. 1 (1834), ferner: Hepp das. IX. 19, Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 47—49, Schröter das. I. S. 327—336, Wangerow I. S. 1013—1015, Brinz S. 341, Simon Arch. f. civ. Pr. XII. S. 32 fg. S. 352 fg.

²² S. §. 121 Note 3. Zu weit geht Guyet Arch. f. civ. Pr. XVIII. S. 368—372.

²³ L. 8. D. de distr. pign. 20. 5, l. 2. D. qui pot. 20. 4.

²⁴ Dieses Abkommen ist nicht dahin zu denken, daß erst dann die befehlene Sache verpfändet sein solle, wenn eine andere dem Gläubiger keine Befriedigung gewähren sollte; denn in diesem Falle (von welchem l. 2 D. qui pot. 20. 4 handelt, vgl. darüber Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII. S. 6 fg., Wangerow I. S. 1012) würde bis zur Erfüllung dieser Bedingung der Pfandanspruch auch an sich nicht begründet sein. Sondern es ist so zu denken, daß das Pfandrecht an den mehreren verpfändeten Sachen in einer gewissen Weise ausgeübt werden solle. Ein stillschweigendes Abkommen dieser letzteren Art kann namentlich liegen in der gleichzeitigen Verpfändung des gesammten Vermögens und specieller Sachen aus demselben, obgleich es nicht nothwendiger Weise darin liegt, vgl. Thibaut Arch. f. civ. Pr. XVII. S. 25 fg. Von diesem Falle handelt l. 2 C. de pign. 8. 14 und wohl auch l. 9 C. de distr. pign. 8. 28.

²⁵ L. 2 C. de pign. cit. Diese Stelle nennt nur den nachstehenden Pfandgläubiger; aber sie ist ein Rescript, und es ist nicht abzusehen, warum gerade dieser eine bevorzugte Stellung verdienen sollte. Andere, welche die Entscheidung dieser Stelle nicht, wie hier geschehen, auf einen stillschweigenden Vertrag zurückführen, sondern in derselben eine rein positive Verfügung erblicken, wollen sie deswegen auch nicht über den Pfandgläubiger hinaus erstreckt wissen; — man müßte die Consequenz leugnen, selbst wenn der Ausgangspunkt richtig wäre (§. 29 Note 3). Eine Singularität liegt in der Entscheidung der Stelle auch nach der hier vertretenen Auffassung insofern, als die Berufung auf einen bloß obligatorischen Vertrag auch Personen gestattet wird, welche nicht Gesamtnachfolger sind.

²⁶ L. 10 D. de pign. 20. 1, l. 12. pr. §. 7. D. qui pot. 20. 4. Es kann aber der Besitzer sich auf kein Pfandrecht aus der Person besitzenden, von dem auch der Kläger sein Pfandrecht herleitet, berufen, wenn er das Eigentum

g) Der Pfandanspruch verjährt gegen den Schuldner (Verpfänder) und dessen Erben, so wie gegen den nachstehenden Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners (Verpfänders) erst in 40 Jahren²⁷.

§. 236.

Der bisher betrachtete dingliche Pfandanspruch ist nicht der einzige Anspruch, mit welchem Herausgabe des Besitzes der Pfandsache verlangt werden kann. Der vertragsmäßige Pfandgläubiger hat gegenüber dem anderen Contrahenten auch einen persönlichen Anspruch aus dem abgeschlossenen Vertrag¹, und der Pfandgläubiger, welcher einmal im Besitze gewesen ist, genießt im Falle des Verlustes des Besitzes denselben Schutz, wie der Besitzer in eigenem Namen².

Selbsthilfe ist hier verboten, wie überall³. Es kann aber der Vermiether den Miether an der Wegbringung der in den gemietheten Raum eingebrachten Sachen verhindern⁴, und bloß

desselben bestritten hat und ihm dieses Eigenthum nachgewiesen worden ist; er muß die Sache herausgeben, und es bleibt ihm überlassen, wenn er sich ein besseres Pfandrecht zuschreibt, dasselbe klagenweise zu verfolgen. Dieß sagt Nov. 18. c. 10 (sie sagt nicht bloß dieß [vgl. §. 197 Note 1], obgleich sie von Auth. Item possessor C. qui pot. 8. 18 nur in diesem Sinne verstanden worden ist). Nach dem heutigen Preßrecht nimmt die Vorschrift der Novelle den Ausdruck an, daß der Beklagte nicht das Eigenthum des Rechtsurhebers des Klägers bestritten und zu gleicher Zeit aus der Person desselben ein Pfandrecht für sich in Anspruch nehmen dürfe. S. die citirte Note 1 zu §. 197.

²⁷ L. 7 pr. — §. 2 D. de praesor. XXX. 7. 39. Unterholzner Verjährungslehre II. S. 271—273, Arndts §. 390 Anmerk. 3. Seuff. Arch. VI. 161.

§. 236.

¹ L. 3. 22 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Diese Stellen handeln nur vom Faustpfandgläubiger. Aber ohne allen Zweifel liegt in jeder Pfandbestellung auch die Uebernahme der persönlichen Pflicht zu den dem Pfandrechte entsprechenden Leistungen, und nach heutigem Recht bedarf der obligatorische Vertrag zur vollen Wirksamkeit nicht mehr einer Form oder ihres Erfolges.

² S. §. 154 Note 3.

³ Paul. R. S. II. 14 §. 5, 1. 2 §. 18 D. vi bon. rapt. 47. 8, 1. 3 C. de pign. 8. 14, vgl. 1. 11 C. de pign. act. 4. 24.

⁴ L. 9 D. ex quib. caus. pign. 20. 2, 1. 33. 34. D. de damno inf. 39. 2. Nach Befriedigung des Vermiethers wird dem Miether gegen die Verhinderung desselben richterliche Hilfe gewährt (interdictum de migrando, Dig. 43. 32).

provisorischen Besitz, ohne daß damit die Frage nach seinem Rechte definitiv erledigt wäre, kann jeder Pfandgläubiger schon auf bloß summarische Cognition hin erlangen, wenigstens gegen den Verpfänder⁵.

2. Recht des Verkaufes*.

§. 237.

Dasjenige Recht, welches den Gläubiger auf dem geradesten und sichersten Wege zu seiner Befriedigung verhilft, und welches daher den hauptsächlichsten Inhalt des Pfandrechtes bildet, ist das Verkaufsrecht¹.

⁵ So hat die Praxis von jeher das römische interdictum Salvianum (Dig. 43. 33, Cod. 8. 9) verstanden; ob auch das römische Recht demselben nur provisorische Bedeutung zugeschrieben habe, ist bestritten, und muß dahin gestellt bleiben. Ueberhaupt ist über das interd. Salvianum viel Streit, und nur darüber ist man einig, daß dasselbe, wie die Serviana actio, ursprünglich zu Gunsten des Verpfänders eingeführt worden sei (Gai. IV. 147, §. 4 I. de interd. 4. 15). Aber ist dasselbe in gleicher Weise wie die Serviana actio später auf andere Pfandgläubiger ausgebehrt worden? Die angeführten Stellen widersprechen doch nicht direct, und für die Ausdehnung sind Paul. R. S. V. 6 §. 16, 1. 1 C. h. t. Eine andere viel verhandelte Frage ist die, ob das Salvianum nur gegen den Verpfänder gehe, oder auch gegen Dritte. Für jenes 1. 1 C. h. t., für dieses 1. 1 pr. §. 1 D. h. t. (Theoph. ad §. 3 I. de interd.). Wenn es nicht noch gelingt, einen Vereinigungsversuch zu finden, welcher mehr befriedigt, als die bisher aufgestellten, so wird nichts übrig bleiben, als zu sagen, daß die genannten Stellen sich gegenseitig aufheben, und daß daher für die Geltung des Salvianum gegen dritte Personen kein Zeugniß vorliegt, — gegen den Verpfänder muß man es gewähren, wenn es überhaupt irgend welche Anwendung finden soll. — Literatur des Salvianum: Zimmermann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 54—56 und Arch. f. Civ. Pr. XI. 15 (1828), Thibaut das. XI. 7 (1828), Fuschke Studien I. 4 (1830), Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. S. 209—226. 237—245 (1846), Wachosen S. 12—17, Keller Rec. S. 966—972. 977—981, Dernburg S. 55—61; Wangerow §. 391 Anm., Brinz S. 306—308. 333—334.

* Dig. 20. 5 de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. 8. 28 de distractione pignorum.

¹ Nach früherem römischem Recht stand das Verkaufsrecht dem Pfandgläubiger nicht schon kraft der Verpfändung an sich, sondern nur kraft besonderer Einräumung zu. Aber schon zur Zeit des Ulpian war es geltendes Recht, daß die Verpfändung als solche das Verkaufsrecht gebe. Ja nach dem neuesten Rechte

1) Die Voraussetzungen des Verkaufsrechtes sind: a) Nichtbefriedigung des Gläubigers², b) Fälligkeit der Schuld³, c) Anzeige an den Eigenthümer, daß mit dem Verkaufe werde verfahren werden, wenn nicht Befriedigung erfolge⁴. Diese Anzeige muß, wenn ausgemacht worden ist, daß nicht solle verkauft werden dürfen, dreimal wiederholt werden⁵; sie braucht gar nicht zu

(Note 5) schlicht selbst eine ausdrückliche Verabredung, daß nicht solle verkauft werden dürfen, als mit dem Verpfändungswillen in Widerspruch stehend, das Verkaufsrecht nicht mehr aus. Gai. II. §. 64, l. 8 §. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 75 D. de furtis 47. 2, l. 3 D. quas res pign. 20. 4, l. 4 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 §. 10 D. qui pot. 20. 4, l. 4 D. de pign. act. 13. 7. Ueber die Geschichte des Pfandverkaufs s. Bachofen Nr. VI, Dernburg §. 8.

² Verweigert der Gläubiger die Annahme, so muß der Schuldner deponiren, l. 2 C. deb. vend. 8. 29, l. 8 C. h. t. L. 5 eod., welche bloß vom Anbieten spricht, setzt Deposition voraus. Vgl. auch l. 19 C. de usur. 4. 32. Umgekehrt nimmt Brinz S. 354. 355 auf Grund der l. 5 cit. an, daß bloßes Anbieten zum Ausschluß des Verkaufsrechtes hinreicht, und Deposition bloß als nahe liegendes, aber nicht notwendiges Beweismittel gefordert werde. Vgl. Friß Erläuter. I. S. 466.

³ L. 4 D. h. t., l. 5 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6. Eine Interpretationsfrage in l. 8 §. 3 D. de pign. act. 13. 7. Vgl. auch Wenig-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 360—362. — Daß der Schuldner auch in Verzug sein müsse, d. h. daß ihm aus der Nichtbefriedigung ein Vorwurf gemacht werden könne, wird in den Quellen nirgends verlangt. Vgl. über diese Frage Wenig-Ingenheim Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 354—359, Friß Erläuter. I. S. 460—464, Bachofen S. 640—647, Vangerow I. S. 978, welche Schriftsteller sämmtlich das Erforderniß des Verzugs bestreiten, und Müller civ. Abh. I. S. 104—106, welcher dafür ist. — Ebenso wenig ist Liquidität der Forderung erforderlich, vgl. l. 1 pr. D. de litig. 44. 6, l. 1 C. eod. 8. 97, l. 2 C. debitorem vend. 8. 29. Doch wird das Verkaufsrecht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner in gutem Glauben auf richterliche Entscheidung provocirt; in dieser Allgemeinheit scheint nämlich l. 5 C. de distr. pign. 8. 28 verstanden werden zu müssen (Bachofen S. 647—649), welcher Stelle freilich Andere anderen Sinn beilegen. S. Müller civ. Abhandlung I. S. 101—102, Friß Erläut. I. S. 457—459, Vangerow I. S. 977.

⁴ L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. 8. 34, vgl. l. 18 C. de adm. tut. 5. 37. Diese Stellen reden nur von dem Falle, wo der Eigenthümer zugleich der Schuldner ist; es darf nicht bezweifelt werden, daß, wo dieß nicht der Fall ist, die Anzeige dem Eigenthümer gemacht werden muß, und nicht dem Schuldner.

⁵ L. 4 D. de pign. act. 13. 7 — „ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut

geschehen, wenn ein richterliches Urtheil vorliegt⁶. d) Ablauf von 2 Jahren nach der (letzten)⁷ Anzeige, bez. nach dem Urtheil⁸. — Der Verkauf gerichtlich gepfändeter Sachen tritt zwei Monate nach der Pfändung ohne Weiteres ein⁹.

2) Der Verkauf geschieht bei gerichtlich gepfändeten Sachen durch den Richter auf dem Wege öffentlicher Versteigerung¹⁰. Abgesehen von diesem Fall ist öffentlicher Verkauf im römischen Rechte nicht¹¹, wohl aber in heutigen Particularrechten regelmäßig vor-

solvat, et cessaverit.“ Es läßt sich die Vermuthung nicht unterdrücken, daß die herausgehobenen Worte erst den Compilatoren Justinians angehören. Dafür spricht l. 5 eod., und daß Paulus R. 8. II. 5. §. 1 dreimalige Anzeige schon in dem Falle für notwendig erklärt, wenn nur die Verkaufsverbarung nicht ausdrücklich hinzugesügt sei; ferner l. 7 C. de distr. pign. 8. 28. Vgl. Bachofen S. 176 fg., Brinz S. 353, Dernburg S. 88 fg. — Welcher Zwischenraum muß zwischen den drei Anzeigen liegen? Man sagt: ein durch das Ermessen des Richters zu bestimmender; zehn Tage; so viel, daß daraus die Fruchtlosigkeit der Mahnung hervorgehe. S. Vangerow I. S. 979 und die dort Citirten, Bachofen S. 176 Note 3, Dernburg S. 89.

⁶ L. 3 §. 1 C. de iur. dom. imp. 8. 34.

⁷ Zimmern Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. S. 51—53. A. M. Friß Erläuterungen I. 467—470, Vangerow I. S. 979.

⁸ L. 3 §. 1 C. cit. Es kann aber dieses Erforderniß durch Vertrag erlassen werden, l. 3 §. 1 cit. Ueber die heutige Geltung desselben s. Glück XIX. S. 389. 401. 408, Sintonis Pfandr. S. 510 Note 1. Letzterer ist der Meinung, daß eine abändernde Praxis „wegen der wohl überall schon früh eingetretenen particularrechtlichen Aenderungen der Frist ... (nicht) erweislich sein dürfte“.

⁹ L. 31 D. de re iud. 42. 1.

¹⁰ L. 2 C. si in causa iud. 8. 23, l. 3 C. de exc. rei iud. 7. 53. Vgl. Müller civ. Abh. I. S. 122—131.

¹¹ Das römische Recht spricht von der öffentlichen Versteigerung (proscriptio) nur in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger bei dem Verkauf überhaupt bemüht sein müsse, im Interesse des Eigenthümers einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen (Note 12), und in diesem Sinne scheint sie früher sogar die Regel gebildet zu haben. Vgl. l. 4 C. h. t., l. 15 §. 32 D. de iur. 47. 10, l. 16 C. de resc. vend. 4. 44 — mit l. 9 C. h. t., l. 4 D. si vend. pign. 8. 30. L. 3 pr. C. de iure dom. 8. 34 (von Justinian): — „pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audivimus“. Bachofen S. 183—186. Gegen die Meinung (Marezoll Magazin f. Gesetzg. u. RW. IV. S. 376, Müller a. a. D. S. 109, Vangerow S. 979), daß auch nach Justinianischem Rechte der Fiscus öffentlich verkaufen müsse, s. Friß a. a. D. S. 470.

geschrieben. Der Gläubiger muß aber beim Verkaufe in guten Treuen verfahren, und nicht bloß sein Interesse, sondern auch das Interesse des Eigentümers nach Kräften wahrnehmen; sonst haftet er dem Eigentümer auf Entschädigung¹². Ist er insolvent und der Käufer hat sich an der Unredlichkeit betheilig, so steht dem Eigentümer ein Entschädigungsanspruch auch gegen diesen Letzteren zu¹³. Verkauf an sich selbst ist nichtig¹⁴.

3) Die Wirkung des Verkaufes ist, daß der Käufer — Besitzübergabe und Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt (§. 172 Note 19) — Eigentümer wird¹⁵. Der Gläubiger überträgt ihm fremdes Eigentum¹⁶; aber dazu ist er eben kraft seines Pfandrechtes befugt¹⁷. Er überträgt ihm unwiderrufliches Eigentum, wenn nicht etwa beim Verkaufe ein Wiedereinlösungsrecht vorbehalten wurde¹⁸. Er überträgt ihm das Eigentum so, wie

¹² L. 4. 7. 9 C. h. t., l. 1. 4 C. si vend. pign. 8. 30.

¹³ L. 7 C. h. t., l. 1. 3. 4 C. si vend. pign. Insofern des Verkäufers wird nur in l. 1 und 3 C. cit. verlangt, nicht aber in l. 4 cit. Bei der Bestimmung, mit welcher l. 3 cit. dieses Erforderniß hervorhebt, muß angenommen werden, daß es in l. 4 cit. vorausgesetzt werde. Müller a. a. D. S. 111, Sintenis Pfandrecht S. 515, Wangerow S. 979 unt. (vgl. auch Fritz a. a. D. S. 476) wollen im Falle der Insolvenz des Gläubigers dem Eigentümer einen Anspruch auch gegen den unschuldigen Käufer, auf Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Kaufpreises, einräumen, wegen l. 3 C. cit. Aber der Verkauf um zu geringen Preis „per gratiam“, wovon diese Stelle redet, ist doch wohl gedacht als erfolgt unter Betheiligung des Käufers an der Unredlichkeit.

¹⁴ L. 10 C. h. t.

¹⁵ L. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 13. 15. 18 C. h. t.

¹⁶ Eine Consequenz daraus in l. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6.

¹⁷ Pr. §. 1 I. quib. al. 2. 8, l. 46 D. de A. R. D. 41. 1. Will man diese Befugniß auf eine dem Gläubiger bei der Verpfändung erteilte Vollmacht zurückführen — was übrigens jedenfalls nur für die vertragsmäßigen Pfandrechte paßt —, so muß man nur festhalten, daß diese Vollmacht eine dem Gläubiger in seinem eigenen Interesse erteilte (vgl. l. 6 pr. l. 42 D. de pign. act. 13. 7) und unwiderrufliche ist. Auch stellt Cajus (II. 64) den procurator dem Pfandgläubiger entgegen, während in l. 29 D. fam. herc. 10. 2 (vgl. l. 7 §. 12. 13 D. comm. div. 10. 3) der procurator mit dem Pfandgläubiger nur in einer ganz anderen Beziehung verglichen wird. S. über diese Stelle die in §. 233^a Note 1 a. C. Citirten und über das Ganze Bachofen Nr. VII.

¹⁸ L. 2 C. si antiquior cred. 8. 20, l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. §. 1 D. h. t.

es zur Zeit der Begründung des Pfandrechtes war, unbeschränkt durch später auf die Sache gelegte Lasten¹⁹. Verpflichtet ist der Gläubiger dem Käufer, wenn er den Besitz der Sache nicht hat, nur zur Abtretung seines Pfandanspruchs²⁰. Ferner braucht er demselben nur für sein Pfandrecht und dafür einzustehen, daß seinem Pfandrecht kein anderes Pfandrecht vorgeht²¹, nicht aber für das Recht des Verpfänders²².

4) An dem Kaufpreis erwirbt der Gläubiger durch Uebergabe von Seiten des Käufers Eigentum²³, und kann denselben zu seiner Befriedigung verwenden²³. So weit derselbe zu seiner

¹⁹ Namentlich also unbeschränkt durch später begründete Pfandrechte. L. 1 C. si antiquior cred. 8. 20, l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10, l. 3 pr. D. h. t. Was Dienstbarkeiten angeht, s. Cuff. Arch. VI. 16. Vgl. noch das. XIV. 214.

²⁰ L. 13 D. h. t. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum credere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem“.

²¹ L. 1 C. credit. evict. 8. 46. Dabei wird aber natürlich vorausgesetzt, daß der Gläubiger bei dem Verkauf erklärt habe, daß er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger verkaufe, und die gleiche Voraussetzung gilt für den folgenden Satz.

²² Das hat nicht bloß den Sinn, daß der Gläubiger im Falle der Eviction keinen Schadenersatz zu leisten hat, sondern auch den, daß er in diesem Falle selbst den Kaufpreis nicht zurückverlangen braucht; er ist nur zur Abtretung seines Entschädigungsanspruchs gegen den Verpfänder verpflichtet. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 10 D. h. t., l. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19. 1, l. 38 D. de evict. 22. 1. Ist noch besonders ausgemacht worden, daß der Gläubiger nicht für Eviction einzustehen habe, so kann er sogar den Kaufpreis trotz derselben eintreiben, l. 68 pr. D. de evict. 21. 2. Uebrigens wird der Pfandgläubiger nicht leicht einen Käufer finden, wenn er nicht die Verpflichtungen, welche ihm gesetzlich nicht obliegen, ausdrücklich übernimmt. L. 1. 2 C. cred. evict. 8. 46, l. 22 §. 4 D. de pign. act. 13. 7, l. 59 §. 4 D. mand. 17. 1. Daß er für seine Arglist haftet, versteht sich von selbst, l. 2 C. cred. evict., l. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19. 1. Vgl. überhaupt Bachofen S. 560—569. — Der Käufer hat aber einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erstattung des Kaufpreises, welcher demselben zu Gute gekommen ist, l. 12 §. 1 D. h. t., l. 74 §. 1 D. de evict. 21. 2. Bachofen S. 582—586.

²³ Ist der Verkauf ein gerichtlicher, so ist der Richter als Stellvertreter des Gläubigers in der Besitz- und Eigentumsübertragung anzusehen. Cuff. Arch. II. 355.

²⁴ L. 26. 44 D. de sol. 46. 3, l. 10 C. de O. et A. 4. 10. Vgl. l. 9 pr. D. h. t.; l. 35 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 5 §. 2 D. de sol. 46. 3, l. 96 §. 3 l. 101 §. 1 eod., l. 73 eod.

Befriedigung nicht ausreicht, dauert sein Forderungsrecht fort²⁴; den Ueberfluß muß er dem Eigenthümer, bez. den nachstehenden Pfandgläubigern herausgeben²⁵.

§. 238.

Der Gläubiger braucht von seinem Verkaufsrecht keinen Gebrauch zu machen, wenn er nicht will; er darf aber nicht dem Eigenthümer, welcher seinerseits verkaufen will, den Verkauf unmöglich machen, und muß daher, wenn er im Besitze der Sache ist, denselben die Sache zu diesem Zwecke gegen Caution herausgeben¹. Auf seine Forderung behalten darf er die Sache nur, wenn der Eigenthümer ihm dies gestattet²; eine im Voraus für den Fall der Nichtzahlung der Schuld am Verfalltage gegebene Gestattung ist nichtig³.

Findet sich für das Pfand kein Käufer⁴, so kann der Gläu-

²⁴ L. 9 §. 1 D. l. 3 C. h. t., l. 28 D. de R. C. 12. 1, l. 8 C. si cert. pot. 4. 2, l. 10 C. de O. et A. 4. 10.

²⁵ L. 24 §. 2 l. 42 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 §. 5 D. qui pot. 20. 4. Vgl. Bachofen S. 491—493, Brinz S. 358.

¹ L. 6 pr. D. de pign. act. 13. 7.

² L. 24 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 C. de pign. 8. 14, vgl. l. 1 C. de pact. pign. 8. 25.

³ Die Quellen sagen: es sei beim Pfandvertrag die *lex commissoria* verboten. Das Verbot rührt erst von Constantin her, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, vgl. o. 7 X. de pign. 3. 21. Eine im Voraus getroffene Verabredung, daß bei Nichtzahlung der Schuld das Pfand dem Gläubiger um einen dann durch Schätzung zu bestimmenden Preis verkauft sein solle, fällt nicht unter den Begriff der *lex commissoria*, l. 16 §. 9 D. de pign. 20. 1. Seuff. Arch. III. 12. Das hier mitgetheilte Urtheil nimmt ferner an, daß auch der Verkauf um einen im Voraus bestimmten Preis nicht gegen das gesetzliche Verbot verstosse, wenn dieser Preis ein angemessener (den Werth erreichender oder übersteigender) sei. Ueber l. 81 pr. D. de contr. om. 18. 1 f. Vangerow I. S. 989—990. Nach dem Urtheil bei Seuff. VIII. 237 soll der Richter das Verbot sogar *ex officio* berücksichtigen müssen. Eine ungemein ausführliche „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der *lex commissoria* beim Pfandrechte“ gibt Warnkönig Arch. f. civ. Pr. XXIV. S. 1—38. S. 312—388, XXV. S. 60—114. S. 226—255. S. 420—439. (1841. 1842). Vgl. auch Bachofen S. 617—623, Vangerow §. 383 Anm.

⁴ Vgl. zum Folgenden, in Betreff dessen keineswegs vollständige Meinungsübereinstimmung herrscht, Müller civ. Abhandlungen I. Nr. 3 §. 9—12

biger sich dasselbe zu Eigenthum zuschlagen lassen, wobei ihm der wahre Werth der Sache angerechnet wird, dem Eigenthümer jedoch zwei Jahre lang ein Einlösungsrecht bleibt. Der Zuschlag muß nach römischem Rechte vom Kaiser erwirkt werden; heutzutage erfolgt er durch den Richter⁵. Bei richterlich gepfändeten Sachen fällt das Wiedereinlösungsrecht des Eigenthümers⁶, von der anderen Seite aber auch jede Nachforderung des Gläubigers bei Minderwerth der Sache weg⁷.

B. An unkörperlichen Sachen.

§. 239.

Ueber den Inhalt des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen ist im Allgemeinen bereits oben (§. 227) gehandelt worden. An diesem Orte ist folgendes Nähere zu bemerken.

§. 18, Friß Erläuter. I. S. 479—490, Sintonis Pfandr. §. 56, Bachofen S. 624—627, Vangerow §. 381 Anm.

⁵ Der Zuschlag des Pfandes durch den Kaiser galt schon im früheren Recht (l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41. 1. l. 1. 2 C. de iure dom. imp. 8. 34, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23); neu geordnet worden ist er von Justinian in l. 3 C. de iure dom. imp. 8. 34. Durch diese Verordnung hat Justinian an die Stelle des früheren einjährigen Einlösungsrechts ein zweijähriges gesetzt, und außerdem vorgeschrieben, daß dem Zuschlag eine neue Zahlungsaufforderung vorhergehen müsse, entweder durch den Gläubiger, oder, bei Abwesenheit des Schuldners, durch das Gericht unter Stellung einer Frist. Der wahre Werth der Sache soll bestimmt werden entweder durch gerichtliche Schätzung, oder aber durch einen etwaigen späteren Verkauf des Gläubigers; jedoch soll in letzterem Falle der Gläubiger auf Verlangen die eidliche Versicherung abgeben müssen, daß er die Sache um keinen höheren Preis hätte verkaufen können.

⁶ Justinian's Verordnung bezieht sich nur auf den Fall „si quis rem creditoris suo pignora verit“ (§. 1 der cit. l. 3), und die Stellen der Compilation, welche von dem Zuschlag gepfändeter Sachen reden (l. 15 §. 3 D. de ro iud. 42. 1, l. 3 C. de exe. rei iud. 7. 53, vgl. übrigens auch l. 2 C. si in causa iud. 8. 23), gestatten ein Wiedereinlösungsrecht nicht. Daß nach diesen Stellen der Zuschlag durch den Richter erfolgen kann (übrigens wird auch ein Zuschlag durch den Kaiser erwähnt, l. 3 C. si in causa iud. 8. 23), ist heutzutage nichts Besonderes mehr.

⁷ L. 15 §. 3 D. de ro iud. 42. 1. Daß der Gläubiger auch Anspruch auf den Mehrwerth der Sache habe, scheint mir in dieser Stelle nicht gesagt zu sein.

1) Das Pfandrecht¹ am Nießbrauch, an der Emphyteusis und der Superficies gibt die Befugniß, durch Geltendmachung der diesen Rechten entsprechenden Ansprüche sich in den Besitz derselben zu setzen, bez. sich im Besitz derselben zu erhalten²; ferner die Befugniß, je nach der Natur des Rechtes, das Recht selbst oder dessen Ausübung zu veräußern³. Auf den Ertrag dieser Rechte — die Früchte der Sache — erstreckt sich das Pfandrecht nach den für das Pfandrecht an körperlichen Sachen geltenden Grundsätzen⁴. — Derjenige, welchem ein noch nicht bestehendes Recht an fremder Sache verpfändet worden ist, kann durch Verkauf dieses Recht begründen; außerdem kann er durch Geltendmachung seines Pfandrechtes sich den dem Rechte entsprechenden

1. 230. ¹ Die hierher gehörige Literatur s. §. 227 Note 3. 5. 9.

² L. 11 §. 2 D. de pign. 20. 1. Diese Stelle (§. 205 Note 4) spricht freilich nur von dem Falle, wo das verpfändete Recht (Nießbrauch) zum Kaufpfande gegeben worden ist, und nicht von der Erlangung des Besitzes, sondern nur von der Erhaltung desselben durch Einrede. Aber jedenfalls gibt sie dem Pfandgläubiger die Befugniß, sich auf die Verpfändung nicht bloß dem Verpfänder, sondern auch Dritten gegenüber zu berufen, d. h. also, nicht bloß die durch die Pfandeinräumung von dem Verpfänder übernommene obligatorische Verpflichtung, sondern auch das verpfändete Recht selbst geltend zu machen. Es ist nicht abzusehen, warum diese Befugniß gerade in der Verpfändung zu Kaufpfand ihren Grund haben, oder warum sie nicht in gleicher Weise für den Weg der Klage, wie für den der Einrede gelten sollte. Ueberdies ist, was hier gefolgert wird, für die Superficies ausdrücklich anerkannt. L. 13 §. 3 D. de pign. 20. 1. „Et in superficiariis legitime consistens creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita, deinde amissa sit“. Man hat (in Betreff der Dienstbarkeiten) gefragt, ob die actio des Pfandgläubigers eine actio confessoria sei, oder eine actio hypothecaria (s. Dernburg S. 487). Man wird sich für das Erstere entscheiden müssen; es ist das verpfändete Recht, welches der Pfandgläubiger geltend macht. Aber das verpfändete Recht macht er kraft eigenen Rechtes, kraft des Pfandrechtes geltend (er hat eine actio suo, nicht procuratorio nomine), daher auch gegen den Verpfänder selbst. Vgl. §. 205 Note 4.

³ Dies ist in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus dem Begriff des Pfandrechtes.

⁴ Vgl. l. 15 §. 4 D. de pign. 20. 1. Dernburg S. 487 glaubt, der Pfandgläubiger, welchem der Besitz des Rechtes eingeräumt worden sei, werde Eigentümer der Früchte. Aus der Verpfändung als solcher folgt dies gewiß nicht; es gehört dazu ein besonderer Vertrag.

Besitz verschaffen⁵. In Betreff der Früchte gilt das Gleiche, was oben bemerkt wurde⁶.

2) An Forderungsrechten⁷ ist zwar, da der ihnen entsprechende factische Zustand kein dauernder ist, kein Besitz, wohl aber insofern etwas dem Besitze Entsprechendes möglich, als auch hier eine Verhinderung des Gläubigers an der eigenen Geltendmachung des verpfändeten Rechtes denkbar ist. Diese Verhinderung kann auf doppeltem Wege erfolgen, durch Vorenthaltung der Beweisdocumente, und durch Anzeige an den Schuldner, nach welcher derselbe nicht mehr durch Leistung an seinen Gläubiger oder sonstige Verhandlung mit demselben sich befreien kann. Auf Herausgabe der Beweisdocumente, wenn sie von dem Schuldner nicht freiwillig faustpfandweise übergeben worden sind, hat der Pfandgläubiger einen Anspruch nicht; die Anzeige an den Schuldner dagegen ist eine durch die Verpfändung als solche gewährte Befugniß⁸. Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so hat er die Wahl, ob er die Forde-

⁵ Vgl. §. 227 Note 9—11 und Text dazu. Dasselbst ist bereits bemerkt worden, daß in diesem Falle der wirkliche Gegenstand des Pfandrechtes nicht sowohl das Recht an der Sache, als vielmehr die Sache selbst bildet, und so wird dieser Fall hier nur der Uebersichtlichkeit wegen noch einmal erwähnt. Weil die Sache selbst den Gegenstand des Pfandrechtes bildet, muß hier auch die actio des Pfandgläubigers als actio hypothecaria bezeichnet werden; der Pfandgläubiger macht eine zwar durch den Verpfändungswillen beschränkte, aber doch immerhin eine Macht direct über die Sache, nicht eine Macht über ein Recht an der Sache geltend (s. Note 11 a. a. D.). Die Verkaufsbefugniß hebt hier ausdrücklich hervor l. 12 D. de pign. 20. 1.

⁶ L. 15 pr. D. de pign. 20. 1.

⁷ Besondere Abhandlungen über das Pfandrecht an Forderungsrechten sind: Gesterding über die Schulverbindlichkeit als Object des Pfandrechtes (1812), Pfeiffer practische Ausf. I. 1 mit Nachtrag VII. 1 (1825, 1844), Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75 fg. (1834), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen Abh. 1 (1835); ferner handeln von diesem Gegenstand die Preischrift von Huschke (de pignore nominis 1820), die Inauguraldissertation von Goupp (de nominis pignore 1820) und die Habilitationsschrift von Buchta (de pignore nominis 1843). S. außerdem Mühlentuch Cession S. 519—530, Bangerow I. §. 368 Anm. 1, Dernburg §. 60.

⁸ L. 4 C. quas res pign. 8. 17. Vgl. Mühlentuch S. 526, Dernburg S. 464—465. S. u. ff. Arch. II. 279. XI. 216.

zung zum Verkauf bringen⁹, oder ob er sie selbst eintreiben will¹⁰. In letzterem Falle kann er das eingezogene Geld zu seiner Befriedigung verwenden¹¹; geht das Forderungsrecht auf einen andern Gegenstand als Geld, so hat er an demselben ein Pfandrecht¹².

⁹ L. 7 C. de her. vel act. vend. 4. 39; 1. 15 §. 10 D. de re iud. 42. 1. Dernburg S. 469—470.

¹⁰ L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, 1. 20 D. de pign. 20. 1, 1. 7 C. de her. vel act. vend. 4. 39, 1. 4 C. quae res pignori 8. 17. Dernburg S. 465—466; Seuff. Arch. VIII. 18. Man streitet darüber, ob die actio des Pfandgläubigers die actio hypothecaria oder die actio in personam aus dem Forderungsrechte sei; letzteres ist die herrschende Meinung, ersteres hat nach dem Vorgange Kellner in neuerer Zeit wieder Trotsche a. a. D. S. 76 fg. verteidigt. Offenbar muß man sich für die actio in personam entscheiden; der Pfandgläubiger macht die verpfändete Forderung kraft seines Pfandrechtes geltend, aber es ist nicht sein Pfandrecht unmittelbar, welches er geltend macht. Wenn man aber die Verpfändung einer Forderung als bedingte, eventuelle Cession bezeichnet hat, so steht dem entgegen, daß die Cession darauf gerichtet ist, die cedirte Forderung zu einer eigenen des Cessionars zu machen, während die Intention der Verpfändung darauf geht, daß der Pfandgläubiger die Forderung als fremde für sich solle geltend machen dürfen. Daß das römische Recht auch bei der Cession nicht die Obligation selbst übergehen läßt, so daß sich Cession und Verpfändung, wenn man bloß auf die formale Seite der Sache sieht, in ihren Wirkungen gleichsetzen, macht keinen Unterschied; ihrer Intention nach unterscheiden sich beide Geschäfte für die Römer, wie sie sich für uns unterscheiden. Hiernach erledigt sich eine Reihe von Fragen, welche man aufgeworfen hat, von selbst: es versteht sich von selbst, daß nach der Befriedigung des Pfandgläubigers keine Rückcession erforderlich ist, und es versteht sich von selbst, daß sich der Rang zwischen mehreren Forderungsgläubigern durch die Zeit der Verpfändung bestimmt, und nicht nach der Zeit der Denuntiation, wenn man auch davon ausgeht, daß bei der Cession die Zeit der Denuntiation entscheidend sei. Vgl. Vangerow S. 926, Dernburg S. 470—473. Seuff. Arch. XV. 6 (der Verpfänder behält die Paulianische Klage). — Kann der Pfandgläubiger, statt die Forderung einzutreiben, sie in anderer Weise vernichten, z. B. durch Novation, Erlaß? Ohne Zweifel; nur daß er sich den Betrag derselben anrechnen lassen muß, als hätte er ihn empfangen. Vgl. mit Vangerow §. 368 Num. 1 a. E. Dernburg S. 468.

¹¹ L. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7, 1. 4 C. quae res pign. 8. 17. Geht die Forderung auf Mehr, so kann er nur so viel einziehen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist, 1. 4 C. cit.

¹² L. 18 pr. cit., 1. 13 §. 2 eod. Wenn dieß darauf zurückgeführt wird (vgl. namentlich Dernburg S. 468), daß in jeder Verpfändung der Forderung zugleich eine den Erwerb des geschuldeten Objects anticipirende Verpfändung liege, so ist zu bemerken, daß mit dieser Auffassung dem gesetzlichen Pfand-

3) Das Pfandrecht an einem Pfandrechte¹³ gibt die Befugniß, das verpfändete Pfandrecht¹⁴ statt des Pfandgläubigers,

recht nicht Genüge geleistet wird. Für das gesetzliche Pfandrecht jedenfalls wird man sagen müssen, daß dasselbe durch Rechtsjag von der Forderung auf das Recht der Forderung Geleistete erstreckt sei: und warum soll denn dieser Rechtsjag nicht auch für das vertragsmäßige und richterliche Pfandrecht gelten? — Gegen die Ansicht, daß der Pfandgläubiger an dem eingetriebenen Schulobject nur ein Retentionsrecht habe, s. Vangerow S. 927, Dernburg S. 467. — Wie ist es, wenn der Schuldner selbst die Forderung eintreibt? Es ist kein Grund vorhanden, weswegen nicht auch in diesem Falle das Eingetriebene dem Forderungspfandgläubiger verpfändet sein sollte; jedoch bildet, wenn das Eingetriebene Geld ist, die Unverfolgbarkeit des Geldes, welche regelmäßig stattfinden wird, ein Hinderniß. Vgl. Dernburg S. 468 und unten Note 16.

¹³ Das Pfandrecht am Pfandrechte, das s. g. Austerpfandrecht oder subpignus, hat eine sehr reiche Literatur. S. darüber Hepp Arch. f. civ. Pr. XIII. S. 350 fg. XV. S. 86 fg. (1830. 1833), 28 hr. das. XIV. S. 162—164 (1831), Gesterding Ausbeute von Nachforschungen IV. Abth. 1. S. 199 fg. (1832), Trotsche Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 2 fg. (1834), Büchel civiltrechtl. Erörterungen I. 3 S. 99 fg. (1839) und dazu Nachtrag in der 2. Ausg. S. 436 fg. S. 472 fg. (1839. 1847), Sentenis Pfandrechtl. Streitfragen S. 33 fg. (1835), Fuchsle Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 221 fg. (1845); ferner in den in Note 6 citirten Abhandlungen von Fuchsle, Gaupp und Buchla cap. 2 §. 3, p. 40 sqq., p. 24 sqq.; endlich Mühlensbruch Cession S. 336 fg., Vangerow I. §. 368 Num. 2, Brinz S. 323 fg., Dernburg §. 61.

¹⁴ Nach der Meinung vieler (s. Vangerow S. 928 und die dort Citirten, Brinz S. 325) ist der Gegenstand des Austerpfandrechtes nicht sowohl das Pfandrecht, als die verpfändete Sache selbst. Dafür spricht die Ausdrucksweise der Quellen (1. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, 1. 14 §. 3 D. de div. temp. praeser. 44. 3, 1. 1. 2 C. si pignus pignori 8. 24). Von der anderen Seite liegt es auf der Hand, daß der Pfandgläubiger von der Sache nicht mehr zur Sicherheit stellen kann, als er selbst hat, und da er an derselben nur ein Pfandrecht hat, so kann er an ihr eben auch nur ein Pfandrecht zur Sicherheit stellen. Insofern freilich der Austerpfandgläubiger dieses Pfandrecht statt des verpfändenden Pfandgläubigers geltend macht, macht er ein Pfandrecht an der Sache selbst geltend, und insofern kann und muß man allerdings sagen, daß er mittelbar ein Recht auch an der Sache selbst habe. — Brinz a. a. D. faßt das Verhältniß jetzt so auf, daß das Pfandrecht dem Pfandgläubiger unter Anderem auch die Macht gebe, ein Pfandrecht an der Sache zu begründen. Aber liegt das im Begriffe des Pfandrechts? Im Begriffe des Pfandrechts liegt es, daß es dem Gläubiger so viel Macht gibt, als ihm nothwendig ist, damit er Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung habe; aber es liegt nicht im Begriffe des Pfandrechts, daß es dem Gläubiger die Macht gibt, den Pfandgegenstand als Sicherungsmittel für eine Schuld zu verwenden, die er selbst hat.

welchem dasselbe zusteht, auszuüben, also statt dieses Pfandgläubigers unter den Bedingungen, unter welchen dieser selbst berechtigt ist, die verpfändete Sache abzufordern und sie zum Verkauf zu bringen¹⁵. Da aber das Pfandrecht nichts ist, als ein Mittel, zur Befriedigung der Forderung zu gelangen, welche es versichert, so darf der Austerpfandgläubiger auch ohne zur Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts zu schreiten, die Leistung aus dieser Forderung annehmen, und steht dann zu dem Geleisteten in demselben Rechtsverhältniß, wie der Forderungspfandgläubiger¹⁶.

Als Sicherungsmittel für eine Schuld, die er hat, kann der Pfandgläubiger nur sein Pfandrecht selbst verwenden, indem er nämlich die Realisirung desselben abtritt; er gibt zur Sicherheit seine Sicherheit. Brinz betont mit Rücksicht, daß der Austerpfandgläubiger kein Recht gewinnt, das Pfandrecht des Verpfänders, sondern nur ein Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen; geht denn der Begriff des Pfandrechts im weiteren Sinne im Verkaufsrechte auf? S. §. 227, und vgl. noch Arnolds §. 367 Anm. 3, Dernburg S. 476 — 478.

¹⁵ L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 1. 2 C. si pignus pign. 8. 24, l. 40 §. 2 D. de pign. act. 13. 7.

¹⁶ L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1. „Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignori loco futurum apud secundum creditorem“. Eine unendlich viel besprochenen Stelle, über deren Erklärung die Meinungen noch immer sehr auseinander gehen! Vgl. darüber Bangerow S. 929, Dernburg S. 481. Ich verstehe mit Dernburg die Leistung, von welcher im Anfang der Stelle die Rede ist, von einer Leistung an den ersten Pfandgläubiger, die utilis actio, von welcher sodann gesprochen wird, von einer utilis hypothecaria actio, endlich den Schluß der Stelle so, daß durch denselben auf die vorher aufgeworfene Frage indirect geantwortet wird, — indirect, weil der Fall ein anderer ist, von welchem der Schluß redet, indem hier nämlich Leistung an den zweiten Gläubiger angenommen wird. Der Annahme, daß auch hier Leistung an den ersten Gläubiger angenommen werde, steht der Ausdruck „creditorum secum pensaturum“ entgegen, welcher doch nicht von einer directen Befriedigung durch Empfang des Geschuldeten gebraucht werden kann (vgl. l. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7). Wie man übrigens auch über diesen Punkt denken mag, jeden-

VI. Mehrheit der Pfandrechte.

A. Rechtsverhältniß*.

§. 240.

Das Rechtsverhältniß, welches bei einer Mehrheit der Pfandrechte an demselben Gegenstand stattfindet, kann in verschiedener Weise gestaltet sein¹.

1) Jedes der Pfandrechte bezieht sich auf einen besonderen Theil des Vermögenswerthes des Pfandgegenstandes². Dabei ist noch möglich:

falls sagt die Stelle, daß der Austerpfandgläubiger an ten auf Grund der Pfandforderung eingetriebenen Sachen, welche nicht Geld sind, ein Pfandrecht habe (was das Geld angeht, so läßt unsere Erklärung sie sagen, daß der eintreibende Austerpfandgläubiger es auf seine Forderung behalten könne, die andere, daß es dem eintreibenden ersten Gläubiger bleibe, unverpfändet, nämlich wegen seiner Unverfolgbarkeit). — Hieran hat sich nun eine fernere sehr lebhafte Controverse angeknüpft, indem nämlich die angegebene Entscheidung von Vielen darauf zurückgeführt wird, daß das Pfandrecht am Pfandrecht auch die versicherte Forderung ergreife, während Andere dieselbe gar nicht, oder nur durch das Pfandrecht hindurch, soweit sie von demselben untrennbar ist, haften lassen: s. darüber Bangerow S. 928, 929, Brinz S. 325, Dernburg S. 481 fg., Puchta §. 208 g. a. E., Arnolds §. 382 a. E. Ich halte die zuletzt bezeichnete Meinung, nämlich daß die Forderung durch das Pfandrecht hindurch haften, für richtig. Weniger anzunehmen, erlaubt l. 13 §. 2 cit. nicht; aber diese Stelle gebietet auch nicht, mehr anzunehmen. Näher also so: der Austerpfandgläubiger fordert Befriedigung für die durch das verpfändete Pfandrecht versicherte Forderung; wird ihm geleistet, so ist er der rechte Empfänger, aber wird ihm nicht geleistet, so hat er kein anderes Mittel, die Leistung sich zu verschaffen, als Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts. Deswegen kann er namentlich auch nicht den Schuldner in dieser Forderung durch Denuntiation hindern, sich durch Leistung an seinen Gläubiger zu befreien, wie denn dieses Mittel in den Quellen nirgends erwähnt wird (vgl. namentlich l. 40 §. 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 §. 3 D. de div. temp. praeser. 44. 3). Wird dem ersten Pfandgläubiger geleistet, so gilt das Gleiche wie beim Forderungspfandrecht.

* v. Löhr Arch. f. civ. Pr. XIV. 7 (1831).

¹ Nicht hierher gehört der Fall der Austerverpfändung. Die beiden bei §. 240. derselben stattfindenden Pfandrechte haben nicht denselben Gegenstand. Vgl. übrigens Bangerow S. 993—995.

² Der Antheil eines Jeden kann gerabzu bezeichnet sein ($\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ etc.), oder durch das Verhältniß der Forderungen. Vgl. l. 16 §. 8 D. de pign. 20. 1.

a) die Theilung soll bloß gelten im Verhältniß der Pfandgläubiger zu einander; dann kann jeder Pfandgläubiger dritten Besitzern gegenüber als Pfandgläubiger am Ganzen auftreten.

b) Sie soll auch für das Verhältniß der Pfandgläubiger zu Dritten gelten².

2) Jedes Pfandrecht bezieht sich auf den ganzen Vermögenswerth der Sache. Auch dabei sind wieder Verschiedenheiten möglich.

a) Jedes Pfandrecht steht dem andern gleich. Während dann jeder Pfandgläubiger dritten Besitzern gegenüber in derselben rechtlichen Lage ist, als wäre er alleiniger Pfandgläubiger, entscheidet zwischen den mehreren Pfandgläubigern selbst der Besitz³.

b) Das eine Pfandrecht steht dem andern nach. Dieß ist der gewöhnliche, und bei Weitem wichtigste Fall; von ihm ist jetzt näher zu handeln.

§. 241*.

Wenn mehrere dem Range nach verschiedene Pfandrechte an dem nämlichen Pfandgegenstand stattfinden, so hat der nachstehende Pfandgläubiger Anspruch auf den Vermögenswerth der Sache nur nach dem vorgehenden, d. h. nur für den Fall der Befriedigung oder Befrettigung desselben¹. Hat der vorgehende

¹ Von den hier unter a und b bezeichneten Fällen handeln l. 10 i. l. l. 16 §. 8 D. de pign. 20. 1. Vgl. noch l. 20 §. 1 D. de pign. act. 13. 7. Unter den Fall a gehört auch, wenn der Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, vgl. l. 1. 2 C. si unus ex plur. 8. 32.

² L. 10 pr. D. de pign. 20. 1. l. 14 D. qui pot. 20. 4.

* Bachofen Nr. XVI.

§. 241. ¹ L. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1. l. 1 C. qui pot. 8. 18. — Frage: kann der nachstehende Pfandgläubiger verlangen, daß der vorgehende seine Befriedigung aus einer andern ihm verpfändeten Sache suche? Antwort: nein; es müßte denn dem vorgehenden Pfandgläubiger eine Chifane zur Last fallen, oder er müßte eine dahin gehende Verpflichtung übernommen haben. C. §. 235 Nr. 5 lit. e. und die dort Citirten. Anders, wenn es zum Concurse gekommen ist. Im Concurse hört die Willkür der einzelnen Gläubiger auf, und es wird die Masse zwischen allen vertheilt, wie es objectiv gerecht erscheint. Gerecht ist es aber nicht, daß durch die Befriedigung eines Gläubigers der Eine mehr Schaden erleide, als der Andere. (Wird der Gläubiger aus dem einen Pfandgegenstand befriedigt, so erleiden Schaden die auf denselben angewiesenen Nachpfandgläubiger; wird er aus dem andern befriedigt, so erleiden Schaden die

Pfandgläubiger verkauft, so hat der nachstehende kein anderes Recht, als von demselben Herausgabe dessen zu verlangen, was er über den Betrag seiner Forderung hinaus erlöst hat². Deswegen ist aber das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers nicht weniger ein sofort existirendes³, und nicht weniger ein

Chirographargläubiger, bez., wenn auch dieser Gegenstand weiter verpfändet ist, wie auf ihn angewiesenen Nachpfandgläubiger.) Der vorgehende Pfandgläubiger wird daher aus jedem einzelnen der mehreren Pfänder, welche ihm zustehen, nach Verhältniß des Werthes derselben befriedigt (nach einer andern Meinung aus jedem zu gleichen Theilen, so jedoch, daß ihm, was das eine Pfand von der auf dasselbe fallenden Hälfte nicht zu leisten vermag, aus dem andern zugelegt wird). Dabei ist aber zu bemerken: wenn dem Doppelpfandgläubiger andere Pfandgläubiger vorgehen, so ist in Anschlag zu bringen nicht der ganze Werth der Pfandsache, sondern dasjenige, was von demselben auf den Doppelpfandgläubiger nach Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger fällt; es ist aber andererseits der auf ihn fallende Werthbetrag ganz in Anschlag zu bringen, und nicht etwa, wenn derselbe seine Forderung übersteigt, nur bis zum Belange seiner Forderung. Den letzteren Fehler machte Guyet (Arch. f. civ. Pr. XVII. 14), welchem übrigens das Verdienst gebührt, diese practisch wichtige Frage zuerst angeregt zu haben (1835). Seitdem hat dieselbe eine ganze Literatur erhalten; s. Arnold pract. Erörterungen Nr. 9 (1845), de Fontenay Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 6 (1854), S. Dürschmidt zur Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte, mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung (Augsburg 1856), Simon Arch. f. civ. Pr. XXI. 12 (1858), Brackenhöft das. XLIII. 11 (1860); Sintonis Pfandr. S. 472—481, Raugerow S. 1015, Seuffert Pandekten. 4. Aufl. §. 203 Note 13, und die Ausführung in Seuff. Arch. VIII. 107.

² L. 12 §. 5 D. qui pot. 20. 4. Bachofen S. 491—493. — Da, wenn der vorgehende Pfandgläubiger zur Perception gelangt, der nachstehende nur den Ueberschuß erhält, so liegt es nahe, die Verpfändung sogleich auf diesen Ueberschuß zu stellen; deswegen aber geht der Verpfändungswille nicht weniger auf die Verpfändung des ganzen Werths an zweiter Stelle: L. 96 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 20 D. qui pot. 20. 4, l. 15 §. 2 D. de pign. 20. 1.

³ Man hat wohl das Gegentheil angenommen, und dem nachstehenden Pfandgläubiger nur ein bedingtes Pfandrecht zugeschrieben, wegen der Stellen (l. 9 §. 3 D. qui pot. 20. 4, l. 22 C. de pign. 8. 14, l. 1 C. qui pot. 8. 18), in welchen es heißt, daß durch Befriedigung des ersten Pfandgläubigers das Pfandrecht des nachstehenden „confirmatur“. Aber dieser Ausdruck will nichts sagen, als daß erst durch Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers das nachstehende Pfandrecht zu ungeschmälerter Wirksamkeit gelange. Was l. 12 §. 9 D. eod. angeht: „et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat“, so bekommen diese Worte ihren wahren Sinn durch den Zusammenhang der Stelle. Darnach wollen sie nur

volles Pfandrecht. Dasselbe gewährt alle Befugnisse, welche in dem Pfandrechte enthalten sind, und findet seine Grenze eben nur in dem besseren Recht des vorgehenden Pfandgläubigers. So kann der nachstehende Pfandgläubiger die Sache von jedem Dritten abfordern, und unterliegt nur im Streit mit dem vorgehenden⁴. Er kann ferner verkaufen; freilich ohne bleibende Wirkung, da der vorgehende Pfandgläubiger dem Käufer die Pfandsache wieder nimmt⁵. Da er in dieser Weise im Resultate doch nur erhält, was durch den Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers mehr, als dessen Forderung beträgt, erlöst wird, so ist es für ihn von großem Werth, daß er in der Ausbezahlung des vorgehenden ein Mittel besitzt, durch dessen Anwendung er sich selbst an dessen Stelle setzen und sich so die Möglichkeit verschaffen kann, den Verkauf in einer seinen Interessen entsprechenden Weise vorzunehmen. Das Nähere hierüber ist bereits oben (§. 233^b Nr. 4) vorgetragen worden.

sagen, daß der zweite Pfandgläubiger kein anderes Mittel, als das bezeichnete, habe, um zu verhindern, daß der dritte Pfandgläubiger sich an die Stelle des ersten setze. Vgl. Wangerow §. 388 Anm., Bachofen S. 487.

⁴ L. 12 pr. §. 7 D. qui pot. 20. 4.

⁵ In diesem Sinne heißt es von dem nachstehenden Pfandgläubiger „ullo iure vendidit“, L. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (vgl. l. 5 pr. sod.), und daß er erst durch die Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers die „distrahendi potestas“ erlange (l. 8 C. qui pot. 8. 17). Wenn diese Stellen in keiner Weise gegen das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers beweisen, so liegt der positive Beweis für dasselbe in der ganzen Construction des nachstehenden Pfandrechts als eines in sich vollkommenen, und nur dem vorgehenden Pfandrecht weichenen Rechtes. Nicht zutreffend ist die Berufung auf l. 15 §. 5 D. de re iud. 42. 1, welche nur von dem richterlichen Executionspfand handelt. Für das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers haben sich ausgesprochen Dopp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. III. 12 (1830) und Arch. f. civ. Pr. XV. 17 (1832, das. S. 363 auch eine Uebersicht der älteren Literatur), Bachofen S. 485—490; gegen dasselbe v. Bhr Arch. f. civ. Pr. XIV. S. 170 fg. (1831), Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 122 fg. und Handb. S. 663 fg., Friß Erläuterungen I. S. 591 fg., Wangerow S. 1010. Ein Verkaufsrecht nach modernem Hypothekenrecht nimmt an Simon Arch. f. civ. Pr. XXI. S. 50—53. — Eine andere Frage ist es übrigens, ob der nachstehende Pfandgläubiger unter allen Umständen verkaufen darf. In dieser Beziehung ist zu beachten, daß in dem Verlaufe einer beweglichen Sache eine Verbringung der Sache liegen kann, welche unter die Kategorien des dolus und des furtum fällt. L. 1 D. de distr. pign. 20. 5.

B. Rang der Pfandrechte*.

1. Zeitverhältniß**.

§. 242.

Der Rang der mehreren an dem gleichen Gegenstand stattfindenden Pfandrechte bestimmt sich der Regel nach durch ihr Zeitverhältniß¹. Ausnahmen von dieser Regel werden durch den Vorzug der öffentlichen und der privilegierten Pfandrechte begründet (§. 245. 246). —

Das den Rang der Pfandrechte bestimmende Zeitverhältniß² ist nicht nothwendig das ihrer Entstehung³. Ein Pfandrecht hat

(Ein furtum hindert denjenigen, welcher es begehrt, Eigenthum zu erwerben, aber nicht, Eigenthum zu übertragen, vgl. §. 235 Note 5.)

* Dig. 20. 4 qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. 8. 18 qui potiores in pignore habeantur.

** Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat (1827). Derf. Arch. f. civ. Pr. X. 12 (1827). Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859), und dazu Fitting krit. Vierteljahrsschr. I. S. 71 fg.

¹ L. 4 C. h. t.: — „sicut prior es tempore, ita potior es iure“. L. 2 cod. §. 242. — „cum de pignore utraque pars contendit, praevalet iure, qui praevenerit tempore“. Bei der Bestimmung des Zeitverhältnisses wird der Tag als untheilbares Ganze gerechnet. L. 16 §. 8 D. h. t. Harmonopulos Prompt. III. 5 §. 36: — „αι ώραι αι προλαμβάνουσαι και ύστεργίζουσαι ου ποιοῦσι τινι αὐτῶν προσημαί“. Vgl. Arnbs §. 383 Anm. a. G., Regelsberger §. 35 Note c.

² Das Folgende gilt nur unter der Voraussetzung, daß nicht das Hypothekenbuchsystem particularrechtlich eingeführt ist. Wo dieß der Fall ist, hat kein Pfandrecht Rang von einer früheren Zeit, als der seiner Eintragung. Nicht so unbedingt ist auch der positive Satz wahr, daß jedes Pfandrecht Rang von der Zeit seiner Eintragung habe; wie z. B. wenn ein Pfandrecht für ein künftige zu nehmendes Darlehn eingetragen wird (Note 6). Gewöhnlich wird dieses Letztere nicht beachtet. Vgl. Regelsberger §. 40—43 und das Urtheil bei Senff. VI. 318.

³ Dieß ist die herrschende Meinung. Gegen dieselbe ist die genannte Schrift von Regelsberger gerichtet, deren Grundfassung auch von Fitting a. a. O. gebilligt worden ist (gegen dieselbe: Dernburg S. 518 Anm. 2, Sintenis I. §. 74 Note 1). S. außerdem Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 20, Scheurl krit. Ueberschau V. S. 31, Brinz S. 342.

Rang ganz gewiß von der Zeit, wo es existent geworden ist; aber es kann auch sehr wohl Rang von einer Zeit haben, wo es noch nicht existent war. Dieses Letztere ist dann der Fall, wenn vor der Entstehung des Pfandrechts bereits der Grund zu demselben in einer den Schuldner (den Eigenthümer der Pfandsache) bindenden Weise gelegt war. Im Einzelnen gehören hierher folgende Sätze.

1) Das unter einer Bedingung oder Befristung bestellte Pfandrecht datirt von der Zeit der Bestellung ⁴.

2) Ebenso das für eine bedingte oder befristete Forderung bestellte ⁵.

⁴ Denn in beiden Fällen ist der Verpfänder gebunden, d. h. er hat nicht mehr die Macht, das in Aussicht gestellte Pfandrecht nicht entstehen zu machen, oder anders entstehen zu machen, als wie er es in Aussicht gestellt hat, d. h. als Pfandrecht an einer mit den später entstandenen Pfandrechten noch nicht belasteten Sache. S. §. 89 Note 3. 4, §. 96 Note 5 a. C. Daß das unter einer Befristung bestellte Pfandrecht später bestellten Pfandrechten vorgeht, sagt ausdrücklich I. 12 §. 2 D. h. t. — Die herrschende Meinung erklärt diese Sätze, was die bedingte Verpfändung angeht, aus der Rücksicht auf die Bedingung (§. 91, so auch Regelsberger S. 118), was die befristete angeht, daraus, daß das unter einer Befristung verliehene Recht an und für sich sofort existirt (§. 96). Demgemäß muß sie auch in Betreff der befristeten Verpfändung die, ganz gewiß unrichtige, Ausnahme hinzufügen, daß die Zeit der Bestellung dann nicht entscheidend sei, wenn die Parteien wirklich Existenz des Pfandrechts erst von der bezeichneten Zeit an gewollt hätten (s. namentlich Ousey'sche Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 173, so auch Regelsberger S. 119).

⁵ L. 9 pr. §. 1. 2 l. 11 §. 1 l. 18 D. h. t. Die Verpfändung bindet in demselben Maße, wie die Forderung, für welche sie gemacht wird. L. 9 pr. D. cit.: „Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Julias eundem Erotum alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem potentem Erotum locatorem praetor tueri deberet, respondit: debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorum eius causam habendam“. Auch hier hilft sich die herrschende Meinung mit der Rücksicht auf die erfüllte Bedingung (wobei sie übrigens mit I. 9 §. 2 D. h. t. in einen bösen Conflict kommt, indem nämlich ziemlich allgemein angenommen wird, daß bei bedingten Vermächtnissen die Rücksicht wegfaße, vgl. Regelsberger S. 18. 19 und Scheurl krit. Vierteljahrsschr. II. S. 501), und mit dem Satze, daß die Befristung nur die Geltendmachung, nicht die Existenz des Rechtes aufschiebe. So auch Regels-

3) Dagegen datirt das für eine bloß künftige Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent geworden ist ⁶, wenn nicht ausnahmsweise die Absicht der Parteien dahin ging, daß eine sofortige Pfandgebundenheit eintreten solle. Dieses Letztere ist namentlich dann ⁶ anzunehmen, wenn der künftige Gläubiger genöthigt werden konnte ⁷, sich durch eine Aufopferung von seiner Seite zum Gläubiger zu machen. ⁸

4) Wenn bei der Verpfändung der Gegenstand des Pfand-

berger §. 16. 20. Dernburg (§. 69) nimmt für die bedingte Forderung Existenz des Pfandrechts vor der Forderung an; vgl. darüber jedoch §. 225 Note 7. — Der Schuldner ist deswegen nicht weniger gebunden, weil er durch eine Willenserklärung dem wirklichen Existenzwerden der Verbindlichkeit entgegen kann, wie z. B. bei dem auf Rückbügung gestellten Mietvertrag, beim Mandat (vgl. §. 225 Note 6 und Regelsberger §. 9. 10). Dagegen ist, wenn die Bedingung der Forderung auf den nackten Willen des zu Verpfändenden gestellt ist, eine obligatorische Gebundenheit gar nicht vorhanden, und demgemäß auch keine Pfandgebundenheit (§. 93). Von diesem Falle ist zu verstehen I. 9 §. 1 h. t. (§. 89 Note 15).

⁶ Ueber den Begriff der bloß zukünftigen Forderung, der zukünftigen Forderung im technischen Sinn, im Gegensatz zu der bedingten und befristeten, s. §. 225 Note 6. Es wird darunter verstanden eine Forderung, zu der auch nicht einmal der Grund gelegt ist, so daß der Schuldner noch vollkommen ungebunden ist, von welcher Art z. B. die Forderung aus einem verabredeten Darlehn ist. Eben deswegen, weil hier keine obligatorische Gebundenheit stattfindet, wird auch durch die Verpfändung keine Gebundenheit erzeugt, und datirt daher das für eine solche Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit an, wo die Forderung wirklich existent wird, nicht von der Zeit der Bestellung. L. 11 pr. l. 1 §. 1 D. h. t., l. 4 D. quos ros pign. 20. 4 (vgl. l. 30 D. de R. C. 12. 1). Regelsberger §. 12, Dernburg S. 528—530, Scuff. Arch. I. 410. — Ich habe früher angenommen, daß die Entscheidung der genannten Stellen ohne inneren Grund sei (Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 56—58). Diese Meinung beruht auf einer irrigen Auffassung des Verhältnisses des Pfandrechts zu seiner Forderung, auf der Annahme, daß die Forderung etwas zu dem Pfandrecht äußerlich Hinzutretendes sei, während es etwas durch seinen Begriff Gefordertes ist. Vgl. §. 89 Note 15, §. 225 Note 7.

⁷ Beispiele: Jemand verpflichtet sich, einem Andern ein Darlehn, oder Darlehn bis zu einer gewissen Summe, zu geben (Creditvertrag); Jemand verbürgt sich für die von einem Andern zu contrahirenden Schulden. Vgl. Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 61.

⁸ Von welcher Zeit an das Pfandrecht für eine zukünftige Forderung in dem im Text genannten Fall zu datiren sei, ist eine höchst bedenkliche Frage. Vgl., auch was die frühere Literatur angeht, Bangerow I. §. 372 Anm. 3, Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. 3 (1852);

rechts noch nicht sogleich bezeichnet wird, so ist auch das an und für sich kein Hinderniß, daß nicht das durch die hinterherige Bezeichnung des Gegenstandes wirklich entstehende Pfandrecht von der Zeit der Verpfändung datirt werde. Anders nur, wenn der Verpfänder die Bezeichnung des Gegenstandes sich selbst in dem Sinne vorbehalten hat, um sich einstweilen in Betreff seiner Sachen noch freie Hand zu wahren⁹.

aus der neueren Zeit Arndts §. 384 Note 5, Regelsberger §. 13—14 und dazu Fitting a. a. O. S. 84, 85, Dernburg S. 530—537 und dazu Scheurl krit. Vierteljahrsh. II. S. 503—504. Diese neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Fitting und Scheurl, für die im Text behauptete Ausnahme erklärt, Arndts und Regelsberger mit Berufung auf die Billigkeit, Dernburg nach seiner Auffassung von der Möglichkeit des Bestehens eines Pfandrechts vor der Forderung (§. 225 Note 7), indem er näher auszuführen sucht, daß eben mit Rücksicht auf die Gebundenheit des zukünftigen Gläubigers die sofortige Existenz des Pfandrechts als präsumtio gewollt anzunehmen sei. Ich glaube, daß in dieser Dernburg'schen Auffassung ein wahrer Kern liegt, welchen ich ausdrücke, wie im Texte geschehen, und demgemäß nehme ich die früher von mir vertretene Meinung zurück. Es ist zwar vollkommen wahr, daß die Verpfändung für eine zukünftige Forderung keine Verpfändung unter einer Bedingung ist, sondern die Verleihung einer Macht, welche die zukünftige Forderung zur begriffsmäßigen Voraussetzung hat, und daß daher im Zweifel angenommen werden muß, daß der Verpfänder sich durch die Verleihung dieser Macht in keiner andern Weise habe binden wollen, als er obligatorisch gebunden war. Aber wenn nachweislich seine Intention wirklich darauf ging, sich durch die Verpfändung sogleich zu binden? Soll man in diesem Falle seinem Willen alle Wirkung versagen, oder ihm nur obligatorische Wirkung beilegen? Das Erstere wird Niemand wollen; das Letztere ist die eigentliche Frage. Ich sehe nun in der That keinen Grund, dieselbe zu verneinen; wenn die Willenserklärung bindet (und bei der Verleihung eines dinglichen Rechtes dinglich bindet), welche ihre Wirkung abhängig macht von einem äußerlichen Umstande: warum soll nicht auch diejenige in gleicher Weise zu binden im Stande sein, welche ihre Wirkung abhängig macht von einem innerlichen, d. h. aus dem Begriffe des hervorbringenden Rechtsverhältnisses sich von selbst als notwendig ergebenden Umstande? Bejaht man aber die bezeichnete Frage, so hat man Friede mit l. 1 pr. D. h. t. einer Stelle, gegen welche die entgegengesetzte Ansicht nur Nothbehelfe hat (s. darüber Windscheid a. a. O. S. 69 fg., Regelsberger S. 39, 40, Dernburg S. 531—533), und Hilfe für die armen Credit-hypotheken, welche nun schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Vorranges suchen (Windscheid S. 61 fg., Dernburg §. 71, Eubemann Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 210—212, Seuff. Arch. XIII. 113, 238). S. noch Seuff. Arch. XIII. 132.

⁹ In diesem Sinne ist zu verstehen l. 11 §. 2 D. h. t. „Si colonus

5) Pfandrechte, welche an einer Sache bestellt werden, die gegenwärtig noch nicht im Eigenthum des Verpfänders steht, oder gegenwärtig noch gar nicht existirt, rangiren unter sich nicht von der Zeit an, wo sie durch den Erwerb oder die Entstehung der Sache zur Existenz gelangt sind, so daß sie sich gleich ständen, sondern von der Zeit der Bestellung an, so daß das früher bestellte dem später bestellten vorgeht¹⁰.

convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventionione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est; quod posterioris factum est". Anders also nicht bloß dann, wenn die Bezeichnung der Sache, an welcher das Pfandrecht entstehen soll, dem Willen des Verpfänders ganz entzogen ist, sondern auch dann, wenn trotz der Freiheit, welche derselbe sich vorbehalten hat, seine Intention darauf ging, daß er in Betreff seiner sämtlichen möglicherweise zu bezeichnenden Sachen sofort gebunden sein wolle. Vgl. Regelsberger §. 27, Dernburg S. 193, 194; ungenügend Windscheid Arch. f. civ. Pr. XXXV. S. 55. Unrichtig ist es, wie allgemein geschieht, die Verpfändung der inducta et illata als Verpfändung unter einer Bedingung zu fassen; der zukünftige Umstand, auf welchen hier die Willenserklärung gestellt ist, entbindet nicht die derselben an und für sich zukommende Wirkung, sondern gibt ihr erst einen Gegenstand.

¹⁰ Das römische Recht nimmt an, daß auch durch eine solche Verpfändung eine sofortige Gebundenheit des Verpfänders eintrete. Freilich ist der hier aufgestellte Satz äußerst bestritten, und namentlich in seiner Anwendung auf die f. g. Generalhypothek, d. h. die Verpfändung des gesamten künftigen Erwerbes (wo der hier betrachtete Fall sich mit dem Falle unter Nr. 4 mischt) bildet er noch immer den Gegenstand der lebhaftesten theoretischen Controverse, während die Praxis von jeher an dem Vorzug des früher bestellten Pfandrechts festgehalten hat (vgl. Regelsberger §. 22 Note a und Seuff. Arch. XI. 19). Für mich ist entscheidend Folgendes. Pfandrechte, welche Jemand an einer fremden Sache ohne Hinweis auf sein Eigenthum, also als an einer eigenen, bestellt, rangiren nach l. 9 §. 3 D. h. t. (vgl. auch l. 14 eod.) unbezweifelbar nach der Zeit ihrer Bestellung. Eine solche Pfandbestellung nun ist ungültig, und coalescirt selbst durch den späteren Eigenthumserwerb des Verpfänders nicht geradezu, sondern nur auf einem Umwege (§. 230 Note 8): wenn dennoch Pfandgebundenheit angewonnen wird, darf sie geleugnet werden bei einer Verpfändung, welche mit Hinweis auf den künftigen Erwerb der verpfändeten Sache, also gültig, gemacht wird? Diesem Argumente gegenüber muß sich, wie mir scheint, beugen sowohl l. 7 §. 1 D. h. t., wo die Annahme gleichzeitiger Verpfändung immer möglich bleibt, als l. 28 D. de I. F. 49, 14, welche für die entgegengesetzte Meinung doch nur indirect beweist, und überdies in ihrer Lesart bestritten ist. Kein Argument für die hier vertretene Meinung Windscheid, Pandekten. I. Buchstg.

§. 243.

Der im Vorstehenden entwickelte Grundsatz gilt in gleicher Weise, wie für vertragsmäßig bestellte, auch für letztwillig hinterlassene und richterliche Pfandrechte. Es ist aber in Beziehung auf diese beiden letzteren Klassen der Pfandrechte noch näher anzugeben, welche Thatsachen die der vertragsmäßigen Bestellung entsprechenden, also den Grund für das Pfandrecht legenden, sind. Bei dem letztwillig hinterlassenen Pfandrecht kommt die Grund legende Willenserklärung zur Vollendung durch den Tod des Erblassers¹.

iefert meiner Ansicht nach 1. 21 pr. D. h. t., welche Fitting für die eigentliche Beweisstelle hält, kein entscheidendes 1. 3 §. 1 eod., in welcher Dernburg ein „völlig bestimmtes Zeugniß“ sieht, — dagegen ein nicht leicht zu beizutragendes 1. 7 pr. C. h. t. und 1. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9. Ueber die Literatur s. die Nachweisungen bei Glüd XVIII. S. 214 fg., Schmidt (von Dresden) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. VIII. S. 368, Vangerow I. 2. 932. 933, Arndts. §. 384 Note 6, Regelsberger §. 22, und außerdem Regelsberger selbst §. 22—34 und dazu Fitting Rec. S. 87—92, Dernburg §. 29. 30 und dazu Schenrl Rec. S. 450—452. Diese zuletzt genannten neueren Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Schenrl, sämtlich für die hier verteidigte Meinung erklärt; für dieselbe sind auch Brinz S. 299 fg., Arndts a. a. D., gegen dieselbe Puchta §. 210 g. (Vorles. I. Witt. XIX.), Vangerow §. 369 Num. 1, Zintenis §. 74 Note 12. — Was die 1. 7 §. 1 D. h. t. angeht, so hat Schmidt (von Dresden) a. a. D. nach zuweisen gesucht, daß diese Stelle nicht nur nicht gegen die hier verteidigte Meinung spreche, sondern sogar für dieselbe sei; er hat damit Brinz und Regelsberger überzeugt, und auf Vangerow wenigstens Eindruck gemacht. So weit ich sehe, beruht die Schmidt'sche Argumentation ganz auf der Annahme, daß im pr. der Stelle unter 'antiquior creditor' ein Gläubiger verstanden werde, dessen Pfandrecht zuerst entstanden sei, während doch dieser Ausdruck hier, wie sonst, denjenigen bezeichnet, dem zuerst verpfändet worden ist. Auch in der Wendung, welche Regelsberger dem Schmidt'schen Argument gegeben hat, halte ich dasselbe für in keiner Weise entscheidend. Gegen Schmidt s. Herrmann Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. IX. 13. Eine andere besondere Meinung über 1. 7 §. 1 cit. bei Fitting a. a. D. S. 88—90.

§. 243. 1 Das letztwillig hinterlassene Pfandrecht entsteht erst mit dem Antritt der Erbschaft. Regelsberger S. 111, Dernburg S. 289. 299. Uebrigens ist es hier practisch gleichgültig, ob man das Pfandrecht von seiner Grundlegung datirt, oder von seiner Entstehung. Denn die Frage kann nur die sein, wie sich das Pfandrecht zu den von dem Erben an der Erbschafts Sache im Voraus eingeräumten Pfandrechten verhält, und diesen geht es jedenfalls und ganz

für das von dem Richter im Theilungsproceß zuerkannte Pfandrecht ist die Grund legende Thatsache das rechtskräftig gewordene Theilungsurtheil², für das Executionspfandrecht die Pfändung³, für das auf der Besitzeinweisung beruhende Pfandrecht die wirkliche Erlangung des Besitzes⁴. Werden jedoch mehrere Perionen aus dem nämlichen Grunde eingewiesen, so begründet die frühere Erlangung des Besitzes zwischen ihnen keinen Vorzug⁵.

§. 244.

Auch für das Datum der gesetzlichen Pfandrechte ist der in §. 242 angegebene Grundsatz maßgebend. Dieselben datiren nicht erst von der Zeit, wo die mit dem Pfandrechte versehene Forderung wirklich existent geworden ist, sondern bereits von der Zeit an, wo zu derselben in einer den Schuldner bindenden Weise der Grund gelegt worden ist¹, und insofern ihnen Sachen unterliegen, welche zur Zeit der Begründung der Forderung

unabhängig von seinem Datum vor, da der Erbe die Sache nur als pfandbeschwerte erwirbt. Vgl. Regelsberger S. 111, Dernburg S. 289—291, Schenrl Rec. S. 456.

² Das rechtskräftig gewordene Theilungsurtheil; — aber das Pfandrecht datirt nicht, wie Regelsberger S. 109 sagt, von der Zeit an, wo das Urtheil rechtskräftig geworden ist. Wird das Urtheil in der höheren Instanz bestätigt, oder läßt die Prozeßparthei die Frist zur Einlegung von Rechtsmitteln verstreichen, so gehen nicht etwa die in der Zwischenzeit bestellten Pfandrechte dem durch das Theilungsurtheil verliehenen vor.

³ L. 10 D. h. t. Vgl. Senff. Arch. VIII. 20.

⁴ L. 26 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, l. 3 C. ut in poss. leg. 6. 54, l. 2 C. h. t.

⁵ L. 12 pr. D. de rob. auct. iud. poss. 42. 5, l. 5 §. 2. 3 D. ut in poss. leg. 36. 4, l. 15 §. 15. 18 D. de damnio inf. 39. 2, l. 1 §. 16 D. de ventro 37. 9. Dernburg S. 409. 410, Regelsberger §. 35 Note 6.

¹ So datirt namentlich das Pfandrecht am Vermögen des Vormundes nicht erst von der Zeit, wo nach Beendigung der Vormundschaft das Mündelvermögen herausgegeben werden muß, und nicht erst von der Zeit, wo durch die Schuld des Vormundes eine Benachtheiligung des Mündels eingetreten ist, sondern sogleich von der Zeit der übertragenen Vormundschaft. Ebenso bei den andern gesetzlichen Pfandrechten, welche bestimmt sind, den Inhaber eines Vermögens gegen den Verwalter desselben zu schützen. L. 6 §. 4 C. de bon. quas lib. 6. 61, l. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14. Du Roché Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 157—159, Vangerow S. 960, Dernburg S. 371. 372.

noch nicht im Eigenthume des Schuldners standen, nicht erst von der Zeit, wo der Schuldner diese Sachen erworben hat, sondern auch in Betreff ihrer sogleich von der Zeit der Begründung der Forderung². Im Einzelnen ist hier noch Folgendes zu bemerken.

1) Das Pfandrecht des Vermiethers an dem in das vermietete Grundstück vom Miether Eingebrachten datirt erst von der Zeit der Einbringung. Der Sinn der gesetzlichen Vorschrift, auf welcher dieses Pfandrecht beruht, ist nicht der, daß der Schuldner in Betreff der noch nicht eingebrachten Sachen irgendwo gebunden sein solle³.

2) Das Pfandrecht des Vermächtnisnehmers datirt von der Zeit des Todes des Erblassers. Durch den Tod des Erblassers kommt die Vermächtnisverfügung in der Weise zur Vollendung, daß der Beschwerte durch sie gebunden ist⁴.

3) Das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen datirt von der Zeit, wo die Steuern fällig geworden sind. Jede Steuerforderung ist eine selbständige Forderung, nicht Ausfluß eines einigen zu Grunde liegenden Verhältnisses⁵.

4) Das Pfandrecht der Kinder am Vermögen der Aeltern

² L. 6 §. 2 C. de sec. nupt. 5. 9; vgl. l. 6 §. 4 C. de bon. quae lib. 6. 61, l. 11 C. de pact. conv. 5. 14, Nov. 109. c. 1. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 207—216, Regelsberger S. 96. 97, Dernburg S. 250. 251. Das Gesagte gilt auch von dem Pfandrechte des Verpächters an den künftigen auf dem verpachteten Grundstück zu ziehenden Früchten; dasselbe datirt von der Zeit des abgeschlossenen Pachtvertrages (a. M. Vangerow S. 969 unt., Dernburg S. 309 unt.). Es gilt ferner für das Pfandrecht desjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Geld dargeliehen hat; dasselbe erhält sein Datum sogleich durch den Darlehensvertrag, nicht erst durch die Wiederherstellung des Gebäudes. Madai Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. S. 123 fg., Dernburg S. 320; a. M. Vangerow S. 970.

³ Dieß geht mit Bestimmtheit daraus hervor, daß auch die ausdrückliche Verpfändung des Eingebrachten nicht anders ausgelegt wird (§. 242 Note 9). Vangerow S. 968, Dernburg S. 304.

⁴ Andere Meinungen: 1) das Pfandrecht datirt vom dies cedens; Vangerow S. 970 und die dort Citirten; 2) es datirt von der Zeit des Erbschaftsantrittes; Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 152, Regelsberger S. 38, Dernburg S. 332.

⁵ Die Frage ist sehr bestritten: Andere sehen auf die Zeit der Aufertigung, oder der Repartierung, oder unterscheiden zwischen Personal- und Realsteuern. S. Pfeiffer pract. Ausführ. VIII. S. 32 fg., Vangerow S. 958, Dernburg S. 361.

wegen des ihnen in Folge der zweiten Ehe eines ihrer Aeltern anfallenden Ehegewinnes datirt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht erst von der Zeit, wo der Ehegewinn den Kindern angefallen, sondern bereits von der Zeit, wo er von den Aeltern erworben ist⁶.

5) Das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos datirt, wenn die Dos vor Eingehung der Ehe bestellt worden ist; nicht schon von der Bestellung der Dos, sondern erst von der Zeit der Eingehung der Ehe. Vorher war eine Dotalsforderung noch gar nicht vorhanden⁷.

2. Vorzug des öffentlichen Pfandrechts.

§. 245.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird zuerst dadurch begründet¹, daß jenes durch eine öffentliche Urkunde oder eine Privaturkunde, welche von drei unbescholtenen Zeugen unterschrieben ist², dieses nur durch eine einfache Privaturkunde dargethan werden kann³. Dieß gilt nicht bloß für vertragsmäßige, sondern auch für alle anderen Arten von Pfandrechten⁴.

⁶ L. 6 §. 2 l. 8 §. 4 C. de sec. nupt. 5. 9. Vgl. Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 159 Note 1, Regelsberger §. 10 Note 6.

⁷ A. M. Vangerow S. 963, Dernburg S. 391.

¹ Nach einem Gesetze von R. Leo aus dem Jahre 469, l. 11 C. h. t. s. 245. Dieses Gesetz hat Veranlassung zu einer ganzen Reihe von Controversen gegeben; s. das Folgende.

² Durch ein instrumentum publicum oder (nach neuerem Sprachgebrauch) durch ein instrumentum quasi publicum. Auf Grund dieser Ausdrücke sagt man auch: pignus publicum und quasi publicum.

³ Wie wenn andere Beweismittel für dasselbe vorliegen? Geht auch dann das öffentliche Pfandrecht vor? Das Gesetz sagt dieß nicht. Es bestimmt überhaupt nicht sowohl über die Bedeutung der durch eine öffentliche Urkunde bewiesenen Pfandrechte, als vielmehr über die Bedeutung der durch eine Privaturkunde bewiesenen. Uebereinstimmend Gesterding Ausgabe S. 455, Friß Erläuterungen I. S. 519. 520; a. M. Pöhr Arch. f. civ. Pr. S. 163—166.

⁴ Weber der Wortlaut des Gesetzes nöthigt zu der erwähnten Beschränkung, noch führt darauf sein Grund, wie man denselben auch fassen mag (Note 6). Für die hier vertretene Meinung namentlich Pöhr Arch. f. civ. Pr. VI. S. 158—160 und XII. 9, Friß Erläuterungen I. S. 521—523;

Dagegen wird durch den aufgestellten Satz der Vorzug des privilegirten Pfandrechts vor dem nicht privilegirten nicht berührt, und nur da macht er sich wieder geltend, wo bei mehreren gleich privilegirten Pfandrechten auf das Zeitverhältniß zurückgegriffen werden muß⁶.

3. Pfandprivilegien.

§. 246.

Ein Vorzug des jüngeren Pfandrechts vor dem älteren wird ferner begründet durch die gewissen Pfandrechten ertheilten gesetzlichen Vorzugsrechte. Ein solches Vorzugsrecht hat

gegen dieselbe Francke Beiträge I. S. 106 fg., Sintonis pfandrechtl. Streitfragen S. 112 fg., Pfandr. S. 272 fg., System S. 80 Note 25, Paimberger Arch. f. civ. Pr. XXI. S. 235 fg., Fuchta Vorles. I. S. 442, Brinz S. 344.

⁵ Das Gesetz Ver's will nur über den Rang bestimmen, welchen die Pfandrechte kraft ihres Zeitverhältnisses in Anspruch nehmen können, nicht über den Rang, welcher ihnen abgesehen von allem Zeitverhältniß zukommt; Thibaut civ. Abhandl. S. 125—127, Frig Erläuterungen I. S. 518, Vangerow S. 1007. A. M. noch in der neueren Zeit Fuchta Pand. S. 212 b. und Vorl. dazu, Brinz S. 344.

⁶ Abgesehen von den im Vorstehenden erwähnten einzelnen Fragen ist nun noch Streit über die Grundauffassung des Gesetzes. Die herrschende Meinung steht in demselben eine positive Bevorzugung des unzweifelhaften Beweises; nach Andern aber soll dasselbe nur eine Anwendung des Satzes enthalten, daß die disponirende Privaturkunde zwar ihren Inhalt gegen Dritte beweise, aber nicht ihr Datum, und neu in demselben nur die Vorschrift sein, daß das f. g. instrumentum quasi publicum gleiche Kraft habe, wie das publicum. Der neueste Vertreter dieser letzteren Ansicht ist Vangerow S. 387 Anm.; gegen dieselbe haben sich erklärt namentlich Pöhr Arch. f. civ. Pr. VI. S. 150—158, Gesterding Ausbeute II. S. 443 fg., Sintonis pfandrechtl. Streitfragen S. 110—112, Pfandr. S. 270—272, System I. S. 80 Note 23. Die Frage wird schwer mit Sicherheit zu erledigen sein. Entschreibet man aber die in Note 3 bezeichnete Streitfrage, wie dort geschieht, so kann sie auf sich beruhen bleiben. Denn die practischen Consequenzen, welche sich aus der von Vangerow vertretenen Ansicht ergeben, sind: 1) daß der Vorrang des öffentlichen Pfandrechts auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, gebrochen werden kann; 2) daß auch durch andere Beweismittel, als öffentliche Urkunden, ein Vorrang vor dem nur durch eine Privaturkunde bewiesenen Pfandrecht begründet werden kann. Das Erste ist in Note 3 aus andern Gründen angenommen worden; das Zweite wird man annehmen müssen, auch wenn man die Van-

1) das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Steuern¹ und Contractsforderungen, wegen der letzteren jedoch nur in Betreff des vom Schuldner später erworbenen Vermögens²;

2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen der Dos³. Dieses Vorzugsrecht erstreckt sich auf die Descendenten der Frau, nicht aber auf die übrigen Personen, an welche die Dotalforderung fallen kann⁴. Wegen der späteren Vermehrung der Dos findet es nur Statt, wenn diese Vermehrung in Grundstücken besteht⁵.

3) Ein Vorzugsrecht hat ferner das Pfandrecht, welches Jemandem an einer Sache wegen einer Aufwendung zusteht, welche er für die Verschaffung, Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache gemacht hat⁶.

gerow'sche Grundauffassung des Gesetzes nicht theilt. Denn der Satz, daß Privaturkunden, wenn gleich ihren Inhalt (die Disposition), doch nicht ihr Datum (in Betreff dessen sie nur ein Zeugniß enthalten) gegen Dritte beweisen, läßt sich nicht bestreiten. S. Geran Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. S. 94 fg., Wehll Civilpr. S. 138.

¹ L. 1 C. si propter publ. pons. 4. 46. Dieses Privilegium wird be-
zweifelt von Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV. S. 384 fg., welcher in der angeführten Stelle nur einen Vorzug der Zeit anerkannt findet. Dagegen Sintonis Pfandr. S. 629, Vangerow S. 999. Vgl. noch Scuff. Arch. III. 13.

² L. 23 D. de l. F. 49. 14. L. 2 C. de priv. faci 17. 73 spricht nicht von dem später erworbenen Vermögen, und was l. 21 pr. D. h. t. angeht, so hatte der Fiscus zu der Zeit, wo diese Stelle geschrieben wurde, wegen seiner Contractsforderungen noch nicht einmal ein gesetzliches Pfandrecht, viel weniger ein Pfandprivilegium. Die verschiedenen Ansichten über die l. 28 cit. sind zusammengestellt bei Vangerow S. 999—1001. In der neueren Zeit hat Riedel Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. S. 286—292 vorgeschlagen, zu lesen 'obligaverit' und 'contraxerat'. Hiernach würde die Stelle nur von einem Altersvorzug des Fiscus handeln. Aber ich halte das 'obligaverit' für sprachlich unerträglich; und warum hätte denn der Jurist allein hervorgehoben, daß der Fiscus „in re postea acquisita“ vorgehe? Vgl. auch Regelsberger S. 28. Aus der Praxis: Scuff. Arch. I. 411. II. 263. XI. 20. 21.

³ §. 29 I. de act. 4. 6, l. 12 C. h. t. Vgl. Scuff. Arch. XI. 22.

⁴ L. 12 §. 1 C. h. t., Nov. 91. c. 1. Die Descendenten haben dieses Vorzugsrecht nicht bloß, wie man behauptet hat, wenn sie mit einer zweiten Ehefrau concurriren. S. Vangerow S. 1002. 1003 und die dort Citirten. Scuff. Arch. I. 412. II. 267. XIV. 277.

⁵ Nov. 97 c. 2. Scuff. Arch. XII. 165.

⁶ L. 5. 6. 7 pr. D. h. t., l. 3 §. 1 eod., l. 7 C. h. t., Nov. 97. c. 3.

Was das Verhältniß der mehreren Vorzugsrechte zu einander angeht, so nimmt die erste Stelle das des Fiscus wegen seiner Steuerforderungen ein⁷, die zweite das Vorzugsrecht der Dos⁸, die dritte das Vorzugsrecht wegen Verwendung und das Vorzugsrecht des Fiscus wegen seiner Contractsforderungen, so daß diese beiden letzteren Vorzugsrechte gleiche Kraft haben⁹.

Fritz Erläuterungen I. S. 509—514, Vangerow S. 1003. 1004. Im Einzelnen bemerke man: 1) das Vorzugsrecht beschränkt sich nicht auf den Fall eines gegebenen Geldbarklehns, sondern es findet bei jeder Aufwendung statt, so namentlich auch, wenn eine Sache verkauft und das Kaufgeld creditirt wird. Vangerow S. 1004. Seuff. Arch. V. 259. VI. 162. 2) Daß das Vorzugsrecht auch stattfindet, wenn eine Aufwendung zur Verbesserung der Pfandsache gemacht worden ist, ist nicht allgemein anerkannt (s. Sintonis Pfandr. S. 625 Note 2). Aber es folgt sowohl aus dem in l. 5 pr. D. h. t. angeführten Beispiel der Ansrückung eines Schiffes, als aus dem Gedanken, auf welchem das ganze Vorzugsrecht beruht; denn dieser ist kein anderer, als daß derjenige vorgehen soll, dessen Geld in der Sache steckt. 3) Eben deswegen muß man aber das Vorzugsrecht auch wegsallen lassen, wenn das durch die Aufwendung Erzielte jetzt nicht mehr vorhanden ist, z. B. das mit dem Gelde des Gläubigers erbaute oder wiederhergestellte Haus später abgebrannt ist. A. M. Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV. S. 371.

⁷ So die herrschende Meinung auf Grund von l. 1. C. si propt. publ. pens. 4. 46: — „potior enim est causa tributorum, quibus prioris loco omnia bona cessantis obligata sunt“. Andere setzen dieses Privilegium des Fiscus dem Dotalprivilegium, oder auch dem Privilegium wegen Verwendung nach (vgl. Fritz Erläuterungen I. S. 516 in und zu Note 252, Sintonis Pfandr. S. 646). S. dagegen Fritz a. a. O. S. 516. 517, Vangerow S. 1005.

⁸ Andere setzen es an die erste Stelle (s. die vorige Note), oder erst an die dritte, hinter das Vorzugsrecht wegen Verwendung. Die hier vertretene Meinung stützt sich auf Nov. 97. c. 3, in welcher Justinian allerdings von dem Falle, wo eine jüngere Forderung wegen Verwendung mit einer älteren Dotalforderung zusammentrifft, ausgeht, aber seine Entscheidung ganz allgemein dahin trifft, daß das Dotalprivilegium dem Privilegium wegen Verwendung vorgehe. S. namentlich auch c. 4 eod. (In der letzteren Stelle nimmt Justinian nur einen Fall aus, wenn nämlich Geld zum Ankauf eines künftigen Amtes [militia] gegeben worden sei. Es muß dahin gestellt bleiben, inwiefern der Fall dieser Ausnahme heutzutage in Deutschland noch vorkommen kann.) Vgl. Vangerow §. 386 Anm. 2 und die daselbst Citirten. Seuff. Arch. I. 411. II. 264. 265. XII. 165.

⁹ Es liegt in den Quellen nichts vor, weswegen das eine dem andern vorgezogen werden mußte. Die Meinungen gehen freilich auch hier sehr auseinander. Fritz Erläuterungen I. S. 516, Sintonis Pfandr. S. 647. 648, vgl. Pfeiffer pract. Ansf. VIII. S. 21. 22. Die l. 3 C. de primipilo 12. 63 zieht das Pfandrecht des Fiscus am Vermögen des Primipilus nicht dem

Zwischen mehreren Vorzugsrechten derselben Art entscheiden Alter und Oeffentlichkeit, mit Ausnahme jedoch der Vorzugsrechte wegen Verwendung, deren Rang unter sich durch das Verhältniß bestimmt wird, nach welchem jeder einzelne Gläubiger zur Verschaffung und dem jetzigen Bestand der Sache beigetragen hat¹⁰.

Die Kraft der Pfandprivilegien erstreckt sich übrigens nicht so weit, daß sie auch solchen Pfandrechten voringen, welche von einem früheren Eigenthümer der Pfandsache herrühren¹¹. Davon

privilegirten Dotalpfandrecht vor, sondern dem unprivilegirten (und nicht gesetzlichen), wie es damals (zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian) allein bestand. Uebrigens ist es auch höchst zweifelhaft, ob dem römischen Primipilus irgend einer der heutigen Militärbeamten gleichgestellt werden darf. Vgl. Pfeiffer pract. Ansführ. VIII. S. 9—11.

¹⁰ L. 7 pr. D. h. t. Die von Manchen (z. B. Sintonis Pfandrecht S. 645, Seuffert Pand. §. 217) aufgestellte Regel, daß hier das jüngere Pfandrecht dem älteren vorgehe, ist principiell unrichtig, obgleich es sich im einzelnen Falle so herausstellen kann. Man vergleiche folgende Beispiele: 1) A. leiht zum Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses 5000; dasselbe brennt neuerdings ab, und nun leiht B. zum Wiederaufbau 5000. Das Haus wird für 5000 verkauft. 2) A. leiht 6000 zum Ankauf eines Hauses; nachdem dasselbe abgebrannt ist, leiht B. 5000 zum Wiederaufbau. Das Haus wird für 5000 verkauft. Im ersten Falle bekommt allerdings B. Alles, im zweiten Fall aber theilt er mit A. nach dem Verhältniß des Werthes der Grundstücke zu dem Werthe des Gebäudes.

¹¹ Dieß war früher die herrschende Meinung. Sie wurde erschüttert und aus der Theorie fast beseitigt durch den Angriff von Thibaut civil. Abhandlungen S. 313. 314 (1814). In gleicher Weise wie Thibaut sprach sich Spangenberg aus, Arch. f. civ. Pr. X. 19 (1827), XIV. 6 (1831) und in Hagemann's pract. Erörter. VIII. Abthl. 2 Nr. 1 (1829); gegen Thibaut Hepp Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 3 (1831), welchem Thibaut antwortete Arch. f. civ. Pr. XIV. 10 (1831). Erfolgreich wurde die frühere Meinung wieder in Schutz genommen durch Wächter Arch. f. civ. Pr. XIV. 15 (1831); denselben folgen mehr oder minder vollständig Sintonis Pfandr. S. 636 fg. und System S. 660, Arnolds S. 608, Brinz S. 345; dawider Seuffert §. 215, Vangerow §. 385 Anm., zweifelnd Fritz Erläuterungen I. S. 526, Puchta §. 211 a. E. Wächter hat auf jeden Fall das große Verdienst, den richtigen Gesichtspunkt zur Lösung der Frage festgestellt zu haben. Es handelt sich hier um die Tragweite von Privilegien, d. h. von Ausnahmebestimmungen. Möglich ist es, daß dieselben einen Vorrug auch vor den Gläubigern des früheren Eigenthümers haben begründen wollen, möglich ist aber auch das Gegentheil. Und man wird nicht bestreiten dürfen, daß das Nächstliegende nicht das Erstere ist, sondern das Letztere. In der That haben denn auch die einzelnen hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nur den

gilt eine Ausnahme nur für das Privilegium desjenigen, der eine Aufopferung zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Pfandsache gemacht hat¹².

C. Uebergang des Ranges.

§. 247.

Der einem Pfandrechte zustehende Rang kann ohne das Pfandrecht, welchem er zusteht, nicht erworben werden; er bildet eine von dem Pfandrechte unzertrennliche Qualität desselben. Das römische Recht hat aber das Eintreten in eine gewisse Pfandstelle dadurch erleichtert, daß es den Erwerb bestehender Pfandrechte auch in solchen Fällen anerkannt hat, wo er der Regel nach nicht zulässig gewesen wäre; von diesen Fällen ist in den §§. 233^a und 233^b gehandelt worden. Nicht hierher gehört der Fall, in welchem einem nachstehenden Pfandrechte der Rang eines

Fall im Auge, wo Gläubiger desselben Schuldners mit einander concurriren. Eine Ausdehnung derselben über ihren unmittelbaren Inhalt bedürfte besonderer Rechtfertigung, und diese Rechtfertigung läßt sich m. E. nicht erbringen. Für die hier verteidigte Meinung Senff. Arch. VIII. 114. Ueber eine sich von selbst verstehende Ausnahme s. den Text und die folgende Note. — Als von dem früheren Eigentümer herrührend dürfen nur nicht auch die s. g. reservirten Pfandrechte angesehen werden. S. §. 230 Note 11 und Vangerow I. S. 996.

¹² Dieses Privilegium berechtigt den Gläubiger, aus der Sache dasjenige herauszunehmen, durch dessen Anwendung bewirkt worden ist, daß die Pfandsache entweder überhaupt vorhanden ist, oder doch in demjenigen Werthe, welchen sie gegenwärtig wirklich hat. Das geht alle Pfandgläubiger an, nicht bloß die Pfandgläubiger, welche ihr Pfandrecht von dem gegenwärtigen Pfandgläubiger ableiten. Anders verhält es sich mit dem Privilegium dessen, der eine Aufopferung gemacht hat, um die Pfandsache dem gegenwärtigen Eigentümer zu verschaffen; seine Aufopferung hat eben auch nur die von diesem herrührenden Pfandrechte möglich gemacht, nicht die von dem früheren Eigentümer herrührenden, und diese gehen daher seinem Pfandrechte vor. Dieß geben auch diejenigen zu, welche sonst für die Pfandprivilegien einen absoluten Vorzug in Anspruch nehmen (vgl. Vangerow I. S. 996), wie umgekehrt Wächter der hier vertretenen Ausnahme von dem von ihm aufgestellten Satze nicht entgegen ist (die Differenz ist nur die, daß er das Privilegium wegen Verwendung auch da stattfinden läßt, wo das durch die Verwendung Erzielte später wieder weggefallen ist, s. a. a. O. S. 371. 372).

vorgehenden rechtskräftig ausgesprochen wird. Ein solches Urtheil bewirkt nicht, daß das nachstehende Pfandrecht den Rang des vorgehenden habe, sondern gibt nur dem Prozeßsieger das Recht, von dem Besiegten zu verlangen, daß dieser ihn als den vorgehenden Pfandgläubiger anerkenne; Dritte werden davon nicht berührt¹.

¹ Wenn also ein dritter Pfandgläubiger dem ersten gegenüber den Sieg §. 247. davon getragen hat, so muß der erste den dritten als ersten anerkennen; aber deswegen kann nicht der dritte den Vorzug auch vor dem zweiten in Anspruch nehmen, mit Berufung darauf, daß dieser dem von ihm Besiegten nachstehe. Dieß sagt die viel besprochene l. 16 D. qui pot. 20. 4. Dadurch entsteht nun allerdings ein s. g. *circulus inextricabilis*, wenn man bloß auf die Besitzverhältnisse sieht: der Dritte hat dem Ersten den Besitz abgestritten; dem Dritten nimmt den Besitz der Zweite; dem Zweiten der Erste; diesem wieder der Dritte u. s. f. Aber dieser *circulus* kann nicht bloß dadurch abgeschnitten werden, daß der Dritte den Zweiten abfindet, sondern auch dadurch, daß der Dritte die Pfandsache zum Verkaufe bringt. Der Käufer ist dann sowohl gegen den Ersten geschützt, durch die *exc. rei iudicatae* aus der Person seines Rechtsurhebers, als gegen den Zweiten, welcher einen Verkauf anerkennen muß, der immerhin kraft des ersten Pfandrechtes gemacht worden ist. Andere (so namentlich Vangerow I. §. 377 Anm. 2) nehmen für den Fall, wo der Dritte als Kläger gesiegt hat, eine wirkliche Succession an, so daß der Dritte auch dem Zweiten gegenüber im Besitzstreite siege, während doch die Grundsätze der *res iudicata* zu keinem verschiedenen Resultate führen, mag man sich den Dritten als Kläger oder als Beklagten denken (Prinz S. 349, Arndts §. 387 Anm.). Eine noch andere Meinung (Pfeiffer Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. S. 350—358) geht dahin, daß der Dritte auch im Fall, wo er als Kläger gesiegt habe, kein Recht habe, den wieder verlorenen Besitz von dem Ersten zurückzuverlangen (vgl. §. 131 Note 1). Kommt es zur Verteilung der Kaufsumme, so ist man darüber einig, daß zuerst der Dritte an Stelle des Ersten für den Betrag von dessen Forderung befriedigt wird, dann der Zweite, dann der Dritte für seine Restforderung, endlich der Erste. Vgl. nach Siencken's Pfandrecht S. 428 fg. und gem. Civilrecht §. 73 Note 27, Bachofen S. 517—520.

VII. Beendigung des Pfandrechts*.

A. Beendigungsgründe, welche das Pfandrecht mit andern Rechten gemein hat.

§. 248.

Unter den Beendigungsgründen, welche das Pfandrecht mit andern Rechten gemein hat, sind hier folgende hervorzuheben¹.

1. Erlaß durch den Pfandgläubiger. Derselbe kann sowohl auf Todesfall, als unter Lebenden erklärt werden; im letzten Fall bedarf er, um bindend zu sein, der Acceptation von der Gegenseite². Derselbe kann ferner nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklärt werden, so z. B.³ durch Rückgabe der Pfandsache oder der Pfandurkunde⁴, durch Ertheilung der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung⁵ oder zur Veräußerung⁶ der Pfandsache.

* Dig. 20. G quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. Cod. 8. 31 de luitione pignoris.

F. 218.

¹ §. außerdem I. 6 pr. D. h. t. und §. 165.

² Die Quellen sprechen nur von einem Erlaßvertrag (I. 9 §. 3 D. de pign. act. 13. 7, I. 6 §. 2 I. 14 D. h. t., I. 8 §. 1—5 D. eod., I. 2 C. de rom. pign. 8. 26), und in I. 7 §. 2 I. 8 §. 2 D. h. t. wird die Frage aufgeworfen, ob der einem procurator des Schuldners gewährte Erlaß dem Letztern zu Gute komme. Frisch Arch. f. civ. Pr. VIII. S. 392, Erläuterungen I. S. 548—545, Sintenis Pfandr. S. 671, Rongerow I. S. 206 (dieser Letztere mit Berufung darauf, daß das Pfandrecht eine obligatio rei sei). A. W. Bachcr Jahrb. f. Dogm. S. 237—243.

³ Vgl. noch Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII. S. 42—47.

⁴ I. 9. 7 C. de rem. pign. 8. 26, I. 3 D. de pign. act. 13. 7. Die Rückgabe der Pfandsache und der Pfandurkunde hat aber natürlich nicht nothwendig diesen Sinn. Vgl. Senff. Arch. V. S. 307.

⁵ Denn an und für sich ist ja die Erlaubniß des Eigenthümers zur weiteren Verpfändung nicht erforderlich. Doch kann in der Erlaubniß zur weiteren Verpfändung möglicherweise auch nur der Ausdruck des Willens liegen, daß der Eigenthümer ein durch das Pfandrecht des Einwilligenden nicht beeinträchtigtes Pfandrecht an der Sache solle verleihen dürfen, so daß der Einwilligende sein Pfandrecht nicht sowohl verliert, als mit demselben nur hinter das neu bestellte zurücktritt. L. 9 §. 1 I. 11 I. 12 pr. D. h. t., I. 12 §. 4 D. qui pot. 20. 4; vgl. Vermehren Arch. f. civ. Pr. XIII. S. 33—36, Sintenis Pfandr. S. 673, Rongerow I. S. 1027. Senff. Arch. IX. 13.

⁶ Der Grund für die Ausnahme des Erlaßwillens ist in diesem Falle der

2. Untergang der Pfandsache⁷. Ist der Untergang kein vollständiger, so dauert das Pfandrecht an demjenigen fort, was von der Pfandsache übrig bleibt⁸. Dahin gehört auch, daß das Pfandrecht die Erlaßforderung ergreift, welche dem Eigenthümer durch den Untergang der Pfandsache erwächst⁹. Wird der Gegenstand zu einer Sache anderer Art verarbeitet, so ist zu unterscheiden, ob die neue Sache auf die frühere Gestalt zurückgebracht werden kann oder nicht; im ersten Fall dauert das Pfandrecht fort, im zweiten geht es unter¹⁰. — Ist der Pfandgegenstand ein Recht an einer fremden Sache, so geht das Pfandrecht nicht dadurch

gleich, wie in dem zuvor erwähnten. Dieser Fall hat in den Quellen eine reiche casuistische Entwicklung gefunden. L. 4 §. 1. 2 I. 7 pr. §. 1 I. 8 §. 6 — 18 D. h. t., I. 158 D. de R. 1. 50. 17, I. 2. 11 C. de rem. pign. 8. 26. Vermehren a. a. O. S. 29—33, Bachofen S. 572—578, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII. S. 119—122, Brinz S. 356, Ihering Jahrb. f. Dogm. II. S. 129—130.

⁷ L. 8 pr. D. h. t. „Sicut corporali re extincta, sic et usufructu extincto pignus hypothecae perit“.

⁸ So dauert das am Gebäude stehende Pfandrecht, wenn das Gebäude abbrennt, am Bauplatz fort. L. 21 D. de pign. act. 13. 7, I. 29 §. 2 I. 35 D. de pign. 20. 1.

⁹ Denn das Pfandrecht ist gerichtet auf Aneignung des Werthes des Pfandgegenstandes; so muß auch dem Pfandrechte unterworfen bleiben, was von dem Werthe des Pfandgegenstandes übrig bleibt. Einen directen Beweis für den aufgestellten Satz gewährt I. 17 D. de R. V. 6. 1, nach welcher Stelle der mit der Eigenthumsklage Belangte auch den durch die Beschädigung der besessenen Sache ihm erworbenen Entschädigungsanspruch herausgeben muß; gilt dieß für die rei vindicatio, so gilt es nicht minder für die actio hypothecaria (§. 235). Hiernach halte ich es für unzweifelhaft, daß das Pfandrecht sich auch auf die für die untergegangene Sache zu zahlende Versicherungssumme (die Forderung auf die Versicherungssumme) erstreckt. A. W. Adai Arch. f. civ. Pr. XXVI. S. 201—212; vgl. auch Mommsen Erörterungen I. S. 116—123.

¹⁰ Eine noch nicht gehörig bearbeitete Frage. Die im Texte aufgestellte Meinung theilt Westphal Pfandrecht §. 250. Dieselbe stützt sich auf die Analogie des für den Verlust des Eigenthumsrechtes geltenden (§. 187). Damit stimmt die einzige hierher gehörige Entscheidung, welche die Quellen enthalten, überein; nach I. 8 §. 3 D. de pign. act. 13. 7 soll das Pfandrecht an einer silva (an Baumstämmen) sich nicht auf das aus den Baumstämmen verfertigte Schiff erstrecken. Auffallend ist nur, daß Cassius, der Sabinianer, diesen Satz aufstellte! (Gai. II. 79.) Daß die bloße Umgestaltung einer unbeweglichen Sache das Pfandrecht nicht aufhebe, sagt ausdrücklich I. 16 §. 2 D. de pign. 20. 1 (s. über diese Stelle Huschke Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. V. S. 104).

unter, daß dieses Recht an den Eigenthümer rückübertragen wird oder durch Erbgang an den Eigenthümer fällt, oder daß der Inhaber des Rechts das Eigenthum erwirbt¹¹. In gleicher Weise erlischt das Pfandrecht an einer Forderung nicht dadurch, daß der Gläubiger den Schuldner beerbt, oder umgekehrt dieser jenen¹². Wird das verpfändete Forderungsrecht befriedigt, so ergreift das Pfandrecht den geleisteten Gegenstand¹³.

3. Verjährung¹⁴. Das Pfandrecht geht nicht unter durch bloßen Nichtgebrauch¹⁵, und ebensowenig geht es unter durch die Erfindung des Eigenthums der verpfändeten Sache¹⁶; sondern es geht nur unter durch eine gegen das Pfandrecht gerichtete Erfindung der Freiheit¹⁷. Dieselbe hat die gleichen Erfordernisse,

¹¹ Wenauer: das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert für das Pfandrecht fort. S. das §. 205 Note 4 a. E. Gesagte und vgl. §. 219 Note 8. Die in Note 7 citirte Stelle sieht auf den nächstliegenden Fall, wo der Nießbrauch durch den Tod des Berechtigten untergeht.

¹² Wenauer: der Pfandgläubiger hat die Macht, von dem früheren Schuldner (bez. seinem Erben) eine Leistung, wie sie kraft der verpfändeten Obligation gefordert werden konnte, kraft seines Pfandrechts einzutreiben; für das Pfandrecht dauert die Obligation fort. „Romanet propter pignus naturalis obligatio“ könnte man auch hier sagen, freilich in einem ganz anderen Sinn, als in welchem l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 diesen Ausspruch wirklich thut. S. übrigens die Lehre von der Cessio, und vgl. einstweilen Dernburg S. 474.

¹³ S. §. 230 Note 16.

¹⁴ Unterholzner Verjährungslehre II. §. 249, Schmittbenner Arch. f. pract. RW. I. 6 (1852).

¹⁵ Durch Nichtgebrauch geht nur der Pfandanspruch unter (§. 235 Note 27). Die Meinung Bülchel's (civil. Erörterungen I. 2 S. 97. 141. 145 fg.), daß mit der Verjährung der actio hypothecaria gegen den Verpfänder auch das Pfandrecht selbst erloschen sei, ist eine Consequenz seiner Auffassung des Pfandrechts als eines Forderungsrechtes (§. 224 Note 8). Vgl. auch Unterholzner a. a. D. S. 267 und Schirmer Note ***.

¹⁶ L. 44 §. 5 D. de usurp. 41. 3, l. 1 §. 2 D. de pign. 20. 1, l. 2 pr. D. pro hor. 41. 5, l. 7 C. de pign. 8. 14.

¹⁷ Von derselben handeln l. 5 §. 1 l. 12 D. de div. temp. praeser. 44. 3, l. 7. 14 C. de O. et A. 4. 10, l. 1. 2 C. si adv. ered. 7. 36, l. 8 pr. §. 1 C. de praeser. XXX. 7. 39. Die Meinung, daß es eine besondere Erfindung der Pfandfreiheit gebe, ist besonders von Schmittbenner a. a. D. ausgeführt worden. Abweichende Meinungen: 1) es gebe nur eine Verjährung der actio hypothecaria, mit oder ohne Einwirkung auf das Recht; 2) das Pfandrecht gehe nach neuestem Rechte durch Erfindung des Eigenthums unter. Vgl. Schmittbenner S. 92—94.

wie die Eigenthumsveräußerung¹⁸; nur muß zu dem guten Glauben in Betreff der Sache guter Glaube in Betreff des Pfandrechts, d. h. Nichtkennen desselben hinzukommen¹⁹, und der Besitz muß bei der ordentlichen Erfindung²⁰ ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig unter Abwesenden gedauert haben²¹; außerdem ist diese Erfindung dem Schuldner (Verpfänder) selbst und seinen Erben verschlossen²². Die Wirkung dieser Erfindung ist directer Untergang des Pfandrechts, nicht bloß Begründung einer Einrede gegen den Pfandanspruch^{23 24}.

4. Zusammenkommen von Eigenthum und Pfandrecht in derselben Person (Confusion). Ein Recht, sich aus seiner eigenen Sache zu befriedigen, hat keinen Sinn, und so geht das Pfandrecht unter, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum erwirbt, oder der Eigenthümer das Pfandrecht²⁵. Aber es hat guten Sinn, daß Andere sich aus unserer Sache nur in der Weise befriedigen können, daß ein bestimmter Theil ihres Werthes ungelassen werden muß. In diesem Sinne wird in den Quellen ein Pfandrecht auch an der eigenen Sache anerkannt²⁶, wenn es

¹⁸ Sie wird in den Quellen bezeichnet als *longi temporis praescriptio*. Daß wirklicher Eigenthumserwerb der Erfindung der Pfandfreiheit nicht hinderlich ist, versteht sich von selbst.

¹⁹ Dies folgt aus der Richtung der Erfindung.

²⁰ Von der außerordentlichen Erfindung handelt l. 8 pr. §. 1 C. de praeser. XXX. 7. 39.

²¹ Die *longi temporis praescriptio* machte keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

²² L. 1. 2 C. si adv. ered. 7. 36. Vgl. übrigens l. 5 §. 1 D. de div. temp. praeser. 44. 3.

²³ Es gilt von der *longi temporis praescriptio* in dieser Anwendung, was von ihrer Anwendung auf den Erwerb und Verlust des Eigenthums gilt. Ursprünglich begründete sie allerdings nur eine Einrede; jedenfalls seit der l. 8 C. de praeser. XXX. 7. 39 hat sie directe Wirkung.

²⁴ Ueber andere hier nicht erwähnte Fragen s. Schmittbenner S. 105—107, Senffert §. 221 Note 3, auch Pangerew I. §. 324 Ann. Seuff. Arch. XII. 11.

²⁵ L. 30 §. 1 i. f. D. de exc. rei iud. 44. 2, vgl. l. 29 D. de pign. act. 13. 7, l. 33 §. 5 D. de usurp. 41. 3, l. 45 D. de R. I. 50. 17.

²⁶ L. 30 §. 1 D. cit. — „In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignora-

ein vorgehender Gläubiger ist, in dessen Hand sich Pfandrecht und Eigenthum vereinigen²⁷. Ein solches Pfandrecht gewährt nicht die Befugniß, sich einen bestimmten Theil des Vermögenswerthes der Pfandsache anzueignen, sondern nur die Befugniß, Andere an

titia competit: vorum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse". Der letzte Satz negirt den in dem vorigen aufgestellten Zweifelsgrund mit Berufung auf die Formel der hypothecarischen Klage. Es wäre sehr un-
römisch (obgleich selbst die Basiliken es thun), wenn man aus dieser Stelle den Satz herleiten wollte, daß zwar das Pfandrecht untergehe, aber die Pfand-
klage fortbauere. — Vgl. über dieses Verhältniß und die verschiedenen Wen-
dungen, in denen man sich dasselbe zurechtzulegen gesucht hat: Wenig-
Jungenheim Arch. f. civ. Pr. VI. 5 (1823), Franke civilist. Abhandlungen
S. 107—125 (1826), Geduld v. Jungenfeld über das Pfandrecht an
eigener Sache (1827), Büchel civil. Erörterungen I. 2 S. 85 fg. (1833),
Frig Erläuterungen I. S. 545—547 (1833), Sintenis pfaubr. Streit-
fragen Nr. 2 (1836) und Pfandrecht §. 17 (1836), Wachsen S. 85 fg. (dazu
Keller Rec. S. 989 fg.), Vangerow I. S. 1027, Brinz S. 302, Arndts
§. 389 Anm. Genannt werden muß hier auch die treffliche Schrift von von
der Hagen die Hypothek des Eigenthümers (Arnsberg 1836), obgleich die-
selbe sich fast ausschließlich mit dem preussischen Rechte beschäftigt, und wo sie
des römischen gedenkt (S. 238 fg.), demselben nicht gerecht wird.

27 Dies kann noch in verschiedener Weise geschehen: a) der vorgehende
Gläubiger erwirbt das Eigenthum, l. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 1
C. si antiq. erod. 8. 20; b) der Eigenthümer erwirbt ein vorgehendes Pfandrecht,
f. D. l. 19 D. qui pot. 20. 4; c) Jemand erwirbt Eigenthum und ein vor-
gehendes Pfandrecht zu gleicher Zeit, l. 17 D. qui pot. 20. 4, l. 3 C. de his
qui in prior. 8. 19, l. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5 (§. 233 b Note 10).
Nicht hierher gehören l. 2. 5 §. 1 l. 6 D. de distr. pign. 20. 5; der in
diesen Stellen erwähnte Verkauf ist gar nicht in der Absicht gemacht, Eigen-
thum zu übertragen; die Parteien haben von Verkauf des „Pfandes“ geredet,
aber ihre Absicht war nicht auf Uebertragung der Pfandsache (des Eigenthums
an derselben), sondern auf Uebertragung des Pfandrechtes gerichtet. L. 6. cit.
„Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii, quam
sorvandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a
debitore potest“. Zu l. 2. 5 §. 1 D. cit. vgl. l. 36 D. de fidei. 46. 1.
Puchta (Pfaubr. §. 202 l. und Vorl. dazu) ist mit Unrecht der Meinung, daß
auch in den oben genannten Fällen der Eigenthümerwerb nur ein scheinbarer
sei, so daß ein Pfandverhältniß an eigener Sache in den Quellen überhaupt
nicht anerkannt sei. S. dagegen Arndts S. 615. — Der Zug des mo-
dern Rechts geht dahin, die eingetragene Hypothek von dem Zusammen-
kommen mit dem Eigenthum überhaupt unabhängig zu machen. Vgl. die oben
citrirte Schrift von von der Hagen, Bluntzschli deutsch. Privat. §. 100
Nr. 7, Simon Arch. f. civ. Pr. XXI. S. 54—55. 61 fg. 364 fg.

der Aneignung ihres Vermögenswerthes zu verhindern; seine vor-
wiegende Bedeutung ist eine negative, keine positive²⁸. Geht es
aber auf einen Nichteigenthümer über²⁹, so wird es wieder zu
einem Pfandrechte gewöhnlicher Art. Nur dann schließt die Ver-
einigung von Pfandrecht und Eigenthum in derselben Hand auch
bei Vorhandensein von nachstehenden Pfandgläubigern das Pfand-
recht aus, wenn in dem Vorgange, durch welchen sich die Ver-
einigung vollzogen hat, ein Verzicht auf das Pfandrecht gefunden
werden muß³⁰.

B. Beendigungsgründe, welche dem Pfandrechte eigenthümlich sind.

§. 249.

1. Untergang der Forderung. Das Pfandrecht, als ein zur
Sicherheit einer Forderung bestimmtes Recht, verliert mit der
Forderung die Grundlage seiner Existenz, und geht daher mit dem
Untergang der Forderung selbst unter¹, wobei es gleichgültig ist,
ob die Forderung direct ausgeschlossen ist, oder nur durch Hülfe

²⁸ L. 17 D. qui pot. 20. 4: — „atenus tuendum, quatenus ad priorem
creditorum ex pretio pecunia pervenit“. L. 3 C. de his qui in prior. 8. 19:
— „in ius eorum successisti, et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta
defensione te tueri potes“. L. 1 C. si antiq. cred. 8. 20: — „sed ita persequens
res obligatao audieris, si . . obtuleris“. L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5:
— „emptori poterit offerri“. Hat der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren,
so verschafft er sich denselben zurück durch Geltendmachung des Eigenthums-
anspruchs; ist der Besitzer ein nachstehender Pfandgläubiger, so schlägt er dessen
Berufung auf sein Pfandrecht durch die Gegeneinrede des Vesseren Pfandrechts.
Doch kann er sich dem nachstehenden Gläubiger gegenüber auch direct auf sein
Pfandrecht berufen, l. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44. 2 (Note 26).

²⁹ L. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20. 5: — „emptori poterit offerri“.

³⁰ L. 9 pr. D. h. t. Die Behauptung, daß ein solcher Verzicht immer
angenommen werden müsse, wenn Jemand wissentlich Pfandrecht und Eigen-
thum in seiner Hand zusammenbringe, geht zu weit. Vgl. über diese Frage
Franke a. a. D. S. 122, Sintenis Handbuch S. 113, Puchta Vorles.
I. S. 426 und dazu die Anm. von Rudorff, Arndts S. 614.

¹ L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 9 §. 3 l. 11 §. 1. 5 D. de pign. act. §. 249.
13. 7, l. 4 D. qui pot. 20. 4, l. 6 pr. D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 19 C. de
usur. 4. 32, l. 49 D. de sol. 46. 3 (vgl. zu dieser letzten Stelle Keller Rec.
986—987).

einer Einrede². Es ist jedoch bereits oben (§. 225. Nr. 2) bemerkt worden, daß das römische Recht diesen Satz nicht mit ausnahmsloser Strenge durchgeführt hat³, daß es in einzelnen Fällen Fortbestand des Pfandrechts auch nach Untergang seiner Forderung anerkannt hat, wiewohl es sich die Sache theoretisch dadurch zurechtzulegen geneigt ist, daß es Fortbestand der Forderung ad hoc annimmt⁴. Die einzelnen Fälle, in welchen das römische Recht in dieser Weise das Pfandrecht seine Forderung überdauern läßt⁵, weisen auf ein Princip nicht hin⁶. Das zwar läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß das Pfandrecht nicht fortbauern kann, wenn der Gläubiger in einer oder der anderen

² L. 5 pr. 1. 13 D. h. t. Nur muß die Forderung ihrem ganzen Inhalte und ihrem ganzen Umfang nach untergegangen sein. Ihrem ganzen Inhalt nach: es muß nicht eine natürliche Verbindlichkeit übrig geblieben sein (§. 225 Note 11). Ihrem ganzen Umfange nach: die Tilgung muß sich auf den ganzen Leistungsgegenstand bezogen haben (§. 226).

³ Vgl. über das Folgende Franke civilrechtl. Abhandlungen Nr. 2 (1826), Büchel civilrechtl. Erörterungen I. S. 40—61 und zw. Aufl. I. S. 114—117 (1833. 1847), Vetter Jahrb. d. gem. R. IV. S. 417—424 (1860), Schwanert die Naturalobligationen S. 395 fg. (1861).

⁴ In diesem Sinne heißt es in l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio“. Diese naturalis obligatio hat keine andere Bedeutung, als eben die, dem als fortbauernb angenommenen Pfandrecht zur Grundlage zu dienen; in jeder anderen Beziehung ist sie gleich einer Nichtobligation.

⁵ Abgesehen von den Fällen der f. g. hypothekarischen Succession (§. 233 b) gehören hierher die in folgenden Stellen enthaltenen Fälle: a) l. 13 §. 4 D. de pign. 20. 1; b) l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1; c) l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1; d) l. 38 §. 5 D. de sol. 46. 3; e) l. 3. 7 C. de pressor. XXX. 7. 39, of. l. 2 C. h. t. (§. 112 Note 5). Nicht gehört hierher auch der Fall der l. 30 §. 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, in welchem Fortbauern einer wirklichen naturalis obligatio anzunehmen ist, vgl. l. 8 §. 1 D. ratam rem 46. 3 und Schwanert a. a. O. S. 434—436; ob das Gleiche von l. 27 D. de pign. 20. 1 zu sagen ist, bleibt zweifelhaft.

⁶ In dem Falle unter a) wird Untergang der Obligation aus einem rein formalen Grunde angenommen (vgl. §. 129 Note 3); in den Fällen unter b) und c) ist es theoretische Bequemlichkeit, daß man sich ohne Forderung behilft, wo dieselbe materiell begründet ist, und durch eine einfache Operation auch theoretisch herzustellen wäre; in dem Falle unter d) wird das Pfandrecht der Bürgschaftsobligation aufrecht erhalten, nachdem der Bürge mit dem Hauptschuldner zusammengefallen ist; der Fall unter e) ist der der Aufhebung der Pfandforderung durch Verjährung.

Weise befriedigt worden ist; aber es darf nicht auch der umgekehrte Satz aufgestellt werden, daß es immer fortbauere, wenn die Forderung ohne Befriedigung des Gläubigers untergegangen ist⁷. Von der anderen Seite ist ein Hinausgehen über die in den Quellen genannten Fälle, wo ein genügender Anhalt dafür vorliegt, nicht ausgeschlossen⁸. — Daß das moderne Hypothekenrecht die inscribirt Hypothek für unabhängig von jedem Schicksal der Forderung erklärt, ist gleichfalls oben (§. 225 a. C.) bereits bemerkt worden.

2. Verkauf der Pfandsache⁹. In dem Verkauf erreicht das Pfandrecht seine Erfüllung, und damit sein Ende; der Käufer erwirbt die Pfandsache unbeschwert mit dem Pfandrechte, kraft dessen sie ihm verkauft worden ist¹⁰. Zugleich aber gehen durch den

⁷ Die Versuchung dazu liegt nahe, weil die römischen Juristen, wo sie ein Pfandrecht ohne Forderung anerkennen, es lieben, sich auf die Worte der Formel der actio hypothecaria zu berufen: „samtque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse“. Aber dann mußte man z. B. auch in dem Falle Fortbauern des Pfandrechts anerkennen, wo der Schuldner durch eine ohne seine Schuld eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung befreit worden ist. So mit Recht Arnolds S. 618.

⁸ Für sicher halte ich die Fortbauern des Pfandrechts in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die Arglist des Eigentümers der Pfandsache herbeigeführt worden ist, nach l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3. Schwanert a. a. O. S. 401. Aber dauert das Pfandrecht auch fort bei Erlösung der Forderung durch Confusion, wenn der Pfand-eigentümer ein anderer ist, als der Schuldner, oder auch bei Identität von Schuldner und Pfand-eigentümer, wenn Nachhypotheken auf der Sache liegen? Beide Fragen bejaht Schwanert S. 404. Ein sicherer Fall aus dem römischen Recht wäre noch unbedenklicher Lob eines *Aliusfamilias*, vgl. l. 1 §. 14 D. dep. 16. 3, l. 95 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 11 D. de fidei. 46. 1. Schwanert S. 401. 402. — Arnolds §. 391 stellt die Regel auf, daß das Pfandrecht fortbauere, so oft trotz der Aufhebung der Forderungsklage noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibe. Ich fürchte, diese Regel führt uns ebenso wenig weiter, als die von Vetter a. a. O. S. 423 aufgestellte, daß das Pfandrecht in allen Fällen fortbauere, wo der Erlösungsgrund der Obligation nicht auch einen Erlösungsgrund des Pfandrechts in sich trage.

⁹ Bachofen S. 571—582, Platner Arch. f. civ. Pr. XXXII. 4 (1849).

¹⁰ L. 15 C. de distr. pign. 8. 28. Bachofen S. 571 fg. hat die Meinung auszuführen gesucht, daß der Verkauf das Pfandrecht des verkauften Pfandgläubigers nicht durch sich selbst beendige, sondern nur kraft eines in demselben liegenden Verjühtes. Diese Meinung, welcher sich Wangerow

Verkauf der Pfandsache auch alle nachstehenden Pfandrechte unter, welche auf der Pfandsache lagen¹¹; dieselben konnten der Befugniß des vorgehenden Gläubigers, das Eigenthum an der Pfandsache als an einer von diesen Pfandrechten freien zu übertragen keinen Eintrag thun¹². In dem einen und dem anderen Fall hat aber der Verkauf die bezeichnete Wirkung auch nur dann, wenn durch denselben der Käufer wirklich zum Eigenthümer gemacht worden ist¹³. Wird ferner der Verkauf wieder aufgehoben, so lebt auch das Pfandrecht wieder auf¹⁴.

3. Nach einer singulären Vorschrift des römischen Rechtes geht das Pfandrecht auch dadurch unter, daß der Erbe, welcher mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, die Pfandsache zur Befriedigung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer verkauft¹⁵.

§. 980. 981 angeschlossen hat, wird durch die dafür angeführte l. 4 §. 1 D. h. t. nicht bewiesen. Wenn man auch Platner's Erklärung dieser Stelle (a. a. D. S. 106. 107), wornach die in derselben erwähnte *exceptio* die *exceptio rei venditae et traditae* sein soll, nicht annehmen will, so darf man doch nicht vergessen, daß nach römischem Recht gegenüber der in *factum concipitur actio hypothecaria* eine *exceptio* immer nothwendig war, wenn das Pfandrecht in anderer Weise als durch *solutio* oder *satisfactio* untergegangen war. So auch Brinz S. 357.

¹¹ L. 6 C. qui pot. 8. 18. l. 1 C. si antiq. cred. 8. 20. l. 6. 7 C. de O. et A. 4. 10.

¹² Auch hier wird von den erwähnten Schriftstellern Untergang nur *ope exceptionis* behauptete.

¹³ Daher l. 13 D. h. t. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet, et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem“. Der Ausführung dieses Satzes ist der in Note 9. erwähnte Aufsatz von Platner gewidmet. A. M. Brinz S. 357.

¹⁴ Arg. l. 10 §. 1 D. h. t.

¹⁵ L. 8 §. 8 C. de iure del. 6. 30.

Zusätze und Verbesserungen.

I. Zusätze.

Zu §. 9 Note 2. Hinzuzufügen ist: Fr. Carl v. Savigny. Ein Beitrag zu seiner Würdigung von R. Stinzing 1862. — Die in dieser Note genannte Rede von Arnolds ist jetzt auch abgedruckt in der krit. Vierteljahresschrift IV. S. 1 fg.

Zu §. 10 Note 3. Die am Schluß dieser Note genannte Schrift von Bluntschli ist in einer neuen, mit einem Anhange vermehrten, Auflage erschienen 1862.

Zu §. 12 Note 1. Die Schrift von Schimmelpfeng ist erschienen: Cassel 1858—1859.

Zu §. 29. Das Buch von Madelbey ist zum 13. u. 14. Male herausgegeben worden von Frig 1851 u. 1862.

Zu §. 16 Note 6. Hinzuzufügen ist: W. Müller über die Natur des Gerichtsgebrauchs und dessen Gesetzeskraft, in dessen civilistischen Abhandlungen Nr. 5. (1833).

Zu §. 34 Note 2. Ueber die von dem älteren deutschen Rechte befolgten Grundzüge s. jetzt Stobbe Jahrb. d. gem. R. VI. 2 (1862).

Zu §. 110 Note 2 a. E. ist hinzuzufügen: A. M. in Betreff der Ansprüche des Fiskus aus incorporirtem unbeweglichen Vermögen Heffter Jahrb. d. gem. R. VI. 1 (1862), mit Berufung auf ein an l. 14. C. de fund. patr. 11. 61 sich anlehnendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht. Den gleichen Satz stellt Heffter für die unbeweglichen landsherrlichen Kammer- und Chatullgüter auf.

Zu §. 127 Note *. Hinzuzufügen ist: W. Endemann das Princip der Rechtskraft (1861), angez. von Windscheid in der krit. Vierteljahresschrift III. S. 112—117.

Zu S. 363 Note *. Ueber die Schrift von Lenz s. jetzt die Kritik von Esmarck krit. Vierteljahresschrift IV. 7 (1862).

Zu §. 211 a Note 3. Eine gar seltsame Ansicht vertritt jetzt Emmerich Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XIX. 17; er meint, mit Berufung auf l. 32 D. de S. P. R., die Eigenthümlichkeit der serv. oneris ferendi erkläre sich aus der Schriftlichkeit des Begründungsvertrages.